



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Corso di Laurea Magistrale a Ciclo Unico in Giurisprudenza

LE TUTELE DELLA LAVORATRICE E DEL LAVORATORE

A FAVORE

DELLA MATERNITÀ E DELLA PATERNITÀ

Relatore:

Chiar.ma Prof.ssa **Maria Teresa CARINCI**

Correlatore:

Dott. **Matteo AVOGARO**

Tesi di Laurea di:

Arianna COMIZZOLI

Matricola n. 792486

Anno accademico: 2015/2016

SOMMARIO

INTRODUZIONE	I
---------------------------	---

Capitolo Primo: L'EVOLUZIONE STORICA DELLE TUTELE	1
--	---

Capitolo Secondo: I CONGEDI	33
--	----

2.1. I CONGEDI DI MATERNITÀ E PATERNITÀ	35
--	----

2.1.1. Struttura dell'istituto nel lavoro subordinato: la disciplina del T.U. n. 151/2001 e successive modifiche	35
--	----

2.1.1.a. Il congedo di maternità e paternità negli altri rapporti di lavoro	54
---	----

2.1.2. Il trattamento economico e previdenziale.....	59
--	----

2.1.3. La presentazione delle domande.....	68
--	----

2.2. I CONGEDI PARENTALI	75
---------------------------------------	----

2.2.1. Struttura dell'istituto nel lavoro subordinato: la disciplina del T.U. n. 151/2001 e successive modifiche	75
--	----

2.2.1.a. Il congedo parentale negli altri rapporti di lavoro	85
--	----

2.2.2. Il trattamento economico e previdenziale.....	87
--	----

2.2.3. La presentazione delle domande.....	91
--	----

2.3. MISURE DI CONCILIAZIONE ALTERNATIVE AL CONGEDO PARENTALE ..	94
---	----

2.3.1. Il <i>part-time</i>	96
----------------------------------	----

2.3.2. Voucher per i servizi di baby-sitting e il contributo per la fruizione dei servizi per l'infanzia.....	98
---	----

2.4. I NUOVI CONGEDI A TUTELA DELLE DONNE VITTIME DI VIOLENZA DI GENERE	105
--	-----

Capitolo Terzo: I RIPOSI, I PERMESSI E IL LAVORO NOTTURNO	113
--	-----

3.1. I PERMESSI PER CONTROLLI CLINICI	114
--	-----

3.2. I RIPOSI GIORNALIERI	115
3.2.1. I riposi giornalieri della lavoratrice madre	120
3.2.2. I riposi giornalieri del lavoratore padre	128
3.3. I CONGEDI PER LA MALATTIA DEL FIGLIO	135
3.3.1. La disciplina previgente	135
3.3.2. L'attuale congedo per la malattia del figlio	143
3.4. I PERMESSI A TUTELA DEI FIGLI DISABILI	149
3.4.1. Il prolungamento del congedo parentale	150
3.4.2. I permessi giornalieri retribuiti di due ore	153
3.4.3. I permessi di tre giorni retribuiti al mese	156
3.4.4. Il congedo straordinario per gravi motivi familiari	163
3.5. DIVIETO DI ADIBIZIONE AL LAVORO NOTTURNO DELLE LAVORATRICI GESTANTI E DIRITTO DI ASTENERSI PER LA LAVORATRICE MADRE E IL LAVORATORE PADRE	167

<u>Capitolo Quarto: LICENZIAMENTI E DIMISSIONI: LE TUTELE PREVISTE A GARANZIA DEL POSTO DI LAVORO</u>	176
4.1. IL DIVIETO DI LICENZIAMENTO: L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA E LE CONNESSE QUESTIONI INTERPRETATIVE	178
4.1.1. Le eccezioni al divieto di licenziamento	198
4.1.2. Il licenziamento discriminatorio	206
4.2. LE DIMISSIONI: LA DISCIPLINA SPECIALE A TUTELA DELLA MATERNITÀ E PATERNITÀ	207
4.2.1. La disciplina ordinaria in materia di dimissioni	217

<u>Capitolo Quinto: I RIMEDI PROCESSUALI</u>	228
5.1. L'AZIONE INDIVIDUALE ORDINARIA E SPECIALE	230
5.2. L'AZIONE COLLETTIVA ORDINARIA E SPECIALE	235

Capitolo Sesto: CONCILIAZIONE FAMIGLIA E LAVORO:	
IL PANORAMA EUROPEO, CON PARTICOLARE RIGUARDO AL SISTEMA SPAGNOLO.....	239
6.1. LE TUTELE PREVISTE DALL’UNIONE EUROPEA PER I GENITORI LAVORATORI.....	239
6.1.1. La normativa comunitaria.....	240
6.1.2. La conciliazione delle responsabilità familiari nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.....	248
6.1.3. I principali modelli europei di politiche familiari	258
6.1.3.a. Il modello liberale.....	259
6.1.3.b. Il modello socialdemocratico	261
6.1.3.c. Il modello conservatore.....	264
6.1.3.d. Il modello mediterraneo.....	266
6.2. LA LEGISLAZIONE SPAGNOLA: ANALISI E RAFFRONTO CON IL SISTEMA ITALIANO	270
6.2.1. L’evoluzione normativa delle politiche familiari in Spagna.....	273
6.2.2. Misure conciliative a confronto: spunti per un miglioramento della politica familiare italiana	278
6.2.2.a. Il congedo di maternità e di paternità.....	280
6.2.2.b. Permesso per allattamento.....	289
6.2.2.c. Il “diritto” ad adattare la giornata lavorativa in funzione della conciliazione delle esigenze di vita personale, familiare e professionale	293
6.2.2.d. Le tutele previste in caso di ricovero del figlio	295
6.2.3. Gli ulteriori benefici a completamento del quadro delle tutele spagnole	299
CONCLUSIONI.....	310
BIBLIOGRAFIA	320

INTRODUZIONE

La conciliazione dei tempi di vita, di cura e di lavoro è un tema dibattuto ed attuale, che incide fortemente sulle condizioni socio-economiche ed occupazionali non solo dell'Italia, ma anche dei Paesi più sviluppati di tutto il mondo. Alla luce di ciò, a partire dagli inizi del XX° secolo, tale parte di disciplina giuslavorista diviene oggetto, a più riprese, di attenzione legislativa nell'ordinamento comunitario, che detta le linee guida, e nell'ordinamento italiano. La presente attività di ricerca sarà, quindi, rivolta ad esaminare quelle che sono le tutele previste e gli strumenti adottati dal legislatore italiano a favore della lavoratrice madre e del lavoratore padre, sulla scorta dei precetti costituzionali e delle direttive comunitarie.

La nostra Carta Costituzionale, approvata dall'Assemblea Costituente il 22 dicembre 1947 ed entrata in vigore a partire dal 1° gennaio del 1948, in particolare con il suo art. 37, co. 1¹, garantisce rango costituzionale a quelli che sono i diritti delle donne lavoratrici e alle tutele previste in favore delle lavoratrici madri; ciò rappresenta il fondamento di un nuovo pensiero in relazione al ruolo della donna nella società rispetto al passato e che ha permesso di introdurre tutele là dove esse mancavano e di migliorare il sistema attraverso significative riforme legislative, fino ad arrivare alla tutela della genitorialità e non della sola maternità.

La Costituzione del 1948 ha posto le basi, infatti, per superare la concezione della donna quale custode del focolare domestico. La donna non viene più considerata esclusivamente per il suo lavoro di cura familiare, ma soprattutto a partire dagli anni '50, epoca che ha segnato l'ingresso preponderante della donna nel mondo del lavoro, si rafforza l'esigenza di armonizzare i tempi di lavoro con quelli dedicati alla vita familiare, rendendo concreta la possibilità che essa concorra, alla stessa stregua dell'uomo, al mantenimento del nucleo

¹ L'art. 37, co. 1, Cost. prevede che «La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione».

familiare non trascurando la cura della prole². Ai fini del raggiungimento di tale obiettivo viene ampliato notevolmente il novero di istituti previsti e vengono altresì apportate modifiche a strumenti già da tempo adottati che subiscono revisioni non solo sostanziali ma anche terminologiche, quale segno di una società in evoluzione che esige una diversificazione delle situazioni: esempio emblematico è rappresentato dall'introduzione dei termini "congedo di maternità" e "congedo di paternità" in luogo di "astensione obbligatoria" o dall'introduzione dell'espressione "congedo parentale" in sostituzione di "astensione facoltativa", a riprova del fatto che la figura materna non rappresenta più l'unico riferimento della disciplina, che viene prevista anche a favore dei lavoratori padri.

Con il susseguirsi dei provvedimenti legislativi si cerca quindi di estendere il campo applicativo della disciplina, ampliandolo anche agli uomini, nonché ai diversi rapporti di lavoro, siano essi subordinati, autonomi o parasubordinati, e altresì a quella che è la famiglia di fatto, apertura testimoniata a titolo di esempio dal fatto che la tutela è stata estesa anche a beneficio dei genitori adottivi e affidatari³.

Nel percorso di sviluppo delle predette tutele, inoltre, un ruolo rilevante è svolto da quelli che sono i servizi messi a disposizione dallo Stato italiano: pensiamo al diritto di richiedere la corresponsione di voucher per l'acquisto di servizi di baby-sitting o un contributo per far fronte agli oneri per frequenza di asili nido o di altre strutture private, quale alternativa al congedo parentale.

Nel corso di questa indagine, dopo aver inquadrato l'argomento nell'ottica dei provvedimenti che si sono succeduti nel corso degli anni, verrà svolta un'analisi dell'attuale quadro delle tutele e degli strumenti a tal fine messi a disposizione dall'ordinamento, principiando dal congedo nelle sue diverse accezioni di congedo di maternità e paternità e congedo parentale e dalle sue diverse articolazioni a seconda dei diversi rapporti di lavoro, esaminando inoltre quelle

² G. PERA, *Le condizioni della donna lavoratrice*, FI, 1967, 58.

³ D. GOTTARDI, *Introduzione*, in *I nuovi congedi: commento alla legge 8 marzo 2000 n. 53 aggiornato con il TU per la tutela della maternità e paternità*, a cura di R. DEL PUNTA - D. GOTTARDI, Il Sole 24 Ore, 2001, 4 ss.

che sono state le novità introdotte dalle recenti riforme, quale, a titolo di esempio, la disciplina dei “congedi a tutela delle donne vittime di violenza di genere”.

Si passerà poi ad esaminare la normativa regolante i permessi e i riposi, con riferimento specifico ai presupposti per la loro concessione e alle rispettive modalità di godimento; l’analisi verterà altresì sul tema del lavoro notturno, diversificando il divieto di adibizione per la lavoratrice gestante e il diritto di astensione in favore della lavoratrice madre e del lavoratore padre.

Un esame approfondito verrà, poi, dedicato alla normativa che tutela il lavoratore contro i licenziamenti, e alla disciplina volta ad impedire un ricorso abusivo alle dimissioni, che costituiscono temi ampiamente dibattuti in dottrina, oltre che di notevole rilievo sociale.

Inoltre, saranno oggetto di attenzione, anche, i rimedi di natura processuale previsti dal legislatore italiano ed esercitabili nelle ipotesi di violazione dei diritti di cui sono beneficiari la lavoratrice madre e il lavoratore padre.

Infine, pare opportuno rimarcare che un ruolo importante ai fini della delimitazione della disciplina italiana relativamente alle tutele in favore dei genitori lavoratori è svolto dall’Unione Europea, che è intervenuta con numerose direttive a regolare la materia; in virtù di ciò l’ultimo capitolo della trattazione sarà dedicato ad una breve analisi di quelli che sono gli strumenti previsti dal diritto comunitario ai fini della conciliazione dei “tempi di vita” e “tempi di lavoro”. Il riferimento all’ordinamento comunitario, infine, impone di ampliare lo sguardo alle soluzioni individuate in altri ordinamenti di Paesi membri dell’Unione Europea. Il riferimento corre, in particolare, all’ordinamento spagnolo, di particolare rilevanza soprattutto in relazione al congedo di paternità, il quale, unitamente al congedo parentale, è lo strumento da valorizzare maggiormente nell’ottica di un riequilibrio nei carichi di cura. Il legislatore spagnolo ha, infatti, previsto un congedo di paternità pari a quattro settimane, cui sono aggiunti due giorni in caso di parto plurimo⁴, a fronte dei due giorni configurati, invece, a beneficio del lavoratore padre dalla normativa italiana.

⁴ V. VIALE - R. ZUCARO, *I congedi a tutela della genitorialità nell’Unione europea. Un quadro comparato per rileggere il Jobs Act*, BA, n. 175/2015, 2015, 18.

La parte conclusiva dell'attività di ricerca sarà, quindi, dedicata ad un esame in chiave comparata tra la disciplina dell'ordinamento italiano e quella spagnola, in materia di tutela della maternità e paternità, al fine di evidenziare le differenze rispetto alla legislazione italiana e di individuare eventuali prospettive di ulteriore sviluppo della normativa nazionale.

Quindi, alla luce di tale ricerca ed esame approfondito delle scelte compiute dal legislatore italiano e spagnolo, sulla scorta delle direttive comunitarie, il fine che si vuole perseguire, è quello di individuare le prospettive di sviluppo con riferimento alla regolamentazione degli istituti di tutela della maternità e della paternità, negli anni a venire.

1. L'EVOLUZIONE STORICA DELLE TUTELE

La normativa di riferimento in materia di garanzie a favore della lavoratrice madre e del lavoratore padre è rappresentata dal T.U. n. 151/2001⁵, adottato con il d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, sulla base della l.d. contenuta nell'art. 15 della l. 8 marzo 2000, n. 53⁶.

Il T.U. in questione è stato adottato al fine di riordinare e coordinare la materia, con l'auspicio di superare le incertezze derivanti da una pluralità di fonti normative che si sono succedute nel corso degli anni, così da poter predisporre un testo che risponda alle esigenze di certezza del diritto dei cittadini, degli operatori giuridici e dello stesso legislatore che ha così cercato di impedire il formarsi di contrasti interpretativi⁷.

La norma del 2001 rappresenta, tuttavia, il punto di arrivo di un lungo processo evolutivo, avviatosi fin dall'inizio del XX° Secolo, che ha visto rafforzarsi progressivamente gli istituti volti alla tutela della maternità e della paternità, di pari passo con la crescente rilevanza di tali istanze nel contesto politico e sociale italiano.

Nello specifico, la tutela della maternità e paternità è stata oggetto di attenzione da parte del legislatore italiano a partire dalla l. n. 242 del 19 giugno 1902, la cosiddetta "legge Carcano": si tratta di una normativa del Regno d'Italia concernente il lavoro femminile e dei fanciulli, il cui nome fa riferimento a chi propose la legge, Paolo Carcano, Ministro delle Finanze durante il Governo Zanardelli. Tale disciplina, che trova applicazione fino al 1936 – anno di entrata in vigore del r.d. 7 agosto 1936, n. 1720 –, introduce per la prima volta il congedo di maternità, che consiste per le donne in una sospensione dell'attività lavorativa obbligatoria pari a quattro settimane dopo il termine della gestazione, riducibile eccezionalmente a tre, non prevedendo però alcuna astensione precedente al parto; durante il periodo di interruzione dell'attività lavorativa *post-partum* non viene però fornita alcuna garanzia circa la corresponsione

⁵ Il T.U. n. 151/2001 è rubricato "Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità".

⁶ La legge 8 marzo 2000, n. 53, reca "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".

⁷ E. MINALE COSTA, *Il Testo Unico sui congedi parentali*, DRI, 2002, 66.

della retribuzione e la conservazione dell'occupazione. Si prevede altresì la possibilità per le lavoratrici madri di assentarsi dal posto di lavoro per l'allattamento, nei tempi e modi definiti da un regolamento interno. Negli stabilimenti che vedono impiegate almeno 50 operaie, inoltre, la legge del 1902 prevede l'obbligo di predisporre una camera di allattamento.

Tale normativa, quindi, regolava in modo esiguo la materia, non considerando pienamente quelle che sono le esigenze e i bisogni non solo del nascituro e del nato ma altresì della madre gestante, non avendo previsto un periodo di congedo anteriore alla data del parto e non avendo predisposto una tutela circa quella che è la salute della donna, ad esempio mediante un divieto di adibizione della stessa a determinati tipi di lavori nocivi per la sua salute.

Le lacune della disciplina del 1902 hanno spinto il legislatore italiano, durante il periodo fascista, a porre rimedio alla disorganicità della normativa precedente, delineando un sistema di tutele destinato a durare nel tempo. Nel 1934, infatti, il legislatore emana il r.d.l. n. 654, convertito nella l. 5 agosto 1934, n. 1347, il quale prevede l'estensione del periodo di astensione obbligatoria, vieta i lavori pesanti e nocivi a pregiudizio delle lavoratrici gestanti, garantisce i riposi intermedi per l'allattamento, e riconosce alle lavoratrici madri un'indennità calcolata in cifra fissa e condizionata ad un minimo di anzianità contributiva. Inoltre, significativa in un'ottica di parificazione, è la previsione del divieto di licenziamento anche per le operaie, e non più solo per le impiegate, nel periodo intercorrente dal momento della presentazione del certificato idoneo ad attestare lo stato di gravidanza, fino al termine del periodo di sospensione dell'attività lavorativa⁸.

Ai fini del rafforzamento della tutela della maternità e paternità, a fronte, in particolare, dell'evoluzione economico sociale manifestatasi nel periodo intercorso tra le due Guerre Mondiali, il legislatore è intervenuto a regolare nuovamente, e a più riprese, negli anni '40, la materia delle tutele a protezione di maternità e paternità. Tali novelle sono contenute, in particolare, dapprima nel Codice Civile del 1942 e, successivamente, nella Costituzione del 1948.

⁸ M. V. BALLESTRERO - G. DE SIMONE, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, 2012, 277.

In particolare, l'art. 2110 del c.c.⁹ regola i casi di sospensione del rapporto di lavoro, situazione che si manifesta in occasione di temporanea impossibilità di svolgere la prestazione da parte del lavoratore. Tra queste, rientrano le ipotesi di gravidanza e puerperio, laddove con tale espressione si era soliti indicare il periodo successivo alla nascita (“il puerperio in fisiologia è il periodo di tempo di 6-8 settimane che intercede tra l'espulsione della placenta e il ritorno alla normalità degli organi genitali femminili”).

La Carta Costituzionale, frutto del mutato clima sociale successivo alla caduta del regime fascista, agli artt. 31¹⁰ e 37, co. 1¹¹, pone i presupposti per la risoluzione delle criticità connesse alla necessità di combinare gli obblighi lavorativi e i compiti di cura e assistenza familiare, oltre a incentivare le politiche di parità uomo-donna nel mercato del lavoro. In particolare, la norma introdotta dall'art. 37, co. 1, Cost., è specificazione del divieto di discriminazione, in ragione della considerazione che la maternità è un diritto fondamentale della donna e la sua violazione costituisce inosservanza del principio di eguaglianza ai sensi dell'art. 3 Cost¹².

A seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, le disposizioni di cui agli artt. 31 e 37 Cost. rimasero lungamente inattuato. Bisognerà, infatti, attendere un altro importante mutamento nel clima culturale del Paese – tra la fine degli anni '60 e l'inizio del decennio successivo – affinché le istanze indicate *in nuce* dal legislatore costituente trovino una prima, parziale attuazione.

La prima normativa organica in materia è rappresentata dalla l. 30 dicembre

⁹ L'art. 2110 c.c., in materia di “Infortunio, malattia, gravidanza, puerperio”, prevede che «1. In caso di infortunio, di malattia, di gravidanza o di puerperio, se la legge o le norme corporative non stabiliscono forme equivalenti di previdenza o di assistenza, è dovuta al prestatore di lavoro la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità. 2. Nei casi indicati nel comma precedente, l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'art. 2118, decorso il periodo stabilito dalla legge, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità. 3. Il periodo di assenza dal lavoro per una delle cause anzidette deve essere computato nell'anzianità di servizio».

¹⁰ L'art. 31 Cost. prevede che «1. La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. 2. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo».

¹¹ L'art. 37, co. 1, Cost. prevede che «La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione».

¹² M. V. BALLESTRERO - G. DE SIMONE, *Diritto del lavoro* cit., 276.

1971, n. 1204, “Tutela delle lavoratrici madri”, volta a prevedere disposizioni prevalentemente in favore della sola lavoratrice madre, come si evince dal titolo stesso. Veniva invece riservata una protezione soltanto subordinata ai bisogni e alle necessità del bambino, in virtù dell’esclusione dall’ambito di applicazione delle tutele delle madri affidatarie e adottive e del padre lavoratore. La legge in esame opera infatti, prettamente su due versanti: da un lato mira a preservare la salute e a recuperare le energie necessarie della lavoratrice madre nella fase precedente e successiva al parto, e dall’altro tende a garantire la conservazione del posto di lavoro della stessa.

Ai fini del raggiungimento del primo obiettivo, la l. n. 1204/1971 introduce, all’art. 4¹³, l’obbligo di astensione dal lavoro nel periodo precedente e successivo al parto, per un tempo rispettivamente pari a due e tre mesi. Nell’ipotesi in cui la lavoratrice sia impiegata in lavori gravosi o pregiudizievoli, i mesi di astensione obbligatoria, precedenti alla data presunta del parto, divengono tre. Inoltre, l’art. 5 della l. del 1971¹⁴ configura le distinte ipotesi in cui può venire disposta la sospensione, ulteriormente anticipata, dell’attività lavorativa durante il periodo di gestazione:

¹³ L’art 4, l. n. 1204/1971, prevede che «È vietato adibire al lavoro le donne:

- a) durante i due mesi precedenti la data presunta del parto;
- 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.

L’astensione obbligatoria dal lavoro è anticipata a tre mesi dalla data presunta del parto quando le lavoratrici sono occupate in lavori che, in relazione all’avanzato stato di gravidanza, siano da ritenersi gravosi o pregiudizievoli.

Tali lavori sono determinati con propri decreti dal Ministro per il lavoro e la previdenza sociale, sentite le organizzazioni sindacali.

Qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta, i giorni non goduti di astensione obbligatoria prima del parto vengono aggiunti al periodo di astensione obbligatoria dopo il parto. La lavoratrice è tenuta a presentare, entro trenta giorni, il certificato attestante la data del parto».

¹⁴ L’art. 5, l. n. 1204/1971, prevede che «L’ispettorato del lavoro può disporre, sulla base di accertamento medico, l’interdizione dal lavoro delle lavoratrici in stato di gravidanza, fino al periodo di astensione di cui alla lettera a) del precedente articolo, per uno o più periodi, la cui durata sarà determinata dall’ispettorato stesso, per i seguenti motivi:

- a) nel caso di gravi complicanze della gestazione o di preesistenti forme morbose che si presume possano essere aggravate dallo stato di gravidanza;
- b) quando le condizioni di lavoro o ambientali siano ritenute pregiudizievoli alla salute della donna e del bambino;
- c) quando la lavoratrice non possa essere spostata ad altre mansioni, secondo il disposto del precedente articolo 3».

- i) gravi complicanze della gestazione o di preesistenti forme morbose che possono aggravarsi a causa dello stato di gravidanza;
- ii) le condizioni di lavoro o ambientali reputabili pregiudizievoli per la salute di madre e feto;
- iii) l'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 all'art. 3 della l. n. 1204 del 1971¹⁵.

La disposizione contenuta, inoltre, nel co. 1 dell'art. 7 della l. del 1971¹⁶ prevede il diritto di godere di un ulteriore periodo, continuativo o frazionato, di sospensione dell'attività lavorativa, entro il primo anno di vita del bambino; tale facoltà viene prevista a favore della lavoratrice madre per un tempo non superiore ai sei mesi. In particolare, tale disposizione contenuta nella l. del 1971 è rilevante, in quanto, configura un diritto potestativo in capo alla lavoratrice madre, a fronte del quale il datore di lavoro non ha facoltà di impedimento¹⁷. L'art. 7, co. 2¹⁸, disciplina la possibilità per la madre di non presentarsi al lavoro, in caso di malattia del bambino di età inferiore ai tre anni, mentre l'art. 10¹⁹ contiene la regolamentazione dei riposi giornalieri retribuiti usufruibili nel primo anno di vita del figlio. Con l'avvento della l. del 1971 il legislatore ha configurato, inoltre, all'art. 3²⁰, il divieto di impiegare la donna nello

¹⁵ F. AMATO, *Il congedo di maternità e di paternità*, in *I nuovi congedi* cit., 18.

¹⁶ L'art. 7, co. 1, l. n. 1204/1971, prevede che «La lavoratrice ha diritto di assentarsi dal lavoro, trascorso il periodo di astensione obbligatoria di cui alla lettera c) dell'articolo 4 della presente legge, per un periodo, entro il primo anno di vita del bambino, di sei mesi, durante il quale le sarà conservato il posto».

¹⁷ F. AMATO, *Il congedo di maternità* cit., 43 s.

¹⁸ L'art. 7, co. 2, l. n. 1204/1971, prevede che «La lavoratrice ha diritto, altresì, ad assentarsi dal lavoro durante le malattie del bambino di età inferiore a tre anni, dietro presentazione di certificato medico».

¹⁹ L'art. 10, l. n. 1204/1971, prevede che «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.

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».

²⁰ L'art. 3, l. n. 1204/1971, prevede che «È vietato adibire al trasporto e al sollevamento di pesi, nonché ai lavori pericolosi, faticosi ed insalubri le lavoratrici durante il periodo di gestazione e fino a sette mesi dopo il parto. In attesa della pubblicazione del regolamento di esecuzione della

svolgimento di attività dannose per la sua salute nel periodo di gestazione e nei sette mesi successivi al parto.

Per il perseguimento del secondo scopo, il legislatore introduce, all'art. 2, co. 1, un divieto di licenziamento che si estende per tutto il periodo della gravidanza e fino al termine del tempo di interdizione dal lavoro, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino; la lavoratrice licenziata in suddetto periodo, qualora abbia presentato entro novanta giorni dal licenziamento la certificazione idonea ad attestare l'esistenza delle condizioni che lo vietano, ha il diritto di riottenere il ripristino del rapporto di lavoro, ad eccezione delle ipotesi previste dall'art. 2, co. 2, lett. a, b, c²¹. In particolare, la norma prevede che il suddetto divieto di licenziamento non si applica nei casi di:

- «a) colpa grave da parte della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro;
- b) cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta;
- c) ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine».

Dunque, il divieto di licenziamento, così come disciplinato dalla l. n.

presente legge, i lavori pericolosi, faticosi ed insalubri restano determinati dalla tabella annessa al decreto del presidente della repubblica 21 maggio 1953, n. 568.

Le lavoratrici saranno addette ad altre mansioni per il periodo per il quale è previsto il divieto di cui al comma precedente.

Le lavoratrici saranno, altresì, spostate ad altre mansioni durante la gestazione e fino a sette mesi dopo il parto nei casi in cui l'ispettorato del lavoro accerti che le condizioni di lavoro o ambientali sono pregiudizievoli alla salute della donna.

Le lavoratrici che vengano adibite a mansioni inferiori a quelle abituali conservano la retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte, nonché la qualifica originale. Si applicano le norme di cui all'articolo 13 della legge 20 maggio 1970, n. 300, qualora le lavoratrici vengano adibite a mansioni equivalenti o superiori».

²¹ L'art 2, l. n. 1204/1971, prevede che «1. Le lavoratrici non possono essere licenziate dall'inizio del periodo di gestazione fino al termine del periodo di interdizione dal lavoro previsto dall'articolo 4 della presente legge, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino. Il divieto di licenziamento opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza e puerperio, e la lavoratrice, licenziata nel corso del periodo in cui opera il divieto, ha diritto di ottenere il ripristino del rapporto di lavoro mediante presentazione, entro novanta giorni dal licenziamento, di idonea certificazione dalla quale risulti l'esistenza, all'epoca del licenziamento, delle condizioni che lo vietavano. 2. Il divieto di licenziamento non si applica nel caso:

- a) di colpa grave da parte della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro;
- b) di cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta;
- c) di ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine».

1204/1971, non solo si rileva strumentale alla garanzia da eventuali discriminazioni nei confronti della lavoratrice come conseguenza del suo ruolo materno, ma, protraendosi oltre al parto, fornisce alla donna quella tranquillità psicologica necessaria per affrontare con più serenità la nascita di un figlio²². Regolamento di esecuzione della l. n. 1204/1971 è il d.p.r. n. 1026 del 25 novembre 1976.

Solo con la l. n. 903 del 31 dicembre del 1977²³ l'attenzione del legislatore si allarga alla figura del nato e nascituro, andando a considerare quelli che sono i bisogni essenziali di quest'ultimo, sia esso figlio biologico o meno, e le necessità di tipo relazionale ed affettivo dello stesso. A dimostrazione di tale considerazione, tale legge si applica anche alle madri affidatarie e adottive che vengono equiparate alle madri naturali, e ai padri. In particolare, la novella estende, con l'art. 6, co. 1²⁴, l'astensione obbligatoria dal lavoro – di cui all'art. 4, lett. c, della l. n. 1204/1971 e il relativo trattamento economico – anche alle lavoratrici che abbiano adottato bambini, o che li abbiano ottenuti in affidamento preadottivo, dichiarando che esse possono avvalersi del periodo di sospensione dell'attività lavorativa, nei tre mesi successivi all'ingresso del minore nel nucleo familiare, qualora quest'ultimo non abbia superato al momento dell'adozione o dell'affidamento i sei anni di età.

In favore del lavoratore padre, invece, l'art. 7 della l. n. 903/1977²⁵ prevede la

²² R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo e libere professioni*, IPSOA, 2010, 267.

²³ La legge 31 dicembre 1977, n. 903, è rubricata "Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro".

²⁴ L'art. 6, co. 1, l. n. 903/1977, prevede che «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 dell'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».

²⁵ L'art. 7, l. n. 903/1977, prevede che «Il diritto di assentarsi dal lavoro e il trattamento economico previsti rispettivamente dall'art. 7 e dal secondo comma, dell'art. 15, L. 30 dicembre 1971, n. 1204, sono riconosciuti anche al padre lavoratore anche se adottivo o affidatario ai sensi dell'art. 314/20 del codice civile in alternativa alla madre lavoratrice ovvero quando i figli siano affidati al solo padre.

A tal fine, il padre lavoratore presenta al proprio datore di lavoro una dichiarazione da cui risulti la rinuncia dell'altro genitore ad avvalersi dei diritti di cui sopra, nonché nel caso di cui al secondo comma dell'articolo 7 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204 il certificato medico attestante la malattia del bambino.

possibilità di godere dell'astensione facoltativa dal lavoro, nel primo anno di vita del figlio, o nel primo anno dall'effettivo ingresso del minore in famiglia, in caso di adozione o affidamento, per la durata di sei mesi, con lo stesso trattamento economico previsto dalla l. n. 1204/1971 per la donna. In particolare, tale facoltà è riconosciuta dal legislatore nei soli casi di affidamento esclusivo dei figli al padre, o in caso di rinuncia da parte della madre del proprio diritto; il medesimo articolo prevede poi la possibilità per il padre di usufruire di permessi in caso di malattia del figlio²⁶. Relativamente all'astensione facoltativa, prevista dal legislatore del 1977 in capo al lavoratore padre, si è discusso in dottrina circa la tutela prevista in caso di licenziamento intimato durante il primo anno di vita del bambino, o durante il primo anno dall'effettivo ingresso del minore in famiglia, in caso di adozione o affidamento. Il dibattito ha portato a ritenere applicabile l'art. 2 della l. n. 1204/1971, con la conseguenza di sanzionare l'interruzione del rapporto di lavoro con la nullità²⁷.

Con riferimento al predetto art. 7, inoltre, emerge chiaramente il ruolo svolto dalla Corte Costituzionale ai fini dell'evoluzione normativa delle tutele in favore della lavoratrice madre e del lavoratore padre. Nei confronti di tale norma sono state sollevate, infatti, numerose questioni di legittimità costituzionale, alla luce delle quali la Corte ha evidenziato come la l. n. 903/1977 abbia determinato un notevole sviluppo rispetto alla legislazione precedente, non riuscendo tuttavia a svincolare l'astensione obbligatoria dal parto e i riposi giornalieri dall'allattamento. Il riferimento corre, al minore che, rimasto privo di madre nei primi mesi di vita, non avrebbe potuto godere delle cure paterne, le

Nel caso di cui al primo comma dell'articolo 7 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, il padre lavoratore, entro dieci giorni dalla dichiarazione di cui al comma precedente, deve altresì presentare al proprio datore di lavoro una dichiarazione del datore di lavoro dell'altro genitore da cui risulti l'avvenuta rinuncia.

Le disposizioni di cui ai commi precedenti si applicano ai padri lavoratori, compresi gli apprendisti, che prestino la loro opera alle dipendenze di privati datori di lavoro, nonché alle dipendenze delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, delle regioni, delle province, dei comuni, degli altri enti pubblici, anche a carattere economico, e delle società cooperative, anche se soci di queste ultime. Sono esclusi i lavoratori a domicilio e gli addetti ai servizi domestici e familiari».

²⁶ M. CAIELLI, *La normativa sui congedi parentali nella giurisprudenza costituzionale e comunitaria*, *EL*, 2006, 105 s.

²⁷ F. AMATO, *Il congedo di maternità* cit., 46.

quali potevano essere prestate solo nel periodo successivo all'astensione obbligatoria²⁸.

In primo luogo con la sentenza n. 1 del 1987²⁹ la Corte Costituzionale sancisce l'incostituzionalità dell'art. 7 della l. n. 903 del 1977 laddove non riconosce il

²⁸ M. CAIELLI, *La normativa sui congedi parentali* cit., 108.

²⁹ "C. cost. 19 gennaio 1987, n. 1" afferma che « (...) L'astensione obbligatoria, disposta dall'art. 4 della legge n. 1204 del 1971, lett. c), certamente ha il fine di tutelare la salute della donna nel periodo immediatamente susseguente al parto, onde consentirle di recuperare le energie necessarie per riprendere il lavoro. La norma, tuttavia, considera e protegge anche il rapporto che in tale periodo necessariamente si svolge tra madre e figlio, e tanto non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente biologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della personalità del bambino.

La tutela della madre, in altri termini, non si fonda solo sulla condizione di donna che ha partorito, ma anche sulla funzione che essa esercita nei confronti del bambino: sì che la norma protegge i diritti di entrambi, e di entrambi tutela la personalità e la salute.

Lo stesso progressivo ampliarsi del periodo di "interdizione" dal lavoro (dal primo mese dopo il parto, secondo il dettato della legge 2 luglio 1929, n. 1789 (Leggasi: legge 2 luglio 1929, n. 1289 - vedi ordinanza di correzione di errori materiali n. 144 del 1987), alle otto settimane di cui alla legge n. 860 del 1950, agli attuali tre mesi), dimostra come sia venuto sempre più emergendo il fine di dare una più ampia tutela ad entrambi gli interessi protetti, ognuno dei quali è poi così rilevante da giustificare di per sé solo una disciplina del rapporto di lavoro che ne assicuri il soddisfacimento.

Questa natura dell'istituto della astensione obbligatoria dal lavoro nei primi tre mesi dopo il parto, questa sua aderenza ad un ampio spettro di valori e di interessi, già rilevata - anche se con contrasti - dalla giurisprudenza ordinaria antecedente alla legge n. 903 del 1977, ha trovato nell'art. 6 di quest'ultima piena conferma. Attribuendo alle lavoratrici che abbiano adottato bambini o che li abbiano ottenuti in affidamento preadottivo la facoltà di avvalersi - nei tre mesi successivi all'ingresso nella nuova sua famiglia del bambino adottivo o affidatario - dell'astensione obbligatoria dal lavoro e del relativo trattamento economico, la legge n. 903 del 1977 ha infatti chiaramente confermato che l'istituto dell'astensione dal lavoro è considerato dal legislatore non solo un presidio della salute della madre (che infatti in casi di questo genere non viene neppure in giuoco, mancando l'elemento fondamentale dell'evento del parto), ma anche un valido mezzo per consentire lo stringersi di rapporti affettivi indispensabili per lo sviluppo della personalità del bambino sia nella famiglia naturale che anche in quella adottiva.

In altri termini, lo sganciamento dell'astensione dal lavoro dal fatto materiale del parto si riverbera sulla funzione complessiva dell'istituto, che viene ormai ad incentrarsi anche (ove dell'astensione benefici la madre naturale) od esclusivamente (ove si tratti invece di madre adottiva o affidataria) su quell'interesse di peculiare pregio costituzionale che, per costante giurisprudenza di questa Corte (v. da ultimo le sent. n. 185 del 1986 e le sent. n. 196-199 del 1986), è la tutela del minore.

7. - Considerazioni in parte analoghe possono esser fatte anche per quanto riguarda l'istituto dei cosiddetti "riposi" regolati dall'art. 10 della legge n. 1204 del 1977 (Leggasi: legge n. 1204 del 1971 - vedi ordinanza di correzione di errori materiali n. 144 del 1987).

Anche in questo caso, non può negarsi che il legislatore abbia, in origine, ideato un beneficio strettamente collegato al fatto materiale del parto ed agli eventi allo stesso connessi: si pensi a tal proposito alla lettera dell'art. 9 della legge n. 860 del 1950, che condizionava con tutta evidenza la concessione del riposo alla necessità di soddisfare le esigenze dell'allattamento.

Il nesso fra riposi e allattamento, tuttavia, è nettamente rotto dall'art. 10 della legge n. 1204 del 1971, che ormai consente i primi in modo del tutto indipendente da quest'ultimo.

Ciò è dimostrato anzitutto dalla indifferenza per i ritmi dello stesso che è implicita nella possibilità di cumulo delle ore di riposo; e poi, dal fatto che pur ove esista nella azienda una camera di allattamento o un asilo nido, la donna può decidere di non usufruirne.

L'eliminazione del collegamento con l'allattamento ha così modificato la natura e la finalità dell'istituto, il cui scopo è ora divenuto quello di consentire alla madre di attendere ai compiti

delicati e impegnativi connessi con l'assistenza del bambino nel primo anno di vita. Ciò risulta chiaramente dalla relazione con cui la legge è stata presentata alla Camera dei Deputati (nella quale si dice che la norma "si preoccupa di tutelare le esigenze del bambino là dove garantisce alla lavoratrice madre due periodi di riposo anche cumulabili, a prescindere dal fatto che la lavoratrice allatti oppure no il bambino"), ed è stata ribadita dall'art. 10 del D.P.R. 25 novembre 1976, n. 1076 (Leggasi: D.P.R. 25 novembre 1976, n. 1026 - vedi ordinanza di correzione di errori materiali n. 144 del 1987) (Regolamento di esecuzione della legge n. 1204 del 1971) in cui si afferma che "i riposi di cui all'art. 10 devono assicurare alla lavoratrice la possibilità di provvedere alla assistenza diretta del bambino".

Ciò, ovviamente, non significa che si sia oggi venuta dissolvendo ogni attenzione per la condizione della donna nel periodo relativo al primo anno di vita del bambino: essa, piuttosto, ha acquistato diversa dimensione e ulteriori contenuti in relazione alle caratteristiche e al ruolo assunto dall'istituto. Non appaiono persuasivi, per contrastare questa analisi e per ricondurre la "ratio" della agevolazione alle condizioni "post partum" della donna, gli argomenti esposti dalla difesa dell'I.N.P.S. Non ha infatti pregio il rilievo che si vorrebbe dare al termine "riposo", che appare invece evidentemente ereditato da quella che era stata l'originaria funzione dell'istituto, né conta il fatto che le indennità giornaliere siano state "fiscalizzate" per evitare ripercussioni negative sull'occupazione femminile - dato che è pur sempre la donna ad avvalersi del così detto riposo anche se soprattutto in funzione delle esigenze e degli interessi del bambino -; né infine la considerazione che gli interessi del minore sarebbero salvaguardati da altri istituti - "in primis" dalla astensione facoltativa - perché l'istituto del riposo è semmai addirittura complementare a quello dell'astensione facoltativa, in quanto consente alla madre di valutare se le esigenze della prole richiedano una completa sospensione del rapporto di lavoro, ovvero la semplice, periodica (giornaliera) interruzione dello stesso.

8. - Questo, dunque, è il tessuto normativo nel quale si innesta l'art. 7 della legge 9 dicembre 1977, n. 903 che ha, come già ricordato, riconosciuto al lavoratore padre la possibilità di usufruire - in alternativa alla madre o quando il figlio fosse a lui solo affidato - della astensione facoltativa dal lavoro per la durata di sei mesi nel primo anno di vita del bambino.

Questa norma è il risultato - come afferma la relazione al disegno di legge governativo presentato dal Ministro del lavoro "pro tempore" - "dell'orientamento sempre più diffuso secondo il quale i compiti della donna e dell'uomo non vanno ripartiti secondo ruoli distinti e separati, ma devono invece integrarsi reciprocamente tanto nella famiglia quanto nelle attività extra-familiari". Vi si avverte, dunque, il riflesso dell'affermazione del principio paritario avvenuta con la riforma del diritto di famiglia (ribadito anche da questa Corte: v. sent. n. 73 del 1985) e dell'indirizzo diretto a modificare la funzione dell'uomo e della donna nella famiglia, anche al fine di consentire un diverso equilibrio tra la funzione di madre di quest'ultima ed il suo lavoro extra-domestico. Si afferma così l'esigenza di una partecipazione di entrambi i genitori alla cura ed all'educazione della prole: non viene certo meno la funzione essenziale della madre nei rapporti con il bambino, ma si riconosce semmai, con notevole chiarezza, che anche il padre è idoneo a prestare assistenza materiale e supporto affettivo al minore: sulla scorta, del resto, delle norme del diritto di famiglia che hanno conferito ad entrambi i genitori compiti di mantenimento, educazione ed istruzione dei figli (art. 143 cod. civ. - Leggasi: art. 147 cod. civ. - vedi ordinanza di correzione di errori materiali n. 144 del 1987), la pari potestà sugli stessi (art. 316 cod. civ.), e la titolarità esclusiva di detta potestà di ciascun genitore, in caso di assenza, incapacità od ulteriore impedimento dell'altro (art. 317 cod. civ.).

Proprio in ragione di tale presupposto, il legislatore ha esteso anche al padre lavoratore alcuni dei benefici già riconosciuti alla madre dalla legge n. 1204 del 1971. Gli altri (l'astensione obbligatoria ed i riposi), invece, sono rimasti riservati alla madre.

È verosimile, in proposito, che il legislatore abbia ritenuto che i due istituti, pur in diversa misura, fossero finalizzati e alla garanzia degli interessi della prole e alla tutela della salute della madre naturale. Tale presumibile "ratio" dell'esclusione (già in sé piuttosto debole nel caso dei riposi giornalieri, che lo stesso legislatore - come si è già detto - sgancia in larga misura dalle condizioni personali della donna) non vale più, tuttavia, quando - come nei casi oggetto dei giudizi nei quali questo della Corte è incidente - l'assistenza della madre sia resa impossibile a seguito della morte o del grave impedimento fisico della stessa. In casi di tal genere, il solo interesse che gli istituti di cui agli artt. 4 e 10 della legge n. 1204 del 1971 possono e debbono mirare a tutelare è quello del minore, ed è rispetto a questo interesse - guida che andrebbe disegnato il loro funzionamento.

diritto di astensione obbligatoria e il diritto di godimento dei riposi giornalieri – riconosciuti alla sola madre lavoratrice in virtù rispettivamente dell'art. 6, l. n. 903/1977, art. 4, lett. c e art. 10 della l. n. 1204/1971 – anche nei confronti del padre, in caso di decesso o grave infermità della madre e, quindi, in situazioni in cui quest'ultima si trovi impossibilitata a prendersi cura della prole.

È proprio quell'interesse, invece, che non viene tenuto in adeguata considerazione dal legislatore nel momento in cui questi esclude l'estensione anche al padre dei benefici goduti dalla madre lavoratrice in funzione di garanzia di un'adeguata assistenza al minore.

Posto infatti che, come si è visto, la astensione dal lavoro nei primi tre mesi e il diritto al riposo nel primo anno di vita, riconosciuti dalla legge n. 1204 del 1971 a favore della madre, tutelano, in concorrenza con la salute di questa, anche il bisogno del bambino di una più intensa presenza della madre per la necessaria assistenza, non vi è ragione di negare al padre – che proprio in funzione di tale assistenza può avvalersi della stessa astensione facoltativa – il diritto di avvalersi altresì, in caso di mancanza o grave malattia della madre, della astensione cosiddetta obbligatoria nei primi tre mesi, e dei riposi giornalieri nel primo anno di vita del bambino.

L'attuale dettato normativo, la cui chiara lettera non lascia dubbi (sì che non potrebbe essere interpretato – come vorrebbe una delle parti private – in modo estensivo) sulla esclusione proprio di tale essenziale facoltà, si pone invero in contrasto con numerosi parametri costituzionali. Leso resta l'art. 3 Cost. Da un lato, illegittimamente si discriminano i minori rimasti privi dell'assistenza della madre, rispetto a tutti gli altri: solo ai primi, infatti, è impedito di godere pienamente, nel delicato primo periodo di vita, dell'assistenza almeno dell'unico genitore che è in grado di prestarla. Dall'altro, pur se limitatamente alla cosiddetta astensione obbligatoria dal lavoro, illegittimamente si discriminano i padri lavoratori rispetto alle madri adottive od affidatarie, in assenza – come si è visto – di una ragione giustificativa particolare che possa porsi a sostegno di tale diverso trattamento. Né può dimenticarsi, infine, per quanto in particolare riguarda i cosiddetti riposi, che quantomeno incoerente appare l'esclusione della facoltà del padre lavoratore di goderne, una volta che allo stesso sia stato riconosciuto il diritto all'astensione facoltativa, la cui "ratio", almeno in buona parte, coincide con quella dei riposi medesimi.

Ma lesi, soprattutto, restano gli artt. 29, primo comma, 30, primo comma, 31 e 37, primo comma, Cost., perché la vigente normativa arreca grave pregiudizio sia al valore della protezione della famiglia che a quello – centrale e preminente – della tutela del minore. Il mancato riconoscimento, al padre lavoratore, dei benefici che, divenuta impossibile l'assistenza della madre, sono condizione e presupposto essenziale di un adeguato sostegno per il minore, impedisce invero lo stringersi dei saldi rapporti familiari che sono voluti dall'art. 29, primo comma, Cost., ostacola l'assolvimento dei compiti di assistenza alla prole che sono affidati alla pari responsabilità dei genitori dall'art. 30, primo comma, Cost.; si pone in stridente contrasto con gli obblighi di agevolare l'assolvimento di tali compiti e di protezione che sono imposti al pubblico potere dall'art. 31, primo e secondo comma, Cost.; disconosce la "speciale adeguata protezione" del minore che è invece a chiare lettere proclamata dall'art. 37, primo comma, Cost. È, in altri termini, proprio il complesso dei preminenti valori costituzionali che reggono la materia, ad essere lesi (Leggasi: leso – vedi ordinanza di correzione di errori materiali n. 144 del 1987) dalla norma "de qua", che non tiene in adeguata considerazione le esigenze della famiglia nella sua interezza, ed in particolare quelle del soggetto che – in seno ad essa – è bisognoso della maggior tutela e della più accorta protezione: il minore. L'art. 7 della legge n. 903 del 1977 deve perciò essere ritenuto costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non ha previsto la possibilità per il padre lavoratore di avvalersi del diritto ai riposi di cui all'art. 10 della legge 9 dicembre 1971, n. 1204 (Leggasi: legge 30 dicembre 1971, n. 1204 – vedi ordinanza di correzione di errori materiali n. 144 del 1987) e del diritto di astenersi dal lavoro di cui all'art. 4, lett. c) della legge predetta e all'art. 6 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, ove tali diritti non possano essere esercitati dalla madre ricorrendo le situazioni di fatto delle quali era causa nei giudizi principali: sta a dire, il decesso o la grave infermità della lavoratrice madre (Leggasi: madre, lavoratrice o meno – vedi ordinanza di correzione di errori materiali n. 144 del 1987), con conseguente impossibilità di accudire alla prole». C. cost. 19 gennaio 1987, n. 1, *Dir. fam.*, 1987, 507.

Con questa pronuncia la Consulta sancisce che tale mancata previsione si pone in contrasto con i valori della Carta Costituzionale, in quanto non tiene in considerazione i bisogni di quel soggetto che deve essere destinatario della maggiore protezione: il minore. In particolare, la Corte Costituzionale afferma che il legislatore del 1977 – riconoscendo al lavoratore padre la possibilità di usufruire, in alternativa alla madre o in caso di affidamento esclusivo allo stesso del figlio, dell’astensione facoltativa nei primi sei mesi di vita del bambino – ha affermato l’esigenza della partecipazione di entrambi i genitori alla cura della prole. Tuttavia, la Corte evidenzia come il dettato normativo di cui all’art. 7 della l. n. 903/1977, non avendo previsto a favore del lavoratore padre l’astensione obbligatoria e i riposi, nelle ipotesi di impedimento da parte della madre, si ponga in contrasto, prima di tutto, con l’art. 3 della Cost.³⁰ in ragione della disparità di trattamento tra i bambini che possono godere della cura della madre nel corso del loro primo anno di vita e quelli che, in ragione della morte o della grave infermità che affligge la stessa, non hanno l’opportunità di ricevere le cure da parte dell’altro genitore perché non destinatario della tutela. Tale *status* del padre, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza *de quo*, ostacola, inoltre, la possibilità di stringere saldi rapporti familiari, con conseguente violazione dell’art. 29, co. 1, Cost.³¹ e l’assolvimento dei compiti di assistenza alla prole che sono affidati alla pari responsabilità dei genitori secondo l’art. 30, co. 1, Cost.^{32 33}.

L’art. 7 della l. del 1977 è ancora oggetto di una questione di costituzionalità nella sentenza n. 179 del 21 aprile 1993³⁴, per contrasto con gli articoli 3, 29,

³⁰ L’art. 3, Cost. prevede che «1. Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. 2. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

³¹ L’art. 29, co. 1, Cost. prevede che «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio».

³² L’art. 30, co. 1, Cost. prevede che «È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio».

³³ P. SALAZAR, *Tutela della maternità e paternità*, Giuffrè, 2013, 7 ss.

³⁴ C. cost. 21 aprile 1993, n. 179, *RIDL*, 1993, II, 642, nt. PINTO.

30 e 31 della Cost., nella parte in cui non estende in via generale al padre lavoratore³⁵, in alternativa alla madre lavoratrice consenziente, il diritto ai riposi giornalieri previsti dall'art. 10 della l. n. 1204/1971, per l'assistenza al figlio nel suo primo anno di vita. La Corte, richiamando sue precedenti pronunce³⁶, prima tra tutte la sentenza n. 1 del 1987, ribadisce, al riguardo, come la mancata previsione del godimento del diritto ai riposi giornalieri in via generale in favore del lavoratore padre – istituto finalizzato alla cura dei figli e all'istaurarsi di un rapporto affettivo e relazionale con questi – sia privo di una qualsiasi giustificazione in quanto obiettivo primario della disciplina della maternità e paternità deve essere la cura del minore, perseguibile attraverso una più equa ripartizione dei ruoli sulla base del principio di parità uomo-donna.

Come sopra evidenziato, la l. n. 903 del 1977 ha introdotto, *inter alia*, il diritto di astensione facoltativa in capo al lavoratore padre e, quindi, la possibilità di sospendere per un periodo predeterminato lo svolgimento dell'attività lavorativa limitatamente ai casi di affidamento esclusivo del bambino allo stesso, o nel caso in cui la madre rinunci al rispettivo diritto di astensione. In merito a tale istituto, disciplinato sempre dall'art. 7 della l. del 1977, è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale in riferimento alla mancata previsione dell'astensione facoltativa in capo al padre anche nel caso in cui la madre sia una lavoratrice autonoma e non subordinata. La sentenza n. 150 del 1994³⁷, che si è pronunciata sulla predetta istanza di remissione, dichiarando la questione infondata, rappresenta una battuta d'arresto nel processo, intrapreso dalla Corte Costituzionale, di sviluppo dell'istituto nella direzione di una maggiore parificazione tra i diritti dei lavoratori destinatari della disciplina. Se, in precedenza, la Corte si era mossa in direzione di una parziale estensione ai padri lavoratori degli istituti previsti per le madri lavoratrici subordinate, consentendo di fatto a queste ultime di continuare la propria attività avvalendosi della collaborazione del compagno e padre dei propri figli, anche nell'ottica di

³⁵ V. “C. cost. 19 gennaio 1987, n. 1” la quale si limita a prevedere in favore del lavoratore padre l'estensione del diritto al godimento dei riposi giornalieri non in via generale, ma solo limitatamente ai casi di decesso o grave infermità della madre.

³⁶ V. C. cost. 10 marzo 1988, n. 276; C. cost. 11 marzo 1988 n. 332; C. cost. 19 ottobre 1988, n. 972; C. cost. 8 febbraio 1991, n. 61; C. cost. 15 luglio 1991, n. 341.

³⁷ C. cost. 21 aprile 1994, n. 150, *GC*, 1994, I, 1444.

ridurre l'esposizione di tali lavoratrici al rischio di una fuoriuscita dal mercato del lavoro per ragioni connesse alla maternità, con la pronuncia del 1994 la Consulta non compie un'analogia operazione nei confronti delle lavoratrici autonome, nonostante esse siano, per certi versi, bisognose di una maggiore protezione in ragione della minore stabilità di reddito che caratterizza il lavoro indipendente.

La motivazione della mancata applicazione dell'astensione facoltativa in capo al lavoratore padre, qualora la madre sia una lavoratrice autonoma, trova la sua ragion d'essere nei differenti caratteri distintivi che connotano le due diverse tipologie di rapporto di lavoro. Infatti, la Corte Costituzionale nel 1994 afferma che, al fine di salvaguardare l'interesse preminente del minore, l'interdizione dall'attività lavorativa di uno dei due genitori si rende necessaria quando quest'ultimi siano lavoratori subordinati, dato che tali prestazioni vengono il più delle volte a sovrapporsi; nell'ipotesi, invece, in cui la madre sia lavoratrice autonoma, risulta più agevole per la stessa organizzare la propria attività in modo tale da garantire una continua vicinanza al figlio, comportando che il collocamento a riposo del lavoratore padre sia funzionale per lo più a favorire l'interesse all'attività della donna.

A partire dalla fine degli anni '80 del XX° Secolo, inoltre, un ruolo via via crescente nel dare impulso allo sviluppo delle tutele a favore della lavoratrice madre e del lavoratore padre è svolto dall'ordinamento comunitario e dall'Unione Europea.

In particolare, le istituzioni europee favoriscono l'adozione di diversi provvedimenti funzionali a favorire l'introduzione, negli ordinamenti degli Stati membri, di discipline idonee a promuovere la conciliazione delle esigenze di vita e di lavoro, una maggiore partecipazione e valorizzazione delle donne al mercato del lavoro nell'ottica di porre uomini e donne sul piano dell'effettiva parità lavorativa e familiare, la quale ha risvolti positivi nell'ambito dell'economia, delle condizioni di lavoro e delle scelte legate al ruolo genitoriale³⁸. Tali obiettivi vengono perseguiti, dall'Unione Europea, incentivando una più equa

³⁸ V. VIALE - R. ZUCARO, *I congedi a tutela della genitorialità nell'Unione europea* cit., 4.

ripartizione dei ruoli all'interno del nucleo familiare e attraverso la configurazione di una serie di strumenti che siano in grado di garantire una più ampia flessibilità organizzativa delle imprese; sono diverse difatti le direttive adottate dall'Unione che invitano gli Stati membri a predisporre una serie di garanzie ai fini del raggiungimento di tale obiettivo³⁹. Tali direttive hanno come riferimento gli ambiti:

- i) dell'intervento pubblico, attraverso sgravi fiscali, agevolazioni, sussidi e un potenziamento dell'offerta di servizi pubblici per l'infanzia;
- ii) dell'organizzazione del lavoro, con l'introduzione di misure di flessibilità nella gestione degli orari e di forme di telelavoro;
- iii) delle relazioni familiari, mediante la redistribuzione delle responsabilità genitoriali all'interno della famiglia⁴⁰.

Nello specifico sono due le direttive che, per la loro rilevanza, pare opportuno analizzare: la Direttiva 92/85/CE⁴¹ e la Direttiva 96/34/CE⁴², successivamente riformate, in tempi più recenti, con la Direttiva 2010/18/EU⁴³, che attua il nuovo Accordo quadro in materia di congedo parentale concluso da BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES e abroga la Direttiva 96/34/CE⁴⁴.

³⁹ Il fine principale della Direttiva, quale fonte del diritto comunitario, è l'avvicinamento degli istituti giuridici riguardanti date materie tra gli Stati dell'Unione. Infatti, la Direttiva è vincolante in relazione all'obiettivo da perseguire; la scelta dei mezzi con cui il risultato viene raggiunto è, tuttavia, rimessa al legislatore nazionale.

⁴⁰ I. FANLO CORTÉS, *Congedi genitoriali, politiche del diritto e diseguaglianze di genere. Riflessioni sul caso italiano nel quadro europeo*, *D. e quest. Pubbl.: riv. di filos. del D. e cult. giurid.*, 2015, 39.

⁴¹ Direttiva 92/85 CEE, GUCE L 348 del 28 novembre 1992, p. 1-7.

⁴² Direttiva 96/34 CE, GUCE L 145 del 19 giugno 1996, p. 4-9.

⁴³ Direttiva 2010/18 UE, GUUE L 68 del 18 marzo 2010, p. 13-20.

⁴⁴ Il primo Accordo quadro sul congedo parentale, concluso dalle parti sociali UNICE, CEEP e CES, è allegato alla Direttiva 96/34/CE. Tale accordo, stabilisce misure minime finalizzate alla conciliazione delle responsabilità professionali e familiari; il riferimento corre, alla configurazione di un diritto individuale in capo a ciascun genitore, naturale o adottivo, ad un congedo parentale pari ad un minimo di tre mesi, fino al compimento di un'età non superiore agli otto anni da parte del minore. Inoltre, l'Accordo prevede la facoltà per gli Stati di stabilire le modalità di godimento, i termini di preavviso e il diritto al mantenimento del posto a favore dei genitori, fruitori del congedo. La Direttiva 2010/18/UE attua l'Accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale ed abroga, a partire dall'8 marzo 2012, la Direttiva 96/34/CE. Nello specifico, La Direttiva del 2010:

- i) aumenta la durata del congedo parentale a quattro mesi, e dispone che almeno uno dei quattro mesi spetti in maniera non trasferibile;
- ii) chiarisce che si applica a tutti i lavoratori, indipendentemente dalla forma del loro contratto;
- iii) fornisce la facoltà ai genitori, al termine del periodo di congedo parentale, di chiedere l'adattamento delle loro condizioni di lavoro;

La Direttiva del 1992⁴⁵ viene adottata dal Consiglio il 19 ottobre sulla base dell'art. 118 A del Trattato CEE, e riguarda l'attuazione di misure – quali a titolo esemplificativo, il diritto al congedo retribuito quando non è possibile mutare la mansione svolta, il congedo di maternità pari a 14 settimane, il diritto per la donna gestante o che ha appena partorito di non essere adibita a lavoro notturno – volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, aggiornando le legislazioni nazionali che fino a quel momento rappresentavano l'unica fonte di garanzia in una materia particolarmente delicata ed importante quale quella in oggetto⁴⁶.

Successivamente, con la Direttiva n. 34 del 1996⁴⁷ si assiste all'introduzione di una visione del tutto nuova del “congedo”– istituto chiave delle normative in materia di conciliazione e che nelle legislazioni precedenti assumeva la denominazione di “astensione”– quale manifestazione di una più evoluta disciplina che si basa su di un rapporto di parità tra uomo e donna. La normativa comunitaria richiama, infatti, il nuovo concetto di “congedo parentale”, il quale è andato a sostituire l'astensione facoltativa dal lavoro, come un diritto in linea di principio non trasferibile, da attribuire sia alle lavoratrici che ai lavoratori, spettante al padre lavoratore in quanto tale e, di norma, non come conseguenza della condizione o delle scelte della madre. Ai sensi della Direttiva, l'accesso a tale, nuovo, congedo deve essere, inoltre, permesso ai coniugi anche contem-

iv) incrementa la protezione, a fronte di trattamenti sfavorevoli subordinati all'utilizzo del congedo parentale.

Gli Stati membri sono stati gravati dall'obbligo di recepimento della nuova Direttiva, fino l'8 marzo 2012, salvo, a fronte di particolari difficoltà, di usufruire di un periodo supplementare non superiore ad un anno, cfr. R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza*, IPSOA, 2012, 157.

⁴⁵ Decima Direttiva particolare ai sensi dell'art. 16, par. 1, della Direttiva 89/391/CEE.

⁴⁶ V. *Relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva del Consiglio 92/85/CEE del 19 ottobre 1992 concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento*, BA, n. 85/1992, 1999, 3 ss.

⁴⁷ Il legislatore nazionale, al fine di dare attuazione alla Direttiva n. 34 del 1996, ha emanato la legge n. 53/2000 la quale, all'art. 15, conteneva la delega che ha permesso l'adozione del T.U. n. 151/2001, con l'obiettivo, come già ricordato, di mettere ordine in un panorama legislativo piuttosto frammentato in materia di tutele a favore della madre lavoratrice e del padre lavoratore. Il predetto T.U. rappresenta, ancora oggi, la normativa di riferimento in tale ambito dell'ordinamento italiano.

poraneamente. In particolare, l'Accordo in esame afferma, per entrambi i genitori, il «diritto individuale al congedo parentale per la nascita o l'adozione di un bambino, affinché [i genitori] possano averne cura per un periodo minimo di tre mesi fino ad un'età non superiore agli otto anni determinato dagli Stati membri e/o dalle parti sociali⁴⁸». Il medesimo principio viene ribadito nel 2000 dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁴⁹ che così recita al suo art. 33, co. 2: «al fine di poter conciliare vita familiare e professionale, ogni individuo ha il diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio⁵⁰».

Al fine di dare attuazione, nell'ordinamento italiano, alla Direttiva CE del 1996, il legislatore approva la l. n. 53 del 2000 la quale introduce un mutamento, dal punto di vista terminologico, di notevole importanza in quanto evidenza e rappresenta quella che è la nuova idea fondante cui è ispirata dapprima tale legge e, allo stesso modo, il conseguente T.U. del 2001: la donna pur mantenendo un ruolo focale nella cura dei figli, non è più l'unica destinataria della disciplina protettiva, che si estende al padre lavoratore, ai genitori affidatari e a quelli adottivi, con la finalità di promuovere una più equa ripartizione dei ruoli relativamente alla gestione della famiglia, nonché a garantire la presenza dei genitori non solo nel periodo immediatamente successivo alla nascita, bensì per un arco di tempo più lungo. Tale nuovo assetto della disciplina protettiva dovrebbe, quindi, consentire a entrambi i genitori sia di far fronte ai bisogni essenziali del figlio, che di istaurare, con maggiore facilità, un legame di tipo affettivo. Per dare attuazione a tale progetto di riforma, il legislatore: abbandona i termini “astensione obbligatoria” ed “astensione facoltativa” per lasciare spazio rispettivamente al “congedo di maternità e paternità” e al “congedo parentale”; e viene, inoltre, eliminata la parola “puerperio”, più volte menzionata nelle leggi precedenti, a riprova del fatto che la cura della prole non è più limitata ai giorni subito successivi al termine della gestazione.

⁴⁸ “Accordo quadro sul congedo parentale”, clausola 2.1.

⁴⁹ cd. “Carta di Nizza”.

⁵⁰ M. CAIELLI, *La normativa sui congedi parentali* cit., 107.

In concreto, le innovazioni più rilevanti introdotte dalla l. n. 53/2000, le cui disposizioni insieme ad altre previgenti sono poi confluite nel «Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità», riguardano, in primo luogo, il congedo di maternità, per il quale si prevede:

i) all'art. 4 bis, che viene aggiunto alla l. n. 1204/1971⁵¹, il legislatore, prevede la facoltà per la donna gestante di interrompere la propria attività solo nell'ultimo mese antecedente la data presunta del parto, e di conseguenza nei quattro mesi successivi alla nascita, previo parere positivo del medico specialista del Servizio Sanitario Nazionale o con esso convenzionato e del medico competente;

ii) all'art. 4, co. 4, della l. n. 1204/1971⁵², il caso di parto prematuro, prevedendo che al verificarsi di tale fattispecie i giorni di congedo che non sono stati goduti vengano usufruiti nel periodo *post-partum*.

Per quanto invece attiene al congedo di paternità le innovazioni introdotte sono più pregnanti in quanto si è svolto un passo ulteriore rispetto a quello compiuto dalla sentenza n. 1/1987 della Consulta che aveva sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 della l. n. 903/1977 nella parte in cui non prevedeva l'astensione obbligatoria in favore del padre in caso di decesso o grave infermità della madre; infatti, l'art. 13 della l. n. 53/2000 ha introdotto, all'art. 6 bis, co. 1, della l. n. 903/1977⁵³, due ulteriori ipotesi a fronte delle quali l'uomo è destinatario dell'obbligo di assentarsi dal posto di lavoro per occuparsi di quelli che sono i doveri di cura nei confronti dei propri figli: in caso di abbandono del figlio da parte della madre e di affidamento esclusivo del bambino al padre. A

⁵¹ L'art 4 bis, l. n. 1204/1971, prevede che «Ferma restando la durata complessiva dell'astensione dal lavoro, le lavoratrici hanno la facoltà di astenersi dal lavoro a partire dal mese precedente la data presunta del parto e nei quattro mesi successivi al parto, a condizione che il medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro».

⁵² L'art. 4, co. 4, l. n. 1204/1971, prevede che «Qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta, i giorni non goduti di astensione obbligatoria prima del parto vengono aggiunti al periodo di astensione obbligatoria dopo il parto. La lavoratrice è tenuta a presentare, entro trenta giorni, il certificato attestante la data del parto».

⁵³ L'art. 6 bis, co. 1, l. n. 903/1977, prevede che «Il padre lavoratore ha diritto di astenersi dal lavoro nei primi tre mesi dalla nascita del figlio, in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre».

fronte del godimento del congedo da parte del lavoratore, inoltre, la l. del 2000 con il suo art. 13 ha sancito espressamente, all'art. 6 bis, co. 4, della l. n. 903/1977⁵⁴, che anche in favore di quest'ultimo viene previsto il divieto di licenziamento, già configurato in capo alla lavoratrice dall'art. 2, co. 1, della l. n. 1204/1971, che perdura durante tutto il periodo di sospensione dell'attività lavorativa e fino al compimento di un anno di età del bambino.

Innovazioni rilevanti si delineano poi in riferimento alla risalente "astensione facoltativa" (ora "congedo parentale") che, come si è accennato in precedenza, viene a configurarsi quale diritto individuale che può essere esercitato da ciascun genitore indipendentemente dal godimento e dalla spettanza dello stesso diritto anche in capo all'altro; indagini svolte in merito dimostrano come la maggior parte delle volte a godere del congedo parentale sia la donna e dunque il legislatore, sempre in un'ottica di riequilibrio dei ruoli e di incentivazione dell'occupazione femminile, ha elaborato una norma promozionale per spingere gli uomini ad esercitare con maggiore frequenza il diritto di cui anch'essi sono destinatari. Il riferimento corre, all'art. 3, co. 2, della l. n. 53/2000 che ha sostituito l'art. 7, co. 1, della l. n. 1204/1971⁵⁵, prevedendo che il periodo di congedo utilizzabile da ciascun genitore sia di un massimo di sei mesi ciascuno e di dieci cumulativamente, innalzando però la soglia rispettivamente a sette e undici mesi, nel caso in cui a goderne sia il lavoratore padre per un periodo continuativo non inferiore a tre mesi. Inoltre con il dettato normativo in esame

⁵⁴ L'art. 6 bis, co. 4, l. n. 903/1977, prevede che «Al padre lavoratore si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 2 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, e successive modificazioni, per il periodo di astensione dal lavoro di cui al comma 1 del presente articolo e fino al compimento di un anno di età del bambino».

⁵⁵ L'art 7, l. n. 1204/1971, prevede che «Nei primi otto anni di vita del bambino ciascun genitore ha diritto di astenersi dal lavoro secondo le modalità stabilite dal presente articolo. Le astensioni dal lavoro dei genitori non possono complessivamente eccedere il limite di dieci mesi, fatto salvo il disposto del comma 2 del presente articolo. Nell'ambito del predetto limite, il diritto di astenersi dal lavoro compete:

a) alla madre lavoratrice, trascorso il periodo di astensione obbligatoria di cui all'articolo 4, primo comma, lettera c), della presente legge, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi;
b) al padre lavoratore, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi;
c) qualora vi sia un solo genitore, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a dieci mesi. 2. Qualora il padre lavoratore eserciti il diritto di astenersi dal lavoro per un periodo non inferiore a tre mesi, il limite di cui alla lettera b) del comma 1 è elevato a sette mesi e il limite complessivo delle astensioni dal lavoro dei genitori di cui al medesimo comma è conseguentemente elevato a undici mesi».

si prevede che possano godere del congedo, per un periodo di tre mesi nel primo anno di età del bambino, anche le lavoratrici autonome, madri di bimbi nati a partire dal 1° gennaio 2000. Un'ulteriore novità riguarda i genitori adottivi e affidatari, divenuti destinatari dell'istituto già con l'art. 6 della l. n. 903/1977, la quale limitava il beneficio ai primi tre anni di età del bambino e poneva la condizione che il diritto fosse esercitato entro un anno dall'effettivo ingresso dello stesso nella famiglia; la legge del 2000, con l'art. 3, co. 5, innalza la soglia di età ai sei anni, prevedendo quale unica condizione per i bambini di età compresa tra i sei e i dodici anni che il diritto venga esercitato entro tre anni dall'ingresso del minore in famiglia⁵⁶.

Altro istituto oggetto di modifica, sulla base della già citata pronuncia della Corte Costituzionale del 1993, n. 179, è quello dei riposi giornalieri che, in ragione della novella, possono essere goduti dal padre nel caso in cui sia l'unico affidatario del figlio, nel caso in cui la madre non sia una lavoratrice dipendente e nell'ipotesi in cui quest'ultima sia lavoratrice subordinata ma non eserciti il proprio diritto al riposo. Il legislatore del 2000, all'art. 3, co. 4, ha, quindi, modificato l'art. 10, ultimo comma, della l. n. 1204/1971⁵⁷. Il riferimento corre, alla previsione del raddoppio dei riposi in caso di parto plurimo, permettendo al padre lavoratore di utilizzare, in luogo della madre, il periodo di astensione aggiuntivo e concesso *ad hoc*.

Con riferimento ai permessi per malattia del bambino si osserva che questi, a differenza del congedo parentale, possono essere utilizzati alternativamente dai genitori di bambini aventi un'età inferiore agli otto anni (in precedenza il tetto massimo era fissato a tre dalla l. n. 903/1977). Non sono previsti limiti di tempo nel caso il figlio abbia un'età inferiore ai tre anni, mentre tra i tre e gli otto anni il legislatore ha previsto un limite di cinque giorni lavorativi all'anno. Infine,

⁵⁶ L'art. 6, l. n. 903/1977, prevede che «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 dell'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».

⁵⁷ L'art. 10, ultimo co., l. n. 1204/1971, prevede che «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».

data la condizione per cui non è possibile che entrambi i genitori si assentino dal lavoro per motivi legati alla malattia del figlio si richiede una dichiarazione di responsabilità attestante che l'altro genitore non è assente dal lavoro per il medesimo motivo. Tali novelle, sono state introdotte dall'art. 3 della l. n. 53/2000, che ha modificato l'art. 7, co. 4, della l. n. 1204/1971⁵⁸.

La l. n. 53/2000, infine, per far fronte ad esigenze di cura che coinvolgono coniuge, affini o conviventi ha disciplinato i "congedi familiari", categoria comprendente tre diversi tipi di permesso: vi è il permesso retribuito che viene concesso in caso di decesso o di documentata grave infermità del coniuge o di un parente entro il secondo grado o del convivente, pari a tre giorni lavorativi all'anno; un congedo continuativo o frazionato non superiore a due anni a fronte di gravi e documentati motivi familiari, con la sola garanzia della conservazione del posto di lavoro e a condizione che non venga svolta alcuna attività lavorativa; infine, vi sono i permessi per l'assistenza a portatori di handicap già istituiti con la l. n. 104/1992 la quale prevede, al suo art. 33, che il compimento del terzo anno di età del bambino consente alla lavoratrice madre, o in alternativa al lavoratore padre, siano essi genitori naturali o adottivi o affidatari, di godere di un permesso pari a tre giorni al mese, facoltà riconosciuta anche a chi svolge attività di assistenza ad un parente o affine entro il terzo grado portatore di handicap⁵⁹.

Come già ricordato, l'art. 15 della l. n. 53/2000 contiene la delega per l'emanazione del "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità"; il suddetto T.U., è stato adottato con il d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

Le tutele di cui al d.lgs. n. 151/2001, rappresentano quel minimo di tutela necessaria per soddisfare l'esigenza di conciliazione degli obblighi familiari e

⁵⁸ L'art. 7, co. 4, l. n. 1204/1971, prevede che «Entrambi i genitori, alternativamente, hanno diritto, altresì, di astenersi dal lavoro durante le malattie del bambino di età inferiore a otto anni ovvero di età compresa fra tre e otto anni, in quest'ultimo caso nel limite di cinque giorni lavorativi all'anno per ciascun genitore, dietro presentazione di certificato rilasciato da un medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato. La malattia del bambino che dia luogo a ricovero ospedaliero interrompe il decorso del periodo di ferie in godimento da parte del genitore».

⁵⁹ R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, RIDL, 2000, 157 ss.

professionali dei genitori lavoratori, che può essere superato da condizioni di miglior favore previste in leggi, regolamenti, contratti collettivi di qualsiasi livello e in ogni altra disposizione che l'art. 1, co. 2⁶⁰, fa salvi⁶¹.

Con riferimento al contenuto del T.U., quest'ultimo si articola in sedici capi. In particolare il capo I, intitolato "Disposizioni generali", contiene cinque articoli che delineano l'ambito di applicabilità della normativa, e chiariscono il significato delle nuove espressioni utilizzate con riferimento alla sospensione dell'attività lavorativa, da parte della lavoratrice madre e del lavoratore padre, in virtù di quel cambiamento terminologico resosi necessario dal fatto che, destinataria della tutela, non è più solo la madre, lavoratrice subordinata.

Il capo II, riguarda la tutela della sicurezza e salute della lavoratrice madre durante il periodo della gravidanza e fino a sette mesi di età del figlio; tale tutela, è prevista dal legislatore anche a favore delle donne che hanno adottato o avuto in affidamento un bambino, fino al compimento del settimo mese di età del bambino. Nel periodo in questione, l'art. 7 del T.U. del 2001⁶² vieta di adibire le lavoratrici al trasporto ed al sollevamento di pesi, nonché ai lavori faticosi e insalubri menzionati negli allegati A e B del medesimo decreto. Ciò comporta l'obbligo, in capo al datore di lavoro, di adibire la lavoratrice ad altre

⁶⁰ L'art 1, co. 2, d.lgs. n. 151/2001, prevede che «Sono fatte salve le condizioni di maggior favore stabilite da leggi, regolamenti, contratti collettivi, e da ogni altra disposizione».

⁶¹ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo e libere professioni* cit., 3.

⁶² L'art 7, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Lavori vietati", prevede che «1. È vietato adibire le lavoratrici al trasporto e al sollevamento di pesi, nonché ai lavori pericolosi, faticosi ed insalubri. I lavori pericolosi, faticosi ed insalubri sono indicati dall'articolo 5 del decreto del Presidente della Repubblica 25 novembre 1976, n. 1026, riportato nell'allegato A del presente testo unico. Il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con i Ministri della sanità e per la solidarietà sociale, sentite le parti sociali, provvede ad aggiornare l'elenco di cui all'allegato A. 2. Tra i lavori pericolosi, faticosi ed insalubri sono inclusi quelli che comportano il rischio di esposizione agli agenti ed alle condizioni di lavoro, indicati nell'elenco di cui all'allegato B. 3. La lavoratrice è addetta ad altre mansioni per il periodo per il quale è previsto il divieto. 4. La lavoratrice è, altresì, spostata ad altre mansioni nei casi in cui i servizi ispettivi del Ministero del lavoro, d'ufficio o su istanza della lavoratrice, accertino che le condizioni di lavoro o ambientali sono pregiudizievoli alla salute della donna. 5. La lavoratrice adibita a mansioni inferiori a quelle abituali conserva la retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte, nonché la qualifica originale. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 13 della legge 20 maggio 1970, n. 300, qualora la lavoratrice sia adibita a mansioni equivalenti o superiori. 6. Quando la lavoratrice non possa essere spostata ad altre mansioni, il servizio ispettivo del Ministero del lavoro, competente per territorio, può disporre l'interdizione dal lavoro per tutto il periodo di cui al presente Capo, in attuazione di quanto previsto all'articolo 17. 7. L'inosservanza delle disposizioni contenute nei commi 1, 2, 3 e 4 è punita con l'arresto fino a sei mesi».

mansioni; se ciò non è possibile, deve essere disposta l'interdizione dall'attività lavorativa ad opera della Direzione Provinciale del Lavoro⁶³.

I capi III e IV del d.lgs. del 2001 disciplinano, rispettivamente, il congedo di maternità e paternità. In particolare, l'art. 16 stabilisce il divieto assoluto di svolgimento dell'attività lavorativa per la donna:

- i) durante i due mesi precedenti la data presunta del parto;
- ii) ove il parto avvenga oltre tale data, per il periodo intercorrente tra la data presunta e la data effettiva del parto;
- iii) durante i tre mesi dopo il parto;
- iv) 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.

Inoltre il T.U. n. 151/2001 ha recepito all'art. 20⁶⁴ la facoltà, già riconosciuta dalla l. n. 53/2000, per la lavoratrice gestante, di sospendere lo svolgimento dell'attività lavorativa a partire dal mese precedente la data presunta del parto, facendo slittare automaticamente la fine del congedo a quattro mesi dopo il termine della gestazione⁶⁵.

Novità importante rispetto alla legislazione precedente concerne il congedo di paternità, disciplinato dall'art. 28 del T.U. del 2001⁶⁶; in precedenza è stato detto, come l'art. 13 della l. n. 53/2000 abbia inserito l'art. 6 bis nella l. n. 903/1977, prevedendo il diritto per il padre lavoratore – nelle ipotesi di morte, di grave infermità della madre, di abbandono del figlio da parte della madre o

⁶³ E. MINALE COSTA, *Il testo unico sui congedi parentali* cit., 70 s.

⁶⁴ L'art 20, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Flessibilità del congedo di maternità", prevede che «1. Ferma restando la durata complessiva del congedo di maternità, le lavoratrici hanno la facoltà di astenersi dal lavoro a partire dal mese precedente la data presunta del parto e nei quattro mesi successivi al parto, a condizione che il medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro. 2. Il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con i Ministri della sanità e per la solidarietà sociale, sentite le parti sociali, definisce con proprio decreto l'elenco dei lavori ai quali non si applicano le disposizioni del comma 1».

⁶⁵ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo e libere professioni* cit., 97 ss.

⁶⁶ L'art. 28, co. 1, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Congedo di paternità", prevede che «Il padre lavoratore ha diritto di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice, in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre».

nell'ipotesi di affidamento del bambino al padre – di astenersi dal lavoro nei primi tre mesi dalla nascita del figlio. L'art. 28 del d.lgs. del 2001 prevede che, nel caso in cui sussistano le medesime condizioni, il padre ha diritto ad assentarsi dal lavoro, non più limitatamente ai primi tre mesi dalla nascita del figlio, ma per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua, che sarebbe spettata alla lavoratrice⁶⁷.

La materia dei congedi parentali è, invece, regolamentata nel capo V del T.U., che riprende la disciplina introdotta dall'art. 3 della l. n. 53/2000. Il riferimento corre, alla modifica, da parte del legislatore del nuovo millennio, dell'art. 7 della l. n. 1204/1971; come evidenziato in precedenza, la normativa così riformata e contenuta nell'art. 32 del T.U. prevede che ciascun genitore, indipendentemente dalla condizione lavorativa in cui versi l'altro, ha la facoltà, nei primi otto anni di vita del bambino, di sospendere il rapporto di lavoro per un periodo, continuativo o frazionato, non superiore a sei mesi e complessivamente non superiore a dieci; tuttavia, nell'ipotesi di congedo parentale goduto da parte del padre lavoratore, per un periodo continuativo non inferiore ai tre mesi, i predetti limiti aumentano rispettivamente fino a sette e undici mesi.

Segue il capo VI, il quale contiene il regime dei riposi, dei permessi giornalieri, e dei congedi per l'assistenza al figlio portatore di handicap grave. L'art. 39 del T.U. del 2001⁶⁸ stabilisce che 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, della durata di un'ora ciascuno. Nel caso in cui l'orario giornaliero sia inferiore alle sei ore, il riposo giornaliero diventa uno solo. Tale disciplina, ai sensi dell'art. 40⁶⁹, – in recepimento delle pronunce

⁶⁷ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo e libere professioni* cit., 133 s.

⁶⁸ L'art. 39, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Riposi giornalieri della madre", prevede che «1. 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. 2. I periodi di riposo di cui al comma 1 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. 3. I periodi di riposo sono di mezz'ora ciascuno quando la lavoratrice fruisca dell'asilo nido o di altra struttura idonea, istituiti dal datore di lavoro nell'unità produttiva o nelle immediate vicinanze di essa».

⁶⁹ L'art. 40, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Riposi giornalieri del padre", prevede che «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;

della Consulta che si sono succedute sul finire degli anni '80 – si applica anche con riferimento al lavoratore padre, al verificarsi delle seguenti ipotesi:

- i) affidamento esclusivo del figlio al padre;
- ii) rinuncia da parte della madre, lavoratrice subordinata, all'esercizio del diritto ad essa spettante;
- iii) qualora la madre non sia lavoratrice dipendente;
- iv) morte o grave infermità della madre.

Con riferimento ai riposi e permessi per i genitori lavoratori aventi figli portatori di handicap grave, l'art. 42, co. 1, 2 e 3, del T.U. del 2001⁷⁰ prevede la facoltà di fruire – in luogo del congedo parentale prolungato – di due ore di permesso giornaliero retribuito fino al compimento del terzo anno di vita del bambino. Qualora il figlio abbia un'età compresa tra i tre e i diciotto anni, la lavoratrice madre, o in alternativa il padre lavoratore, hanno diritto a tre giorni di permesso retribuito mensile; questi tre giorni di permesso mensili sono riconosciuti, anche, una volta che il figlio ha raggiunto la maggiore età, a condizione che quest'ultimo conviva con i genitori o goda di un'assistenza continuativa ed esclusiva.

Il capo VII concerne la disciplina applicabile nel caso in cui sorga la malattia del figlio. In particolare, l'art. 47, co. 1 e 2⁷¹, prevede che i genitori lavoratori, alternativamente, possono astenersi dall'attività lavorativa, senza alcun limite

c) nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente;

d) in caso di morte o di grave infermità della madre».

⁷⁰ L'art. 42, co. 1, 2 e 3, d.lgs. n. 151/2001, in materia di “Riposi e permessi per i figli con handicap grave”, prevede che «1. Fino al compimento del terzo anno di vita del bambino con handicap in situazione di gravità e in alternativa al prolungamento del periodo di congedo parentale, si applica l'articolo 33, comma 2, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, relativo alle due ore di riposo giornaliero retribuito. 2. Successivamente al compimento del terzo anno di vita del bambino con handicap in situazione di gravità, la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre hanno diritto ai permessi di cui all'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104. Detti permessi sono fruibili anche in maniera continuativa nell'ambito del mese. 3. Successivamente al raggiungimento della maggiore età del figlio con handicap in situazione di gravità, la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre hanno diritto ai permessi di cui all'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104. Ai sensi dell'articolo 20 della legge 8 marzo 2000, n. 53, detti permessi, fruibili anche in maniera continuativa nell'ambito del mese, spettano a condizione che sussista convivenza con il figlio o, in assenza di convivenza, che l'assistenza al figlio sia continuativa ed esclusiva».

⁷¹ L'art. 47, co. 1 e 2, d.lgs. n. 151/2001, in materia di “Congedo per la malattia del figlio”, prevede che «1. 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. 2. 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».

temporale, fino ai tre anni di vita del figlio; qualora, invece, il figlio abbia un'età compresa tra i tre e gli otto anni, il congedo è limitato a cinque giorni lavorativi all'anno per ciascun genitore.

Il capo VIII regola il lavoro notturno, confermando quanto già stabilito dalla l. n. 53/2000: il divieto di adibire al lavoro la lavoratrice, di cui sia stato accertato lo stato di gravidanza e fino al compimento di un anno di età del bambino, e il diritto, per la lavoratrice madre e il lavoratore padre, di rifiutare la prestazione lavorativa tra le ore ventiquattro e le sei del mattino.

Con riferimento ai capi rimanenti: il capo IX concerne le misure volte a garantire la stabilità del posto di lavoro; il capo X si occupa di disposizioni speciali tra cui vi rientra la disciplina applicabile ai genitori lavoratori iscritti alla Gestione separata dell'Inps; i capi XI e XII regolamentano, rispettivamente, la disciplina prevista dal legislatore a favore dei lavoratori autonomi e dei liberi professionisti; il capo XIII è, poi, dedicato al sostegno alla maternità e alla paternità; i capi XIV e XV si occupano, rispettivamente, della vigilanza e delle disposizioni in materia di oneri contributivi. Per concludere, le disposizioni finali sono disciplinate nel capo XVI⁷².

Sulla base della disciplina regolata dal T.U. del 2001 si evince che il legislatore ha cercato di rispondere in parte alle numerose sollecitazioni provenienti dal contesto sociale. Tuttavia, tale normativa non è stata in grado di realizzare la piena parità, non solo tra lavoratrici e lavoratori, ma, anche, rispetto ai genitori che non svolgono la propria attività alle dipendenze di un datore di lavoro; difatti, il T.U. del 2001 si è preoccupato di disporre misure a tutela della maternità e paternità a favore prevalentemente dei lavoratori subordinati. In ragione di ciò, si presenta come una normativa che necessita di continui interventi legislativi⁷³.

A riprova di ciò, il T.U. n. 151/2001 è stato oggetto di recenti riforme che hanno apportato modifiche ad alcune rilevanti disposizioni in esso contenute. Tra esse vi è, *in primis*, la riforma del mercato del lavoro di cui alla l. n. 92 del 28 giugno

⁷² E. MINALE COSTA, *Il testo unico sui congedi parentali* cit., 70 ss.

⁷³ D. GOTTARDI, *Le modifiche al testo unico maternità-paternità e la conciliazione tra vita familiare e vita professionale. Ragionando di d.lgs. n. 80/2015 e dintorni*, in *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, a cura di D. GOTTARDI, Giappichelli, 2016, 5 ss.

2012⁷⁴ cui è stata data attuazione dapprima con il d.m. 22 dicembre 2012 e successivamente con il d.m. 28 ottobre 2014.

L'art. 4, co. 24, 25, 26, della l. n. 92/2012⁷⁵ ha introdotto in via sperimentale⁷⁶, il congedo obbligatorio in favore del lavoratore padre, disponendo che quest'ultimo, entro cinque mesi dalla nascita del figlio, ha l'obbligo di astenersi dalla propria occupazione per il periodo di un giorno; sempre nel medesimo arco temporale di cinque mesi dalla nascita del figlio, il padre può astenersi per un ulteriore periodo di due giorni, anche continuativi, previo accordo con la madre e alternativamente alla stessa. L'utilizzo di tale ultima tipologia

⁷⁴ cd. "Riforma Fornero".

⁷⁵ L'art. 4, co. 24, 25, 26, l. n. 92/2012, prevede che «24. Al fine di sostenere la genitorialità, promuovendo una cultura di maggiore condivisione dei compiti di cura dei figli all'interno della coppia e per favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, in via sperimentale per gli anni 2013-2015:

a) il padre lavoratore dipendente, entro i cinque mesi dalla nascita del figlio, ha l'obbligo di astenersi dal lavoro per un periodo di un giorno. Entro il medesimo periodo, il padre lavoratore dipendente può astenersi per un ulteriore periodo di due giorni, anche continuativi, previo accordo con la madre e in sua sostituzione in relazione al periodo di astensione obbligatoria spettante a quest'ultima. In tale ultima ipotesi, per il periodo di due giorni goduto in sostituzione della madre è riconosciuta un'indennità giornaliera a carico dell'INPS pari al 100 per cento della retribuzione e per il restante giorno in aggiunta all'obbligo di astensione della madre è riconosciuta un'indennità pari al 100 per cento della retribuzione. Il padre lavoratore è tenuto a fornire preventiva comunicazione in forma scritta al datore di lavoro dei giorni prescelti per astenersi dal lavoro almeno quindici giorni prima dei medesimi. All'onere derivante dalla presente lettera, valutato in 78 milioni di euro per ciascuno degli anni 2013, 2014 e 2015, si provvede, quanto a 65 milioni di euro per ciascuno degli anni 2013, 2014 e 2015, mediante corrispondente riduzione dell'autorizzazione di spesa di cui all'articolo 24, comma 27, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, e, quanto a 13 milioni di euro per ciascuno degli anni 2013-2015, ai sensi del comma 69 del presente articolo;

b) nei limiti delle risorse di cui al comma 26 e con le modalità di cui al comma 25, è disciplinata la possibilità di concedere alla madre lavoratrice, al termine del periodo di congedo di maternità, per gli undici mesi successivi e in alternativa al congedo parentale di cui al comma 1, lettera a), dell'articolo 32 del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 151 del 2001, la corresponsione di voucher per l'acquisto di servizi di baby-sitting, ovvero per fare fronte agli oneri della rete pubblica dei servizi per l'infanzia o dei servizi privati accreditati, da richiedere al datore di lavoro. 25. Con decreto, di natura non regolamentare, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, da adottare entro un mese dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono stabiliti, nei limiti delle risorse di cui al comma 26:

a) i criteri di accesso e le modalità di utilizzo delle misure sperimentali di cui al comma 24;

b) il numero e l'importo dei voucher di cui al comma 24, lettera b), tenuto anche conto dell'indicatore della situazione economica equivalente del nucleo familiare di appartenenza.

26. Il decreto di cui al comma 25 provvede altresì a determinare, per la misura sperimentale di cui al comma 24, lettera b), e per ciascuno degli anni 2013, 2014 e 2015, la quota di risorse del citato fondo di cui all'articolo 24, comma 27, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, nel limite delle quali è riconosciuto il beneficio previsto dalla predetta misura sperimentale».

⁷⁶ Tali misure erano inizialmente valide per i soli anni 2013, 2014, 2015.

di congedo da parte del padre, tuttavia, incide sul periodo di astensione obbligatoria spettante alla madre lavoratrice, che viene ridotto di un numero corrispondente di giorni pari alla durata del congedo del marito. Tale diritto al congedo obbligatorio e facoltativo spetta anche in caso di adozione e affidamento: in tal caso, il legislatore, prevede che il summenzionato termine dei cinque mesi decorre dall'effettivo ingresso del bambino in famiglia. Tali misure previste dalla Riforma Fornero sono state prorogate anche per l'anno 2016 dalla l. del 28 dicembre 2015, n. 208⁷⁷, la quale ha aumentato la durata del congedo obbligatorio del padre da uno a due giorni, da fruirsì anche non continuativamente. La l. n. 208 è intervenuta prorogando per il 2016 la durata di un altro istituto introdotto dalla l. n. 92/2012, con l'evidente obiettivo di coniugare le esigenze di cura dei figli e lo svolgimento di attività lavorativa. Il riferimento corre, alla possibilità, per le lavoratrici dipendenti di amministrazioni pubbliche o di privati datori di lavoro e per le lavoratrici iscritte alla Gestione separata, di ricevere contributi economici a carico dell'Inps al fine di sostenere spese relative a servizi di baby-sitting o per l'accesso alla rete pubblica dei servizi per l'infanzia, in alternativa al congedo parentale⁷⁸.

Le ultime modifiche, in ordine di tempo, apportate al T.U. del 2001, sono state introdotte dal d.lgs. 15 giugno 2015, n. 80⁷⁹, emanato in attuazione della delega contenuta nella l. n. 183/2014⁸⁰. I punti su cui tale decreto incide riguardano, principalmente la categoria dei "congedi" in cui rientrano il "congedo di maternità e paternità" e il "congedo parentale". Relativamente alla prima tipologia di congedi in favore della lavoratrice madre viene previsto, in caso di parto prematuro, il differimento della fruizione dei giorni di astensione non goduti nel periodo successivo al parto, per un arco di tempo che può essere superiore ai cinque mesi; inoltre si prevede, in caso di ricovero del neonato, la possibilità

⁷⁷ cd. "Legge di Stabilità 2016".

⁷⁸ L. MARIANI - M. ARLATI - P. SALAZAR, *Congedi parentali e maternità*, Giuffrè, 2016, 38-55 s.

⁷⁹ Tali disposizioni, inizialmente introdotte in via "sperimentale" unicamente con riferimento all'anno 2015, sono successivamente state rese strutturali dal legislatore, ai sensi dell'art. 43, co. 2, del decreto di riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro, emanato dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali in data 14 settembre 2015, n. 148.

⁸⁰ cd. "Jobs Act".

di sospensione del congedo di maternità che riprenderà a decorrere a partire dalle dimissioni del figlio, previsione che trova applicazione anche in caso di affidamento o adozione. In ultimo, con riferimento alla madre, il legislatore del 2015 prevede che questa è beneficiaria dell'indennità di maternità anche in caso di licenziamento per giusta causa.

In favore del lavoratore padre il d.lgs. n. 80/2015 disciplina il godimento da parte dello stesso del congedo di maternità o della parte che residua nell'ipotesi in cui:

- i) sia intervenuto il decesso della madre;
- ii) questa si trovi in condizione di grave infermità;
- iii) in caso di abbandono da parte della madre o, infine;
- iv) di affidamento esclusivo al padre.

Inoltre viene esteso il congedo di paternità nelle ipotesi di coniuge lavoratore autonomo o libero professionista. L'applicabilità dell'istituto del congedo di paternità, anche, a beneficio dei genitori lavoratori che non svolgono la propria attività in via subordinata, evidenzia la volontà del legislatore di fornire ai propri consociati una normativa capace di rispondere alle esigenze conciliative dell'intera platea dei lavoratori, con l'obiettivo di eliminare le disparità all'interno delle singole tipologie di rapporti. Tuttavia, se da un lato il d.lgs. n. 80/2015 contiene degli spunti innovativi apprezzabili, dall'altro permane un'asimmetria di tutele riconosciute ai genitori lavoratori autonomi e liberi professionisti, rispetto a quelle applicate ai lavoratori dipendenti⁸¹.

Per quanto, poi, attiene alla seconda tipologia di congedi, quelli parentali, il legislatore del 2015 interviene a modificare il periodo di fruizione, la possibilità di ottenere il congedo su base oraria⁸² e il termine minimo di preavviso per

⁸¹ R. NUNIN, *Diritti e tutele per i genitori liberi professionisti e lavoratori autonomi*, in *La conciliazione delle esigenze* cit., 109 ss.

⁸² Il congedo parentale su base oraria viene disciplinato al co. 1 ter dell'art. 32 del T.U. del 2001, in virtù della sua introduzione ad opera del d.lgs. n. 80/2015. Salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva – cui è demandata la fissazione dei criteri e modalità di fruizione – la fruizione su base oraria è consentita in misura pari alla metà dell'orario medio giornaliero del periodo di paga quadsirettimanale o mensile immediatamente precedente quello nel corso del quale ha inizio il congedo parentale. Mediante l'introduzione di tale nuova modalità di esercizio del congedo parentale, secondo quanto affermato in dottrina, «viene finalmente abbracciato un diverso concetto di conciliazione, secondo cui le esigenze di cura dei figli non devono necessariamente richiedere la sospensione dell'attività lavorativa per un periodo di tempo prolungato

fruire del congedo stesso. Tale termine, in particolare, viene ridotto, in via generale, a cinque giorni, rispetto ai quindici precedenti mentre, nel caso di congedo su base oraria il termine si riduce ulteriormente a due giorni.

Un'altra novità importante che merita di essere sottolineata in questa prima e sommaria analisi delle tutele in favore della lavoratrice madre e del lavoratore padre riguarda il congedo per le donne vittime di violenza di genere, previsto dall'art. 24 del d.lgs. n. 80/2015⁸³. La predetta, nuova, tipologia di congedo

ma possono essere perseguite mediante una diversa modulazione dell'orario di lavoro, alterando nella giornata periodi di lavoro e momenti riservati alla cura del bambino», cfr. A. FENOGGIO, *Nuove modalità di fruizione del congedo parentale: un modello di "flessibilità buona"*, in *La conciliazione delle esigenze* cit., 71 ss.

⁸³ L'art. 24, d.lgs. n. 80/2015, in materia di "Congedo per le donne vittime di violenza di genere", prevede che «1. La dipendente di datore di lavoro pubblico o privato, con esclusione del lavoro domestico, inserita nei percorsi di protezione relativi alla violenza di genere, debitamente certificata dai servizi sociali del comune di residenza o dai centri antiviolenza o dalle case rifugio di cui all'articolo 5-bis decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119, ha il diritto di astenersi dal lavoro per motivi connessi al suddetto percorso di protezione per un periodo massimo di tre mesi. 2. Le lavoratrici titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa inserite nei percorsi di protezione relativi alla violenza di genere, debitamente certificati dai servizi sociali del Comune di residenza o dai Centri antiviolenza o dalle Case rifugio di cui all'articolo 5-bis, del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119, hanno diritto alla sospensione del rapporto contrattuale per motivi connessi allo svolgimento del percorso di protezione, per il periodo corrispondente all'astensione, la cui durata non può essere superiore a tre mesi. 3. Ai fini dell'esercizio del diritto di cui al presente articolo, la lavoratrice, salvo casi di oggettiva impossibilità, è tenuta a preavvisare il datore di lavoro o il committente con un termine di preavviso non inferiore a sette giorni, con l'indicazione dell'inizio e della fine del periodo di congedo e a produrre la certificazione di cui ai commi 1 e 2. 4. Durante il periodo di congedo, la lavoratrice ha diritto a percepire un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione, con riferimento alle voci fisse e continuative del trattamento, e il periodo medesimo è coperto da contribuzione figurativa. L'indennità è corrisposta dal datore di lavoro secondo le modalità previste per la corresponsione dei trattamenti economici di maternità. I datori di lavoro privati, nella denuncia contributiva, detraggono l'importo dell'indennità dall'ammontare dei contributi previdenziali dovuti all'ente previdenziale competente. Per i dipendenti dei predetti datori di lavoro privati, compresi quelli per i quali non è prevista l'assicurazione per le prestazioni di maternità, l'indennità di cui al presente comma è corrisposta con le modalità di cui all'articolo 1 del decreto-legge 30 dicembre 1979, n. 663, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 febbraio 1980, n. 33. Tale periodo è computato ai fini dell'anzianità di servizio a tutti gli effetti, nonché ai fini della maturazione delle ferie, della tredicesima mensilità e del trattamento di fine rapporto. 5. Il congedo di cui al comma 1 può essere usufruito su base oraria o giornaliera nell'arco temporale di tre anni secondo quanto previsto da successivi accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. In caso di mancata regolamentazione, da parte della contrattazione collettiva, delle modalità di fruizione del congedo, la dipendente può scegliere tra la fruizione giornaliera e quella oraria. La fruizione su base oraria è consentita in misura pari alla metà dell'orario medio giornaliero del periodo di paga quadrisettimanale o mensile immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha inizio il congedo. 6. La lavoratrice di cui al comma 1 ha diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in lavoro a tempo parziale, verticale od orizzontale, ove disponibili in organico. Il rapporto di lavoro a tempo parziale deve essere nuovamente trasformato, a richiesta della lavoratrice, in rapporto di lavoro a tempo pieno. 7. Restano in ogni caso salve disposizioni più favorevoli previste dalla contrattazione collettiva».

prevede, infatti, che la donna che ha intrapreso un percorso di recupero e di protezione possa sospendere la propria attività lavorativa per un periodo massimo di tre mesi, il quale può essere frazionato nel corso di tre anni⁸⁴. In particolare, il congedo può essere fruito su base oraria o giornaliera, secondo quanto previsto dalla contrattazione collettiva; in mancanza di accordi tra le parti sociali, la fruizione del congedo su base oraria è consentita in misura pari alla metà dell'orario medio giornaliero del periodo di paga quadsirettimanale o mensile immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha inizio il congedo. La lavoratrice impegnata in tali percorsi, inoltre, qualora lo richieda e ve ne sia la disponibilità, ha diritto alla trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale.

Lo stesso art. 24 del d.lgs. n. 80/2015 considera, anche, le lavoratrici titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, le quali, se inserite in percorsi di protezione analoghi a quelli previsti per le dipendenti, possono chiedere la sospensione dell'attività lavorativa per un periodo non superiore ai tre mesi⁸⁵.

Infine, si ritiene importante sottolineare l'impatto, sulla materia trattata, anche del secondo decreto attuativo del cd. Jobs Act, il d.lgs. n. 81/2015 concernente la disciplina di riordino dei contratti, che, indirettamente, contiene delle disposizioni in tema di conciliazione tra tempi di vita e lavoro, quale a titolo esemplificativo la previsione inserita nell'art. 8, co. 7, che prescrive la possibilità di chiedere, in alternativa al congedo parentale, la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale, o la disposizione che configura la possibilità di concordare con il datore di lavoro un mutamento delle mansioni finalizzato anche al miglioramento delle condizioni di vita⁸⁶.

Dunque, il d.lgs. n. 80/2015 interviene apportando miglioramenti contenuti alla disciplina che regola le tutele a favore della maternità e paternità, con l'obiettivo di favorire maggiormente la conciliazione delle esigenze familiari e professionali. Tuttavia, si tratta per lo più di interventi minimali e di settore,

⁸⁴ C. VALSIGLIO, *Conciliazione tempi di vita e lavoro: i riflessi sulla nuova tutela della maternità*, *GLav*, 2015, 71 ss.

⁸⁵ M. CORTI - A. SARTORI, *I decreti attuativi del Jobs Act. Tipologie contrattuali e mansioni (rinvio). Conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. La riforma della PA*, *RIDL*, 2015, 222 s.

⁸⁶ L. MARIANI - M. ARLATI - P. SALAZAR, *Congedi parentali e maternità cit.*, 9.

secondo, anche, quanto affermato nella Relazione illustrativa: «non si è proceduto al riordino dell'intera normativa in materia in quanto, considerati anche i tempi ridotti per l'iter di approvazione ed i vincoli finanziari connessi, si è preferito optare per un'impostazione minimale e settoriale efficace». Inoltre va anche considerato che, alcune delle disposizioni introdotte dal legislatore del 2015 non rappresentano che il recepimento formale di dichiarazioni di incostituzionalità anzitempo pronunciate dalla Corte Costituzionale, relative alle norme previgenti⁸⁷.

Se si considera che la difficoltà di contemperare l'attività lavorativa con la vita familiare costituisce la principale ragione di rinuncia allo svolgimento di mansioni professionali per un numero considerevole di donne, la crescente attenzione legislativa – resa evidente da interventi normativi che si sono succeduti a più riprese nel corso di oltre un secolo – è da considerarsi apprezzabile. Tuttavia, se a livello comunitario – data l'importanza assunta dal tema della conciliazione anche dal punto di vista dello sviluppo socio-economico – le tutele a favore della maternità e paternità rivestono un ruolo centrale nella regolazione normativa, nel nostro ordinamento, al contrario, si tratta di un tema considerato minore, scarsamente approfondito in dottrina, soprattutto da parte dei commentatori maschi⁸⁸.

La presente attività di ricerca sarà, quindi, volta ad analizzare nel dettaglio le misure adottate a favore dei genitori lavoratori, indagando le prospettive di sviluppo della legislazione nazionale e comunitaria in materia, affinché si approdi ad una normativa realmente garantista, che assicuri una più equa ripartizione dei ruoli e di conseguenza una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro.

⁸⁷ M. CINELLI - C. A. NICOLINI, *L'attuazione del Jobs Act tra riorganizzazione dei contratti di lavoro, mansioni e difficile conciliazione dei tempi di vita e di lavoro - La perequazione delle pensioni tra Corte Costituzionale e interventi legislativi «riparatori» - Il Testo Unico sull'assicurazione infortuni compie 50 anni*, RIDL, 2015, 165.

⁸⁸ D. GOTTARDI, *La condivisione delle responsabilità genitoriali in salsa italiana*, LD, 2012, 609 s.

2. I CONGEDI

Tra le tutele che il legislatore italiano ha adottato ai fini del coordinamento delle esigenze professionali e familiari, uno degli strumenti più rilevanti è il “congedo”.

Il congedo, sulla scorta dei precetti dettati dal legislatore comunitario, contribuisce, di concerto con gli ulteriori istituti disciplinati dalle legislazioni nazionali, a perseguire un obiettivo fondamentale nell’ambito del mercato del lavoro: garantire l’adempimento degli obblighi di cura, soprattutto con riguardo ai figli, e nel contempo, favorire l’innalzamento dei tassi di occupazione femminile, e quindi, l’entrata delle donne nel mondo del lavoro, attraverso una più equa ripartizione dei ruoli tra uomini e donne all’interno del nucleo familiare⁸⁹. Ai fini del raggiungimento degli obiettivi predetti, le leggi italiane che si sono succedute per oltre un secolo hanno previsto periodi di sospensione dell’attività lavorativa, obbligatori e facoltativi; tali periodi di astensione – come già ricordato, con riguardo alla disamina delle tutele previste nel corso dei decenni ad opera del legislatore nazionale – inizialmente previsti per la sola lavoratrice subordinata, madre biologica, progressivamente, sono stati estesi ai lavoratori padri e ai genitori adottivi e affidatari. In virtù dell’applicabilità dell’istituto ad ulteriori categorie di soggetti, al fine di rendere esplicito il riferimento al genere dei destinatari, è sorta la necessità di un cambiamento terminologico⁹⁰: il periodo di sospensione dello svolgimento dell’attività lavorativa, definito precedentemente con i termini di “astensione obbligatoria” ed “astensione facoltativa”, viene ora denominato rispettivamente come “congedo di maternità e paternità” e “congedo parentale”.

I congedi presi ad esame in questo capitolo e regolati dal “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”, adottato con il d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 – recante la disciplina di riferimento in

⁸⁹ I. FANLO CORTÉS, *Congedi genitoriali, politiche del diritto e diseguaglianze di genere* cit., 41.

⁹⁰ L. CALAFÀ, *La prestazione di lavoro tra assenze e (dis)equilibri familiari*, in *Famiglia, lavoro, diritto: combinazioni possibili*, a cura di L. CALAFÀ - D. GOTTARDI, LD, 2001, 147 ss.

materia di tutele previste a favore della lavoratrice madre e del lavoratore padre – sono elencati e definiti al suo art. 2:

«a) per “congedo di maternità” si intende l’astensione obbligatoria della lavoratrice;

b) per “congedo di paternità” si intende l’astensione dal lavoro del lavoratore, fruito in alternativa al congedo di maternità;

c) per “congedo parentale”, si intende l’astensione facoltativa della lavoratrice o del lavoratore; (...)»⁹¹.

In particolare, si vedrà, che con riferimento all’astensione del lavoratore padre, sempre nell’ottica di una più equilibrata ripartizione dei compiti di cura tra i genitori, la l. n. 92/2012 ha previsto, in via sperimentale, un congedo di paternità che non risponde alla definizione dell’art. 2 del d.lgs. del 2001, e quindi alternativo al godimento dell’astensione da parte della madre, ma che configura un diritto autonomo in capo al destinatario del beneficio.

Tuttavia, nonostante l’applicabilità dell’istituto non solo a favore della lavoratrice madre biologica, ma anche a favore della genitorialità giuridica, del lavoratore padre, dei genitori non necessariamente lavoratori subordinati, il legislatore italiano non è riuscito, ancora, a pervenire ad un’equiparazione del trattamento, in quanto la tutela forte è tuttora incentrata sulla figura della madre naturale, lavoratrice subordinata⁹².

⁹¹ P. SANNA - L. VICHI - A. BOSCO, *La riforma del lavoro. Maternità e paternità nel rapporto di lavoro*, I manuali del Sole 24 Ore, 2012, 9.

⁹² D. GOTTARDI, *Le modifiche al testo unico maternità- paternità* cit., 3; R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina* cit., 164.

2.1. I CONGEDI DI MATERNITÀ E PATERNITÀ

2.1.1. Struttura dell'istituto nel lavoro subordinato: la disciplina del T.U. n. 151/2001 e successive modifiche

La sospensione dello svolgimento dell'attività lavorativa prevista a favore della lavoratrice subordinata, in corrispondenza della gravidanza e dell'arco temporale successivo alla nascita del figlio, è disciplinata, in via generale, dall'art. 16 del T.U., che prescrive il divieto assoluto di adibire la donna al lavoro nei seguenti periodi:

- i) durante i due mesi antecedenti la data presunta del parto;
- ii) se la data effettiva del parto è successiva rispetto alla data presunta, durante il periodo intercorrente;
- iii) durante i tre mesi successivi al termine della gestazione;
- iv) durante i 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.

La lett. d dell'art. 16 del T.U. del 2001 è il risultato della riformulazione compiuta dall'art. 2, co. 1, lett. a, del d.lgs. n. 80/2015. Questa disposizione, al fine di tutelare le ipotesi di parto fortemente prematuro, ammette la possibilità che l'arco temporale di astensione concesso prima e dopo il parto sia superiore complessivamente ai cinque mesi, periodo previsto dalle lett. a e c del suddetto art. 16.

Questa parte di disciplina, riformata dal legislatore del 2015, è frutto, in particolare, di due pronunce della Consulta del 1999 e del 2011. Il riferimento corre, *in primis*, alla sentenza della Corte Costituzionale n. 270 del 30 giugno 1999⁹³, la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4, co. 1, lett. c, della l. n. 1204/1971, nella parte in cui stabiliva un generale divieto di adibizione ad attività lavorativa nei tre mesi successivi al parto, non prevedendo una tutela per le madri di bambini nati prematuramente. In particolare, la previsione normativa dettata dall'art. 4, l. n. 1204/1971, non rappresentava un'ideale protezione

⁹³ C. cost. 30 giugno 1999, n. 270, *FI*, 2000, I, 1445.

nell'ipotesi – piuttosto frequente in caso di parto prematuro – di ricovero prolungato del neonato in una struttura ospedaliera, in quanto le dimissioni di quest'ultimo potevano sopraggiungere in concomitanza del termine del periodo di astensione obbligatoria, non consentendo alla madre di far fronte ai propri obblighi di cura e di instaurare con il bambino un'adeguata relazione affettiva, non avendo la donna la possibilità di godere dei giorni di astensione non fruiti durante la gestazione⁹⁴. I giudici della Corte, al fine di corrispondere tale tutela a favore della lavoratrice, madre di un bambino nato prematuramente, avevano prospettato due soluzioni adottabili in sede legislativa:

- i) differire la decorrenza del periodo di sospensione obbligatoria dell'attività lavorativa, a partire dall'ingresso del neonato nella casa familiare;
- ii) differire la decorrenza del congedo di maternità, a partire dalla data presunta del termine fisiologico di una gravidanza normale⁹⁵.

Il legislatore è intervenuto a colmare la lacuna, optando per la seconda ipotesi configurata dalla Corte, con la l. n. 53/2000, che ha aggiunto all'art. 4 della l. del 1971 la lett. d; la disposizione così riformata, prevedeva, nell'ipotesi di parto prematuro avvenuto prima del settimo mese, il diritto della madre a cinque mesi di congedo di maternità, decorrenti dal giorno successivo al parto. Dunque, nonostante tale intervento da parte del giudice di merito prima e del legislatore successivamente, la questione inerente l'impossibilità per la lavoratrice madre di far fronte pienamente ai propri obblighi di cura, in caso di ricovero prolungato del neonato, rimaneva irrisolta in quanto il periodo di congedo di maternità pari a cinque mesi era tale da ricomprendere, anche, il tempo del ricovero ospedaliero del nato prematuro. Ciò è la ragione per cui, l'art. 16, lett. c, del d.lgs. n. 151/2001 – il quale riprende la disposizione di cui all'art 4 della l. n. 1204/1971 – è oggetto nuovamente di una questione di costituzionalità nel 2011. In particolare, la Consulta si pronuncia con sentenza n. 116, il 7 aprile 2011⁹⁶, dichiarando che, laddove sussista una certificazione medica – rilasciata dalla struttura ospedaliera – attestante le buone condizioni di salute

⁹⁴ F. AMATO, *Il congedo di maternità cit.*, 22 s.

⁹⁵ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza cit.*, 102.

⁹⁶ C. cost. 7 aprile 2011, n. 116, *RIDL*, 2011, II, 760, nt. TEBANO.

della donna e il rapporto causa-effetto intercorrente tra la nascita prematura e il ricovero del neonato, quest'ultima deve poter avere la facoltà di differire il godimento della parte residua di congedo di maternità, a partire dal giorno delle dimissioni del figlio⁹⁷.

Tale soluzione, cui è giunta la Corte nel 2011, ha condotto il legislatore del 2015 alla riformulazione della lett. d del T.U. del 2001 e all'inserimento dell'art. 16 bis derubricato "Rinvio e sospensione del congedo di maternità"⁹⁸. Tuttavia, la riformulazione così operata era introdotta in via sperimentale per il solo anno 2015, in virtù dell'art. 26, co. 2, del d.lgs. n. 80/2015; diviene strutturale con il d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148, che, come già ricordato, è il decreto di riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro, il quale riconosce l'applicabilità dei benefici introdotti dal legislatore del 2015 anche per gli anni a venire⁹⁹.

Con riferimento al risultato cui è giunta la Consulta con la sentenza n. 116/2011, è interessante evidenziare come a tale soluzione fosse pervenuto, nel 2005, il Tribunale di Palermo¹⁰⁰; il Tribunale, che con ordinanza aveva rimesso la questione al giudizio della Corte Costituzionale, si era espresso in riferimento alla necessità, qualora il bambino fosse venuto alla luce prematuramente, di far decorrere il periodo di sospensione obbligatoria dell'attività lavorativa dalla data di dimissione del bambino dall'ospedale e di ingresso nella casa familiare, alla luce della consolidata funzione del congedo di maternità:

⁹⁷ D. GOTTARDI, *Il congedo di maternità per le lavoratrici subordinate*, in *La conciliazione delle esigenze* cit., 20 s.

⁹⁸ L'art. 16 bis, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Rinvio e sospensione del congedo di maternità", prevede che «1. In caso di ricovero del neonato in una struttura pubblica o privata, la madre ha diritto di chiedere la sospensione del congedo di maternità per il periodo di cui all'articolo 16, comma 1, lettere c) e d), e di godere del congedo, in tutto o in parte, dalla data di dimissione del bambino. 2. Il diritto di cui al comma 1 può essere esercitato una sola volta per ogni figlio ed è subordinato alla produzione di attestazione medica che dichiari la compatibilità dello stato di salute della donna con la ripresa dell'attività lavorativa». Con riferimento a tale disposizione, è opportuno sottolineare come il legislatore sia incorso in un errore terminologico, avendo previsto la fruizione di "tutto il congedo"; la dottrina ha, difatti, evidenziato come la lavoratrice madre non potrà fruire dell'astensione successiva al termine della gestazione in misura integrale, per quanto rapida possa essere la ripresa della sua condizione fisica e di conseguenza dell'attività lavorativa, cfr. D. GOTTARDI, *Il congedo di maternità* cit., 22.

⁹⁹ L. MARIANI - M. ARLATI - P. SALAZAR, *Congedi parentali e maternità* cit., 30 s.

¹⁰⁰ T. Palermo, ord. 13 luglio 2005, *RGL*, 2006, II, 369, nt. MADONIA.

questo non si limita solo a tutelare la sicurezza e la salute della donna, ma consente a quest'ultima di far fronte ai bisogni essenziali del figlio, istaurando con lo stesso un legame affettivo e relazionale¹⁰¹.

Stante l'estensione progressiva dell'ambito di applicabilità delle tutele a favore della genitorialità, si è già ricordato come la l. n. 903/1977 avesse esteso alcune misure di conciliazione anche a beneficio dei genitori lavoratori adottivi ed affidatari. In particolare, la normativa vigente – sulla scorta soprattutto delle novità introdotte dalla cd. Legge finanziaria 2008¹⁰² – all'art. 26 del T.U. del 2001¹⁰³ consente alla lavoratrice genitore adottivo di sospendere lo svolgimento delle proprie mansioni per un periodo complessivo non superiore ai cinque mesi, eliminando qualsiasi riferimento all'età del minore rispetto alla disciplina previgente che prevedeva l'esercizio del diritto fino al compimento del sesto anno di età del figlio. Qualora si tratti di adozione nazionale, predetto periodo decorre dal giorno successivo all'ingresso del minore nella casa familiare. Nell'ipotesi invece di adozione internazionale – stante che il periodo di sospensione è comunque pari a cinque mesi – vengono previste diverse modalità di fruizione del congedo; in particolare, la lavoratrice ha la facoltà di

¹⁰¹ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo e libere professioni* cit., 98 s.

¹⁰² L. 24 dicembre 2007, n. 244. Tale normativa contiene le novità più significative al fine dell'equiparazione della genitorialità giuridica alla genitorialità biologica. In particolare: i) vengono eliminati i limiti di età del minore per la fruizione dei congedi; ii) adozioni nazionali e internazionali vengono equiparate del tutto nella disciplina applicabile che viene ricondotta in disposizioni uniche, salvo mantenere e rafforzare previsioni specifiche volte a disciplinare aspetti peculiari delle due fattispecie; iii) la durata del congedo di maternità viene aumentata da tre a cinque mesi, cfr. M. L. VALLAURI, *La lunga marcia dei genitori adottivi e affidatari verso la parità*, in *La conciliazione delle esigenze* cit., 88.

¹⁰³ L'art. 26, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Adozioni e affidamenti", prevede che «1. Il congedo di maternità come regolato dal presente Capo spetta, per un periodo massimo di cinque mesi, anche alle lavoratrici che abbiano adottato un minore. 2. In caso di adozione nazionale, il congedo deve essere fruito durante i primi cinque mesi successivi all'effettivo ingresso del minore nella famiglia della lavoratrice. 3. In caso di adozione internazionale, il congedo può essere fruito prima dell'ingresso del minore in Italia, durante il periodo di permanenza all'estero richiesto per l'incontro con il minore e gli adempimenti relativi alla procedura adottiva. Ferma restando la durata complessiva del congedo, questo può essere fruito entro i cinque mesi successivi all'ingresso del minore in Italia. 4. La lavoratrice che, per il periodo di permanenza all'estero di cui al comma 3, non richieda o richieda solo in parte il congedo di maternità, può fruire di un congedo non retribuito, senza diritto ad indennità. 5. L'ente autorizzato che ha ricevuto l'incarico di curare la procedura di adozione certifica la durata del periodo di permanenza all'estero della lavoratrice. 6. Nel caso di affidamento di minore, il congedo può essere fruito entro cinque mesi dall'affidamento, per un periodo massimo di tre mesi. 6 bis. La disposizione di cui all'articolo 16-bis trova applicazione anche al congedo di maternità disciplinato dal presente articolo».

fruire del congedo di cui è beneficiaria a partire dal giorno successivo dell'ingresso del minore in Italia, o può decidere di godere del diritto, anche in modo parziale, in un tempo precedente, al fine di compiere quegli adempimenti burocratici che si rendono necessari per l'adozione. Tuttavia, la lavoratrice che per il periodo di permanenza all'estero non richieda, o richieda solo in parte, il congedo di maternità, può comunque avvalersi di periodi di congedo non retribuiti. Le predette disposizioni, trovano applicazione anche nelle ipotesi di affidamento preadottivo, nazionale ed internazionale¹⁰⁴.

Il periodo di sospensione dell'attività lavorativa risulta, invece, ridotto per i genitori affidatari; il riferimento corre, alla previsione secondo la quale quest'ultimi possono fruire di un congedo non superiore ai tre mesi entro i primi cinque mesi dall'affidamento. La *ratio* di tale disparità, in ordine alla durata del congedo, si fonda sulla necessaria duplice garanzia che la materia della conciliazione impone; infatti, bisognosi di protezione non sono solo i prestatori di lavoro, ma altresì i datori di lavoro, i quali hanno interesse a poter contare sulla presenza dei propri dipendenti. Alla luce di ciò, l'affido familiare è un istituto temporaneo e che può ripetersi più volte, con più bambini, se questa forma di cura rientra in un progetto di vita della coppia, e da ciò ne può quindi derivare un pregiudizio in capo al datore¹⁰⁵.

Qualora la madre adottiva o affidataria decida di non godere del congedo così come disciplinato all'art. 26 del T.U. del 2001, l'art. 31 della medesima normativa riconosce al padre adottivo o affidatario un congedo equivalente.

Il d.lgs. n. 80/2015 è, poi, intervenuto inserendo nel T.U. del 2001, all'art. 26, il co. 6 bis che ha previsto anche per il congedo di maternità in caso di adozione ed affidamento, la facoltà per la donna di differire la fruizione del congedo stesso al momento delle dimissioni del bambino, nell'ipotesi di ricovero dello stesso in una struttura pubblica o privata.

Con riferimento alle funzioni ricoperte dall'istituto del congedo di maternità, una di queste, come sopra accennato, è rappresentata dalla tutela della sicurezza e delle condizioni di salute della lavoratrice madre, regolata dal capo II del T.U.

¹⁰⁴ L. MARIANI - M. ARLATI - P. SALAZAR, *Congedi parentali e maternità* cit., 40 s.

¹⁰⁵ M. L. VALLAURI, *La lunga marcia* cit., 91.

del 2001. Alla base delle disposizioni previste in suddetto capo, si colloca la Direttiva 92/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992, relativa all'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento. La Direttiva del 1992 è stata adottata sulla scorta di un'altra Direttiva, emanata dal legislatore comunitario nel 1989¹⁰⁶, che ha permesso di ricomprendere le lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, all'interno della categoria di soggetti particolarmente bisognosi di tutela, a fronte della correlazione tra le mansioni svolte – che li espongono a determinati tipi di rischi – e il proprio stato di salute.

Il legislatore del 2001, ha dato, quindi, attuazione alla Direttiva comunitaria del 1992, disponendo una serie di misure volte a preservare la salute della madre e del figlio non solo durante la gravidanza ma, altresì, nel periodo successivo al termine della gestazione. Infatti, l'art. 7 del d.lgs. del 2001 sancisce il divieto di adibire le lavoratrici al trasporto ed al sollevamento di pesi, nonché ai lavori faticosi ed insalubri riportati nell'Allegato A e nell'Allegato B dello stesso d.lgs.¹⁰⁷. Questo divieto – la cui violazione è punita con l'arresto fino

¹⁰⁶ Direttiva 89/391 CEE, GUCE L 183 del 29 giugno 1989, p. 1–8, concernente l'applicazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro; tale Direttiva prevede che i gruppi a rischio particolarmente sensibili debbano essere protetti contro i pericoli che li riguardano in maniera particolare.

¹⁰⁷ «Allegato A- elenco dei lavori faticosi, pericolosi e insalubri di cui all'art. 7.

Il divieto di cui all'art. 7, primo comma, del testo unico si intende riferito al trasporto, sia a braccia e a spalle, sia con carretti a ruote su strada o su guida, e al sollevamento dei pesi, compreso il carico e scarico e ogni altra operazione connessa.

I lavori faticosi, pericolosi ed insalubri, vietati ai sensi dello stesso articolo, sono i seguenti:
A) quelli previsti dal decreto legislativo 4 agosto 1999, n. 345 e dal decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 262;

B) quelli indicati nella tabella allegata al decreto del Presidente della Repubblica 19 marzo 1956, n. 303, per i quali vige l'obbligo delle visite mediche preventive e periodiche: durante la gestazione e per 7 mesi dopo il parto;

C) quelli che espongono alla silicosi e all'asbestosi, nonché alle altre malattie professionali di cui agli allegati 4 e 5 al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, e successive modificazioni: durante la gestazione e fino a 7 mesi dopo il parto;

D) i lavori che comportano l'esposizione alle radiazioni ionizzanti: durante la gestazione e per 7 mesi dopo il parto;

E) i lavori su scale ed impalcature mobili e fisse: durante la gestazione e fino al termine del periodo di interdizione dal lavoro;

F) i lavori di manovalanza pesante: durante la gestazione e fino al termine del periodo di interdizione dal lavoro;

G) i lavori che comportano una stazione in piedi per più di metà dell'orario o che obbligano ad una posizione particolarmente affaticante, durante la gestazione e fino al termine del periodo di interdizione dal lavoro;

a sei mesi – sussiste durante il periodo della gravidanza e fino ai sette mesi di età del bambino¹⁰⁸; la tutela, tuttavia, ai sensi dell'art. 6¹⁰⁹, decorre dal momento in cui la lavoratrice abbia informato il datore di lavoro circa il proprio stato interessante. Ciò comporta che l'inizio dell'arco temporale in cui opera la protezione delineata dal legislatore è subordinato ad una scelta discrezionale di colei adibita ad attività lavorativa, conformemente alle indicazioni provenienti

H) i lavori con macchina mossa a pedale, o comandata a pedale, quando il ritmo del movimento sia frequente, o esiga un notevole sforzo: durante la gestazione e fino al termine del periodo di interdizione dal lavoro;

I) i lavori con macchine scuotenti o con utensili che trasmettono intense vibrazioni: durante la gestazione e fino al termine del periodo di interdizione dal lavoro;

L) i lavori di assistenza e cura degli infermi nei sanatori e nei reparti per malattie infettive e per malattie nervose e mentali: durante la gestazione e per 7 mesi dopo il parto;

M) i lavori agricoli che implicano la manipolazione e l'uso di sostanze tossiche o altrimenti nocive nella concimazione del terreno e nella cura del bestiame: durante la gestazione e per 7 mesi dopo il parto;

N) i lavori di monda e trapianto del riso: durante la gestazione e fino al termine del periodo di interdizione dal lavoro;

O) i lavori a bordo delle navi, degli aerei, dei treni, dei pullman e di ogni altro mezzo di comunicazione in moto: durante la gestazione e fino al termine del periodo di interdizione dal lavoro». «Allegato B- elenco non esauriente di agenti e condizioni di lavoro di cui all'art. 7.

A. Lavoratrici gestanti di cui all'art. 6 del testo unico.

1. Agenti:

a) agenti fisici: lavoro in atmosfera di sovrappressione elevata, ad esempio in camere sotto pressione, immersione subacquea;

b) agenti biologici: toxoplasma;

virus della rosolia, a meno che sussista la prova che la lavoratrice è sufficientemente protetta contro questi agenti dal suo stato di immunizzazione;

c) agenti chimici: piombo e suoi derivati, nella misura in cui questi agenti possono essere assorbiti dall'organismo umano.

2. Condizioni di lavoro: lavori sotterranei di carattere minerario.

B. Lavoratrici in periodo successivo al parto di cui all'art. 6 del testo unico.

1. Agenti:

a) agenti chimici: piombo e suoi derivati, nella misura in cui tali agenti possono essere assorbiti dall'organismo umano.

2. Condizioni di lavoro: lavori sotterranei di carattere minerario».

¹⁰⁸ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo e libere professioni* cit., 21 ss.

¹⁰⁹ L'art. 6, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Tutela della sicurezza e della salute", prevede che «1. Il presente Capo prescrive misure per la tutela della sicurezza e della salute delle lavoratrici durante il periodo di gravidanza e fino a sette mesi di età del figlio, che hanno informato il datore di lavoro del proprio stato, conformemente alle disposizioni vigenti, fatto salvo quanto previsto dal comma 2 dell'articolo 8. 2. La tutela si applica, altresì, alle lavoratrici che hanno ricevuto bambini in adozione o in affidamento, fino al compimento dei sette mesi di età. 3. Salva l'ordinaria assistenza sanitaria e ospedaliera a carico del Servizio sanitario nazionale, le lavoratrici, durante la gravidanza, possono fruire presso le strutture sanitarie pubbliche o private accreditate, con esclusione dal costo delle prestazioni erogate, oltre che delle periodiche visite ostetrico-ginecologiche, delle prestazioni specialistiche per la tutela della maternità, in funzione preconcezionale e di prevenzione del rischio fetale, previste dal decreto del Ministro della sanità di cui all'articolo 1, comma 5, lettera a), del decreto legislativo 29 aprile 1998, n. 124, purché prescritte secondo le modalità ivi indicate».

dalla Commissione europea. Il riferimento corre alle “Linee direttrici concernenti la valutazione degli agenti chimici, fisici e biologici nonché dei processi industriali ritenuti pericolosi per la sicurezza e la salute delle lavoratrici”¹¹⁰, il cui preambolo è dedicato ad una riflessione concernente due esigenze della lavoratrice, prossima alla maternità, che contrastano tra di loro: da un lato, sussiste l’interesse della donna gestante a comunicare tempestivamente al proprio datore di lavoro l’insorgere della gravidanza, affinché possano essere adottate, il più presto possibile, quelle misure volte a proteggere la salute della donna e del nascituro; tuttavia, nella fase iniziale di una gestazione assume parimenti importanza, la tutela della sfera personale della lavoratrice in stato interessante. Quest’ultima, infatti, potrebbe preferire di non comunicare immediatamente al proprio datore di lavoro, una volta acquisitane la notizia, di essere in attesa di un figlio, in ragione del fatto che il primo trimestre è il periodo in cui il proseguo della gravidanza è più incerto¹¹¹. Nonostante ciò, ai sensi dell’art. 8 del d.lgs. del 2001¹¹², la lavoratrice è gravata dall’obbligo di comunicare la sussistenza della gravidanza, non appena accertata, nell’ipotesi di svolgimento di attività in zone classificate, o se l’adibizione a detta mansione comporti l’esposizione a radiazioni ionizzanti o a rischio di contaminazione.

Una volta, dunque, che la lavoratrice informa il proprio datore di lavoro di essere in dolce attesa, verificata la sussistenza delle condizioni pregiudizievoli, scatta l’applicazione del divieto di cui all’art. 7 del T.U. del 2001, che comporta l’adibizione della gestante a mansioni equivalenti o inferiori – conservando, in quest’ultimo caso, la retribuzione fino a quel momento corrisposta e la qualifica raggiunta – rispetto a quelle svolte finora; laddove non sia possibile impiegare la lavoratrice in mansioni diverse, deve essere disposta l’interdizione dall’attività lavorativa ad opera del servizio ispettivo del Ministero del Lavoro.

¹¹⁰ Comunicazione del 5 ottobre 2000.

¹¹¹ D. GOTTARDI, *Il congedo di maternità* cit., 16 s.

¹¹² L’art 8, d.lgs. n. 151/2001, in materia di “Esposizione a radiazioni ionizzanti”, prevede che «1. Le donne, durante la gravidanza, non possono svolgere attività in zone classificate o, comunque, essere adibite ad attività che potrebbero esporre il nascituro ad una dose che ecceda un millisievert durante il periodo della gravidanza. 2. È fatto obbligo alle lavoratrici di comunicare al datore di lavoro il proprio stato di gravidanza, non appena accertato. 3. È altresì vietato adibire le donne che allattano ad attività comportanti un rischio di contaminazione».

Tale ultima interdizione opera anche nel caso in cui lo svolgimento delle mansioni affidate alla donna sia del tutto superfluo ai fini della gestione dell'azienda (si pensi all'ipotesi in cui tali compiti siano affidati, già, ad altro lavoratore)¹¹³.

Sempre con riferimento al tema dei divieti di adibizione al lavoro, strettamente correlato a quanto disposto dal legislatore nazionale all'art. 7 del T.U. del 2001, è l'art. 17 del medesimo d.lgs.¹¹⁴, che è stato oggetto di modifica con il d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito con modificazioni dalla l. 4 aprile 2012, n. 35¹¹⁵. L'art. 17 viene previsto in attuazione delle indicazioni fornite dal legislatore comunitario con la predetta Direttiva 92/85/CEE; il riferimento corre alla previsione secondo cui, se in sede di valutazione dei rischi operata dal datore di lavoro si riscontra la sussistenza di condizioni di lavoro potenzialmente gravose per la lavoratrice madre, devono essere assunte misure idonee ad arginare il rischio, implicanti un mutamento delle condizioni o dell'orario di lavoro. Re-

¹¹³ M. MISCIONE, *I congedi di maternità, paternità e parentali*, LG, 2006, 839.

¹¹⁴ L'art. 17, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Estensione del divieto", prevede che «1. Il divieto è anticipato a tre mesi dalla data presunta del parto quando le lavoratrici sono occupate in lavori che, in relazione all'avanzato stato di gravidanza, siano da ritenersi gravosi o pregiudizievoli. Tali lavori sono determinati con propri decreti dal Ministro per il lavoro e la previdenza sociale, sentite le organizzazioni sindacali nazionali maggiormente rappresentative. Fino all'emanazione del primo decreto ministeriale, l'anticipazione del divieto di lavoro è disposta dal servizio ispettivo del Ministero del lavoro, competente per territorio. 2. La Direzione territoriale del lavoro e la ASL dispongono, secondo quanto previsto dai commi 3 e 4, l'interdizione dal lavoro delle lavoratrici in stato di gravidanza fino al periodo di astensione di cui alla lettera a), comma 1, dell'articolo 16 o fino ai periodi di astensione di cui all'articolo 7, comma 6, e all'articolo 12, comma 2, per uno o più periodi, la cui durata sarà determinata dalla Direzione territoriale del lavoro o dalla ASL per i seguenti motivi:

a) nel caso di gravi complicanze della gravidanza o di persistenti forme morbose che si presume possano essere aggravate dallo stato di gravidanza;

b) quando le condizioni di lavoro o ambientali siano ritenute pregiudizievoli alla salute della donna e del bambino;

c) quando la lavoratrice non possa essere spostata ad altre mansioni, secondo quanto previsto dagli articoli 7 e 12. 3. L'astensione dal lavoro di cui alla lettera a) del comma 2 è disposta dall'azienda sanitaria locale, con modalità definite con Accordo sancito in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, secondo le risultanze dell'accertamento medico ivi previsto. In ogni caso il provvedimento dovrà essere emanato entro sette giorni dalla ricezione dell'istanza della lavoratrice. 4. L'astensione dal lavoro di cui alle lettere b) e c) del comma 2 è disposta dalla Direzione territoriale del lavoro, d'ufficio o su istanza della lavoratrice, qualora nel corso della propria attività di vigilanza emerga l'esistenza delle condizioni che danno luogo all'astensione medesima. 5. I provvedimenti previsti dal presente articolo sono definitivi».

¹¹⁵ La legge 4 aprile 2012, n. 35, reca "Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e sviluppo".

lativamente a ciò, il suddetto art. 17 prevede che l'interdizione dall'attività lavorativa sia anticipata, rispetto al periodo concesso ex art. 16, co. 1, lett. a. In particolare, il legislatore italiano, in ragione della durata del periodo di interdizione anticipata, ha riassunto una serie di ipotesi in due categorie:

i) nell'ipotesi in cui si rileva che la lavoratrice gestante sia impiegata in lavori gravosi o pregiudizievoli, alla luce dell'avanzato stato di gravidanza, il legislatore ha previsto l'anticipazione del congedo di maternità fino a tre mesi alla data presunta del parto. L'inibizione, nel caso in questione, viene disposta dal servizio ispettivo del Ministero del Lavoro, in attesa dell'emanazione dei decreti volti ad individuare i lavori rientrati in suddetta categoria;

ii) nell'ipotesi in cui si rilevano:

a) complicazioni gravi della gestazione o preesistenti forme morbose che potrebbero aggravarsi in conseguenza allo stato di gravidanza;

b) condizioni di lavoro o ambientali ritenute pregiudizievoli alla salute della donna e del bambino;

c) impossibilità di adibire la lavoratrice ad altre mansioni;

il legislatore ha disposto che il servizio ispettivo del Ministero del Lavoro proceda a sospendere lo svolgimento delle mansioni cui la lavoratrice gestante è addetta, per tutto il periodo della gravidanza e fino ai due mesi precedenti la data presunta del parto (momento in cui ha inizio il decorso della canonica astensione, che precede la nascita). Tuttavia, con riferimento all'organo incaricato di disporre il collocamento a riposo della donna, in ragione della sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge, a decorrere dal 1° aprile 2012 la competenza spetta alla ASL, limitatamente all'esistenza di "gravi complicanze della gravidanza o di preesistenti forme morbose".

Quanto ai termini relativi al rilascio del provvedimento da parte dell'autorità competente, la legge ne prescrive l'adozione entro sette giorni dalla domanda presentata dalla lavoratrice, o dal datore di lavoro; decorso inutilmente tale termine, il silenzio vale assenso. Tuttavia, può essere disposta immediatamente l'astensione quando il datore, anche tramite la lavoratrice, produca dichiarazione in cui risulti in modo chiaro, in base ad elementi tecnici di organizzazione aziendale, l'impossibilità di adibirla ad altre mansioni.

Inoltre, qualora la lavoratrice sia contemporaneamente impiegata con più contratti part-time presso diversi datori di lavoro, sarà necessario adottare un provvedimento di interdizione per ciascuno dei rapporti di lavoro in essere¹¹⁶.

Dunque, qualora la lavoratrice, in procinto di diventare genitore, versi in condizioni lavorative potenzialmente pregiudizievoli, essa è obbligata ad interrompere lo svolgimento della propria attività anticipatamente, rispetto al termine canonico stabilito dall'art. 16 del T.U. del 2001. Al contrario, qualora venga certificato da parte del medico competente che la lavoratrice gestante si trovi in buone condizioni di salute – non suscettibili di peggioramento alcuno, a fronte di un eventuale proseguo dell'attività – alla stessa è riconosciuta la facoltà di optare per una diversa articolazione del congedo; il riferimento corre, all'art. 20 del T.U. del 2001 che disciplina “la flessibilità del congedo di maternità”, riconoscendo la possibilità per la donna di posticipare l'inizio del congedo ad un mese prima della data presunta del parto, facendo automaticamente slittare la fine a quattro mesi dopo il termine della gestazione. L'introduzione, già ad opera del legislatore del 2000, di una diversa articolazione del divieto di adibizione al lavoro, acquisisce particolare rilevanza in ragione del ruolo svolto dalla volontà della lavoratrice subordinata; infatti – nonostante tale scelta sia necessariamente subordinata al giudizio positivo dello specialista del Servizio Sanitario Nazionale o con esso convenzionato e del medico competente ai fini della prevenzione e sicurezza della salute nei luoghi di lavoro, relativamente allo stato di salute della gestante e del nascituro – la donna ha la facoltà di decidere di godere di un numero maggiore di giorni di congedo una volta che il bambino sia nato, in modo da poter assolvere pienamente ai propri obblighi di cura¹¹⁷. In riferimento a ciò, i giorni ulteriori, fruibili a parto avvenuto, saranno pari ai giorni in cui la lavoratrice ha prestato la propria attività nel corso dell'ottavo mese di gestazione, fino ad un massimo, quindi, di trenta giorni. Affinché tale diritto sia esercitabile, è necessario che la certificazione, ad opera dell'autorità sanitaria competente, venga rilasciata non oltre il settimo mese di

¹¹⁶ L. MARIANI - M. ARLATI - P. SALAZAR, *Congedi parentali e maternità* cit., 20 ss.

¹¹⁷ D. GOTTARDI, *Il congedo di maternità* cit., 27.

gravidanza; tuttavia, la domanda di flessibilità presentata dalla lavoratrice decorso il settimo mese di gestazione, non è idonea a far decadere la stessa dal godimento del proprio diritto. Quindi, perché la lavoratrice alle dipendenze del datore di lavoro possa posticipare la sospensione dello svolgimento dell'attività lavorativa, si richiede una doppia certificazione che, secondo quanto affermato in dottrina, svolge, altresì, la funzione di impedire al datore un abuso della propria posizione, esercitando eventuali pressioni nei confronti della propria dipendente, al fine di mantenerla in servizio nonostante il rischio che ne conseguirebbe. Tuttavia, il doppio certificato è meramente eventuale, in quanto, laddove nella struttura cui è adibita la lavoratrice interessata non sia obbligatoria la "sorveglianza medica", sarà sufficiente la certificazione attestante le buone condizioni di salute da parte del medico specialista ginecologo¹¹⁸.

Secondo quanto previsto dal co. 2 dell'art. 20 del T.U. del 2001, il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, di concerto con il Ministero della Sanità, sentite le parti sociali, è chiamato ad adottare un decreto volto ad individuare l'elenco dei lavori per i quali non è possibile richiedere la flessibilità del congedo¹¹⁹; in attesa della sua emanazione il Ministero del Lavoro, con la circolare n. 43/2000, ha previsto i casi in cui è possibile beneficiare dell'astensione posticipata:

- i) assenza di condizioni patologiche che comportino il sorgere di situazioni di rischio per la salute della lavoratrice e/o del nascituro al momento della richiesta;
- ii) assenza di un provvedimento di inibizione anticipata dal lavoro ad opera del Servizio ispettivo del Ministero del Lavoro;
- iii) venir meno delle cause che precedentemente hanno condotto all'assunzione di un provvedimento di interdizione anticipata dall'attività lavorativa;
- iv) assenza di pregiudizio alle condizioni di salute della lavoratrice e del nascituro derivante dall'attività svolta, dall'ambiente di lavoro e/o dalla modalità dell'orario di svolgimento delle mansioni;

¹¹⁸ F. AMATO, *Il congedo di maternità* cit., 19 s.

¹¹⁹ R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina* cit., 165.

v) assenza di un eventuale pregiudizio alla gravidanza relativamente alle modalità per il raggiungimento del posto di lavoro¹²⁰.

Un'ulteriore previsione legislativa in cui, rispetto al passato, la sfera volitiva della donna assume una data rilevanza, è contenuta nel nuovo co. 1 bis dell'art. 16 del T.U. del 2001, introdotto in virtù della modifica operata all'istituto del congedo di maternità da parte dell'art. 2 del d.lgs. n. 119 del 18 luglio 2011, entrato in vigore l'11 agosto dello stesso anno¹²¹. Il co. 1 bis, inserito all'art. 16¹²², concerne l'ipotesi di interruzione della gravidanza spontanea o terapeutica decorso il 180° giorno di gestazione; tale fattispecie viene considerata dal legislatore italiano parità a tutti gli effetti. In ragione di ciò, il Ministero del Lavoro, nell'interpello n. 51/2009, aveva sancito l'impossibilità per la lavoratrice – che aveva subito la perdita del bambino prossimo alla nascita – di riprendere il regolare svolgimento delle mansioni lavorative prima del decorso di tre mesi, nonostante il recupero delle energie psico-fisiche, certificato dall'autorità sanitaria competente. La normativa vigente, invece – stante la predetta modifica intervenuta nel 2011 –, ammette la possibilità per la donna di rinunciare ad una parte di congedo di maternità, e alla relativa indennità, al verificarsi di due eventi:

- i) interruzione della gestazione spontanea o terapeutica intervenuta dopo il 180° giorno. È opportuno precisare che l'Inps ha riconosciuto tale facoltà anche qualora l'interruzione avvenga in coincidenza del 180° giorno¹²³;
- ii) decesso del bambino alla nascita o durante il congedo di maternità.

Tale facoltà di gestione del congedo riconosciuta a favore della lavoratrice dall'art. 16, così modificato, è subordinata:

¹²⁰ L. MARIANI - M. ARLATI - P. SALAZAR, *Congedi parentali e maternità* cit., 31 s.

¹²¹ Il d.lgs. n. 119/2011 è stato emanato in attuazione della delega contenuta nell'art. 23 della l. 4 novembre 2010, n. 183.

¹²² L'art 16, co. 1 bis, in materia di "Divieto di adibire al lavoro le donne", prevede che «Nel caso di interruzione spontanea o terapeutica della gravidanza successiva al 180° giorno dall'inizio della gestazione, nonché in caso di decesso del bambino alla nascita o durante il congedo di maternità, le lavoratrici hanno facoltà di riprendere in qualunque momento l'attività lavorativa, con un preavviso di dieci giorni al datore di lavoro, a condizione che il medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla loro salute».

¹²³ Messaggio della Direzione Centrale Inps prestazione sostegno al reddito ai Direttori delle strutture territoriali, in data 18 aprile 2011, n. 9042.

- alla presentazione del certificato rilasciato dal medico specialista del Servizio Sanitario Nazionale o con esso convenzionato e dal medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro;
- ad un preavviso al datore di lavoro, non inferiore i dieci giorni¹²⁴.

Il legislatore italiano, dunque, a partire dagli inizi del XXI° secolo, sulla scorta delle pronunce additive della Corte Costituzionale e delle linee guida contenute nelle direttive emanate dalla legislazione comunitaria, ha delineato un quadro di tutela a favore delle madri, lavoratrici subordinate. In particolare, mediante i molteplici provvedimenti adottati in una prima fase dell'evoluzione della disciplina giuslavorista, l'attenzione del legislatore era rivolta ad introdurre delle condizioni di lavoro tali da consentire alla donna di adempiere alla sua "essenziale funzione familiare", così come sancito dall'art. 37 Cost.

In ragione di ciò, le normative che sono state adottate fino ad oggi, e che ragionevolmente verranno emanate negli anni a venire, sono finalizzate a porre la donna nelle condizioni di assolvere, concretamente e pienamente, i propri doveri di cura familiare e i propri obblighi professionali¹²⁵. Nell'ottica del perseguimento di tale obiettivo, il legislatore ha esteso alcuni benefici spettanti alla lavoratrice madre, anche, a favore del lavoratore padre, tra i quali, *in primis*, l'istituto del congedo.

Come è stato osservato nella disamina storica delle tutele, la previsione del congedo di paternità trae origine dalla pronuncia additiva della Corte Costituzionale n. 1 del 1987, con la quale i giudici hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 della l. n. 903/1977, relativamente alla parte in cui non disponeva l'astensione obbligatoria e il diritto ai riposi giornalieri a favore del lavoratore padre, in ipotesi di impossibilità per la madre di adempiere ai propri doveri genitoriali¹²⁶. Stante la riconosciuta illegittimità costituzionale dell'art. 7, l. n. 903/1977, l'art. 13 della l. n. 53/2000 aveva previsto, aggiungendo l'art. 6 bis alla l. del 1977 che, in caso di morte, o di grave infermità della madre, o

¹²⁴ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 104 ss.

¹²⁵ M. MAGNANI, *La famiglia nel diritto del lavoro*, ADL, 2012, 847.

¹²⁶ Per un'ampia disamina concernente la disciplina previgente si veda R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare. Artt. 2110-2111*, Giuffrè, 1992, 743 ss.

di abbandono del figlio da parte della madre, o di affidamento esclusivo dello stesso al padre, quest'ultimo aveva diritto a sospendere lo svolgimento dell'attività lavorativa nei primi tre mesi di vita del bambino. Tale disposizione, è stata poi recepita ed in parte modificata nell'opera di riordino e coordinamento compiuta dal T.U. del 2001, ed è ora contenuta nel suo art. 28; secondo quanto affermato dalla dottrina, l'art. 28 del T.U. del 2001 configurerebbe un diritto autonomo del padre, anche adottivo e affidatario, al godimento del congedo di paternità, correlato alla eventuale fruizione del congedo di maternità da parte della donna, ma solo con riferimento alla durata. Infatti, tale congedo spettante al lavoratore divenuto genitore può essere utilizzato, nei casi tassativamente previsti dalla legge, limitatamente all'intero o residuo periodo di sospensione riconosciuto alla madre e non utilizzato dalla stessa. Le ipotesi in presenza delle quali il padre è beneficiario del congedo, sono:

- i) morte o grave infermità della madre;
- ii) abbandono del bambino da parte della madre;
- iii) affidamento esclusivo del bambino al padre.

Dunque, si tratta di situazioni in cui il bambino ha un solo genitore¹²⁷; relativamente a ciò, l'Inps ha chiarito che il caso di "genitore solo" sussiste anche a fronte del non riconoscimento del minore da parte della madre o del padre¹²⁸. Riguardo il congedo di paternità, così come regolato dall'art. 28, qualche perplessità sorge in virtù della formulazione del co. 1 del suddetto articolo; infatti, dalla lettera della norma parrebbe che il congedo di paternità operi solo a condizione che la madre sia una lavoratrice. Tuttavia, al fine di ottenere una lettura coerente con lo spirito della disciplina in materia di conciliazione, che ha quale obiettivo preminente la cura del minore, si deve ritenere che il riferimento alla "lavoratrice" sia solo ipotetico e utile alla determinazione del *quantum* di congedo fruibile.

¹²⁷ R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina* cit., 166.

¹²⁸ Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, circ. 17 gennaio 2003, n. 8, disponibile al link <http://www.inps.it/circolari/Circolare%20numero%208%20del%2017-1-2003.htm> (ultima consultazione in data 11 dicembre 2016).

Inoltre, per quanto riguarda il congedo di paternità riconosciuto a favore del lavoratore genitore adottivo o affidatario, l'art. 31 del T.U. del 2001¹²⁹ prevede che, nell'ipotesi di rinuncia da parte della lavoratrice a fruire del congedo di maternità ex art. 26 del medesimo T.U., l'altro componente della coppia ha diritto a godere di un congedo equivalente. Tuttavia, in questo caso, tale beneficio non opera nell'ipotesi in cui la madre adottiva o affidataria non sia una lavoratrice, a meno che la richiesta non abbia ad oggetto il congedo non retribuito spettante nell'ipotesi di permanenza all'estero; tale previsione è coerente con la *ratio* dell'istituto del congedo di maternità e paternità, ossia garantire la presenza continuativa di un genitore per rispondere ai bisogni essenziali del bambino nei suoi primi mesi di vita¹³⁰.

Quindi, a partire dagli anni 2000, si evince come la disciplina a favore della lavoratrice madre sia stata estesa, progressivamente, anche al lavoratore padre, nell'ottica dell'equiparazione dei ruoli all'interno del nucleo familiare. In ragione di ciò, coerentemente, è stata prevista l'applicazione dell'art. 16 bis del T.U. del 2001 anche a favore del padre, il quale ha, quindi, la possibilità – in caso di parto prematuro e di conseguente ricovero del neonato nella struttura ospedaliera – di differire l'inizio del congedo alla data di ingresso del figlio nella casa familiare, data la sussistenza di una delle ipotesi disciplinate dal predetto art. 28¹³¹.

In materia di congedo di paternità, è intervenuta la l. n. 92/2012 che, al fine di sostenere la genitorialità, promuovendo una cultura di maggiore condivisione dei compiti di cura dei figli all'interno della coppia e per favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, ha introdotto, con il suo art. 4, co. 24-26, in via sperimentale – limitatamente agli anni 2013, 2014, 2015 – un vero e proprio diritto autonomo di interdizione dal lavoro in capo al lavoratore padre.

¹²⁹ L'art. 31, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Adozioni e affidamenti", prevede che «1. Il congedo di cui all'articolo 26, commi 1, 2 e 3, che non sia stato chiesto dalla lavoratrice spetta, alle medesime condizioni, al lavoratore. 2. Il congedo di cui all'articolo 26, comma 4, spetta, alle medesime condizioni, al lavoratore anche qualora la madre non sia lavoratrice. L'ente autorizzato che ha ricevuto l'incarico di curare la procedura di adozione certifica la durata del periodo di permanenza all'estero del lavoratore».

¹³⁰ M. L. VALLAURI, *La lunga marcia* cit., 89 ss.

¹³¹ L. MARIANI - M. ARLATI - P. SALAZAR, *Congedi parentali e maternità* cit., 36 ss.

Il riferimento corre alla previsione per cui i padri di bambini nati tra il 1° gennaio 2013 e il 31 dicembre 2015, erano tenuti a fruire di un congedo obbligatorio pari ad un giorno, oltre a un congedo facoltativo pari a due giorni, entro e non oltre i cinque mesi di vita del bambino, anche in concomitanza con il congedo goduto dalla madre. Relativamente al congedo facoltativo pari a due giorni, anche continuativi, la disposizione ne ha previsto il godimento in via subordinata rispetto alla scelta della madre di rinunciare ad altrettanti giorni di astensione ad essa spettanti; ciò comporta l'anticipazione del termine finale del congedo di maternità per un numero di giorni pari a uno o due, corrispondenti al congedo fruito dal padre.

La previsione, tuttavia, nel determinare l'arco temporale entro cui il lavoratore padre deve o può esercitare il diritto ad esso spettante, si riferisce espressamente all'evento nascita, escludendo, in un primo tempo, l'applicazione del beneficio anche ai padri adottivi o affidatari. In ragione di tale ingiustificata disparità di trattamento è, però, intervenuto l'Istituto previdenziale che, con la circolare n. 40 del 4 marzo 2013, ha previsto che tra i destinatari del congedo di paternità introdotto dalla cd. Riforma Fornero vi sono anche i lavoratori padri adottivi e affidatari. Tale congedo, al contrario, continua a non trovare applicazione per i padri, anche adottivi e affidatari, dipendenti di un'amministrazione pubblica¹³².

Nonostante la l. n. 92/2012 introduca, per la prima volta, un vero e proprio diritto in capo al padre lavoratore, il suo carattere fortemente innovativo viene compromesso dalla durata molto contenuta del congedo stesso e, dal rapporto di alternatività dei due giorni di congedo facoltativo rispetto al congedo di maternità. In particolare, la dottrina ha ritenuto che subordinare la fruizione dei due giorni di congedo di paternità facoltativo alla corrispondente riduzione del congedo di maternità, si ponga in contrasto con il divieto di adibizione al lavoro

¹³² Alla luce di quanto disposto dall'art. 1, co. 7 e 8, della l. n. 92/2012, la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica – ha chiarito che la normativa in questione non è direttamente applicabile ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, sino all'approvazione di apposita normativa che, su iniziativa del Ministro per la pubblica amministrazione, individua e definisca gli ambiti, le modalità ed i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche. Tuttavia, l'esclusione dei lavoratori statali dall'ambito di applicabilità della disciplina del congedo di paternità non è pacifica in dottrina e giurisprudenza.

della lavoratrice madre nei due mesi precedenti e nei tre successivi al parto. In ragione di ciò, quindi, nonostante la volontà di intenti, il legislatore non è riuscito a favorire la promozione di un'effettiva condivisione dei ruoli familiari¹³³. Di recente è stata emanata la l. 28 dicembre 2015, n. 208, la quale ha prorogato, fino al 31 dicembre 2016, l'istituto del congedo di paternità obbligatorio e facoltativo; tale novella ha aumentato la durata dell'obbligo di astensione dallo svolgimento delle mansioni professionali, da uno a due giorni, da fruirsi anche non continuativamente, limitatamente alle nascite avvenute nel 2016. Tra i destinatari cui spetta la fruizione di questi giorni di astensione, vi rientra, altresì, il padre che fruisca del congedo di paternità, ex art. 28 del T.U. del 2001¹³⁴. Dunque, l'astensione del padre neo genitore introdotta dalla cd. Riforma Fornero, così parzialmente modificata dalla cd. Legge di Stabilità 2016, permette al lavoratore di assentarsi dal proprio posto di lavoro per occuparsi di impegni legati all'evento nascita, senza essere più costretto ad utilizzare il proprio monte ore di permessi. Relativamente a ciò, tuttavia, in passato, qualche perplessità è sorta in ragione del preavviso, cui destinatario è il datore di lavoro, previsto dal legislatore per poter esercitare questo diritto; il riferimento corre, al preavviso non inferiore a quindici giorni menzionato all'art. 4, co. 24, lett. a, della l. n. 92/2012¹³⁵. Infatti, tale termine di preavviso così anticipato rischiava di privare il padre della possibilità di assistere alla nascita del proprio

¹³³ A. FENOGLIO, *Il filo rosa intessuto nel diritto del lavoro: un'analisi gender sensitive degli interventi legislativi dell'ultimo triennio*, CSDLE, It, n. 239/2015, 2015, 20 s.

¹³⁴ R. SCHIAVONE, *Maternità, paternità e voucher per baby sitting nella legge di stabilità*, GLav, 2016, 40.

¹³⁵ L'art. 4, co. 24, lett. a, l. n. 92/2012, in materia di "Ulteriori disposizioni in materia di mercato del lavoro", prevede che «Al fine di sostenere la genitorialità, promuovendo una cultura di maggiore condivisione dei compiti di cura dei figli all'interno della coppia e per favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, in via sperimentale per gli anni 2013-2015:

a) il padre lavoratore dipendente, entro i cinque mesi dalla nascita del figlio, ha l'obbligo di astenersi dal lavoro per un periodo di un giorno. Entro il medesimo periodo, il padre lavoratore dipendente può astenersi per un ulteriore periodo di due giorni, anche continuativi, previo accordo con la madre e in sua sostituzione in relazione al periodo di astensione obbligatoria spettante a quest'ultima. In tale ultima ipotesi, per il periodo di due giorni goduto in sostituzione della madre è riconosciuta un'indennità giornaliera a carico dell'INPS pari al 100 per cento della retribuzione e per il restante giorno in aggiunta all'obbligo di astensione della madre è riconosciuta un'indennità pari al 100 per cento della retribuzione. Il padre lavoratore è tenuto a fornire preventiva comunicazione in forma scritta al datore di lavoro dei giorni prescelti per astenersi dal lavoro almeno quindici giorni prima dei medesimi. All'onere derivante dalla presente lettera, valutato in 78 milioni di euro per ciascuno degli anni 2013, 2014 e 2015, si provvede, quanto a 65 milioni di euro per ciascuno degli anni 2013, 2014 e 2015, mediante corrispondente riduzione dell'autorizzazione di spesa di cui all'articolo 24, comma 27, del decreto-legge 6 dicembre 2011,

figlio, di regola inaspettata, a meno che non si tratti di parto programmato¹³⁶; con l'obiettivo di evitare il verificarsi di quest'ultima ipotesi, il legislatore ha previsto che, nel caso in cui la fruizione sia richiesta in relazione all'evento nascita, il preavviso deve essere rispettato avendo a riferimento la data presunta del parto, non rilevando eventuali erronee previsioni.

Alla luce dell'esame dell'istituto del congedo di maternità e del congedo di paternità, previsti rispettivamente a favore della lavoratrice madre e del lavoratore padre, si evince, dunque, come il legislatore italiano abbia intrapreso un lento percorso di parificazione, che muove dalla tutela della maternità per giungere alla tutela della genitorialità. Tuttavia, è ancora evidente la disparità in termini di benefici in ragione del sesso; basti pensare, come anzidetto, alla durata del congedo di paternità, quale vero e proprio diritto autonomo introdotto dalla l. del 2012, rispetto ai giorni godibili dalla donna beneficiaria del congedo di maternità. Infatti, la lavoratrice madre ha a disposizione un congedo di maternità della durata pari a cinque mesi, mentre, il lavoratore padre è destinatario di un congedo di paternità pari, solamente, a due giorni. La scelta del legislatore di riconoscere al padre un periodo di collocamento a riposo dalla durata contenuta, si basa sulla circostanza per cui l'Italia è tra i paesi che detengono il primato della minore cura della prole da parte del padre¹³⁷; nonostante ciò, la dottrina ritiene che il numero di giorni di astensione esercitabili dai lavoratori padri, in occasione della nascita del figlio, dovrebbe aumentare, così da giungere ad una sostanziale uguaglianza in termini di disciplina tra donne e uomini, al fine di soddisfare i bisogni di cura del figlio e le esigenze occupazionali femminili¹³⁸.

n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, e, quanto a 13 milioni di euro per ciascuno degli anni 2013-2015, ai sensi del comma 69 del presente articolo».

¹³⁶ P. SANNA - L. VICHI - A. BOSCO, *La riforma del lavoro* cit., 20.

¹³⁷ P. SALAZAR, *Tutela della maternità e paternità* cit., 7.

¹³⁸ M. MISCIONE, *I congedi di maternità, paternità e parentali* cit., 847.

2.1.1.a. Il congedo di maternità e paternità negli altri rapporti di lavoro

Differenze di disciplina sussistono, anche, in relazione alla tipologia del rapporto di lavoro. La normativa giuslavorista concernente le tutele della maternità e paternità ha avuto fin dall'inizio particolare riguardo, ai fini del coordinamento dei compiti di cura e di quelli professionali, dapprima, delle condizioni delle lavoratrici, e più tardi delle condizioni dei lavoratori, impiegati alle dipendenze di un datore di lavoro. Con l'evoluzione normativa della materia, le tutele, anche alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale, sono state estese progressivamente anche ai genitori, lavoratori parasubordinati, autonomi e liberi professionisti. Nonostante i molteplici interventi legislativi e giurisprudenziali, tuttavia, continuano a persistere disparità tra i benefici accordati ai genitori lavoratori subordinati e i benefici riconosciuti ai genitori che non svolgono mansioni alle dipendenze di un datore di lavoro¹³⁹.

In particolare, le tutele previste a favore delle lavoratrici subordinate sono state riconosciute, dall'art. 64 del T.U. del 2001¹⁴⁰, anche alle lavoratrici iscritte esclusivamente alla Gestione separata dell'Inps, ossia le collaboratrici coordinate e continuative, le collaboratrici a progetto e le categorie assimilate iscritte alla Gestione separata.

Quest'ultime, sono destinatarie, al pari delle lavoratrici dipendenti, delle disposizioni contenute agli artt. 16 e 17 del T.U. del 2001. Ci si riferisce, rispettivamente, all'obbligo generale per la donna di astenersi dall'esercizio delle mansioni cui è addetta, nei due mesi precedenti la data presunta del parto e nei tre

¹³⁹ R. NUNIN, *Diritti e tutele per i genitori* cit., 109 s.

¹⁴⁰ L'art. 64, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Lavoratrici iscritte alla gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335", prevede che «1. In materia di tutela della maternità, alle lavoratrici di cui all'articolo 2, comma 26 della legge 8 agosto 1995, n. 335, non iscritte ad altre forme obbligatorie, si applicano le disposizioni di cui al comma 16 dell'articolo 59 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni. 2. Ai sensi del comma 12 dell'articolo 80 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, la tutela della maternità prevista dalla disposizione di cui al comma 16, quarto periodo, dell'articolo 59 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, avviene nelle forme e con le modalità previste per il lavoro dipendente. A tal fine, si applica il decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, del 4 aprile 2002, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 136 del 12 giugno 2002. Con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, è disciplinata l'applicazione delle disposizioni di cui agli articoli 7, 17 e 22 nei limiti delle risorse rinvenienti dallo specifico gettito contributivo, da determinare con il medesimo decreto».

mesi successivi allo stesso, salvo la sussistenza di condizioni tali per cui si rende necessaria un'anticipazione del congedo di maternità, in virtù di quanto previsto dal suddetto art. 17.

Inoltre, le lavoratrici iscritte alla Gestione separata dell'Inps, parimenti alle lavoratrici dipendenti, hanno la facoltà:

i) di deferire il godimento dei giorni di sospensione dell'esercizio dell'attività a partire dall'ottavo mese di gravidanza, così da poter prolungare l'astensione successiva l'evento nascita al quarto mese dopo il parto (ex art. 20, T.U. del 2001);

ii) di interrompere – nell'ipotesi di parto prematuro, cui è seguito il ricovero del minore nella struttura ospedaliera – la fruizione del congedo, previa sussistenza di una certificazione medica che dichiari la compatibilità dello stato di salute della donna con la ripresa dell'attività lavorativa (ex art. 16 bis, T.U. del 2001);

iii) di rinunciare – nell'ipotesi di interruzione volontaria o terapeutica della gravidanza decorso il 180° giorno di gestazione, nonché in caso di decesso del bambino alla nascita o durante il congedo di maternità – ai giorni di astensione che restano da fruire, optando, dunque, per la ripresa dell'attività (ex art. 16, co. 1 bis, T.U. del 2001).

Con riferimento alle lavoratrici parasubordinate, madri di bambini in adozione o affidamento, la legislazione precedente, in ordine alla disciplina applicabile, distingueva l'adozione e l'affidamento preadottivo nazionale da quello internazionale. Relativamente alla prima fattispecie, le lavoratrici iscritte alla Gestione separata dell'Inps potevano essere collocate a riposo per i tre mesi successivi all'ingresso del minore nel nucleo familiare, a condizione che lo stesso non avesse superato il limite dei sei anni di età; nel caso, invece, di adozione o affidamento preadottivo internazionale, il congedo, sempre della durata di tre mesi spettava anche qualora il minore avesse avuto un'età superiore ai sei anni, e fino al compimento della maggiore età. Tuttavia, in ragione dell'evidente disparità di trattamento rispetto alle madri adottive e affidatarie lavoratrici dipendenti, è intervenuta sul punto la Consulta; il riferimento corre, alla sentenza n.

257 del 22 novembre 2012¹⁴¹ che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 64, co. 2, del T.U. del 2001 nella parte in cui prevedeva l'indennità di maternità a favore delle lavoratrici iscritte alla Gestione separata, che avessero adottato o preso in affidamento preadottivo un minore, per un periodo di tempo pari a tre mesi anziché di cinque mesi. A seguito di questo intervento giurisprudenziale, l'Inps con messaggio dell'8 gennaio 2013, n. 371, ha riconosciuto anche alle lavoratrici appartenenti a tale categoria un'indennità di maternità per un periodo di cinque mesi, sia in caso di adozione nazionale che internazionale, fermo restando i limiti di età del minore. Tale disposizione è stata oggetto di recepimento da parte dell'art. 64 bis del T.U. del 2001¹⁴², introdotto dal d.lgs. n. 80/2015.

Per quanto concerne la tutela riconosciuta in capo alle lavoratrici autonome, ai fini dell'applicazione dell'indennità di maternità prevista dall'art. 66, co. 1, del T.U. del 2001¹⁴³, si considerano tali: le artigiane, commercianti, coltivatrici dirette, colone, mezzadre, imprenditrici agricole professionali e le pescatrici autonome della piccola pesca marittima e delle acque interne – di cui alla l. 13 marzo 1958, n. 250, e successive modificazioni – iscritte alla gestione dell'Inps in base all'attività svolta. A tali lavoratrici è riconosciuta un'indennità giornaliera nei due mesi che precedono la data presunta del parto e nei tre mesi

¹⁴¹ C. cost. 22 novembre 2012, n. 257, *FI*, 2013, I, 33.

¹⁴² L'art. 64 bis, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Adozioni e affidamenti", prevede che «1. In caso di adozione, nazionale o internazionale, alle lavoratrici di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, non iscritte ad altre forme obbligatorie, spetta, sulla base di idonea documentazione, un'indennità per i cinque mesi successivi all'effettivo ingresso del minore in famiglia, alle condizioni e secondo le modalità di cui al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, adottato ai sensi dell'articolo 59, comma 16, della legge 27 dicembre 1997, n. 449».

¹⁴³ L'art. 66, co. 1, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Indennità di maternità per le lavoratrici autonome e le imprenditrici agricole", prevede che «Alle 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, alle imprenditrici agricole a titolo principale, nonché alle pescatrici autonome della piccola pesca marittima e delle acque interne, di cui alla legge 13 marzo 1958, n. 250, e successive modificazioni, è corrisposta una indennità giornaliera per il periodo di gravidanza e per quello successivo al parto calcolata ai sensi dell'articolo 68».

successivi allo stesso¹⁴⁴; nell'ipotesi in cui sussistano le condizioni per l'interdizione anticipata, quest'ultima è riconosciuta ma non è coperta da indennità. Diversamente, il contributo economico riconosciuto a fronte dell'evento nascita, spetta per un periodo pari a trenta giorni, per le lavoratrici autonome, in caso di interruzione della gravidanza verificatasi successivamente al primo trimestre di gestazione.

Per quanto poi concerne le lavoratrici autonome, madri di bambini in adozione o affidamento preadottivo, l'art. 67, co. 2, del T.U. del 2001¹⁴⁵ prevede la corresponsione dell'indennità di maternità nei cinque mesi successivi all'effettivo ingresso del minore in famiglia, a condizione che il bambino cittadino italiano non abbia superato i sei anni di età all'atto dell'adozione o affidamento, e il minore straniero non abbia superato i diciotto anni di età. Nell'ipotesi di affidamento, invece, l'indennità spetta per i tre mesi successivi all'effettivo ingresso del minore nel nucleo familiare.

A chiudere il quadro delle lavoratrici esercenti un'attività non alle dipendenze di un datore di lavoro, vi sono le libere professioniste; quest'ultime, ai sensi dell'art. 70, co. 1, del T.U. del 2001¹⁴⁶, hanno diritto all'indennità di maternità per i due mesi che precedono la data presunta del parto e per i tre mesi successivi alla nascita, a condizione che siano iscritte a uno degli enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza, elencati nella tabella D, allegata al d.lgs. n. 151/2001¹⁴⁷. L'indennità di maternità, ai sensi dell'art. 72, co. 1, del T.U. del

¹⁴⁴ Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, “*Maternità e Paternità*”, 31 marzo 2016, disponibile al link <https://www.inps.it/portale/default.aspx?sID=%3b0%3b5673%3b5689%3b&lastMenu=5689&iMenu=1&iNodo=5689&p4=2>, 4 ss. (ultima consultazione in data 22 novembre 2016).

¹⁴⁵ L'art. 67, co. 2, d.lgs. n. 151/2001, in materia di “Modalità di erogazione”, prevede che «In caso di adozione o di affidamento, l'indennità di maternità di cui all'articolo 66 spetta, sulla base di idonea documentazione, per i periodi e secondo quanto previsto all'articolo 26».

¹⁴⁶ L'art. 70, co. 1, d.lgs. n. 151/2001, in materia di “Indennità di maternità per le libere professioniste”, prevede che «Alle libere professioniste, iscritte ad un ente che gestisce forme obbligatorie di previdenza di cui alla tabella D allegata al presente testo unico, è corrisposta un'indennità di maternità per i due mesi antecedenti la data del parto e i tre mesi successivi alla stessa».

¹⁴⁷ Tra tali enti vi sono: 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

2001¹⁴⁸, spetta alla libera professionista anche in caso di adozione o affidamento, secondo la medesima disciplina dettata per le lavoratrici subordinate ed autonome.

Inoltre, sempre con riferimento alle lavoratrici autonome e alle libere professioniste, particolare attenzione merita la ragione alla base del fatto che il legislatore non impiega il termine “congedo”, ma “indennità”. Il riferimento corre, alla disposizione in virtù della quale le madri libere professioniste e le lavoratrici autonome, a differenza di quanto previsto per le madri lavoratrici subordinate, non sono gravate dal divieto assoluto di adibizione ad attività lavorativa per tutta la durata del congedo di maternità. Tale previsione – contrariamente a quanto è stato sostenuto in passato da parte della dottrina, in ragione della configurazione del divieto di lavorare in gravidanza e puerperio quale divieto di ordine pubblico¹⁴⁹ – rafforza la tutela spettante alle suddette lavoratrici; ci si riferisce, in particolare, alla questione di legittimità costituzionale sollevata in merito all’art. 1, l. n. 379/1990, nella parte in cui non prevedeva il divieto di astensione dallo svolgimento delle mansioni in capo alla libera professionista, in concomitanza alla fruizione del congedo di maternità. La questione è stata dichiarata infondata dalla Corte, con sentenza n. 3 del 29 gennaio 1998¹⁵⁰, sulla base della seguente considerazione: consentire alla donna che svolge un’attività in autonomia e che è prossima alla maternità, di scegliere i tempi e le modalità di sospensione dello svolgimento delle mansioni professionali, significa cercare di tutelare il benessere psico-fisico della stessa, contribuendo a sottrarla a possibili situazioni di stress legate alla preoccupazione per la sorte della propria attività a fronte di una possibile prolungata assenza dal lavoro.

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, cfr. R. NUNIN, *Diritti e tutele per i genitori* cit., 111 s.

¹⁴⁸ L’art. 72, co. 1, d.lgs. n. 151/2001, in materia di “Adozioni e affidamenti”, prevede che «In caso di adozione o di affidamento, l’indennità di maternità di cui all’articolo 70 spetta, sulla base di idonea documentazione, per i periodi e secondo quanto previsto all’articolo 26».

¹⁴⁹ M. MISCIONE, *I congedi di maternità, paternità e parentali* cit., 846.

¹⁵⁰ C. cost. 29 gennaio 1998, n. 3, *RGL*, 1998, II, 385, nt. LIPARI.

Al contrario, in ragione di una progressiva equiparazione del lavoro parasubordinato al lavoro dipendente, per le lavoratrici iscritte alla Gestione separata dell'Inps continua a vigere il divieto di adibizione ad attività lavorativa durante i periodi in cui la stessa beneficia del congedo di maternità.

Anche in materia di disciplina del lavoro parasubordinato, autonomo e delle libere professioni, sempre nell'ottica di assicurare al figlio appena nato la massima protezione e cura, il legislatore ha previsto la corresponsione al lavoratore padre dell'indennità di maternità, qualora la madre si trovi nell'impossibilità di adempiere ai propri doveri nei confronti del figlio. In particolare, l'introduzione del co. 3 ter all'art. 70 del T.U. del 2001¹⁵¹, ad opera dell'art. 18 del d.lgs. n. 80/2015, indica che, qualora entrambi i genitori siano liberi professionisti, il padre è destinatario dell'indennità di maternità per il periodo in cui sarebbe spettata alla madre, al verificarsi delle seguenti ipotesi:

- i) morte o grave infermità della madre;
- ii) abbandono del figlio da parte della madre;
- iii) affidamento esclusivo del bambino al padre.

In sussistenza delle predette situazioni, l'indennità di maternità spetta anche al padre lavoratore autonomo, in virtù del nuovo co. 1 bis dell'art. 66 del T.U. del 2001¹⁵², introdotto dall'art. 15 del d.lgs. n. 80/2015¹⁵³.

2.1.2 Il trattamento economico e previdenziale

Il legislatore – per poter consentire ai genitori di assentarsi dal proprio posto di lavoro, per un periodo più o meno lungo, a fronte dell'evento nascita – ha

¹⁵¹ L'art. 70, co. 3 ter, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Indennità di maternità per le libere professioniste", prevede che «L'indennità di cui al comma 1 spetta al padre libero professionista per il periodo in cui sarebbe spettata alla madre libera professionista o per la parte residua, in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre».

¹⁵² L'art. 66, co. 1 bis, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Indennità di maternità per le lavoratrici autonome e le imprenditrici agricole", prevede che «L'indennità di cui al comma 1 spetta al padre lavoratore autonomo, per il periodo in cui sarebbe spettata alla madre lavoratrice autonoma o per la parte residua, in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre».

¹⁵³ R. NUNIN, *Diritti e tutele per i genitori* cit., 113 s.

dovuto introdurre, contestualmente alle modalità di fruizione del congedo, anche un'indennità economica e un trattamento previdenziale spettante agli stessi nel periodo di interdizione dall'attività lavorativa.

In particolare, relativamente a quanto deve essere corrisposto ai lavoratori subordinati in occasione della fruizione del congedo di maternità – così come disciplinato dagli artt. 16 e ss. del T.U. del 2001 – e del congedo di paternità – ex art. 28, T.U. del 2001 – la legge ha previsto la corresponsione di un'indennità giornaliera pari all'80% della retribuzione media globale giornaliera del periodo di paga quadrisettimanale o mensile immediatamente precedente all'inizio del congedo. Al fine di determinare la retribuzione media giornaliera, la legge ha suddiviso i lavoratori, cui spetta il beneficio, in due categorie: quella impiegatizia e quella salariale.

Con riferimento a coloro i quali appartengono alla prima categoria, la retribuzione del periodo di paga quadrisettimanale o mensile percepita immediatamente prima del collocamento a riposo deve essere divisa per 30, e così anche il rateo di mensilità aggiuntiva/e, nonché gli eventuali premi o trattamenti accessori erogati nel periodo di riferimento; l'80% del risultato così ottenuto, rappresenta quanto deve essere corrisposto alla lavoratrice/lavoratore che fruisca del congedo. L'indennità così calcolata, spetta per i giorni feriali e festivi che ricadono nel periodo di sospensione dell'attività lavorativa, tuttavia le festività cadenti di domenica e gli eventuali trattamenti integrativi previsti dal Contratto Collettivo Nazionale del Lavoro applicato nelle singole aziende rimangono a carico del datore di lavoro.

Per quanto riguarda, invece, gli appartenenti alla categoria salariale, – al fine di calcolare la retribuzione media giornaliera – quanto è stato corrisposto nel periodo di paga quadrisettimanale o mensile, precedente all'astensione dal lavoro, viene diviso per 26, in caso di retribuzione mensilizzata e di mese interamente lavorato. Con riferimento al rateo di mensilità aggiuntiva/e alla retribuzione, a differenza di quanto previsto per il calcolo dell'indennità spettante ai lavoratori rientranti nella categoria impiegatizia, il divisore non è il medesimo, e quindi nel caso di specie 26, ma è 25. L'80% degli importi così ottenuti, coincide con l'indennità spettante in virtù del godimento del congedo. Secondo

quanto previsto per quest'ultima categoria, rimangono a carico del datore di lavoro le giornate festive nazionali ed infrasettimanali, nonché gli eventuali trattamenti integrativi previsti dal Contratto Collettivo Nazionale del Lavoro applicato nelle singole aziende¹⁵⁴.

L'indennità così calcolata è anticipata in busta paga dal datore di lavoro, con successivo conguaglio da parte dell'Inps. Tuttavia, l'indennità è pagata direttamente dall'Inps – attraverso bonifico presso l'ufficio postale, oppure con accredito su conto corrente bancario o postale – alle:

- i) lavoratrici stagionali;
- ii) operaie agricole (salva la facoltà di anticipazione dell'indennità, da parte del datore di lavoro, in favore delle operaie agricole a tempo indeterminato);
- iii) lavoratrici dello spettacolo saltuarie o a termine;
- iv) lavoratrici addette ai servizi domestici e familiari (colf e badanti);
- v) lavoratrici assicurate exIPSEMA dipendenti da datori di lavoro non optanti per il pagamento delle indennità con il metodo del conguaglio;
- vi) lavoratrici disoccupate o sospese¹⁵⁵.

Relativamente alle predette lavoratrici disoccupate o sospese, una deroga rispetto a detti criteri di calcolo è prevista all'art. 23, co. 4, T.U. del 2001¹⁵⁶; il riferimento corre all'ipotesi in cui, nel corso del periodo precedente preso a base di calcolo, si sia verificata la sospensione con diritto alla conservazione del posto o l'interruzione del rapporto di lavoro, oppure nel caso in cui non sia possibile prendere a riferimento un periodo precedente in quanto l'assunzione è appena avvenuta. Nei suddetti casi, il legislatore ha previsto che, ai fini del

¹⁵⁴ L. MARIANI - M. ARLATI - P. SALAZAR, *Congedi parentali e maternità* cit., 42.

¹⁵⁵ Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, *“Maternità e paternità”* cit. 3.

¹⁵⁶ L'art. 23, co. 4, d.lgs. n. 151/2001, in materia di “Calcolo dell'indennità”, prevede che «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. Qualora le lavoratrici non abbiano svolto l'intero periodo lavorativo mensile per sospensione del rapporto di lavoro con diritto alla conservazione del posto per interruzione del rapporto stesso o per recente assunzione si applica quanto previsto al comma 5, lettera c)». L'art. 23, co. 5, d.lgs. n. 151/2001, lett. c, prevede che «In tutti gli altri casi, l'importo che si ottiene dividendo l'ammontare complessivo degli emolumenti percepiti nel periodo di paga preso in considerazione per il numero di giorni lavorati, o comunque retribuiti, risultanti dal periodo stesso».

calcolo dell'indennità, quanto percepito venga diviso per il numero di giorni lavorati¹⁵⁷.

Il legislatore, inoltre, è intervenuto in materia prevedendo all'art. 24, co. 1, del T.U. del 2001¹⁵⁸ che, nei casi in cui si verifica l'interruzione del rapporto di lavoro durante la fruizione del periodo di congedo, l'indennità di maternità è comunque corrisposta; le ipotesi cui la disposizione rinvia, sono quelle regolate ex art. 54, co. 3, lett. a, b, c, ossia:

- i) colpa grave della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro¹⁵⁹;
- ii) cessazione dell'attività aziendale cui la lavoratrice è addetta;
- iii) ultimazione della prestazione per cui la lavoratrice è stata assunta;

¹⁵⁷ D. GOTTARDI, *Il congedo di maternità* cit., 31.

¹⁵⁸ L'art. 24, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Prolungamento alla corresponsione del trattamento economico", prevede che «L'indennità di maternità è corrisposta anche nei casi di risoluzione del rapporto di lavoro previsti dall'articolo 54, comma 3, lettere a), b) e c), che si verificano durante i periodi di congedo di maternità previsti dagli articoli 16 e 17. 2. 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 sessanta giorni. 3. Ai fini del computo dei predetti sessanta giorni, non si tiene conto delle assenze dovute a malattia o ad infortunio sul lavoro, accertate e riconosciute dagli enti gestori delle relative assicurazioni sociali, né del periodo di congedo parentale o di congedo per la malattia del figlio fruito per una precedente maternità, né del periodo di assenza fruito per accudire minori in affidamento, né del periodo di mancata prestazione lavorativa prevista dal contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale. 4. 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 e in godimento dell'indennità di disoccupazione, ha diritto all'indennità giornaliera di maternità anziché all'indennità ordinaria di disoccupazione. 5. La lavoratrice, che si trova nelle condizioni indicate nel comma 4, ma che non è in godimento della indennità di disoccupazione perché nell'ultimo biennio ha effettuato lavorazioni alle dipendenze di terzi non soggette all'obbligo dell'assicurazione contro la disoccupazione, ha diritto all'indennità giornaliera di maternità, purché al momento dell'inizio del congedo di maternità non siano trascorsi più di centottanta giorni dalla data di risoluzione del rapporto e, nell'ultimo biennio che precede il suddetto periodo, risultino a suo favore, nell'assicurazione obbligatoria per le indennità di maternità, ventisei contributi settimanali. 6. La lavoratrice che, nel caso di congedo di maternità iniziato dopo sessanta giorni dalla data di sospensione dal lavoro, si trovi, all'inizio del congedo stesso, sospesa e in godimento del trattamento di integrazione salariale a carico della Cassa integrazione guadagni, ha diritto, in luogo di tale trattamento, all'indennità giornaliera di maternità. 7. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai casi di fruizione dell'indennità di mobilità di cui all'articolo 7 della legge 23 luglio 1991, n. 223».

¹⁵⁹ Tale previsione normativa, introdotta con il d.lgs. n. 80/2015, è frutto di una pronuncia della Corte Costituzionale. Il riferimento corre, alla sentenza n. 405 del 3 dicembre 2001, la quale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 24, co. 1, del d.lgs. n. 151/2001, nella parte in cui non considerava il licenziamento per giusta causa della lavoratrice una delle cause di interruzione del rapporto di lavoro a fronte delle quali avrebbe dovuto essere corrisposta l'indennità di maternità, cfr. C. cost. 14 dicembre 2001, n. 405, *FI*, 2003, I, 3242, nonché R. SCHIAVONE, *Maternità e congedo parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 123 s.

iv) scadenza del contratto a termine.

Non spetta un contributo economico, invece, nel caso di esito negativo della prova (art. 54, co. 3, lett. d, del T.U. del 2001).

L'indennità di maternità, e quindi il sostentamento economico spettante in occasione della nascita di un figlio, viene corrisposto, ai sensi dell'art. 24, anche nelle ipotesi di lavoratrice che si trovi, all'inizio del periodo di congedo, sospesa, disoccupata o in mobilità. In particolare, affinché dette lavoratrici possano essere destinatarie del contributo economico, non devono essere trascorsi più di sessanta giorni tra il verificarsi della sospensione, disoccupazione o assenza dal lavoro e l'inizio del periodo di interdizione dal lavoro previsto dagli artt. 16 e ss. del T.U. del 2001. Ai fini del computo di questi sessanta giorni, tuttavia, non rilevano:

- i) le assenze dovute a malattia o ad infortunio sul lavoro, accertate dagli enti gestori delle relative assicurazioni sociali;
- ii) il periodo di congedo parentale o di congedo per la malattia del figlio fruito per una precedente maternità;
- iii) il periodo di assenza utilizzato per occuparsi della cura di minori in affidamento;
- iv) il periodo di mancato svolgimento delle mansioni professionali previste dal contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale.

Qualora sia decorso il requisito temporale di sessanta giorni, la legge prevede che, per la lavoratrice disoccupata beneficiaria dell'indennità di disoccupazione o dell'indennità di mobilità, quest'ultime vengono sostituite dall'indennità di maternità; medesima disposizione, è prevista con riferimento alla lavoratrice beneficiaria del trattamento di integrazione salariale a carico della Cassa integrazione guadagni.

Nel caso in cui, invece, la predetta lavoratrice sia disoccupata ma non percepisca la relativa indennità – perché negli ultimi due anni ha svolto attività lavorativa alle dipendenze di terzi non soggette all'obbligo dell'assicurazione contro la disoccupazione – diviene beneficiaria del contributo spettante in presenza del congedo di maternità, purché non siano trascorsi più di centoottanta giorni dalla data di risoluzione del rapporto, e a condizione del versamento,

nell'ultimo biennio, di ventisei contributi settimanali¹⁶⁰.

Si è osservato che al congedo di paternità spettante al lavoratore padre al verificarsi di eventi che comportano l'impossibilità per la madre di prendersi cura del figlio, disciplinato all'art. 28 del T.U. del 2001, si applica il medesimo trattamento indennitario corrisposto alla lavoratrice durante il periodo di fruizione del congedo di maternità. Invece, il congedo di paternità introdotto dal legislatore con la l. n. 92/2012, e prorogato dalla l. n. 208/2015 anche per il 2016, è soggetto ad un trattamento economico diverso. Infatti, l'esercizio del congedo obbligatorio o facoltativo da parte del padre, è indennizzato in misura pari al 100% della retribuzione, in relazione ai giorni di astensione fruiti.

Il congedo di maternità e paternità, tuttavia, non è un beneficio previsto solo a favore dei genitori, lavoratori subordinati, ma si applica anche ai lavoratori parasubordinati, autonomi e liberi professionisti; di conseguenza, i lavoratori appartenenti a queste categorie sono destinatari dell'indennità erogata per i giorni di sospensione dell'attività professionale – fruiti per far fronte ad impegni di natura familiare – al pari di coloro che svolgono le proprie mansioni alle dipendenze di un datore di lavoro.

In particolare, i genitori iscritti alla Gestione separata dell'Inps, per avere diritto all'indennità di maternità o paternità, devono avere accreditati almeno tre mensilità di contribuzione dello 0,72%, nei dodici mesi precedenti la data di inizio del congedo per quanto riguarda la madre, ovvero nei dodici mesi che precedono la data di insorgenza del diritto riconosciuto al padre, al verificarsi dei casi¹⁶¹ previsti all'art. 28 del T.U. del 2001. L'indennità è calcolata, per ciascuna giornata del periodo indennizzabile, comprese le festività, in misura pari all'80% di 1/365 del reddito derivato dalla collaborazione nei dodici mesi antecedenti l'inizio del congedo, nei limiti del massimale contributivo annualmente previsto.

¹⁶⁰ P. SANNA - L. VICHI - A. BOSCO, *La riforma del lavoro* cit., 24 s.

¹⁶¹ I casi ex art. 28, d.lgs. n. 151/2001, sono:

- i) morte o grave infermità della madre;
- ii) abbandono da parte della madre;
- iii) affidamento esclusivo del bambino al padre.

In virtù del nuovo art. 64 ter del T.U. del 2001¹⁶², introdotto con l'art. 13 del d.lgs. n. 80/2015, inoltre, anche i genitori iscritti esclusivamente alla Gestione separata dell'Inps sono beneficiari del principio di “automaticità delle prestazioni”, al pari dei lavoratori subordinati cui si applica l'art. 2116 c.c.¹⁶³: questo principio comporta che i genitori lavoratori parasubordinati hanno diritto alla corresponsione dell'indennità di maternità anche nell'ipotesi di mancato versamento dei contributi alla gestione da parte del committente¹⁶⁴; parimenti tale indennità spetterà comunque ai lavoratori dipendenti, in caso di omissioni contributive da parte del datore di lavoro. Come affermato in una pronuncia del Tribunale di Bergamo del 2013¹⁶⁵, la previsione dell'applicazione del principio di “automaticità delle prestazioni” a favore dei lavoratori parasubordinati può sussistere anche in via interpretativa. Infatti, la mancata applicazione di questo principio ai lavoratori appartenenti alla suddetta categoria, comporterebbe la violazione dell'art. 3 Cost., in ragione di un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto a lavoratori che si trovano in situazioni di fatto analoghe; difatti, per i lavoratori parasubordinati, così come per i lavoratori dipendenti, i contributi sono versati dal committente anche per la quota a carico del lavoratore,

¹⁶² L'art. 64 ter, d.lgs. n. 151/2001, in materia di “Automaticità delle prestazioni”, prevede che «I lavoratori e le lavoratrici iscritti alla gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, non iscritti ad altre forme obbligatorie, hanno diritto all'indennità di maternità anche in caso di mancato versamento alla gestione dei relativi contributi previdenziali da parte del committente».

¹⁶³ L'art. 2116 c.c., in materia di “Prestazioni”, prevede che «Le prestazioni indicate nell'articolo 2114 sono dovute al prestatore di lavoro, anche quando l'imprenditore non ha versato regolarmente i contributi dovuti alle istituzioni di previdenza e di assistenza, salvo diverse disposizioni delle leggi speciali o delle norme corporative.

Nei casi in cui, secondo tali disposizioni, le istituzioni di previdenza e di assistenza, per mancata o irregolare contribuzione, non sono tenute a corrispondere in tutto o in parte le prestazioni dovute, l'imprenditore è responsabile del danno che ne deriva al prestatore di lavoro».

¹⁶⁴ Secondo quanto chiarito dall'Inps, in mancanza del requisito contributivo effettivo, è possibile indennizzare in base alla contribuzione dovuta, i periodi di congedo di maternità/paternità, ricadenti dall'anno 2015 in poi (ex art. 26, d.lgs. n. 80/2015). In ragione di ciò sono indennizzabili:

i) i periodi di congedo di maternità/paternità iniziati in data successiva al 25 giugno 2015 (data coincidente con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 80/2015);

ii) i periodi di congedo di maternità/paternità “a cavaliere”, ossia quelli in corso di fruizione al 25 giugno 2015. Tali periodi sono indennizzabili anche relativamente alla parte di congedo anteriore alla data della riforma, cfr. Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, circ. 26 febbraio 2016, n. 42, disponibile al link

<http://www.inps.it/CircolariZIP/Circolare%20numero%2042%20del%2026-02-2016.pdf>
(ultima consultazione in data 11 dicembre 2016).

¹⁶⁵ T. di Bergamo 12 dicembre 2013, *RIDL*, 2014, II, 439, nt. CANAVESI.

non avendo, quindi, quest'ultimo la possibilità di costringere il committente a versare i contributi dovuti in favore dell'Inps¹⁶⁶. Coerentemente a ciò, l'art. 64 ter non trova applicazione nei confronti dei lavoratori iscritti alla Gestione separata che sono responsabili dell'adempimento dell'obbligazione contributiva¹⁶⁷.

L'indennità spettante ai lavoratori parasubordinati viene erogata direttamente dall'Inps, tramite bonifico presso l'ufficio postale o accredito su conto corrente bancario o postale.

Per quanto riguarda l'indennità di maternità che deve essere corrisposta ai lavoratori autonomi da parte dell'Inps, l'art. 68 del T.U. del 2001¹⁶⁸ prevede che, quest'ultimi sono beneficiari di un contributo economico pari all'80% della retribuzione giornaliera stabilita annualmente dalla legge a seconda del tipo di lavoro autonomo svolto.

I genitori che svolgono la propria attività lavorativa ai sensi dell'art. 2222 c.c. sono beneficiari del trattamento anche nell'ipotesi in cui l'iscrizione alla propria gestione previdenziale sia avvenuta successivamente alla data di inizio del periodo indennizzabile.

¹⁶⁶ A. FENOGLIO, *Il filo rosa intessuto nel diritto del lavoro* cit., 23 s.

¹⁶⁷ L. MARIANI - M. ARLATI - P. SALAZAR, *Congedi parentali e maternità* cit., 68.

¹⁶⁸ L'art. 68, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Misura dell'indennità", prevede che «1. Alle coltivatrici dirette, colone e mezzadre e alle imprenditrici agricole è corrisposta, per i due mesi antecedenti la data del parto e per i tre mesi successivi alla stessa, una indennità giornaliera pari all'80 per cento della retribuzione minima giornaliera per gli operai agricoli a tempo indeterminato, come prevista dall'articolo 14, comma 7, del decreto-legge 22 dicembre 1981, n. 791, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 1982, n. 54, in relazione all'anno precedente il parto. 2. Alle lavoratrici autonome, artigiane ed esercenti attività commerciali è corrisposta, per i due mesi antecedenti la data del parto e per i tre mesi successivi alla stessa data effettiva del parto, una indennità giornaliera pari all'80 per cento del salario minimo giornaliero stabilito dall'articolo 1 del decreto-legge 29 luglio 1981, n. 402, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 settembre 1981, n. 537, nella misura risultante, per la qualifica di impiegato, dalla tabella A e dai successivi decreti ministeriali di cui al secondo comma del medesimo articolo 1. 2 bis. Alle pescatrici autonome della piccola pesca marittima e delle acque interne è corrisposta, per i due mesi antecedenti la data del parto e per i tre mesi successivi alla stessa data effettiva del parto una indennità giornaliera pari all'80 per cento della massima giornaliera del salario convenzionale previsto per i pescatori della piccola pesca marittima e delle acque interne dall'articolo 10 della legge 13 marzo 1958, n. 250, come successivamente adeguato in base alle disposizioni vigenti. 3. In caso di interruzione della gravidanza, spontanea o volontaria, nei casi previsti dagli articoli 4, 5 e 6 della legge 22 maggio 1978, n. 194, verificatasi non prima del terzo mese di gravidanza, su certificazione medica rilasciata dall'azienda sanitaria locale competente per territorio, è corrisposta una indennità giornaliera calcolata ai sensi dei commi 1 e 2 per un periodo di trenta giorni».

In particolare – qualora l’iscrizione sia avvenuta entro i termini prescritti dalla legge – se lo svolgimento dell’attività ha avuto inizio in data precedente rispetto a quella di inizio del congedo, tale ultimo periodo è indennizzabile per intero; qualora, invece, l’attività sia stata iniziata in data successiva, l’indennità spetta per il periodo seguente l’inizio dello svolgimento delle mansioni professionali. Laddove i termini di legge prescritti per l’iscrizione non siano rispettati, l’indennità viene corrisposta a partire dalla data della domanda di iscrizione alla gestione di appartenenza¹⁶⁹.

Infine, con riferimento all’indennità di maternità spettante ai liberi professionisti, ai sensi dell’art. 70, co. 2, del T.U. del 2001¹⁷⁰, questa è pari all’80% di 5/12 del reddito percepito e denunciato ai fini fiscali dal lavoratore nel secondo anno precedente a quello dell’evento.

Il trattamento previdenziale del congedo di maternità per i genitori lavoratori subordinati è disciplinato all’art. 25 del T.U. del 2001¹⁷¹ che consente l’accredito figurativo ai fini pensionistici sia in pendenza di un rapporto di lavoro, sia nell’ipotesi in cui tale rapporto non sussiste al momento del congedo. In particolare, con riferimento alla prima ipotesi, i genitori lavoratori subordinati hanno diritto all’accredito dei contributi figurativi per il diritto alla pen-

¹⁶⁹ Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, “*Maternità e paternità*” cit., 4 s.

¹⁷⁰ L’art. 70, co. 2, d.lgs. n. 151/2001, in materia di “Indennità di maternità per le libere professioniste”, prevede che «L’indennità di cui al comma 1 viene corrisposta in misura pari all’80 per cento di cinque dodicesimi del solo reddito professionale percepito e denunciato ai fini fiscali come reddito da lavoro autonomo dalla libera professionista nel secondo anno precedente a quello dell’evento».

¹⁷¹ L’art. 25, d.lgs. n. 151/2001, in materia di “Trattamento previdenziale”, prevede che «1. Per i periodi di congedo di maternità, non è richiesta, in costanza di rapporto di lavoro, alcuna anzianità contributiva pregressa ai fini dell’accredito dei contributi figurativi per il diritto alla pensione e per la determinazione della misura stessa. 2. 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 articoli 16 e 17, 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. La contribuzione figurativa viene accreditata secondo le disposizioni di cui all’articolo 8 della legge 23 aprile 1981, n. 155, con effetto dal periodo in cui si colloca l’evento. 3. Per i soggetti iscritti al fondo pensioni lavoratori dipendenti ed ai fondi sostitutivi dell’assicurazione generale obbligatoria per l’invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, gli oneri derivanti dalle disposizioni di cui al comma 2 sono addebitati alla relativa gestione pensionistica. Per i soggetti iscritti ai fondi esclusivi dell’assicurazione generale obbligatoria per l’invalidità e la vecchiaia ed i superstiti, gli oneri derivanti dalle disposizioni di cui al comma 2 sono posti a carico dell’ultima gestione pensionistica del quinquennio lavorativo richiesto nel medesimo comma».

sione, a condizione che siano in costanza di rapporto di lavoro, indipendentemente dall'anzianità contributiva pregressa; nel caso in cui i periodi di congedo di maternità si verificano al di fuori del rapporto di lavoro, sono accreditabili figurativamente una volta che si possano far valere cinque anni di contribuzione, versata in costanza di rapporto di lavoro. Tale principio, è stato esteso dal legislatore del 2015 anche a favore dei genitori iscritti alla Gestione separata. Inoltre, anche se non più menzionata dal T.U. del 2001, la dottrina ritiene applicabile la disposizione in virtù della quale i periodi di sospensione dell'attività professionale rilevano ai fini della progressione nella carriera, a meno che i contratti collettivi non prescrivano particolari requisiti¹⁷².

2.1.3. La presentazione delle domande

Per poter fruire del congedo di maternità e paternità, stante la sussistenza dei requisiti prescritti dal legislatore, è necessario presentare apposita domanda nel periodo antecedente l'inizio del collocamento a riposo, e quindi entro i due mesi precedenti la data presunta del parto, o nel momento in cui sorge il diritto al godimento della prestazione previdenziale, se colui che fruisce dei giorni di interdizione è il lavoratore padre.

Relativamente alla procedura da seguire da parte dei genitori lavoratori subordinati e parasubordinati, questi sono gravati dall'obbligo di invio dell'istanza attraverso uno dei seguenti canali telematici¹⁷³:

- i) WEB. In tal caso il servizio "Invio OnLine di Domande di Prestazioni a Sostegno del Reddito" è accessibile dal cittadino tramite PIN attraverso il portale dell'istituto;
- ii) Patronati. In tal caso l'invio della domanda deve avvenire attraverso i servizi telematici offerti dai patronati;

¹⁷² D. GOTTARDI, *Il congedo di maternità* cit., 28 ss.

¹⁷³ Le domande di congedo di maternità e di congedo parentale per i lavoratori subordinati e le domande di indennità di maternità e di congedo parentale per i lavoratori autonomi, devono essere presentate in modalità esclusivamente telematica a decorrere dal 1° ottobre 2011, in attuazione di quanto previsto dal d.l. n. 78/2010, convertito nella l. n. 122/2010, cfr. P. SANNA - L. VICHI - A. BOSCO, *La riforma del lavoro* cit., 25.

iii) Contact Center Multicanale, attraverso il numero verde 803164.

Una volta che la domanda è stata compilata dal richiedente e inoltrata, questa viene protocollata e il sistema produce automaticamente la ricevuta di presentazione della stessa e il rispettivo modello precompilato con i dati inseriti. Tali documenti sono scaricabili e stampabili dal richiedente. La domanda così protocollata, deve essere esibita al datore di lavoro. Correlativamente alla domanda devono essere, tuttavia, allegati una serie di documenti.

Qualora a richiedere il congedo sia la lavoratrice subordinata madre biologica, essa è tenuta ad allegare alla domanda il certificato medico di gravidanza in cui devono essere riportate le seguenti indicazioni:

- i) le generalità della lavoratrice (la lavoratrice risponde in via penale ed amministrativa della veridicità di tale dichiarazione);
- ii) l'indicazione del datore di lavoro e della sede dove l'interessata svolge la propria attività, le mansioni alla quale è addetta, l'istituto presso il quale è assicurata per il trattamento di malattia (la lavoratrice risponde in via penale ed amministrativa della veridicità di tali dichiarazioni);
- iii) il mese di gestazione in corso alla data della visita;
- iv) la data presunta del parto. Con riferimento a tale ultima prescrizione, si ritiene che tale data faccia stato indipendentemente dal verificarsi di un eventuale errore di previsione.

Tale certificato medico, che viene rilasciato in tre copie, deve essere esibito non solo al datore di lavoro, parimenti alla domanda protocollata, ma anche all'Istituto Previdenziale¹⁷⁴. Il datore di lavoro e l'Inps sono destinatari di due ulteriori certificati, la cui presentazione è richiesta alla donna ai fini del godimento dei giorni di sospensione dell'attività lavorativa *post-partum*. Il riferimento corre al certificato di assistenza al parto da cui risulti la nascita del figlio, nonché al certificato di nascita del bambino che deve essere presentato entro trenta giorni da tale evento; in luogo del certificato di nascita, la lavoratrice può produrre debita autocertificazione.

Come già ricordato, alla lavoratrice – in presenza di condizioni che lo rendono necessario, in quanto pregiudizievoli per la salute della donna e del nascituro –

¹⁷⁴ L. MARIANI - M. ARLATI - P. SALAZAR, *Congedi parentali e maternità* cit., 43 s.

spetta l'interdizione anticipata dal lavoro. In tale ipotesi si richiede di allegare, ai fini della presentazione dell'istanza, la certificazione attestante la sussistenza di condizioni di lavoro o ambientali pregiudizievoli, rilasciata dal medico specialista del Servizio Sanitario Nazionale o con esso convenzionato, nonché la certificazione rilasciata dal medico che svolge compiti di sorveglianza sanitaria sui luoghi di lavoro, laddove sussista l'obbligo di sorveglianza sanitaria; nel caso in cui detto obbligo non sussista, in luogo della certificazione del medico che svolge compiti di sorveglianza sanitaria, deve essere allegata dichiarazione del datore di lavoro che attesti la sussistenza dei requisiti prescritti ai fini del congedo anticipato.

La medesima documentazione viene richiesta, anche, nell'ipotesi in cui la lavoratrice opti per la fruizione del congedo in regime di flessibilità, secondo quanto disposto dall'art. 20 del T.U. del 2001.

Il datore di lavoro, dal canto suo, è gravato dall'onere di rilascio della ricevuta dei certificati e della documentazione esibita dalla lavoratrice¹⁷⁵.

Inoltre, nella disamina della disciplina dei congedi prevista e sostanzialmente riordinata dal legislatore nel T.U. del 2001, si è osservato che all'art. 16 è stato introdotto, con il d.lgs. n. 119/2011, il co. 1 bis che riconosce la facoltà per la lavoratrice – al verificarsi dell'interruzione volontaria o terapeutica della gravidanza decorso il 180° giorno di gestazione, o nell'ipotesi di decesso del figlio alla nascita o durante il periodo di fruizione del congedo – di rinunciare alla parte residua di congedo spettante, a condizione che venga debitamente certificato il recupero della salute psico-fisica della stessa. Ciò comporta che, ai fini della ripresa dell'attività lavorativa, – oltre alle certificazioni del medico specialista del Servizio Sanitario Nazionale o con esso convenzionato e del medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro – alla domanda per poter accedere a tale facoltà deve essere allegata apposita certificazione a seconda dell'evento che dà luogo alla richiesta da parte della lavoratrice:

i) nell'ipotesi di interruzione della gestazione, deve essere prodotto il certificato medico di gravidanza da cui risulti la data presunta del parto e il certificato

¹⁷⁵ *Ibidem*, 44.

sanitario attestante la data in cui si è verificata l'interruzione;

ii) nell'ipotesi di decesso del bambino, deve essere esibito il certificato di morte del figlio, o in luogo di questi, la dichiarazione sostitutiva di certificazione ai sensi dell'art. 46 del d.p.r. n. 445/2000.

Il certificato rilasciato dal medico specialista del Servizio Sanitario Nazionale, o con esso convenzionato, e dal medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro viene richiesto, oltre che nelle fattispecie già menzionate, anche nel caso di esercizio della facoltà per la donna di sospendere e riprendere successivamente la fruizione del congedo, nelle ipotesi di parto fortemente prematuro. Al verificarsi di tali ipotesi, inoltre, la lavoratrice è gravata dall'onere di produrre la certificazione – rilasciata dalla struttura ospedaliera, pubblica o privata, presso la quale il neonato è ricoverato – dalla quale si evinca il rapporto causa-effetto intercorrente tra la nascita prematura del neonato e l'immediato ricovero dello stesso¹⁷⁶.

Per quanto riguarda, invece, la documentazione che deve essere allegata dalla lavoratrice autonoma ai fini della corresponsione dell'indennità di maternità – stante l'invio della domanda secondo le medesime modalità prescritte per i lavoratori dipendenti e per gli iscritti alla Gestione separata – il legislatore richiede:

i) la copia del documento di identità;

ii) copia dei modelli F24 che attestino il versamento dei contributi relativi al periodo indennizzabile;

iii) il certificato di nascita o, in suo luogo, l'autocertificazione.

Invece, nei casi in cui si verifichi l'interruzione di gravidanza decorso il primo trimestre di gestazione, oltre alla copia del documento di identità e dei modelli F24, si richiede l'allegazione del certificato attestante la data in cui è intervenuta l'interruzione della gravidanza stessa¹⁷⁷.

Restano da definire gli adempimenti cui sono tenute le libere professioniste, iscritte ad uno degli enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza, af-

¹⁷⁶ *Ibidem*, 33 ss.

¹⁷⁷ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 299 s.

finché possano essere destinatarie dell'indennità di maternità. Quest'ultime devono presentare, a partire dal sesto mese di gravidanza ed entro il termine perentorio di centoottanta giorni dal parto, l'istanza corredata di certificato sanitario da cui risulti la data di inizio della gestazione e quella presunta del parto; inoltre deve essere allegata la dichiarazione attestante l'inesistenza del diritto alle indennità di maternità spettante alle lavoratrici subordinate ed autonome. L'indennità di maternità non spetta solo alla lavoratrice madre, ma, come già evidenziato si tratta di un beneficio spettante anche al lavoratore padre. In particolare, il lavoratore padre gode di un periodo di astensione lavorativa, innanzitutto, a fronte del verificarsi delle ipotesi di cui all'art. 28 del T.U. del 2001; al verificarsi, quindi, delle situazioni di particolare gravità che comportano l'insorgenza del beneficio, il padre ha l'onere di corredare la domanda della documentazione che attesti l'esistenza dei requisiti previsti dalla legge ai fini dell'esercizio del diritto. In particolare:

- i) nell'ipotesi in cui intervenga la morte della madre, il decesso deve essere provato attraverso il certificato di morte o, in suo luogo, l'interessato può sottoscrivere dichiarazione sostitutiva di certificazione, a condizione che si tratti di morte del coniuge; nel caso, invece, di decesso di genitore non legato al richiedente da vincolo matrimoniale, quest'ultimo può presentare dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà. La grave infermità, invece, deve essere provata mediante certificazione sanitaria da presentare in busta chiusa al centro medico legale dell'Inps, allo sportello, oppure a mezzo di raccomandata postale, ai fini della valutazione da parte dell'autorità sanitaria competente;
- ii) in caso di abbandono del minore da parte della madre si richiede l'esibizione della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, cui si accompagna il provvedimento del giudice con cui è stata pronunciata la decadenza della potestà genitoriale della donna; in attesa di ricevere tale documento, l'interessato può produrre copia dell'istanza diretta ad ottenere il provvedimento. Nel caso in cui sussista, invece, il mancato riconoscimento al momento della nascita, il padre è tenuto a presentare la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, da cui deve risultare che il bambino è soggetto alla potestà genitoriale dell'interessato;

iii) nell'ipotesi di affidamento esclusivo del figlio al padre, deve essere allegato il provvedimento giudiziario che ha disposto l'affidamento esclusivo, o la dichiarazione di responsabilità contenente gli estremi del provvedimento stesso e l'indicazione del tribunale che lo ha emesso¹⁷⁸.

Sempre avendo riguardo alla figura del padre lavoratore, ai fini della fruizione del congedo obbligatorio e facoltativo introdotto dalla l. n. 92/2012 e successivamente modificato, in relazione alla presentazione della domanda per accedere al beneficio occorre distinguere i casi di pagamento a conguaglio dai casi di pagamento diretto da parte dell'Inps. Con riferimento alla prima modalità di corresponsione dell'indennità di paternità, il lavoratore è tenuto a dare informazione in forma scritta al datore di lavoro dei giorni di astensione di cui intende avvalersi, con un periodo di preavviso non inferiore ai quindici giorni. Per quanto, invece, concerne i casi di erogazione del trattamento economico direttamente da parte dell'Inps, il procedimento richiesto per la presentazione dell'istanza, è il medesimo prescritto per le lavoratrici. Il riferimento corre all'invio telematico attraverso i seguenti canali:

- i) WEB;
- ii) Patronati;
- iii) Contact Center Multicanale.

Qualora il richiedente intenda avvalersi di uno o due giorni di congedo facoltativo, è gravato dall'obbligo di presentare, contestualmente all'istanza, la dichiarazione della madre attraverso la quale la stessa rinuncia alla fruizione di un numero di giorni di congedo pari rispetto a quelli fruiti dal padre. La predetta dichiarazione deve essere presentata anche al datore di lavoro della donna. Le giornate di congedo effettivamente fruiti, saranno, poi, comunicate all'Istituto Previdenziale da parte del datore¹⁷⁹.

La fruizione del congedo di maternità spetta anche ai lavoratori genitori adottivi o affidatari. Ai fini della documentazione richiesta in sede di istanza, si

¹⁷⁸ L. MARIANI - M. ARLATI - P. SALAZAR, *Congedi parentali e maternità* cit., 37 s.

¹⁷⁹ Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, "Congedi papà", 22 marzo 2016, disponibile al link <https://www.inps.it/portale/default.aspx?sID=%3b0%3b5673%3b8592%3b&last-Menu=8592&iMenu=1&iNodo=8592&p4=2>, 1 (ultima consultazione in data 22 novembre 2016).

distingue l'adozione o affidamento preadottivo nazionale, dall'adozione o affidamento preadottivo internazionale. In particolare, a fronte della prima fattispecie, deve essere presentata copia del provvedimento di adozione o affidamento, e copia del provvedimento rilasciato dal Tribunale per i Minorenni da cui risulti la data di effettivo ingresso del minore nel nucleo familiare. Nell'ipotesi, invece, di adozione o affidamento preadottivo internazionale, la domanda deve essere corredata della copia dell'autorizzazione rilasciata dalla Commissione per le Adozioni Internazionali, da cui si evinca la data di effettivo ingresso del minore in Italia, e, in caso di provvedimento straniero di adozione, della copia del decreto di trascrizione nel registro di stato civile emesso dal Tribunale dei minori; inoltre, qualora il richiedente si assenti dal proprio posto di lavoro per ottemperare all'estero agli adempimenti burocratici necessari, deve essere presentata apposita certificazione dell'ente autorizzato a curare tale procedura che attesti la durata del o dei periodi in esame. Nei casi, inoltre, di affidamento non preadottivo, al fine di godere di un congedo non superiore ai tre mesi, l'interessato è tenuto a presentare una copia del provvedimento dell'autorità competente, da cui risulti la data di effettivo ingresso del minore nel nucleo familiare.

Il diritto alla corresponsione del beneficio economico, che viene erogato in occasione della fruizione dei congedi di maternità e paternità è, tuttavia, soggetto ad un termine di prescrizione, pena la decadenza del lavoratore padre e della lavoratrice madre dall'esercizio del diritto. Nello specifico, il diritto all'indennità si prescrive nel termine di un anno, che decorre dal giorno successivo alla fine del congedo di maternità o paternità; per evitare la perdita del diritto è necessario che la lavoratrice o il lavoratore interessati presentino all'Inps – prima che sia decorso l'anno che comporta la prescrizione del diritto – istanze scritte aventi data certa, dirette ad ottenere il pagamento dell'indennità.

2.2. I CONGEDI PARENTALI

2.2.1. Struttura dell'istituto nel lavoro subordinato: la disciplina del T.U. n. 151/2001 e successive modifiche

La disciplina che regola la materia delle tutele a favore della maternità e paternità, e che quindi permette ai genitori di bilanciare l'attività lavorativa con la vita privata, è frutto della combinazione tra le disposizioni emanate dal legislatore, le pronunce nazionali dei giudici di merito e le direttive provenienti dalle Istituzioni europee. Difatti, la l. n. 53/2000 – contenente la delega che ha condotto all'emanazione del T.U. del 2001 – è stata adottata ai fini del recepimento della Direttiva 96/34/CE, la quale definisce il congedo parentale. Il congedo parentale, il quale comporta la facoltà per la lavoratrice o il lavoratore di essere collocati a riposo per un periodo complessivamente non superiore agli undici mesi, vuole essere uno strumento volto a favorire la conciliazione degli obblighi di cura e delle esigenze professionali, in quanto, rappresentando un diritto individuale riconosciuto sia al padre che alla madre, favorisce la partecipazione di entrambi i genitori alla cura dei figli; ciò, sul piano teorico, dovrebbe portare al raggiungimento di due obiettivi, auspicati dalle norme nazionali e tra loro correlati:

- i) aumentare il tasso di occupazione delle donne, di regola inferiore rispetto a quello dei lavoratori maschi¹⁸⁰;
- ii) incrementare il coinvolgimento dei padri nella cura della prole.

Una legislazione nazionale, dunque, volta al conseguimento di tali risultati, permette non solo di tutelare maggiormente i propri cittadini, ma anche di migliorare le prospettive politiche ed economiche del Paese; studi hanno a tal proposito evidenziato che gli Stati che vedono una maggiore partecipazione delle

¹⁸⁰ *World Economic Forum, The Global Gender Gap Report 2015*. Tale graduatoria concerne il divario nella partecipazione maschile e femminile alla vita economica. L'Italia si colloca tra i Paesi europei più arretrati, molto lontana dagli standard raggiunti dai Paesi del nord Europa, ai vertici della classifica. La graduatoria così stilata, infatti, trova l'Italia al 41° posto su 145 Stati. Vi è tuttavia da evidenziare un avanzamento di posizioni, rispetto alla graduatoria riferita all'anno 2014 in cui si collocava al 69° posto su 142 Paesi.

donne al mercato del lavoro sono quelli che ne beneficerebbero maggiormente in termini di crescita economica¹⁸¹.

Il congedo parentale, quindi, ponendosi quale strumento idoneo al perseguimento di tali obiettivi sul piano pratico, si sostanzia quale diritto riconosciuto sia alla lavoratrice madre, che al lavoratore padre.

Il congedo parentale, anche in ragione della sua importanza in materia di conciliazione, ha subito una profonda riforma nel 2000.

Nella normativa previgente, il congedo parentale – che allora assumeva, come già ricordato, la denominazione di “astensione facoltativa”– si configurava quale diritto esercitabile dalla sola lavoratrice madre biologica; il riferimento corre alla l. n. 1204/1971 la quale, al termine del periodo di astensione obbligatoria, prevedeva la facoltà per la madre di assentarsi per un ulteriore arco di tempo non superiore a sei mesi, nel corso del primo anno di vita del figlio. Affinché tale beneficio venga riconosciuto anche in capo al lavoratore padre, bisogna attendere la l. n. 903/1977; tuttavia, tale novella configura un diritto per il lavoratore che è subordinato alla fruizione dello stesso da parte della donna. Difatti, tale beneficio, ai sensi dell’art. 7 della l. n. 903/1977, viene concesso solo nelle ipotesi di affidamento esclusivo del figlio al padre o nel caso di rinuncia da parte della madre di godere dei giorni di astensione ad essa spettanti¹⁸².

È con la l. n. 53/2000 che il legislatore, sulla scorta della Direttiva comunitaria del 1996, attribuisce per la prima volta a ciascun genitore la facoltà di occuparsi della cura della prole, indipendentemente dalla spettanza del diritto in capo all’altro¹⁸³. È interessante evidenziare che, la normativa italiana del nuovo millennio introduce una disciplina di maggior favore in materia di congedo parentale, rispetto a quella prevista dalla stessa legislazione comunitaria; il riferimento corre, alla previsione di un congedo attribuito a ciascun genitore della

¹⁸¹ V. VIALE - R. ZUCARO, *I congedi a tutela della genitorialità nell’Unione europea* cit., 5.

¹⁸² F. AMATO, *Il congedo di maternità* cit., 43 ss.

¹⁸³ Il congedo parentale non spetta ai genitori disoccupati o sospesi, ai genitori lavoratori domestici, ai genitori lavoratori a domicilio.

durata di sei mesi, che non può superare i dieci mesi cumulativi, rispetto ad un periodo di astensione pari a tre mesi configurato dalla Direttiva del 1996¹⁸⁴.

Il congedo parentale, così come disciplinato dalla l. n. 53/2000 e successivamente dal T.U. del 2001, è stato oggetto di ulteriori modifiche.

La normativa vigente in materia prevede, ai sensi dell'art. 32 del T.U. del 2001¹⁸⁵, la possibilità per la lavoratrice ed il lavoratore, anche adottivo o affidatario¹⁸⁶, di assentarsi dal proprio posto di lavoro per un periodo, continuativo

¹⁸⁴ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 157 ss.

¹⁸⁵ L'art 32, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Congedo parentale", prevede che «1. Per ogni bambino, nei primi suoi dodici anni di vita, ciascun genitore ha diritto di astenersi dal lavoro secondo le modalità stabilite dal presente articolo. I relativi congedi parentali dei genitori non possono complessivamente eccedere il limite di dieci mesi, fatto salvo il disposto del comma 2 del presente articolo. Nell'ambito del predetto limite, il diritto di astenersi dal lavoro compete: a) alla madre lavoratrice, trascorso il periodo di congedo di maternità di cui al Capo III, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi; b) al padre lavoratore, dalla nascita del figlio, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi, elevabile a sette nel caso di cui al comma 2; c) qualora vi sia un solo genitore, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a dieci mesi. 1 bis. La contrattazione collettiva di settore stabilisce le modalità di fruizione del congedo di cui al comma 1 su base oraria, nonché i criteri di calcolo della base oraria e l'equiparazione di un determinato monte ore alla singola giornata lavorativa. Per il personale del comparto sicurezza e difesa di quello dei vigili del fuoco e soccorso pubblico, la disciplina collettiva prevede, altresì, al fine di tenere conto delle peculiari esigenze di funzionalità connesse all'espletamento dei relativi servizi istituzionali, specifiche e diverse modalità di fruizione e di differimento del congedo. 1 ter. In caso di mancata regolamentazione, da parte della contrattazione collettiva, anche di livello aziendale, delle modalità di fruizione del congedo parentale su base oraria, ciascun genitore può scegliere tra la fruizione giornaliera e quella oraria. La fruizione su base oraria è consentita in misura pari alla metà dell'orario medio giornaliero del periodo di paga quadrisettimanale o mensile immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha inizio il congedo parentale. Nei casi di cui al presente comma è esclusa la cumulabilità della fruizione oraria del congedo parentale con permessi o riposi di cui al presente decreto legislativo. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano al personale del comparto sicurezza e difesa e a quello dei vigili del fuoco e soccorso pubblico. 2. Qualora il padre lavoratore eserciti il diritto di astenersi dal lavoro per un periodo continuativo o frazionato non inferiore a tre mesi, il limite complessivo dei congedi parentali dei genitori è elevato a undici mesi. 3. Ai fini dell'esercizio del diritto di cui al comma 1, il genitore è tenuto, salvo casi di oggettiva impossibilità, a preavvisare il datore di lavoro secondo le modalità e i criteri definiti dai contratti collettivi e, comunque, con un termine di preavviso non inferiore a cinque giorni indicando l'inizio e la fine del periodo di congedo. Il termine di preavviso è pari a 2 giorni nel caso di congedo parentale su base oraria. 4. Il congedo parentale spetta al genitore richiedente anche qualora l'altro genitore non ne abbia diritto. 4 bis. Durante il periodo di congedo, il lavoratore e il datore di lavoro concordano, ove necessario, adeguate misure di ripresa dell'attività lavorativa, tenendo conto di quanto eventualmente previsto dalla contrattazione collettiva».

¹⁸⁶ L'art. 36, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Adozioni e affidamenti", prevede che «1. Il congedo parentale di cui al presente Capo spetta anche nel caso di adozione, nazionale e internazionale, e di affidamento. 2. Il congedo parentale può essere fruito dai genitori adottivi e affidatari, qualunque sia l'età del minore, entro dodici anni dall'ingresso del minore in famiglia, e comunque non oltre il raggiungimento della maggiore età. 3. L'indennità di cui all'articolo 34, comma 1, è dovuta, per il periodo massimo complessivo ivi previsto, entro i sei anni dall'ingresso del minore in famiglia».

o frazionato, di sei mesi ciascuno e di dieci cumulativamente, nei primi dodici anni di vita del bambino o nei primi dodici anni dall'ingresso del minore in famiglia (e non più nei primi otto anni di età o nei primi otto anni dall'ingresso in famiglia, come previsto dalla l. n. 53/2000).

Nell'ottica di promuovere una maggiore fruizione del congedo da parte della figura paterna, la norma prevede, inoltre, un meccanismo premiale in favore del padre che usufruisca di un periodo minimo, pari a tre mesi, di congedo parentale; al verificarsi di tale condizione, infatti, il numero di mesi di congedo di cui può beneficiare il lavoratore viene elevato a sette, e correlativamente, viene aumentato da dieci a undici il numero di mesi fruibili complessivamente da entrambi i genitori. Tale disposizione premiale, tesa a sostenere e valorizzare l'utilizzo dello strumento del congedo da parte dei padri, è stata oggetto di attenzione da parte degli studiosi della materia che hanno avanzato perplessità a riguardo, evidenziando come essa parrebbe celare una sorta di "ricatto morale" in pregiudizio al lavoratore; in particolare, si fa riferimento alla pressione, in capo a quest'ultimo, derivante dalla subordinazione dell'estensione del periodo di sospensione dell'attività lavorativa, alla decisione ed al comportamento da lui stesso assunto¹⁸⁷.

Inoltre, qualora il figlio possa godere delle cure di un solo genitore, quest'ultimo ha diritto a sospendere lo svolgimento delle proprie mansioni per un periodo, continuativo o frazionato, non superiore a dieci mesi. Sul punto, affinché si configuri la fattispecie di "genitore solo", devono ricorrere le seguenti ipotesi:

- i) decesso di uno dei genitori;
- ii) abbandono del figlio da parte di uno dei genitori;
- iii) affidamento esclusivo del bambino ad uno solo dei genitori;
- iv) non riconoscimento del figlio da parte di uno dei genitori;
- v) grave infermità di un genitore.

Quindi, qualora uno dei genitori sia gravemente infermo, e dunque si trovi impossibilitato ad adempiere ai propri doveri di cura, ciò è sufficiente affinché si

¹⁸⁷ F. AMATO, *Il congedo di maternità* cit., 58 s.

applichi la disciplina prevista a favore del “genitore solo”. Sul punto è intervenuto a più riprese l’Inps, il quale ha chiarito¹⁸⁸ che l’infermità grave del genitore può già sussistere al momento dell’evento parto, oppure venire in essere successivamente allo stesso, di conseguenza il diritto al periodo di congedo fruibile dal genitore solo può essere pari, rispettivamente, a dieci mesi o all’eventuale periodo residuo. Considerazioni analoghe valgono qualora si tratti di una grave infermità temporanea: il venir meno della stessa comporta che il genitore precedentemente infermo, può godere di un periodo di congedo ridotto in misura pari al periodo di sospensione già fruito dall’altro¹⁸⁹.

Meritevole di attenzione risulta essere, poi, la previsione in virtù della quale il congedo parentale spetta per ogni bambino; tale disposizione viene ad assumere una certa importanza, nell’ottica delle misure a sostegno della conciliazione, se si pensa ai casi di parto gemellare o plurigemellare, o all’adozione o affidamento di minori il cui ingresso nella casa familiare sia avvenuto nella stessa data. Al verificarsi di tali ultime ipotesi, pertanto, per ciascun figlio, ogni genitore ha diritto ad un periodo a titolo di congedo parentale della durata massima pari a sei mesi per la madre, fino a sette mesi per il padre e nel limite complessivo di dieci o undici mesi tra entrambi i genitori.

La tipologia di congedo in esame può essere fruita per periodi di tempo continuativi o frazionati. In particolare, qualora la lavoratrice o il lavoratore optino per l’esercizio del diritto in modo frazionato, si rende necessaria, tra un periodo e l’altro, l’effettiva ripresa dell’attività lavorativa; ciò comporta che laddove, in luogo della ripresa dell’attività, si goda, nell’arco di tempo intercorrente tra due periodi di congedo, di un periodo di ferie o malattia, le domeniche e anche i sabati – in caso di settimana lavorativa corta – vengono computati quali giorni di congedo.

Dunque, avendo il legislatore previsto un numero di mesi massimo in cui un lavoratore/lavoratrice può esercitare il proprio diritto al collocamento a riposo,

¹⁸⁸ Messaggio della Direzione Centrale Inps prestazione sostegno al reddito ai Direttori delle strutture territoriali, in data 20 settembre 2007, n. 22911, disponibile al link <http://www.inps.it/bussola/VisualizzaDoc.aspx?sVirtualURL=%2fMessaggi%2fMessaggio%20numero%2022911%20del%2020-09-2007.htm> (ultima consultazione in data 11 dicembre 2016).

¹⁸⁹ P. SANNA - L. VICHI - A. BOSCO, *La riforma del lavoro* cit., 35.

in modo continuativo o frazionato, sono state anche disciplinate le modalità di computo dei periodi di congedo. In particolare, qualora i periodi di astensione siano pari ad un mese o ad un multiplo dello stesso, vengono conteggiati uno o più mesi interi. Nell'ipotesi in cui, invece, i periodi di sospensione dell'attività lavorativa siano inferiori al mese, vengono sommati i giorni fruiti in più periodi di congedo fino ad arrivare a conteggiare un mese, e dunque trenta giorni; il medesimo metodo di calcolo trova applicazione qualora i periodi di congedo siano superiori ad un mese, ma non multipli dello stesso¹⁹⁰.

In relazione alle modalità di fruizione del congedo, inoltre, è intervenuto il legislatore con la l. di Stabilità del 2013, introducendo il congedo parentale su base oraria. Il riferimento corre alla possibilità per i genitori lavoratori di ottemperare ai propri doveri di cura familiare alternando, nel corso della giornata, periodi di lavoro e momenti riservati alla cura del bambino. Tale diversa articolazione della precedente astensione facoltativa, trova le sue radici nella Direttiva 2010/18/UE – cui è allegato il nuovo accordo quadro sul congedo parentale – la quale invita gli Stati membri a «stabilire che il congedo parentale sia accordato a tempo pieno, a tempo parziale, in modo frammentato o nella forma di un credito di tempo, tenendo conto delle esigenze dei datori di lavoro e dei lavoratori». Sulla base di ciò il legislatore italiano, nel 2012, ha previsto che ciascun genitore può scegliere se esercitare il diritto a lui spettante, ai sensi dell'art. 32 del T.U. del 2001, su base giornaliera o oraria, «secondo le modalità e i criteri definiti dai contratti collettivi»; tuttavia, tale ultimo generale rinvio alla contrattazione collettiva ha comportato problemi, di natura applicativa, in ordine al livello di contrattazione cui il legislatore aveva affidato il compito di regolare la modalità di fruizione del congedo su base oraria. Queste iniziali perplessità trovano risposta da parte del Ministero del Lavoro, il quale chiarisce che sono abilitati ad intervenire in materia anche gli accordi di secondo livello¹⁹¹. Tuttavia, nonostante l'intervento del Ministero, volto a fare chiarezza

¹⁹⁰ L. MARIANI - M. ARLATI - P. SALAZAR, *Congedi parentali e maternità* cit., 49 s.

¹⁹¹ Relativamente al settore pubblico, il Dipartimento della Funzione Pubblica ha precisato che nel pubblico impiego era necessario «attendere il recepimento [della norma] attraverso il contratto collettivo di comparto o la contrattazione quadro», cfr. risposta del 22 luglio 2013 all'in-

e, quindi, a incentivare l'utilizzo della misura introdotta dalla legislazione nazionale, erano pochi gli accordi con cui le parti sociali avevano disciplinato tale istituto¹⁹². Sul punto interviene nuovamente il legislatore, con il d.lgs. n. 80/2015, prevedendo – sia per il settore privato che per il pubblico impiego – l'applicazione della disciplina in materia di congedo parentale su base oraria, anche in mancanza della regolamentazione ad opera degli accordi di settore; in particolare si prevede che, qualora il prestatore di lavoro opti per il congedo su base oraria, se non è previsto diversamente, la sospensione ha luogo in misura pari alla metà dell'orario medio giornaliero del periodo di paga quadrisettimale o mensile, previsto contrattualmente e immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha inizio il congedo parentale¹⁹³.

Ai fini della conciliazione delle esigenze professionali e familiari, è opportuno evidenziare come, dall'applicazione ed utilizzo di questa misura da parte dei genitori lavoratori, ne derivino vantaggi a favore, *in primis*, di quest'ultimi, in ragione, innanzitutto, della possibilità per la lavoratrice madre di far fronte alle proprie responsabilità familiari, non pregiudicando la propria partecipazione al mercato del lavoro, che può risultare compromessa in virtù di periodi di assenza prolungati nel tempo; il lavoratore padre, dal canto suo, ha la possibilità di accedere con più frequenza all'utilizzo del congedo parentale, che così articolato comporta un'incidenza meno significativa sul suo reddito¹⁹⁴. Inoltre, vantaggi

terpello n. 25/2013 presentato da CGIL, CISL e UIL (disponibile al link <http://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/attivita-ispettiva/focus-on/Interpello/Documents/n.25-2013.pdf>. Ultima consultazione in data 9 dicembre 2016).

È solo nel 2015, con il d.lgs. n. 80/2015 – emanato in recepimento della delega contenuta nella l. n. 183/2014 – che si realizza un'equiparazione di disciplina tra settore privato e settore pubblico; infatti, con tale decreto si prevede che i genitori lavoratori del settore pubblico possano fruire dei congedi parentali su base oraria alle medesime condizioni previste per i lavoratori del settore privato, dunque secondo quelli che sono le modalità ed i criteri definiti dalla contrattazione di qualunque livello.

¹⁹² Uno dei pochi esempi di accordi volti a regolamentare la fruizione del congedo parentale su base oraria, è l'accordo integrativo aziendale per il personale dipendente della “*Vorwerk Folletto*”, siglato il 22 aprile 2014; tale accordo prevede che, un mese di congedo parentale equivale a 168 ore di congedo, e che i lavoratori che optino per tale diversa modalità di fruizione rispetto a quella giornaliera sono tenuti a prestare quotidianamente la propria attività per un numero continuativo di ore non inferiore a tre.

¹⁹³ A. FENOGLIO, *Nuove modalità di fruizione* cit., 71 ss.

¹⁹⁴ La dimostrazione che la fruizione del congedo su base oraria possa sostanzialmente in un incentivo per il lavoratore padre ad assentarsi dal lavoro per ottemperare agli obblighi di cura familiare, nell'ottica di una più equa ripartizione dei ruoli all'interno del nucleo domestico, è data dalla legislazione e dalla prassi olandese. Infatti in Olanda, la possibilità di esercitare il diritto al

vengono conseguiti anche da parte del datore di lavoro, il quale è posto nella condizione di gestire più agevolmente le assenze dei propri dipendenti, in ragione della loro breve durata¹⁹⁵.

Tuttavia, affinché i genitori possano fruire del congedo regolato all'art. 32 del T.U. del 2001, è necessario rispettare un termine di preavviso. Prima dell'intervento operato in materia dal d.lgs. n. 80/2015, il co. 3 dell'art. 32 prevedeva un obbligo di preavviso al datore di lavoro secondo le modalità e i criteri definiti dai contratti collettivi, comunque non inferiore a quindici giorni. Un termine di preavviso piuttosto lungo quale quello introdotto dal legislatore del 2000, secondo quanto affermato in dottrina, si poneva maggiormente a vantaggio del datore piuttosto che del lavoratore o della lavoratrice, in ragione delle difficoltà che quest'ultimi potevano incontrare nel prevedere, con così largo anticipo, il periodo durante il quale essere collocati a riposo in virtù di esigenze familiari¹⁹⁶. Tale situazione di difficoltà è stata, dapprima, parzialmente temperata dall'introduzione, nel medesimo co. 3, di una clausola di salvezza, la quale esclude l'operatività dell'obbligo di preavviso nei casi in cui sussista un'oggettiva impossibilità per il lavoratore di comunicare, con così largo anticipo, la volontà di esercizio del congedo. Tuttavia, l'utilizzo della locuzione "oggettiva impossibilità" fa sorgere dei dubbi circa i casi idonei ad eludere un preavviso così anticipato; l'interpretazione adottata in dottrina ha portato a ritenere che siano funzionali all'esclusione di tale obbligo di comunicazione tutte quelle situazioni non prevedibili, riferite alla persona del bambino o del genitore¹⁹⁷.

Il termine di preavviso, concernente la comunicazione al datore di lavoro dell'intenzione di fruire di un periodo di congedo, è stato successivamente ridotto dal legislatore del 2015: l'attuale versione dell'art. 32, co. 3, del T.U. del 2001 prevede un obbligo di preavviso che deve essere ottemperato nel termine di cinque giorni in caso di congedo giornaliero. Inoltre, l'introduzione della diversa modalità di fruizione su base oraria, ha reso necessaria, anche in questa

congedo in maniera *part-time*, ha inciso con una certa rilevanza sulla fruizione del congedo parentale da parte dei lavoratori padri.

¹⁹⁵ A. FENOGLIO, *Il filo rosa intessuto nel diritto del lavoro* cit., 18 s.

¹⁹⁶ F. AMATO, *Il congedo di maternità* cit., 51.

¹⁹⁷ M. CAGARELLI, *I congedi parentali*, Giappichelli, 2002, 28.

ipotesi, la determinazione del termine di preavviso, fissato a due giorni. Se tale ultimo termine pari a due giorni non ha generato alcuna perplessità, lo stesso non può dirsi con riferimento al termine da rispettare in caso della volontà di godere del congedo parentale su base giornaliera. In particolare, relativamente alla questione se la disciplina prevalente sia quella definita dalla contrattazione collettiva o dalla legislazione nazionale, in dottrina sono sorti due diversi orientamenti: il primo orientamento ritiene debba prevalere la regolamentazione degli accordi di settore, trovando quindi il termine di cinque giorni, previsto dal legislatore, applicazione nelle ipotesi di mancata previsione del termine nella contrattazione collettiva, o nel caso in cui quest'ultima preveda un termine inferiore a quello fissato per legge; il secondo orientamento, sostiene che il legislatore abbia devoluto alla contrattazione collettiva la definizione delle modalità e dei criteri di esercizio del congedo, ma non anche il termine di preavviso che rimane comunque fissato a cinque giorni. Il contrasto dottrinale viene risolto dal Ministero del Lavoro che, in risposta all'interpello n. 13 dell'11 aprile 2016¹⁹⁸, ha chiarito che il termine di preavviso così come previsto dall'art. 32

¹⁹⁸ Risposta all'interpello 11 aprile 2016, n. 13, disponibile al link

<http://www.lavoro.gov.it/notizie/Documents/13-2016.pdf>. (ultima consultazione in data 26 novembre 2016).

«Oggetto: art. 9, d.lgs. n. 124/2004 – disciplina congedi parentali di cui all'art. 7, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 80/2015.

L'Assaereo ha avanzato istanza d'interpello al fine di conoscere il parere di questa Direzione generale in ordine alla corretta interpretazione della disciplina sui congedi parentali di cui all'art. 32, d.lgs. n. 151/2001, così come modificato dall'art. 7, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 80, recante misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro, in vigore dal 25 giugno 2015. In particolare l'istante chiede se, a seguito del suddetto intervento normativo che prevede per la richiesta di congedo un periodo di preavviso non inferiore a cinque giorni, le previsioni contenute nella contrattazione collettiva formatasi nella vigenza della precedente disciplina normativa possano continuare a ritenersi operative anche con riferimento al periodo di preavviso previgente, fissato nel termine non inferiore ai 15 giorni. Si pone, inoltre, la questione relativa alla possibilità per il datore di lavoro, anche in presenza di una richiesta del lavoratore nel rispetto del termine minimo di preavviso, di disporre una diversa collocazione temporale di fruizione del congedo in ragione di comprovate esigenze di funzionalità organizzativa. Al riguardo, acquisito il parere della Direzione generale della Tutela delle Condizioni di Lavoro e delle Relazioni Industriali, nonché dell'Ufficio legislativo, si rappresenta quanto segue. Ai fini della soluzione del quesito sollevato, occorre muovere dalla lettura dell'art. 7, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 80/2015 il quale, nel riformulare il disposto di cui all'art. 32, comma 3, d.lgs. n. 151/2001, sancisce che ai fini dell'esercizio del diritto in questione “il genitore è tenuto, salvo casi di oggettiva impossibilità, a preavvisare il datore di lavoro secondo le modalità e i criteri definiti dai contratti collettivi e, comunque, con un termine di preavviso non inferiore a cinque giorni indicando l'inizio e la fine del periodo di congedo”. Rispetto alla precedente formulazione dell'art. 32, comma 3, il Legislatore del 2015 è quindi intervenuto solo a ridurre il limite minimo del periodo di preavviso da quindici a cinque giorni, fermo restando, in continuità con la normativa previgente, il rinvio alla contrattazione collettiva per la disciplina delle modalità e dei criteri di fruizione dei suddetti

del T.U. del 2001 ha carattere residuale, facendo prevalere la prima delle due interpretazioni dottrinali¹⁹⁹.

Inoltre, relativamente al rapporto del congedo parentale su base oraria con le ulteriori misure disciplinate dalla legge a favore della maternità e paternità, il legislatore ha delineato dei criteri di compatibilità, suscettibili di deroga sempre ad opera della contrattazione collettiva; il riferimento corre, alla previsione secondo cui il congedo parentale ad ore non può essere fruito nei medesimi giorni in cui il genitore goda:

- i) del congedo parentale ad ore per altro figlio;
- ii) di riposi giornalieri per allattamento, anche per altro figlio, così come disciplinati agli artt. 39 e 40 del T.U. n. 151/2001;
- iii) dei riposi orari per assistenza ai figli disabili, così come disciplinati agli artt. 33 e 42 del T.U. n. 151/2001.

congedi. La modifica in questione rientra, peraltro, tra le disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 80 in via sperimentale per l'anno 2015 e per le giornate di astensione fruito nel medesimo anno; per gli anni successivi, infatti, l'art. 26, comma 3 del decreto, condiziona il riconoscimento dei benefici alla individuazione della necessaria copertura finanziaria ad opera degli ulteriori decreti attuativi della L. n. 183/2014. Tale copertura è stata successivamente assicurata dall'art. 43, comma 2, del d.lgs. n. 148/2015 che ha, altresì, espressamente richiamato la clausola di salvaguardia dell'art. 27 del d.lgs. n. 80/2015 in virtù della quale le misure in questione potranno essere rideterminate con decreto interministeriale nell'ipotesi in cui l'azione di monitoraggio faccia registrare scostamenti rispetto alle previsioni di spesa contemplate dalla norma. Ciò premesso, in risposta al primo quesito, in considerazione del fatto che l'operatività delle misure introdotte nei termini previsti dal Decreto n. 80/2015 resta condizionata alla verifica, effettuata in sede di monitoraggio periodico, circa la loro perdurante compatibilità finanziaria e tenuto altresì conto del fatto che il Legislatore del 2015 ribadisce, in continuità con la formulazione precedente dell'art. 32, comma 3, d.lgs. n. 151/2001, la validità del rinvio alla contrattazione collettiva per la disciplina dell'istituto, si può ritenere che le clausole della contrattazione collettiva già vigenti alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 80/2015 continuano ad essere efficaci anche in relazione alla individuazione dei termini di preavviso nella stessa previsti. In particolare, deve ritenersi che i termini di preavviso minimi restino fissati in 15 giorni tutte le volte in cui la contrattazione collettiva abbia richiamato, ai fini della loro individuazione, il termine minimo previsto dalla normativa vigente al momento della definizione degli accordi. Per quanto concerne il secondo quesito, riguardante la possibile collocazione temporale alternativa del congedo da parte del datore di lavoro, va osservato che la giurisprudenza di legittimità qualifica il diritto alla fruizione del congedo in termini di diritto potestativo, in relazione al quale vige l'unico onere del rispetto del preavviso (cfr. Cass. 16 giugno 2008, n. 16207). Resta comunque ferma la possibilità – così come rappresentato con risposte ad interpello n. 31/2010 e n. 1/2012 in relazione ai permessi ex L. n. 104/1992 – di disciplinare la fruizione dei congedi attraverso accordi da prendere anche a cadenza mensile con i richiedenti o con le loro rappresentanze aziendali, volti a contemperare la necessità di buon andamento dell'attività imprenditoriale con il diritto alla cura della famiglia».

¹⁹⁹ R. SCHIAVONE, *Congedo Parentale: preavviso e contemperamento con esigenze aziendali*, *GLav*, 2016, 21.

Risulta, invece, compatibile la fruizione del congedo parentale su base oraria, con permessi o riposi disciplinati da normative diverse rispetto al T.U. n. 151/2001, come, a titolo di esempio, i permessi fruiti in modalità oraria dal lavoratore, a beneficio di sé stesso.

Vi è da sottolineare la regolamentazione, da parte del legislatore, in materia di congedo parentale, di una disciplina di miglior favore per i genitori di minori portatori di handicap grave, accertato ai sensi dell'art. 4, co. 1, della l. n. 104 del 5 febbraio 1992. Difatti, questi lavoratori, ai sensi dell'art. 33 del T.U. del 2001²⁰⁰ – così come modificato dal d.lgs. n. 119/2011 e dal d.lgs. n. 80/2015 – hanno diritto a fruire di un congedo parentale prolungato, per un periodo massimo di tre anni, nei primi dodici anni di vita del bambino, a condizione che quest'ultimo non sia ricoverato a tempo pieno presso gli istituti specializzati.

2.2.1.a. Il congedo parentale negli altri rapporti di lavoro

Così come la disciplina dei congedi di maternità e paternità è stata estesa progressivamente dal legislatore anche a favore dei genitori che non svolgono la propria attività in via subordinata, anche le norme in materia di congedo parentale sono state previste a beneficio dei genitori lavoratori iscritti alla Gestione separata dell'Inps e ai genitori lavoratori autonomi.

In particolare, la Finanziaria 2007 ha previsto la corresponsione, in favore dei lavoratori parasubordinati, di un'indennità per congedo parentale, limitata ad un periodo di tre mesi entro il primo anno di vita del bambino; tale

²⁰⁰ L'art. 33, d.lgs. 151/2001, in materia di "Prolungamento del congedo", prevede che «1. Per ogni minore con handicap in situazione di gravità accertata ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre, hanno diritto, entro il compimento del dodicesimo anno di vita del bambino, al prolungamento del congedo parentale, fruibile in misura continuativa o frazionata, per un periodo massimo, comprensivo dei periodi di cui all'articolo 32, non superiore a tre anni, a condizione che il bambino non sia ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati, salvo che, in tal caso, sia richiesta dai sanitari la presenza del genitore. 2. In alternativa al prolungamento del congedo possono essere fruiti i riposi di cui all'articolo 42, comma 1. 3. Il congedo spetta al genitore richiedente anche qualora l'altro genitore non ne abbia diritto. 4. 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».

diritto al trattamento economico è condizionato alla sussistenza di un rapporto di lavoro ancora in corso di validità nel periodo in cui si colloca il congedo parentale e all'effettiva astensione dall'attività lavorativa. Tuttavia, a differenza di quanto accade per i padri lavoratori subordinati – i quali sono beneficiari di un diritto individuale –, il congedo parentale spetta ai padri iscritti alla Gestione separata solo al verificarsi delle seguenti situazioni:

- i) morte o grave infermità della madre;
- ii) abbandono del figlio da parte della madre;
- iii) affidamento esclusivo del bambino al padre.

Per quanto, invece, riguarda le lavoratrici autonome, con la l. n. 53/2000 il diritto al congedo parentale è stato esteso alle lavoratrici autonome madri di bambini nati a decorrere dal 1° gennaio del 2000, e la previsione legislativa è stata, poi, ripresa dall'art. 69 del T.U. del 2001²⁰¹. Il diritto al congedo parentale per dette lavoratrici ha una durata pari a tre mesi, fruibili entro il primo anno di vita del bambino; tuttavia, la spettanza del beneficio e, di conseguenza, della relativa indennità, è condizionata alla sussistenza dell'effettiva sospensione dello svolgimento delle proprie mansioni professionali.

Con riferimento al padre lavoratore autonomo, invece, permane la sua esclusione dall'ambito di applicabilità della disciplina del congedo parentale, nonostante le novità introdotte dalla riforma del 2015, la quale si limita, *in primis*, ad innalzare il termine temporale per la fruizione del congedo parentale dagli otto ai dodici anni di vita del bambino (o dodici anni dall'ingresso del minore nel nucleo familiare in caso di adozione o affidamento) e, in secondo luogo, introduce modalità alternative di esercizio, come il congedo su base oraria²⁰².

La facoltà di sospendere la propria attività professionale per far fronte ad esigenze legate alla cura dei figli viene, invece, del tutto esclusa per i genitori

²⁰¹ L'art. 69, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Congedo parentale", prevede che «1. Alle lavoratrici di cui al presente Capo, madri di bambini nati a decorrere dal 1° gennaio 2000, è esteso il diritto al congedo parentale di cui all'articolo 32, compresi il relativo trattamento economico e il trattamento previdenziale di cui all'articolo 35, limitatamente ad un periodo di tre mesi, entro il primo anno di vita del bambino. 1 bis. Le disposizioni del presente articolo trovano applicazione anche nei confronti dei genitori adottivi o affidatari».

²⁰² Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, "Congedi parentali e riposi giornalieri", 10 agosto 2016, disponibile al link <http://www.inps.it/portale/default.aspx?itemdir=5885>, 1 s. (ultima consultazione in data 26 novembre 2016).

liberi professionisti; tale scelta parrebbe essere giustificata da considerazioni di ordine meramente economico, quanto alla possibile sostenibilità di una tale misura per le varie Casse professionali²⁰³.

2.2.2. Il trattamento economico e previdenziale

Il congedo parentale, dunque, si inserisce all'interno delle misure facenti parte di quel tessuto normativo a tutela dei genitori lavoratori cui la legislazione comunitaria e nazionale si è dedicata a più riprese, soprattutto a partire dagli inizi degli anni 2000. In ordine al fine perseguito dai diversi strumenti legislativamente regolamentati, il congedo parentale si differenzia rispetto ai congedi di maternità e paternità. Infatti, i congedi di maternità e paternità, sono tesi a far sì che i genitori ottemperino ai doveri strettamente connessi all'evento nascita; non a caso quest'ultimi hanno l'obbligo di fruire di un periodo di astensione dall'attività lavorativa nei primissimi mesi di vita del figlio. La misura del congedo parentale, invece, è per lo più finalizzata a consentire ai genitori stessi di dedicarsi alla cura dei figli, non solo nei loro primi mesi di vita, ma altresì nel corso degli anni. Tuttavia, al godimento di quest'ultimo tipo di congedo, non sempre si accompagna la previsione di forme di copertura economica. Con riferimento, difatti, al trattamento economico regolato dal legislatore e corrisposto dal datore di lavoro che provvede successivamente ad effettuare il conguaglio con l'Inps, l'art. 34 del T.U. del 2001²⁰⁴ prevede che, per i periodi di congedo parentale, ai genitori è dovuta fino al sesto anno di vita del bambino,

²⁰³ R. NUNIN, *Diritti e tutele per i genitori* cit., 116.

²⁰⁴ L'art. 34, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Trattamento economico e normativo", prevede che «1. Per i periodi di congedo parentale di cui all'articolo 32 alle lavoratrici e ai lavoratori è dovuta fino al sesto anno di vita del bambino, un'indennità pari al 30 per cento 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. 2. Si applica il comma 1 per tutto il periodo di prolungamento del congedo di cui all'articolo 33. 3. Per i periodi di congedo parentale di cui all'articolo 32, ulteriori rispetto a quanto previsto ai commi 1 e 2, è dovuta, fino all'ottavo anno di vita del bambino, un'indennità pari al 30 per cento della retribuzione, a condizione che il reddito individuale dell'interessato sia inferiore a 2,5 volte l'importo del trattamento minimo di pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria. Il reddito è determinato secondo i criteri previsti in materia di limiti reddituali per l'integrazione al minimo. 4. L'indennità è corrisposta con le modalità di cui all'articolo 22, comma 2. 5. I periodi di congedo parentale sono computati nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie e alla

un'indennità pari al 30% della retribuzione media globale giornaliera del periodo di paga quadrisettimanale o mensile immediatamente antecedente l'inizio del congedo parentale o del congedo di maternità – in caso di congedo parentale fruito consecutivamente rispetto a quello di maternità – per un periodo massimo complessivo tra i genitori pari a sei mesi. Il tetto massimo di età per la spettanza del contributo economico, previsto dal legislatore del 2000, è stato innalzato dai tre ai sei anni dal d.lgs. n. 80/2015, il quale ha prima previsto l'applicazione della disposizione in via sperimentale, divenuta poi strutturale con il già citato intervento del d.lgs. n. 148/2015. Qualora il congedo venga fruito dopo il compimento del sesto anno di età del bambino, non si ha diritto ad alcuna indennità economica, eccezion fatta per il genitore il cui reddito individuale²⁰⁵ è inferiore a 2,5 volte l'importo del trattamento minimo di pensione, a carico dell'assicurazione generale obbligatoria; quest'ultimo, infatti, continua a beneficiare dell'indennità pari al 30%, fino al compimento dell'ottavo anno di età del figlio²⁰⁶.

Così come previsto per stabilire la misura dell'indennità spettante a fronte della fruizione dei congedi di maternità e paternità, al fine di determinare la retribuzione media giornaliera, la legge ha suddiviso i lavoratori, cui spetta il beneficio, in due categorie: la categoria impiegatizia e la categoria salariale.

Con riferimento a coloro appartenenti alla prima categoria, la retribuzione del periodo di paga quadrisettimanale o mensile, percepita immediatamente prima del collocamento a riposo, deve essere divisa per 30; il 30% del risultato così ottenuto, rappresenta quanto deve essere corrisposto alla lavoratrice/lavoratore che fruisca del congedo. Tuttavia, l'indennità giornaliera – per coloro appartenenti alla categoria impiegatizia – non viene corrisposta nelle festività cadenti di domenica, le quali rimangono a carico del datore di lavoro.

tredicesima mensilità o alla gratifica natalizia. 6. Si applica quanto previsto all'articolo 22, commi 4, 6 e 7».

²⁰⁵ Il reddito individuale da prendere in considerazione è quello assoggettabile all'Irpef, percepito dal genitore richiedente nell'anno in cui inizia la prestazione o la fruizione di essa, con esclusione:

- i) del reddito della casa di abitazione;
- ii) dei trattamenti di fine rapporto comunque denominati;
- iii) dei redditi derivanti da competenze arretrate sottoposte a tassazione separata.

²⁰⁶ L. MARIANI - M. ARLATI - P. SALAZAR, *Congedi parentali e maternità* cit., 50 s.

Per quanto riguarda, invece, coloro i quali appartengono alla categoria salariale, – al fine di calcolare la retribuzione media giornaliera – quanto è stato corrisposto nel periodo di paga quadrisettimanale o mensile, precedente all’astensione dal lavoro, viene diviso per 26, in caso di retribuzione mensilizzata e di mese interamente lavorato. L’indennità giornaliera, per gli appartenenti a tale ultima categoria, spetta per sei giornate lavorative settimanali, con l’esclusione delle domeniche e delle giornate festive, nazionali ed infrasettimanali.

Inoltre, per entrambe le categorie, ai fini del calcolo dell’indennità per congedo parentale, dalla retribuzione media globale giornaliera devono essere esclusi il rateo di tredicesima mensilità e gli altri premi o mensilità o trattamenti accessori, eventualmente erogati al genitore²⁰⁷.

Relativamente al diritto alla corresponsione dell’indennità prevista dal legislatore in occasione della fruizione di un periodo di congedo parentale, è meritevole di attenzione il profilo di un eventuale utilizzo “abusivo” del congedo stesso; il riferimento corre all’eventualità che il genitore lavoratore, durante l’arco temporale in cui viene collocato a riposo per far fronte di regola a bisogni di natura familiare, in realtà si serva di tale periodo per svolgere altra e diversa attività. Il manifestarsi di questa eventualità ha dato luogo a un dibattito giurisprudenziale in relazione a quelle che sono le conseguenze di una tale condotta; in particolare, con riferimento ad uno specifico caso affrontato dalla Corte di Cassazione, si è ritenuto che un utilizzo del congedo parentale contrario alla finalità che tale misura è orientata a perseguire, è idoneo ad integrare il licenziamento per giusta causa, non assumendo di conseguenza nessuna rilevanza la circostanza che tale comportamento potrebbe essersi reso necessario da esigenze familiari²⁰⁸. In altra occasione, i giudici di Cassazione, al contrario,

²⁰⁷ P. SANNA - L. VICHI - A. BOSCO, *La riforma del lavoro* cit., 41 ss.

²⁰⁸ (Cass. 16 giugno 2008, n. 16207, *FI*, 2008, 9, I, 2451); nel caso di specie, un padre aveva chiesto ed ottenuto di essere collocato a riposo per godere di un periodo di congedo parentale, ma invece di occuparsi della cura della figlia, aveva prestato il proprio aiuto alla moglie nella gestione della pizzeria di asporto di proprietà di quest’ultima. Il datore di lavoro aveva ravvisato nell’abuso del congedo parentale una giusta causa di licenziamento e aveva provveduto ad interrompere il rapporto di lavoro. La Cassazione, chiamata a pronunciarsi, ha ritenuto che la funzione del congedo parentale non è quella di soddisfare un’esigenza di organizzazione familiare, tanto è vero che la Corte Costituzionale ha più volte ribadito che la tutela della paternità assolve ad esigenze di natura relazionale ed affettiva collegate allo sviluppo armonico della personalità del

hanno giudicato il licenziamento illegittimo, in ragione del carattere occasionale ed estraneo dell'attività svolta durante il periodo di fruizione del congedo, rispetto alle mansioni cui il prestatore è addetto²⁰⁹. Sul punto è intervenuto anche l'Inps, con la circolare n. 62/2010, affermando che, se in pendenza della fruizione del congedo parentale, il lavoratore subordinato intraprende lo svolgimento di un'attività dipendente, parasubordinata o autonoma, perde il diritto a percepire l'indennità relativa ed è gravato dall'onere di restituire quanto già corrisposto a titolo di congedo parentale per i periodi di sovrapposizione tra congedo e lavoro²¹⁰. Tale previsione non opera, qualora il lavoratore sia titolare di più rapporti di lavoro a tempo parziale ed eserciti il diritto al congedo limitatamente per uno dei rapporti di lavoro, proseguendo lo svolgimento della propria attività nell'altro o negli altri rapporti; ciò si giustifica, in ragione del fatto che il prestatore di lavoro non intraprende l'inizio di una nuova attività, ma si limita a continuare la prestazione relativa ad un rapporto di lavoro già in essere al momento della richiesta del collocamento a riposo.

I destinatari del diritto di sospendere la propria attività lavorativa per occuparsi della cura della prole e del nucleo familiare non sono solo i genitori lavoratori dipendenti, ma altresì le lavoratrici iscritte alla Gestione separata dell'Inps e le lavoratrici autonome.

Relativamente all'indennità spettante alle lavoratrici appartenenti a dette categorie, coloro le quali sono iscritte alla Gestione separata dell'Inps, beneficiano di un contributo economico pari al 30% di 1/365 del reddito derivante dalla collaborazione percepito nei dodici mesi antecedenti l'inizio del congedo di maternità; tuttavia, ai fini della corresponsione dell'indennità, è necessario che la lavoratrice parasubordinata vanti l'accreditamento di almeno tre mensilità di contribuzione dello 0,72% nei predetti dodici mesi. Inoltre, parimenti a quanto

bambino ed al suo inserimento nella famiglia. In ragione di ciò, il padre doveva dedicare alla figlia il tempo che avrebbe dovuto dedicare al lavoro, non essendo ammessa una cura solo indiretta, mediante il contributo ad una migliore organizzazione della vita familiare.

²⁰⁹ (Cass. 25 marzo 2011, n. 7021, *MGC*, 2011, 3, 474); nel caso di specie, la Cassazione ha confermato la sentenza del giudice d'appello il quale aveva ritenuto che, lo svolgimento di un'attività limitata a quattro giorni rispetto ad un periodo di aspettativa di due mesi e giustificata dalla necessità di percepire una retribuzione, non è idonea a determinare lo scioglimento del rapporto di lavoro.

²¹⁰ R. NUNIN, *Il congedo parentale: nuovi limiti temporali dopo il d.lgs. n. 80/2015*, in *La conciliazione delle esigenze cit.*, 68 s.

accade per l'indennità di maternità e paternità, qualora il committente ometta di versare alla gestione i contributi previdenziali, la lavoratrice parasubordinata ha comunque diritto a percepire l'indennità di cui è beneficiaria, operando, quindi, anche in materia di congedo parentale, il principio di “automaticità delle prestazioni”.

Per quanto attiene la categoria delle lavoratrici autonome, quest'ultime hanno diritto a un'indennità pari al 30% della retribuzione convenzionale prevista per l'anno di inizio del congedo stesso, a condizione che sia stato effettuato il versamento dei contributi riferiti al mese precedente quello in cui ha inizio il congedo, o una frazione di esso²¹¹.

Il legislatore, relativamente al trattamento previdenziale spettante per i periodi di assenza dal lavoro per fruizione del congedo parentale, ha previsto che i suddetti periodi siano computati nell'anzianità di servizio – esclusi gli effetti relativi alle ferie, alla tredicesima mensilità o alla gratifica natalizia – e siano coperti da contribuzione figurativa, fino al dodicesimo anno di vita del bambino.

2.2.3. La presentazione delle domande

La lavoratrice madre e, laddove previsto, il lavoratore padre, per potere godere di un periodo più o meno lungo di tempo da trascorrere con il proprio figlio al fine di dedicarsi alla cura e al consolidamento della relazione affettiva con lo stesso – e perché possano di conseguenza percepire il relativo trattamento economico – sono tenuti a manifestare la propria volontà attraverso la presentazione di apposita domanda, mediante uno dei seguenti canali telematici:

- i) WEB. In tal caso il servizio “Invio OnLine di Domande di Prestazioni a Sostegno del Reddito”, è accessibile dal cittadino tramite PIN attraverso il portale dell'istituto;
- ii) Patronati. In tal caso l'invio della domanda deve avvenire attraverso i servizi telematici offerti dai patronati stessi;

²¹¹ L. MARIANI - M. ARLATI - P. SALAZAR, *Congedi parentali e maternità* cit., 68 ss.

iii) Contact Center Multicanale, attraverso il numero verde 803164, gratuito da rete fissa, o il numero 06164164 da telefono cellulare.

In virtù dell'intervento riformatore del 2015, a vantaggio dei lavoratori è stata, inoltre, introdotta la possibilità di fruire del congedo parentale su base oraria, che richiede l'invio di un'apposita domanda on-line, diversa dalla domanda telematica in uso per la richiesta del congedo parentale su base mensile o giornaliera. In particolare, affinché i genitori possano godere di ore di congedo nel corso della giornata lavorativa, sono tenuti all'invio della suddetta istanza, mediante l'accesso all'applicazione inserita all'interno della sezione denominata "Domande di maternità on-line". Ciò comporta che, qualora la lavoratrice o il lavoratore vogliano fruire, in un medesimo arco di tempo, sia del congedo su base mensile/giornaliera, sia del congedo su base oraria, sono gravati dall'onere di esibire due domande distinte. Inoltre, si richiede la presentazione di più istanze in occasione della fruizione del congedo parentale ad ore in mesi diversi, in ragione della previsione secondo la quale la domanda è presentata in relazione a singolo mese solare²¹².

Perché l'istanza sia validamente presentata, deve essere corredata dalla seguente documentazione, richiesta per legge:

- i) certificato di nascita da cui risultano la maternità o paternità. In suo luogo, può essere prodotta autocertificazione;
- ii) dichiarazione di responsabilità dell'altro genitore, in ordine alla non spettanza del diritto, o a periodi di congedo già fruiti dallo stesso;
- iii) dichiarazione di responsabilità da parte del richiedente in ordine a periodi di congedo già fruiti dallo stesso.

²¹² Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, circ. 18 agosto 2015, n. 152, disponibile al link <http://www.inps.it/CircolariZIP/Circolare%20numero%20152%20del%2018-08-2015.pdf> (ultima consultazione in data 11 dicembre 2016). Per agevolare la presentazione di domande di congedo parentale ad ore, successive alla prima, l'applicazione – oltre l'invio dell'istanze mediante uno dei menzionati canali telematici – consente le seguenti possibilità:

- i) acquisizione di una nuova domanda avente le stesse caratteristiche di una domanda di congedo parentale su base oraria già presentata, mediante la funzione di "replica". Tale funzione consente di ripercorrere l'intera domanda replicata per modificarne le parti di interesse;
- ii) attraverso la funzione "nuovo periodo", è possibile l'acquisizione, a partire da una domanda già presentata, di una nuova domanda, indicando solamente il numero di giornate intere da fruire su base oraria all'interno di un nuovo periodo. La funzione consente quindi di inserire direttamente un nuovo periodo all'interno della domanda replicata, senza necessità di ripercorrere le pagine relative ad altri dati.

Oltre alle suddette certificazioni e dichiarazioni, è necessario fornire ulteriori informazioni, in ragione della decisione da parte del genitore di godere del congedo parentale su base oraria:

- i) se il congedo è richiesto in base alle previsioni della contrattazione collettiva di riferimento, o in base al criterio generale e residuale previsto dall'art. 32 del T.U. del 2001;
- ii) il numero di giornate di congedo parentale da fruire in modalità oraria, in ragione del fatto che il totale delle ore di congedo richieste viene calcolato in giornate lavorative intere;
- iii) l'arco di tempo in cui si collocano le giornate lavorative intere che il lavoratore si prepara a fruire.

Il diritto a richiedere il collocamento a riposo, per un periodo complessivo non superiore ai dieci mesi, spetta anche al genitore chiamato a farsi carico da solo della cura della prole, a fronte del verificarsi di situazioni che rendono impossibile l'intervento dell'altro. In simili ipotesi, la documentazione richiesta al fine di comprovare la sussistenza di tali condizioni, cui segue il riconoscimento del maggior periodo di congedo, è la seguente:

- i) nell'ipotesi in cui la fattispecie di genitore solo sia sorta in virtù del decesso dell'altro: certificato di morte, o in suo luogo, autocertificazione;
- ii) nell'ipotesi di grave infermità: specifica certificazione medica rilasciata dal Servizio Sanitario Nazionale;
- iii) nell'ipotesi di abbandono del figlio: autocertificazione;
- iv) nell'ipotesi di affidamento esclusivo del figlio al genitore richiedente: copia del provvedimento del giudice da cui risulti l'affidamento esclusivo del figlio all'interessato.

La produzione di tali certificazioni e documenti viene richiesta anche qualora a fruire del congedo sia il lavoratore padre iscritto alla Gestione separata dell'Inps, in ragione della previsione per cui il diritto al congedo parentale ad esso spettante, è subordinato alle medesime situazioni che permettono al genitore solo di godere di un periodo di astensione più lungo.

La fruizione del congedo parentale spetta anche ai lavoratori genitori adottivi o affidatari. Ai fini della documentazione richiesta in sede di istanza, così come

previsto per il congedo di maternità e paternità, si distingue l'adozione o affidamento preadottivo nazionale dall'adozione o affidamento preadottivo internazionale. In particolare, a fronte della prima fattispecie, deve essere presentata copia del provvedimento di adozione o affidamento e copia del provvedimento rilasciato dall'autorità competente da cui risulti la data di effettivo ingresso del minore nel nucleo familiare. Nell'ipotesi, invece, di adozione o affidamento preadottivo internazionale, la domanda deve essere corredata della copia dell'autorizzazione rilasciata dalla Commissione per le Adozioni Internazionali, da cui si evinca la data di effettivo ingresso del minore in Italia e, in caso di provvedimento straniero di adozione, della copia del decreto di trascrizione nel registro di stato civile emesso dal Tribunale dei minori.

Ai fini del riconoscimento del diritto all'indennità per l'intero periodo di fruizione del congedo, la domanda deve essere trasmessa in data antecedente al collocamento a riposo, o al massimo entro la data di inizio di tale periodo. Qualora vi sia un ritardo nell'invio della domanda, l'indennità viene erogata limitatamente al periodo che decorre dalla data di presentazione della stessa, e non anche per il periodo precedente²¹³.

2.3. MISURE DI CONCILIAZIONE ALTERNATIVE AL CONGEDO PARENTALE

Il congedo parentale vuole porsi quale strumento diversificato rispetto ai congedi di maternità e paternità, consentendo ai genitori lavoratori di assentarsi dal proprio posto di lavoro, non per far fronte ad esigenze strettamente connesse all'evento nascita, ma per consentire agli stessi di prendersi cura dei figli fino ad una data età. Dunque, in ragione della finalità cui è tesa tale tipologia di congedo, il legislatore comunitario ha affermato che «le misure volte a conciliare la vita professionale familiare dovrebbero promuovere l'introduzione di nuovi modi flessibili di organizzazione del lavoro e dell'orario, più adattati ai bisogni della società in via di mutamento, e rispondenti sia alle esigenze delle

²¹³ L. MARIANI - M. ARLATI - P. SALAZAR, *Congedi parentali e maternità* cit., 54 s.

imprese che di quelli dei lavoratori»²¹⁴. In linea con quanto affermato dall'ordinamento comunitario, si rende necessaria l'introduzione di misure che non comportino necessariamente, per lunghi periodi di tempo, l'astensione dallo svolgimento delle mansioni professionali, affinché i lavoratori possano dedicarsi alla cura del nucleo familiare. Questa esigenza ha alla base la maggiore tutela di uno degli obiettivi già perseguiti attraverso l'istituto del congedo parentale; il riferimento corre, all'aumento dei tassi di occupazione femminile, sulla scorta di dati statistici che dimostrano un ricorso più frequente all'utilizzo del congedo parentale da parte delle madri²¹⁵. A tal proposito, si è già evidenziato, come una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro rappresenti una risorsa rilevante in termini socio-economici, non solo per l'Italia, ma anche per le grandi potenze mondiali, prima tra tutte gli Stati Uniti d'America; si pensi, infatti, a come si è espresso il Presidente uscente Obama in merito alla partecipazione delle donne al mondo del lavoro: «quanto più numerose saranno le donne capaci e determinate che entreranno nei nostri consigli d'amministrazione, nelle aule dei tribunali, negli ospedali, nelle sedi politiche e legislative, tanto maggiore sarà la forza degli Stati Uniti d'America»²¹⁶. Tuttavia, se uno dei risultati cui la legislazione aspira è tutelare ed incentivare l'offerta di lavoro femminile attraverso la misura del congedo, quest'ultima, laddove imponga il collocamento a riposo per lunghi periodi di tempo, rischia di compromettere le aspirazioni e le *chances* professionali, prima di tutto delle lavoratrici madri²¹⁷. Per cercare di eliminare, o quanto meno ridurre al minimo, il verificarsi di una tale conseguenza, nel caso di specie il legislatore italiano ha cercato di intervenire con una serie di provvedimenti, contenenti misure volte a favorire il proseguo dell'attività lavorativa, consentendo nel contempo

²¹⁴ Direttiva 96/34/CE.

²¹⁵ Nonostante, nella prassi vi sia un ricorso più frequente all'utilizzo del congedo parentale da parte delle lavoratrici madri l'Istat nel 2014 ha evidenziato un aumento della percentuale relativa alla fruizione del congedo parentale da parte dei lavoratori padri, pari al +35,1%, cfr. SISTAN, *Le prestazioni dell'Inps a sostegno della famiglia*, 2016.

²¹⁶ G. DE SIMONE, *Tra il dire e il fare. Obiettivi e tecniche delle politiche per il lavoro femminile nella riforma Fornero*, LD, 2012, 589 ss.

²¹⁷ I. FANLO CORTÉS, *Congedi genitoriali, politiche del diritto e diseguaglianze di genere*. cit., 48 s.

ai genitori di occuparsi dei propri figli. In particolare, è stata prevista la possibilità di trasformare il rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale, o di godere di un contributo economico per l'acquisto di servizi di baby-sitting, o per fare fronte agli oneri della rete pubblica o privata dei servizi per l'infanzia.

2.3.1. Il *part-time*

Il 15 giugno 2015 è stato emanato non solo il d.lgs. n. 80 – il quale ha apportato modifiche ed introdotto novità in materia di tutele a favore dei genitori lavoratori – ma altresì il d.lgs. n. 81, il quale ha realizzato il riordino delle tipologie contrattuali. Tale ultimo d.lgs., al suo art. 8, co. 7²¹⁸, ha configurato il diritto in capo ai lavoratori di richiedere ed ottenere la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale, in presenza di rilevanti esigenze conciliative. Tuttavia, la facoltà di richiedere questa trasformazione, non è stata introdotta per la prima volta dal legislatore del 2015, essendo già disciplinata dal d.lgs. n. 61/2000, recante la previgente normativa dei contratti di lavoro a tempo parziale. In particolare, il d.lgs. del 2000 prevedeva che, nel momento in cui il datore di lavoro volesse procedere all'assunzione di nuovi prestatori di lavoro *part-time*, fosse chiamato in via preliminare a vagliare le istanze di trasformazione del rapporto, presentate dai dipendenti a tempo pieno²¹⁹; il legislatore aveva, poi, rinviato alla contrattazione collettiva la fissazione dei criteri in base ai quali concedere detta trasformazione. Le parti sociali sono così giunte a riconoscere in capo al richiedente, in taluni casi una mera aspettativa, in altri un vero e proprio diritto, condizionato, però, da un numero massimo di lavoratori cui era consentito l'accesso al beneficio²²⁰. La

²¹⁸ L'art. 8, co. 7, d.lgs. n. 81/2015, prevede che «Il lavoratore può chiedere, per una sola volta, in luogo del congedo parentale od entro i limiti del congedo ancora spettante ai sensi del Capo V del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, purché con una riduzione d'orario non superiore al 50 per cento. Il datore di lavoro è tenuto a dar corso alla trasformazione entro quindici giorni dalla richiesta».

²¹⁹ A. FENOGLIO, *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, Esi, 2012, 202 ss.

²²⁰ M. MAGNANI, *La famiglia nel diritto del lavoro* cit., 850 s.

disciplina così regolata dal legislatore del 2000, comportava tre ordini di problemi, che ne limitavano l'applicabilità:

i) la disposizione non attribuiva un vero e proprio diritto al lavoratore dipendente. Ciò comportava, conseguentemente, l'assenza di un obbligo di trasformazione in capo al datore di lavoro, salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva;

ii) i genitori lavoratori cui veniva concessa la trasformazione del proprio rapporto di lavoro, una volta ottenuto il *part-time*, non avevano la sicurezza di ritornare a svolgere le proprie mansioni a tempo pieno, una volta attenuate le esigenze familiari. Ciò in ragione della mancata previsione di un termine entro il quale il rapporto tornava ad essere *full-time*;

iii) la mancata previsione di una trasformazione provvisoria e la fissazione di un numero massimo di lavoratori cui era possibile accedere al beneficio comportavano l'impossibilità, per coloro gravati da esigenze conciliative forti di accedere ai posti a tempo parziale, qualora già occupati da chi aveva formulato la richiesta in un tempo precedente.

A queste criticità si cerca di dare soluzione con il d.lgs. n. 81/2015 il quale prevede che il lavoratore possa chiedere, per una sola volta, in luogo del congedo parentale, od entro i limiti del congedo ancora spettante, la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, purché con una riduzione d'orario non superiore al 50%. Tale disposizione configura un vero e proprio diritto alla trasformazione del rapporto a favore del lavoratore richiedente, in un termine pari a quindici giorni dalla richiesta.

Il legislatore, avendo condizionato la durata del tempo parziale alla durata del congedo parentale, ha così permesso un ricambio dei lavoratori fruitori della misura, al fine di concedere a chi ne ha più bisogno un aiuto in ordine alla conciliazione delle esigenze di cura e di lavoro; inoltre, ha agevolato il ricorso alla misura stessa, riducendo l'impatto economico derivante dalla totale astensione lavorativa, che non di rado induce i genitori a rinunciare alla fruizione del congedo parentale²²¹.

²²¹ L. MARIANI - M. ARLATI - P. SALAZAR, *Congedi parentali e maternità* cit., 77 ss.

2.3.2. Voucher per i servizi di baby-sitting e il contributo per la fruizione dei servizi per l'infanzia

Se una maggiore flessibilità nello svolgimento dell'attività lavorativa, favorisce la conciliazione delle esigenze familiari e professionali, incoraggiando un aumento del lavoro femminile, al medesimo risultato dovrebbe pervenire un incremento dell'offerta dei servizi alla persona. Questo incremento è tanto più rilevante in termini di crescita dei tassi di occupazione femminile, se si considera, inoltre, l'aumento di posti di lavoro che ne deriverebbe per questo settore²²².

Sulla base di queste considerazioni, la l. n. 92/2012 al suo art. 4, co. 24, lett. b²²³, ha introdotto in via sperimentale la possibilità per la madre lavoratrice di richiedere, entro gli undici mesi successivi al termine del congedo obbligatorio di maternità e, in alternativa al congedo parentale, la corresponsione di voucher per l'acquisto di servizi di baby-sitting, o un contributo per far fronte agli oneri della rete pubblica dei servizi per l'infanzia o dei servizi privati accreditati. L'applicazione di questa misura – che può essere richiesta per un periodo massimo di sei mesi fino a concorrenza dell'importo di 600 euro mensili²²⁴ – inizialmente prevista per il triennio 2013-2015, è stata prorogata anche per l'anno 2016, nel limite di spesa di 20 milioni di euro, dall'art. 1, co. 282, della l. n. 208/2015.

Le lavoratrici madri che hanno diritto ad accedere a questo beneficio sono:

- i) le dipendenti appartenenti al settore del pubblico impiego, inizialmente escluse dall'ambito di applicazione della misura dal legislatore del 2012;
- ii) le dipendenti di privati datori di lavoro;

²²² G. DE SIMONE, *Tra il dire e il fare*. cit., 593.

²²³ L'art. 4, co. 24, lett. b, l. n. 92/2012, prevede che «Nei limiti delle risorse di cui al comma 26 e con le modalità di cui al comma 25, è disciplinata la possibilità di concedere alla madre lavoratrice, al termine del periodo di congedo di maternità, per gli undici mesi successivi e in alternativa al congedo parentale di cui al comma 1, lettera a), dell'articolo 32 del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 151 del 2001, la corresponsione di voucher per l'acquisto di servizi di baby-sitting, ovvero per fare fronte agli oneri della rete pubblica dei servizi per l'infanzia o dei servizi privati accreditati, da richiedere al datore di lavoro».

²²⁴ L'ammontare dell'importo che poteva essere erogato, prima dell'intervento del legislatore con la l. n. 208/2015, era fissato a 300 euro mensili.

iii) le lavoratrici iscritte alla Gestione separata dell'Inps. Quest'ultime hanno la facoltà di richiedere la misura per un periodo massimo di tre mesi;

iv) le madri lavoratrici autonome o imprenditrici. Per quest'ultima categoria il beneficio viene riconosciuto nel limite di spesa di 2 milioni di euro.

Tuttavia, pur facenti parte di una delle categorie legittimate a richiedere la corresponsione della misura *de quo*, sono escluse dall'applicazione della stessa le lavoratrici madri:

i) esenti dal pagamento della rete pubblica dei servizi per l'infanzia o dei servizi privati convenzionati, relativamente al figlio per il quale intendono presentare la richiesta di contributo;

ii) fruitrici dei benefici di cui al Fondo per le Politiche relative ai diritti ed alle pari opportunità²²⁵.

Secondo quanto previsto dalla cd. Riforma Fornero, la lavoratrice madre ha la facoltà di optare, dunque, in alternativa alla fruizione del congedo parentale, per la corresponsione di un contributo concesso per il pagamento di servizi di baby-sitting o per la fruizione della rete pubblica dei servizi per l'infanzia o dei servizi privati accreditati.

Relativamente alla prima misura, il contributo viene erogato sotto forma di buoni lavoro cartacei, che dovranno essere ritirati da parte della donna presso la sede provinciale Inps territorialmente competente, entro e non oltre centoventi giorni dal ricevimento della comunicazione di accoglimento della domanda. La lavoratrice potrà scegliere se ritirare tutti i voucher in un'unica soluzione o se a più riprese; tuttavia la mancata o parziale presa in carico nel termine comporta automaticamente la decadenza dal beneficio e il ripristino della possibilità di utilizzo del periodo di congedo parentale rinunciato nel momento di presentazione della richiesta. Nel momento in cui il voucher viene utilizzato, bisogna darne comunicazione preventiva di inizio della prestazione all'Ente previdenziale, con indicazione del proprio codice fiscale, del codice fiscale della prestatrice di lavoro, del luogo di svolgimento della prestazione e

²²⁵ Il Fondo per le Politiche relative ai diritti ed alle pari opportunità è stato istituito con l'art. 19, co. 3, del d.l. 4 giugno 2006, n. 223, convertito dalla l. 4 agosto 2006, n. 248.

delle date presunte di inizio e di fine dell'attività lavorativa, attraverso uno dei seguenti canali:

- i) la sede Inps;
- ii) il Contact Center Inps/Inail;
- iii) il numero di fax gratuito Inail, 800.657657;
- iv) il sito www.inail.it, presso la sezione "Punto cliente".

Nell'ipotesi in cui intervenga una modifica concernente le date di fruizione del beneficio, la lavoratrice è tenuta ad inoltrare, tramite gli stessi canali, una nuova comunicazione.

La consegna del voucher alla persona che presta il servizio di *baby-sitter* comporta la previa intestazione dello stesso, apportando su ciascun buono le seguenti indicazioni:

- i) il codice fiscale della lavoratrice destinataria del beneficio;
- ii) il codice fiscale del prestatore/prestatrice;
- iii) il periodo della prestazione;
- iv) la firma della lavoratrice, al fine di convalidare il buono.

Una volta svolto il servizio di baby-sitting e ricevuto il buono, il prestatore/prestatrice può riscuotere il corrispettivo del buono ricevuto presso qualsiasi ufficio postale, entro e non oltre ventiquattro mesi dalla data di emissione del voucher.

Qualora una parte di buoni lavoro richiesti rimanga inutilizzata, non può essere richiesta a rimborso. Inoltre, la lavoratrice ha diritto a riottenere l'erogazione dei voucher, a lei già consegnati, solo nel caso di furto o smarrimento, previa esibizione del documento di denuncia esposta alle autorità competenti; in tale ipotesi, la sede provvede non solo ad effettuare una nuova consegna, ma anche all'annullamento dei buoni precedentemente erogati.

Per quanto, invece, riguarda l'erogazione del contributo per la fruizione della rete pubblica dei servizi per l'infanzia o dei servizi privati accreditati, questo viene corrisposto attraverso pagamento diretto alla struttura scolastica cui il figlio, per cui si esercita il diritto, è stato iscritto, previa esibizione da parte della struttura stessa della documentazione attestante l'effettivo utilizzo del servizio. Questo contributo, tuttavia, spetta qualora il bambino sia iscritto in una

delle strutture scolastiche accreditate – il cui elenco è consultabile presso il sito web istituzionale www.inps.it – e fino a concorrenza dell'importo di 600 euro mensili, per ogni mese di congedo parentale non goduto dalla lavoratrice. Al fine di godere dei benefici sopra descritti, deve essere presentata, entro il 31 dicembre di ciascun anno di sperimentazione, apposita istanza all'Inps, attraverso il sito web istituzionale. La domanda deve recare le seguenti indicazioni:

- i) a quale dei due benefici si intende accedere. In caso di scelta del contributo per far fronte agli oneri della rete pubblica dei servizi per l'infanzia o dei servizi privati accreditati, è necessario indicare la struttura nella quale è stata effettuata l'iscrizione del minore;
- ii) il periodo di fruizione del beneficio, specificando il numero di mesi;
- iii) la dichiarazione di rinuncia al godimento del corrispondente numero di mesi di congedo parentale;
- iv) la dichiarazione di aver presentato attestazione ISEE valida.

L'istanza così compilata deve essere inoltrata; dopodiché il provvedimento di accoglimento o di rigetto viene comunicato alla richiedente via PEC, all'indirizzo indicato dalla donna in sede di domanda. L'istituto previdenziale ha chiarito che in attesa della concessione o meno della misura, per la madre lavoratrice, è sospesa la possibilità di fruire del periodo di congedo parentale cui si rinuncia; detta fruizione sarà nuovamente consentita solo nel caso di rigetto della domanda, o nell'ipotesi di rinuncia al beneficio. In relazione a ciò, si prevede che la rinuncia al beneficio possa essere effettuata dal giorno immediatamente successivo l'accoglimento dell'istanza o, successivamente, previa restituzione, in tale ultimo caso, dei voucher non ancora utilizzati, presso la sede dove sono stati ritirati; la loro mancata restituzione equivale ad un utilizzo degli stessi. Stante che il beneficio è divisibile solo per frazioni mensili, è opportuno sottolineare che in caso di rinuncia la lavoratrice è gravata dall'onere di restituire voucher in misura pari a 600 euro o a multipli di 600 euro²²⁶.

²²⁶ Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, “*Voucher baby sitting - asili nido*”; Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, circ. 16 dicembre 2014, n. 169, disponibile al link <http://www.inps.it/CircolariZIP/Circolare%20numero%20169%20del%2016-12-2014.pdf> (ultima consultazione in data 11 dicembre 2016).

Le predette misure – introdotte dalla l. n. 92/2012 e prorogate dal legislatore del 2015 – presentano numerose criticità, nonostante abbiano ottenuto il giudizio positivo dell’OIL che, nel rapporto *Maternity and Paternity at Work*, pubblicato il 13 maggio 2014, ha ravvisato in esse un incentivo per le donne a riprendere l’attività lavorativa in tempi rapidi, al contempo non pregiudicando le proprie responsabilità familiari²²⁷.

In particolare, la previsione per cui la spettanza di tali benefici è alternativa alla fruizione del congedo parentale, rischia in primo luogo di pregiudicare il ricorso da parte delle lavoratrici madri allo strumento legislativo che meglio assicura la conciliazione delle esigenze lavorative e familiari. La funzione del congedo parentale è compromessa, tanto più se si pensa alla condizione per cui i voucher per l’acquisto di servizi di baby-sitting, o per fare fronte agli oneri della rete pubblica dei servizi per l’infanzia o dei servizi privati accreditati, devono essere utilizzati necessariamente negli undici mesi successivi al termine del congedo obbligatorio di maternità, a differenza dell’astensione facoltativa la cui fruizione può essere dilatata fino ai dodici anni di vita del figlio²²⁸. In secondo luogo, la mancata previsione di vincoli circa il destinatario del pagamento può comportare il rischio di un ricorso abusivo al contributo stesso; il riferimento corre all’ipotesi in cui il voucher venga corrisposto a terzi (a titolo di esempio, i nonni), i quali si occupano della cura dei figli della lavoratrice a titolo gratuito, consentendo ai genitori di avvalersi del beneficio economico una volta monetizzato²²⁹.

Inoltre, in dottrina ha suscitato perplessità la non spettanza di dette misure in capo al lavoratore padre; in particolare, i commentatori hanno evidenziato come il riconoscimento del beneficio in capo alla sola lavoratrice madre possa in realtà rivelarsi controproducente per il lavoro femminile, considerando i costi gravanti sul datore di lavoro della stessa²³⁰.

²²⁷ A. FENOGLIO, *Il filo rosa intessuto nel diritto del lavoro* cit., 17 s.

²²⁸ D. GOTTARDI, *La condivisione delle responsabilità* cit., 617 ss. Per un giudizio maggiormente positivo, V. M. BROLLO, *Misure per l’occupazione femminile tra tutele e incentivi*, *LG*, 2013, 123 s.

²²⁹ A. FENOGLIO, *Nuove modalità di fruizione* cit., 81 ss.

²³⁰ G. DE SIMONE, *Tra il dire e il fare*. cit., 601 s.

Dunque, complici le problematiche connesse a queste misure che si presentano quali alternative alla fruizione del congedo parentale, nel corso del primo anno di sperimentazione vi è stato un ricorso piuttosto basso alle stesse²³¹.

Come si evince dall'esame approfondito svolto in materia di congedi, questi rappresentano uno dei maggiori fattori di conciliazione, di concerto con il funzionamento del mercato del lavoro, l'offerta di servizi e la divisione dei ruoli all'interno del nucleo familiare. Tuttavia, tale misura implicante il collocamento a riposo obbligatorio o facoltativo, per periodi più o meno lunghi di tempo, non è stata ancora valorizzata a dovere dal legislatore italiano. Infatti, se le recenti leggi di riforma sono intervenute con l'intento di ampliare il novero degli strumenti a beneficio dei genitori lavoratori, permangono numerose problematiche.

Innanzitutto, è criticabile la scelta del legislatore di non prevedere una disciplina omogenea, che esuli dalla tipologia del rapporto di lavoro, soprattutto, se si considera che in Italia i contratti di lavoro atipici sono concentrati prevalentemente tra i giovani e le donne. Quest'ultime, in particolare, a fronte della precarietà dell'attività lavorativa cui sono adibite, potrebbero preferire la non fruizione del congedo, laddove questo sia facoltativo, o, ancora più grave, potrebbero decidere di non avere figli o di rimandare un'eventuale gravidanza; l'assunzione di una tale decisione comporterebbe delle ripercussioni di carattere sociale, incidendo sugli andamenti demografici di un Paese come l'Italia, in cui il tasso delle nascite è in costante diminuzione²³².

Inoltre, la decisione di non fruire del congedo parentale – che rappresenta la misura più significativa in materia di conciliazione, in quanto consente di occuparsi dei figli fino ad una data età – può fondarsi in ragione della previsione

²³¹ Nel 2013 il numero di domande presentate è stato così basso, che soltanto un terzo del budget annuale di 20 milioni di euro, è stato assegnato mediante voucher; infatti, nonostante le risorse disponibili consentissero di erogare voucher a 11.000 lavoratrici, sono infatti pervenute solo 3.762 domande. Sono stati, inoltre, accreditati soltanto 1.994 asili nido, sulle oltre 8.200 strutture pubbliche e private, presenti sul territorio nazionale, cfr. A. FENOGLIO, *Il filo rosa intessuto nel diritto del lavoro* cit., 17.

²³² ISTAT. Nel 2014 sono stati registrati quasi 12 mila nati in meno rispetto al 2013.

di periodi di interdizione dall'attività lavorativa piuttosto lunghi che, se funzionali alla cura dei figli, dall'altra parte non giovano all'avanzamento di carriera, soprattutto delle giovani madri, le quali, quindi, potrebbero decidere di non esercitare il diritto ad esse spettanti; tuttavia, vi è da considerare, comunque, che il legislatore ha cercato di ovviare a tale criticità mediante le misure introdotte dalle più recenti riforme, tese a consentire alla lavoratrice madre l'adempimento degli obblighi di cura senza essere collocate a riposo per lunghi periodi di tempo.

Inoltre, un'altra previsione normativa discutibile si configura in materia di trattamento economico. Difatti, il legislatore italiano ha previsto una copertura della perdita di reddito pari al 30%, nel caso di fruizione del congedo parentale; l'esiguità del beneficio si ritiene possa incidere sulle decisioni che si assumono in una coppia in ordine a chi debba fruire del diritto al congedo. Stante che, di regola, alle lavoratrici donne viene corrisposta una retribuzione inferiore rispetto ai lavoratori uomini, ne consegue il rischio che il più delle volte siano quest'ultimi a rinunciare al proprio diritto. Alla luce di ciò, il trattamento economico previsto dal legislatore gioca un ruolo contrario a quello che dovrebbe essere l'obiettivo perseguito dalla legislazione in materia di tutele a favore della genitorialità, ossia una più equa ripartizione dei ruoli che incoraggi e valorizzi il mercato del lavoro femminile²³³.

Dunque, sebbene le normative che si sono succedute nel corso degli ultimi anni sono state accumulate dalla volontà di rinforzare la disciplina a favore della maternità e paternità, sulla base soprattutto degli inviti provenienti dal legislatore comunitario, in aspetti non secondari questo risultato non è stato raggiunto, ma al contrario pregiudicato.

²³³ D. DEL BOCA - C. SARACENO, *Le donne in Italia tra famiglia e lavoro*, EL, 2005, 133 ss.

2.4. I NUOVI CONGEDI A TUTELA DELLE DONNE VITTIME DI VIOLENZA DI GENERE

In materia di congedi, infine, pare opportuno dedicare un breve approfondimento a quello in favore di donne vittime di violenza di genere, recentemente introdotto con l'art. 24 del d.lgs. n. 80/2015²³⁴. Nonostante si tratti di un istituto che si avvicina maggiormente alle misure predisposte per la tutela contro le discriminazioni e la violenza di genere, piuttosto che a quelle volte a tutelare e promuovere la maternità e paternità, è importante esaminarne la disciplina al fine di completare il quadro delle tipologie di congedo messe a disposizione dal legislatore a favore delle lavoratrici perché le stesse possano conciliare le esigenze di vita e di lavoro, soprattutto, alla luce di quelli che sono i dati statistici in materia²³⁵.

L'art. 24 del d.lgs. n. 80/2015 consente alla lavoratrice, che abbia intrapreso un percorso di protezione "antiviolenza" presso le strutture autorizzate, di astenersi dallo svolgimento della propria attività lavorativa per un periodo pari a tre mesi, da fruire in via continuativa o frazionata nell'arco di tre anni, al fine di dedicare del tempo al recupero e alla gestione dell'impatto che la violenza ha prodotto sotto molteplici punti di vista: relazionale, fisico, psicologico, sociale, culturale ed economico.

Prima di passare ad un esame approfondito della disciplina, è opportuno, tuttavia, chiarire l'ambito di applicabilità della stessa. In particolare, la disposizione di cui all'art. 24 del d.lgs. n. 80/2015 trova applicazione per:

²³⁴ Dunque, il Jobs Act, attraverso il d.lgs. n. 80/2015, configura un nuovo strumento di tutela per le donne vittime di violenza di genere, tema cui il legislatore ha già dedicato la sua attenzione in sede di ratifica della Convenzione di Istanbul del 2011 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica. Difatti, il legislatore ha adottato il d.l. n. 93/2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 119/2013, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, cfr. R. ZUCARO, *Il nuovo congedo per le donne vittime di violenza di genere*, *Edic. Lav.*, 2015, 114.

²³⁵ Nel 2014 il numero verde antiviolenza del Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri ha ricevuto segnalazioni di violenza da 8.197 donne, di cui 2.402 sono lavoratrici dipendenti, cfr. R. ZUCARO, *Il nuovo congedo* cit., 114.

- i) le lavoratrici dipendenti di datori di lavoro pubblici²³⁶ e privati²³⁷;
 - ii) le lavoratrici titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa.
- Per tale seconda categoria di destinatarie, si deve ritenere che il diritto al collocamento a riposo a titolo di congedo per violenza di genere operi sia per le collaborazioni istaurate con una pubblica amministrazione quanto per quelle, anche a progetto²³⁸, costituite con imprese private. Una tale conclusione è desumibile dall'impiego della locuzione «rapporti di collaborazione coordinata e continuativa» senza l'aggiunta di specifiche ulteriori, che avrebbero comportato l'operatività dell'istituto limitatamente alle sole collaborazioni con aziende del settore privato.

²³⁶ Sono datori di lavoro pubblici:

- i) le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative. Sono da comprendere nell'ambito degli istituti e scuole di ogni ordine e grado le Accademie e i Conservatori statali;
- ii) le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo;
- iii) le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni;
- iv) le istituzioni universitarie;
- v) gli Istituti autonomi case popolari;
- vi) le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni;
- vii) gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali. Nel novero degli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali sono da ricomprendere tutti gli enti indicati nella l. 20 marzo 1975, n. 70, gli ordini e collegi professionali e le relative federazioni, consigli e collegi nazionali, gli enti di ricerca e sperimentazione non compresi nella l. n. 70/1975 e gli enti pubblici non economici dipendenti dalle regioni o dalle province autonome;
- viii) le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale;
- ix) l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN);
- x) le Agenzie di cui al d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300;
- xi) le Aziende sanitarie locali, le Aziende sanitarie ospedaliere e le diverse strutture sanitarie istituite dalle Regioni con Legge regionale nell'ambito dei compiti di organizzazione del servizio sanitario attribuiti alle medesime;
- xii) le IPAB e le ex IPAB trasformate in Aziende Pubbliche di Servizi alla Persona (ASP) a seguito del d.lgs. 4 maggio 2001, n. 207 che ha previsto la generale trasformazione di tutte le Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza in ASP in presenza di determinati requisiti;
- xiii) la Banca d'Italia, la Consob e, in linea generale, le Autorità Indipendenti;
- xiv) Università non statali legalmente riconosciute qualificate enti pubblici non economici dalla giurisprudenza amministrativa e ordinaria, cfr. Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, circ. 15 aprile 2016, n. 65, disponibile al link <https://www.inps.it/CircolariZIP/Circolare%20numero%2065%20del%2015-04-2016.pdf>, 5 s. (ultima consultazione in data 11 dicembre 2016).

²³⁷ Nello schema iniziale del d.lgs. in esame si faceva espressamente riferimento, oltre alle dipendenti da datori di lavoro pubblici, alle dipendenti da soggetti imprenditori. Tuttavia, successivamente al passaggio in Camera e Senato per i relativi pareri, nel testo finale è stato eliminato il riferimento agli imprenditori, per cui la disposizione riguarda le lavoratrici dipendenti di un datore di lavoro privato anche non imprenditore (a titolo di esempio anche gli studi professionali), cfr. R. ZUCARO, *Il nuovo congedo* cit., 114.

²³⁸ Il lavoro a progetto, comunque, è stato abrogato dal Jobs Act nel 2015.

Dal novero delle prestatrici che possono beneficiare del congedo *de quo*, sono, dunque, escluse le lavoratrici domestiche, nonostante costituiscano la categoria maggiormente esposta al fenomeno della violenza di genere; infatti, il lavoro domestico viene il più delle volte svolto da donne che provengono da Paesi esteri e da situazioni di disagio o addirittura di violenza²³⁹.

Per quanto attiene alla disamina della disciplina del congedo per le donne vittime di violenza di genere, ferma restando la sua durata pari a tre mesi fruibili nell'arco temporale di un triennio, è agevole distinguere quanto previsto per le lavoratrici dipendenti da ciò che spetta alle lavoratrici assunte con un contratto di collaborazione coordinata e continuativa.

In particolare, il diritto di cui beneficia la lavoratrice dipendente – la quale conserva il proprio posto di lavoro – è caratterizzato da un'ampia flessibilità che attiene sia alla modalità di fruizione del congedo che alla modalità di espletamento della prestazione lavorativa.

Per quanto concerne la prima formula di flessibilità, ai sensi del co. 5 dell'art. 24 del d.lgs. n. 80/2015, la dipendente che abbia intrapreso un percorso di protezione presso uno dei Centri antiviolenza o Case rifugio può fruire del congedo *de quo* su base giornaliera o oraria; in tale ultima ipotesi è consentita l'astensione in misura pari alla metà dell'orario medio giornaliero del periodo quadrisettimanale o mensile immediatamente precedente il collocamento a riposo. Con riferimento alla facoltà di fruire del congedo su base oraria, tuttavia, sorgono due ordini di problemi:

- i) il legislatore non ha provveduto a chiarire in quale momento della giornata lavorativa debba essere collocata la metà dell'orario di lavoro da prestare. La *ratio* della norma impone, tuttavia, di rimettere tale scelta alla volontà della lavoratrice, la quale non può essere limitata neanche da esigenze di natura aziendale del datore di lavoro;
- ii) il legislatore non si è preoccupato di precisare se la fruizione su base oraria dia diritto ad un prolungamento del congedo, che diventerebbe estensibile fino ad un massimo di sei mesi²⁴⁰.

²³⁹ L. LAZZERONI, *Un nuovo congedo per una vecchia questione: la violenza di genere*, in *La conciliazione delle esigenze cit.*, 137 ss.

²⁴⁰ *Ibidem*, 143.

Con riferimento, invece, alla seconda formula di flessibilità, ai sensi del co. 6 dell'art. 24 del d.lgs. n. 80/2015, la lavoratrice dipendente impegnata in percorsi di protezione beneficia della facoltà di richiedere la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale. L'esercizio del diritto prescinde dalla fruizione o meno del congedo, in quanto come unica condizione si richiede di certificare al datore di lavoro di aver intrapreso un percorso che abbia quale obiettivo il superamento fisico e psichico della violenza subita. Inoltre, al venir meno dei requisiti legittimanti, la lavoratrice ha diritto a richiedere di poter essere nuovamente impiegata a tempo pieno. Tuttavia, anche tale nuovo diritto introdotto dal legislatore, ha comportato il sorgere di molteplici criticità:

i) la norma prevede la possibilità per la lavoratrice di richiedere di tornare al tempo pieno, ma non anche il potere del datore di lavoro di revocare il *part-time* una volta che la prestatrice esca dal percorso di protezione che le aveva consentito l'accesso al lavoro a tempo parziale;

ii) la riduzione dell'orario di lavoro è condizionata dal legislatore alla disponibilità di posti in organico da parte dell'azienda²⁴¹. Si tratta di una limitazione del tutto irragionevole che potrebbe, per lo più, trovare applicazione in costanza dell'esigenza opposta, ossia nel momento in cui la lavoratrice, che ha ottenuto il *part-time*, richiama di tornare al tempo pieno. In tale ultimo caso, infatti, potrebbe avere un senso prevedere la disponibilità dei posti in organico quale condizione legittima di rifiuto o, almeno, di posticipazione da parte del datore di lavoro, del ripristino del rapporto di lavoro a tempo pieno, trattandosi di dover incrementare le ore prestate dalla lavoratrice²⁴².

Poste queste due diverse formule di flessibilità, il legislatore ha introdotto, a beneficio delle lavoratrici dipendenti dalla pubblica amministrazione, un ulteriore diritto esercitabile dalle stesse, qualora abbiano subito violenza di genere

²⁴¹ Tale condizione è frutto dell'osservazione svolta in sede di dibattito parlamentare, in cui si è rilevata la difficoltà di esercizio del diritto a richiedere la trasformazione del rapporto a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale, qualora il datore di lavoro non abbia a disposizione un posto *part-time*, in ossequio anche a quanto sancito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 78/1958, secondo la quale devono essere rispettate le determinazioni datoriali relative alle dimensioni dell'organico aziendale, cfr. R. ZUCARO, *Il nuovo congedo* cit., 115.

²⁴² L. LAZZERONI, *Un nuovo congedo* cit., 143 ss.

e siano, conseguentemente, inserite in percorsi di protezione appositamente certificati. Il riferimento corre al diritto regolato dalla riforma n. 124/2015 della pubblica amministrazione²⁴³, la quale, introducendo il co. 1 ter all'art. 30²⁴⁴ del d.lgs. n. 165/2001²⁴⁵, stabilisce la facoltà per la lavoratrice di chiedere di essere trasferita presso altra amministrazione ubicata in comune diverso da quello di residenza, così da potersi sottrarre ad un contesto territoriale che la espone ad un rischio specifico.

Tuttavia, tale beneficio è soggetto ad una condizione che, di fatto, ne limita l'operatività. Il riferimento corre alla necessaria presenza di posti vacanti nell'amministrazione di destinazione, corrispondenti alla qualifica professionale posseduta dalla prestatrice richiedente. Tale formulazione, quindi, pone delle criticità in merito alla possibilità per tale norma di rappresentare uno strumento realmente utile per superare la violenza subita da parte della donna, per due ordini di motivi:

- i) la lavoratrice è titolare di un vero e proprio diritto al trasferimento, da esercitarsi entro quindici giorni, soltanto a partire dal momento in cui riceve risposta affermativa da parte dell'amministrazione di destinazione circa la sussistenza di posti vacanti corrispondenti alla qualifica professionale già svolta;
- ii) il trasferimento non può effettuarsi laddove richieda un demansionamento²⁴⁶.

La fruizione del congedo per le donne vittime di violenza di genere consente alla prestatrice dipendente da datore di lavoro pubblico o privato di percepire

²⁴³ La cd. "Riforma Madia" della pubblica amministrazione è stata approvata con l. 7 agosto 2015, n. 124, ed è in vigore a partire dal 28 agosto 2015.

²⁴⁴ L'art. 30, co. 1 ter, d.lgs. n. 165/2001, in materia di "Passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse", prevede che «La dipendente vittima di violenza di genere inserita in specifici percorsi di protezione, debitamente certificati dai servizi sociali del comune di residenza, può presentare domanda di trasferimento ad altra amministrazione pubblica ubicata in un comune diverso da quello di residenza, previa comunicazione all'amministrazione di appartenenza. Entro quindici giorni dalla suddetta comunicazione l'amministrazione di appartenenza dispone il trasferimento presso l'amministrazione indicata dalla dipendente, ove vi siano posti vacanti corrispondenti alla sua qualifica professionale». È opportuno precisare che l'art. 14, co. 6, l. n. 124/2015, che introduce tale norma, non rientra nella declaratoria di incostituzionalità di cui alla sentenza n. 251/2016, con cui la Corte Costituzionale ha giudicato l'illegittimità di alcune norme della legge di riforma delle amministrazioni pubbliche.

²⁴⁵ Il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, è rubricato "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche".

²⁴⁶ L. LAZZERONI, *Un nuovo congedo* cit., 145 s.

un'indennità giornaliera, pari al 100% dell'ultima retribuzione, calcolata sul periodo di paga quadrisettimanale o mensile immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha inizio il congedo, prendendo a riferimento le sole voci fisse e continuative della retribuzione stessa. Tuttavia, qualora la lavoratrice opti per la fruizione del congedo su base oraria, ha diritto a percepire un trattamento economico pari alla metà dell'indennità giornaliera predetta. L'indennità così calcolata, per quanto concerne le lavoratrici dipendenti da datori di lavoro privati, viene corrisposta anticipatamente da quest'ultimi con successivo conguaglio con i contributi dovuti all'Ente previdenziale, salvo i casi in cui è previsto il pagamento diretto da parte dell'Inps. Il riferimento corre all'indennità percepita dalle:

- i) operaie agricole;
- ii) lavoratrici stagionali;
- iii) lavoratrici dello spettacolo a termine o a prestazione²⁴⁷.

Con riferimento, invece, all'indennità spettante alle lavoratrici dipendenti da pubbliche amministrazioni, essa è erogata direttamente dall'ente di appartenenza.

Inoltre, il periodo di congedo è coperto da contribuzione figurativa e viene computato ai fini dell'anzianità di servizio, nonché ai fini della maturazione delle ferie, della tredicesima mensilità e del trattamento di fine rapporto.

Una volta esaminata la disciplina volta a regolare il congedo di cui beneficiano le lavoratrici dipendenti inserite in percorsi di protezione "antiviolenza", vi è da sottolineare come numerose garanzie vengano, invece, meno quando destinataria della misura si trova ad essere una donna assunta con contratto di collaborazione coordinata e continuativa.

In particolare, la fruizione del congedo *de quo* permette alla collaboratrice di non rendersi disponibile per incontri con la committenza, senza, tuttavia, maturare il diritto al prolungamento del contratto per un tempo pari a quello corrispondente al godimento della misura in esame. Tale previsione, pur comportando una tutela meno garantista a favore delle collaboratrici coordinate e continuative, è coerente con la prassi, la quale vincola la valida stipulazione di

²⁴⁷ Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, circ. n. 65/2016.

contratti il cui termine è essenziale all'utilità della collaborazione stessa²⁴⁸. Inoltre, in tema di raffronto con le disposizioni recanti la disciplina del congedo per le donne vittime di violenza di genere a favore delle prestatrici assunte con contratto di lavoro subordinato, vi sono due, ulteriori, differenze:

i) le collaboratrici coordinate e continuative non hanno diritto ad alcuna forma di flessibilità, salvo eventuali rimodulazioni oggetto di accordo tra le parti²⁴⁹;
ii) le collaboratrici coordinate e continuative non hanno diritto a percepire alcuna indennità economica. Posto che di norma le collaborazioni prevedono il versamento mensile della quota parte di corrispettivo stabilito per l'intera durata del rapporto, si deve ritenere che, qualora la collaborazione sia stata pattuita per un importo globale, alla lavoratrice spetta, comunque, anche in caso di sospensione del pagamento nel corso del periodo di congedo, il diritto ad ottenere la corresponsione dell'intero compenso pattuito. Al contrario, laddove le somme siano state pattuite su scala mensile, ben più difficile è pretenderne la corresponsione per i mesi coincidenti con la fruizione del congedo, salvo che le parti non si accordino per la prosecuzione del rapporto oltre la scadenza, per un numero di mesi pari a quelli utilizzati a titolo di congedo²⁵⁰.

Affinché la lavoratrice dipendente e la collaboratrice assunta con contratto di collaborazione coordinata e continuativa possano fruire del congedo ex art. 24, d.lgs. n. 80/2015, si richiede l'adempimento di una serie di obblighi:

i) bisogna preavvisare il datore di lavoro almeno sette giorni prima dell'inizio del congedo, salvi i casi di oggettiva impossibilità, i quali devono essere certificati dalle stesse strutture presso cui è stato attivato il percorso di protezione in cui è inserita la lavoratrice²⁵¹;

²⁴⁸ L. LAZZERONI, *Un nuovo congedo* cit., 141 s.

²⁴⁹ *Ibidem*, 146.

²⁵⁰ *Ibidem*, 142.

²⁵¹ La considerazione per cui "l'oggettiva impossibilità" debba essere appositamente certificata dalle strutture che hanno provveduto ad inserire la lavoratrice in uno dei percorsi "antiviolenza" dalle stesse attivate, nel silenzio della legge, è desumibile dalla previsione ex co. 1 e 2 dell'art. 24 del d.lgs. n. 80/2015, secondo cui la lavoratrice non è ammessa ad autocertificare l'inserimento in percorsi "antiviolenza", e dal fatto che il diritto del datore di lavoro rischierebbe di essere eccessivamente compresso.

ii) in sede di richiesta è necessario indicare al datore di lavoro l'inizio e la fine del periodo di congedo, affinché lo stesso possa organizzare la gestione della propria azienda²⁵²;

iii) la domanda deve essere corredata della certificazione rilasciata dai servizi sociali del Comune di residenza, o in alternativa dai Centri antiviolenza o dalle Case rifugio, ex art. 5 bis del d.l. n. 93/2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 119/2013²⁵³.

Tuttavia, perché l'Ente previdenziale possa svolgere le opportune verifiche volte ad accertare l'inserimento della lavoratrice in predetti percorsi, la domanda deve essere presentata non solo al datore ma, anche, alla Struttura territoriale Inps, di regola non oltre il primo giorno di inizio del collocamento a riposo²⁵⁴.

La misura così regolata ed esercitabile per ogni percorso di protezione "antiviolenza" cui la lavoratrice potrebbe essere inserita nel corso della propria vita lavorativa, era stata prevista, inizialmente, solo in riferimento all'anno 2015, entro il limite di spesa di € 104 milioni. Sul punto, è, tuttavia, intervenuto l'art. 43, co. 2 del d.lgs. n. 148/2015²⁵⁵, volto ad estendere la copertura finanziaria per il congedo in esame fino all'anno 2024²⁵⁶.

²⁵² L. LAZZERONI, *Un nuovo congedo* cit., 147.

²⁵³ In linea con la Convenzione di Istanbul del 2011, i Centri antiviolenza e le Case rifugio, generalmente costituiti nella forma di associazioni di terzo settore, vengono riconosciuti come soggetti preposti alla prevenzione e al contrasto della violenza contro le donne, tanto da essere qualificati quali idonei certificatori dei percorsi di protezione per accedere alle agevolazioni previste, equivalenti ai soggetti pubblici, cfr. R. ZUCARO, *Il nuovo congedo* cit., 115.

²⁵⁴ La domanda, fino al completamento dei necessari sviluppi procedurali, è presentata in modalità cartacea utilizzando il modello rinvenibile sul sito internet dell'Inps al seguente link: <http://www.inps.it/portale/default.aspx?imenu=107&formspalladestramodulistica=true&sricerca=SR165>, cfr. Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, circ. n. 65/2016.

²⁵⁵ L'art. 43, co. 2, d.lgs. n. 148/2015, in materia di "Disposizioni finanziarie", prevede che «I benefici di cui agli articoli dal 2 al 24 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 80, sono riconosciuti anche per gli anni successivi al 2015, in relazione ai quali continuano a trovare applicazione le disposizioni di cui all'articolo 27 del predetto decreto legislativo. All'onere derivante dal primo periodo del presente comma valutato in 123 milioni di euro per l'anno 2016, 125 milioni di euro per l'anno 2017, 128 milioni di euro per l'anno 2018, 130 milioni di euro per l'anno 2019, 133 milioni di euro per l'anno 2020, 136 milioni di euro per l'anno 2021, 138 milioni di euro per l'anno 2022, 141 milioni di euro per l'anno 2023, 144 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2024 si provvede mediante corrispondente riduzione del fondo di cui all'articolo 1, comma 107, della legge n. 190 del 2014 come rifinanziato dal presente articolo».

²⁵⁶ Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, circ. n. 65/2016.

3. I RIPOSI, I PERMESSI E IL LAVORO NOTTURNO

Il legislatore italiano, al fine di introdurre una disciplina esauriente a favore della lavoratrice madre e del lavoratore padre, non si è limitato a regolare, esclusivamente, il congedo di maternità e paternità, e il congedo parentale, ma ha disciplinato ulteriori benefici, funzionali alla conciliazione delle esigenze di vita professionale e familiare. Il riferimento corre ai riposi giornalieri e ai permessi.

Mediante l'istituto dei riposi giornalieri, la legislazione nazionale persegue l'obiettivo di consentire al genitore interessato di alternare, nell'arco di un'intera giornata lavorativa, ore di lavoro a ore di astensione. Tale misura, quindi, consente ai lavoratori genitori di occuparsi dei bisogni essenziali e della cura affettiva e relazionale del figlio ad intervalli regolari, senza per questo dover, necessariamente, interrompere la propria attività per periodi che si dilatano nel tempo e che possono influire negativamente sulle aspirazioni di carriera, soprattutto delle lavoratrici madri.

Nel momento in cui il legislatore consente ai prestatori di lavoro genitori di sottrarre del tempo al proprio impegno professionale per occuparsi delle necessità quotidiane dei propri figli, la medesima possibilità deve essere riconosciuta in particolari e delicate situazioni. A tal fine provvede l'istituto dei permessi che attribuisce ai genitori la possibilità di assentarsi dal proprio posto di lavoro, a fronte di particolari esigenze che riguardano lo stato di salute del figlio. La spettanza di questo diritto opera, a differenza della misura dei riposi, già a partire dal periodo antecedente la nascita del bambino. Infatti, la lavoratrice gestante può richiedere ed ottenere la fruizione di ore di permesso per recarsi a visite mediche e controlli, funzionali alla verifica delle condizioni di salute della donna stessa e del nascituro.

Inoltre, sia la lavoratrice madre che il lavoratore padre sono titolari del diritto di sospendere la propria attività, qualora sussistano delle patologie temporanee o permanenti che pregiudicano la salute del figlio. Tale beneficio è assicurato, in particolare, dal congedo per la malattia del figlio e, dalla gamma di permessi pensati e regolati, esclusivamente, a favore dei genitori e familiari di soggetti portatori di *handicap* in situazione di gravità.

In ultimo, la regolamentazione dei benefici fruibili da parte dei genitori lavoratori e delle garanzie predisposte a salvaguardia della salute e dell'integrità fisica degli stessi, impone al legislatore di dedicare la propria attenzione ad una particolare modalità di espletamento della prestazione lavorativa, vale a dire il lavoro notturno che, in ragione della sua collocazione temporale e dei maggiori rischi ad esso connessi, richiede la garanzia di una maggior tutela quando chiamati a svolgerlo sono la lavoratrice in stato di gravidanza o, la madre o il padre di un figlio in tenera età.

3.1. I PERMESSI PER CONTROLLI CLINICI

Al fine di predisporre una legislazione garantista in materia di maternità e paternità, quindi, il legislatore ha dovuto dettare delle disposizioni idonee a consentire alla lavoratrice gestante di recarsi al di fuori del luogo di lavoro, per poter monitorare il buon proseguo della gravidanza e, dunque, per poter eseguire dei controlli volti ad accertare le condizioni di salute della prestatrice di lavoro e quelle del nascituro. Di ciò, più precisamente, si occupa l'art. 14 del T.U. del 2001²⁵⁷, il quale attribuisce alla donna il diritto a fruire di permessi retribuiti, interamente a carico del datore di lavoro, per l'effettuazione di esami prenatali, accertamenti clinici o visite mediche specialistiche, nell'ipotesi in cui si renda necessario lo svolgimento degli stessi durante l'orario di lavoro.

Dall'esame della predetta norma si evince che l'esercizio del diritto è subordinato a due condizioni:

- i) le visite e gli accertamenti medici devono essere connessi con lo stato di gravidanza della lavoratrice;
- ii) le visite e gli accertamenti per i quali si richiedono i permessi retribuiti non possono essere effettuati in orario diverso da quello lavorativo.

²⁵⁷ L'art. 14, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Controlli prenatali", prevede che «1. Le lavoratrici gestanti hanno diritto a permessi retribuiti per l'effettuazione di esami prenatali, accertamenti clinici ovvero visite mediche specialistiche, nel caso in cui questi debbono essere eseguiti durante l'orario di lavoro. 2. Per la fruizione dei permessi di cui al comma 1 le lavoratrici presentano al datore di lavoro apposita istanza e successivamente presentano la relativa documentazione giustificativa attestante la data e l'orario di effettuazione degli esami».

Inoltre, posto che la ragione giustificativa del diritto riconosciuto alla lavoratrice gestante di fruire di permessi retribuiti per controlli da effettuare precedentemente al parto viene individuata nella necessità di tutelare la salute della donna stessa e del nascituro, non rientrano nell'ambito di applicabilità della norma eventuali permessi richiesti per la partecipazione a corsi pre-parto. Dunque, laddove l'istanza della prestatrice rechi quale motivo la partecipazione a predetti corsi, il datore di lavoro non è tenuto all'accoglimento della domanda e la lavoratrice è, di conseguenza, tenuta ad utilizzare le ferie o i permessi contrattuali nella sua disponibilità.

Infine, affinché la lavoratrice gestante possa fruire del beneficio ex art. 14 del T.U. del 2001, deve essere presentata preventivamente al datore di lavoro un'istanza, da corredare successivamente con la relativa documentazione giustificativa, rilasciata dal medico che ha effettuato la visita²⁵⁸.

3.2. I RIPOSI GIORNALIERI

Così come viene prevista la possibilità per la lavoratrice di astenersi dallo svolgimento delle proprie mansioni nell'arco della giornata lavorativa per monitorare le condizioni di salute proprie e del figlio, deve essere consentito alla stessa di fruire di pause ad intervalli regolari una volta che il bambino è nato. Dunque, se, come approfondito in precedenza, l'istituto del congedo si presenta quale arma a doppio taglio soprattutto per la lavoratrice, consentendo alla stessa di sospendere lo svolgimento dell'attività lavorativa per periodi piuttosto lunghi di tempo per prendersi cura dei figli, correndo il rischio, tuttavia, di pregiudicare, al contempo, la propria carriera professionale, lo stesso non può dirsi con riferimento ad un'altra misura prevista dal legislatore a favore della genitorialità, la quale permette di alternare ore di lavoro a ore di permesso, al fine di consentire al genitore di occuparsi dei bisogni preminenti del bambino nel suo primo anno di vita. Il riferimento corre ai riposi giornalieri che, in un primo tempo, sono stati introdotti dal legislatore nazionale esclusivamente a favore

²⁵⁸ P. SANNA - L. VICHI - A. BOSCO, *La riforma del lavoro* cit., 55 s.

della lavoratrice madre biologica, per consentire a quest'ultima di far fronte a uno dei bisogni essenziali del bambino nei suoi primi mesi di vita: l'allattamento.

Si tratta di una misura disciplinata a partire da leggi risalenti nel tempo e individuata dalle stesse con la denominazione di "riposi per allattamento", in ragione della relativa funzione. Infatti, la l. n. 860 del 26 agosto 1950²⁵⁹, al suo art. 9²⁶⁰, prevede il diritto della lavoratrice madre ad usufruire di due periodi di riposo di un'ora ciascuno durante la giornata, per provvedere all'allattamento del proprio figlio; la durata del riposo è, tuttavia, ridotta a mezz'ora nei casi in cui il datore di lavoro abbia adibito dei locali a camere di allattamento²⁶¹ e asili nido, precludendo, così, la possibilità per la donna di uscire dall'azienda.

La disciplina dell'istituto dei riposi, così come delineata dalla l. del 1950, non ha subito grosse revisioni ad opera dei provvedimenti normativi intervenuti successivamente. La l. n. 1204/1971, al suo art. 10, consente alla lavoratrice madre, nel primo anno di vita del bambino, di fruire durante la giornata di due ore di riposo, anche cumulabili, a condizione che l'orario di lavoro della stessa sia pari o superiore alle sei ore; in caso contrario, la lavoratrice dipendente ha diritto durante la giornata di godere di un riposo pari ad un'ora. Qualora, invece, la donna usufruisca della camera di allattamento e degli asili nido eventualmente predisposti dal datore di lavoro, la durata del riposo è pari a mezz'ora ed è esclusa la possibilità per la prestatrice di recarsi fuori dall'azienda. Dunque, con la l. n. 1204/1971 il legislatore si è limitato a precisare la disciplina in

²⁵⁹ La legge 26 agosto 1950, n. 860, è rubricata "Tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri".

²⁶⁰ L'art. 9, l. n. 860/1950, prevede che «Il datore di lavoro deve dare alle lavoratrici madri soggette al divieto previsto dall'articolo 5 e che allattano direttamente i propri bambini, per un anno dalla nascita di questi, due periodi di riposo durante la giornata per provvedere all'allattamento. Detti riposi sono indipendenti da quelli previsti dagli artt. 18 e 19 della L. 16 aprile 1934, n. 653, per la tutela del lavoro delle donne e dei fanciulli. Essi hanno la durata di un'ora ciascuno e comportano il diritto per la donna di uscire dall'azienda quando il datore di lavoro non abbia messo a disposizione la camera di allattamento e l'asilo nido di cui all'art. 11, oppure gli stessi siano ubicati fuori dell'azienda, oppure quando l'orario di inizio e di cessazione del lavoro non consenta di trasportare il bambino nella camera di allattamento o nell'asilo nido. Quando invece il datore di lavoro abbia messo a disposizione la camera di allattamento e l'asilo nido, i periodi di riposo sono di mezz'ora ciascuno, ed in tal caso la donna non ha diritto ad uscire dall'azienda».

²⁶¹ L'obbligo di istituire camere di allattamento aziendali che, risaliva al T.U. del 1907 e che era da ultimo previsto dall'art. 11 della l. n. 860/1950, è stato abrogato dall'art. 11 della l. 6 dicembre 1971, n. 1044.

materia di riposi, confermando la *ratio* della normativa precedente. L'attenzione legislativa si è per lo più focalizzata, invece, sulla funzione svolta da detti permessi che, vengono svincolati dall'esigenza puramente fisiologica dell'allattamento. Il legislatore del 1971 dà, infatti, rilievo all'aspetto affettivo e relazionale del rapporto madre-figlio, consentendo alla prestatrice di assentarsi dal proprio posto di lavoro per dedicarsi alla cura del neonato e non necessariamente al solo allattamento. Dunque, a partire dagli anni '70, l'allattamento al seno del piccolo non costituisce più il presupposto unico ed esclusivo per godere dei riposi in esame, coerentemente alla previsione normativa secondo la quale l'interruzione lavorativa è consentita per un massimo di due ore, anche cumulabili, durante l'arco della giornata; si tratta, infatti, di un tempo di notevole lunghezza per un'operazione quotidiana che deve essere compiuta ad intervalli regolari in virtù delle esigenze nutritive del neonato²⁶². Il mutamento di funzione dell'istituto comporta, quindi, – analogamente a quanto accaduto con riferimento al congedo di maternità e paternità, e al congedo parentale – l'adozione di una denominazione diversa ai fini della sua individuazione: si parla, ora, infatti, di riposi giornalieri.

L'attenuazione del legame tra riposo e allattamento impone, inoltre, di riconoscere il beneficio anche a favore del lavoratore padre e dei lavoratori genitori adottivi o affidatari. Se la spettanza dei riposi giornalieri è riconosciuta in capo alla lavoratrice madre adottiva o affidataria mediante l'art. 6 della l. n. 903/1977²⁶³ – sulla base della medesima *ratio* con cui tale articolo ha reso applicabile la fruizione dell'astensione obbligatoria e facoltativa nei casi di adozione e affidamento preadottivo ossia, la tutela del minore – per il ricono-

²⁶² R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro* cit., 712 ss.

²⁶³ L'art. 6, l. n. 903/1977, prevede che «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 dell'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».

scimento della misura a beneficio del lavoratore padre bisogna attendere l'intervento della Corte Costituzionale. Basando il proprio ragionamento sul pacifico orientamento giurisprudenziale per cui il minore è bisognoso di tutela non solo per ciò che concerne le sue esigenze più propriamente fisiologiche, ma anche da un punto di vista relazionale ed affettivo, la Consulta, con la sentenza n. 1/1987, ha riconosciuto al lavoratore padre il diritto di beneficiare dei riposi giornalieri qualora la madre sia impossibilitata a prendersi cura del figlio, e più specificatamente, nei casi di decesso e grave infermità della stessa; i giudici costituzionali sono intervenuti, poi, nuovamente sulla questione nel 1993 con la sentenza n. 179. In particolare, i giudici costituzionali hanno attribuito la spettanza dei riposi giornalieri al lavoratore padre, anche, in alternativa alla madre lavoratrice consenziente che vi avesse rinunciato.

Tali pronunce hanno posto, quindi, le basi per le innovazioni di cui alla l. n. 53/2000, la quale interviene prettamente su tre fronti:

- i) estende il beneficio dei riposi giornalieri a favore del lavoratore padre, regolamentando le ipotesi in virtù delle quali spetta, a quest'ultimo, la fruizione degli stessi;
- ii) disciplina la durata dei riposi in caso di parto plurimo, accogliendo le istanze provenienti dal contesto sociale, determinate dall'intervento di tecniche fecondative sempre più in grado di far superare la sterilità femminile;
- iii) regola le garanzie previdenziali spettanti in caso di fruizione dei riposi.

In particolare, la l. n. 53/2000, in recepimento della sentenza n. 179/1993, inserisce nella l. n. 903/1977 l'art. 6 ter²⁶⁴ il quale, prevede l'attribuzione dei riposi giornalieri, così come regolati dalla legge del 1971, al lavoratore padre nelle seguenti ipotesi:

- i) affidamento esclusivo dei figli al padre;

²⁶⁴ L'art. 6 ter, l. n. 903/1977, prevede che «I periodi di riposo di cui all'articolo 10 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, e successive modificazioni, e i relativi trattamenti economici 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».

ii) in alternativa, alla madre lavoratrice dipendente che non se ne avvalga;
iii) qualora la madre non sia lavoratrice dipendente.

Con riferimento alle ore di riposo fruibili in caso di parto gemellare o plurigemellare, il legislatore del 2000, con l'art. 3, co. 3, della l. n. 53, riforma l'art. 10 della l. n. 1204/1971 e prevede il raddoppio dei riposi giornalieri, consentendo il godimento delle ore di permesso aggiuntive anche al padre. Inoltre, il medesimo art. 3, co. 3, della l. n. 53/2000 interviene ad innovare l'aspetto contributivo, introducendo all'art. 10 della l. n. 1204/1971 due commi: il legislatore, *in primis*, assicura l'integrale copertura retributiva dei riposi per il soggetto che se ne avvalga, prevedendo l'anticipazione di essa da parte del datore di lavoro con periodico conguaglio con i contributi dovuti all'ente previdenziale, e, inoltre, garantisce la contribuzione figurativa e la possibilità di riscatto o di versamento dei contributi²⁶⁵.

Dunque, la l. n. 53/2000, pur confermando l'articolazione normativa dell'istituto dei riposi giornalieri, introduce in materia delle importanti novità che dimostrano la consapevolezza raggiunta dal legislatore secondo cui, al fine di sostenere la propensione femminile a partecipare sempre di più al mercato del lavoro, si rende necessaria una ripartizione maggiormente equa dei ruoli all'interno del nucleo familiare; al fine di consentire alle donne la partecipazione al mercato occupazionale, infatti, il legislatore attribuisce al lavoratore padre la facoltà di fruire dei riposi giornalieri, in alternativa alla madre, e rafforza le tutele economiche e previdenziali cui si ha diritto in occasione del godimento del beneficio. Inoltre, con la medesima normativa, si rafforza la garanzia in occasione della nascita o dell'adozione/affidamento di due o più figli, in ragione delle maggiori responsabilità che, di fatto, gravano su questi genitori chiamati a prendersi cura di più bambini.

Per le ragioni di cui sopra, pare possibile affermare che la l. n. 53/2000, di concerto con i predetti interventi normativi e giurisprudenziali che sono intervenuti nella seconda metà del '900, in materia di riposi fruibili durante l'arco della giornata lavorativa, pone le basi cui è ispirata la disciplina vigente, contenuta negli artt. 39 e ss. del T.U. n. 151 del 2001.

²⁶⁵ M. CAGARELLI, *I congedi parentali* cit., 41 ss.

3.2.1. I riposi giornalieri della lavoratrice madre

L'art. 39 del T.U. del 2001 stabilisce che il datore di lavoro è tenuto a consentire alla lavoratrice madre dipendente di godere quotidianamente, nel primo anno di vita del figlio, di due riposi della durata di un'ora ciascuno, qualora l'orario di lavoro sia pari o superiore alle sei ore; laddove, l'orario di prestazione dell'attività lavorativa sia inferiore alle sei ore viene riconosciuto un unico periodo di riposo di un'ora. Inoltre, qualora la lavoratrice madre intenda affidare il bambino all'asilo nido o ad altra struttura idonea predisposta dal datore di lavoro all'interno dell'azienda o nelle immediate vicinanze, la durata del riposo è ridotta a mezz'ora. Relativamente a tale disposizione, in dottrina e giurisprudenza si pone il problema di stabilire se per "orario giornaliero", quale presupposto per la determinazione del numero di riposi spettanti, debba intendersi "l'orario contrattualmente previsto" o, invece, "l'orario effettivamente prestato". La risposta a tale quesito risulta di fondamentale importanza nel momento in cui interviene, a titolo d'esempio, la partecipazione della lavoratrice madre ad uno sciopero. Infatti, qualora si ritenga che per orario giornaliero debba intendersi l'orario contrattualmente previsto, un evento come l'adesione della prestatrice ad uno sciopero, non ha alcuna incidenza circa la durata del riposo giornaliero, a differenza di quanto avverrebbe se si sostenesse la tesi a favore dell'orario effettivamente prestato. A risolvere i dubbi interpretativi è intervenuta la Corte di Cassazione, dapprima, con la sentenza n. 7800 del 20 dicembre 1986²⁶⁶ e, successivamente, con la sentenza n. 3187 del 2 aprile 1987²⁶⁷, ha affermato che, il diritto ai riposi non è escluso né limitato quantitativamente in occasione dell'adesione della lavoratrice madre ad uno sciopero, salvo il caso di coincidenza tra i riposi e l'assenza per sciopero. Dunque, in ragione della predisposizione dell'istituto dei riposi giornalieri a tutela del bambino, i giudici di Cassazione ritengono che per orario giornaliero debba intendersi l'orario contrattuale. A seguito della pronuncia della Cassazione, sono intervenuti sul punto prima il Ministero del Lavoro e, successivamente,

²⁶⁶ Cass. 20 dicembre 1986, n. 7800, *FI*, 1987, I, 1083.

²⁶⁷ Cass. 2 aprile 1987, n. 3187, *RGL*, 1987, III, 169.

l'Inps²⁶⁸, confermando il punto di vista della giurisprudenza. In particolare, il Ministero del Lavoro, con lettera n. 4256/1204/10 del 16 maggio 1988, ha precisato che:

- i) nell'ipotesi di sciopero che comporti l'astensione dal lavoro per l'intera giornata lavorativa, non spettano alla lavoratrice né i riposi giornalieri né la relativa indennità;
- ii) in caso di sciopero parziale al quale partecipi la lavoratrice e che comprenda un orario in cui siano inclusi i periodi di riposo in precedenza fissati, quest'ultimi non spettano, così come la relativa indennità;
- iii) in caso di sciopero parziale al quale partecipi la lavoratrice e che non comprenda un orario coincidente con la fruizione dei periodi di riposo in precedenza fissati, la donna ha diritto al godimento di detti riposi e alla corrispondenza della relativa indennità;
- iv) in caso di sciopero che coincida solo parzialmente alla fruizione dei riposi giornalieri in precedenza stabiliti, la lavoratrice ha diritto a fruire di uno solo dei riposi stessi e della relativa indennità.

Inoltre, nella stessa occasione, il Ministero ha sottolineato che, i suddetti orientamenti sono applicabili anche in tutti gli altri casi per i quali si verifichi la sospensione temporanea, totale o parziale, della prestazione lavorativa e della retribuzione²⁶⁹.

Il legislatore, nell'attribuire alla lavoratrice madre il diritto di astenersi per un massimo di due ore nell'arco della giornata, specifica che le due ore di riposo fruibili – qualora l'orario di lavoro contrattualmente previsto non sia inferiore alle sei ore – possono essere cumulate o frazionate, così da permettere alla lavoratrice dipendente di optare per la soluzione che meglio risponda alle proprie esigenze di cura familiare. In particolare, la prestatrice:

²⁶⁸ Inps Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, circ. 7 marzo 1989, n. 48, disponibile al link <http://www.inps.it/bussola/VisualizzaDoc.aspx?sVirtualURL=%2fCircolari%2fCircolare%20numero%2048%20del%207-3-1989.htm> (ultima consultazione in data 12 dicembre 2016).

²⁶⁹ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo e libere professioni* cit., 176 s.

- i) può godere delle due ore giornaliere di riposo ad essa spettanti per la cura del figlio, all'inizio dell'orario di lavoro, ritardando l'inizio dell'attività lavorativa di due ore;
- ii) ha la facoltà di esercitare questo diritto al termine della giornata lavorativa, così da poter fare rientro a casa in anticipo di due ore;
- iii) può fruire di un'ora di permesso all'inizio ed un'ora di permesso alla fine della giornata lavorativa;
- iv) può usufruire di due ore di riposo continuative o meno nell'arco della giornata lavorativa.

Stante le molteplici possibilità di collocamento dei riposi nel corso della singola giornata lavorativa, il legislatore ha adottato una disposizione idonea a contemperare la necessità della prestatrice madre di richiedere i riposi in un dato momento della giornata, con le esigenze aziendali. L'art. 10 del d.p.r. n. 1026/1976²⁷⁰ prevede che la distribuzione dei riposi giornalieri deve essere concordata tra la lavoratrice e il datore di lavoro tenendo anche conto delle esigenze del servizio; in caso di mancato accordo tra le parti, si rende necessario l'intervento del Servizio Ispezione Lavoro della Direzione Territoriale del Lavoro (prima Ispettorato del lavoro), competente per territorio, che è chiamato ad intervenire su richiesta della lavoratrice madre o anche del datore di lavoro²⁷¹. Da ciò si evince che il diritto ai riposi giornalieri della lavoratrice madre ha natura sì potestativa e che, conseguentemente, la controparte si viene a trovare in una posizione di soggezione che non le consente di rigettare la richiesta di fruizione del beneficio e/o di prevedere incentivi economici tali da spingere la lavoratrice a rinunciare ai riposi giornalieri, tuttavia, tale soggezione non riguarda la scelta concernente la collocazione temporale del riposo

²⁷⁰ L'art 10, d.p.r. n. 1026/1976, prevede che «Fermo restando che i riposi di cui all'articolo 10 della legge devono assicurare alla lavoratrice la possibilità di provvedere all'assistenza diretta del bambino, la loro distribuzione dell'orario di lavoro deve essere concordata tra la medesima e il datore di lavoro, tenendo anche conto delle esigenze del servizio. In caso di mancato accordo, la distribuzione dei riposi sarà determinata dall'ispettorato del lavoro.

Non è consentito alcun trattamento economico sostitutivo».

²⁷¹ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 189 s.

nella giornata²⁷². Dunque, ai fini della tutela delle esigenze non solo della lavoratrice madre ma anche del datore di lavoro e, in ossequio al principio di buona fede, la lavoratrice che intenda usufruire dei riposi previsti *ex lege* è tenuta a preavvisare la controparte, presentando a quest'ultima apposita domanda scritta prima dell'inizio del riposo giornaliero. La presentazione dell'istanza redatta per iscritto, è, quindi, presupposto per accedere al beneficio dei riposi giornalieri. Servirsi di tale diritto, ai sensi dell'art. 43 del T.U. del 2001²⁷³, attribuisce alla lavoratrice anche un'indennità, anticipata dal datore di lavoro e portata poi a conguaglio con i contributi dovuti all'Ente assicuratore, pari all'intero ammontare della retribuzione relativa ai riposi e ai permessi medesimi. Il co. 2 dell'art. 43 rinvia, inoltre, alla disposizione contenuta nell'art. 34, co. 5, in materia di congedo parentale; ciò comporta che i periodi di riposo sono computati nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie e alla tredicesima mensilità o alla gratifica natalizia. Con riferimento, poi, alla contribuzione figurativa, per i periodi di riposo giornaliero viene attribuito il 200 per cento del valore massimo dell'assegno sociale, proporzionato ai periodi di riferimento, salva la possibilità di integrazione da parte del richiedente, con riscatto ai sensi dell'art. 13, l. n. 1338/1962, o con versamento dei relativi contributi secondo i criteri e le modalità della prosecuzione volontaria²⁷⁴.

L'onere di stabilire in anticipo le modalità e i tempi di fruizione dei riposi, inoltre, ha comportato dubbi circa l'applicazione dell'art. 46 del T.U. del 2001²⁷⁵. In particolare, suddetto articolo prevede che, in caso di mancato riconoscimento da parte del datore di lavoro del diritto della lavoratrice di godere dei riposi giornalieri per occuparsi del figlio nel suo primo anno di vita, viene irrogata allo stesso una sanzione amministrativa pecuniaria compresa tra €

²⁷² R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*. cit., 717.

²⁷³ L'art. 43, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Trattamento economico e normativo", prevede che «1. Per i riposi e i permessi di cui al presente Capo è dovuta un'indennità, a carico dell'ente assicuratore, pari all'intero ammontare della retribuzione relativa ai riposi e ai permessi medesimi. L'indennità è anticipata dal datore di lavoro ed è portata a conguaglio con gli apporti contributivi dovuti all'ente assicuratore. 2. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 34, comma 5».

²⁷⁴ J. TSCHOLL, *Riposi giornalieri, il quadro di riferimento non cambia*, *Edic. Lav.*, 2015, 80.

²⁷⁵ L'art. 46, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Sanzioni", prevede che «L'inosservanza delle disposizioni contenute negli articoli 39, 40 e 41 è punita con la sanzione amministrativa da euro 516 a euro 2.582».

516,00 - € 2.582,00. Gli studiosi della materia si interrogano, dunque, se la medesima sanzione debba trovare applicazione in capo al datore anche nell'ipotesi in cui sia la lavoratrice dipendente, una volta richiesto il riposo, a rinunciarvi spontaneamente e per proprie esigenze. A tal proposito, il Consiglio nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro ha avanzato istanza di interpello per conoscere il parere della Direzione Generale per l'Attività Ispettiva. Quest'ultima ha escluso, in suddetta ipotesi, l'applicazione della sanzione contenuta nell'art. 46 del T.U. del 2001, salva la facoltà per gli organi di vigilanza di svolgere degli accertamenti, al fine di verificare la sussistenza di ragioni che rispondano in modo inequivocabile ad un interesse della lavoratrice a rinunciare ai riposi giornalieri in precedenza richiesti; le ipotesi, a titolo di esempio, richiamate dalla Direzione Generale per l'Attività Ispettiva ed idonee a ravvivare la piena spontaneità della rinuncia all'esercizio del diritto sono:

- i) la frequenza di un corso di formazione;
- ii) l'impossibilità di rientrare a casa in ragione di uno sciopero dei mezzi pubblici²⁷⁶.

L'art. 10 della l. n. 1204/1971, nel disciplinare l'istituto dei riposi giornalieri, si è limitato a considerare i permessi spettanti per la nascita di un solo figlio, determinando una lacuna legislativa nei casi di parti gemellari o plurigemellari. Al fine di ovviare a tale vuoto normativo, è intervenuto il legislatore con la l. n. 53/2000, il cui art. 3, co. 3, prevede che, in caso di parto plurimo, i permessi sono raddoppiati; tale disposizione introdotta nel 2000 è stata, poi, oggetto di recepimento da parte dell'art. 41 del T.U. del 2001²⁷⁷. La formula di "parto plurimo", adottata dalla normativa del 2000 ed ora contenuta nel T.U. del 2001, non lascia spazio a dubbi interpretativi circa il rapporto tra le ore di riposo fruibili e il numero di figli: l'ora o le due ore di riposo vengono raddoppiate, a prescindere dal numero di bambini venuti alla luce. Ciò comporta che, laddove siano partoriti due o più figli, la durata dei riposi giornalieri è pari a quattro ore, qualora l'orario di lavoro contrattualmente previsto non sia inferiore alle sei

²⁷⁶ R. SCHIAVONE, *La rinuncia ai riposi giornalieri della lavoratrice madre*, *GLav*, 2015, 27.

²⁷⁷ L'art. 41, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Riposi per parti plurimi", prevede che «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».

ore; in caso contrario, i riposi hanno una durata temporale pari a due ore. Questi periodi, inoltre, vengono ridotti alla metà nel caso in cui la lavoratrice madre decida di fruire dell'asilo nido o di altra struttura idonea, istituiti dal proprio datore di lavoro nell'unità produttiva o nelle immediate vicinanze.

La scelta del legislatore di prescindere dal numero dei figli ai fini del calcolo delle ore di riposo spettanti alla lavoratrice, anche se suscettibile di critica²⁷⁸ in ragione della *ratio* della misura in esame ossia, la migliore tutela del bambino, risponde alla pur rilevante necessità di incoraggiare e preservare il lavoro femminile. Infatti, una riduzione eccessiva dell'orario di lavoro determinata dalla nascita di tre o più figli, rappresenterebbe anziché un aiuto, un pregiudizio per la donna, la cui prestazione dalla durata notevolmente ridotta potrebbe essere considerata inutile da parte del datore di lavoro, il quale, di conseguenza, sarebbe incentivato a rinunciare alla stessa. Questa scelta del legislatore nazionale è, poi, maggiormente condivisibile in ragione della facoltà per entrambi i genitori di godere, in luogo dei riposi giornalieri, di un periodo di congedo parentale, il cui esercizio comporta l'astensione dall'attività lavorativa per un periodo complessivo di dieci mesi. Infatti, laddove la lavoratrice o il lavoratore intendano fruire di un periodo di congedo parentale, a garanzia delle esigenze aziendali, è prevista la possibilità per il datore di lavoro di assumere un altro dipendente mediante contratto a termine, facoltà che non può essere attribuita laddove l'assenza si collochi nel corso della giornata lavorativa, per un numero esiguo di ore²⁷⁹.

Criticabile, invece, risulta essere il mancato decurtamento dal monte-ore previsto dal legislatore, nel caso della nascita di uno o più figli, del tempo impiegato dalla lavoratrice per recarsi nel luogo ove si trova il bambino. Infatti, se si considera che la fruizione del servizio di asilo nido o di altra struttura idonea, predisposta dal datore all'interno dell'azienda o nelle immediate vicinanze, comporta che la durata dei riposi sia pari a mezz'ora, ciò conseguentemente

²⁷⁸ In dottrina, infatti, è stato sostenuto che sarebbe stato più opportuno, in ragione delle effettive esigenze di bambini e genitori, prevedere un aumento del monte-ore originario (due o una) del 50 per cento per ogni gemello, così articolando i riposi in tre ore in caso di due gemelli, quattro ore in caso di parto trigemellare e così via, cfr. F. AMATO, *I riposi giornalieri*, in *I nuovi congedi* cit., 75.

²⁷⁹ A. FONTANA, *Parto plurimo e permessi giornalieri ai genitori*, *GM*, 2001, 219.

significa che laddove il bambino non si trovi all'interno dell'azienda o nelle immediate vicinanze della stessa, affinché vi sia parità di trattamento, al permesso della durata di un'ora dovrebbe aggiungersi un'ulteriore mezz'ora, tempo che il legislatore implicitamente ritiene necessario per raggiungere il luogo ove è presente il bambino.

L'istituto dei riposi giornalieri semplici e raddoppiati, onde evitare un'ingiustificata disparità di trattamento, è stato esteso anche ai genitori adottivi e affidatari. In particolare, il legislatore, con il co. 5 dell'art. 3 della l. n. 53/2000, ha reso applicabile ai genitori non naturali le misure predisposte a favore dei lavoratori genitori biologici, in ragione del fatto che i benefici a tutela della maternità e paternità non attengono più, esclusivamente, ai bisogni essenziali del neonato e alla protezione della salute della donna gestante o in periodo di allattamento, ma anche ad esigenze di natura relazionale ed affettiva²⁸⁰. La scelta valoriale manifestata dal legislatore del 2000 è stata, in seguito, recepita e meglio esplicitata dall'art. 45 del T.U. del 2001²⁸¹. In un primo tempo, l'art. 45 del T.U. del 2001, richiamando le disposizioni contenute agli artt. 39, 40 e 41 del medesimo T.U., ha consentito ai genitori non naturali di godere dei riposi, in occasione dell'adozione o affidamento di uno o più bambini, entro il primo anno di vita degli stessi²⁸². Tuttavia, la Corte Costituzionale è intervenuta sul punto con la sentenza n. 104/2003²⁸³, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 45 del T.U. del 2001 nella parte in cui prevede che, in caso di adozione o di affidamento, i riposi giornalieri si applichino entro il primo anno di vita del bambino, e non entro il primo anno dall'effettivo ingresso del minore nel nucleo familiare. La Consulta, dunque, richiamando la scelta valoriale del legislatore del 2000, afferma che «risulta che gli istituti dell'astensione dal lavoro, obbligatoria e facoltativa, ora denominati congedi, e quello dei riposi

²⁸⁰ F. AMATO, *I riposi giornalieri* cit., 77 ss.; M. L. VALLAURI, *La lunga marcia* cit., 96 ss.

²⁸¹ L'art. 45, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Adozioni e affidamenti", prevede che «1. Le disposizioni in materia di riposi di cui agli articoli 39, 40 e 41 si applicano anche in caso di adozione e di affidamento entro il primo anno dall'ingresso del minore nella famiglia. 2. Le disposizioni di cui all'articolo 42 si applicano anche in caso di adozione e di affidamento di soggetti con handicap in situazione di gravità. 2 bis. Le disposizioni di cui all'articolo 42-bis si applicano, in caso di adozione ed affidamento, entro i primi tre anni dall'ingresso del minore nella famiglia, indipendentemente dall'età del minore».

²⁸² F. AMATO, *I riposi giornalieri* cit., 77 ss.

²⁸³ C. cost. 1 aprile 2003, n. 104, *RIDL*, 2004, II, 250, nt. MILIANTI.

giornalieri oggi 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 diretti anche, ad appagare i bisogni affettivi e relazionali del bambino per realizzare il pieno sviluppo della sua personalità. Ciò che più rileva, ai fini della soluzione della presente questione, è la piena coincidenza tra la *ratio* delle decisioni di questa Corte e l'attività del legislatore. Questi, nel momento in cui ha esteso misure previste in caso di filiazione naturale alla filiazione adottiva e all'affidamento ha avvertito che l'età del minore diveniva un elemento, se non trascurabile, certamente secondario, mentre veniva in primo piano il momento dell'ingresso del minore nella famiglia adottiva o affidataria, in considerazione delle difficoltà che tale ingresso comporta sia riguardo alla personalità in formazione del minore, soggetta al trauma del distacco dalla madre naturale o a quello del soggiorno in istituto, sia per i componenti della famiglia adottante o affidataria».

Tale pronuncia è stata, poi, ripresa dall'art. 8 del d.lgs. n. 119/2011 il quale è intervenuto ad emendare l'art. 45, co. 1, del T.U. del 2001 e ha disposto che i riposi giornalieri, in caso di adozione o affidamento, sono fruibili «entro il primo anno di ingresso del minore nella famiglia», e non «entro un anno di vita del bambino»²⁸⁴.

Uno degli obiettivi che le normative in materia di tutele a favore della lavoratrice madre e del lavoratore padre si promettono di realizzare, è costituito dalla ripartizione egualitaria dei ruoli all'interno del nucleo familiare. Affinché, dunque, il legislatore possa raggiungere tale risultato, è necessario che lo stesso consenta, anche, al lavoratore padre di fruire dei riposi giornalieri ex art. 39 del T.U. del 2001. In ragione di ciò, il legislatore del 2001 ha dedicato l'art. 40 del T.U. alle ipotesi in cui il diritto viene attribuito a beneficio del padre che presta la propria attività lavorativa alle dipendenze di un terzo.

²⁸⁴ L. MARIANI - M. ARLATI - P. SALAZAR, *Congedi parentali e maternità cit.*, 65.

3.2.2. I riposi giornalieri del lavoratore padre

L'art. 40 del T.U. n. 151/2001 ha recepito la disposizione contenuta nell'art. 6 ter della l. n. 903/1977, introdotta dall'art. 13 della l. n. 53/2000 e recante le ipotesi al verificarsi delle quali il diritto ad usufruire dei riposi giornalieri e del relativo trattamento economico spetta anche al padre lavoratore dipendente. In particolare, i periodi di riposo giornaliero sono riconosciuti al padre lavoratore nelle seguenti ipotesi:

- i) affidamento esclusivo dei figli al padre;
- ii) in alternativa alla madre lavoratrice dipendente che non se ne avvalga;
- iii) qualora la madre non sia lavoratrice dipendente;
- iv) morte o grave infermità della madre.

Rispetto a quanto previsto dalla l. n. 53/2000, il legislatore del 2001 ha ampliato le situazioni in virtù delle quali il diritto ai riposi giornalieri è concesso al lavoratore padre. Il riferimento corre, all'ipotesi contemplata dalla lett. d dell'art. 40 che è stata introdotta con il T.U. del 2001, in ossequio a quanto previsto dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 1/1987, e ha reso completo il quadro delle situazioni in cui si rende necessario, per la cura dei figli, l'intervento del padre, data l'impossibilità o la rinuncia a provvedervi da parte della madre. Se la prima, la terza e la quarta ipotesi configurano un diritto autonomo del lavoratore padre, lo stesso non può dirsi in riferimento al caso contemplato dalla lett. b dell'art. 40 ossia, la rinuncia da parte della madre lavoratrice dipendente dei riposi giornalieri ad essa spettanti. In tale ultimo caso, infatti, si tratta di un diritto derivato, esercitabile dal lavoratore padre previa rinuncia espressa della donna²⁸⁵.

Tuttavia, è l'ipotesi contemplata dalla lett. c dell'art. 40 del T.U. del 2001 ad avere posto i maggiori dubbi interpretativi in dottrina e giurisprudenza. In particolare, le perplessità hanno riguardato il significato della locuzione «madre non lavoratrice dipendente» in quanto il legislatore, con una tale espressione, non precisa quali debbano essere le ipotesi rientranti nella suddetta fattispecie. Più specificatamente, l'espressione utilizzata dal legislatore potrebbe riferirsi

²⁸⁵ F. AMATO, *I riposi giornalieri cit.*, 79.

sia all'ipotesi di madre che non svolge un'attività alle dipendenze di un terzo, ma che comunque svolge un'attività lavorativa, sia all'ipotesi di madre che non esercita alcuna professione. A tal proposito, l'Inps, nel fornire alcuni chiarimenti in tema del diritto del padre lavoratore ai riposi giornalieri in caso di parto plurimo, con la circolare 6 settembre 2006, n. 95 bis, ha, in un primo tempo, indicato che, per «madre non lavoratrice dipendente» debba intendersi la sola madre lavoratrice autonoma. Tuttavia, l'interpretazione dell'Istituto previdenziale non è stata condivisa dal Consiglio di Stato, nella parte in cui non attribuisce il diritto a fruire dei riposi giornalieri al lavoratore padre nel caso in cui la madre sia una casalinga. In particolare, l'organo di vertice della giustizia amministrativa, con pronuncia del 9 settembre 2008, n. 4293²⁸⁶, ha sancito che, al fine di garantire la cura del bambino da un punto di vista fisiologico ma anche affettivo e relazionale, i riposi giornalieri devono essere riconosciuti al lavoratore padre, nel primo anno di vita del figlio, anche nel caso in cui la madre svolga l'attività domestica in quanto si tratta di una mansione idonea a distogliere l'attenzione della donna dalla cura del neonato e suscettibile di valutazione economica. Questa decisione del Consiglio di Stato del 2008 si pone all'origine di un progressivo mutamento interpretativo da parte dell'Inps, volto a favorire il lavoratore padre e a privilegiare, dunque, il ruolo di cura della prole proprio di entrambi i genitori. Infatti, l'Inps, sulla base dell'interpretazione del Consiglio di Stato, con la circolare n. 112 del 15 ottobre 2009, consente di riconoscere al padre lavoratore dipendente il diritto a fruire dei riposi giornalieri, non solo qualora la madre sia una lavoratrice autonoma, ma, anche, nei casi di oggettiva impossibilità da parte della madre casalinga di dedicarsi alla cura del neonato, perché impegnata in altre attività come, a titolo di esempio, accertamenti clinici, partecipazione a pubblici concorsi, cure mediche e simili. Queste attività che ostacolano la madre nella cura del figlio e che sono presupposto affinché il lavoratore padre possa godere dei riposi giornalieri anche se la madre è casalinga e, quindi, non svolge un'attività extradomestica, devono essere dimostrate da apposita documentazione. Tuttavia, il Ministero del La-

²⁸⁶ C. Stato 9 settembre 2008, n. 4293, *FA CdS*, 2008, 9, 2437.

voro – che già in precedenza era intervenuto sulla questione con lettera circolare B 2009 del 12 maggio 2009, chiarendo che la *ratio* dell’art. 40 del T.U. del 2001 è quella di garantire al lavoratore la cura del neonato in tutte le ipotesi in cui l’altro genitore sia impegnato in attività lavorative che lo distolgono dall’assolvimento di tale compito, ivi compreso l’impegno casalingo – ha ritenuto che la presentazione della documentazione idonea ad attestare l’effettiva impossibilità della madre casalinga ad ottemperare ai propri doveri di cura nei confronti del figlio, quale presupposto per l’esercizio del beneficio da parte del lavoratore padre, non si rende necessaria in quanto difetta di un qualsivoglia fondamento legislativo. In ragione dell’orientamento del Ministero del Lavoro, l’Inps, con circolare n. 118 del 25 novembre 2009, ha, così, definitivamente previsto che il lavoratore padre ha diritto di godere dei riposi giornalieri, funzionali alla cura dei bisogni del neonato nel suo primo anno di vita, anche, qualora la madre svolga l’attività di casalinga, senza eccezioni ed indipendentemente dalla sussistenza di comprovate situazioni che determinano l’oggettiva impossibilità della madre stessa di accudire il bambino.

A partire dalla pronuncia del Consiglio di Stato n. 4293/2008, dunque, le circolari dell’Ente previdenziale che si sono succedute, per fornire chiarimenti in materia, hanno operato una progressiva equiparazione della madre casalinga alle madri lavoratrici subordinate ed autonome. Infatti, qualora la donna svolga attività domestica, il padre per beneficiare dei riposi ex art. 40 del T.U. del 2001, parimenti all’ipotesi in cui la madre sia lavoratrice dipendente o autonoma, non è tenuto a dimostrare altro se non la condizione di casalinga della stessa²⁸⁷.

L’intenzione del legislatore di consentire al padre lavoratore il godimento del beneficio, a prescindere dal tipo di attività svolta dalla madre, è apprezzabile in quanto, evidenzia l’importanza dell’impegno richiesto ai genitori nella cura della prole; si tratta, infatti, di un dovere tale da richiedere l’impiego della massima concentrazione fisica e psichica, per cui è preferibile sospendere lo svolgimento di qualsivoglia attività idonea a costituire motivo di distrazione per il

²⁸⁷ A. E. MATARAZZO, *La disciplina dei riposi «per allattamento» in favore del padre*, *Lo St. Civ. Ita.*, 2010, 54 s.

genitore. Inoltre, l'interpretazione secondo la quale la condizione di madre casalinga è idonea a rientrare nella fattispecie di "madre non lavoratrice dipendente" e, di conseguenza, a far sì che il padre abbia un diritto autonomo a godere dei riposi giornalieri previsti *ex lege*, è conforme ad una risalente sentenza della Consulta del 1995 che valorizza il lavoro domestico. Si richiama, in particolare, la sentenza n. 28 del 12 gennaio 1995²⁸⁸ con la quale, la Corte Costituzionale sottolinea l'importanza dell'attività svolta dalle casalinghe, spesso sottovalutata non solo da un punto di vista sociale ma anche normativo; i giudici costituzionali affermano, infatti, come il lavoro effettuato all'interno della famiglia debba essere ricompreso all'interno dell'art. 35 della Cost. – disposizione che tutela il lavoro "in tutte le sue forme"– in ragione del suo valore sociale e degli oneri e responsabilità che ne derivano e che, ancora oggi, gravano maggiormente sulle donne²⁸⁹.

Tuttavia, l'interpretazione dell'art. 40 del T.U. del 2001 formulata dal Consiglio di Stato e, poi, fatta propria dall'Inps, ha fatto sorgere in dottrina perplessità e critiche, nonostante appaia meritevole la volontà del legislatore, contenuta nella lett. c della norma su richiamata, di realizzare un'equiparazione tra i genitori che non svolgono la propria attività alle dipendenze di un datore di lavoro e i lavoratori subordinati, in materia di misure a tutela della maternità e

²⁸⁸ C. cost. 12 gennaio 1995, n. 28, *Dirit. di Fam. e delle Pers.*, 1996, 1279, nt. SCIANCALEPORE, la quale evidenzia che «...Anche il lavoro effettuato all'interno della famiglia, per il suo valore sociale ed anche economico, può essere ricompreso, sia pure con le peculiari caratteristiche che lo contraddistinguono, nella tutela che l'art. 35 della Costituzione assicura al lavoro "in tutte le sue forme". Si tratta di una specie di attività lavorativa che è già stata oggetto di svariati riconoscimenti per il suo rilievo sociale ed anche economico, anche per via degli indiscutibili vantaggi che ne trae l'intera collettività e, nel contempo, degli oneri e delle responsabilità che ne discendono e gravano - ancora oggi - quasi esclusivamente sulle donne (anche per estesi fenomeni di disoccupazione). Così si può ricordare, per esempio, l'art. 230 bis del codice civile che, apportando una specifica garanzia al familiare che, lavorando nell'ambito della famiglia o nell'impresa familiare, presta in modo continuativo la sua attività, mostra di considerare in linea di principio il lavoro prestato nella famiglia alla stessa stregua del lavoro prestato nell'impresa. Il valore del lavoro familiare è stato poi alla base della risoluzione del Parlamento europeo 13 gennaio 1986 e della pronuncia di questa Corte n. 78 del 1993 (con la quale è stato affermato il diritto alla rivalutazione dei contributi versati per la previdenza a favore delle casalinghe), mentre le esigenze di tutela di chi presta lavoro familiare sono state oggetto di ripetute iniziative parlamentari nel corso di varie legislature con riferimento ad aspetti - connessi alle prestazioni lavorative - di natura previdenziale, infortunistica e di protezione della maternità. In sostanza, il rilievo assunto dall'attività lavorativa all'interno della famiglia, non può non comportare la conseguenza che tale attività debba essere assimilata alle forme di "occupazione" che la legge qui contestata richiede per l'attivazione dell'istituto del ricongiungimento familiare».

²⁸⁹ D. GOTTARDI, *Lavoro di cura. Spunti di riflessione*, LD, 2001, 127.

paternità. In particolare, l'equiparazione della madre casalinga alla madre lavoratrice subordinata è oggetto di numerose contestazioni sulla base della considerazione per cui, nella maggior parte dei casi, le lavoratrici che svolgono le proprie mansioni alle dipendenze di un terzo al di fuori del contesto familiare si trovano a dover coniugare detta attività con quella, ulteriore, di cura dell'abitazione e della prole propria della casalinga. In ragione di ciò, la dottrina maggioritaria ritiene che il legislatore non abbia compiuto un equo bilanciamento di interessi poiché il diritto del lavoratore padre ai riposi giornalieri, funzionale al riequilibrio degli obblighi di cura, in caso di madre lavoratrice subordinata, è condizionato alla rinuncia da parte di quest'ultima di almeno parte dei riposi ad essa spettanti; nell'ipotesi, invece, di madre casalinga – la quale si presume abbia a disposizione un tempo maggiore da dedicare alla cura della prole, perché non impegnata in altra attività al di fuori delle mura domestiche – la possibilità del lavoratore padre di godere dei riposi ex art. 40 del T.U. del 2001 è sempre consentita, non essendo soggetta ad alcuna condizione²⁹⁰.

Sempre con riferimento ai riposi giornalieri attribuiti dal legislatore al lavoratore padre, vi è un'altra disposizione contenuta nel T.U. n. 151/2001 che ha comportato il sorgere di dubbi di natura interpretativa. Il riferimento corre, alla seconda parte dell'art. 41 del T.U. del 2001, laddove si precisa che in caso di parto plurimo «le ore aggiuntive rispetto a quelle previste dall'articolo 39, comma 1, possono essere utilizzate anche dal padre». Dalla lettera della norma sembrerebbe doversi desumere che, suscettibile di accordo tra i genitori lavoratori sia solo la fruizione delle ore di riposo aggiuntive previste dal legislatore in caso di parto plurimo o adozione/affidamento di due o più minori, e non, anche, il permesso base pari a un'ora o a due ore, a seconda dell'orario di lavoro contrattualmente previsto. Tale conclusione, tuttavia, come si evince dall'art. 40 del T.U. del 2001, non può essere sostenuta²⁹¹; il carattere inammissibile di

²⁹⁰ G. BOVIO, *Il diritto del padre lavoratore ad usufruire dei riposi giornalieri c.d. per allattamento in caso di madre casalinga*, DRI, 2010, 226 s.

²⁹¹ A. FONTANA, *Parto plurimo* cit., 220, il quale afferma che «Non si comprende perché un parto plurimo dovrebbe essere motivo per accogliere nel sistema una nuova forma di discriminazione tra uomo e donna, dopo tutto quello che è stato fatto, nell'arco di oltre vent'anni, per eliminarne le antiche. Ancor meno si comprende perché, in un ordinamento che pone l'accordo alla base della vita familiare, e valorizza l'interesse della prole, quello che ho chiamato "permesso-base" non possa essere oggetto di "contrattazione" fra i genitori, con palese limitazione della loro sfera

una tale valutazione trae origine da un'ingiustificata disparità di trattamento tra uomo e donna che si pone in contrasto con il percorso di parificazione progressivamente intrapreso dal legislatore nel corso del XX° secolo e tutt'oggi in atto. Inoltre, se si sostenesse che il padre lavoratore dipendente possa beneficiare delle sole ore di riposo ulteriori, fruibili in caso di parto plurimo, non solo ne deriverebbe un'evidente limitazione della sfera d'autonomia dei genitori, relativa alla ripartizione del lavoro di cura familiare, ma, soprattutto, a subirne il pregiudizio più rilevante sarebbe l'obbiettivo stesso della maggior parte delle disposizioni in materia di maternità e paternità: la tutela del minore. Quindi, in ragione di tali considerazioni e della *ratio* delle norme che tutelano i genitori lavoratori, si deve ritenere che il padre possa fruire delle ore aggiuntive, in alternativa alla madre, così come può utilizzare i riposi giornalieri semplici, secondo la disciplina vigente. Tale conclusione è, inoltre, frutto della riforma del diritto di famiglia del 1975, il cui principio ispiratore è rappresentato proprio dall'eliminazione di ruoli "maschili" e "femminili", rigidamente precostituiti, all'interno della coppia; infatti, viene attribuita agli interessati la facoltà di ripartire tra loro i diversi compiti, in ragione della possibilità e disponibilità di ciascuno a collaborare alla realizzazione dell'indirizzo di vita familiare prescelto²⁹².

Affinché il lavoratore padre possa fruire dei riposi spettanti ex art. 40 del T.U. del 2001, è tenuto a presentare apposita istanza all'Inps e al proprio datore di lavoro, cui deve essere allegata la documentazione necessaria atta ad attestare la sussistenza delle condizioni che sono presupposto per l'esercizio del diritto. In particolare, qualora il padre lavoratore chieda di accedere ai riposi in quanto è l'unico affidatario del figlio, si richiede copia del provvedimento del giudice da cui risulti l'affidamento esclusivo del bambino al richiedente, o laddove l'affidamento derivi da abbandono, è necessaria l'autocertificazione attestante

d'autonomia e danno evidente per i figli, perché, qualora la madre non potesse utilizzarlo, esso andrebbe irrimediabilmente perduto.

I rilievi accennati basterebbero a giustificare un'eccezione d'illegittimità per contrasto, quantomeno, con gli artt. 3, 30, co. 1, e 31 Cost., se davvero alla norma in esame dovesse attribuirsi il senso poc'anzi prospettato. Ma, per fortuna, l'interpretazione letterale, da sola, non è mai decisiva, ed in questo caso credo possa venir corretta ripercorrendo quella che è stata l'evoluzione storica dei nostri permessi».

²⁹² A. FONTANA, *Parto plurimo* cit., 220 ss.

l'abbandono del figlio da parte della madre. Nell'ipotesi in cui il padre abbia la facoltà di utilizzare detti riposi a fronte della rinuncia espressa della lavoratrice madre a godere dei propri, è necessaria la presentazione dell'autocertificazione del padre attestante la rinuncia ai riposi da parte della madre lavoratrice dipendente. Laddove, invece, l'esercizio del diritto abbia quale presupposto la circostanza per cui la madre non sia lavoratrice dipendente, il padre è tenuto ad allegare l'autocertificazione attestante la qualità di lavoratrice parasubordinata, autonoma, libera professionista, a domicilio, domestica, casalinga. In ultimo, in caso di morte o grave infermità della madre, il padre ha l'onere di presentare, a fronte della prima circostanza, il certificato di morte o autocertificazione, mentre, al verificarsi della seconda ipotesi, specifica certificazione medica rilasciata dal medico dell'ASL.

Unitamente alla predetta documentazione, qualora l'accesso al regime dei riposi venga richiesto per provvedere alla cura di figli biologici, il padre dovrà allegare il certificato di nascita o autocertificazione. Nel caso in cui, invece, il lavoratore padre eserciti il proprio diritto a fronte dell'adozione o affidamento di uno o più bambini, è opportuno distinguere, ai fini della documentazione da presentare in sede di istanza, tra le adozioni e affidamenti nazionali e quelli internazionali. Qualora si tratti di adozione o affidamento nazionale, è richiesta al padre:

- i) copia del provvedimento di adozione o di affidamento;
- ii) copia del documento rilasciato dall'autorità competente da cui risulti la data di effettivo ingresso del minore nella famiglia.

Nell'ipotesi, invece, di adozione o di affidamento internazionale, il padre deve allegare:

- i) copia dell'autorizzazione all'ingresso in Italia del minore, rilasciata dalla Commissione Adozioni Internazionali;
- ii) nel caso di provvedimento straniero di adozione, copia del decreto di trascrizione nei registri di stato civile, emesso dal Tribunale dei Minori o, in suo luogo, autocertificazione.

Infine, qualora il bambino sia in affidamento preadottivo, affinché il padre possa fruire dei riposi giornalieri a fronte di una delle ipotesi tassativamente

previste dal legislatore all'art. 40 del T.U. del 2001, deve essere allegata alla domanda copia del provvedimento dell'autorità competente, da cui risulti la data di effettivo ingresso del minore nel nucleo familiare²⁹³.

Tuttavia, mentre la madre ha diritto a beneficiare dei riposi giornalieri durante il congedo parentale del padre, a quest'ultimo è preclusa la presentazione della domanda durante il congedo di maternità o parentale della madre, a meno che non si richieda la fruizione delle ore aggiuntive per parto plurimo; medesima preclusione opera in capo al lavoratore, qualora la madre non si avvalga dei riposi in quanto assente dal lavoro per cause che determinano una sospensione del rapporto di lavoro come, a titolo di esempio:

- i) ferie;
- ii) aspettative o permessi non retribuiti;
- iii) pause lavorative previste nei contratti a part-time verticale di tipo settimanale, mensile, annuale²⁹⁴.

3.3. I CONGEDI PER LA MALATTIA DEL FIGLIO

3.3.1. La disciplina previgente

La normativa nazionale relativa alle tutele dei lavoratori in materia di maternità e paternità prevede, opportunamente, la possibilità per i genitori di sospendere temporaneamente lo svolgimento delle proprie mansioni professionali, al fine di garantire la propria assistenza al figlio durante i periodi di malessere di quest'ultimo. Infatti, il rafforzamento della tutela del bambino, quale obiettivo preminente perseguito dalle normative in materia, impone di considerare e regolamentare tutte le circostanze in cui si rende doverosa e, talvolta, indispensabile la partecipazione del genitore ad eventi che interessano la persona del minore, tra cui rientrano anche i periodi di malattia.

L'istituto del congedo per la malattia del figlio trova la sua prima disciplina al

²⁹³ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 196 s.

²⁹⁴ J. TSCHOLL, *Riposi giornalieri* cit., 79.

co. 2 dell'art. 7 della l. n. 1204/1971, il quale prevede la facoltà, per la lavoratrice madre, di astenersi dal lavoro in occasione della malattia del bambino, qualora quest'ultimo non abbia ancora compiuto il terzo anno di età. Tale disposizione, nel prevedere la possibilità per la prestatrice di lavoro di sospendere la propria attività lavorativa entro e non oltre i tre anni di vita del figlio, non richiama alcun limite massimo per la durata di queste assenze, comportando, conseguentemente, l'eventualità per la donna di assentarsi dal lavoro anche per periodi piuttosto lunghi di tempo, qualora le condizioni di salute del figlio siano particolarmente cagionevoli. Tale evenienza, ha fatto sorgere in dottrina perplessità riguardo l'individuazione letterale dell'istituto in quanto, parte degli studiosi hanno sostenuto che la denominazione di "aspettativa", risultasse più idonea ad indicare periodi di sospensione della prestazione continuativi e prolungati nel tempo.

Relativamente alla misura in esame, innanzitutto, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla nozione di malattia. Posto che il concetto di malattia preso in considerazione ha a riguardo le condizioni di salute del bambino e, quindi, si differenzia dalla comune nozione lavoristica, focalizzata sull'elemento dell'incapacità al lavoro, dottrina e giurisprudenza hanno adottato una nozione piuttosto ampia di malattia del figlio; infatti, quest'ultime ritengono che tale presupposto debba indentificarsi in qualsiasi alterazione, per quanto minima e localizzata, dello stato di salute del minore, tale da causare anche solo la più piccola preoccupazione sull'evolversi delle sue condizioni, e da consigliare la costante presenza della madre a fianco del figlio, anche per ragioni affettive e psicologiche. Sul punto, come affermato anche dalla Corte di Cassazione²⁹⁵, l'astensione dall'attività lavorativa della prestatrice madre, si giustifica non solo durante la fase di sviluppo della patologia in atto, ma, anche,

²⁹⁵ Cass. 6 febbraio 1988, n. 1293, *FI*, 1988, I, 784, la quale evidenzia che «...La considerazione, quindi, del fondamento e dell'alta finalità sociale della disciplina di cui trattasi consente di risolvere sul piano giuridico il problema della determinazione del concetto di malattia del bambino che, tenuto conto di tale fondamento e di tale finalità, deve necessariamente comprendere, non soltanto la fase di alterazione patologica in atto, ma altresì quella della convalescenza, con ciò intendendosi - conformemente, del resto, ai criteri propri della scienza medica - la fase conclusiva della malattia stessa durante la quale, dopo il superamento dei sintomi acuti, il paziente deve ancora recuperare le proprie normali condizioni biopsichiche. È noto peraltro come la scienza medica evidenzi altresì la delicatezza di tale fase, durante la quale sono possibili, data la debilitazione dell'organismo, pregiudizievoli ricadute. Va, del resto, considerato che, anche ai fini

nel corso del periodo di convalescenza, volto al recupero delle normali condizioni di benessere.

Il presupposto affinché la lavoratrice possa esercitare il diritto ad assentarsi in occasione della malattia del figlio è costituito dal certificato medico che, secondo quanto disposto dall'art. 30, co. 5, l. n. 1204/1971²⁹⁶, deve essere rilasciato dal medico di fiducia, scelto a discrezione della prestatrice di lavoro. La suddetta disposizione, contenuta nella l. del 1971, ha comportato il sorgere di molteplici problematiche. Innanzitutto, con riferimento a tale certificato – attestante lo stato di salute del minore per cui si accede al beneficio – il legislatore non ha previsto alcun termine entro cui lo stesso deve essere portato a conoscenza del datore di lavoro. Nel silenzio della legge, la dottrina²⁹⁷ ritiene che la suddetta certificazione medica debba essere inoltrata alla controparte del rapporto di lavoro tempestivamente rispetto all'insorgere della malattia e all'inizio del periodo di astensione dal lavoro, in ossequio ai principi di correttezza e buona fede, al fine di evitare l'irrogazione di sanzioni disciplinari per inadempimento formale o, per assenza ingiustificata. Inoltre, affinché sia presupposto valido ed efficace per l'accesso alla misura, il certificato medico, secondo quanto affermato dalla dottrina e, anche, dalla giurisprudenza di legittimità²⁹⁸, deve recare sia la diagnosi della malattia del bambino, sia la prognosi della sua durata, in modo tale da garantire, altresì, le esigenze di organizzazione aziendale del datore di lavoro. Infatti, quest'ultimo, nell'ipotesi in cui debba

della determinazione della durata del periodo per malattia del lavoratore, non può non ritenersi giustificata la protrazione dell'assenza dovuta appunto alla convalescenza nel senso sopra indicato. Si rileva ancora come la scienza medica parli altresì di psicoterapia del convalescente e sottolinei la necessità che gli venga assicurato il necessario clima per il completo suo ristabilimento fisico e psichico. Orbene, tutto ciò non può ovviamente, non essere ancor più marcatamente pertinente nei confronti del bambino ammalatosi nei suoi primissimi anni di vita ed è evidente come il ruolo della madre si riveli, per i suddetti profili, assolutamente insostituibile anche durante la fase della convalescenza. La nozione di malattia, agli specifici fini di cui trattasi, dev'essere perciò logicamente intesa in modo conforme alla "ratio" della disciplina in esame, e perciò come comprensiva di quel periodo in cui, in diretta connessione causale con una sofferta affezione morbosa, il bambino non abbia adeguatamente riacquisito le sue normali condizioni...».

²⁹⁶ L'art. 30, co. 5, l. n. 1204/1971, prevede che «Il certificato medico attestante la malattia del bambino, di cui al secondo comma dell'articolo 7 della presente legge, può essere redatto da un medico di libera scelta della lavoratrice».

²⁹⁷ R. DEL PUNTA, *La sospensione* cit., 722.

²⁹⁸ V. Cass. 6 marzo 1986, n. 1495, *GC*, 1986, I, 2177; Cass. 19 maggio 1984, n. 3087, *GC*, 1984, I, 3048.

rinunciare temporaneamente alla prestazione del proprio dipendente, può provvedere alla riorganizzazione della propria attività mediante l'assunzione di un altro lavoratore con contratto a termine, ai sensi della lett. b dell'art. 1 della l. n. 230 del 18 aprile 1962²⁹⁹. In ragione di tale facoltà disposta a garanzia del datore di lavoro, assume, dunque, maggiore rilevanza l'integrazione della normativa operata da dottrina e giurisprudenza, concernente la necessità di indicare, nel certificato rilasciato dal medico, la diagnosi e la prognosi, le quali permettono:

- i) una deliberazione sull'esistenza di un disturbo astrattamente qualificabile come malattia;
- ii) una previsione circa i tempi di rientro al lavoro della dipendente, salva la facoltà di invio di ulteriori certificazioni;
- iii) qualora il datore di lavoro proceda all'assunzione di un sostituto, l'indicazione di un termine finale nel contratto a tempo determinato, anche se nulla vieta un'indicazione *per relationem* riferita genericamente alla fine dell'evento malattia³⁰⁰.

Un'ulteriore criticità derivante dalla disposizione di cui all'art. 30, co. 5, della l. n. 1204/1971 è costituita dalla previsione secondo la quale, ai fini della concessione del permesso a fronte della malattia del figlio, è sufficiente la presentazione del certificato rilasciato dal medico di fiducia della lavoratrice, liberamente scelto dalla stessa e, dunque, non necessariamente appartenente ad una struttura pubblica. Infatti, la scelta compiuta dal legislatore del 1971 di non richiedere la certificazione sanitaria rilasciata da un medico appartenente al Servizio Sanitario Nazionale o con esso convenzionato quale presupposto per l'esercizio del diritto, in linea con quanto previsto per le altre misure a tutela dei genitori lavoratori, si presenta inidonea a garantire l'assoluta imparzialità della valutazione. Nonostante a giustificazione di questa decisione, assunta dal legislatore, militino esigenze di rapidità di attivazione dell'istituto, la stessa ha delle ripercussioni sulla questione, anch'essa problematica, del controllo da parte del datore di lavoro della veridicità dello stato di salute del minore, così

²⁹⁹ La legge 18 aprile 1962, n. 230, è rubricata "Disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato".

³⁰⁰ R. DEL PUNTA, *La sospensione* cit., 718 ss.

come attestato nel certificato stesso. Relativamente al diritto del datore di lavoro di avviare dei controlli al fine di verificare la reale sussistenza della malattia del bambino, si sono venuti a creare due diversi filoni giurisprudenziali. Secondo il primo orientamento, assunto dal Tribunale di Milano³⁰¹, le condizioni di salute del bambino, per cui si richiede la fruizione del congedo, non possono essere oggetto di verifica su istanza del datore di lavoro, sulla base della disposizione contenuta all'art. 30, co. 4, della l. n. 1204/1971³⁰². Il riferimento corre alla norma che prevede la possibilità di controllo, da parte dell'Ispettorato del lavoro, dei certificati rilasciati dai medici competenti ad effettuare le visite delle donne gestanti e in periodo di allattamento. Secondo il Tribunale milanese, dunque, posto che il co. 4 dell'art. 30 della l. del 1971 precede il co. 5, si deve necessariamente ritenere che, quanto disposto dal co. 4 può essere riferito soltanto ad un controllo da esercitarsi sulle condizioni di salute attestate dai certificati medici indicati nei commi precedenti, e non, anche, sui certificati menzionati nel proseguo dell'articolo. Conseguentemente, secondo questa interpretazione letterale della norma, lo stato di salute del minore non può essere oggetto di controlli disposti dal datore di lavoro, volti a verificare la legittimazione dell'assenza del proprio dipendente.

Di tutt'altro avviso, è l'interpretazione normativa adottata dal Tribunale di Ravenna³⁰³ il quale ritiene che la collocazione del co. 5 non può ritenersi decisiva per escludere che il co. 4 possa applicarsi anche ai controlli sulle malattie del bambino³⁰⁴. Inoltre, a sostegno di tale orientamento si schiera una parte della dottrina, la quale fonda le proprie considerazioni sull'art. 5 St. lav.³⁰⁵, recante

³⁰¹ T. di Milano 9 luglio 1988, *RIDL*, 1989, II, 117. Sul punto, v. anche P. Milano 20 gennaio 1987, *OGI*, 1987, 105; P. Milano 10 aprile 1981, *RGL*, 1981, II, 756.

³⁰² L'art. 30, co. 4, l. n. 1204/1971, prevede che «I medici dell'ispettorato del lavoro hanno facoltà di controllo».

³⁰³ T. di Ravenna 11 settembre 1985, *GC*, 1986, I, 236.

³⁰⁴ È da precisare che il controllo ha ad oggetto le condizioni di salute attestate dal certificato medico, in quanto il datore di lavoro non può verificare le condizioni del minore mediante suoi collaboratori o di persona.

³⁰⁵ L'art 5, l. n. 300/1970, in materia di "Accertamenti sanitari", prevede che «Sono vietati accertamenti da parte del datore di lavoro sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente.

Il controllo delle assenze per infermità può essere effettuato soltanto attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, i quali sono tenuti a compierlo quando il datore di lavoro lo richieda.

le disposizioni sul controllo della malattia del lavoratore. In particolare, parte degli studiosi della materia ha ritenuto che, parimenti a quanto accade in occasione dell'insorgere della malattia del lavoratore, non può essere negata la facoltà al datore di lavoro di verificare la veridicità del motivo della sospensione della prestazione, al fine di evitare assenze giustificate solo formalmente³⁰⁶. Inoltre, l'interesse del datore di lavoro a promuovere un controllo è stato implicitamente confermato, anche, dalla Corte di Cassazione la quale, con sentenza n. 1495/1986, ha legittimato un dipendente, assunto con contratto a termine al fine di sostituire la prestatrice collocata a riposo, a richiedere la verifica dell'esistenza e del contenuto del certificato medico, presentato dalla lavoratrice a giustificazione della malattia del figlio. Dunque, se il terzo è interessato a siffatta indagine, a maggior ragione dovrà ritenersi interessato ad essa, e perciò abilitato, il datore di lavoro, in modo tale che lo stesso possa prevenire il rischio di stipulare un contratto a termine corrispondente ad una causale inesistente³⁰⁷.

La disciplina in materia di congedi per malattia del figlio prevista dalla l. del 1971 non ha comportato solamente il sorgere di problemi di natura interpretativa che hanno impegnato dottrina e giurisprudenza, ma ha, anche, mancato di garantire alle lavoratrici destinatarie della misura quel minimo di tutela necessaria in termini economici ed occupazionali, affinché le stesse possano fruire del beneficio senza subire alcun pregiudizio.

Per quanto attiene al trattamento economico e previdenziale, infatti, secondo quanto stabilito dall'art. 7, co. 5, della l. n. 1204/1971³⁰⁸, qualora la lavoratrice madre fruisca di un periodo di sospensione dell'attività lavorativa al manifestarsi del peggioramento delle condizioni di salute del figlio, essa non ha diritto a percepire alcun riconoscimento economico, né da parte dell'Ente previdenziale, né da parte del datore di lavoro; il solo beneficio che viene previsto dalla

Il datore di lavoro ha la facoltà di far controllare l'idoneità fisica del lavoratore da parte di enti pubblici ed istituti specializzati di diritto pubblico».

³⁰⁶ M. L. VALLAURI, *Congedi per malattia del figlio*, in *I nuovi congedi* cit., 87 s.

³⁰⁷ R. DEL PUNTA, *La sospensione* cit., 725 s.

³⁰⁸ L'art. 7, co. 5, l. n. 1204/1971, prevede che «I periodi di astensione dal lavoro di cui ai commi 1 e 4 sono computati nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie e alla tredicesima mensilità o alla gratifica natalizia».

normativa a favore della donna è il calcolo dei giorni di assenza ai fini del computo dell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie e alla tredicesima mensilità o alla gratifica natalizia.

Inoltre, la l. n. 1204/1971 nulla prevede in tema di licenziamento. Ciò comporta che il recesso intimato alla lavoratrice che eserciti il diritto al congedo per malattia del figlio, è automaticamente nullo fino al compimento del primo anno di età del figlio, in quanto idoneo a rientrare nella disciplina di cui all'art. 2 della medesima normativa del 1971. Laddove, invece, l'interruzione del rapporto di lavoro dovesse avere luogo decorso il primo anno di vita del figlio, la donna beneficiaria del congedo non avrebbe alcuna garanzia di ripristino della propria condizione lavorativa, in quanto la nullità non opera in via automatica; infatti, in tale ultima ipotesi, la lavoratrice madre può invocare a propria difesa unicamente le forme ordinarie di tutela, contestando la legittimità del licenziamento per vizio di motivazione e denunciandone la natura discriminatoria, esclusivamente in pendenza di una regolare istruttoria. Si richiede, dunque, che la ricorrente fornisca elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione che l'interruzione del rapporto da parte del datore di lavoro sia avvenuta in virtù della fruizione del congedo per la malattia del figlio da parte della lavoratrice stessa. La dimostrazione della sussistenza di tali elementi comporta un'inversione dell'onere della prova: graverà sul convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione³⁰⁹.

Così come si evince dalle disposizioni in tema di congedo per la malattia del figlio e come, anche, ricordato nella disamina storica delle tutele predisposte dalla legislazione nazionale a favore della lavoratrice madre e del lavoratore padre, (cfr., *supra*, § 2) la l. n. 1204/1971 è, quindi, volta a tutelare esclusivamente la lavoratrice madre biologica, non estendendo l'applicabilità dei benefici, né al lavoratore padre, né ai genitori adottivi e affidatari. Perché il legislatore intraprenda un percorso di parificazione in termini di tutele, bisogna attendere la l. n. 903/1977 con la quale molte delle misure accordate alla lavoratrice madre naturale trovano applicazione anche nei confronti dei lavoratori padri e

³⁰⁹ F. BORGOGELLI, *Le garanzie e le tutele del posto di lavoro*, in *I nuovi congedi cit.*, 174

dei genitori giuridici. Con la normativa del 1977, dunque, anche l'istituto del congedo concesso in occasione della malattia del figlio si configura quale diritto spettante alle lavoratrici che abbiano adottato o preso in affidamento un bambino, da esercitarsi entro il primo anno dall'effettivo ingresso del minore nel nucleo familiare, a condizione che lo stesso non abbia compiuto i tre anni di età. La medesima misura trova quale destinatario anche il lavoratore padre naturale o adottivo/affidatario, qualora ricorrano due ipotesi:

- i) in alternativa alla madre lavoratrice dipendente che vi abbia espressamente rinunciato;
- ii) nel caso di affidamento esclusivo dei figli al padre.

Nonostante l'apprezzabile intento del legislatore del 1977 di rimuovere le disparità in termini di tutele, realizzate dalla legislazione precedente, sono evidenti le differenze di disciplina che, ancora, permangono. Al sorgere della malattia del figlio, i genitori adottivi e affidatari hanno la facoltà di interrompere lo svolgimento delle proprie mansioni professionali, per un periodo di gran lunga ridotto rispetto a quello di cui possono godere i lavoratori genitori biologici; i genitori giuridici, infatti, hanno la possibilità di esercitare il diritto al congedo per la malattia del figlio, di cui sono titolari, esclusivamente nel primo anno dall'ingresso del minore in famiglia, a differenza dei genitori naturali, i quali hanno la facoltà di fruire del beneficio per i primi tre anni dalla nascita del figlio. Per quanto, invece, attiene al diritto al congedo attribuito al lavoratore padre, quest'ultimo – nonostante possa essere esercitato nei primi tre anni di vita del figlio, al pari del beneficio spettante alla lavoratrice madre biologica – è condizionato all'assenza, volontaria o involontaria, della donna³¹⁰.

Per ovviare, dunque, alle carenze presenti, dapprima, nella l. n. 1204/1971 e, successivamente, nella l. n. 903/1977, in materia di assenze per malattia del bambino, il legislatore interviene a novellare la disciplina con l'art. 3, co. 3, della l. 8 marzo 2000, n. 53, con cui vengono riformati i co. 4 e 5 dell'art. 7 della l. del 1971. Le novità introdotte dalla normativa del 2000 vengono, poi, recepite e, ad oggi regolate, dal Capo VII del T.U., introdotto con il d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

³¹⁰ M. L. VALLAURI, *Congedi per malattia* cit., 86 s.

3.3.2. L'attuale congedo per la malattia del figlio

L'art. 47 del T.U. del 2001 prevede che i genitori, alternativamente, a fronte dell'insorgere della malattia del figlio, hanno la facoltà di astenersi dall'attività lavorativa per un arco temporale indeterminato nei primi tre anni di vita del bambino, e nel limite di cinque giorni lavorativi all'anno qualora quest'ultimo abbia un'età compresa tra i tre e gli otto anni³¹¹. Dunque, innanzitutto, l'istituto del congedo per la malattia del figlio viene innovato, non solo in riferimento alla durata del permesso ma, in ragione della volontà del legislatore, rivolta al rafforzamento della protezione del minore, tale diritto viene attribuito al lavoratore padre in via autonoma, previo accordo con la madre. A dimostrazione del carattere maggiormente garantista della novella del 2001, inoltre, il co. 6 dell'art. 47 del T.U.³¹² consente la fruizione dei congedi per la malattia del figlio anche quando l'altro genitore non ne abbia diritto, in particolare quando la madre non sia lavoratrice dipendente, bensì autonoma, o libera professionista, o lavoratrice a domicilio, o addetta ai servizi domestici e familiari.

Il legislatore del 2001 interviene, altresì, a prolungare la durata del beneficio anche per i genitori adottivi e affidatari. In particolare, l'art. 50 del T.U. del 2001³¹³ consente ai lavoratori, genitori giuridici, di essere collocati a riposo – per dedicare le proprie cure al figlio il cui stato di salute è cagionevole – senza limiti di tempo, entro il compimento del sesto anno di età del minore e nel limite di cinque giorni lavorativi all'anno, qualora il bambino abbia un'età compresa tra i sei e gli otto anni. Nell'ipotesi, poi, in cui il figlio, al momento

³¹¹ Il Ministero del Lavoro con l'interpello n. 33 del 19 agosto 2008 ha chiarito che, i genitori hanno un diritto illimitato fino al giorno del compimento del terzo anno di età del bambino, mentre il diritto si riduce a cinque giorni annui per ogni genitore, dal giorno successivo al compimento del terzo anno di età e fino al giorno del compimento dell'ottavo anno di età compreso, cfr., al riguardo, anche R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 227.

³¹² L'art. 47, co. 6, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Congedo per la malattia del figlio", prevede che «Il congedo spetta al genitore richiedente anche qualora l'altro genitore non ne abbia diritto».

³¹³ L'art. 50, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Adozioni e affidamenti", prevede che «1. Il congedo per la malattia del bambino di cui al presente Capo spetta anche per le adozioni e gli affidamenti. 2. Il limite di età, di cui all'articolo 47, comma 1, è elevato a sei anni. Fino al compimento dell'ottavo anno di età si applica la disposizione di cui al comma 2 del medesimo articolo. 3. Qualora, all'atto dell'adozione o dell'affidamento, il minore abbia un'età compresa fra i sei e i dodici anni, il congedo per la malattia del bambino è fruito nei primi tre anni dall'ingresso del minore nel nucleo familiare alle condizioni previste dall'articolo 47, comma 2».

dell'adozione o affidamento, abbia un'età compresa tra i sei e i dodici anni, i genitori, alternativamente, possono esercitare il diritto di cui sono titolari nei primi tre anni dall'ingresso del minore nel nucleo familiare e nel limite di cinque giorni lavorativi all'anno³¹⁴. La legge specifica che il congedo spetta per ciascun figlio; da ciò consegue che, nell'ipotesi di parto plurimo o in caso di adozione/affidamento di due o più bambini, il periodo di permesso spettante in base all'età del minore può essere utilizzato per ciascuno di essi.

Tuttavia, sia i genitori naturali che i genitori adottivi o affidatari possono esercitare il diritto di cui sono titolari, entro i limiti fissati dal legislatore, solo alternativamente, in quanto la disciplina in materia non permette ai lavoratori di assentarsi contemporaneamente dal proprio posto di lavoro, per occuparsi del bambino il cui stato di salute risulta essere cagionevole. La dottrina ritiene che la *ratio* alla base di tale previsione vada esaminata alla luce della finalità dell'istituto; infatti, gli studiosi della materia hanno evidenziato come, probabilmente, l'interesse da soddisfare ossia, garantire al bambino malato la presenza di un familiare in caso di malattia, può utilmente essere appagata dalla presenza di un solo genitore. È sulla base di tale considerazione che, il legislatore, al fine di assicurare il rispetto della disposizione in esame, ha attribuito l'onere al genitore che si presta a fruire del congedo ad esso spettante di presentare, al proprio datore di lavoro, una dichiarazione attestante che l'altro genitore non sia in astensione dal lavoro negli stessi giorni per il medesimo motivo. Si ritiene, invece, che tale obbligo non gravi sulla lavoratrice o lavoratore, qualora l'altro genitore non sia titolare del diritto al congedo³¹⁵.

Il T.U. n. 151/2001 anche nelle sue successive evoluzioni, svolge un ruolo significativo in materia di congedi per la malattia del figlio, non solo per aver esteso i termini temporali per fruire del beneficio, ma, soprattutto, per aver risolto parte dei problemi di natura interpretativa derivanti dalle disposizioni contenute nella l. n. 1204/1971. In particolare, il legislatore del 2001, all'art. 47, co. 3, del T.U.³¹⁶, ha previsto che il certificato medico – presupposto per

³¹⁴ A. D'ANDREA, *Il sistema di tutela e sostegno della maternità. Il "dialogo" della legislazione italiana con la normativa comunitaria*, LPO, 2001, 1288.

³¹⁵ M. L. VALLAURI, *Congedi per malattia* cit., 89 ss.

³¹⁶ L'art. 47, co. 3, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Congedo per la malattia del figlio", prevede che «La certificazione di malattia necessaria al genitore per fruire dei congedi di cui ai commi 1

l'esercizio del diritto da parte del genitore lavoratore – debba essere obbligatoriamente rilasciato da un medico specialista del Servizio Sanitario Nazionale o con esso convenzionato; tale previsione normativa è andata a sostituire la formulazione contenuta all'art. 30, co. 5, della l. n. 1204/1971, la quale stabiliva, come ricordato in precedenza, che il certificato da portare all'attenzione del datore di lavoro potesse essere redatto da un medico di fiducia della lavoratrice, non necessariamente appartenente ad una struttura pubblica. Dunque, la riforma del 2001 ha permesso di garantire, nel procedimento per la concessione del diritto al congedo, la presenza di un medico terzo ed imparziale rispetto alle parti del rapporto. Ciò consente, quindi, di risolvere la problematica relativa al controllo da parte del datore di lavoro della veridicità della malattia del figlio del lavoratore; infatti, l'interesse del datore di lavoro a richiedere l'avvio di verifiche, volte ad accertare il reale stato di salute del bambino, appare privo di giustificazione, in ragione della previsione normativa che ha attribuito la competenza al rilascio della certificazione sanitaria ad un medico imparziale, in quanto appartenente al Servizio Sanitario Nazionale o con esso convenzionato. In ogni caso, al fine di dirimere gli eventuali dubbi residui, oggi è l'art. 47, co. 5, del T.U. del 2001³¹⁷ ad escludere, espressamente, che, ai congedi per la malattia del figlio possano essere applicate le disposizioni sul controllo della malattia del lavoratore e, dunque, l'art. 5 St. lav.³¹⁸. Alla luce dell'inapplicabilità della disciplina prevista dalla normativa n. 300/1970, il genitore che esercita il diritto ad assentarsi dal proprio posto di lavoro a fronte della malattia del figlio, non è tenuto ad essere reperibile nelle fasce orarie proprie del lavoratore assente a titolo di malattia personale³¹⁹.

e 2 è inviata per via telematica direttamente dal medico curante del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato, che ha in cura il minore, all'Istituto nazionale della previdenza sociale, utilizzando il sistema di trasmissione delle certificazioni di malattia di cui al decreto del Ministro della salute in data 26 febbraio 2010, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 65 del 19 marzo 2010, secondo le modalità stabilite con decreto di cui al successivo comma 3-bis, e dal predetto Istituto è immediatamente inoltrata, con le medesime modalità, al datore di lavoro interessato e all'indirizzo di posta elettronica della lavoratrice o del lavoratore che ne facciano richiesta».

³¹⁷ L'art. 47, co. 5, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Congedo per la malattia del figlio", prevede che «Ai congedi di cui al presente articolo non si applicano le disposizioni sul controllo della malattia del lavoratore».

³¹⁸ M. L. VALLAURI, *Congedi per malattia* cit., 91.

³¹⁹ Cfr., al riguardo, M. CAGARELLI, *I congedi parentali* cit., 40, ha richiamato, a tal proposito, la Circolare n. 14/2000 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione

Il medesimo art. 47, co. 3, del T.U., ai fini della presentazione della documentazione sanitaria attestante le condizioni di salute del figlio per il quale si beneficia del congedo, inoltre, prevede che, il certificato medico deve essere inviato per via telematica direttamente dal medico curante del Servizio Sanitario Nazionale o con esso convenzionato all'Inps, mediante il sistema di trasmissione delle certificazioni di malattia di cui al decreto del Ministro della Salute del 26 febbraio 2010³²⁰, secondo le modalità stabilite con decreto di cui al successivo co. 3 bis³²¹. Una volta, poi, che tale documentazione viene inoltrata e ricevuta dall'Ente previdenziale, quest'ultimo provvede ad inoltrarla, immediatamente, con le medesime modalità, al datore di lavoro interessato³²². Tuttavia, nonostante tale previsione normativa, il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri menzionato al co. 3 bis dell'art. 47 del T.U. del 2001 non è ancora stato emanato, per cui in attesa della definizione del modello di certificazione e delle relative specifiche, continua a trovare applicazione la disciplina previgente ossia la presentazione al datore di lavoro della certificazione medica cartacea, nonché apposita dichiarazione attestante che l'altro genitore non sia in congedo negli stessi giorni per il medesimo motivo³²³.

L'intento del legislatore dell'ultimo decennio, diretto ad ampliare e rafforzare le tutele a beneficio dei genitori lavoratori, così da poter più facilmente tutelare le esigenze fisiologiche e psicologiche del minore, ha condotto all'introduzione di un'altra importante novità. Il riferimento corre, al co. 4 dell'art. 47 del T.U.

Pubblica, la quale ha precisato che «Il genitore che si assenta non è tenuto ad essere reperibile nelle fasce orarie che riguardano esclusivamente il controllo della malattia del lavoratore».

³²⁰ Il decreto del Ministro della Salute del 26 febbraio 2010 è intitolato “Definizione delle modalità tecniche per la predisposizione e l'invio telematico dei dati delle certificazioni di malattia al SAC”.

³²¹ L'art. 47, co. 3 bis, d.lgs. n. 151/2001, in materia di “Congedo per la malattia del figlio”, prevede che «Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottare entro il 30 giugno 2013, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, del Ministro delegato per l'innovazione tecnologica e del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro della salute, previo parere del Garante per la protezione dei dati personali, sono adottate, in conformità alle regole tecniche previste dal Codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, le disposizioni necessarie per l'attuazione di quanto disposto al comma 3, comprese la definizione del modello di certificazione e le relative specifiche».

³²² L. CALAFÀ, *Congedi, aspettative, permessi, dopo il Collegato lavoro*, in *Il nuovo diritto del lavoro*, diretto da L. FIORILLO - A. PERULLI, vol. II, *Rapporto individuale e processo del lavoro*, Giappichelli, 2014, 404.

³²³ L. MARIANI - M. ARLATI - P. SALAZAR, *Congedi parentali cit.*, 60.

del 2001³²⁴, il quale consente al genitore di richiedere l'interruzione dell'eventuale godimento di un periodo di ferie, qualora quest'ultimo coincida con la malattia del figlio che rende necessario il ricovero dello stesso in una struttura ospedaliera. La novella del 2001, con tale disposizione, non ha fatto altro che estendere la disciplina già prevista in caso di malattia personale del lavoratore, in ragione della funzione svolta dall'istituto delle ferie. Infatti, le ferie sono funzionali affinché il lavoratore possa recuperare le proprie energie fisiche e psichiche; si presume, dunque, che laddove si verifichi un peggioramento delle condizioni di salute del figlio, lo stato di agitazione e preoccupazione che ne deriva sia idoneo a pregiudicare la funzione svolta dalle ferie stesse. Per ovviare ad una tale eventualità, il legislatore ha, quindi, opportunamente, disciplinato la facoltà, per il genitore del figlio colpito dall'evento malattia, di convertire il periodo di ferie con il congedo per la malattia del figlio.

Tuttavia, nonostante la norma meriti di essere valutata positivamente, sorgono delle perplessità a riguardo. In particolare, dal tenore letterale della norma sembra evidente che il legislatore abbia voluto ribadire uno dei principi cardine della disciplina in materia di congedi per la malattia del figlio ossia, l'alternatività. Infatti, anche qualora entrambi i genitori godano di un periodo di ferie, solo a uno di essi è consentita la facoltà di richiedere l'interruzione delle stesse, secondo i limiti temporali tassativamente previsti dalle disposizioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 47 del T.U. del 2001³²⁵. La scelta compiuta dal legislatore del 2001, è criticata dalla dottrina sulla base della considerazione per cui entrambi i genitori subiscono un pregiudizio in termini di stress e preoccupazione dalla malattia del figlio che richieda il ricovero ospedaliero, in ragione del

³²⁴ L'art. 47, co. 4, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Congedo per la malattia del figlio", prevede che «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».

³²⁵ Se fino ai tre anni di vita del bambino il godimento delle ferie può essere interrotto per tutto il tempo necessario e coincidente con la degenza ospedaliera, qualora il figlio abbia, invece, un'età compresa tra i tre e gli otto anni, l'interruzione delle ferie viene consentita per i soli cinque giorni concessi a ciascun genitore per assistere il figlio, dopo di che anche l'interruzione delle ferie deve cessare al pari di come si esaurisce la legittima sospensione della prestazione. Ciò riguarda, chiaramente, anche i lavoratori genitori adottivi o affidatari, i quali godono della possibilità di interrompere la fruizione dei periodi di ferie, nel rispetto dei limiti temporali disposti a loro favore dal legislatore all'art. 50 del T.U. del 2001.

quale non si giustifica una tale disparità di trattamento all'interno della coppia³²⁶.

Alcuna novità è stata, invece, introdotta in tema di trattamento economico, a conferma che la possibilità di fruire del congedo per la malattia del figlio costituisce una libera scelta dei genitori lavoratori dipendenti e che, conseguentemente, vengono posti a carico di quest'ultimi i compiti di assistenza man mano che il bambino avanza nella sua crescita. Dunque, all'esercizio del diritto al congedo non corrisponde la corresponsione di alcuna retribuzione ed indennità, né a carico del datore di lavoro, né dell'Ente previdenziale, anche se sono fatte salve le condizioni di miglior favore previste dai contratti collettivi di qualsiasi livello. I periodi di permesso per la malattia del figlio continuano, tuttavia, ad essere computati nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie e alla tredicesima mensilità o alla gratifica natalizia.

Con riferimento, invece, al trattamento previdenziale, l'art. 49 del T.U. del 2001 riconosce a tutti i lavoratori la contribuzione figurativa piena fino al compimento del terzo anno di età del minore, mentre, qualora il congedo venga fruito per assistere un bambino di età compresa tra i tre e gli otto anni, la contribuzione figurativa viene ridotta, attribuendo come valore retributivo per tale periodo il 200 per cento del valore massimo dell'assegno sociale, proporzionato ai periodi di riferimento, sempre fatta salva la possibilità per il dipendente di provvedere ad integrare tali contributi con versamenti volontari o con riscatto ai sensi dell'art. 13 della l. n. 1338/1962.

Il congedo per la malattia del figlio così disciplinato dagli artt. 47 e ss. del T.U. del 2001 costituisce, quindi, un diritto potestativo attribuito ai genitori lavoratori dipendenti, cui consegue una posizione di soggezione del datore di lavoro; infatti, laddove quest'ultimo rifiuti, si opponga o ostacoli l'esercizio del diritto cui il genitore è titolare, è passibile dell'applicazione di una sanzione amministrativa da € 516,00 a € 2.582,00³²⁷.

³²⁶ M. CAGARELLI, *I congedi parentali* cit., 41.

³²⁷ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 228 s.

3.4. I PERMESSI A TUTELA DEI FIGLI DISABILI

La nozione di malattia adottata da dottrina e giurisprudenza consente, tuttavia, l'applicazione della disciplina del congedo per l'assistenza dei figli, limitatamente a quei casi in cui si verifichi un'alterazione temporanea delle condizioni di salute del minore. Infatti, la concezione di malattia come alterazione transitoria delle normali condizioni psico-fisiche non permette di tutelare quei soggetti che sono bisognosi di una maggiore protezione in quanto portatori di difetti di costituzione, di malformazioni congenite o, in genere, di patologie di carattere cronico³²⁸.

Al fine di colmare tale vuoto legislativo, è intervenuta la l. 5 febbraio 1992, n. 104, ossia la "Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate"; questa normativa, di concerto con le disposizioni contenute nella l. n. 53/2000 e nel d.lgs. n. 151/2001, è volta a prevedere una pluralità di misure, al fine di consentire ai lavoratori, genitori di figli portatori di *handicap*³²⁹, di organizzare l'assistenza degli stessi, nonostante il compimento della maggiore età. Infatti, a differenza degli altri benefici pensati e regolati a vantaggio dei genitori lavoratori, per permettere agli stessi di conciliare le esigenze di cura familiare e di lavoro, le misure predisposte dal legislatore per facilitare i doveri di cura nei confronti di figli disabili non dipendono necessariamente dalla minore età del soggetto portatore di *handicap*, a dimostrazione della sussistenza di un bisogno di tutela maggiore e di diversa natura.

In particolare, i diritti di cui sono titolari i genitori di figli con disabilità sono:

- i) il prolungamento del congedo parentale, disciplinato all'art. 33, co. 1, del T.U. n. 151/2001;
- ii) i permessi giornalieri retribuiti di due ore, disciplinati all'art. 33, co. 2, della l. n. 104/1992;

³²⁸ A. FONTANA, *Permessi per assistenza a minori con handicap e loro frazionabilità*, GM, 1999, 1125.

³²⁹ L'art. 3, co. 1, l. n. 104/1992, in materia di "Soggetti aventi diritto", individua il soggetto beneficiario della normativa, definendo "persona handicappata" «colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione».

- iii) i permessi di tre giorni retribuiti al mese, disciplinati all'art. 33, co. 3, della l. n. 104/1992;
- iv) il congedo straordinario per gravi motivi familiari, disciplinato all'art. 42, co. 5, del T.U. del 2001.

3.4.1. Il prolungamento del congedo parentale

La disciplina concernente la facoltà, per i genitori di figli portatori di *handicap*, di richiedere un prolungamento del congedo parentale, in precedenza regolata dall'art. 33, co. 1, della l. n. 104/1992, è ora contenuta nell'art. 33 del T.U. del 2001. Questa disposizione consente ai genitori di minori portatori di *handicap* grave, accertato ai sensi dell'art. 4, co. 1, della l. n. 104/1992³³⁰, di fruire, alternativamente, di un periodo di congedo parentale dalla durata superiore rispetto al diritto attribuito ai genitori di figli non affetti da disabilità; infatti, il lavoratore padre o la lavoratrice madre, genitori di figli disabili, anche adottivi o affidatari, hanno la facoltà di godere di un ulteriore periodo di astensione dall'attività lavorativa per un massimo di tre anni, da utilizzare entro il compimento del dodicesimo anno di vita del minore, o, in caso di adozione o affidamento, entro dodici anni dall'ingresso del minore nel nucleo familiare.

Tale congedo è, tuttavia, comprensivo dei periodi di congedo parentale ordinario, pari a sei mesi qualora siano goduti dalla madre, a sette mesi in caso di fruizione da parte del padre o a undici mesi qualora utilizzati da entrambi i genitori (cfr., *supra*, § 3.2).

Il congedo parentale prolungato, fruibile in modo continuativo o frazionato, è, tuttavia, soggetto a tre condizioni. In primo luogo, il figlio per cui si richiede l'utilizzo del beneficio deve essere portatore di *handicap* in situazione di gra-

³³⁰ L'art. 4, co. 1, l. n. 104/1992, in materia di "Accertamento dell'handicap", prevede che «Gli accertamenti relativi alla minorazione, alle difficoltà, alla necessità dell'intervento assistenziale permanente e alla capacità complessiva individuale residua, di cui all'articolo 3, sono effettuati dalle unità sanitarie locali mediante le commissioni mediche di cui all'articolo 1 della legge 15 ottobre 1990, n. 295, che sono integrate da un operatore sociale e da un esperto nei casi da esaminare, in servizio presso le unità sanitarie locali».

vità. In secondo luogo, il diritto di cui i genitori lavoratori sono titolari, è esercitabile a condizione che il figlio per il quale si richiede la fruizione del beneficio non sia ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati. A tal proposito, l'Inps con circolare n. 90/2007³³¹ e con messaggio n. 14480 del 28 maggio 2010³³² ha precisato che, per ricovero a tempo pieno si deve intendere il ricovero per le intere ventiquattro ore presso strutture ospedaliere o simili, salvo le seguenti eccezioni:

i) qualora si tratti di ricovero a tempo pieno, finalizzato ad un intervento chirurgico oppure a scopo riabilitativo, di un bambino di età inferiore ai tre anni con disabilità in situazione di gravità, per il quale risulti certificato dai sanitari della struttura ospedaliera il bisogno di assistenza da parte di un genitore. L'Inps, con circolare n. 155 del 3 dicembre 2010³³³ è, poi, nuovamente intervenuto sul punto, prevedendo che l'eccezione opera non solo con riferimento al bambino avente un'età inferiore ai tre anni, ma per qualsiasi figlio a prescindere dall'età dello stesso;

ii) qualora il ricovero riguardi un figlio con disabilità in situazione di gravità in stato vegetativo persistente e/o con prognosi infausta a breve termine. Tale stato presuppone, tuttavia, una valutazione da parte del dirigente responsabile del Centro medico legale della sede Inps;

iii) qualora il ricovero del figlio disabile in situazione di gravità necessiti di essere interrotto, affinché lo stesso possa recarsi al di fuori della struttura che lo ospita per effettuare visite e terapie appositamente certificate³³⁴.

Dunque, come si può dedurre anche dalle suddette eccezioni, la *ratio* del presupposto del mancato ricovero a tempo pieno presso istituti specializzati, cui è

³³¹ Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, circ. 23 maggio 2007, n. 90, disponibile al link <http://www.inps.it/circolari/Circolare%20numero%2090%20del%2023-5-2007.htm> (ultima consultazione in data 14 dicembre 2016).

³³² Messaggio della Direzione Centrale Inps prestazione sostegno al reddito ai Direttori delle strutture territoriali, in data 28 maggio 2010, n. 14480, disponibile al link <http://www.inps.it/Messaggi/Messaggio%20numero%2014480%20del%2028-05-2010.htm> (ultima consultazione in data 14 dicembre 2016).

³³³ Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, circ. 3 dicembre 2010, n. 155, disponibile al link <http://www.inps.it/CircolariZIP/Circolare%20numero%20155%20del%2003-12-2010.pdf> (ultima consultazione in data 14 dicembre 2016).

³³⁴ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 199 ss.

soggetta la fruizione della misura *de quo*, si sostanzia nella necessaria presenza di un adulto che si occupi costantemente dell'assistenza al minore disabile.

La terza condizione cui è soggetto il beneficio di cui all'art. 33 del T.U. del 2001, riguarda il preventivo decorso del periodo di congedo parentale disciplinato all'art. 32 del medesimo T.U., il quale può essere goduto o meno da parte del genitore titolare del diritto. Coerentemente a ciò, l'Inps con messaggio n. 22578 del 17 settembre 2007³³⁵ ha specificato che, il prolungamento del congedo parentale può essere riconosciuto indipendentemente dal diritto dell'altro genitore:

- i) alla madre, decorsi sei mesi dalla fine del congedo di maternità;
- ii) al padre, decorsi sette mesi dalla data di nascita del figlio;
- iii) al genitore "solo", decorsi dieci mesi dalla fine del congedo di maternità, qualora si tratti di madre "sola". Qualora la cura del figlio disabile gravi, invece, interamente sul padre lavoratore, quest'ultimo può fruire del prolungamento del congedo decorsi dieci mesi dalla nascita del figlio o dalla fruizione del congedo di paternità.

Per quanto attiene al trattamento economico e previdenziale, nulla varia rispetto alla disciplina prevista in materia di congedo parentale ordinario. Ciò comporta che il lavoratore, genitore di un figlio portatore di *handicap* grave, ha diritto alla corresponsione di un'indennità economica pari al 30% della retribuzione media globale giornaliera del periodo di paga quadrisettimanale, immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha avuto inizio il collocamento a riposo. Tuttavia, una volta che siano fruiti effettivamente e complessivamente sei mesi di congedo tra madre e padre, l'indennità pari al 30% spetta a condizione che il reddito individuale dell'interessato sia inferiore a 2,5 volte l'importo del trattamento minimo di pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria. Inoltre, anche i periodi di congedo parentale prolungato sono computati nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie e alla tredicesima mensilità o gratifica natalizia.

³³⁵ Messaggio della Direzione Centrale Inps prestazione sostegno al reddito ai Direttori delle strutture territoriali, in data 17 settembre 2007, n. 22578, disponibile al link http://www.italialavoro.it/wps/wcm/connect/e5517d004dafd2d4a169a359535ba122/All_INPS_Mess_22578_2007.pdf?MOD=AJPERES (ultima consultazione in data 14 dicembre 2016).

Per quanto, poi, concerne il trattamento previdenziale, il periodo di congedo parentale prolungato che dà diritto all'indennità economica pari al 30% è coperto da contribuzione figurativa ai fini della maturazione del diritto alla pensione, indipendentemente dall'anzianità contributiva pregressa, a condizione, tuttavia, che si sia in costanza di rapporto di lavoro. Qualora, invece, il richiedente non abbia diritto a percepire il beneficio economico pari al 30% della retribuzione media globale giornaliera del periodo di paga quadrisettimanale, immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha avuto inizio l'astensione dal lavoro, la contribuzione figurativa viene ridotta; difatti, quest'ultima viene calcolata attribuendo come valore retributivo, per il periodo di congedo parentale prolungato, il 200 per cento del valore massimo dell'assegno sociale, proporzionato ai periodi di congedo, salva la facoltà dell'interessato di integrazione con riscatto ai sensi dell'art. 13 della l. n. 1338/1962 o con versamenti volontari³³⁶.

3.4.2. I permessi giornalieri retribuiti di due ore

Al fine di facilitare al genitore lavoratore la cura del figlio disabile, il legislatore italiano ha predisposto un'ulteriore tutela, alternativa alla fruizione del prolungamento del congedo parentale. Il riferimento corre alla misura disciplinata dall'art. 33, co. 2, della l. n. 104/1992³³⁷, la quale consente ai genitori, anche adottivi o affidatari, di richiedere, alternativamente, due ore di permesso al giorno per occuparsi dell'assistenza al figlio portatore di *handicap*, a condizione che lo stesso non abbia superato i tre anni di età. Dunque, qualora il bambino non abbia ancora compiuto i tre anni, è demandata ai genitori la scelta di come conciliare lo svolgimento delle proprie mansioni professionali con l'assistenza al figlio. Infatti, questi possono ritenere necessaria la sospensione del

³³⁶ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 171 ss.

³³⁷ L'art. 33, co. 2, l. n. 104/1992, in materia di "Agevolazioni", prevede che «I soggetti di cui al comma 1 possono chiedere ai rispettivi datori di lavoro di usufruire, in alternativa al prolungamento fino a 3 anni del periodo di astensione facoltativa, di due ore di permesso giornaliero retribuito fino al compimento del terzo anno di vita del bambino».

rapporto di lavoro, così da potersi dedicare interamente alla cura del minore, optando per il prolungamento del congedo parentale, oppure possono ritenere preferibile l'alternanza di ore di lavoro a ore di sospensione dell'attività, all'interno della singola giornata lavorativa. La ragione per cui il legislatore ha previsto il limite di età dei tre anni, affinché i genitori possano decidere liberamente quale misura si adatti in maniera più adeguata alle proprie esigenze di vita familiare e professionale, si fonda sull'idea che anche un soggetto affetto da disabilità, crescendo, possa acquistare e maturare un certo grado di autonomia rispetto ai propri genitori ed aver, di conseguenza, meno bisogno della loro assidua presenza³³⁸.

Tuttavia, permane uno dei principi cardine in materia di riposi e permessi ossia, l'alternatività. Ciò comporta che, la scelta di un genitore per il prolungamento di cui all'art. 33, co. 1, del T.U. n. 151/2001 o per i riposi ex art. 33, co. 2, della l. n. 104/1992, seguita dall'effettiva fruizione, priva l'altro non solo della facoltà di beneficiare contemporaneamente della medesima misura, ma, anche, di utilizzare l'altra, a questa alternativa, nella medesima giornata.

Inoltre, secondo quanto affermato dall'Inps, con circolare n. 133/2000³³⁹, qualora detti permessi vengano utilizzati entro il primo anno di vita del bambino, essi coincidono con i riposi giornalieri disciplinati agli artt. 39 e ss. del T.U. del 2001. Tale previsione comporta due ordini di conseguenze:

- i) l'esercizio del diritto al congedo parentale ordinario da parte della lavoratrice madre preclude la possibilità per il lavoratore padre di beneficiare dei riposi ex art. 33, co. 2, della l. n. 104/1992;
- ii) qualora l'orario di lavoro contrattualmente previsto per il genitore richiedente sia inferiore alle sei ore, opera una riduzione delle ore di permesso fruibili, da due a una³⁴⁰. La possibilità che il lavoratore possa incorrere in una riduzione da due a una delle ore di permessi giornalieri retribuiti è stata, tuttavia, censurata dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 4623 del 25 febbraio

³³⁸ A. FONTANA, *Permessi per assistenza* cit., 1126.

³³⁹ Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, circ. 17 luglio 2000, n. 133, disponibile al link <http://www.inps.it/circolari/Circolare%20numero%20133%20del%2017-7-2000.htm> (ultima consultazione in data 15 dicembre 2016).

³⁴⁰ L. LAZZERONI, *Nuove misure di tutela dei disabili*, in *I nuovi congedi* cit., 100 s.

2010³⁴¹, in ragione della motivazione per cui la previsione di cui all'art. 39, co. 1, del T.U. del 2001 si riferisce esclusivamente ai riposi giornalieri fruiti durante il primo anno di vita del bambino non portatore di disabilità³⁴².

Inoltre, la medesima sentenza è particolarmente significativa in quanto i giudici hanno riconosciuto il raddoppio delle ore di permesso fruibili, a favore dei lavoratori, genitori di due o più figli affetti da disabilità in situazione di gravità, a condizione che quest'ultimi non abbiano ancora compiuto i tre anni di età. La predetta sentenza della Suprema Corte, quindi, è volta a confermare che, in generale, il destinatario della tutela realizzata mediante le agevolazioni previste dalla legge non è il nucleo familiare in sé, ovvero il lavoratore onerato dell'assistenza, bensì la persona del minore, nel caso di specie portatrice di *handicap* e, quindi, maggiormente bisognosa di protezione³⁴³.

Per quanto concerne il trattamento economico cui si ha diritto per la fruizione di questa tipologia di permessi, al genitore richiedente spetta, ai sensi dell'art. 43, co. 1, del T.U. del 2001, un'indennità pari all'intero ammontare della retribuzione relativa ai riposi e ai permessi medesimi, posta a carico dell'Inps e solo anticipata dal datore di lavoro.

Inoltre, con riferimento al trattamento previdenziale il co. 1 dell'art. 44 del T.U. del 2001³⁴⁴ rinvia a quanto previsto dalla disposizione contenuta all'art. 35, co. 2, del medesimo T.U.³⁴⁵. Ciò comporta che i permessi giornalieri retribuiti di

³⁴¹ Cass. 25 febbraio 2010, n. 4623, *RIDL*, 2010, II, 710, nt. PIETROGIOVANNI.

³⁴² Cass. 25 febbraio 2010, n. 4623, afferma che «Per l'ipotesi di lavoratori che assistono figli "con *handicap* in situazione di gravità", il legislatore, in ragione della concomitanza degli implicati valori di rilievo costituzionale (quali l'esigenza del bambino di ricevere un'assistenza continua e adeguata dai propri genitori, l'interesse del datore di lavoro a ricevere la prestazione e la compatibilità economica delle prestazioni assistenziali con la generale funzione di assicurazione sociale svolta dall'Istituto), ha definito con esattezza l'agevolazione spettante prevedendo il diritto della madre lavoratrice, o del padre lavoratore, a fruire, in alternativa al prolungamento del congedo parentale, di permessi giornalieri di due ore per il bambino di età sino a tre anni. In tal modo, la norma in esame esprime una precisa scelta di valori che è collegata alla primaria necessità di assistenza secondo uno "standard" orario – all'interno della giornata di lavoro - commisurato alla presenza di un bambino disabile e che si realizza con la previsione di un più esteso arco temporale di tutela, in caso di opzione per la non sospensione del rapporto lavorativo, rispetto all'ipotesi del bambino senza *handicap*...».

³⁴³ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 198.

³⁴⁴ L'art. 44, co. 1, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Trattamento previdenziale", prevede che «Ai periodi di riposo di cui al presente Capo si applicano le disposizioni di cui all'articolo 35, comma 2».

³⁴⁵ L'art. 35, co. 2, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Trattamento previdenziale", prevede che «I periodi di congedo parentale di cui all'articolo 34, comma 3, compresi quelli che non danno

due ore sono coperti da contribuzione figurativa, calcolata attribuendo come valore retributivo per tale periodo il 200 per cento del valore massimo dell'assegno sociale, proporzionato ai periodi di riferimento, salva la facoltà dell'interessato di integrazione con riscatto ai sensi dell'art. 13 della l. n. 1338/1962 o con versamenti volontari³⁴⁶.

3.4.3. I permessi di tre giorni retribuiti al mese

In ragione della volontà del legislatore di allentare il legame del soggetto portatore di *handicap* in situazione di gravità con i genitori, al crescere dell'età, la normativa italiana regolamenta una misura applicabile, anche, qualora il figlio abbia un'età superiore ai tre anni, da esercitarsi per un numero esiguo di giorni. Il riferimento corre all'istituto dei permessi pari a tre giorni al mese, disciplinato dall'art. 33, co. 3, della l. n. 104/1992³⁴⁷. Tale disposizione consente alla madre o, in alternativa, al padre, anche adottivi o affidatari, ma, anche, al coniuge, parente o affine entro il secondo grado, di astenersi dall'attività lavora-

diritto al trattamento economico, sono coperti da contribuzione figurativa, attribuendo come valore retributivo per tale periodo il 200 per cento del valore massimo dell'assegno sociale, proporzionato ai periodi di riferimento, salva la facoltà di integrazione da parte dell'interessato, con riscatto ai sensi dell'articolo 13 della legge 12 agosto 1962, n. 1338, ovvero con versamento dei relativi contributi secondo i criteri e le modalità della prosecuzione volontaria».

³⁴⁶ L. LAZZERONI, *Nuove misure di tutela dei disabili* cit., 124.

³⁴⁷ L'art. 33, co. 3, l. n. 104/1992, in materia di "Agevolazioni", prevede che «A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità. Per l'assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità, il diritto è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente. Il dipendente ha diritto di prestare assistenza nei confronti di più persone in situazione di handicap grave, a condizione che si tratti del coniuge o di un parente o affine entro il primo grado o entro il secondo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni di età oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti».

tiva per un periodo mensile non superiore ai tre giorni, fruibile in via continuativa o frazionata. La dottrina³⁴⁸ ritiene che il legislatore, nel precisare che i permessi sono «fruibili anche in maniera continuativa», abbia lasciato intendere che la ripartizione di detti permessi in unità di tempo più brevi costituisce la regola e non l'eccezione.

Dunque, rispetto ai benefici previsti a tutela dei minori disabili aventi un'età inferiore ai tre anni, a favore dell'assistenza e cura dei soggetti portatori di *handicap* che abbiano superato i tre anni di vita viene predisposta una misura che richiede ai genitori di sottrarre agli impegni di lavoro un tempo notevolmente ridotto; tuttavia, quale correttivo, è ammessa la fruibilità di tali permessi non solo da parte dei genitori lavoratori ma, anche, del coniuge, parenti o affini entro il secondo grado. Qualora i genitori o il coniuge della persona in situazione di disabilità grave abbiano compiuto i sessantacinque anni di età, oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, il diritto è attribuito, anche, ai parenti e agli affini di terzo grado della persona con disabilità in situazione di gravità³⁴⁹. Con riferimento al termine “mancante”, impiegato dal legislatore al fine di legittimare l'utilizzo di detti riposi anche da parte dei parenti o affini di terzo grado, in linea con le circolari dell'Inps n. 155 del 3 dicembre 2010 e del Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 13 del 6 dicembre 2010³⁵⁰, si deve intendere:

- i) l'assenza naturale o giuridica, come nel caso di celibato;
- ii) ogni altra condizione assimilabile, continuativa e debitamente certificata dall'autorità giudiziaria o da altra autorità quale divorzio, separazione legale o abbandono.

³⁴⁸ A. FONTANA, *Permessi per assistenza* cit., 1127; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 1998, 132. Sul punto, v. anche P. Milano 30 aprile 1996, *LG*, 1996, 766.

³⁴⁹ A. FONTANA, *Permessi per assistenza* cit., 1126 s.

³⁵⁰ Circ. del Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 6 dicembre 2010, n. 13, disponibile al link <http://www.handylex.org/stato/c061210.shtml> (ultima consultazione in data 14 dicembre 2016).

Per quanto, poi, concerne le “patologie invalidanti” richiamate dalla norma, ai fini della loro individuazione, si prendono a riferimento soltanto quelle, a carattere permanente, indicate dall’art. 2, co. 1, lett. d, numeri 1, 2 e 3³⁵¹, del Decreto Interministeriale n. 278 del 21 luglio 2000³⁵². Il riferimento corre, alle seguenti patologie:

- i) acute o croniche che determinano temporanea o permanente riduzione o perdita dell’autonomia personale, ivi incluse le affezioni croniche di natura congenita, reumatica, neoplastica, infettiva, dismetabolica, post-traumatica, neurologica, neuromuscolare, psichiatrica, derivanti da dipendenze, a carattere evolutivo o soggette a riacutizzazioni periodiche;
- ii) acute o croniche che richiedono assistenza continuativa o frequenti monitoraggi clinici, ematochimici e strumentali;
- iii) acute o croniche che richiedono la partecipazione attiva del familiare nel trattamento sanitario.

Al pari degli altri istituti in materia di riposi e permessi disciplinati a favore della lavoratrice madre e del lavoratore padre, torna il criterio dell’alternatività. L’Inps, con circolare n. 133/2000, ha avuto occasione di precisare che cosa si debba intendere per alternatività di cui al co. 3 dell’art. 33 della l. n. 104/1992. In particolare, secondo l’interpretazione adottata dall’Ente previdenziale, il

³⁵¹ L’art. 2, co. 1, lett. d, n. 1, 2 e 3, d.i. n. 278/2000, in materia di “Congedi per gravi motivi familiari”, prevede che «La lavoratrice e il lavoratore, dipendenti di datori di lavoro pubblici o privati, possono richiedere, ai sensi dell’articolo 4, comma 2, della legge 8 marzo 2000, n. 53, un periodo di congedo per gravi motivi, relativi alla situazione personale, della propria famiglia anagrafica, dei soggetti di cui all’articolo 433 del codice civile anche se non conviventi, nonché dei portatori di handicap, parenti o affini entro il terzo grado, anche se non conviventi. Per gravi motivi si intendono:

(...)

d) le situazioni, riferite ai soggetti di cui al presente comma ad esclusione del richiedente, derivanti dalle seguenti patologie:

1) patologie acute o croniche che determinano temporanea o permanente riduzione o perdita dell’autonomia personale, ivi incluse le affezioni croniche di natura congenita, reumatica, neoplastica, infettiva, dismetabolica, post-traumatica, neurologica, neuromuscolare, psichiatrica, derivanti da dipendenze, a carattere evolutivo o soggette a riacutizzazioni periodiche;

2) patologie acute o croniche che richiedono assistenza continuativa o frequenti monitoraggi clinici, ematochimici e strumentali;

3) patologie acute o croniche che richiedono la partecipazione attiva del familiare nel trattamento sanitario;

(...)).».

³⁵² Il d.i. 21 luglio 2000, n. 278, è intitolato “Regolamento recante disposizioni di attuazione dell’articolo 4 della L. 8 marzo 2000, n. 53, concernente congedi per eventi e cause particolari”.

concetto di alternatività priva i genitori della possibilità di fruire contemporaneamente della misura, ma, preclude che i giorni complessivi, utilizzabili da entrambi, possano superare i tre nell'arco del mese.

Posto, dunque, che i genitori possono occuparsi della cura del figlio portatore di *handicap* in situazione di gravità, ripartendosi i compiti, la medesima facoltà non è concessa agli altri membri del nucleo familiare, titolari dell'esercizio del diritto. Infatti, l'art. 33, co. 3, della l. n. 104/1992 stabilisce che, nell'ipotesi in cui fruitore del diritto sia il coniuge, parente o affine entro il terzo grado, quest'ultimo deve essere l'unico soggetto a cui è affidata l'assistenza del disabile³⁵³. Tuttavia, la figura del referente unico ricoperta dai membri della famiglia del disabile, diversi dai genitori, ha sollevato in dottrina dubbi di natura costituzionale, sulla base della motivazione secondo la quale una simile previsione esclude di fatto ogni possibilità di condivisione degli obblighi di cura tra i familiari di una persona portatrice di *handicap*³⁵⁴.

La facoltà per i genitori, o per il coniuge, parenti, o affini entro il terzo grado, di astenersi dal lavoro per un numero complessivo di giorni pari a tre al mese è, inoltre, riconosciuta a condizione che il soggetto disabile in situazione di gravità non sia ricoverato a tempo pieno presso una struttura specializzata, parimenti a quanto previsto in materia di congedo parentale prolungato ex art. 33, co. 1, del T.U. del 2001. Dunque, per ricovero a tempo pieno si deve intendere il ricovero in strutture ospedaliere o simili che si protrae per le intere ventiquattrore, salvo le seguenti eccezioni:

- i) qualora si tratti di ricovero a tempo pieno, finalizzato ad un intervento chirurgico oppure a scopo riabilitativo, di un soggetto con disabilità in situazione di gravità, per il quale risulti certificato dai sanitari della struttura ospedaliera il bisogno di assistenza da parte di un genitore o di un parente o affine entro il terzo grado;
- ii) qualora il ricovero interessi la persona con disabilità in situazione di gravità in stato vegetativo persistente e/o con prognosi infausta a breve termine;
- iii) qualora sia necessaria l'interruzione del ricovero a tempo pieno, affinché il

³⁵³ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 198 ss.

³⁵⁴ L. CALAFÀ, *Congedi, aspettative, permessi* cit., 391.

disabile in situazione di gravità possa recarsi al di fuori della struttura che lo ospita per effettuare visite e terapie appositamente certificate.

Prima della modifica apportata dal Collegato lavoro 2010, l'esercizio del diritto ex art. 33, co. 3, della l. n. 104/1992 era subordinato a un'ulteriore condizione. Il riferimento corre, ai caratteri di continuità ed esclusività dell'assistenza da parte dei genitori o familiari. Infatti, il legislatore all'art. 20 della l. n. 53/2000³⁵⁵ prevedeva, nell'ipotesi in cui mancasse la convivenza con la persona affetta da disabilità in situazione di gravità, che il soggetto richiedente i permessi si occupasse dell'assistenza al disabile in via continuativa ed esclusiva e che, conseguentemente, abitasse nelle vicinanze, per potersi occupare regolarmente dello stesso. Per continuità dell'assistenza si intendeva, inoltre «l'effettiva assistenza del soggetto handicappato, per le sue necessità quotidiane, da parte del lavoratore, genitore o parente del soggetto stesso, per il quale [venivano] richiesti i giorni di permesso»; l'esclusività dell'assistenza andava, invece, considerata «nel senso che il lavoratore richiedente i permessi [doveva] essere l'unico soggetto che [prestava] assistenza alla persona handicappata»³⁵⁶. Quindi, la presenza nel nucleo familiare di un soggetto non lavoratore, convivente con il disabile stesso, era tale da precludere l'esercizio del diritto ex art. 33, co. 3, della l. n. 104/1992 da parte dei soggetti legittimati, in quanto tale persona si presumeva essere in grado di dedicare al portatore di *handicap* un'assistenza ed una cura costante, in quanto non gravata da alcun dovere di natura professionale. Tuttavia, al verificarsi di una tale ipotesi, la decadenza dal diritto non aveva a riguardo, in primis, i genitori di figlio disabile ancora minorenni. Inoltre, tale preclusione non produceva effetti neanche nei confronti degli altri membri componenti il nucleo familiare, in caso di impossibilità per il familiare non lavoratore convivente a provvedere all'assistenza del disabile. Tale impossibilità, secondo quanto precisato dall'Inps con circolare

³⁵⁵ L'art. 20, l. n. 53/2000, in materia di "Estensione delle agevolazioni per l'assistenza a portatori di *handicap*", prevedeva che «Le disposizioni dell'articolo 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, come modificato dall'articolo 19 della presente legge, si applicano anche qualora l'altro genitore non ne abbia diritto nonché ai genitori ed ai familiari lavoratori, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assistono con continuità e in via esclusiva un parente o un affine entro il terzo grado portatore di handicap, ancorché non convivente».

³⁵⁶ L. LAZZERONI, *Nuove misure di tutela dei disabili* cit., 110 s.

n. 37/1999³⁵⁷, poteva verificarsi in caso di:

- i) una grave malattia;
- ii) la presenza in famiglia di più di tre minori;
- iii) la presenza in famiglia di un bambino di età inferiore ai sei anni;
- iv) la necessità di assistenza anche in ore notturne e anche da parte del lavoratore.

Inoltre, sul punto era intervenuta il 7 marzo 2000, la deliberazione del Comitato amministratore GIAS n. 32³⁵⁸, la quale aveva riconosciuto cinque ulteriori motivi di impossibilità:

- v) riconoscimento da parte dell’Inps o di altri Enti pubblici, di pensioni che presuppongano di per sé, un’incapacità al lavoro pari al 100 per cento;
- vi) riconoscimento, da parte dell’Inps o di altri Enti pubblici, di pensioni, o di analoghe provvidenze in qualsiasi modo denominate, che individuano, direttamente o indirettamente un’infermità superiore ai 2/3;
- vii) età inferiore ai diciotto anni (anche nell’ipotesi in cui il familiare non sia studente);
- viii) infermità temporanea per i periodi di ricovero ospedaliero;
- ix) età superiore ai settanta anni, in presenza di una qualsiasi invalidità comunque riconosciuta³⁵⁹.

Le criticità di cui sopra sono, in ogni caso, venute meno dal momento in cui la normativa del 2010 ha eliminato il riferimento ai requisiti della continuità ed esclusività, alternativi alla convivenza, affinché i genitori, i parenti o affini entro il terzo grado, possano adempiere alla cura del disabile in situazione di gravità.

A completamento delle summenzionate modifiche, il legislatore, con il d.lgs. n. 119/2011, ha introdotto il co. 3 bis all’art. 33 della l. n. 104/1992³⁶⁰, il quale

³⁵⁷ Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, circ. 18 febbraio 1999, n. 37, disponibile al link <http://www.inps.it/circolari/Circolare%20numero%2037%20del%2018-2-1999.htm> (ultima consultazione in data 15 dicembre 2016).

³⁵⁸ Deliberazione del Comitato amministratore GIAS del 7 marzo 2000, n. 32, rubricata: “Legge n. 104/1992. Presenza, nella famiglia del soggetto handicappato grave, di familiare non lavoratore”.

³⁵⁹ L. LAZZERONI, *Nuove misure di tutela dei disabili* cit., 110 ss.

³⁶⁰ L’art. 33, co. 3 bis, l. n. 104/1992, in materia di “Agevolazioni”, prevede che «Il lavoratore che usufruisce dei permessi di cui al comma 3 per assistere persona in situazione di handicap grave, residente in comune situato a distanza stradale superiore a 150 chilometri rispetto a quello

consente di evitare il ricorso abusivo alla misura dei tre giorni di permesso retribuiti al mese. Nello specifico, la disposizione prevede che il lavoratore richiedente, residente in un comune situato a distanza stradale superiore a 150 chilometri rispetto al luogo di residenza della persona disabile in situazione di gravità, è gravato dall'onere di attestare con titolo di viaggio, o altra documentazione idonea, il raggiungimento del luogo di residenza dell'assistito.

Ai fini della fruizione della misura in esame, è richiesta la presentazione della domanda cui deve essere allegato il verbale attestante la disabilità in situazione di gravità, rilasciato dalla commissione ASL/Inps integrata³⁶¹; nell'attesa della decisione, laddove siano decorsi novanta giorni dall'inoltro dell'istanza, è sufficiente l'allegazione del certificato provvisorio rilasciato dal medico specialista nella patologia denunciata, appartenente al Servizio Sanitario Nazionale o con esso convenzionato. Qualora, invece, il soggetto, per la cui assistenza si richiede la fruizione dei permessi, sia affetto dalla sindrome di *Down*, può essere allegata anche la sola certificazione rilasciata dal medico di base corredata dal cariotipo³⁶².

L'accoglimento della domanda dà diritto alla corresponsione di un'indennità pari all'intero ammontare della retribuzione relativa ai periodi di permesso, i quali sono, inoltre, computati nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie e alla tredicesima mensilità o gratifica natalizia.

di residenza del lavoratore, attesta con titolo di viaggio, o altra documentazione idonea, il raggiungimento del luogo di residenza dell'assistito».

³⁶¹ Le commissioni mediche ASL, chiamate a certificare non solo la disabilità, ma anche l'invalidità civile, la cecità civile e la sordità civile, dal 1° gennaio 2010 sono integrate da un medico Inps quale componente effettivo, designato, di volta in volta, a rotazione tra quelli in servizio presso il Centro Medico Legale territorialmente competente.

La Commissione procede nell'effettuare la visita, al termine della quale viene redatto un verbale nel quale sono contenuti i dati anagrafici del richiedente e l'esito della valutazione, nonché la formulazione unanime o a maggioranza del giudizio.

Qualora il giudizio sia espresso all'unanimità, il verbale della visita deve essere sottoposto alla valutazione del Responsabile del Centro Medico Legale territorialmente competente che può confermare o meno l'esito della valutazione della Commissione Medica integrata. A seguito della validazione, il verbale viene così trasmesso da parte dell'Inps al domicilio del cittadino richiedente.

Qualora, invece, il giudizio sia espresso a maggioranza, l'Inps sospende l'invio del verbale al cittadino ed acquisisce dalla ASL la documentazione, così che il Responsabile del Centro Medico Legale territorialmente competente possa entro dieci giorni dalla sospensione validare il verbale o disporre un'ulteriore visita da effettuarsi entro i successivi venti giorni.

³⁶² R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 200.

Con riferimento, poi, al trattamento previdenziale i periodi di permesso ex art. 33, co. 3, della l. n. 104/1992 sono interamente coperti da contribuzione figurativa³⁶³.

3.4.4. Il congedo straordinario per gravi motivi familiari

Un ulteriore istituto facente parte della gamma di tutele predisposte a favore dei lavoratori dipendenti, genitori di figli disabili, avente anch'esso la finalità di rendere meno gravoso l'assolvimento di un compito già di per sé non facile, è disciplinato all'art. 42, co. 5, del T.U. del 2001³⁶⁴. Il riferimento corre alla disposizione che consente ai genitori di un figlio con disabilità in situazione di gravità di fruire, in modo continuativo o frazionato, di un periodo di collocamento a riposo della durata massima di due anni, per gravi e documentati motivi riguardanti il figlio che non si trovi ricoverato a tempo pieno presso strutture specializzate. Tuttavia, a differenza delle precedenti misure, l'accesso a tale istituto da parte dei genitori lavoratori dipendenti è subordinato alla mancanza, al decesso o alla sussistenza di patologie invalidanti del coniuge convivente, di cui all'art. 2, co. 1, lett. d, numeri 1, 2 e 3, del Decreto Interministeriale n. 278 del 21 luglio 2000. L'apposizione di questa condizione è frutto della modifica del co. 5 dell'art. 42 del T.U. del 2001, compiuta dall'art. 4 del d.lgs. n. 119/2011, il quale stabilisce un ordine di priorità tra i soggetti che possono fruire del congedo straordinario biennale. In particolare, il legislatore, nella norma *de quo*, attribuisce il compito di cura e assistenza del soggetto portatore di *handicap* in situazione di gravità, *in primis*, al coniuge. Qualora quest'ultimo manchi, o sia deceduto o gravemente infermo, sono legittimati ad

³⁶³ L. LAZZERONI, *Nuove misure di tutela dei disabili* cit., 124 ss.

³⁶⁴ L'art. 42, co. 5, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Riposi e permessi per i figli con handicap grave", prevede che «Il coniuge convivente di soggetto con handicap in situazione di gravità accertata ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ha diritto a fruire del congedo di cui al comma 2 dell'articolo 4 della legge 8 marzo 2000, n. 53, entro sessanta giorni dalla richiesta. In caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti del coniuge convivente, ha diritto a fruire del congedo il padre o la madre anche adottivi; in caso di decesso, mancanza o in presenza di patologie invalidanti del padre e della madre, anche adottivi, ha diritto a fruire del congedo uno dei figli conviventi; in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti dei figli conviventi, ha diritto a fruire del congedo uno dei fratelli o sorelle conviventi».

intervenire il padre o la madre, alternativamente, anche adottivi e affidatari. In caso di decesso, mancanza o presenza di patologie invalidanti che colpiscono il padre e la madre, chiamati a fruire del congedo straordinario sono, in ordine, i figli conviventi e, in ultimo, i fratelli o le sorelle conviventi³⁶⁵.

Il diritto al congedo straordinario biennale, a prescindere dal soggetto beneficiario, è, tuttavia, corredato da una pluralità di condizioni che ne limitano l'esercizio.

In primo luogo, affinché i soggetti legittimati ai sensi dell'art. 42, co. 5, del T.U. del 2001 possano richiedere la fruizione del congedo, è necessario che la condizione di gravità, cui versa il soggetto disabile, sia accertata da almeno cinque anni; ciò comporta che rimangono esclusi dall'applicabilità della misura coloro che provvedono all'assistenza e alla cura di bambini portatori di *handicap*, non aventi ancora compiuto i cinque anni di età.

In secondo luogo, l'interessato ha l'obbligo di astenersi dall'attività lavorativa entro sessanta giorni dalla richiesta. Tale condizione permette, di fatto, di contemperare la necessità del lavoratore con le esigenze di organizzazione aziendale del datore di lavoro, consentendo a quest'ultimo di provvedere a gestire la propria attività in assenza del dipendente, senza precludere allo stesso l'esercizio del diritto di assentarsi dal luogo di lavoro per un periodo di tempo rilevante³⁶⁶.

La limitazione più importante è, tuttavia, quella contenuta e disciplinata al co. 5 bis dell'art. 42 del T.U. del 2001³⁶⁷, frutto, anch'esso, della riforma intervenuta con il d.lgs. n. 119/2011. In particolare, il legislatore ha previsto che ciascuna persona con disabilità, la cui gravità sia accertata da almeno cinque anni,

³⁶⁵ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 200 s.

³⁶⁶ M. CAGARELLI, *I congedi parentali* cit., 61.

³⁶⁷ L'art. 42, co. 5 bis, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Riposi e permessi per i figli con handicap grave", prevede che «Il congedo fruito ai sensi del comma 5 non può superare la durata complessiva di due anni per ciascuna persona portatrice di handicap e nell'arco della vita lavorativa. Il congedo è accordato a condizione che la persona da assistere non sia ricoverata a tempo pieno, salvo che, in tal caso, sia richiesta dai sanitari la presenza del soggetto che presta assistenza. Il congedo ed i permessi di cui all'articolo 33, comma 3, della legge n. 104 del 1992 non possono essere riconosciuti a più di un lavoratore per l'assistenza alla stessa persona. Per l'assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità, i diritti sono riconosciuti ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente, ma negli stessi giorni l'altro genitore non può fruire dei benefici di cui all'articolo 33, commi 2 e 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e 33, comma 1, del presente decreto».

ha diritto all'assistenza e alla cura da parte di uno dei soggetti legittimati, per un periodo avente una durata temporale massima pari a due anni. Analogamente, ciascun lavoratore dipendente, gravato dall'obbligo di occuparsi di un soggetto in situazione di disabilità grave, ha diritto ad astenersi dallo svolgimento delle proprie mansioni professionali per un massimo di due anni nell'intera vita lavorativa; qualora la prestatrice o il prestatore di lavoro siano chiamati ad occuparsi a più riprese di più soggetti disabili, opera, comunque, il limite massimo complessivo di due anni³⁶⁸. Inoltre, a rendere più gravoso l'utilizzo del congedo, vi si aggiunge la disposizione in virtù della quale i soggetti titolari del diritto di astensione dal lavoro, ex art. 42, co. 5, del T.U. del 2001, sono legittimati a richiedere il congedo straordinario pari a due anni a condizione che non abbiano già fruito di un periodo di congedo per altri gravi motivi familiari ai sensi dell'art. 4, co. 2, della l. n. 53/2000. Ciò comporta che, laddove risulti un parziale esercizio del diritto ex art. 4, co. 2, della l. del 2000, il congedo straordinario biennale a beneficio della persona portatrice di *handicap* in situazione di gravità non può protrarsi oltre la durata massima risultante dalla differenza tra i due anni del tetto massimo e il periodo già fruito ad altro titolo. Qualora, invece, vi sia stata da parte del richiedente la piena fruizione del periodo di congedo biennale ex art. 4, co. 2, della l. n. 53/2000, è precluso, totalmente, l'esercizio del diritto di cui al co. 5 dell'art. 42 del T.U. del 2001. Tale duplice limitazione, di conseguenza, si riflette sulla documentazione la cui allegazione risulta essere necessaria in sede di istanza. Infatti, ai fini della richiesta deve essere allegata idonea documentazione attestante, non solo l'eventuale periodo di congedo personalmente fruito fino a quel momento ai sensi dell'art. 4, co. 2, della l. n. 53/2000 e dell'art. 42, co. 5, del T.U. del 2001, ma anche eventuali periodi utilizzati da parte di altro legittimato per lo stesso disabile. Inoltre, parimenti a quanto previsto per l'esercizio dei permessi ex art. 33, co. 3, della l. n. 104/1992, il richiedente è tenuto a fornire il verbale attestante la disabilità in situazione di gravità, rilasciato dalla Commissione ASL/Inps integrata; qualora, invece, siano decorsi novanta giorni dalla presentazione della domanda, in attesa della decisione, è sufficiente l'allegazione del

³⁶⁸ L. LAZZERONI, *Nuove misure di tutela dei disabili* cit., 104.

certificato provvisorio rilasciato dal medico specialista nella patologia denunciata, appartenente al Servizio Sanitario Nazionale o con esso convenzionato. Laddove il soggetto per cui si richiede la fruizione del congedo straordinario presenti la sindrome di *Down*, può essere, invece, allegata anche la sola certificazione rilasciata dal medico di base corredata dal cariotipo.

Il medesimo co. 5 bis dell'art. 42 del T.U. del 2001 esclude, inoltre, la possibilità di cumulo giornaliero, per i genitori lavoratori, tra il congedo straordinario *de quo* e i permessi ex artt. 33, co. 1, del T.U. del 2001 e 33, co. 2 e 3, della l. n. 104/1992. Infatti, laddove uno dei genitori fruisca del congedo straordinario biennale per la cura del figlio disabile in situazione di gravità, l'altro, al medesimo scopo, non può utilizzare contemporaneamente uno di detti permessi³⁶⁹.

Parimenti ad altre misure a tutela della maternità e paternità, anche il congedo straordinario biennale dà diritto, ai genitori lavoratori e agli altri soggetti legittimati, alla corresponsione di un'indennità pari all'ultima retribuzione percepita nel periodo antecedente il collocamento a riposo, ai sensi dell'art. 42, co. 5 ter, del T.U. del 2001³⁷⁰; detto periodo è, inoltre, coperto interamente da contribuzione figurativa. Tuttavia, l'indennità e la contribuzione figurativa spettano fino a un importo complessivo massimo di € 43.579,06 annui per il congedo di durata annuale e detto importo è rivalutato annualmente, a decorrere dall'anno 2011, sulla base della variazione dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati. Ciò comporta che, qualora il trattamento economico del dipendente che richiede la fruizione del congedo a tale titolo è inferiore a € 43.579,06, quest'ultimo ha diritto a percepire, in pendenza

³⁶⁹ *Ibidem*, 103 ss.

³⁷⁰ L'art. 42, co. 5 ter, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Riposi e permessi per i figli con handicap grave", prevede che «Durante il periodo di congedo, il richiedente ha diritto a percepire un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione, con riferimento alle voci fisse e continuative del trattamento, e il periodo medesimo è coperto da contribuzione figurativa; l'indennità e la contribuzione figurativa spettano fino a un importo complessivo massimo di euro 43.579,06 annui per il congedo di durata annuale. Detto importo è rivalutato annualmente, a decorrere dall'anno 2011, sulla base della variazione dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati. L'indennità è corrisposta dal datore di lavoro secondo le modalità previste per la corresponsione dei trattamenti economici di maternità. I datori di lavoro privati, nella denuncia contributiva, detraggono l'importo dell'indennità dall'ammontare dei contributi previdenziali dovuti all'ente previdenziale competente. Per i dipendenti dei predetti datori di lavoro privati, compresi quelli per i quali non è prevista l'assicurazione per le prestazioni di maternità, l'indennità di cui al presente comma è corrisposta con le modalità di cui all'articolo 1 del decreto-legge 30 dicembre 1979, n. 663, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 febbraio 1980, n. 33».

dell'assenza dal lavoro di durata annuale, lo stipendio senza variazioni, come se avesse svolto regolarmente le proprie mansioni professionali. Laddove, al contrario, il soggetto interessato riceva una retribuzione di valore superiore rispetto al limite massimo indicato dalla norma, al datore di lavoro è consentita la corresponsione di un'indennità per un importo non superiore a detta cifra.

3.5. DIVIETO DI ADIBIZIONE AL LAVORO NOTTURNO DELLE LAVORATRICI GESTANTI E DIRITTO DI ASTENERSI PER LA LAVORATRICE MADRE E IL LAVORATORE PADRE

La normativa volta a rendere concreta la conciliazione delle esigenze di cura familiare e di lavoro, per poter tutelare efficacemente la posizione della lavoratrice madre e del lavoratore padre, non deve, esclusivamente, limitarsi a predisporre e disciplinare una serie di istituti che permettono l'astensione dall'attività lavorativa per periodi di tempo variabili, a fronte delle più disparate esigenze di vita familiare. Infatti, l'intervento legislativo deve necessariamente riguardare, anche, le modalità di svolgimento della prestazione cui sono adibiti i genitori lavoratori. Alla luce di tale considerazione, il legislatore italiano interviene a fissare quelle che sono le modalità e i limiti concernenti l'espletamento della prestazione lavorativa in orario notturno, avendo particolare riguardo, appunto, allo specifico stato di salute in cui si trova la lavoratrice gestante e agli obblighi di cura gravanti sui genitori nel periodo successivo la nascita del figlio.

Così come evidenziato in materia di sicurezza e salute sul luogo di lavoro e di congedo parentale, anche, in tema di lavoro notturno, un ruolo fondamentale è svolto dalla Corte di Giustizia, la quale interviene sanzionando l'Italia per il mancato recepimento della Direttiva 76/207/CEE³⁷¹ in materia di parità tra lavoratori e lavoratrici.

Con riferimento alla normativa nazionale previgente, questa trova il suo fondamento legislativo nel r.d. n. 653/1934, il quale è fermo nell'escludere, senza

³⁷¹ Direttiva 76/207 CEE, GU L 39 del 14 febbraio 1976, p. 40-42.

eccezioni, la possibilità per tutte le donne, di qualsiasi età, di svolgere lavoro notturno. Questo divieto generale, tuttavia, contrasta con il principio di parità di trattamento uomo-donna e rende doveroso, di conseguenza, l'intervento del legislatore del 1977, il quale, con l. n. 903, persegue l'obiettivo di ridurre al minimo, se non addirittura eliminare, le cospicue disparità presenti nella normativa lavoristica tra lavoratori e lavoratrici che di fatto, pregiudicano la partecipazione di quest'ultime al mercato del lavoro. Per tale ragione, l'art. 5 della l. n. 903/1977 rimuove il divieto generalizzato di lavoro notturno femminile, pur mantenendo l'impossibilità per le donne di essere impiegate in lavori da svolgere tra le ore ventiquattro e le sei del mattino, fatto salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva. In riferimento alla possibilità per la contrattazione di settore di rimuovere o disciplinare diversamente il predetto divieto, dottrina e giurisprudenza assumono due orientamenti opposti. La dottrina maggioritaria ritiene, infatti, che la disciplina derogatoria eventualmente regolata dalla contrattazione collettiva, debba avere efficacia *erga omnes*, e debba, dunque, trovare applicazione a prescindere dal consenso della lavoratrice o, dalla sua iscrizione al sindacato stipulante; di diverso avviso risulta essere l'orientamento assunto dalla giurisprudenza, la quale ritiene idoneo, ai fini della non applicazione delle diverse disposizioni adottate a livello sindacale, il mancato consenso della prestatrice o, la non iscrizione della stessa al sindacato stipulante.

Questo dibattito giurisprudenziale e dottrinale perde di rilevanza, tuttavia, nel momento in cui viene emanata dal legislatore italiano la l. n. 25 del 5 febbraio 1999, volta a prevedere "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle comunità europee – legge comunitaria 1998". Come si evince dal titolo della normativa del 1999 e come ricordato in precedenza, questa novella è frutto dell'intervento del legislatore comunitario del 1976, finalizzato a rimuovere tutte le disposizioni degli Stati membri contrarie al principio di parità di trattamento tra uomo e donna, ad eccezione delle garanzie poste a tutela della gravidanza e della maternità. Tuttavia, tale Direttiva, non è oggetto di immediato recepimento da parte di numerosi legislatori nazionali e ciò costringe il legislatore comunitario ad intervenire e sanzionare gli

Stati inadempienti, tra cui l'Italia. Il riferimento corre, alla condanna inflitta allo Stato italiano con sentenza del 4 dicembre 1997 dalla Corte di giustizia CE, in ragione del mantenimento nell'ordinamento giuridico italiano dell'art. 5 della l. n. 903/1977, volto a confermare il divieto di lavoro notturno per le donne dalle ore ventiquattro alle sei del mattino³⁷². Questo intervento giudiziario costringe il legislatore a riformare la materia del lavoro notturno, nonostante i dubbi e le perplessità concernenti le modalità di azione. Difatti, la dottrina si interroga se le disposizioni comunitarie debbano trovare diretta applicazione, oppure se si renda necessaria l'adozione di una normativa interna di recepimento³⁷³. Il legislatore si orienta per l'adozione della l. n. 25/1999, dunque, preferendo la tesi di coloro che prediligono l'emanazione di una disciplina interna, coerentemente, anche, con quanto affermato dalla Corte di Giustizia, secondo la quale «l'incompatibilità di una normativa nazionale con le disposizioni comunitarie, anche se direttamente applicabili, può essere definitivamente eliminata solo tramite disposizioni interne vincolanti che abbiano lo stesso valore giuridico di quelle da modificare»³⁷⁴.

In ossequio a quanto previsto dalla Direttiva 76/207/CEE, l'art. 17 della l. n. 25/1999 introduce una nuova regolamentazione del lavoro notturno, volta a modificare la disciplina ex art. 5 della l. n. 903/1977, e a disciplinare diversamente il trattamento delle lavoratrici gestanti e dei genitori lavoratori, rispetto a quanto previsto per la restante generalità dei prestatori di lavoro. L'art. 5, commi 1 e 2, lett. a e b, della l. n. 903/1977, così come modificato dall'art. 17

³⁷² La Corte di Cassazione è concorde nel ritenere che la norma dell'art. 5, co. 1, l. 9 dicembre 1977, n. 903, che vieta di adibire le donne al lavoro dalle ore 24 alle ore 6, è incompatibile con l'art. 5 della Direttiva comunitaria n. 76/207, secondo la quale agli uomini ed alle donne debbono essere garantite le medesime condizioni di lavoro senza discriminazioni di sesso, e, pertanto, deve essere disapplicata dal giudice nazionale anche nell'ambito dei rapporti intersoggettivi delle parti del rapporto di lavoro, cfr. Cass. 3 febbraio 1995, n. 1271, *GC*, 1996, I, 185, nt. MAMMONE; G. AMOROSO, *La giurisprudenza di legittimità in tema di discriminazione di genere e pari opportunità*, *ADL*, 2013, 1378 s.

³⁷³ La direttiva è un atto che vincola gli Stati membri al raggiungimento dei risultati per i quali è stata emanata e, in genere, non è direttamente applicabile e obbligatoria nei Paesi membri; ciò comporta che affinché la direttiva possa produrre i suoi effetti nell'ordinamento nazionale, si rende necessaria l'adozione di un atto di trasposizione da parte del legislatore nazionale entro i termini di scadenza indicati nella direttiva stessa. Tuttavia, le direttive divengono direttamente applicabili e sono denominate per ciò *self executing*, quando contengono e impongono obblighi chiari, precisi e incondizionati.

³⁷⁴ E. MENEGATTI, *Il lavoro notturno: normativa comunitaria e disciplina nazionale*, *DRI*, 2000, 375 ss.

della l. del 1999, è stato oggetto di recepimento da parte del T.U. del 2001 all'art. 53³⁷⁵.

In definitiva, oggi sussiste per la lavoratrice madre un divieto assoluto di svolgimento della prestazione lavorativa nel periodo temporale compreso tra le ore ventiquattro e le sei del mattino, a partire dall'accertamento dello stato di gravidanza e fino al compimento di un anno di età del bambino. Posto che il riferimento alla gravidanza presuppone l'applicazione del divieto solo a favore della lavoratrice madre naturale, tale disposizione ha sostituito la tutela preventiva, innanzitutto, fissando la decorrenza del divieto non più a partire dall'inizio della gestazione ma, nel momento in cui questa viene debitamente accertata, in ragione dell'impossibilità per la donna di venire a conoscenza immediatamente della notizia di aspettare un figlio. Inoltre, il legislatore con tale normativa, si è spinto oltre a quanto auspicato dalla legislazione comunitaria, per due ordini di motivi:

- i) ha configurato un divieto assoluto di svolgimento dell'attività lavorativa per la lavoratrice gestante o madre di un bambino di età inferiore ad un anno, laddove la Direttiva del 1976 aveva parlato, invece, di "non obbligo";
- ii) non si è limitato a tutelare esclusivamente la salute e sicurezza della lavoratrice madre, ma, nel prevedere l'estensione del divieto fino al compimento dell'anno di età del figlio, ha inteso proteggere, anche, l'istaurazione e sviluppo del legame affettivo e relazionale tra madre e figlio.

A completamento del predetto divieto previsto a tutela della maternità, l'art. 53 del T.U. del 2001, al suo co. 2, individua quattro categorie di soggetti titolari del diritto di astenersi dallo svolgere le proprie mansioni professionali in orario

³⁷⁵ L'art. 53, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Lavoro notturno", prevede che «1. È vietato adibire le donne al lavoro, dalle ore 24 alle ore 6, dall'accertamento dello stato di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino. 2. Non sono obbligati a prestare lavoro notturno: a) la lavoratrice madre di un figlio di età inferiore a tre anni o, in alternativa, il lavoratore padre convivente con la stessa; b) la lavoratrice o il lavoratore che sia l'unico genitore affidatario di un figlio convivente di età inferiore a dodici anni; b bis) la lavoratrice madre adottiva o affidataria di un minore, nei primi tre anni dall'ingresso del minore in famiglia, e comunque non oltre il dodicesimo anno di età o, in alternativa ed alle stesse condizioni, il lavoratore padre adottivo o affidatario convivente con la stessa. 3. Ai sensi dell'articolo 5, comma 2, lettera c), della legge 9 dicembre 1977, n. 903, non sono altresì obbligati a prestare lavoro notturno la lavoratrice o il lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e successive modificazioni».

notturmo. In particolare, non sono obbligati a prestare lavoro notturno:

- i) la lavoratrice madre di un bambino di età inferiore ai tre anni o, in alternativa, il lavoratore padre laddove intervenga la rinuncia espressa della donna;
- ii) la lavoratrice o il lavoratore che siano l'unico genitore affidatario di un figlio convivente di età inferiore a dodici anni;
- iii) la lavoratrice madre adottiva o affidataria, o il lavoratore padre adottivo o affidatario, nei primi tre anni dall'ingresso del minore nel nucleo familiare e a condizione che lo stesso non abbia compiuto il dodicesimo anno di età;
- iv) la lavoratrice o il lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della l. 5 febbraio 1992, n. 104, e successive modificazioni³⁷⁶.

Con riferimento alla prima ipotesi, contemplata dalla lett. a dell'art. 53, co. 2, del T.U. del 2001, si ripresenta, quindi, la scelta più volte compiuta dal legislatore di subordinare l'esercizio del diritto da parte del padre ad un'eventuale rinuncia da parte della madre del diritto ad essa spettante, in ragione della volontà di prediligere, ancora oggi, il rapporto madre-figlio. Tuttavia, a differenza dell'ipotesi di cui al co. 1 dell'art. 53, la dottrina si interroga se l'ambito di applicabilità della disciplina è tale da ricomprendersi anche i genitori adottivi e affidatari, in ragione della *ratio* del diritto. Infatti, il perseguimento dell'obiettivo di tutelare le esigenze di cura e relazionali del minore, imporrebbe di prevedere la possibilità per la lavoratrice madre adottiva o affidataria o, in alternativa, per il prestatore padre adottivo o affidatario, di rifiutare il lavoro notturno³⁷⁷. Tale considerazione, conduce, *in primis*, la dottrina a dare una risposta positiva al quesito e, in seguito, ad un intervento del legislatore, volto a dirimere gli eventuali dubbi interpretativi a riguardo. Infatti, l'art. 11, co. 1, del d.lgs. n. 80/2015 introduce all'art. 53, co. 2, del T.U. del 2001, la lett. b bis, la quale ammette la facoltà per la lavoratrice madre o, in alternativa, per il lavoratore padre, genitori adottivi o affidatari, di rifiutare la prestazione notturna nei primi tre anni dall'ingresso del minore di anni dodici in famiglia.

Per quanto poi concerne, l'ipotesi contemplata dalla lett. b del co. 2 dell'art. 53 del T.U. del 2001, l'affidamento esclusivo, quale presupposto per fruire del

³⁷⁶ F. BACCHINI, *Salute e sicurezza delle lavoratrici gestanti e puerpere*, ISL, 2007, 258.

³⁷⁷ M. CAGARELLI, *I congedi parentali* cit., 74.

diritto a non prestare attività lavorativa nelle ore notturne fino ai dodici anni di vita del bambino, ha destato dubbi e perplessità alla luce dell'istituto dell'affidamento condiviso. Al fine stabilire se la misura è applicabile anche nell'ipotesi in cui il bambino sia affidato congiuntamente ad entrambi i genitori, è intervenuto il Ministero del Lavoro con risposta all'interpello n. 29 dell'8 agosto 2008, in cui afferma che ciascun genitore ha diritto di rifiutare di svolgere la prestazione in orario notturno, durante il periodo in cui dimostri al proprio datore di lavoro di convivere con il minore. Questa soluzione viene adottata dal Ministero, in virtù della sussistenza dell'obbligo e diritto spettante a ciascun genitore di provvedere alla cura, educazione e istruzione del minore, nonché al mantenimento di un rapporto affettivo e relazionale con lo stesso.

Infine, affinché possa applicarsi il co. 2 dell'art. 53 del T.U. del 2001 a un soggetto che si occupa dell'assistenza ad una persona portatrice di *handicap* in situazione di gravità, il Ministero del Lavoro, con interpello n. 4 del 6 febbraio 2009, ha precisato che è necessario che la lavoratrice o il lavoratore provvedano effettivamente alla cura del soggetto disabile.

Ai fini dell'esercizio del diritto di cui al co. 2 dell'art. 53 del T.U. del 2001, costituisce valido presupposto la comunicazione in forma scritta, da presentarsi al proprio datore di lavoro, da parte della lavoratrice o del lavoratore interessati, entro le ventiquattro ore precedenti l'inizio della prestazione. Qualora alla richiesta corrisponda un diniego ad opera della controparte, quest'ultima è passibile dell'irrogazione delle sanzioni di cui all'art. 18 bis, co. 1³⁷⁸, del d.lgs. n. 66/2003³⁷⁹, pari all'arresto da due a quattro mesi o, al pagamento di un'ammenda da € 516,00 ad € 2.582,00.

³⁷⁸ L'art 18 bis, co. 1, d.lgs. n. 66/2003, in materia di "Sanzioni", prevede che «La violazione del divieto di adibire le donne al lavoro, dalle 24 alle ore 6, dall'accertamento dello stato di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino, è punita con l'arresto da due a quattro mesi o con l'ammenda da 516 euro a 2.582 euro. La stessa sanzione si applica nel caso in cui le categorie di lavoratrici e lavoratori di cui alle lettere a), b), b bis) e c), dell'articolo 11, comma 2, sono adibite al lavoro notturno nonostante il loro dissenso espresso in forma scritta e comunicato al datore di lavoro entro 24 ore anteriori al previsto inizio della prestazione».

³⁷⁹ Il d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, è rubricato "Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro".

Le medesime sanzioni trovano applicazione in capo al datore di lavoro, anche, in occasione della violazione del divieto di adibire a lavoro notturno la lavoratrice, dall'accertamento dello stato di gravidanza e fino al compimento del primo anno di vita del bambino³⁸⁰.

L'art. 53 del T.U. del 2001 deve, inoltre, essere coordinato con le disposizioni di cui al d.lgs. n. 532 del 26 novembre 1999³⁸¹, emanato in recepimento della Direttiva 93/104/CE³⁸² e recante la nuova disciplina generale del lavoro notturno. L'art. 1 del predetto d.lgs.³⁸³ definisce l'ambito di applicazione della normativa e, facendo riferimento a «tutti i datori di lavoro pubblici o privati», esclude, di fatto, le altre tipologie di rapporti di lavoro, incluse quelle *latu sensu* dipendenti³⁸⁴. Tale disposizione comporta che, al contrario delle normative adottate in recepimento delle precedenti direttive, volte a prevedere una disciplina nazionale di maggior favore rispetto a quella prospettata dalla legislazione comunitaria, il d.lgs. n. 532/1999, discostandosi dall'art. 1, co. 3, della Direttiva 93/104/CE, il quale fa un più ampio riferimento «a qualsiasi settore di attività pubblico o privato», introduce, dunque, una disciplina dalla limitata gamma di destinatari.

Inoltre, all'art. 2 del d.lgs. n. 532/1999³⁸⁵, il legislatore si preoccupa di definire

³⁸⁰ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 239 s.

³⁸¹ Il d.lgs. 26 novembre 1999, n. 532, è rubricato “Disposizioni in materia di lavoro notturno, a norma dell'art. 17, comma 2, della L. 5 febbraio 1999, n. 25”.

³⁸² Direttiva 93/104/CE, GU L 307 del 13 dicembre 1993, p. 18–24.

³⁸³ L'art. 1, d.lgs. n. 532/1999, in materia di “Campo di applicazione”, prevede che «1. Il presente decreto si applica a tutti i datori di lavoro pubblici e privati che utilizzino lavoratori e lavoratrici con prestazioni di lavoro notturno, ad eccezione di quelli operanti nei settori del trasporto aereo, ferroviario, stradale, marittimo, della navigazione interna, della pesca in mare, delle altre attività in mare, nonché delle attività dei medici in formazione. Nei confronti del personale dirigente e direttivo, del personale addetto ai servizi di collaborazione familiare e dei lavoratori addetti al culto dipendenti da enti ecclesiastici o da confessioni religiose, non trova applicazione la disposizione di cui all'articolo 4. 2. Nei riguardi delle forze armate e di polizia, dei servizi di protezione civile, ivi compresi quelli del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, nonché nell'ambito delle strutture giudiziarie, penitenziarie, di quelle destinate per finalità istituzionali alle attività degli organi con compiti in materia di ordine e sicurezza pubblica, le norme del presente decreto sono applicate tenendo conto delle particolari esigenze connesse al servizio espletato e per la specifica disciplina del rapporto di impiego, con le modalità individuate con decreto del Ministro competente, di concerto con i Ministri del lavoro e della previdenza sociale, della sanità, del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e per la funzione pubblica, da emanarsi entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto».

³⁸⁴ E. MENEGATTI, *Il lavoro notturno* cit., 380.

³⁸⁵ L'art. 2, d.lgs. n. 532/1999, in materia di “Definizioni”, prevede che «1. Agli effetti delle disposizioni di cui al presente decreto si intende per:

la nozione di “lavoro notturno” e di “lavoratore notturno”; queste definizioni sono funzionali, *inter alia*, ad individuare quei lavoratori genitori, titolari dei diritti di cui ai commi 1 e 2 dell’art. 53 del T.U. del 2001. La nozione di “lavoro notturno” coincide con un «periodo di almeno sette ore consecutive comprendenti l’intervallo tra la mezzanotte e le cinque del mattino». Per quanto concerne la definizione di “lavoratore notturno”, invece, vi sono due diverse ipotesi idonee a rientrare nella fattispecie:

- i) è lavoratore notturno colui che svolge quotidianamente, l’intera o solo parte della propria prestazione lavorativa nel periodo notturno;
- ii) è lavoratore notturno, anche, colui la cui prestazione notturna si concentra, invece, solo in determinati periodi, che, tuttavia, ai fini dell’applicazione della disciplina ex d.lgs. n. 532/1999, debbono essere almeno pari ad un minimo di ottanta giorni lavorativi all’anno³⁸⁶.

Il legislatore, dunque, nel disciplinare ed innovare progressivamente la materia dei riposi e permessi, nonché il lavoro notturno, ha inteso arricchire la gamma dei benefici riconosciuti alla lavoratrice madre e al lavoratore padre, al fine di facilitare la conciliazione degli obblighi di cura e di lavoro che gravano sugli stessi.

Tuttavia, una criticità della legislazione nazionale in materia, che pare doversi evidenziare, riguarda l’esclusione, dall’ambito di applicabilità della disciplina, dei genitori che non svolgono la propria attività alle dipendenze di un terzo. Infatti, le disposizioni dettate e vigenti in materia di congedo di maternità e paternità, e di congedo parentale – pur se con notevoli differenze a seconda

a) lavoro notturno: l’attività svolta nel corso di un periodo di almeno sette ore consecutive comprendenti l’intervallo fra la mezzanotte e le cinque del mattino;

b) lavoratore notturno:

1) qualsiasi lavoratore che durante il periodo notturno svolga, in via non eccezionale, almeno tre ore del suo tempo di lavoro giornaliero;

2) qualsiasi lavoratore che svolga, in via non eccezionale, durante il periodo notturno almeno una parte del suo orario di lavoro normale secondo le norme definite dal contratto collettivo nazionale di lavoro. In difetto di disciplina collettiva è considerato lavoratore notturno qualsiasi lavoratore che svolga lavoro notturno per un minimo di ottanta giorni lavorativi all’anno; il suddetto limite minimo è riproporzionato in caso di lavoro a tempo parziale. 2. I contratti collettivi individuano le condizioni e i casi di eccezionalità nell’adibizione al lavoro notturno di cui al comma 1, lettere a) e b)».

³⁸⁶ E. MENEGATTI, *Il lavoro notturno* cit., 380 s.

del tipo di attività – sono volte a riconoscere la spettanza dell’astensione dallo svolgimento delle proprie mansioni professionali e la relativa indennità, non solo ai genitori lavoratori dipendenti, ma, anche, ai genitori lavoratori parasubordinati, autonomi e liberi professionisti.

Invece, come si evince dalla disamina delle discipline vigenti in materia di riposi, permessi e lavoro notturno, queste non sono tali da ricomprendere quali destinatari, i genitori che svolgono un’attività lavorativa *latu sensu* dipendente o, addirittura, in via del tutto autonoma.

Per quanto concerne i lavoratori parasubordinati o autonomi economicamente dipendenti, non si ravvisa la *ratio* della sussistenza di una tale disparità di disciplina rispetto a quella prevista per i lavoratori subordinati, date le caratteristiche che accumulano le due diverse tipologie di rapporto; alla luce di ciò, sarebbe opportuna un’estensione dei riposi giornalieri, dei permessi e della disciplina del lavoro notturno anche ai prestatori di lavoro appartenenti alle categorie *latu sensu* dipendenti.

Per quanto invece riguarda i lavoratori economicamente indipendenti, la ragione giustificatrice della sussistenza di disparità di trattamento o, in tal caso, della totale esclusione dall’applicazione di una pluralità di misure pensate e regolamentate a favore della maternità e paternità, trova il suo fondamento nella possibilità di organizzare autonomamente i tempi e le modalità di espletamento della prestazione lavorativa. Tuttavia, è, comunque, auspicabile un intervento del legislatore volto a prevedere per i lavoratori autonomi *tout court* la corresponsione di un’indennità/integrazione al reddito, in quanto essi possono sì organizzare liberamente il proprio tempo di lavoro, ma nel tempo sottratto all’attività lavorativa per accudire il figlio, il guadagno viene conseguito in misura ridotta.

4. LICENZIAMENTI E DIMISSIONI: LE TUTELE PREVISTE A GARANZIA DEL POSTO DI LAVORO

Correlato alla fruizione delle misure a sostegno della maternità e paternità è il diritto alla conservazione del posto di lavoro, il quale concorre a rafforzare le garanzie a tutela dei genitori lavoratori. Infatti, l'art. 56 del T.U. del 2001³⁸⁷ prevede che la lavoratrice madre ha diritto a rientrare nella stessa unità produttiva ove si trovava occupata all'inizio del periodo di gravidanza o in altra ubicata nello stesso comune, e di permanervi fino al compimento di un anno di vita del bambino, salvo che la prestatrice stessa non vi rinunci espressamente. La *ratio* della norma è, dunque, quella di non complicare l'organizzazione della vita familiare, in una fase particolarmente delicata, con i disagi di un trasferimento e di una maggiore distanza tra l'abitazione e il luogo di lavoro; si tratta, tuttavia, di un diritto nella disponibilità della lavoratrice, in quanto deve spettare a quest'ultima la valutazione concernente la convenienza o meno dell'accettazione dell'eventuale destinazione.

La medesima disposizione opera, alla luce di una più equa ripartizione dei ruoli all'interno del nucleo familiare e di una progressiva equiparazione dei genitori giuridici ai genitori naturali, anche a beneficio del lavoratore padre e dei genitori adottivi e affidatari. Tuttavia, in riferimento a tali ultimi soggetti muta il momento a partire dal quale opera la spettanza del diritto alla conservazione

³⁸⁷ L'art. 56, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Diritto al rientro e alla conservazione del posto", prevede che «1. Al termine dei periodi di divieto di lavoro previsti dal Capo II e III, le lavoratrici hanno diritto di conservare il posto di lavoro e, salvo che espressamente vi rinuncino, di rientrare nella stessa unità produttiva ove erano occupate all'inizio del periodo di gravidanza o in altra ubicata nel medesimo comune, e di permanervi fino al compimento di un anno di età del bambino; hanno altresì diritto di essere adibite alle mansioni da ultimo svolte o a mansioni equivalenti, nonché di beneficiare di eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro, previsti dai contratti collettivi ovvero in via legislativa o regolamentare, che sarebbero loro spettati durante l'assenza. 2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche al lavoratore al rientro al lavoro dopo la fruizione del congedo di paternità. 3. Negli altri casi di congedo, di permesso o di riposo disciplinati dal presente testo unico, la lavoratrice e il lavoratore hanno diritto alla conservazione del posto di lavoro e, salvo che espressamente vi rinuncino, al rientro nella stessa unità produttiva ove erano occupati al momento della richiesta, o in altra ubicata nel medesimo comune; hanno altresì diritto di essere adibiti alle mansioni da ultimo svolte o a mansioni equivalenti. 4. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche in caso di adozione e di affidamento. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano fino a un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare. 4 bis. L'inosservanza delle disposizioni contenute nel presente articolo è punita con la sanzione amministrativa di cui all'articolo 54, comma 8. Non è ammesso il pagamento in misura ridotta di cui all'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689».

del posto; difatti, questo decorre, logicamente, non dall'inizio del periodo di gestazione, ma dall'inizio del congedo di paternità o maternità e fino al compimento di un anno di età del bambino o fino ad un anno dall'ingresso del minore nella casa familiare in caso di adozione e affidamento.

Inoltre, lo stesso art. 56 del T.U. del 2001, al suo co. 3, prevede il diritto alla conservazione del posto nell'ipotesi in cui la lavoratrice o il lavoratore fruiscano degli ulteriori congedi, permessi o riposi disciplinati dal T.U. del 2001 a sostegno della maternità e paternità. Il ricorso a dette misure funzionali alla conciliazione dei tempi di cura e di lavoro, consente a colei o a colui che ne fruisce di rientrare nella stessa unità produttiva in cui si trovava collocato al momento della richiesta o in altra ubicata nel medesimo comune³⁸⁸.

Posta, quindi, la connessione intercorrente tra il diritto al collocamento a riposo e il diritto alla conservazione del posto di lavoro, il legislatore, sempre al fine di assicurare la maggiore protezione possibile in un momento particolarmente delicato della vita familiare, segnato dall'ingresso in famiglia di una nuova vita, ha configurato, altresì, l'impossibilità per il datore di lavoro di licenziare la lavoratrice madre e il lavoratore padre nel periodo individuato "protetto" dalla normativa stessa.

La medesima finalità, giustificatrice del diritto alla conservazione del posto e del divieto di licenziamento, opera, anche, in relazione all'intervento compiuto dal legislatore in materia di dimissioni, teso ad eliminare il cd. fenomeno delle "dimissioni in bianco", il quale comporta che la volontà di risoluzione unilaterale del rapporto di lavoro abbia in realtà carattere fittizio, perché intimata dalla controparte alla luce dei nuovi compiti di cura che la nascita o l'ingresso in famiglia di un minore determinano, idonei a sottrarre del tempo agli impegni professionali.

³⁸⁸ F. BORGOGELLI, *Le garanzie e le tutele cit.*, 180 s.

4.1. IL DIVIETO DI LICENZIAMENTO: L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA E LE CONNESSE QUESTIONI INTERPRETATIVE

La disciplina a tutela della lavoratrice madre e del lavoratore padre, dunque, per permettere una efficace conciliazione delle esigenze di cura e di lavoro, non deve essere costituita esclusivamente da una gamma di misure finalizzate a favorire la cura dei figli, ma deve altresì predisporre delle garanzie che consentano ai genitori lavoratori di utilizzare serenamente tali misure senza la paura di subire ritorsioni. Infatti, il legislatore nazionale, al fine di rafforzare ulteriormente la protezione dei genitori lavoratori, è chiamato a far sì che quest'ultimi non corrano il rischio di perdere il proprio posto di lavoro durante il periodo di fruizione dei benefici cui si è fatto precedentemente riferimento. Posto, dunque, che le disposizioni in materia consentono alla lavoratrice madre o al lavoratore padre di assentarsi dallo svolgimento delle proprie mansioni professionali, in via obbligatoria o facoltativa, per periodi più o meno lunghi di tempo, per occuparsi di esigenze dei figli di natura fisiologica ed affettiva, il legislatore ha configurato un divieto di licenziamento che opera nei periodi di collocamento a riposo, la cui regolamentazione si è progressivamente perfezionata.

La l. del 19 giugno 1902, n. 242 – nota per essere la prima normativa intervenuta a tutela della lavoratrice madre – al suo art. 6 si limitava ad impedire l'adibizione al lavoro delle operaie, appena divenute madri, nel primo mese successivo al parto; relativamente a detta astensione obbligatoria, l'art. 82 del r.d. 1° agosto 1907, n. 635, poneva un'eccezione: coloro le quali erano impiegate nei lavori di mondatura in risaia godevano di un'anticipazione del collocamento a riposo all'ultimo mese di gravidanza, che comportava che la sospensione dell'attività lavorativa fosse, per dette lavoratrici, pari complessivamente a due mesi. I legislatori del 1902 e del 1907, tuttavia, non si erano preoccupati di corredare tali obblighi di astensione con un divieto di licenziamento in capo al datore di lavoro, il quale doveva, quindi, necessariamente dedursi attraverso l'applicazione analogica della prassi in tema di conservazione del posto del lavoratore malato, rendendo possibili, in ogni caso, diverse condotte abusive³⁸⁹.

³⁸⁹ R. DEL PUNTA, *La sospensione* cit., 608 s.

La previsione di un tale divieto di licenziamento a beneficio delle lavoratrici gestanti e puerpere si è avuta, per la prima volta, con l'art. 6, co. 8³⁹⁰, del r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825³⁹¹, il quale imponeva al datore di lavoro la conservazione del posto per un periodo di tre mesi. Tuttavia, l'applicabilità del divieto così delineato e la conseguente sospensione dell'attività lavorativa per un tempo massimo equivalente, era prevista esclusivamente a vantaggio delle impiegate. Affinché si verificasse un'estensione dell'ambito di applicabilità del divieto è stato necessario attendere il r.d.l. n. 850 del 13 maggio 1929, volto a prevedere in capo al datore l'onore di conservare il posto di lavoro, anche, delle operaie, nel periodo di interdizione ex art. 82 del r.d. n. 635/1907, ossia nell'arco temporale corrispondente ai due mesi a cavallo del parto³⁹².

L'intervento del legislatore compiuto fino agli anni '30 del XX° Secolo in materia di conservazione del posto a beneficio della lavoratrice madre, se da un lato, dunque, risultava essere lodevole perché volto ad introdurre l'impossibilità per il datore di lavoro di interrompere il rapporto con la prestatrice nella fase immediatamente precedente e in quella immediatamente successiva alla nascita del figlio, dall'altro non era idoneo a prevenire il rischio che il recesso, per scelta dell'imprenditore, si verificasse nel periodo iniziale della gestazione, in ragione della circostanza per cui tale arco temporale non era soggetto all'applicazione del divieto. Al fine di ovviare ad una tale eventualità, è intervenuto il r.d. 28 agosto 1930, n. 1358, il quale, con l'art. 10, co. 1³⁹³, anticipava il periodo garantito dal divieto di licenziamento, in precedenza coincidente con la sola fruizione dell'astensione obbligatoria dall'attività lavorativa. Infatti, la normativa del 1930 prevedeva la decorrenza del divieto a partire dalla presen-

³⁹⁰ L'art. 6, co. 8, r.d.l. 1825/1924, prevede che «Per i casi d'interruzione del servizio per gravidanza o puerperio il principale conserverà all'impiegata il posto per il periodo di tre mesi, corrispondendo la retribuzione per il primo mese e la metà per gli altri due».

³⁹¹ Il r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825, è rubricato "Disposizioni relative al contratto d'impiego privato".

³⁹² R. DEL PUNTA, *La sospensione* cit., 609 s.

³⁹³ L'art. 10, co. 1, r.d. n. 1358/1930, prevede che «Dalla data di presentazione del certificato di gravidanza, la donna che continui a prestare regolarmente la sua opera nell'azienda, non potrà essere licenziata per tutto il restante periodo della gravidanza per il quale può essere occupata al lavoro, se non in caso di colpa costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro o in caso di sospensione a tempo indeterminato del lavoro nell'azienda o nel reparto cui la donna è adibita».

tazione del certificato medico di gravidanza, la quale veniva, quindi, ad assumere valore costitutivo della fattispecie, e, conseguentemente, ad assicurare il diritto della lavoratrice madre a non essere licenziata non era più la sospensione dell'attività avente carattere obbligatorio, ma l'esibizione del certificato stesso. Al riguardo, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria erano ferme nel ritenere che la presentazione del certificato di gravidanza rappresentasse un vero e proprio presupposto costitutivo del divieto di licenziamento, e non un mero onere probatorio, in quanto si riteneva che esclusivamente mediante la certificazione il datore di lavoro potesse avere l'assoluta certezza dello stato della lavoratrice.

Tuttavia, una volta stabilito il valore costitutivo del certificato di gravidanza, i dubbi vertevano sull'apposizione o meno di un termine dilatorio per l'esibizione dello stesso. Sul punto, sono sorti due orientamenti contrapposti. I sostenitori della tesi minoritaria ritenevano che, sulla base dell'art. 7 del r.d. n. 1358/1930 e dell'art. 2 del r.d. n. 2237/1938³⁹⁴, la certificazione dovesse essere presentata al datore di lavoro decorso il sesto mese dall'inizio della gestazione, ritenendosi di conseguenza che soltanto da quel momento, essendo lo stato di gravidanza sicuramente diagnosticabile, potesse aver effetto il divieto di licenziamento.

Secondo, invece, la tesi maggioritaria, il divieto di licenziamento poteva decorrere anche prima del raggiungimento del sesto mese di gravidanza, in quanto la normativa del 1934 non recava cenno alcuno al termine entro cui la certificazione dovesse essere portata a conoscenza della controparte³⁹⁵.

Tale dibattito è stato risolto a favore della tesi maggioritaria con l'emanazione della l. 26 agosto 1950, n. 860, ai sensi della quale la scelta del momento di invio del certificato di gravidanza veniva lasciata alla lavoratrice.

Tuttavia, quest'ultima novella e il relativo regolamento di esecuzione del

³⁹⁴ Il r.d. 12 dicembre 1938, n. 2237 è il regolamento di attuazione del r.d.l. 22 marzo 1934, n. 654.

³⁹⁵ V. "Cass. 8 agosto 1946, n. 1118". Tale pronuncia della Cassazione si spinse oltre l'insussistenza della decorrenza del termine a partire dal sesto mese di gestazione, ritenendo che la lavoratrice potesse far dichiarare l'illegittimità del licenziamento anche nell'ipotesi di mancato assolvimento dell'onere di presentazione del certificato di gravidanza, qualora fosse riuscita a dimostrare che il datore di lavoro era a conoscenza della sua condizione al momento di intimare l'interruzione del rapporto.

1953³⁹⁶, hanno determinato la riapertura della diatriba relativa alla natura costitutiva o probatoria della presentazione del certificato di gravidanza. In particolare, l'art. 3, co. 1, della l. n. 860/1950³⁹⁷ prevedeva che il divieto di licenziamento operasse per tutto il periodo di gestazione, attestato da regolare certificato medico. Tale previsione rappresentava il fondamento legislativo dell'opinione, ancora prevalente, secondo la quale, ai fini dell'applicazione del divieto fosse sempre necessaria l'avvenuta esibizione di una regolare certificazione sanitaria attestante lo stato interessante della lavoratrice, la quale veniva intesa come elemento costitutivo della fattispecie, il cui mancato invio determinava conseguentemente la validità ed efficacia del licenziamento intimato alla prestatrice madre.

Di diverso tenore era il disposto di cui all'art. 13 del regolamento di esecuzione del 1953³⁹⁸ che, nel prevedere un diritto di ripristino del rapporto di lavoro esercitabile attraverso la presentazione al datore, del certificato medico di gravidanza o di parto, entro, rispettivamente, novanta e quindici giorni dalla notifica del licenziamento, giustificava la tesi a favore della natura probatoria della certificazione stessa. Tuttavia, veniva obiettato all'art. 13 del d.p.r. n. 568/1953, volto a disattendere la previsione ex art. 3 della l. n. 860/1950, che esso fosse da ritenersi illegittimo in quanto contenente una norma che andava al di là della legge e della competenza regolamentare, finalizzata a conferire

³⁹⁶ Il d.p.r. 21 maggio 1953, n. 568, è il regolamento di esecuzione della l. n. 860/1950.

³⁹⁷ L'art. 3, co. 1, l. n. 860/1950, prevedeva che «Le lavoratrici di cui all'art. 1 non possono essere licenziate durante il periodo di gestazione, accertato da regolare certificato medico, fino al termine del periodo di interdizione del lavoro previsto dall'art. 5, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino».

³⁹⁸ L'art. 13, d.p.r. n. 568/1953, prevedeva che «Qualora la lavoratrice, dopo il licenziamento, consegni al datore di lavoro il certificato medico attestante la sussistenza dello stato di gravidanza in epoca anteriore al licenziamento stesso, il rapporto di lavoro è ripristinato fino al termine del periodo di gestazione. Il rapporto di lavoro è ugualmente ripristinato, fino al compimento di un anno di età del bambino, qualora la lavoratrice dopo il licenziamento consegni al datore di lavoro il certificato comprovante la nascita del bambino medesimo in epoca anteriore alla risoluzione del rapporto. Il disposto di cui ai precedenti commi non si applica nei casi di licenziamento effettuati a norma delle lettere a), b) e c) dell'art. 3 della legge 26 agosto 1950, n. 860. Agli effetti del primo comma del presente articolo il certificato di gravidanza deve essere prodotto al datore di lavoro entro 90 giorni dalla notifica del licenziamento; agli effetti del secondo comma il certificato di nascita deve essere prodotto entro 15 giorni dalla notifica del licenziamento. Per il periodo compreso tra la data del licenziamento e la presentazione dei certificati di cui ai precedenti comma, durante il quale la lavoratrice, in conseguenza del licenziamento stesso, non ha prestato la propria opera, essa non ha diritto ad alcuna retribuzione».

rilevanza allo stato di gravidanza oggettivamente considerato³⁹⁹.

Il contenuto dell'art. 13 del regolamento del 1953, teso a considerare la gravidanza in sé, indipendentemente dalla presentazione di una certificazione sanitaria idonea a portare a conoscenza del datore di lavoro lo stato della dipendente, viene ripreso e fatto proprio dall'art. 2, co. 2, della l. n. 1204/1971. Tale norma prevede che, il divieto di licenziamento, a partire dal 1971, non opera più dal momento di invio del certificato medico di gravidanza, ma dal momento di inizio della gestazione, che, secondo quanto precisato dall'art. 4, co. 1, del d.p.r. n. 1026/1976⁴⁰⁰, si presume avvenuto trecento giorni prima della data presunta del parto indicata nel certificato stesso. L'eliminazione della previa presentazione della documentazione sanitaria, quale presupposto per l'operatività del divieto di licenziamento, comporta, quindi, il superamento dell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente venutosi a creare in riferimento alla natura del certificato medico di gravidanza. Infatti, quest'ultimo non ha più valenza costitutiva, ma viene declassato nel ruolo più secondario di mero strumento di prova dello stato di gestazione.

Altra novità significativa introdotta dal legislatore del 1971, finalizzata a rafforzare la disciplina protezionistica a favore della lavoratrice madre, è sempre contenuta all'art. 2 della l. n. 1204. Il riferimento corre al co. 2 della predetta novella, il quale estende la durata temporale di operatività del divieto di licenziamento fino al termine del periodo di astensione obbligatoria, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino⁴⁰¹. La disposizione reca due diversi termini decorsi i quali il datore di lavoro riacquista il proprio potere di recesso, in quanto il legislatore, opportunamente, ha considerato, anche, l'ipotesi di aborto avvenuto dopo il centottantesimo giorno dall'inizio della gestazione e l'ipotesi in cui il bambino sia nato morto o sia deceduto durante il periodo di

³⁹⁹ R. DEL PUNTA, *La sospensione* cit., 610 ss.

⁴⁰⁰ L'art. 4, co. 1, d.p.r. n. 1026/1976, prevede che «Per la determinazione dell'inizio del periodo di gravidanza ai fini previsti dall'art. 2, secondo comma, della legge, si presume che il concepimento sia avvenuto 300 giorni prima della data del parto, indicata nel certificato medico di cui al successivo art. 14».

⁴⁰¹ L'anno si considera compiuto alle ore ventiquattro del giorno del primo compleanno del bambino, cfr. R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 245.

interdizione obbligatoria dal lavoro. Al verificarsi di queste malaugurate ipotesi, dunque, il divieto di licenziamento viene meno trascorso il terzo mese successivo l'aborto o il parto. Qualora, invece, la morte del neonato intervenga una volta compiuto il terzo mese di vita e prima del raggiungimento di un anno di età, il divieto cessa dieci giorni dopo il suo decesso.

In definitiva, le novità introdotte dall'art. 2 della l. n. 1204/1971 consentono alla lavoratrice madre di esercitare il diritto al ripristino del rapporto di lavoro ad essa spettante, qualora il recesso le venga intimato dalla parte datoriale nel periodo protetto, ossia nell'arco temporale intercorrente tra l'inizio della gestazione e il compimento di un anno di età del bambino. Tuttavia, al fine di evitare di pregiudicare eccessivamente gli interessi del datore di lavoro e la certezza del diritto, è stato previsto, sempre al co. 2 dell'art. 2 della l. n. 1204/1971, che il diritto al ripristino del rapporto di lavoro della lavoratrice ingiustamente licenziata nel periodo di operatività del divieto è condizionato alla presentazione, entro novanta giorni dal licenziamento stesso, di idonea certificazione, dalla quale risulti l'esistenza, all'epoca del recesso unilaterale, delle condizioni che lo vietavano⁴⁰².

Il problema della valenza – costitutiva o probatoria – del certificato medico di gravidanza era strettamente correlato a quello della qualificazione giuridica del licenziamento invalido. Relativamente alla questione inerente il regime sanzionatorio sono due le tesi che si sono contrapposte: quella della nullità e quella della mera inefficacia temporanea del recesso viziato.

I fautori dell'orientamento secondo il quale il licenziamento intimato nel periodo protetto era provvisoriamente inefficace, basavano le proprie considerazioni sull'idea che la sanzione di invalidità definitiva del provvedimento fosse sproporzionata allo scopo di tutela perseguito, il quale risultava essere parimenti soddisfatto da una mera sanzione interinale⁴⁰³. Nonostante tale tesi fosse maggioritaria in dottrina e giurisprudenza, risultava criticabile per una molteplicità di ragioni:

⁴⁰² R. DEL PUNTA, *La sospensione* cit., 619 ss.

⁴⁰³ V. Cass. 20 ottobre 1987, n. 7747, *Dir. e giur. agr.*, 1989, 297; Cass., S.U. 21 agosto 1990, n. 8535, *FI*, 1990, I, 2481.

- i) l'art. 2, co. 2, della l. n. 1204/1971 nel prevedere il diritto al ripristino, non faceva riferimento ad alcun termine, scaduto il quale si sarebbe verificata nuovamente l'interruzione del rapporto di lavoro precedentemente intimata;
- ii) il legislatore aveva subordinato la violazione del divieto di licenziamento da parte del datore di lavoro all'applicazione di un'ammenda, idonea, dunque, a configurare il mancato rispetto del divieto quale reato. Appariva, dunque, contraddittorio che un atto civilmente valido, anche se improduttivo di effetti, potesse contemporaneamente integrare gli estremi di un reato⁴⁰⁴;
- iii) la sanzione dell'inefficacia risultava inidonea se considerati gli interessi oggetto di protezione.

In particolare, tale ultima motivazione si pone alla base della sentenza della Corte Costituzionale dell'8 febbraio 1991, n. 61⁴⁰⁵, la quale ha smentito l'orientamento fino a quel momento prevalente, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della l. n. 1204/1971 nella parte in cui prevedeva la temporanea inefficacia anziché la nullità del licenziamento intimato alla lavoratrice madre nel periodo intercorrente dalla data di inizio della gestazione fino al termine dell'astensione obbligatoria, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino. Nella suddetta pronuncia, la Consulta ha ravvisato che la sanzione dell'inefficacia temporanea comportava una violazione dei principi di rango costituzionale volti da una parte, a consentire alla lavoratrice madre di adempiere ai propri obblighi connessi alla maternità e alla cura del figlio senza per questo dover subire conseguenze negative e discriminatorie e dall'altra, ad evitare l'assunzione da parte del datore di lavoro di comportamenti idonei a turbare ingiustificatamente, in un periodo particolarmente delicato, la serenità della donna, in considerazione soprattutto dei rischi di possibili serie ripercussioni sulla gestazione o, in seguito, sullo sviluppo del bambino. Dunque, posto che il licenziamento si configura quale fattispecie idonea a porre la lavoratrice madre in uno stato di agitazione e turbamento, in ragione del venir meno della propria fonte di reddito e della, conseguente, necessità di avviare la ricerca di un nuovo impiego tutt'altro che semplice per le donne con prole in tenera età,

⁴⁰⁴ R. DEL PUNTA, *La sospensione* cit., 627 ss.

⁴⁰⁵ C. cost. 8 febbraio 1991, n. 61, *FI*, 1991, I, 697.

la Corte Costituzionale nel 1991 si discosta dalla tesi fino ad allora prevalente dell'inefficacia ed afferma che, affinché sia assicurata la tutela cui la disposizione in materia di licenziamento aspira, il recesso intimato alla lavoratrice nel periodo protetto deve essere sanzionato con la nullità⁴⁰⁶. Quanto affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 61/1991 è stato oggetto di recepimento, da parte del legislatore, con la nuova normativa in materia di licenziamento della lavoratrice madre, ad oggi, disciplinata dall'art. 54 del T.U. del 2001⁴⁰⁷. Tale norma, sulla scorta, inoltre, di quanto auspicato dalla Direttiva comunitaria 92/85/CEE⁴⁰⁸ prevede che il recesso intimato alla lavoratrice madre nell'arco temporale che decorre dall'inizio della gravidanza fino al termine

⁴⁰⁶ R. NUNIN, *Il licenziamento della lavoratrice madre*, *Fam. e dirit.*, 2010, 1167.

⁴⁰⁷ L'art. 54, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Divieto di licenziamento", prevede che «1. Le lavoratrici non possono essere licenziate dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione dal lavoro previsti dal Capo III, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino. 2. Il divieto di licenziamento opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza, e la lavoratrice, licenziata nel corso del periodo in cui opera il divieto, è tenuta a presentare al datore di lavoro idonea certificazione dalla quale risulti l'esistenza all'epoca del licenziamento, delle condizioni che lo vietavano. 3. Il divieto di licenziamento non si applica nel caso:

a) di colpa grave da parte della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro;

b) di cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta;

c) di ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine;

d) di esito negativo della prova; resta fermo il divieto di discriminazione di cui all'articolo 4 della legge 10 aprile 1991, n. 125, e successive modificazioni. 4. Durante il periodo nel quale opera il divieto di licenziamento, la lavoratrice non può essere sospesa dal lavoro, salvo il caso che sia sospesa l'attività dell'azienda o del reparto cui essa è addetta, sempreché il reparto stesso abbia autonomia funzionale. La lavoratrice non può altresì essere collocata in mobilità a seguito di licenziamento collettivo ai sensi della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, salva l'ipotesi di collocamento in mobilità a seguito della cessazione dell'attività dell'azienda di cui al comma 3, lettera b). 5. Il licenziamento intimato alla lavoratrice in violazione delle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3, è nullo. 6. È altresì nullo il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore. 7. 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 3, 4 e 5. 8. L'inosservanza delle disposizioni contenute nel presente articolo è punita con la sanzione amministrativa da euro 10.032 a euro 2.582. Non è ammesso il pagamento in misura ridotta di cui all'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689. 9. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche in caso di adozione e di affidamento. Il divieto di licenziamento si applica fino ad un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare. In caso di adozione internazionale, il divieto opera dal momento della comunicazione della proposta di incontro con il minore adottando, ai sensi dell'articolo 31, terzo comma, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, ovvero della comunicazione dell'invito a recarsi all'estero per ricevere la proposta di abbinamento».

⁴⁰⁸ L'art. 10 della Direttiva 92/85/CEE prevede che, al fine di garantire alle lavoratrici gestanti, puerpere e in periodo di allattamento idonea protezione, gli Stati membri sono tenuti a:

del congedo di maternità, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino, è nullo⁴⁰⁹.

Tuttavia, la scelta compiuta, precedentemente, dalla Consulta e, in seguito, dal legislatore, comporta il sorgere di un'ulteriore questione interpretativa meritevole di attenzione. Il riferimento corre alle conseguenze patrimoniali del licenziamento qualificato come nullo. Ancora una volta sulla questione si sono fronteggiati due diversi filoni di pensiero.

Secondo il primo orientamento la nullità cui è soggetta la violazione del divieto ex art. 54 del T.U. del 2001 deve essere ricondotta all'ambito di applicazione

i) adottare le misure necessarie per impedire il licenziamento delle lavoratrici nel periodo intercorrente tra l'inizio della gestazione e il termine del congedo di maternità, salvo i casi eccezionali non connessi al loro stato consentiti dalle legislazioni e/o prassi nazionali e, se del caso, a condizione che l'autorità competente abbia dato il suo accordo;

ii) gravare il datore di lavoro dell'onere di fornire per iscritto giustificati motivi relativamente al licenziamento intimato alla prestatrice durante l'arco temporale compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità;

iii) punire il licenziamento illegittimo, perché intervenuto nel periodo protetto, con misure idonee a garantire le lavoratrici gestanti o in periodo di allattamento, cfr. R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 245.

⁴⁰⁹ Con riferimento alla fecondazione assistita è interessante segnalare la sentenza C-506/06 del 26 febbraio 2008 della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, la quale stabilisce che la tutela contro il licenziamento delle lavoratrici gestanti decorre, nell'ipotesi di procreazione medicalmente assistita, dall'impianto degli ovuli fecondati nell'utero della donna, e non già dalla fecondazione degli stessi, in ragione della prassi in uso in dati Paesi dell'Unione. Il riferimento corre a quegli Stati membri in cui è possibile conservare gli ovuli fecondati per un periodo anche lungo (si pensi, a titolo di esempio, all'Austria in cui è possibile la conservazione degli ovuli stessi fino a dieci anni); relativamente a ciò, la Corte di Giustizia ha sottolineato come l'applicazione della tutela sul divieto di licenziamento ad una donna prima dell'impianto in utero, porterebbe ad estenderne il beneficio anche per anni o per tutta la vita lavorativa, qualora la stessa lavoratrice dovesse decidere di conservare gli ovuli fecondati, con la conseguenza di mettere a rischio il principio di certezza del diritto, cfr. R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 247 s.

dell'art. 18 St. lav.⁴¹⁰, sulla base della disposizione di cui all'art. 3⁴¹¹ della l. n. 108/1990⁴¹², la quale estende l'applicazione del regime ex art. 18, l. n. 300/1970, a tutti i licenziamenti determinati da ragioni discriminatorie ai sensi dell'art. 4 della l. n. 604/1966 e dell'art. 15 della l. n. 300/1970. In particolare, i fautori di tale tesi ritengono che il licenziamento *de quo* debba essere qualificato discriminatorio in base all'art. 15 della l. n. 300/1970⁴¹³, in quanto contenente il divieto di ogni forma di discriminazione diretta ed indiretta sulla base

⁴¹⁰ I co. 1-3 dell'art. 18, l. n. 300/1970, in materia di "Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo", prevedono che «Il giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro. La presente disposizione si applica anche ai dirigenti. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità di cui al terzo comma del presente articolo. Il regime di cui al presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale. Il giudice, con la sentenza di cui al primo comma, condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato inoltre, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali. Fermo restando il diritto al risarcimento del danno come previsto al secondo comma, al lavoratore è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro, e che non è assoggettata a contribuzione previdenziale. La richiesta dell'indennità deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza, o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione».

⁴¹¹ L'art. 3, l. n. 108/1990, in materia di "Licenziamento discriminatorio", prevede che «Il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie ai sensi dell'articolo 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'articolo 13 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta e comporta, quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, le conseguenze previste dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dalla presente legge. Tali disposizioni si applicano anche ai dirigenti».

⁴¹² La legge 11 maggio 1990, n. 108, è rubricata "Disciplina dei licenziamenti individuali".

⁴¹³ L'art. 15, l. n. 300/1970, in materia di "Atti discriminatori", prevede che «È nullo qualsiasi patto od atto diretto a:

a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte;

del sesso e, quindi, tale da ricomprendere, anche, le discriminazioni effettuate attraverso il riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza⁴¹⁴.

Al contrario, il secondo orientamento, prevalente in giurisprudenza⁴¹⁵, sulla base del carattere di specialità della disciplina in esame e della non rilevanza della conoscenza da parte del datore di lavoro dello stato di gravidanza ai fini della comminazione della sanzione della nullità, ritiene che debba applicarsi la disciplina di diritto comune per contrarietà a norma imperativa⁴¹⁶.

A seconda che si sostenga l'uno o l'altro orientamento, mutano i diritti patrimoniali spettanti alla lavoratrice illegittimamente licenziata.

In particolare, qualora si ritenga applicabile l'art. 18 della l. n. 300/1970, la prestatrice avrebbe diritto alla corresponsione di un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto, correlata dal versamento dei relativi contributi previdenziali ed assistenziali, dal giorno del licenziamento a quello dell'effettivo ripristino del rapporto di lavoro, e comunque non inferiore a cinque mensilità. Inoltre, fermo restando il diritto al risarcimento del danno da cui sono deducibili le somme costituenti *aliunde perceptum* da parte della lavoratrice (si pensi all'ipotesi di rioccupazione della stessa), in alternativa, la donna può chiedere in sostituzione della reintegrazione, il pagamento di un'indennità pari a quindici mensilità con conseguente risoluzione del rapporto di lavoro.

Qualora, invece, si ritenga che il regime di nullità applicabile sia quello di diritto comune per contrarietà a norma imperativa, la prestatrice ha diritto a percepire a titolo risarcitorio la retribuzione non corrisposta per effetto del licenziamento illegittimo, decurtata delle somme costituenti *aliunde perceptum*. Tuttavia, in riferimento a quest'ultimo orientamento, rileva il momento di presentazione al datore di lavoro del certificato medico di gravidanza o di parto.

b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero. Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali».

⁴¹⁴ M. V. BALLESTRERO, *Maternità*, *DDP comm*, 1993, 337 s.

⁴¹⁵ V. Cass. 20 gennaio 2000, n. 610, *RCDL*, 2000, 449, nt. MESSANA; Cass. 9 settembre 1995, n. 9549, *MGC*, 1995, 1633; Cass. 7 febbraio 1998, n. 1312, *MGC*, 1998, 279.

⁴¹⁶ R. DEL PUNTA, *La sospensione* cit., 636 ss.

Infatti, se il licenziamento nullo è successivo alla presentazione di predetta certificazione spettano tutte le retribuzioni perdute; se, invece, il licenziamento nullo è precedente la data di esibizione del certificato, la lavoratrice non ha la possibilità di rivendicare le retribuzioni arretrate per il periodo anteriore alla presentazione del certificato di gravidanza o di parto, ma può richiederle per il periodo successivo⁴¹⁷. Dunque, secondo tale ultima corrente di pensiero, la presentazione del certificato di gravidanza assume rilevanza non in riferimento all'azione di impugnazione del licenziamento viziato – la quale, ai sensi degli artt. 1421, 1422 e 1223 ss. del c.c., non è soggetta ad alcun termine di decadenza – ma relativamente all'aspetto retributivo.

Lo stesso d.lgs. n. 151/2001, nell'attività di riordino della materia della maternità e paternità, ha eliminato qualsiasi riferimento normativo alla presentazione del certificato medico di gravidanza, quale presupposto per l'esercizio del diritto al ripristino, da esibire al datore di lavoro entro novanta giorni dalla notifica del licenziamento al fine di dimostrare la sussistenza, all'epoca del recesso illegittimo, delle condizioni che lo vietavano (ex art. 2, co. 2, l. n. 1204/1971). Tuttavia, sul punto si innesta un'ulteriore problema interpretativo, in ragione della continua vigenza dell'art. 4, d.p.r. n. 1026/1976, il quale dispone che il termine di novanta giorni per l'invio della certificazione decorre dall'effettiva cessazione del rapporto, o dall'estromissione della lavoratrice dal posto di lavoro. È gioco forza ritenere che la mancata abrogazione dell'art. 4 del d.p.r. n. 1026/1976, in precedenza, da parte della l. n. 53/2000 e, successivamente, ad opera del T.U. del 2001, debba interpretarsi come una mera svista del legislatore, ritenendosi, quindi, che, ad oggi, il certificato medico di gravidanza non debba più essere presentato nel termine di decadenza pari a novanta giorni⁴¹⁸. Tale conclusione è desumibile dalla scelta compiuta dalla Corte Costituzionale, con la sentenza n. 61/1991⁴¹⁹, di sanzionare il licenziamento vietato con la pena

⁴¹⁷ F. BORGOGELLI, *Le garanzie e le tutele* cit., 160 ss.

⁴¹⁸ R. NUNIN, *Il licenziamento* cit., 1167.

⁴¹⁹ “Cass. 8 febbraio 1991, n. 61” afferma che «(...) Se queste sono le esigenze ed i principi di rango costituzionale sottesi al divieto di licenziamento della lavoratrice nel periodo di gravidanza e puerperio, ne deriva essere essenziale che tale divieto sia assistito da quelle misure idonee ad impedire che l'atto vietato sia ugualmente compiuto e sia ugualmente conveniente per chi lo compie. Ciò dà ragione della sanzione penale prevista dall'art. 31; ma ciò soprattutto richiede,

della nullità. In particolare, sul punto si è espressa, anche, la Relazione d'accompagnamento al T.U. del 2001 affermando che la pronuncia n. 61/1991 «incide anche sulle conseguenze in ordine all'onere di presentazione di certificazione idonea, attestante lo stato di gravidanza. Ne deriva una riformulazione che sopprime, in particolare, il riferimento al “diritto di ottenere il ripristino del rapporto di lavoro”, dal momento che questo effetto è un diretto derivato della nullità di cui è affetto l'atto di licenziamento»⁴²⁰. Tuttavia, posto che la nullità non è incompatibile con un termine di decadenza, qualora espressamente previsto dalla legge, il legislatore, al fine di contemperare gli interessi in gioco, avrebbe dovuto mantenere l'indicazione di un limite temporale per la presentazione della certificazione, riformulandola in modo da chiarirne la valenza giuridica. Così facendo, invece, la normativa espone il datore di lavoro al rischio di vedersi contestare, anche a distanza di anni, un licenziamento intimato alla lavoratrice in pendenza del periodo protetto ex art. 54 del T.U. del 2001⁴²¹. La decisione del legislatore di attenersi al regime della nullità di diritto comune, così come disciplinato agli artt. 1421 e 1422 c.c., è stata condivisa, anche, da una recente pronuncia della Corte di Cassazione. Il riferimento corre alla sentenza n. 13692 del 3 luglio 2015⁴²², con la quale è stata affrontata la questione

sul piano civile, che, se il licenziamento vietato viene ugualmente disposto, l'ordinamento giuridico, di cui esso costituisce una violazione, non lo recepisca in alcuna misura e cioè lo consideri totalmente improduttivo di effetti (...).».

⁴²⁰ L. CALAFÀ, *Modello antidiscriminatorio e licenziamento dei genitori-lavoratori*, DLRI, 2003, 515.

⁴²¹ F. BORGOGELLI, *Le garanzie e le tutele cit.*, 159.

⁴²² Cass. 3 luglio 2015, n. 13692, FI, 2015, I, 2708.

dell'applicabilità al licenziamento intimato alla lavoratrice madre della disposizione di cui all'art. 6 della l. n. 604/1966⁴²³. In particolare, fino all'emanazione della l. n. 183 del 4 novembre 2010⁴²⁴, non vi erano dubbi sull'esclusione del licenziamento della prestatrice madre dall'ambito di applicabilità del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione pari a sessanta giorni previsto dall'art. 6 della l. n. 604/1966. Tuttavia, perplessità sorgono in virtù del nuovo art. 32 della l. n. 183/2010⁴²⁵, il quale, sostituendo i primi due commi dell'art. 6 della l. del 1966, parrebbe, al suo co. 2, estendere l'obbligo di impugnativa a tutte le ipotesi di illegittimità del recesso, compreso, dunque, anche il caso del licenziamento intimato alla lavoratrice madre. La Corte di Cassazione risolve la questione con la predetta pronuncia del 2015, affermando, nuovamente, che la nullità del licenziamento viziato, perché intimato nel periodo tutelato

⁴²³ L'art. 6, l. n. 604/1966, prevede che «Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta, ovvero dalla comunicazione, anch'essa in forma scritta, dei motivi, ove non contestuale, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso. L'impugnazione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di centottanta giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato, ferma restando la possibilità di produrre nuovi documenti formati dopo il deposito del ricorso. Qualora la conciliazione o l'arbitrato richiesti siano rifiutati o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo. A conoscere delle controversie derivanti dall'applicazione della presente legge è competente il pretore».

⁴²⁴ cd. "Collegato Lavoro".

⁴²⁵ L'art. 32, co. 1, 1 bis e 2, l. n. 183/2010, in materia di "Decadenze e disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo determinato", prevede che «1. Il primo e il secondo comma dell'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, sono sostituiti dai seguenti:

«Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta, ovvero dalla comunicazione, anch'essa in forma scritta, dei motivi, ove non contestuale, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso.

L'impugnazione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di duecentosettanta giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato, ferma restando la possibilità di produrre nuovi documenti formati dopo il deposito del ricorso. Qualora la conciliazione o l'arbitrato richiesti siano rifiutati o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo. 1 bis. In sede di prima applicazione, le disposizioni di cui all'articolo 6, primo comma, della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, relative al termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento, acquistano efficacia a decorrere dal 31 dicembre 2011. 2. Le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano anche a tutti i casi di invalidità del licenziamento».

dall'art. 54 del T.U. del 2001, opera automaticamente e che il termine di sessanta giorni fissato per l'impugnazione del licenziamento previsto dall'art. 6 della l. n. 604/1966, quale norma speciale, non può trovare applicazione, neanche in via analogica, per ipotesi diverse da quelle contemplate dalla norma stessa⁴²⁶.

Tuttavia, alla luce dell'intervento operato dal legislatore del 2012 con la l. n. 92, ad oggi, il divieto di licenziamento ex art. 54, co. 1, 6, 7 e 9, T.U. del 2001, viene garantito dalla tutela reintegratoria piena di cui all'art. 18 della l. n. 300/1970. Dunque, dall'entrata in vigore della l. n. 92/2012, e per i rapporti di lavoro non soggetti all'applicazione del Jobs Act pare, quindi, che il regime sanzionatorio applicabile al licenziamento nullo perché intimato nel periodo intercorrente tra l'inizio della gravidanza e il compimento di un anno di età del bambino sia quello di cui all'art. 18, co. 1, 2 e 3, l. n. 300/1970, e non quello di diritto comune. Ciò comporta che dall'accertamento dell'invalidità dell'atto di licenziamento da parte del giudice consegue il ripristino del rapporto di lavoro e la condanna formale del datore di lavoro a reintegrare materialmente il lavoratore nel posto di lavoro, reinserendolo effettivamente all'interno dell'azienda e dell'organizzazione della stessa; tale ultima tutela in forma specifica ha, tuttavia, carattere formale in quanto è demandata alla discrezionalità del datore di lavoro la ripresa effettiva del lavoro da parte del lavoratore, il quale viene comunque garantito dall'effetto coattivo indiretto che grava sul datore di lavoro, il quale sarà costretto a pagare il lavoratore lasciato inattivo, e dalla possibilità di richiedere, a causa della forzata inattività, il risarcimento dei danni non solo patrimoniali⁴²⁷.

La materia in esame è stata oggetto, nuovamente, di riforma con la l.d. n. 183/2014 e con il d.lgs. n. 23/2015⁴²⁸, volti a modificare, per i lavoratori assunti a decorrere dal 7 marzo 2015, il regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi. Per coloro ai quali si applica il Jobs Act, quindi, le sanzioni in caso di licenziamento nullo perché intimato nel periodo intercorrente tra l'inizio della

⁴²⁶ L. MARIANI - M. ARLATI - P. SALAZAR, *Congedi parentali e maternità* cit., 79 s.

⁴²⁷ R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2016, 647 s.

⁴²⁸ Il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, è rubricato "Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183".

gravidanza e il compimento di un anno di età del bambino trovano, oggi, riferimento nell'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015⁴²⁹.

In via generale, prima dell'intervento di tale ultima modifica, la regola destinata a governare la maggioranza dei casi di licenziamento invalido perché discriminatorio era quella della tutela reintegratoria piena; alla luce dell'intervento del legislatore del 2015, invece, oggi si applica di norma la tutela indennitaria⁴³⁰, fatte salve le ipotesi specificatamente previste dal legislatore, la cui protezione continua ad essere assicurata dalla tutela reintegratoria piena ex art. 2, d.lgs. n. 23/2015, che impedisce la risoluzione del rapporto di lavoro. Nonostante l'art. 2, d.lgs. n. 23/2015, non richiami espressamente le norme di cui all'art. 54, co. 1, 6, 7 e 9, T.U. n. 151/2001, al licenziamento intervenuto nel

⁴²⁹ L'art. 2, d.lgs. n. 23/2015, in materia di "Licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale", prevede che «1. Il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità di cui al comma 3. Il regime di cui al presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale. 2. Con la pronuncia di cui al comma 1, il giudice condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità e l'inefficacia, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali. 3. Fermo restando il diritto al risarcimento del danno come previsto al comma 2, al lavoratore è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro, e che non è assoggettata a contribuzione previdenziale. La richiesta dell'indennità deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della pronuncia o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione. 4. La disciplina di cui al presente articolo trova applicazione anche nelle ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68».

⁴³⁰ La tutela indennitaria, cui consegue la risoluzione del rapporto di lavoro, lascia, di fatto, alla discrezionalità del datore di lavoro la scelta tra licenziare il lavoratore nel rispetto dei limiti previsti dalla legge o licenziare il lavoratore in violazione di tali limiti sopportando, in tale ultimo caso, esclusivamente l'onere del pagamento dell'indennità al lavoratore il cui contratto è stato ingiustamente oggetto di recesso, cfr. M. T. CARINCI, *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale*, in *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, a cura di M. T. CARINCI - A. TURSI, Giappichelli, 2015, 29.

predetto periodo protetto si ritiene comunque applicabile la disposizione in esame e, dunque, la tutela reintegratoria piena sulla base dell'interpretazione estensiva che è stata attribuita all'art. 15 della l. n. 300/1970, richiamato dallo stesso art. 2, d.lgs. n. 23/2015, e considerato disposizione cardine presente nel sistema per individuare il concetto di licenziamento discriminatorio. In particolare, la questione circa il carattere tassativo o meno delle ipotesi di licenziamento invalido previste dalla legge e sanzionate con la tutela reintegratoria piena è stata oggetto di un dibattito tra dottrina e giurisprudenza. Al riguardo, se da una parte la dottrina⁴³¹ era generalmente orientata a sostenere la tassatività delle ipotesi di licenziamento illegittimo, precludendo, quindi, la tutela reintegratoria a tutte quelle fattispecie di licenziamento non espressamente ricomprese nell'area dell'art. 15 St. lav. o non espressamente definite nulle dalla legge, la giurisprudenza⁴³² era più incline a conferire ai casi menzionati dall'art. 15, l. n. 300/1970, un'interpretazione estensiva, facendo proprio il ragionamento secondo il quale la norma statutaria sarebbe finalizzata ad individuare alcuni interessi di particolare rilievo antisociale che vengono qualificati quali illeciti, e, dunque, sarebbe tesa ad individuare ipotesi di illiceità della causa dell'atto di licenziamento qualora il recesso dal rapporto di lavoro sia sorretto dai predetti interessi. Una tale interpretazione, che si ritiene essere quella preferibile, comporta che, laddove il singolo atto di licenziamento persegua una di quelle finalità discriminatorie, sia caratterizzato dall'illiceità della causa, da cui deriva, dunque, necessariamente la nullità del provvedimento indipendentemente dal motivo addotto dal datore di lavoro a giustificazione del recesso unilaterale⁴³³.

La l. n. 53/2000 e il successivo T.U. del 2001, oltre a configurare normativamente il divieto di licenziamento a pena di nullità, hanno introdotto altre importanti novità in materia.

⁴³¹ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, *RIDL*, 2012, 415 ss.; M. BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, *RGL*, 2013, 139 ss.

⁴³² V. Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, *RIDL*, 2012, II, 367, nt. PEDERZOLI; T. di Bologna 19 novembre 2012, *RIDL*, 2013, II, 274, nt. ICHINO; T. di Milano 11 febbraio 2013, *RCDL*, 2013, 210.

⁴³³ M. T. CARINCI, *Il licenziamento nullo* cit., 27 ss.

Innanzitutto, alla luce dell'art. 1 della l. n. 1204/1971, concernente l'ambito di applicabilità delle norme protettive, non modificato sul punto dalla l. n. 53/2000, e l'art. 2, co. 1, lett. e, del T.U. del 2001, pare possibile ritenere che non possono essere licenziate, dall'inizio della gestazione fino al termine del congedo di maternità, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino:

- i) le lavoratrici dipendenti dai datori di lavoro privati;
- ii) le lavoratrici dipendenti dalle pubbliche amministrazioni;
- iii) le lavoratrici dipendenti dalle società cooperative (incluse le socie);
- iv) le apprendiste;
- v) le lavoratrici agricole;
- vi) le lavoratrici a domicilio.

Dunque, secondo quanto disposto in ultimo dal T.U. del 2001, la disciplina ex art. 54 non parrebbe trovare applicazione a favore delle lavoratrici domestiche. Sul punto si sono succedute numerose pronunce giurisprudenziali le quali, in ragione del loro contenuto, hanno comportato il sorgere di un dibattito circa la spettanza o meno della predetta tutela in capo alle donne che svolgono attività domestica.

La Corte Costituzionale, investita a più riprese della questione⁴³⁴, è sempre stata ferma nell'affermare che prevedere il divieto di licenziamento della lavoratrice domestica dall'inizio della gestazione fino al compimento di un anno di età del bambino, graverebbe eccessivamente sull'economia di una famiglia media e, in talune ipotesi, imporrebbe anche la convivenza tra le parti in mancanza di una prestazione lavorativa.

Di diverso avviso risulta essere l'orientamento perseguito dalla Corte di Cassazione la quale, con sentenza del 22 giugno 1998, n. 6199⁴³⁵, ha affermato che il divieto di licenziamento deve gravare anche sui datori di lavoro delle collaboratrici domestiche, sulla base del disposto di cui all'art. 2110 c.c. e, conseguentemente, demanda alla contrattazione collettiva la fissazione del periodo di operatività del divieto a favore di predette lavoratrici. In merito al rinvio alla

⁴³⁴ V. C. cost. 13 febbraio 1974, n. 27; C. cost. 15 gennaio 1976, n. 9 e C. cost. 15 marzo 1994, n. 86, *RIDL*, 1994, II, 439, nt. PERA.

⁴³⁵ Cass. 22 giugno 1998, n. 6199, *FI*, 1998, I, 2375.

contrattazione collettiva, la Corte di Cassazione suggerisce l'applicabilità del divieto di licenziamento per il periodo corrispondente al congedo di maternità, ossia per i due mesi antecedenti al parto e i tre mesi successivi⁴³⁶. Come era lecito attendersi, la contrattazione di settore ha accolto l'invito dei giudici di Cassazione, stabilendo, all'art. 24 del CCNL Lavoro domestico⁴³⁷, che anche per tale attività lavorativa vige il divieto di licenziamento per la lavoratrice dall'inizio della gravidanza, a condizione che sia intervenuta nel corso del rapporto di lavoro, e fino al termine del congedo di maternità, salvo i casi di licenziamento per giusta causa⁴³⁸.

Al contrario, continuano a rimanere ragionevolmente escluse dall'ambito di applicabilità del divieto di risoluzione del rapporto di lavoro le lavoratrici autonome, in ragione del principio della non comparabilità tra le posizioni del lavoratore subordinato e del lavoratore autonomo⁴³⁹.

La l. n. 53/2000, prima, e il T.U. del 2001, poi, invece, provvedono direttamente a sanzionare il licenziamento del lavoratore padre e dei genitori adottivi e affidatari intervenuto nel periodo protetto dall'art. 54. Difatti, uno dei meriti in materia riconoscibili alla l. n. 53/2000, è quello di aver esteso la disciplina prevista a favore della lavoratrice madre, illegittimamente licenziata, anche al padre e ai genitori giuridici, con l'intento di parificare le tutele dei genitori lavoratori e di favorire una più equa ripartizione dei ruoli all'interno del nucleo familiare.

⁴³⁶ F. BORGOGELLI, *Le garanzie e le tutele* cit., 152 ss.

⁴³⁷ L'art. 24 del CCNL Lavoro domestico, sottoscritto da FIDALDO – DOMINA – FILCAMS-CGIL – FISASCAT-CISL e avente decorrenza dal 1° luglio 2013 al 31 dicembre 2016, prevede che «Si applicano le norme di legge sulla tutela delle lavoratrici madri, con le limitazioni ivi indicate, salvo quanto previsto ai commi successivi.

È vietato adibire al lavoro le donne:

i) durante i 2 mesi precedenti la data presunta del parto, salvo eventuali anticipi o posticipi previsti dalla normativa di legge;

ii) per il periodo eventualmente intercorrente tra tale data e quella effettiva del parto;

iii) durante i 3 mesi dopo il parto, salvo i posticipi autorizzati.

Detti periodi devono essere computati nell'anzianità di servizio a tutti gli effetti, compresi quelli relativi alla gratifica natalizia e alle ferie.

Dall'inizio della gravidanza, purché intervenuta nel corso del rapporto di lavoro, e fino alla cessazione del congedo di maternità, la lavoratrice non può essere licenziata, salvo che per giusta causa [...].»

⁴³⁸ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 253.

⁴³⁹ V. Cass. 26 maggio 2004, n. 10179, *OGI*, 2004, I, 367, cfr. G. AMOROSO, *La giurisprudenza di legittimità* cit., 1375.

In particolare, alla luce della sentenza della Corte Costituzionale del 19 gennaio 1987, n. 1 – la quale ha provveduto ad estendere l’astensione obbligatoria dal lavoro al lavoratore padre al verificarsi di determinate situazioni che impediscono alla madre di adempiere ai propri obblighi di cura nei confronti dei figli – il legislatore è intervenuto ad estendere l’applicabilità del divieto di licenziamento anche ai padri che fruiscono del congedo di paternità ex art. 28 del T.U. del 2001, in virtù della sussistenza delle seguenti ipotesi:

- i) morte o grave infermità della madre;
- ii) abbandono del bambino da parte della madre;
- iii) affidamento esclusivo del figlio al padre.

Ciò comporta che, ai sensi dell’art. 54, co. 7, del T.U. del 2001, il recesso intimato al lavoratore è nullo qualora si verifichi nel periodo di fruizione dell’intero congedo di paternità o della parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice e fino al compimento di un anno di età del bambino.

Per quanto, invece, concerne i genitori adottivi e affidatari, quest’ultimi non possono subire l’interruzione del rapporto di lavoro per decisione unilaterale del datore nell’arco temporale in cui beneficiano del congedo di maternità e paternità, e fino ad un anno dall’ingresso del minore nella famiglia⁴⁴⁰. Tuttavia, nell’ipotesi di adozione internazionale, il d.lgs. n. 5 del 25 gennaio 2010⁴⁴¹ è intervenuto a modificare l’individuazione del momento a partire dal quale opera il divieto di licenziamento, in ragione dei maggiori adempimenti burocratici e, di conseguenza, dei tempi più lunghi richiesti da un’adozione all’estero. Infatti, l’art. 54, co. 9, del T.U. del 2001, oggi, stabilisce che per l’adozione internazionale il divieto di licenziamento opera dal momento della comunicazione della proposta di incontro con il minore adottando, o della comunicazione dell’invito a recarsi all’estero per ricevere la proposta di abbinamento⁴⁴².

⁴⁴⁰ F. BORGOGELLI, *Le garanzie e le tutele* cit., 154 s.

⁴⁴¹ Il d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5, è rubricato “Attuazione della direttiva 2006/54/CE relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego”.

⁴⁴² R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 248.

Infine, le sanzioni applicabili per violazione del divieto di licenziamento della donna dall'inizio della gravidanza e fino al compimento di un anno di età del bambino, del padre in caso di fruizione del congedo di paternità per la durata del collocamento a riposo e fino al raggiungimento dell'anno di vita da parte del figlio, dei genitori adottivi e affidatari per la durata dell'astensione obbligatoria e fino ad un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare, e nell'ipotesi di adozione internazionale dei futuri genitori adottivi dal momento della comunicazione della proposta di incontro con il minore adottando o della comunicazione dell'invito a recarsi all'estero per ricevere la proposta di abbinamento, sono disciplinate dall'art. 54, co. 8, del T.U. del 2001. In particolare, predetta disposizione comporta l'applicazione di una sanzione amministrativa da € 1.032 ad € 2.582⁴⁴³.

4.1.1. Le eccezioni al divieto di licenziamento

Il legislatore, al fine di contemperare gli interessi dei genitori lavoratori e dei relativi datori di lavoro, ha configurato una serie di ipotesi in cui non trova applicazione il divieto di licenziamento. Infatti, le norme a tutela della maternità e paternità non possono regolamentare una disciplina assoluta ed illimitata a beneficio della lavoratrice madre e del lavoratore padre, ma devono tenere in considerazione la circostanza per cui le misure predisposte in materia trovano applicazione in costanza di un rapporto bilaterale, il quale impone di considerare, anche, le vicende aziendali e le esigenze organizzative della controparte. Per tali ragioni, il legislatore ha stabilito l'inapplicabilità del divieto di licenziamento ex art. 54 del T.U. del 2001 al verificarsi di determinate ipotesi tassativamente previste dalla legge e per questo non suscettibili d'interpretazione estensiva o analogica.

A suo tempo, già la l. n. 1204/1971, al suo art. 2, co. 2, recava tre deroghe al divieto di interruzione del rapporto di lavoro con la lavoratrice madre dall'inizio della gravidanza fino al termine del congedo di maternità, nonché fino al

⁴⁴³ *Ibidem*, 260 s.

compimento di un anno di età del bambino. Il riferimento corre alle seguenti circostanze:

- i) colpa grave della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro;
- ii) cessazione dell'attività dell'azienda cui la lavoratrice è addetta;
- iii) ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è assunta o risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine.

Il d.lgs. n. 151/2001 ha recepito le suddette ipotesi di inoperatività del divieto con l'art. 54, co. 3, e ne ha esteso l'applicabilità anche al padre lavoratore fruitore del congedo di paternità ex art. 28 del T.U. del 2001 e ai genitori adottivi e affidatari. Tuttavia, il legislatore del 2001 non si è limitato a ribadire quanto già affermato in precedenza dalla l. n. 1204/1971, ma ha introdotto una nuova ipotesi di inapplicabilità del divieto di recesso. Il riferimento corre al licenziamento intimato per esito negativo della prova⁴⁴⁴.

Nonostante sia lodevole l'intento del legislatore di bilanciare gli interessi in gioco, le ipotesi prospettate dallo stesso hanno comportato il sorgere di problemi di natura interpretativa che continuano ad impegnare dottrina e giurisprudenza.

Per quanto concerne il caso menzionato dalla lett. a dell'art. 54, co. 3, del T.U. del 2001, ossia il licenziamento intimato per colpa grave, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro, le questioni interpretative hanno avuto ad oggetto l'aggettivo "grave". In particolare, la dottrina si è interrogata sulla necessaria sussistenza o meno di una responsabilità più grave di quella richiesta dall'art. 2119 c.c.⁴⁴⁵ – atto a disciplinare il recesso per giusta causa del rapporto di lavoro – affinché il datore possa intimare il licenziamento nel periodo protetto dalla normativa nazionale. La risposta offerta dalla prevalente

⁴⁴⁴ F. BORGOGELLI, *Le garanzie e le tutele* cit., 165.

⁴⁴⁵ L'art. 2119 c.c., in materia di "Recesso per giusta causa", prevede che «1. Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto. Se il contratto è a tempo indeterminato, al prestatore di lavoro che recede per giusta causa compete l'indennità indicata nel secondo comma dell'articolo precedente. 2. Non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda».

dottrina e giurisprudenza è orientata ad esigere una peculiare gravità della condotta della lavoratrice dal punto di vista sia soggettivo che oggettivo, in ragione, innanzitutto, della considerazione per cui se il legislatore avesse voluto alludere solo all'imputazione soggettiva di un dato evento al soggetto che lo ha commesso non avrebbe fatto ricorso alla fattispecie di colpa, aggiungendovi l'aggettivo "grave", ma piuttosto avrebbe indicato propriamente il dolo. Al contrario, la legge qualifica la colpa quale grave, al fine di dare rilevanza, anche, all'intollerabilità dell'evento stesso. Dunque, mentre la norma pare individuare una nozione speciale di colpa grave, diversa dalla concezione ordinaria di giusta causa di licenziamento, i giudici e gli interpreti tentano di dare rilevanza alle condizioni psicofisiche della donna, le quali, ove abbiano operato come fattori causali o concause di un determinato comportamento, possono condurre ad escludere la gravità della colpa e la conseguente legittimità del licenziamento eventualmente intimato dal datore di lavoro. Ciò comporta che il giudice, nella valutazione del caso di specie, non è vincolato alle situazioni descritte dalle declaratorie contrattuali in sussistenza delle quali opera il licenziamento; le stesse possono svolgere un ruolo meramente esemplificativo, in quanto l'accertamento va condotto con riferimento non al fatto astrattamente considerato ma in relazione ai suoi aspetti concreti⁴⁴⁶. In quest'ottica, a titolo di esempio, è stata confermata la legittimità del licenziamento determinato dalle numerose e ingiustificate assenze della prestatrice⁴⁴⁷, nonché il recesso intimato dal datore di lavoro alla lavoratrice che, durante il periodo di interdizione anticipata dal lavoro ad essa concesso per un pericolo accertato di aborto, ha prestatto attività lavorativa in un negozio di cui la madre era titolare, esponendosi così al rischio di compromettere o ritardare il superamento della complicanza gestazionale riscontrata⁴⁴⁸. Al contrario, i giudici hanno qualificato illegittimo il licenziamento intervenuto a causa della mancata comunicazione dello stato di gravidanza da parte della lavoratrice al momento dell'assunzione, in ragione dell'insussistenza nell'ordinamento italiano di una norma che imponga di rendere edotto del proprio stato interessante il datore di lavoro prima

⁴⁴⁶ R. DEL PUNTA, *La sospensione* cit., 640 ss.

⁴⁴⁷ V. Cass. 11 giugno 2003, n. 9405, *LG*, 2003, 947, nt. NUNIN.

⁴⁴⁸ V. Cass. 4 marzo 2000, n. 2466, *RIDL*, 2001, II, 65, nt. MOCELLA.

del costituirsi del rapporto⁴⁴⁹. In tale ultimo caso, infatti, l'adozione di una diversa decisione da parte dei giudici avrebbe condotto a pregiudicare la tutela approntata dalla legge a favore delle lavoratrici, con violazione del principio di parità di trattamento garantito dalla Carta Costituzionale⁴⁵⁰.

La questione interpretativa avente ad oggetto la nozione di "colpa grave", costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro, tuttavia, così come risolta dalla giurisprudenza, non risulta del tutto idonea a trovare applicazione anche per il lavoratore padre ed i genitori adottivi e affidatari. I dubbi in merito sorgono in quanto i giudici, al fine di escludere la validità e l'efficacia del licenziamento intimato alla lavoratrice, fanno espresso riferimento alle condizioni psicofisiche della stessa, le quali non sussistono per il padre lavoratore e per i genitori giuridici. In ragione di tale considerazione, è lecito chiedersi se per quest'ultimi soggetti, destinatari anch'essi della disciplina, trovi applicazione la nozione speciale di giusta causa, o piuttosto gli usuali criteri esegetici che impongono parimenti di considerare le particolari circostanze concrete⁴⁵¹. Secondo quanto, poi, disposto dalla lett. b dell'art. 54, co. 3, del T.U. del 2001, il licenziamento è, altresì, legittimo qualora si verifichi la cessazione dell'attività dell'azienda cui la lavoratrice è addetta.

Relativamente a tale ipotesi, le problematiche interpretative vertono sulla necessità o meno che la cessazione abbia a riguardo l'intera attività aziendale, affinché il licenziamento intimato in periodo protetto possa considerarsi legittimo. Infatti, non è di facile intuizione stabilire se il recesso sia ammesso per chiusura dell'intera azienda o solo del reparto della lavoratrice. A tal proposito, si contrappongono due diversi orientamenti.

Secondo il primo filone di pensiero, minoritario in giurisprudenza, la deroga al divieto di licenziamento è configurabile solo in caso di cessazione totale dell'attività dell'azienda. Le ragioni addotte dai sostenitori di questa prima tesi sono le seguenti:

i) la disposizione in esame parla di "cessazione" dell'attività aziendale, la quale per definizione non può che essere totale;

⁴⁴⁹ V. Cass. 1° febbraio 2006, n. 2244, *NGL*, 2006, IV, 461.

⁴⁵⁰ R. NUNIN, *Il licenziamento* cit., 1168.

⁴⁵¹ F. BORGOGELLI, *Le garanzie e le tutele* cit., 167.

ii) il legislatore nei casi in cui ha inteso considerare le articolazioni della struttura aziendale, ne ha fatto espressa menzione. Basti pensare allo stesso art. 54 del T.U. del 2001, il cui co. 4 stabilisce che la lavoratrice nel periodo in cui opera il divieto di licenziamento non può essere sospesa dal lavoro, a meno che oggetto del provvedimento di sospensione non sia l'intera attività dell'azienda o del reparto cui essa è adibita, avente autonomia funzionale⁴⁵²;

iii) la seconda parte del co. 4 dell'art. 54 del T.U. del 2001, in recepimento della sentenza della Corte Costituzionale n. 46/1993⁴⁵³, prevede che la lavoratrice madre non può essere collocata in mobilità a seguito di licenziamento collettivo per riduzione di personale. Tuttavia, tale disposizione, ragionevolmente, opera solo qualora il collocamento in mobilità dipenda dalla chiusura di un reparto autonomo dell'azienda, e non anche nell'ipotesi di chiusura totale dell'attività. La conclusione cui è approdata la dottrina conferma la diversa regolazione delle fattispecie, giustificando, di conseguenza, il licenziamento in periodo protetto solo qualora la situazione di crisi aziendale coinvolga la totalità dell'azienda⁴⁵⁴.

I fautori, invece, della tesi maggioritaria ritengono che debba essere inclusa nella deroga la cessazione dell'attività non solo aziendale ma, anche, del reparto cui la lavoratrice è addetta, a condizione che quest'ultimo abbia autonomia funzionale, in ossequio ai seguenti motivi:

i) la mancata adozione di un'interpretazione estensiva della disposizione in esame, renderebbe la stessa superflua in quanto è evidente che il rapporto di lavoro della lavoratrice dipendente in maternità non possa sopravvivere alla chiusura totale dell'attività dell'azienda;

⁴⁵² V. Cass. 7 febbraio 1992, n. 1334, *FI*, 1993, I, 1209.

⁴⁵³ C. cost. 10 febbraio 1993, n. 46, *RGL*, 1993, II, 105, nt. COLACURTO. La Corte Costituzionale con tale sentenza dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in merito all'art. 1, co. 5, l. n. 7/1963, il quale disciplina il divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio. In particolare, in tale occasione i giudici della Consulta affermano che la prestatrice di lavoro unita in matrimonio da non più di un anno, la cui condizione è analoga a quella della lavoratrice nel periodo di comporto per maternità, nel periodo in cui opera il divieto di licenziamento non può essere assoggettata alle misure di messa in mobilità o di licenziamento collettivo per riduzione di personale regolate dalla l. 23 luglio 1991, n. 223, cfr. F. BORGOGELLI, *Le garanzie e le tutele* cit., 169.

⁴⁵⁴ F. BORGOGELLI, *Le garanzie e le tutele* cit., 167 ss.

ii) il legislatore ha previsto che, nel medesimo periodo in cui opera il divieto di licenziamento, la lavoratrice madre è titolare di un diritto alla ripresa dell'attività lavorativa stagionale e alla precedenza nelle riassunzioni, qualora la stessa svolga delle mansioni soggette ad una mera sosta provvisoria per la conclusione del ciclo stagionale di attività. Tale disposizione permetterebbe, secondo alcuni interpreti, di ritenere, logicamente, legittima l'interruzione del rapporto di lavoro per definitiva cessazione delle mansioni cui la lavoratrice è stata assunta⁴⁵⁵.

La giurisprudenza maggioritaria, che ha optato per tale secondo orientamento, si è preoccupata di precisare che, affinché il licenziamento sia valido ed efficace, in capo al datore di lavoro grava l'onere di provare l'impossibilità di adibire la lavoratrice madre presso altri reparti aziendali⁴⁵⁶.

Inoltre, è opportuno precisare che la deroga al divieto di licenziamento non è suscettibile di applicazione nell'ipotesi di cessione dell'azienda, posto che nel caso di specie non si ha cessazione dell'attività aziendale ma la prosecuzione del rapporto di lavoro con l'acquirente⁴⁵⁷, nonché nell'ipotesi di semplice ristrutturazione o di svolgimento dell'attività mediante esternalizzazioni⁴⁵⁸.

La terza ipotesi contemplata dal co. 3 dell'art. 54 del T.U. del 2001 concerne il licenziamento intimato per ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta, o risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine. Si tratta di due fattispecie che non hanno creato alcun problema di natura interpretativa e che risultano essere coincidenti tra di loro, in quanto gli unici casi di cessazione del rapporto per ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta sono quelli contemplati dalla disciplina sul contratto a termine⁴⁵⁹. Tuttavia, per quanto concerne il contratto di lavoro a progetto, in vigore oggi fino ad esaurimento, la durata del contratto è prorogata

⁴⁵⁵ R. DEL PUNTA, *La sospensione* cit., 645 ss.

⁴⁵⁶ V. Cass. 21 dicembre 2004, n. 23684, *OGL*, 2005, I, 156, cfr. R. NUNIN, *Il licenziamento* cit., 1168 s.

⁴⁵⁷ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 251.

⁴⁵⁸ M. MISCIONE, *I congedi di maternità, paternità e parentali* cit., 845.

⁴⁵⁹ R. DEL PUNTA, *La sospensione* cit., 653 s.

per legge per un periodo di 180 giorni o per il periodo superiore indicato nel contratto stesso.

Se la lett. c di cui al co. 3 dell'art. 54 del T.U. del 2001 non ha impegnato dottrina e giurisprudenza, lo stesso non può dirsi in riferimento all'ipotesi introdotta dal legislatore del 2001 e regolata alla lett. d della norma in esame. Il riferimento corre al caso di esito negativo del periodo di prova, il quale, in un primo tempo, era stato escluso dal novero delle eccezioni al divieto di licenziamento, sulla scorta della sentenza della Corte Costituzionale del 22 dicembre 1980, n. 189⁴⁶⁰. In particolare, la Consulta con tale pronuncia ha esteso il diritto alle ferie e all'indennità di anzianità anche al lavoratore in prova, equiparandolo di fatto ad un lavoratore dipendente *tout court*. Tale parificazione di regimi operata dalla Corte, ha portato gli interpreti a ritenere che la mancata applicabilità del divieto di licenziamento alla lavoratrice in prova avrebbe peggiorato la condizione della dipendente e che, alla luce di ciò, l'esito negativo della prova non potesse costituire una deroga al divieto di licenziamento della lavoratrice madre.

Tuttavia, una tale previsione impedisce al datore di lavoro di licenziare la lavoratrice al termine della prova per esito negativo della stessa, in ragione della coincidenza del tempo di recesso con la maternità della donna, e ciò si ritiene pregiudichi eccessivamente le esigenze datoriali. Infatti, al verificarsi di una tale circostanza – posto che il rapporto di lavoro, in caso di esito negativo del periodo di prova, non cessa automaticamente, ma si rende necessario il recesso – il datore di lavoro si troverebbe alle proprie dipendenze una lavoratrice per l'effetto della mera coincidenza del termine della prova con il periodo di irrecedibilità.

Al fine di evitare il rischio di una tale eventualità pregiudizievole per il datore, la dottrina ha prospettato l'idea di estendere la disciplina prevista per il rapporto di apprendistato anche alla fattispecie *de quo*, assoggettando, dunque, il periodo di prova ad un eventuale prolungamento. Anche il contratto di apprendistato, infatti, si atteggia come un rapporto a tempo indeterminato ancorché delimitato da un termine di durata massima, decorso il quale, se non interviene il

⁴⁶⁰ C. cost. 22 dicembre 1980, n. 189, *MGL*, 1981, 537.

recesso unilaterale, il prestatore si intende assunto a titolo definitivo; il legislatore in riferimento all'apprendistato ha, però, sancito a tutela di entrambe le parti del rapporto, che i periodi di astensione obbligatoria e facoltativa dal lavoro non si computano ai fini della durata del periodo di apprendistato. Dunque, la dottrina ha ritenuto che uno slittamento del termine del patto di prova gioverebbe sia al datore di lavoro, permettendo allo stesso di poter esercitare il suo potere di recesso, sia alla lavoratrice, consentendo a quest'ultima di essere giudicata sulla base dell'attività lavorativa effettivamente svolta⁴⁶¹.

Tuttavia, la predetta soluzione di matrice dottrinarica non è stata accolta favorevolmente dalla giurisprudenza. Infatti, la giurisprudenza maggioritaria⁴⁶², stante che la cessazione del rapporto di lavoro per esito negativo della prova non grava il datore di lavoro dell'onere di addurre i motivi che lo hanno condotto a non confermare il prestatore di lavoro, ha preferito tutelare la lavoratrice madre assunta in prova prevedendo che l'esonero dall'obbligo di motivazione del licenziamento permane qualora il datore provi, o comunque sia acquisita la certezza, che al momento del recesso egli non era a conoscenza dello stato di gravidanza della dipendente. In caso contrario, il datore di lavoro è tenuto a fornire idonea motivazione finalizzata a giustificare il giudizio negativo circa l'esito dell'esperimento, così da consentire alla lavoratrice interessata di fornire l'eventuale prova contraria e al giudice di valutare quali siano i reali motivi del recesso. Ciò comporta, conseguentemente, che nel caso in cui il datore ometta di indicare le ragioni del recesso o le stesse siano insufficienti, il licenziamento non può essere considerato valido ed efficace.

Il legislatore ponendo fine al predetto dibattito ha previsto, alla lett. d di cui al co. 3 dell'art. 54 del T.U. del 2001, la non applicazione del divieto di licenziamento in ipotesi di esito negativo della prova, specificando che resta però fermo il divieto di discriminazione, posto dall'art. 4 della l. n. 125/1991⁴⁶³ e successive modificazioni⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ R. DEL PUNTA, *La sospensione* cit., 654 ss.

⁴⁶² V. T. di Monza 7 agosto 2014, n. 350.

⁴⁶³ La legge 10 aprile 1991, n. 125, è rubricata "Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro".

⁴⁶⁴ F. BORGOGELLI, *Le garanzie e le tutele* cit., 171 ss.

4.1.2. Il licenziamento discriminatorio

Il legislatore, con l'art. 55 del T.U. del 2001, non si è limitato a vietare il licenziamento dei lavoratori nelle fattispecie inerenti l'ingresso e l'inizio della permanenza di un bambino nel nucleo familiare, ma ha previsto un'ulteriore fattispecie ad esse strettamente connessa. Il riferimento corre alla nullità del licenziamento intimato in ragione della domanda o della fruizione del congedo parentale e per malattia del bambino, da parte della lavoratrice o del lavoratore. Al verificarsi di tale situazione, la nullità del licenziamento illegittimo non opera automaticamente, ma deve essere provata, ai sensi del co. 6 dell'art. 4 della l. n. 125/1991⁴⁶⁵, dalla lavoratrice o dal lavoratore ricorrenti mediante elementi di fatto idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione del carattere discriminatorio del comportamento di risoluzione del rapporto assunto dal datore di lavoro. L'adempimento di tale dovere da parte del richiedente comporta l'inversione dell'onere della prova. In tal caso, quindi, graverà in capo al datore di lavoro l'onere di dimostrare l'insussistenza della discriminazione, affinché il licenziamento intimato possa produrre i suoi effetti.

Il carattere eterogeneo dei regimi del divieto di licenziamento e del licenziamento discriminatorio conducono a ritenere che la prestatrice madre naturale che fruisca del congedo parentale e per malattia del figlio venga garantita dalla tutela ex art. 54, co. 1-5, del T.U. del 2001 fino al compimento di un anno di età del bambino, arco temporale che è idoneo a ricomprendere anche l'utilizzo dei riposi giornalieri. Una volta decorso il primo anno di vita del figlio, qualora la lavoratrice madre sia collocata a riposo a titolo di congedo parentale o per malattia del figlio, la tutela in termini di conservazione del posto, invece, è desunta dal regime antidiscriminatorio.

⁴⁶⁵ L'art. 4, co. 6, l. n. 125/1991, in materia di "Azioni in giudizio", prevede che «Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto - desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti - idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione».

La medesima garanzia è assicurata, anche, al lavoratore padre e ai genitori adottivi e affidatari che fruiscano dei congedi di paternità e maternità e dei riposi giornalieri, il godimento dei quali risulta, pertanto, protetto dal divieto di licenziamento fino, rispettivamente, al compimento di un anno di vita del bambino o fino a un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare. Qualora, invece, il padre naturale e i genitori giuridici non abbiano beneficiato dei congedi di paternità e maternità, il godimento dei diritti al congedo parentale e per malattia del figlio viene garantito dalla più debole tutela antidiscriminatoria, la quale opera, anche, in relazione alla fruizione dei riposi giornalieri, benché il co. 6 dell'art. 54 del T. U. del 2001 non li menzioni⁴⁶⁶.

4.2. LE DIMISSIONI: LA DISCIPLINA SPECIALE A TUTELA DELLA MATERNITÀ E PATERNITÀ

L'art. 37 Cost. garantisce alla lavoratrice madre l'applicazione di adeguate misure di protezione, affinché la stessa possa coniugare la maternità con lo svolgimento della propria attività lavorativa. L'intento perseguito mediante tale disposizione è, dunque, quello di consentire alla lavoratrice di adempiere ai propri doveri di cura familiare, senza che questo comporti una sua fuoriuscita dal mercato del lavoro in ragione della considerazione, in primis da parte della donna stessa, della sussistenza di un'incompatibilità tra la condizione di madre e il mantenimento del rapporto di lavoro. In particolare, uno dei maggiori rischi da prevenire è che la lavoratrice, ritenendo evidente tale inconciliabilità decida di anteporre i propri obblighi di cura nei confronti del figlio alla propria attività lavorativa, presentando le dimissioni⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ F. BORGOGELLI, *Le garanzie e le tutele cit.*, 173 ss.

⁴⁶⁷ S. M. CORSO, *La nuova disciplina delle dimissioni tra libertà di forma e presunzione di non spontaneità*, *DRI*, 2013, 1159 ss.

L'idea che sussista predetta incompatibilità tra le esigenze di cura e quelle professionali, e la conseguente scelta operata dalla lavoratrice di presentare le proprie dimissioni⁴⁶⁸ al datore di lavoro, possono essere determinate da una pluralità di ragioni:

i) la percezione, autonomamente maturata o, al contrario, indotta, di non avere diritto alla conservazione del posto e di non avere la possibilità di beneficiare delle agevolazioni normativamente predisposte per un corretto adempimento degli oneri familiari incombenti;

ii) un'attività informativa non esauriente sui diritti esercitabili dalla lavoratrice madre, che può condurre la stessa a maturare il timore di essere licenziata e di perdere la propria fonte di reddito perché non a conoscenza delle disposizioni che regolano il divieto di licenziamento dall'inizio della gestazione fino al compimento di un anno di età del bambino;

iii) l'impressione dell'esistenza di un'ambiente ostile a chi lavora meno.

In particolare, tale ultima motivazione è assurta alle cronache giornalistiche, non solo quale ragione giustificativa delle dimissioni volontarie della lavoratrice madre, ma, anche, quale presupposto della esecrabile pratica delle "dimissioni in bianco", la quale risulta prestarsi a mezzo di ricatto e disincentivo alla natalità, proprio in quella delicata fase della vita garantita dall'art. 37 Cost. Con la nozione di "dimissioni in bianco" si è soliti indicare la prassi consistente nel far firmare al prestatore di lavoro, il più delle volte al momento dell'assunzione, quando è massimo lo squilibrio negoziale, una dichiarazione di dimissioni su cui viene giustapposta successivamente una data fittizia, o dei fogli bianchi che vengono riempiti, in un secondo tempo dal datore di lavoro, con un testo idoneo a manifestare la volontà di recedere dal rapporto contrattuale o la fittizia risoluzione consensuale, nel tempo in cui la controparte decida di disfarsi del dipendente stesso perché non ha più interesse a ricevere la sua prestazione lavorativa. Come dimostrato da indagini statistiche in materia, vittime di tale pratica

⁴⁶⁸ Secondo la definizione corrente, le dimissioni sono il negozio unilaterale recettizio con il quale il lavoratore manifesta la volontà di recedere unilateralmente e potestativamente dal contratto di lavoro, cfr. V. MAIO, *Le norme per il contrasto del fenomeno delle dimissioni e delle finte risoluzioni consensuali in «bianco»*, in *Il nuovo diritto del mercato del lavoro. La legge n. 92/2012 (cd. riforma Fornero) dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 99 del 2013*, a cura di M. PERSIANI - S. LIEBMAN, UTET, 2013, 617.

illegale sono soprattutto le donne in giovane età, in quanto più esposte alla possibilità di intraprendere una futura gravidanza e, quindi, all'eventualità di essere collocate a riposo per periodi più o meno lunghi di tempo cui consegue, necessariamente, la perdita temporanea, per il datore di lavoro, della prestazione lavorativa delle stesse. È proprio il sopraggiungere della gravidanza, quindi, ad indurre il datore a servirsi dei fogli anzitempo firmati dalla lavoratrice e a porre fine alla relazione contrattuale con la stessa, quando viene ad essere gravata dai doveri di cura nei confronti della prole⁴⁶⁹.

Dunque, al fine di scongiurare l'utilizzo di tale pratica da parte datoriale e in attuazione dei principi sanciti dalla Carta Costituzionale, il legislatore italiano, dapprima, con la l. n. 860/1950 e, successivamente, con la l. n. 1204/1971⁴⁷⁰, aveva stabilito che le dimissioni volontarie presentate dalla lavoratrice nel periodo protetto dal divieto di licenziamento, ossia dall'inizio della gestazione fino al termine dell'astensione obbligatoria dal lavoro, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino, davano diritto alla corresponsione delle indennità previste da disposizioni normative e contrattuali per il caso di licenziamento. Il riferimento corre, innanzitutto, all'indennità di anzianità, già prevista a favore del lavoratore dimissionario in virtù della sentenza della Corte Costituzionale del 27 giugno 1968, n. 75⁴⁷¹, tesa a dichiarare l'illegittimità dell'art. 2120 c.c. nella parte in cui riconosceva predetta indennità solo in caso di licenziamento, e non anche nell'ipotesi di dimissioni. Inoltre, tra il novero

⁴⁶⁹ La Relazione Annuale Istat dei primi mesi del 2011 ha rilevato che «Le interruzioni legate alla nascita di un figlio si mantengono, per le diverse generazioni, su livelli vicini al quindici per cento. In oltre la metà dei casi, poi, interrompere il percorso lavorativo in occasione di una gravidanza non è il risultato di una libera scelta: sono circa 800 mila (quasi il nove per cento delle madri che lavorano o hanno lavorato in passato) le donne che, nel corso della loro vita, sono state licenziate o messe in condizione di lasciare il lavoro perché in gravidanza, e solamente quattro su dieci hanno poi ripreso il percorso lavorativo. A sperimentare le interruzioni forzate del rapporto di lavoro sono soprattutto le giovani generazioni (il 13,1 per cento tra le madri nate dopo il 1973) e le donne residenti nel Mezzogiorno, per le quali più frequentemente le interruzioni si trasformano in uscite prolungate dal mercato del lavoro e la quasi totalità di quelle legate alla nascita di un figlio può ricondursi alle dimissioni forzate», cfr. V. MAIO, *Le norme per il contrasto del fenomeno delle dimissioni* cit., 619. Sul punto V. anche L. VENTURELLI, *Se la maternità è una colpa*, *l'Unità*, 2011, disponibile al link <http://www.unita.it/donne/se-la-maternita-e-una-colpa-l-inchiesta-1.361414?page=2>, 1 s. (ultima consultazione in data 2 dicembre 2016).

⁴⁷⁰ L'art. 12, l. n. 1204/1971, prevede che «In caso di dimissioni volontarie presentate durante il periodo per cui è previsto, a norma del precedente articolo 2, il divieto di licenziamento, la lavoratrice ha diritto alle indennità previste da disposizioni di legge e contrattuali per il caso di licenziamento».

⁴⁷¹ C. cost. 27 giugno 1968, n. 75, *FI*, 1968, I, 2054.

delle indennità cui fa riferimento la norma in esame, la giurisprudenza ha ritenuto idoneo ricomprendere, anche, l'indennità sostitutiva del preavviso, predisposta a garanzia del solo licenziamento⁴⁷². Si tratta, quindi, di una semplice provvidenza economica che viene prevista, anche, a favore della lavoratrice madre dimissionaria, nonostante la stessa non sia destinataria dell'onere del preavviso, al fine di fornire un'ulteriore sostegno economico e per cercare di scoraggiare, se pur minimamente, il datore di lavoro dall'indurre la propria dipendente a dimissioni fittizie.

L'attribuzione del diritto alla corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso alla lavoratrice madre dimissionaria si giustifica secondo la generale opinione della dottrina⁴⁷³ sulla base della presunzione di non spontaneità delle dimissioni. Difatti, si presume che la scelta di rinunciare al proprio posto di lavoro e alla retribuzione spettante per la prestazione svolta non sia pienamente libera, ma, piuttosto, veicolata dalla volontà del datore di lavoro, in ragione del fatto che questa viene ad essere assunta nel momento di maggior bisogno. Si tratta, tuttavia, di stabilire se si è in presenza di una presunzione di non spontaneità assoluta o relativa, la cui qualificazione si riflette sul diritto o meno a percepire l'indennità *de quo*.

In un primo tempo, la giurisprudenza si era schierata a favore della natura assoluta della presunzione di non spontaneità, affermando che il diritto permanesse anche nell'ipotesi in cui la lavoratrice dimissionaria fosse riuscita a trovare un'altra occupazione, in ragione dell'orientamento costante e pacifico in base al quale la tutela deve avere quale obbiettivo preminente la migliore cura del bambino⁴⁷⁴.

⁴⁷² Nello specifico, il licenziamento, che non sia sorretto da una giusta causa – ossia un inadempimento del lavoratore talmente grave, da rendere intollerabile la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto – deve essere intimato con il preavviso stabilito dal contratto collettivo di categoria. Durante il periodo di preavviso, di regola, il lavoratore deve continuare a prestare la sua attività lavorativa. Tuttavia il datore di lavoro può dispensare il lavoratore da tale obbligo; in un simile caso, il datore dovrà corrispondere al dipendente l'indennità sostitutiva, pari alle retribuzioni che il prestatore avrebbe percepito se avesse lavorato durante il preavviso.

⁴⁷³ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 256 ss.; S. M. CORSO, *La nuova disciplina delle dimissioni* cit., 1162 ss.; A. CUNICO - M. TUTTOBENE, *Dimissioni e risoluzione consensuale: convalida, DPL*, 2012, 2088 ss.

⁴⁷⁴ V. Cass. 22 ottobre 1991, n. 11164, *RIDL*, 1992, II, 415.

Tuttavia, successivamente, sulla base della considerazione che la nuova occupazione potrebbe essere più vantaggiosa, in termini economici e non, per la lavoratrice, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 10994 del 19 agosto 2000⁴⁷⁵, ha introdotto un nuovo orientamento, escludendo la corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso qualora il datore di lavoro dimostri che la prestatrice abbia iniziato una nuova attività lavorativa dopo le dimissioni, senza soluzione di continuità. Ciononostante, è ammessa la prova contraria della lavoratrice, la quale è tenuta, dunque, a dimostrare che il nuovo lavoro sia per lei meno vantaggioso del precedente, sul piano patrimoniale e non patrimoniale⁴⁷⁶.

Con l'intento di incrementare la tutela in materia è, poi, intervenuto il regolamento di esecuzione n. 1026/1976 il quale ha per primo introdotto il procedimento di convalida delle dimissioni presentate nel periodo in cui opera il divieto di licenziamento. In particolare, il legislatore del 1976, ai sensi dell'art. 11⁴⁷⁷, ha condizionato la risoluzione del rapporto di lavoro alla convalida delle dimissioni da parte dell'Ispettorato del lavoro. Tale disposizione ha, tuttavia, comportato il sorgere di un dibattito tra dottrina e giurisprudenza.

In particolare, l'orientamento accolto in giurisprudenza era tale da ritenere che la norma ex art. 11, d.p.r. n. 1026/1976, si spingesse oltre la propria competenza regolamentare, in quanto contraria alla legge cui avrebbe dovuto dare attuazione, ossia la l. n. 1204/1971, e che pertanto dovesse ritenersi illegittima (cd. norma *contra legem*). L'inammissibilità della disposizione, secondo il pensiero radicatosi in giurisprudenza, era determinata dalla contrarietà al principio generale dell'immediata efficacia delle dimissioni, implicitamente desunto dall'art. 2118 c.c.

Contrariamente, la dottrina riconosceva la legittimità dell'art. 11 in quanto norma avente carattere integrativo (cd. norma *praeter legem*), tale per cui non

⁴⁷⁵ Cass. 19 agosto 2000, n. 10994, *RIDL*, 2001, II, 515, nt. MARINO.

⁴⁷⁶ R. SCHIAVONE, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza* cit., 256.

⁴⁷⁷ L'art. 11, d.p.r. n. 1026/1976, prevede che «Le dimissioni presentate durante il periodo per cui è previsto, a norma dell'art. 2 della legge, il divieto di licenziamento devono essere comunicate dalla lavoratrice anche all'ispettorato del lavoro, che le convalida. A detta convalida è condizionata la risoluzione del rapporto di lavoro».

poteva essere considerata contraria con lo spirito e la lettera della l. n. 1204/1971, bensì finalizzata a contribuire a rendere ancor più pienamente efficace la tutela della lavoratrice durante il periodo della gravidanza e del puerperio. Inoltre, in riferimento al principio di immediata efficacia delle dimissioni, la dottrina non ravvisava la violazione dello stesso da parte dell'art. 11, in quanto non si trattava di una norma preordinata a limitare la facoltà di recesso della lavoratrice madre, la quale conservava piena libertà di dimettersi, ma si preoccupava solo di verificare che la volontà di interrompere il rapporto di lavoro fosse stata liberamente espressa⁴⁷⁸.

Tale questione interpretativa viene risolta dal legislatore del 2000, il quale stabilisce, in ossequio a quanto sostenuto in dottrina, che la convalida delle dimissioni è un procedimento atto a prevenire l'assunzione di comportamenti in frode alle norme protezionistiche da parte dei datori di lavoro, a pregiudizio non solo della lavoratrice madre, ma, anche, del lavoratore padre e dei genitori adottivi e affidatari. Difatti, così come in materia di divieto di licenziamento, nel nuovo millennio anche la disciplina del recesso volontario pensata e predisposta a beneficio della lavoratrice madre è stata estesa al padre e ai genitori giuridici. In particolare, l'art. 18, co. 2, della l. n. 53/2000⁴⁷⁹ prevede che qualora la richiesta di dimissioni venga presentata dalla lavoratrice madre o dal lavoratore padre, nonché dai genitori adottivi e affidatari, entro il primo anno di vita del figlio o nel primo anno di ingresso del minore nel nucleo familiare, si rende necessaria la convalida delle stesse ad opera non più dell'Ispettorato del lavoro, ma del Servizio ispezione della Direzione provinciale del lavoro (ora Direzione territoriale del lavoro).

Questa disposizione è stata, poi, così recepita dal T.U. del 2001 al suo art. 55, co. 4⁴⁸⁰, il quale ha provveduto a specificare le conseguenze sul rapporto di

⁴⁷⁸ R. DEL PUNTA, *La sospensione* cit., 659 ss.

⁴⁷⁹ L'art. 18, co. 2, l. n. 53/2000, in materia di "Disposizioni in materia di recesso", prevede che «La richiesta di dimissioni presentata dalla lavoratrice o dal lavoratore 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 ispezione della direzione provinciale del lavoro».

⁴⁸⁰ L'art. 55, co. 4, d.lgs. n. 151/2001, in materia di "Dimissioni", prevedeva che «La richiesta di dimissioni presentata dalla lavoratrice, durante il periodo di gravidanza, e dalla lavoratrice o dal lavoratore 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, la cui risoluzione rimane condizionata all'ottenimento della convalida⁴⁸¹.

Per quanto concerne il procedimento di convalida, la lavoratrice madre o il lavoratore padre sono invitati a convalidare le dimissioni presentate al proprio datore di lavoro in un colloquio che prevede un ampio scambio di informazioni dai contenuti predeterminati, previa sottoscrizione di un modulo di dichiarazione appositamente predisposto dal Ministero del Lavoro.

In particolare, la prima fase del colloquio ha lo scopo, per la Direzione territoriale del lavoro, di prendere atto dei diritti che il soggetto dimissionario è consapevole di poter esercitare, al fine di conciliare le esigenze familiari con quelle professionali e, laddove tale consapevolezza manchi, di fornire allo stesso le informazioni necessarie. Le domande che devono essere necessariamente rivolte e le informazioni da fornire alla lavoratrice o al lavoratore in sede di colloquio sono, dunque, le seguenti:

- i) se sono a conoscenza della possibilità di richiedere ed ottenere dal datore di lavoro la trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale, o la modificazione dell'orario di espletamento della prestazione;
- ii) in caso di risposta affermativa alla precedente richiesta, se una tale modifica sia già stata portata all'attenzione della controparte e se quest'ultima si sia resa disponibile o meno all'accoglimento della domanda stessa;
- iii) vengono ricordati i diritti connessi allo stato di maternità e paternità, non solo con riferimento al divieto di licenziamento, ma anche relativamente al diritto di ottenere congedi, riposi, e permessi in caso di malattia del figlio, con la possibilità di protrarre l'assistenza al bambino anche una volta decorso il primo anno di vita dello stesso;
- iv) quali sono i motivi che spingono il soggetto ad interrompere la relazione contrattuale con la controparte e se, eventualmente, sussiste un'incompatibilità tra lo svolgimento delle proprie mansioni professionali e l'assistenza al neonato, ad esempio per mancato accoglimento dello stesso al nido, o per la mancanza di parenti di supporto;

lavoro, competente per territorio. A detta convalida è condizionata la risoluzione del rapporto di lavoro».

⁴⁸¹ F. BORGOGELLI, *Le garanzie e le tutele cit.*, 176 s.

v) la possibilità di rivolgersi alla Consigliera Provinciale di Parità competente⁴⁸², al fine di ottenere chiarimenti in materia e supporto⁴⁸³.

Le informazioni così fornite dalla lavoratrice madre o dal lavoratore padre, da una parte fanno parte del processo di istruttoria che porta alla convalida o meno delle dimissioni, dall'altra vengono trasmesse per l'elaborazione statistica alla Consigliera Provinciale di Parità territorialmente competente e, a livello nazionale, al Ministero del Lavoro che, su tale materia, è tenuto a pubblicare una relazione annuale. Tale relazione permette alla collettività di monitorare l'andamento del fenomeno e, conseguentemente, il livello delle politiche di conciliazione dei tempi di lavoro e di cura; difatti, ogni rinuncia al posto di lavoro motivata con l'incompatibilità tra l'occupazione lavorativa e l'assistenza al figlio, con l'insufficienza o il costo troppo elevato dei servizi per l'infanzia, con la mancanza di familiari di supporto, con orari di prestazione poco flessibili e/o non concessione del *part-time*, rappresenta una denuncia dell'inefficienza del sistema in materia di tutele a favore della maternità e paternità.

La procedura così descritta consente, quindi, alla lavoratrice o al lavoratore di riflettere sulla scelta che si apprestano a compiere e che comporta la perdita della propria fonte reddituale, in campo neutro e alla presenza di soggetti terzi e liberi da eventuali condizionamenti e pressioni da parte del datore di lavoro⁴⁸⁴.

Dunque, la tutela così approntata e perfezionata è il risultato dell'intervento di un organismo esterno al rapporto di lavoro, il quale, tuttavia, è assicurato fino al compimento di un anno di vita del bambino. Ciò costituisce il principale limite strutturale della garanzia predisposta a favore dei genitori lavoratori, in quanto questo limite temporale non consente di debellare pienamente il ricorso alla pratica delle "dimissioni in bianco". Infatti, considerato che le misure funzionali alla conciliazione delle esigenze di cura e di lavoro possono essere fruite

⁴⁸² L'intervento della Consigliera Provinciale di Parità nell'iter procedurale di convalida delle dimissioni, viene previsto con la lettera circolare 26 febbraio 2009 Prot. 25/II/0002840 della DG Attività ispettiva.

⁴⁸³ V. MAIO, *Le norme per il contrasto del fenomeno delle dimissioni* cit., 621 s.

⁴⁸⁴ A. R. TINTI, *Dimissioni in bianco, torna la legge. Ma altre tutele si perdono*, www.ingenerere.it, 29 aprile 2014, disponibile al link <http://www.ingenerere.it/articoli/dimissioni-bianco-torna-la-legge-ma-altre-tutele-si-perdono>, 2 (ultima consultazione in data 2 dicembre 2016).

per l'intero primo anno di vita del figlio, la tutela viene meno proprio nel momento in cui la lavoratrice o il lavoratore si apprestano alla ripresa dell'attività lavorativa e, dunque, nel momento in cui dovrebbe essere garantita la maggiore protezione⁴⁸⁵.

Sul punto interviene nel 2012 la l. n. 92 (cd. legge Fornero), la quale provvede ad estendere l'obbligo di convalida presso la Direzione territoriale del lavoro delle dimissioni della lavoratrice madre e del lavoratore padre durante i primi tre anni di vita del bambino o nei primi tre anni di accoglienza nel nucleo familiare del minore adottato, o in caso di adozione internazionale, nei primi tre anni decorrenti dalle comunicazioni della proposta di incontro col minore adottando o della comunicazione dell'invito a recarsi all'estero per ricevere la proposta di abbinamento.

Inoltre, il legislatore del 2012 provvede a precisare la natura della convalida richiesta dalla legge per la valida risoluzione del rapporto di lavoro. Infatti, all'inciso «a detta convalida è condizionata la risoluzione del rapporto di lavoro» ex art. 55, co. 4, del T.U. del 2001 viene aggiunto l'avverbio “sospensivamente”, il quale risolve eventuali dubbi in merito al carattere sospensivo o risolutivo della convalida. Siamo, dunque, in presenza non di una condizione risolutiva, per cui le dimissioni producono immediatamente i loro effetti e questi vengono meno solo in caso di mancata convalida, ma di una condizione sospensiva, in virtù della quale le dimissioni non producono alcun effetto fino all'avvenuta convalida⁴⁸⁶.

Quanto si è detto in merito alla procedura di convalida delle dimissioni dei genitori lavoratori, a partire dalla l. n. 92/2012 opera, anche, in materia di risoluzione consensuale del rapporto di lavoro.

Per quanto, poi, concerne l'ambito di operatività della procedura di convalida predisposta a garanzia della lavoratrice madre e del lavoratore padre, la formula adottata, dapprima, dalla l. n. 53/2000 e, successivamente, dal T.U. del 2001 e successive modificazioni, volta ad estendere la misura protezionistica anche a beneficio della figura paterna, parrebbe tale da rendere operativa la tutela stessa

⁴⁸⁵ V. MAIO, *Le norme per il contrasto del fenomeno delle dimissioni* cit., 622 s.

⁴⁸⁶ S. M. CORSO, *La nuova disciplina delle dimissioni* cit., 1163 ss.

a prescindere dalla fruizione del congedo di paternità, a differenza di quanto previsto in materia di divieto di licenziamento⁴⁸⁷. Tuttavia, sul punto è intervenuta la Corte di Cassazione con la sentenza dell'11 luglio 2012, n. 11676⁴⁸⁸, la quale ha affermato che l'onere di attendere la convalida, posto in capo al datore di lavoro, è giustificata solo dalla conoscenza da parte dello stesso della situazione familiare del lavoratore, la quale si desume in genere dalla fruizione del congedo di paternità. Infatti, solo laddove il datore sia edotto della paternità del proprio dipendente, può ipotizzarsi un atteggiamento di induzione alle dimissioni, il quale giustifica, dunque, il ricorso alla disciplina speciale di convalida ex art. 55 del T.U. del 2001⁴⁸⁹.

L'elemento della conoscenza viene ad assumere rilevanza anche in riferimento ad un'ulteriore questione interpretativa che ha visto impegnata a più riprese la giurisprudenza. Il riferimento corre al dibattito riguardante l'applicabilità o meno della procedura di convalida ex art. 55 del T.U. del 2001 anche nell'ipotesi in cui la lavoratrice madre, al momento di manifestazione della propria volontà di recedere, non sia a conoscenza del proprio stato interessante.

Secondo un primo orientamento, in ragione della considerazione per cui la norma si fonda sul principio di presunzione di non spontaneità delle dimissioni, affinché possa dedursi che la volontà di recedere sia stata coartata dal datore di lavoro e, dunque, che sia necessaria la convalida da parte della Direzione territoriale del lavoro competente, la lavoratrice dipendente deve aver già ricevuto la notizia di aspettare un bambino⁴⁹⁰. I sostenitori di tale tesi ritengono, quindi, che la mancata conoscenza dello stato di gravidanza dia luogo all'applicabilità non della disciplina *de quo*, ma della procedura di convalida ordinaria prevista in materia di dimissioni del lavoratore, la quale viene a trovare applicazione, anche, una volta che sono decorsi i tre anni di vita del bambino o i tre anni dall'ingresso del minore nel nucleo familiare in caso di adozione o affidamento⁴⁹¹.

⁴⁸⁷ F. BORGOGELLI, *Le garanzie e le tutele* cit., 178.

⁴⁸⁸ Cass. 11 luglio 2012, n. 11676, *GC*, 2013, I, 1466.

⁴⁸⁹ L. MARIANI - M. ARLATI - P. SALAZAR, *Congedi parentali e maternità* cit., 74.

⁴⁹⁰ V. T. di Modena 20 dicembre 2005, *DRI*, 2007, II, 471, nt. MAGNATTI.

⁴⁹¹ C. COMINATO, *Dimissioni della lavoratrice madre*, *Stud. Iuris*, 2008, 600 s.

Di avviso contrario è un altro filone giurisprudenziale, il quale dà rilievo al rinvio operato dall'art. 55 del T.U. del 2001 all'art. 54 del medesimo T.U. Infatti, posto che tale ultima disposizione non si limita ad individuare l'ambito temporale di applicazione del divieto di licenziamento, ma precisa, anche, che quest'ultimo opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza, la procedura speciale di convalida delle dimissioni opererebbe indipendentemente dalla conoscenza o meno dello stato di gestazione da parte della dimissionaria stessa⁴⁹². Tale secondo orientamento pare preferibile rispetto al primo in quanto si conforma alla posizione assunta dalla Corte di Cassazione⁴⁹³ nel momento in cui ha precisato che il diritto alle indennità riconosciute dall'art. 55 del T.U. del 2001 sorge in capo alla lavoratrice alla sola condizione che le dimissioni siano state rese durante il periodo in cui opera il divieto di licenziamento, non essendo necessario per l'acquisizione del diritto nessun'altra condizione di natura soggettiva od oggettiva.

Dunque, emerge chiaramente come il riferimento ai motivi – che possono concernere la conoscenza o non dello stato di gravidanza – sia stato ritenuto del tutto irrilevante ai fini dell'applicabilità della tutela prevista dall'art. 55 del T.U. del 2001⁴⁹⁴.

4.2.1. La disciplina ordinaria in materia di dimissioni

Il ricorso alla pratica delle “dimissioni in bianco” da parte dei datori di lavoro non rischia di aversi esclusivamente nel periodo contiguo all'avvento della maternità o paternità, ma anche successivamente, in un tempo in cui il bambino ha già compiuto i tre anni di età; inoltre, la sottoscrizione di un foglio bianco può essere intimata dal datore di lavoro non solo in pregiudizio dei genitori lavoratori, ma anche, in generale, degli altri dipendenti.

Al fine di tutelare anche questi soggetti il legislatore ha, dunque, predisposto

⁴⁹² V. T. di Lucca 20 settembre 2007, n. 455.

⁴⁹³ V. Cass. 22 ottobre 1991, n. 11164.

⁴⁹⁴ C. COMINATO, *Dimissioni della lavoratrice madre* cit., 601.

una disciplina generale che si differenzia da quella speciale introdotta a tutela della maternità e paternità.

Un primo tentativo di debellare il fenomeno delle “dimissioni in bianco” è stato compiuto dalla l. del 17 ottobre 2007, n. 188⁴⁹⁵, e dal successivo d.m. attuativo del 21 gennaio 2008, i quali hanno previsto l’onere per il lavoratore dimissionario di procurarsi, attraverso il sito del Ministero del Lavoro o recandosi presso i centri per l’impiego, un modulo di dimissioni da compilare, a numerazione progressiva, valido solo nei quindici giorni successivi alla data di emissione⁴⁹⁶. Il mancato rispetto di tale formalità – estesa a qualsiasi lavoratore subordinato assunto con qualsivoglia tipologia e durata contrattuale, nonché ai lavoratori titolari di contratti a progetto, o di altre forme contrattuali flessibili – rendeva le dimissioni nulle e, dunque, improduttive di effetti.

Tuttavia, la procedura così delineata, presentava una pluralità di criticità:

- i) la l. n. 188/2007, non estendendo l’ambito di applicabilità della disciplina alla risoluzione consensuale del rapporto, poteva essere facilmente aggirata dal datore di lavoro;
- ii) in contrasto con l’esigenza di semplificazione auspicata da imprese e sindacati, tale procedura gravava eccessivamente sulle imprese in ragione dell’aumento degli adempimenti burocratici cui le stesse erano tenute ad ottemperare soprattutto, se si considera l’estensione della procedura a quei tipi di rapporto aventi natura autonoma, per i quali meglio si adatta il principio di libertà delle forme⁴⁹⁷;
- iii) ostacolava lo svolgimento di attività delle aziende operanti in settori ad alta rotazione di personale, quali a titolo di esempio bar, ristoranti, alberghi, in quanto in questi casi si verifica frequentemente l’ipotesi che il lavoratore, una volta trovata un’occupazione più vantaggiosa in termini economici e non, comunichi le proprie dimissioni oralmente e non si presenti più sul posto di lavoro, rendendo, conseguentemente, impossibile per il datore di lavoro ottenere

⁴⁹⁵ La legge 17 ottobre 2007, n. 188, è rubricata “Disposizioni in materia di modalità per la risoluzione del contratto di lavoro per dimissioni volontarie della lavoratrice, del lavoratore, nonché del prestatore d’opera e della prestatrice d’opera”.

⁴⁹⁶ G. TRIONI, *I nuovi vincoli in materia di dimissioni*, RIDL, 2008, 228.

⁴⁹⁷ G. PELLACANI, *La nuova legge sulle dimissioni volontarie: un inutile omaggio alla cultura del sospetto?*, DRI, 2008, 177 s.

la firma del modulo. Ciò determinava, dunque, l'attivazione di una procedura farraginoso volta al licenziamento del lavoratore irreperibile⁴⁹⁸, maggiormente pregiudizievole qualora il datore di lavoro necessitasse di sostituire immediatamente il dipendente dimissionario con una nuova unità di personale⁴⁹⁹;

iv) la lettera della legge non prevedeva che legittimato al ritiro del modulo fosse necessariamente il solo lavoratore dimissionario. Alla luce del silenzio della norma, quindi, nulla sembrava vietare al datore di lavoro di procurarsi lui stesso il modulo al fine di intimare al lavoratore il recesso unilaterale⁵⁰⁰.

Tali problematiche connesse alla procedura in materia di dimissioni prevista dalla l. n. 188/2007, hanno condotto all'abrogazione della normativa stessa da parte del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, e alla formulazione di una pluralità di proposte di legge tese a tentare di porre rimedio al fenomeno delle "dimissioni in bianco", il quale continuava a rimanere irrisolto.

Meritevole di essere ricordata è la proposta presentata con il d.d.l. n. 884/2008 dall'On. Pietro Ichino ed altri, volta ad introdurre un vero e proprio diritto di ripensamento della durata pari a tre giorni a beneficio del lavoratore e della lavoratrice dimissionari.

Tuttavia, anche tale proposta non pareva essere idonea alla risoluzione del problema delle "dimissioni in bianco" in virtù delle seguenti ragioni:

i) così come la l. n. 188/2007, non offriva un'adeguata tutela al datore di lavoro bisognoso di sostituire immediatamente il lavoratore dimissionario, il quale, infatti, poteva rivendicare l'esercizio del diritto di ripensamento nei tre giorni seguenti;

ii) l'esiguo termine pari a tre giorni previsto per l'esercizio del diritto di ripensamento, non era idoneo a fornire neanche al lavoratore e alla lavoratrice dimissionari un'idonea tutela, soprattutto se genitori, data la delicatezza della scelta che comporta la perdita della propria fonte reddituale, la quale dovrebbe richiedere un tempo maggiore per riflettere;

⁴⁹⁸ Le imprese si vedevano costrette a mantenere l'iscrizione del dipendente nel libro unico, anche se si era di fatto dimesso, per poi addebitargli l'assenza ingiustificata e, infine, licenziarlo, generalmente dopo l'invio di più lettere di convocazione a presentarsi sul posto di lavoro rimaste senza riscontro.

⁴⁹⁹ V. MAIO, *Le norme per il contrasto del fenomeno delle dimissioni* cit., 624.

⁵⁰⁰ G. TRIONI, *I nuovi vincoli* cit., 229.

iii) non prevedeva una garanzia tale da impedire al datore di lavoro di compilare il foglio bianco, firmato dal lavoratore al momento dell'assunzione, con l'indicazione di una data anticipata di quattro giorni.

Nel susseguirsi di molteplici proposte normative, si colloca la l. n. 92/2012 volta ad introdurre al suo art. 4, co. 17⁵⁰¹, una disciplina di regolazione generale dell'istituto delle dimissioni, cui vengono equiparate anche le risoluzioni consensuali⁵⁰². Così come per la disciplina in materia di dimissioni a tutela della genitorialità, anche in questo caso è prevista una procedura di convalida dinanzi a soggetti terzi che condiziona sospensivamente la risoluzione del rapporto di lavoro.

Stante, dunque, che le dimissioni ex art. 55, co. 4, del T.U. del 2001 e quelle diverse, regolamentate dal co. 17 dell'art. 4 della l. n. 92/2012, vengono a coincidere nella loro natura di atto volontario sottoposto a condizione sospensiva, la differenza tra le due procedure si sostanzia negli enti chiamati alla convalida stessa: l'art. 55, co. 4, del T.U. del 2001 ne affida il compito alla Direzione territoriale del lavoro competente, mentre l'art. 4, co. 17, della l. n. 92/2012 richiede al lavoratore dimissionario, su invito del datore di lavoro da trasmettersi entro trenta giorni dalla data delle dimissioni o della risoluzione consensuale, di recarsi presso una delle sedi indicate, ossia la Direzione territoriale del lavoro o il Centro per l'impiego territorialmente competenti o le sedi individuate dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale.

Inoltre, laddove la procedura di convalida a tutela dei genitori lavoratori – esercitabile fino al compimento del terzo anno di vita del bambino o fino ai tre anni dall'ingresso del minore nel nucleo familiare, in caso di adozione o affidamento – dispone un ampio scambio di informazioni finalizzato a consentire

⁵⁰¹ L'art. 4, co. 17, l. n. 92/2012, in materia di "Ulteriori disposizioni in materia di mercato del lavoro", prevede che «Al di fuori dell'ipotesi di cui all'articolo 55, comma 4, del citato testo unico di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, come sostituito dal comma 16 del presente articolo, l'efficacia delle dimissioni della lavoratrice o del lavoratore e della risoluzione consensuale del rapporto è sospensivamente condizionata alla convalida effettuata presso la Direzione territoriale del lavoro o il Centro per l'impiego territorialmente competenti, ovvero presso le sedi individuate dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale».

⁵⁰² V. MAIO, *Le norme per il contrasto del fenomeno delle dimissioni* cit., 625 ss.

al soggetto dimissionario una riflessione ben ponderata sulla scelta che si appresta a prendere, la procedura *de quo* parrebbe investire l'entità esterna del mero ruolo di attestare che in ambiente neutro e senza condizionamenti percepibili, il dipendente ha confermato di non volere la prosecuzione del rapporto di lavoro, non prevedendo, dunque, l'onere da parte dell'entità stessa di attivare un meccanismo di carattere istruttorio volto ad accertare l'esistenza di un nesso di causalità tra la volontarietà del recesso del lavoratore e la relativa dichiarazione di intenti al datore di lavoro⁵⁰³. Dunque, in sede di convalida il soggetto dimissionario è tenuto semplicemente a ribadire la volontà di recedere precedentemente manifestata al datore di lavoro.

Tuttavia, l'adempimento di una tale formalità pregiudica il lavoratore dimissionario interessato a liberarsi nel minor tempo possibile del vincolo contrattuale che lo lega al datore. Alla luce di ciò, il legislatore del 2012 ha previsto una seconda procedura che può essere seguita dal dipendente. In particolare, le dimissioni e la risoluzione consensuale possono essere efficaci laddove il prestatore di lavoro sottoscriva un'apposita dichiarazione in calce alla ricevuta di trasmissione della comunicazione di cessazione del rapporto di lavoro che il datore di lavoro è obbligato ad inviare al centro per l'impiego entro cinque giorni dalla data in cui è prevista la cessazione del rapporto⁵⁰⁴.

La mancanza della convalida o della sottoscrizione in calce alla ricevuta della comunicazione di cessazione anticipata, non impediscono la risoluzione del rapporto di lavoro, la quale può comunque verificarsi laddove il datore di lavoro riesca a provare rispettivamente che:

- i) la persona dimissionaria non ha accolto il suo invito a presentarsi entro sette giorni dalla recezione dello stesso presso una delle sedi competenti ad effettuare la convalida;
- ii) il dipendente si sia rifiutato di sottoscrivere entro sette giorni la ricevuta della comunicazione di cessazione anticipata, che gli era stata in precedenza

⁵⁰³ O. DESSÌ, *Riflessioni sulle recenti "vicende" normative delle dimissioni*, *CSDLE, It, n. 222/2014*, 17.

⁵⁰⁴ A. VALLEBONA, *La riforma del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2012, 78 ss.; M. DEL CONTE, *L'intricata procedura per le dimissioni dalla legge n. 188/2007 alla legge n. 92/2012*, *LG*, 2012, 924.

trasmessa per iscritto da parte del proprio superiore al domicilio indicato nel contratto di lavoro, o in un domicilio diverso purché eletto per iscritto.

Inoltre, nei sette giorni utili affinché il lavoratore o la lavoratrice si presentino presso una delle sedi competenti per la convalida o sottoscrivano la ricevuta della comunicazione di risoluzione anticipata, può essere esercitato il diritto di revoca che comporta che le dimissioni siano considerate definitivamente prive di effetto. Tale revoca non è a sua volta revocabile, comporta l'inefficacia delle pattuizioni connesse alle dimissioni o alla risoluzione consensuale e la relativa restituzione di quanto già percepito dal lavoratore, non deve essere motivata, né è lecito desumere dalla sua esistenza che, a monte, vi sia stato quell'abuso datoriale che il legislatore intende contrastare. Dunque, fino a prova contraria, la revoca delle dimissioni o del consenso alla risoluzione del rapporto di lavoro è il risultato soltanto di un diverso apprezzamento dei propri interessi⁵⁰⁵. Qualora, invece, si dimostri che il datore di lavoro abbia simulato le dimissioni o la risoluzione consensuale del rapporto, quest'ultimo è passibile di una sanzione amministrativa da € 5.000 a € 30.000, salvo che il fatto non costituisca un più grave reato⁵⁰⁶.

La lodevole previsione da parte del legislatore del 2012 del diritto di revoca e, dunque, di un tempo per riflettere sulla scelta compiuta, rischia, tuttavia, di essere vanificata dalla procedura alternativa alla convalida, la quale consente al datore di lavoro di proporre al lavoratore di confermare immediatamente le dimissioni sottoscrivendo la ricevuta di trasmissione telematica della cessazione del rapporto di lavoro⁵⁰⁷.

Riassumendo, dunque, la prima procedura di convalida investe il funzionario della Direzione territoriale del lavoro o del Centro per l'impiego dell'onere di attestare la volontarietà delle dimissioni presentate dal lavoratore; la seconda procedura predisposta dal legislatore, invece, dovrebbe assicurare certezza

⁵⁰⁵ V. MAIO, *Le norme per il contrasto del fenomeno delle dimissioni* cit., 628 ss.

⁵⁰⁶ A titolo di esempio la condotta abusiva finalizzata a costringere il dipendente a rilasciare dimissioni con la data in bianco, così da consentire al datore di porre fine in qualsivoglia momento al vincolo contrattuale che lo lega al lavoratore o alla lavoratrice, può costituire il reato di violenza privata ex art. 610 c.p. o il reato di estorsione ex art. 629 c.p., cfr. S. M. CORSO, *La nuova disciplina delle dimissioni* cit., 1173.

⁵⁰⁷ A. R. TINTI, *Dimissioni in bianco, torna la legge* cit., 2 s.

circa la libera volontà di risolvere unilateralmente il rapporto di lavoro in quanto è il l'interessato stesso a sottoscrivere la ricevuta della trasmissione della comunicazione di cessazione del rapporto di lavoro.

Altra problematica concernente la procedura di convalida regolata dalla l. n. 92/2012 riguarda l'ambito di applicabilità della stessa, limitato inizialmente al solo lavoro subordinato. La mancata estensione della disciplina ai lavoratori parasubordinati era, infatti, desumibile dai seguenti elementi:

- i) la l. n. 92/2012, intervenendo a riformulare l'art. 67 del d.lgs. n. 276/2003 in tema di recesso anticipato nel lavoro a progetto, non operava alcun rinvio alla nuova disciplina generale o speciale delle dimissioni vincolate⁵⁰⁸;
- ii) la sussistenza di alcuni richiami sistematici quale il rinvio alla disciplina del T.U. del 2001, o terminologici come l'impiego del termine datore di lavoro in luogo di quello di committente, nonché l'utilizzo dell'espressione di prestatore di lavoro anziché di collaboratore.

Tuttavia, la scelta, compiuta in un primo momento, di non gravare il campo del lavoro parasubordinato dei nuovi adempimenti, è stata oggetto di revisione, in particolare con l'art. 7, co. 5, lett. d, n. 1, del d.l. n. 76/2013, convertito dall'art. 1, co. 1, della l. n. 99/2013. In virtù di tali normative, dunque, viene inserito all'art. 4 della l. n. 92/2012 il co. 23 bis⁵⁰⁹, il quale prevede che le disposizioni in materia di dimissioni e risoluzioni consensuali vincolate trovano applicazione anche ai lavoratori e alle lavoratrici assunti con contratto di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, nonché a coloro assunti con contratto di associazione in partecipazione⁵¹⁰.

La materia così disciplinata viene, in ultimo, riformata con l'art. 26 del d.lgs. 151/2015⁵¹¹ (rientrante nel pacchetto di riforme, originate dalla legge delega n.

⁵⁰⁸ Il legislatore del 2012 ha riformulato il co. 2 dell'art. 67 del d.lgs. n. 276/2003 limitandosi a disporre che «Il collaboratore può recedere prima della scadenza del termine, dandone preavviso, nel caso in cui tale facoltà sia prevista nel contratto individuale».

⁵⁰⁹ L'art. 4, co. 23 bis, l. n. 92/2012, in materia di «Ulteriori disposizioni in materia di mercato del lavoro», prevede che «Le disposizioni di cui ai commi da 16 a 23 trovano applicazione, in quanto compatibili, anche alle lavoratrici e ai lavoratori impegnati con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, di cui all'articolo 61, comma 1, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e con contratti di associazione in partecipazione di cui all'articolo 2549, secondo comma, del codice civile».

⁵¹⁰ V. MAIO, *Le norme per il contrasto del fenomeno delle dimissioni* cit., 635.

⁵¹¹ L'art. 26, d.lgs. n. 151/2015, in materia di «Dimissioni volontarie e risoluzione consensuale», prevede che «1. Al di fuori delle ipotesi di cui all'articolo 55, comma 4, del decreto legislativo

183/2014, cd. Jobs Act), volto a superare la procedura di convalida delle dimissioni prevista dall'art. 4, co. 17 e ss., della l. n. 92/2012, riprendendo, in buona sostanza, quanto sancito dalla l. n. 188/2007. Difatti, secondo la disciplina vigente⁵¹², il lavoratore che intende recedere dal rapporto di lavoro, unilateralmente o in accordo con il datore di lavoro, è tenuto, a pena di nullità, alla sottoscrizione di un apposito modulo, reperibile gratuitamente attraverso i siti internet del Ministero del Lavoro. Al pari di quanto sancito dal d.m. del 21 gennaio 2008, attuativo della l. n. 188/2007, il modulo deve riportare un codice alfanumerico progressivo di identificazione, nonché la data di emissione dalla quale decorrono quindici giorni per la validità del modulo stesso e una serie di spazi destinati all'individuazione del lavoratore, del datore di lavoro, della tipologia del contratto di lavoro, della data della sua stipulazione e di altri elementi utili⁵¹³. Una volta che il modulo è stato così compilato e ricevuto dal

26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, le dimissioni e la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro sono fatte, a pena di inefficacia, esclusivamente con modalità telematiche su appositi moduli resi disponibili dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali attraverso il sito www.lavoro.gov.it e trasmessi al datore di lavoro e alla Direzione territoriale del lavoro competente con le modalità individuate con il decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di cui al comma 3. 2. Entro sette giorni dalla data di trasmissione del modulo di cui al comma 1 il lavoratore ha la facoltà di revocare le dimissioni e la risoluzione consensuale con le medesime modalità. 3. Con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, da emanare entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, sono stabiliti i dati di identificazione del rapporto di lavoro da cui si intende recedere o che si intende risolvere, i dati di identificazione del datore di lavoro e del lavoratore, le modalità di trasmissione nonché gli standard tecnici atti a definire la data certa di trasmissione. 4. La trasmissione dei moduli di cui al comma 1 può avvenire anche per il tramite dei patronati, delle organizzazioni sindacali, dei consulenti del lavoro, delle sedi territoriali dell'Ispettorato nazionale del lavoro nonché degli enti bilaterali e delle commissioni di certificazione di cui agli articoli 2, comma 1, lettera h), e articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. 5. Salvo che il fatto costituisca reato, il datore di lavoro che alteri i moduli di cui al comma 1 è punito con la sanzione amministrativa da euro 5.000 ad euro 30.000. L'accertamento e l'irrogazione della sanzione sono di competenza delle Direzioni territoriali del lavoro. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689. 6. All'attuazione del presente articolo si provvede con le risorse umane, strumentali e finanziarie già disponibili a legislazione vigente e comunque senza nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato. 7. I commi da 1 a 4 non sono applicabili al lavoro domestico e nel caso in cui le dimissioni o la risoluzione consensuale intervengono nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile o avanti alle commissioni di certificazione di cui all'articolo 76 del decreto legislativo n. 276 del 2003. 8. Le disposizioni di cui al presente articolo trovano applicazione a far data dal sessantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 3 e dalla medesima data sono abrogati i commi da 17 a 23-bis dell'articolo 4 della legge 28 giugno 2012, n. 92. 8 bis. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165».

⁵¹² La nuova disciplina per la presentazione delle dimissioni e risoluzioni consensuali del rapporto di lavoro e dell'eventuale revoca, è in vigore dal 12 marzo 2016.

⁵¹³ O. DESSI, *Riflessioni sulle recenti "vicende"* cit., 20.

sistema informatico, deve essere inoltrato al datore di lavoro e alla Direzione territoriale del lavoro competente. Inoltre, nel termine di sette giorni, decorrenti dalla comunicazione delle dimissioni attraverso la procedura telematica, il lavoratore ha la facoltà di revocarle tramite il medesimo procedimento.

Dunque, per effetto della riforma operata dal Jobs Act, si è passati da una convalida avente ad oggetto una qualsiasi procedura comunicativa della volontà di recedere dal vincolo contrattuale del lavoratore, ad una procedura telematica univoca alla quale il prestatore non può derogare e sulla quale il datore di lavoro non ha possibilità di intervento. Tuttavia, dall'ambito di applicabilità di tale disciplina sono escluse tre categorie di soggetti:

- i) le lavoratrici madri in stato di gravidanza, e le lavoratrici e i lavoratori durante i primi tre anni di vita del bambino o nei primi tre anni dall'ingresso nel nucleo familiare del minore adottato o affidato. Infatti, questi soggetti continuano ad essere beneficiari della procedura di convalida delle dimissioni o della risoluzione consensuale del rapporto di lavoro dinanzi alla Direzione territoriale del lavoro competente, ex art. 55, co. 4, del T.U. del 2001;
- ii) i lavoratori e le lavoratrici domestiche, quali a titolo di esempio baby-sitter, colf e badanti;
- iii) le lavoratrici e i lavoratori che presentano le dimissioni o la risoluzione consensuale all'interno di un verbale conciliativo predisposto nelle sedi protette, ossia presso la Direzione territoriale del lavoro, il Sindacato o la Commissione di certificazione⁵¹⁴.

La critica che può essere mossa alla procedura così introdotta dal legislatore del 2015 è che, a differenza di quella regolata dalla l. n. 92/2012, non prevede un ruolo attivo da parte del datore di lavoro in caso di inerzia del lavoratore; infatti, secondo la normativa previgente qualora il lavoratore non avesse proceduto alla convalida delle dimissioni o alla sottoscrizione della ricevuta di trasmissione della comunicazione di cessazione del rapporto di lavoro, il datore di lavoro era tenuto ad invitare il dipendente dimissionario ad adempiere ai propri obblighi burocratici, pena l'efficacia del recesso unilaterale decorsi sette giorni dalla recezione dell'invito stesso.

⁵¹⁴ R. CAMERA, *Nuova procedura per le dimissioni*, DPL, 2016, 488 ss.

Ciò comporta che a partire dal 12 marzo 2016 siamo in presenza di una procedura gestita esclusivamente dal lavoratore, la quale, tuttavia, produce i suoi effetti su un rapporto avente natura bilaterale e presenta, dunque, la medesima problematica manifestatasi con la l. n. 188/2007. Il riferimento corre all'impossibilità per l'impresa, quale soggetto passivo, di interrompere in tempi rapidi il rapporto con il dipendente dimissionario nell'ipotesi di inerzia di quest'ultimo; infatti, l'inerzia del lavoratore, che abbia manifestato la propria volontà di recedere dal rapporto di lavoro, ma ometta di compilare il modulo ex art. 26 del d.lgs. n. 151/2015, legittimerebbe il datore di lavoro a ricorrere alla contestazione disciplinare per assenza ingiustificata del lavoratore, proprio in quanto quest'ultimo, non avendo proceduto ad effettuare le dimissioni tramite l'unica modalità prescritta dalla legge, risulterebbe a tutti gli effetti ancora dipendente dell'impresa, senza però effettuare alcuna prestazione lavorativa. L'avvio di una contestazione disciplinare, terminerebbe con un licenziamento per giusta causa, risultato che, tuttavia, graverebbe eccessivamente sul datore di lavoro in termini di tempo e di spesa in virtù delle seguenti considerazioni:

- i) il più delle volte, il contratto collettivo di categoria prevede un periodo minimo di assenza ingiustificata, che impedisce l'invio della contestazione disciplinare prima del decorso dello stesso;
- ii) l'art. 7 della l. n. 300/1970 prevede che a seguito della contestazione, è necessario attendere cinque giorni per l'eventuale difesa del lavoratore prima di poter ottenere il provvedimento disciplinare;
- iii) la procedura ha un costo che si sostanzia nel prezzo delle raccomandate da inviare al lavoratore per la contestazione ed il successivo provvedimento disciplinare, nonché nel cd. ticket NASpI, previsto in caso di licenziamento del lavoratore⁵¹⁵.

Da tali considerazioni si desume, dunque, che l'introduzione di un procedimento così formalistico irrigidisce ulteriormente la mobilità in uscita a discapito sia del lavoratore che del datore di lavoro, ragion per cui la dottrina auspica un nuovo intervento da parte del legislatore e del Ministero del Lavoro teso a

⁵¹⁵ R. CAMERA, *Nuova procedura* cit., 491.

rendere il procedimento più snello ed adeguato alle esigenze pratiche. La necessità di semplificazione del procedimento, inoltre, è maggiormente sentita se si considera che le dimissioni in bianco rappresentano una minima parte del totale delle dimissioni presentate in un anno dai lavoratori e che, dunque, le stesse possono essere contrastate attraverso modalità differenti che non rendano così gravosa la totalità delle dimissioni⁵¹⁶.

⁵¹⁶ G. PELLACANI, *La nuova legge sulle dimissioni volontarie* cit., 178.

5. I RIMEDI PROCESSUALI

A completamento del quadro delle tutele predisposte dal legislatore italiano per i genitori lavoratori è necessario esaminare quelle che sono le azioni specifiche che quest'ultimi possono esperire in giudizio contro un atto ritenuto di natura discriminatoria perché intervenuto in violazione delle misure previste a favore della maternità e paternità.

La normativa di riferimento sul tema è rappresentata dal d.lgs. n. 198/2006⁵¹⁷, il cui libro III⁵¹⁸ contiene norme di natura processuale, raccolte negli articoli da 36 a 41, dedicati alle azioni promovibili in giudizio per contrastare le discriminazioni poste in essere nei rapporti di lavoro.

Il d.lgs. n. 198/2006, più specificatamente, nel coordinare la disciplina antidiscriminatoria, all'art. 25, co. 2 bis⁵¹⁹, riconduce alla categoria delle discriminazioni di genere dirette le discriminazioni per gravidanza e per maternità, in quanto si tratta di condizioni soggettive biologicamente legate al sesso⁵²⁰. Dunque, il legislatore qualifica quale discriminatorio ogni trattamento meno favorevole motivato dallo stato di gravidanza, nonché dalla maternità o paternità, ovvero dalla titolarità e dall'esercizio dei relativi diritti.

A tutela di tali situazioni il provvedimento in esame regola, dunque, due diversi tipi di tutela: individuale e collettiva, le quali, a loro volta, seguendo una struttura simmetrica, si articolano in un'azione di carattere ordinario e in una di carattere speciale.

Tali misure di natura giurisdizionale non costituiscono, tuttavia, una novità introdotta dal d.lgs. n. 198/2006, il quale si è limitato a trasporre negli artt. da 36

⁵¹⁷ Il d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, è rubricato "Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246". Tale Codice è entrato in vigore il 15 giugno 2006.

⁵¹⁸ Il libro III del d.lgs. n. 198/2006 è rubricato "Pari opportunità tra uomo e donna nei rapporti economici".

⁵¹⁹ L'art. 25, co. 2 bis, d.lgs. n. 198/2006, in materia di "Discriminazione diretta e indiretta", prevede che «Costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti».

⁵²⁰ P. BELLOCCHI, *Divieti di discriminazione, interventi di contrasto e sanzioni specifiche contro gli atti discriminatori*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, a cura di G. SANTORO PASSARELLI, UTET, 2014, 699.

a 41 la disciplina dettata dall'art. 4⁵²¹, l. n. 125/1991 – così come riformata dall'art. 8, d.lgs. n. 196/2000⁵²² – operando solo delle modifiche terminologiche al fine di incentivare un più ampio ricorso all'utilizzo di tali strumenti di tutela processuale⁵²³.

⁵²¹ L'art. 4, l. n. 125/1991, in materia di "Azioni in giudizio", prevede che «1. Costituisce discriminazione, ai sensi della legge 9 dicembre 1977, n. 903, qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando anche in via indiretta i lavoratori in ragione del sesso. 2. Costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente alla adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa. 3. Nei concorsi pubblici e nelle forme di selezione attuate da imprese private e pubbliche la prestazione richiesta deve essere accompagnata dalle parole "dell'uno o dell'altro sesso", fatta eccezione per i casi in cui il riferimento al sesso costituisca requisito essenziale per la natura del lavoro o della prestazione. 4. Chi intende agire in giudizio per la dichiarazione delle discriminazioni ai sensi dei commi 1 e 2 e non ritiene di avvalersi delle procedure di conciliazione previste dai contratti collettivi, può promuovere il tentativo di conciliazione ai sensi dell'articolo 410 del codice di procedura civile anche tramite il consigliere di parità di cui all'articolo 8, comma 2, competente per territorio. 5. Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto - desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti - idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sulla insussistenza della discriminazione. 6. Qualora il datore di lavoro ponga in essere un atto o un comportamento discriminatorio di carattere collettivo, anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni, il ricorso può essere proposto dal consigliere di parità istituito a livello regionale, previo parere non vincolante del collegio istruttorio di cui all'articolo 7, da allegare al ricorso stesso, e sentita la commissione regionale per l'impiego. Decorso inutilmente il termine di trenta giorni dalla richiesta del parere al collegio istruttorio, il ricorso può essere comunque proposto. 7. Il giudice, nella sentenza che accerta le discriminazioni sulla base del ricorso presentato ai sensi del comma 6, ordina al datore di lavoro di definire, sentite le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, le organizzazioni sindacali locali aderenti alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale, nonché il consigliere regionale per la parità competente per territorio, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate. Nella sentenza il giudice fissa un termine per la definizione del piano. 8. In caso di mancata ottemperanza alla sentenza di cui al comma 7 si applica l'articolo 650 del codice penale richiamato dall'articolo 15 della legge 9 dicembre 1977, n. 903. 9. Ogni accertamento di atti o comportamenti discriminatori ai sensi dei commi 1 e 2, posti in essere da imprenditori ai quali siano stati accordati benefici ai sensi delle vigenti leggi dello Stato, ovvero che abbiano stipulato contratti di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o di forniture, viene comunicato immediatamente dall'ispettorato del lavoro ai Ministri nelle cui amministrazioni sia stata disposta la concessione del beneficio o dell'appalto. Questi adottano le opportune determinazioni, ivi compresa, se necessario, la revoca del beneficio e, nei casi più gravi o nel caso di recidiva, possono decidere l'esclusione del responsabile per un periodo di tempo fino a due anni da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie ovvero da qualsiasi appalto. Tale disposizione si applica anche quando si tratti di agevolazioni finanziarie o creditizie ovvero di appalti concessi da enti pubblici, ai quali l'ispettorato del lavoro comunica direttamente la discriminazione accertata per l'adozione delle sanzioni previste. 10. Resta fermo quanto stabilito dall'articolo 15 della legge 9 dicembre 1977, n. 903».

⁵²² Il d.lgs. 23 maggio 2000, n. 196, è rubricato "Disciplina dell'attività delle consigliere e dei consiglieri di parità e disposizioni in materia di azioni positive, a norma dell'articolo 47 della legge 17 maggio 1999, n. 144".

⁵²³ Dunque, il d.lgs. n. 198/2006 non ha apportato alcuna modifica sostanziale rispetto a quanto dettato dall'art. 4, l. n. 125/1991, ad eccezione dell'eliminazione dei primi tre commi concernenti l'identificazione delle fattispecie discriminatorie, alle quali il Codice delle pari opportunità tra

5.1. L'AZIONE INDIVIDUALE ORDINARIA E SPECIALE

Come in precedenza affermato, l'azione individuale si articola in un'azione di carattere ordinario e in una di carattere speciale, disciplinate rispettivamente dagli artt. 36 e 38 del d.lgs. n. 198/2006.

In particolare, l'azione individuale ordinaria, alla quale fa riferimento l'art. 36 del Codice delle pari opportunità⁵²⁴, è un'azione di mero accertamento, che segue le forme del rito del lavoro, tesa ad ottenere la declaratoria di nullità della condotta discriminatoria, e, quindi, è volta a stabilire quali sono i comportamenti leciti ed i comportamenti doverosi che le parti dovranno tenere, in futuro, in relazione alla situazione protetta, oggetto del processo.

La medesima protezione che si esaurisce con la sola dichiarazione dell'esistenza o dell'inesistenza del diritto fatto valere in giudizio, tuttavia, può essere conseguita, anche, per il tramite del previo esperimento obbligatorio di un tentativo di conciliazione promosso dalla figura della Consigliera o del Consigliere di parità provinciale o regionale territorialmente competente ai sensi degli artt. 410 c.p.c. e 66 d.lgs. n. 165/2001, il quale consente di evitare, così, l'istaurazione della causa. Inoltre, il Consigliere/a di parità, con riferimento all'azione individuale, non solo ordinaria ma anche speciale, non svolge solo il ruolo di promotore del tentativo di conciliazione, ma può, altresì, chiedere l'istaurazione del processo su delega della parte che ritiene di aver subito una

uomo e donna dedica ora apposite norme rubricate "Nozioni di discriminazione" e "Divieti di discriminazione", cfr. E. SILVESTRI, *Codice delle pari opportunità e tutela antidiscriminatoria*, RTDPC, 2007, 853 ss.

⁵²⁴ L'art. 36, d.lgs. n. 198/2006, in materia di "Legittimazione processuale", prevede che «1. Chi intende agire in giudizio per la dichiarazione delle discriminazioni poste in essere in violazione dei divieti di cui al capo II del presente titolo, o di qualunque discriminazione nell'accesso al lavoro, nella promozione e nella formazione professionale, nelle condizioni di lavoro compresa la retribuzione, nonché in relazione alle forme pensionistiche complementari collettive di cui al decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, e non ritiene di avvalersi delle procedure di conciliazione previste dai contratti collettivi, può promuovere il tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 410 del codice di procedura civile o, rispettivamente, dell'art. 66 del D. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, anche tramite la consigliera o il consigliere di parità provinciale o regionale territorialmente competente. 2. Ferme restando le azioni in giudizio di cui all'art. 37, commi 2 e 4, le consigliere o i consiglieri di parità provinciali e regionali competenti per territorio hanno facoltà di ricorrere innanzi al tribunale in funzione di giudice del lavoro o, per i rapporti sottoposti alla sua giurisdizione, al tribunale amministrativo regionale territorialmente competenti, su delega della persona che vi ha interesse, ovvero di intervenire nei giudizi promossi dalla medesima».

discriminazione⁵²⁵, o intervenire nello stesso una volta avviato dal richiedente⁵²⁶.

Tuttavia, il carattere dichiarativo della tutela in esame conduce i genitori lavoratori a prediligere, quale strumento preferibile, l'azione individuale speciale, in quanto quest'ultima non si limita ad affermare la titolarità del diritto in capo agli interessati stessi e, di conseguenza, a dichiarare la nullità dell'atto discriminatorio, ma assicura la cessazione del comportamento illegittimo, la rimozione degli effetti pregiudizievoli, nonché il risarcimento del danno anche non patrimoniale qualora venga provato all'interno del processo.

Più specificatamente, l'azione individuale speciale, regolata all'art. 38 del Codice delle pari opportunità⁵²⁷, si sostanzia in una forma di tutela sommaria non

⁵²⁵ La proposizione della domanda su delega della persona discriminata si sostanzia nell'istituto della rappresentanza volontaria che trova la sua fonte nella volontà del rappresentato, titolare dell'interesse ex art. 1387 c.c., ma che la legge non condiziona a particolari formalità nel conferimento, cfr. L. CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, a cura di M. BARBERA, Giuffrè, 2007, 543.

⁵²⁶ L'intervento effettuato dalla Consigliera o dal Consigliere di parità costituisce un'ipotesi di intervento litisconsortile dipendente, dal quale consegue che nessuna domanda autonoma può essere formulata dalla Consigliera o dal Consigliere, limitandosi questi a sostenere appunto le ragioni della parte attrice, cfr. L. CURCIO, *Le azioni in giudizio* cit., 543; E. SILVESTRI, *Codice delle pari opportunità* cit., 856.

⁵²⁷ L'art. 38, d.lgs. n. 198/2006, in materia di "Provvedimento avverso le discriminazioni", prevede che «1. Qualora vengano posti in essere comportamenti diretti a violare le disposizioni di cui all'articolo 27, commi 1, 2, 3 e 4, e di cui all'articolo 5 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, su ricorso del lavoratore o per sua delega delle organizzazioni sindacali o della consigliera o del consigliere di parità provinciale o regionale territorialmente competente, il tribunale in funzione di giudice del lavoro del luogo ove è avvenuto il comportamento denunciato, nei due giorni successivi, convoca le parti e assume sommarie informazioni, se ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita, ordina all'autore del comportamento denunciato, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti. 2. L'efficacia esecutiva del decreto non può essere revocata fino alla sentenza con cui il giudice definisce il giudizio instaurato a norma del comma seguente. 3. Contro il decreto è ammessa entro quindici giorni dalla comunicazione alle parti opposizione davanti al giudice che decide con sentenza immediatamente esecutiva. Si osservano le disposizioni degli articoli 413 e seguenti del codice di procedura civile. 4. L'inottemperanza al decreto di cui al primo comma o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è punita ai sensi dell'articolo 650 del codice penale. 5. Ove le violazioni di cui al primo comma riguardino dipendenti pubblici si applicano le norme previste in materia di sospensione dell'atto dall'articolo 21, ultimo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034. 6. Ferma restando l'azione ordinaria, le disposizioni di cui ai commi da 1 a 5 si applicano in tutti i casi di azione individuale in giudizio promossa dalla persona che vi abbia interesse o su sua delega da un'organizzazione sindacale o dalla consigliera o dal consigliere provinciale o regionale di parità».

cautelare⁵²⁸, già introdotta dall'art. 15, l. n. 903/1977⁵²⁹, ed ispirata al modello processuale contemplato dall'art. 28 St. lav. per il giudizio di repressione della condotta antisindacale. Dal carattere dell'azione ne deriva una prima fase sommaria in contraddittorio che si chiude con decreto motivato immediatamente esecutivo ed una seconda fase, eventuale, di opposizione, da far valere nel termine di quindici giorni, che conduce il procedimento alla cognizione piena che si svolge, anche in questo caso, con le forme del rito del lavoro⁵³⁰. Dunque, mentre l'impugnazione del decreto comporta l'istaurarsi di un normale procedimento di merito, la fase sommaria assume particolare importanza in quanto consente di ottenere una liquidazione dei danni solo sulla base di un accertamento sommario e quindi nei limiti della prova che il ricorrente riesce a fornire nella fase urgente⁵³¹.

L'ambito di applicabilità di tale misura processuale, in origine, era limitato alle sole ipotesi di discriminazione poste in essere nella fase di accesso al lavoro e nei casi di violazione del divieto di adibire le donne al lavoro notturno. Ciò, dunque, comportava che qualora la discriminazione si fosse verificata in pendenza del rapporto di lavoro, l'unico strumento processuale fruibile era l'azione ordinaria di nullità. Tuttavia, sul punto era sorto un dibattito giurisprudenziale e dottrinario che vedeva contrapposte due diverse correnti di pensiero: chi riteneva, appunto, che il dato letterale della norma limitasse l'applicazione della

⁵²⁸ Si tratta di una tutela non cautelare in quanto l'urgenza del procedimento discende *ope legis* dalla materia trattata e non è oggetto di valutazione da parte del giudice.

⁵²⁹ L'art. 15, l. n. 903/1977, prevede che «Qualora vengano posti in essere comportamenti diretti a violare le disposizioni di cui agli articoli 1 e 5 della presente legge, su ricorso del lavoratore o per sua delega delle organizzazioni sindacali, il pretore del luogo ove è avvenuto il comportamento denunciato, in funzione di giudice del lavoro, nei due giorni successivi, convocate le parti e assunte sommarie informazioni, se ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, ordina all'autore del comportamento denunciato, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti. L'efficacia esecutiva del decreto non può essere revocata fino alla sentenza con cui il pretore definisce il giudizio instaurato a norma del comma seguente. Contro il decreto è ammessa entro quindici giorni dalla comunicazione alle parti opposizione davanti al pretore che decide con sentenza immediatamente esecutiva. Si osservano le disposizioni degli articoli 413 e seguenti del codice di procedura civile. L'inottemperanza al decreto di cui al primo comma o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è punita ai sensi dell'articolo 650 del codice penale. Ove le violazioni di cui al primo comma riguardino dipendenti pubblici si applicano le norme previste in materia di sospensione dell'atto dell'articolo 21, ultimo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034».

⁵³⁰ R. DONZELLI, *Tutela contro le discriminazioni*, EGT, 2012, 7.

⁵³¹ L. CURCIO, *Le azioni in giudizio cit.*, 531 s.

misura alle sole due ipotesi predette⁵³², e chi, invece, sosteneva che l'azione di cui all'art. 15, l. n. 903/1977, fosse esperibile in ogni caso di discriminazione verificatasi nel corso del rapporto di lavoro⁵³³.

A dirimere tale diatriba è intervenuto il legislatore del 2000 con il d.lgs. n. 196, volto ad estendere esplicitamente il procedimento sommario ex art. 15, l. n. 903/1977, a tutte le fattispecie di discriminazione⁵³⁴.

Tuttavia, la lettera dell'art. 38, d.lgs. n. 198/2006 – che ha recepito quanto dettato dal legislatore del 2000 – è idonea a sollevare una seconda questione di carattere interpretativo concernente, ancora una volta, l'ambito di applicabilità dell'azione individuale speciale e il suo coordinamento con quella di carattere ordinario.

In particolare, il co. 1 dell'art. 38, d.lgs. n. 198/2006, persiste nell'indicare come campo di applicazione privilegiato dell'azione speciale a contenuto inibitorio e ripristinatorio l'ipotesi in cui la discriminazione sia posta in essere nel momento dell'assunzione o qualora si lamenti una violazione di ciò che resta dell'art. 5, l. n. 903/1977, in materia di lavoro notturno femminile e relativi divieti. Per contro, il successivo co. 6 del medesimo articolo provvede ad estendere la tutela speciale a tutte le fattispecie di discriminazione, siano esse intervenute all'inizio o in costanza del rapporto di lavoro, «ferma restando l'azione ordinaria». Proprio da tale ultimo inciso derivano due diverse possibilità di lettura della disposizione in esame. Si può, infatti, ritenere che sia il genitore lavoratore a scegliere quale azione promuovere in giudizio perché più congeniale alla tutela del diritto di cui pretende essere titolare, oppure si può, diversamente, ritenere che debba essere esperita per legge l'azione di nullità, cui si accompagna la facoltà di richiedere al giudice l'adozione dei provvedimenti di tutela speciale.

⁵³² V. P. Napoli 3 dicembre 1992, *FI*, 1993, I, 1302; D. IZZI, *Discriminazioni di sesso nel rapporto di lavoro: il nuovo regime processuale*, *RTDPC*, 1994, 563.

⁵³³ V. P. Lecce 13 dicembre 1997, *GM*, 1999, 531, nt. FONTANA; Cass. 2 marzo 1989, n. 1168, *OGI*, 1989, 339.

⁵³⁴ V. BEGHINI, *L'azione individuale sommaria contro le discriminazioni di genere in alcune pronunce di merito*, *RGL*, 2008, 813 s.

Entrambe le interpretazioni qui fornite presentano, tuttavia, delle criticità. Infatti, la prima lettura delineata, che attribuisce la scelta del tipo di azione esperibile al ricorrente stesso, è funzionale a limitare, se non addirittura ad escludere, il ricorso all'azione individuale ordinaria in quanto non vi è motivo di credere che l'interessato possa accontentarsi della mera tutela dichiarativa, quando potrebbe ottenere, invece, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti pregiudizievoli, cui si aggiunge il risarcimento del danno anche non patrimoniale di cui abbia fornito la prova. Per quanto, invece, concerne la seconda interpretazione, implicante in sostanza un mutamento di rito, perché la stessa possa essere sostenuta manca qualsiasi riferimento normativo idoneo a coordinare l'esperimento dell'azione individuale speciale in un giudizio istaurato con azione di nullità⁵³⁵.

Tuttavia, la dottrina ritiene che la prima lettura sia preferibile e che, dunque, l'azione sommaria ex art. 38, d.lgs. n. 198/2006, sia destinata a divenire lo strumento di tutela principale contro le discriminazioni motivate dallo stato di gravidanza, dalla maternità o dalla paternità, nonché dalla titolarità e dall'esercizio dei relativi diritti⁵³⁶.

Tale azione individuale speciale, nonostante garantisca sulla carta una protezione maggiore al genitore lavoratore il cui diritto è stato leso, non è, tuttavia, corredata da alcuna disposizione finalizzata ad assicurare realmente l'esecuzione del decreto conclusivo della fase sommaria del procedimento, o della sentenza che pronuncia sull'opposizione, nella parte in cui viene ordinata la cessazione della condotta illegittima e l'eliminazione dei suoi effetti, in quanto a garanzia dell'adempimento è prevista la sola sanzione penale che prevede l'irrogazione di un ammenda di valore non superiore a € 50.000 o l'arresto fino a sei mesi⁵³⁷. Tale disposizione, applicabile in caso di inottemperanza all'ordine giudiziale di cui all'art. 38, d.lgs. n. 198/2006, pare non rispondere, infatti, a quanto imposto dal legislatore comunitario con la Direttiva 2006/54/CE⁵³⁸

⁵³⁵ E. SILVESTRI, *Codice delle pari opportunità* cit., 856 s.

⁵³⁶ V. BEGHINI, *L'azione individuale sommaria* cit., 816.

⁵³⁷ Si tratta di sanzioni disposte dal d.lgs. n. 5/2010, in sostituzione delle sanzioni di cui all'art. 650 c.p., cfr. P. BELLOCCHI, *Divieti di discriminazione* cit., 711.

⁵³⁸ La Direttiva 2006/54 CE, GU L 204 del 26 luglio 2006, p. 23–36, sull'attuazione dei principi di pari opportunità e di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e di

circa la predisposizione da parte degli Stati membri di misure coercitive civili a garanzia dell'attuazione del provvedimento emesso dal giudice contro le discriminazioni. Infatti, ai fini dell'esecuzione del provvedimento giudiziale è prevista solamente l'applicazione di una pena la cui misura è lasciata alla discrezionalità del giudice e, non anche, una misura coercitiva pecuniaria che venga irrogata per ogni giorno di ritardo nell'adempimento degli obblighi scaturenti dall'ordine giudiziale, come avviene in riferimento all'azione collettiva⁵³⁹.

Infine, perché possa operare la tutela antidiscriminatoria individuale, tanto di carattere ordinario quanto di carattere speciale, l'art. 40, d.lgs. n. 198/2006⁵⁴⁰, recependo il contenuto dell'art. 4, co. 6, l. n. 125/1991, prevede che il ricorrente debba fornire la prova della sussistenza di «elementi di fatto [...] idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso». Una volta fornita tale dimostrazione dovrà essere, quindi, la parte convenuta in giudizio a provare l'inesistenza della discriminazione lamentata dal ricorrente⁵⁴¹.

5.2. L'AZIONE COLLETTIVA ORDINARIA E SPECIALE

Nel disciplinare l'azione collettiva, quale ulteriore strumento di tutela antidiscriminatoria, il legislatore ha adottato la medesima ripartizione caratterizzante

impiego, stabilisce, all'art. 17, co. 1, che «affinché tutte le persone che si ritengono lese, in seguito alla mancata applicazione nei loro confronti del principio della parità di trattamento, possano accedere, eventualmente dopo essersi rivolte ad altre autorità competenti o dopo aver esperito le eventuali procedure di conciliazione, a procedure giurisdizionali finalizzate all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla presente Direttiva anche dopo la cessazione del rapporto nell'ambito del quale si sarebbe prodotta la discriminazione».

⁵³⁹ V. BEGHINI, *L'azione individuale sommaria* cit., 818.

⁵⁴⁰ L'art. 40, d.lgs. n. 198/2006, in materia di "Onere della prova", prevede che «Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione».

⁵⁴¹ E. SILVESTRI, *Codice delle pari opportunità* cit., 861.

l'azione individuale. Infatti, come anzidetto, anche per le azioni di natura collettiva, regolate all'art. 37 del Codice delle pari opportunità⁵⁴², vige la distinzione tra l'azione ordinaria, tesa ad istaurare un giudizio a cognizione piena, e l'azione speciale, esperibile in via d'urgenza e costruita, anche in questo caso, secondo il modello ex art. 28 St. lav.

Tuttavia, con riferimento all'azione collettiva, il legislatore si è preoccupato di coordinare i due diversi tipi di azione in cui la stessa si articola, individuando nel *periculum in mora* il presupposto condizionante per la proposizione

⁵⁴² L'art. 37, d.lgs. n. 198/2006, in materia di "Legittimazione processuale a tutela di più soggetti", prevede che «1. Qualora le consigliere o i consiglieri di parità regionali e, nei casi di rilevanza nazionale, la consigliera o il consigliere nazionale rilevino l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori diretti o indiretti di carattere collettivo, anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni, prima di promuovere l'azione in giudizio ai sensi dei commi 2 e 4, possono chiedere all'autore della discriminazione di predisporre un piano di rimozione delle discriminazioni accertate entro un termine non superiore a centoventi giorni, sentite, nel caso di discriminazione posta in essere da un datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, le associazioni locali aderenti alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale. Se il piano è considerato idoneo alla rimozione delle discriminazioni, la consigliera o il consigliere di parità promuove il tentativo di conciliazione ed il relativo verbale, in copia autenticata, acquista forza di titolo esecutivo con decreto del tribunale in funzione di giudice del lavoro. 2. Con riguardo alle discriminazioni di carattere collettivo di cui al comma 1, le consigliere o i consiglieri di parità, qualora non ritengano di avvalersi della procedura di conciliazione di cui al medesimo comma o in caso di esito negativo della stessa, possono proporre ricorso davanti al tribunale in funzione di giudice del lavoro o al tribunale amministrativo regionale territorialmente competenti. 3. Il giudice, nella sentenza che accerta le discriminazioni sulla base del ricorso presentato ai sensi del comma 2, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, ordina all'autore della discriminazione di definire un piano di rimozione delle discriminazioni accertate, sentite, nel caso si tratti di datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, gli organismi locali aderenti alle organizzazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative sul piano nazionale, nonché la consigliera o il consigliere di parità regionale competente per territorio o la consigliera o il consigliere nazionale. Nella sentenza il giudice fissa i criteri, anche temporali, da osservarsi ai fini della definizione ed attuazione del piano. 4. Ferma restando l'azione di cui al comma 2, la consigliera o il consigliere regionale e nazionale di parità possono proporre ricorso in via d'urgenza davanti al tribunale in funzione di giudice del lavoro o al tribunale amministrativo regionale territorialmente competenti. Il giudice adito, nei due giorni successivi, convoca le parti e assume sommarie informazioni, ove ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, con decreto motivato e immediatamente esecutivo oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita, ordina all'autore della discriminazione la cessazione del comportamento pregiudizievole e adotta ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti delle discriminazioni accertate, ivi compreso l'ordine di definizione ed attuazione da parte del responsabile di un piano di rimozione delle medesime. Si applicano in tal caso le disposizioni del comma 3. Contro il decreto è ammessa, entro quindici giorni dalla comunicazione alle parti, opposizione avanti alla medesima autorità giudiziaria territorialmente competente, che decide con sentenza immediatamente esecutiva. 5. L'inottemperanza alla sentenza di cui al comma 3, al decreto di cui al comma 4 o alla sentenza pronunciata nel relativo giudizio di opposizione è punita con le pene di cui all'articolo 650 del codice penale e comporta altresì il pagamento di una somma di 51 euro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento da versarsi al Fondo di cui all'articolo 18 e la revoca dei benefici di cui all'articolo 41, comma 1».

dell'azione speciale da parte del soggetto legittimato, ossia da parte del Consigliere o della Consigliera regionale di parità, o nei casi di rilevanza nazionale del Consigliere o della Consigliera nazionale di parità⁵⁴³.

Nonostante, tuttavia, la necessaria sussistenza dell'urgenza quale presupposto che permette di delimitare l'ambito di applicazione dell'azione ordinaria e dell'azione speciale, è dubbia la creazione da parte del legislatore di un ulteriore procedimento speciale ad *hoc*, in quanto, a differenza di quanto accade per l'azione individuale, con riferimento all'azione collettiva i due procedimenti – condotti con forme processuali diverse ed istaurati su richiesta del Consigliere o della Consigliera di parità, titolari della legittimazione per i giudizi *de quo*⁵⁴⁴ – giungono ad un provvedimento giurisdizionale avente il medesimo contenuto.

In particolare, qualora venga esperita da parte del Consigliere o della Consigliera di parità l'azione collettiva ordinaria – che comporta l'istaurazione di un giudizio a cognizione piena condotto secondo il rito del lavoro – e laddove la stessa permetta di accertare la discriminazione collettiva lamentata, accanto all'eventuale risarcimento del danno non patrimoniale, che deve essere oggetto di un'apposita domanda, l'art. 37, co. 2, d.lgs. n. 198/2006, individua come contenuto tipico della sentenza l'ordine, avente quale destinatario l'autore della condotta discriminatoria, di predisporre un “piano di rimozione” della discriminazione, da realizzarsi e attuarsi in ossequio ai criteri temporali e non, fissati dal giudice in sede processuale, previa audizione delle r.s.a. o, in loro mancanza, delle organizzazioni sindacali locali aderenti alle organizzazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale, e del Consigliere regionale di parità competente per territorio. La mancata predisposizione di tale “piano di rimozione” comporta, nei confronti dell'autore dell'accertato illecito, non solo l'applicazione della sanzione penale fino ad € 50.000 o l'arresto fino a sei mesi, nonché la revoca di eventuali benefici pubblici di cui lo stesso godeva, ma,

⁵⁴³ E. SILVESTRI, *Codice delle pari opportunità* cit., 858.

⁵⁴⁴ I soggetti legittimati sono costituiti dagli stessi soggetti rappresentativi a cui è possibile delegare l'azione individuale, ma occorre tener ben separato l'esercizio dell'azione collettiva, che spetta loro *iure proprio*, dall'esercizio dell'azione individuale, che è subordinata al mandato da parte del soggetto discriminato, cfr. R. DONZELLI, *Tutela contro le discriminazioni* cit., 6.

anche, l'irrogazione di una misura coercitiva a contenuto pecuniario che si sostanzia nel pagamento di una somma di denaro pari a € 51 per ogni giorno di ritardo nell'adempimento dell'ordine giudiziale, a favore del Fondo nazionale per le attività delle Consigliere e dei Consiglieri di parità, regolato all'art. 18, d.lgs. n. 198/2006⁵⁴⁵.

La preparazione di tale "piano di rimozione" è oggetto, inoltre, anche della richiesta inoltrata all'autore del comportamento discriminatorio in sede di percorso conciliativo, che può essere intrapreso per volontà della Consigliera o del Consigliere di parità, previamente all'istaurazione del giudizio a cognizione piena. In tale ultimo caso, il piano deve essere predisposto nel termine di legge pari a centoventi giorni⁵⁴⁶ e se considerato idoneo, dà vita ad un accordo conciliativo che acquista forza di titolo esecutivo con decreto del tribunale in funzione di giudice del lavoro.

Infine, l'obbligo di realizzare ed attuare un "piano di rimozione", gravante sull'autore dell'illecito, può essere oggetto, altresì, del decreto immediatamente esecutivo emesso a conclusione della fase sommaria del giudizio istaurato con azione collettiva speciale o della sentenza pronunciata al termine dell'eventuale giudizio di opposizione, la cui mancata predisposizione comporta l'applicazione delle medesime sanzioni e misure coercitive pecuniarie esaminate in riferimento all'azione collettiva ordinaria.

Infine, anche per quanto concerne l'azione collettiva, ordinaria o speciale, opera la regola ex art. 40, d.lgs. n. 198/2006, sulla ripartizione dell'onere della prova che impone al convenuto di provare l'inesistenza della discriminazione, qualora la parte ricorrente, nelle vesti in tale caso della Consigliera o del Consigliere di parità, abbia fornito la prova della sussistenza di «elementi di fatto [...] idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso»⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ E. SILVESTRI, *Codice delle pari opportunità* cit., 859.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, 858 s.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, 861.

6. CONCILIAZIONE FAMIGLIA E LAVORO: IL PANORAMA EUROPEO, CON PARTICOLARE RIGUARDO AL SISTEMA SPAGNOLO

6.1. LE TUTELE PREVISTE DALL'UNIONE EUROPEA PER I GENITORI LAVORATORI

L'esame delle tutele della lavoratrice e del lavoratore predisposte dal legislatore italiano a favore della maternità e paternità ha evidenziato che, ai fini del rafforzamento delle garanzie in materia, un ruolo significativo è svolto dall'intervento del legislatore comunitario. Quest'ultimo interviene in quanto la conciliazione della vita professionale e familiare è un tema che non rimane confinato al solo sistema italiano ma interessa tutti gli Stati membri, poiché in tutta l'Unione Europea si è verificato a partire dal XX° Secolo un progressivo ingresso delle donne nel mercato del lavoro.

La sempre maggiore partecipazione del genere femminile al mondo del lavoro, implica, dunque, la necessità di coordinare il ruolo tradizionale della donna quale unica responsabile del focolare domestico con il ruolo professionale. La duplice veste di madre e lavoratrice che viene ad essere ricoperta dalla donna trova una delle sue ragioni d'essere nell'innalzamento dei livelli d'istruzione femminile⁵⁴⁸, verificatosi soprattutto negli ultimi decenni, il quale comporta una maggiore predisposizione della donna al lavoro e, di conseguenza, impone un ampliamento del novero degli strumenti tesi alla conciliazione delle esigenze di cura e di quelle lavorative, data l'incidenza della disponibilità o meno di misure a favore della maternità sulle scelte della donna di lavorare e di avere figli. Infatti, politiche di conciliazione insufficienti comportano il rischio che le donne maggiormente istruite decidano di non interrompere la propria carriera professionale per dedicarsi alla cura di un figlio, date le difficoltà

⁵⁴⁸ Le nuove generazioni di donne che si apprestano ad entrare oggi nel mondo del lavoro hanno un livello d'istruzione più elevato non solo rispetto alle generazioni che le hanno precedute, ma anche rispetto ai maschi dello stesso gruppo di età, cfr. P. VILLA, *Lavoro a tempo parziale e modelli di partecipazione femminile al mercato del lavoro nei paesi europei*, LD, 2005, 201.

che esse incontrerebbero ad essere occupate nuovamente nelle medesime mansioni al termine della maternità. Tuttavia, la medesima decisione, la quale si ripercuote negativamente sui tassi di fecondità europei, può essere assunta anche dalle donne meno istruite, le quali, trovandosi il più delle volte impiegate in lavori precari o scarsamente retribuiti, possono decidere di non avere figli per il timore di non poterli mantenere una volta nati⁵⁴⁹.

La maggiore predisposizione delle donne a svolgere attività extradomestiche e l'innalzamento dei livelli d'istruzione, hanno quale conseguenza che il modello di famiglia maggiormente diffuso in Europa è, oggi, quello a doppia partecipazione, il quale vede impiegati in attività professionali sia l'uomo che la donna. Ciò comporta, dunque, che il tema della conciliazione tra vita lavorativa e vita familiare sia divenuto negli ultimi anni, anche sotto la spinta delle direttive del legislatore comunitario, di centrale importanza nelle politiche sociali e familiari in tutti i Paesi membri⁵⁵⁰.

6.1.1. La normativa comunitaria

Il tema della conciliazione tra le esigenze familiari e quelle connesse allo svolgimento di un'attività lavorativa è divenuto di centrale importanza nell'agenda politica europea soprattutto a partire dagli anni '90, con la nascita dell'Unione Europea⁵⁵¹; si tratta dell'epoca in cui il legislatore comunitario ha preso atto della necessità di predisporre una gamma di misure finalizzate al coordinamento della vita familiare e professionale per poter favorire una sempre maggiore partecipazione delle donne al mercato occupazionale. Al fine di innalzare i livelli occupazionali femminili in tutti gli Stati membri, il legislatore comunitario è, dunque, intervenuto con un cospicuo apparato normativo, limitato, in

⁵⁴⁹ C. D. PRONZATO, *Donne in Europa tra lavoro e famiglia*, EL, 2006, 93 s.

⁵⁵⁰ P. VILLA, *Lavoro a tempo parziale* cit., 212.

⁵⁵¹ L'Unione Europea nasce con il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, entrato in vigore il 1° novembre 1993, il quale promuove l'unificazione politica, economica e sociale dei primi quindici Paesi membri, cfr. A. M. ZABARINO - M. FORTUNATO, *La conciliazione lavoro-famiglia in Italia e in Europa*, disponibile al link http://www.provincia.torino.gov.it/pari_opportunita/crspo/dwd/2009/qdl_conciliazione.pdf, 2008, 29 (ultima consultazione in data 23 dicembre 2016).

un primo tempo, alla tutela della salute e sicurezza della lavoratrice gestante e in periodo di allattamento, che si è, poi, esteso progressivamente alla regolamentazione di aspetti sempre più specifici, al fine di ottenere una maggiore redistribuzione dei carichi di cura all'interno del nucleo familiare e consentire, così, alla lavoratrice madre un più rapido e facile accesso al mondo del lavoro. Ciò comporta che il diritto comunitario, attraverso una cospicua produzione normativa, orienta il suo intervento nella direzione della conciliazione condivisa, con l'obiettivo di coinvolgere anche i lavoratori padri nell'adempimento dei compiti di natura familiare al fine di rendere meno gravose le responsabilità di cura delle lavoratrici donne e permettere, così, a quest'ultime di coordinare più agevolmente il doppio ruolo di professioniste e madri⁵⁵².

Per quanto concerne l'ambito di intervento relativo alla salute e sicurezza della lavoratrice madre, la normativa di riferimento è la Direttiva 92/85/CEE; si tratta della decima Direttiva particolare ai sensi della Direttiva quadro 89/391/CEE sul miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro.

Più specificatamente, la Direttiva 92/85/CEE prevede:

- i) la possibilità per la lavoratrice madre di fruire di un congedo di maternità pari ad almeno quattordici settimane ininterrotte, ripartite prima e/o dopo il parto, il cui godimento garantisca il mantenimento della retribuzione corrisposta prima del collocamento a riposo o, comunque, un'indennità adeguata che assicuri redditi almeno equivalenti a quelli che la lavoratrice otterrebbe se fosse assente per malattia;
- ii) il divieto di licenziamento dall'inizio della gravidanza fino al termine del congedo di maternità;
- iii) il diritto esercitabile dalla lavoratrice a non essere adibita a lavoro notturno⁵⁵³;

⁵⁵² F. SAVINO, *La conciliazione condivisa tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, a cura di M.V. BALLESTRERO - G. DE SIMONE, Giappichelli, 2009, 88.

⁵⁵³ La dottrina ha sottolineato che sarebbe stata più opportuna l'indicazione esplicita di un periodo minimo di interdizione, in conformità alla proposta originaria della Commissione, la quale aveva delineato l'impossibilità per la lavoratrice madre di essere adibita a lavoro notturno per un periodo complessivo pari a sedici settimane, di cui almeno otto precedenti la data presunta del parto, cfr. M. LAI, *Tutela della maternità nella legislazione europea*, DPL, 1993, 78.

iv) l'obbligo in capo al datore di lavoro di effettuare direttamente, o per il tramite di servizi di prevenzione, una valutazione dei rischi esistenti per la gravidanza e l'allattamento. Una volta accertata la sussistenza di fattori di rischio, il datore di lavoro è tenuto ad adottare una serie di misure tra le quali vi sono la modifica temporanea delle condizioni e/o dell'orario di lavoro, la modifica delle mansioni cui la lavoratrice è addetta e, in ultimo, l'interdizione dall'attività lavorativa per tutto il periodo necessario per proteggere la salute e sicurezza della donna⁵⁵⁴.

In riferimento, invece, alla volontà di porre uomini e donne su di un piano di parità nell'ambito lavorativo e familiare, questa viene manifestata in tutta una serie di provvedimenti adottati dalle Istituzioni europee nel corso degli anni e fino ad oggi.

Il primo intervento in tal senso si ha con l'art. 119 del Trattato di Maastricht⁵⁵⁵, e, successivamente, con il Trattato di Amsterdam del 1997⁵⁵⁶. Quest'ultimo rileva su più fronti:

- i) include i diritti della donna tra i diritti sociali fondamentali;
- ii) promuove la parità tra uomini e donne, ex artt. 2⁵⁵⁷ e 3⁵⁵⁸;

⁵⁵⁴ M. LAI, *Tutela della maternità* cit., 77 ss.

⁵⁵⁵ L'art. 119, Tratt. di Maastricht, prevede che «1. Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio di parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici per un medesimo lavoro. 2. Per retribuzione deve essere inteso, ai sensi del presente articolo, il salario o stipendio normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in relazione al posto che quest'ultimo occupa. La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica:

a. che la retribuzione corrisposta per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura;

b. che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per lo stesso posto di lavoro. 3. Il presente articolo non osta a che ciascuno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici intesi a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte delle donne, ovvero a prevenire o compensare svantaggi nella loro carriera professionale».

⁵⁵⁶ Il Trattato di Amsterdam venne firmato il 2 ottobre 1997 dagli allora quindici Paesi dell'Unione Europea ed entrò in vigore il 1° maggio 1999.

⁵⁵⁷ L'art. 2, Tratt. di Amsterdam, prevede che «La Comunità ha il compito di promuovere nell'insieme della Comunità, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 3 A, uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una crescita sostenibile e non inflazionistica, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri».

⁵⁵⁸ L'art. 3, Tratt. di Amsterdam, prevede che «L'azione della Comunità a norma del presente articolo mira a eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne».

iii) impegna gli Stati membri a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, ex art. 13⁵⁵⁹;

iv) amplia l'art. 119 del Trattato di Maastricht, sancendo all'art. 141⁵⁶⁰ la parità di retribuzione tra uomini e donne, non solo per uno stesso lavoro, ma anche per un lavoro equivalente;

v) sempre al suo art. 141, permette agli Stati membri l'adozione di azioni positive volte a facilitare l'esercizio dell'attività professionale da parte delle donne⁵⁶¹.

Il Trattato di Maastricht e il Trattato di Amsterdam prendono, dunque, atto della stretta correlazione che intercorre tra l'innalzamento dei livelli di occupazione femminile e i minori carichi di cura familiare; infatti, è solo attraverso una diminuzione delle responsabilità domestiche che gravano sulle donne, che si può facilitare l'ingresso delle stesse nel mercato del lavoro. Una volta raggiunta tale consapevolezza è, tuttavia, necessario che il legislatore comunitario inviti gli Stati membri ad adottare una serie di misure idonee al raggiungimento di una tale finalità.

⁵⁵⁹ L'art. 13, Tratt. di Amsterdam, prevede che «Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

⁵⁶⁰ L'art. 141, Tratt. di Amsterdam, prevede che «Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo. La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica:

i) che la retribuzione corrisposta per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura,
ii) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per uno stesso posto di lavoro.

Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali».

⁵⁶¹ A. M. ZABARINO - M. FORTUNATO, *La conciliazione lavoro-famiglia* cit., 29.

In particolare, il primo provvedimento teso ad individuare concretamente una soluzione, viene adottato nel mese immediatamente successivo all'emanazione del Trattato di Maastricht; il riferimento corre alla Raccomandazione 92/241/CEE del Consiglio del 31 marzo 1992 sulla custodia dei bambini⁵⁶², la quale auspica l'adozione da parte dei legislatori nazionali di politiche tese a:

- i) incrementare l'offerta dei servizi di custodia di bambini a costi contenuti;
- ii) rafforzare la misura dei congedi, consentendo anche una maggiore flessibilità nella fruizione degli stessi;
- iii) adeguare alle esigenze dei genitori lavoratori l'ambiente, le strutture e l'organizzazione del lavoro;
- iv) riequilibrare i carichi di cura all'interno del nucleo familiare, incoraggiando gli uomini all'assunzione di eguali responsabilità familiari⁵⁶³.

Dunque, gli strumenti che vengono individuati quali adeguati per abbandonare il modello tradizionale che vede la madre casalinga e il padre quale unico soggetto procacciatore di reddito, sono: i congedi, i servizi per l'infanzia e una maggiore flessibilità nell'organizzazione del lavoro⁵⁶⁴. Tuttavia, a questi deve essere aggiunta un'ulteriore misura che viene individuata nel lavoro indipendente, con la Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri del 6 dicembre 1994, sull'equa partecipazione delle donne ad una strategia di crescita economica orientata verso l'aumento dell'occupazione nell'Unione Europea. Con detta Risoluzione, il Consiglio promuove una più ampia diffusione del lavoro autonomo sulla base della considerazione per cui «in vari Stati membri numerose imprese sono state create da donne e la creazione o l'acquisizione di imprese ad opera di donne può avere effetti positivi

⁵⁶² Raccomandazione 92/241 CEE, GU L 123 del 8 maggio 1992, p. 16–18.

⁵⁶³ A. M. ZABARINO - M. FORTUNATO, *La conciliazione lavoro-famiglia* cit., 30 s.

⁵⁶⁴ Queste stesse misure di conciliazione vita-lavoro vengono citate, qualche anno più tardi, nella Risoluzione del Consiglio e dei Ministri incaricati dell'occupazione e della politica sociale del 29 giugno 2000. In particolare, nella Risoluzione si incoraggiano gli Stati membri «a sviluppare strategie globali e integrate volte a conseguire una partecipazione equilibrata degli uomini e delle donne alla vita professionale e alla vita familiare, tenendo presenti le misure che seguono, fatte salve le migliori prassi applicate nei vari Stati membri». Le misure cui fa riferimento la Risoluzione sono, infatti, le seguenti:

- i) quelle tese ad una più equilibrata distribuzione dei compiti di cura familiari tra uomini e donne;
- ii) quelle finalizzate ad un rafforzamento della rete dei servizi di sostegno alle famiglie;
- iii) quelle volte ad incoraggiare, soprattutto le piccole e medie imprese, ad introdurre ed intensificare pratiche gestionali che considerino la vita familiare dei propri lavoratori e lavoratrici, cfr. A. M. ZABARINO - M. FORTUNATO, *La conciliazione lavoro-famiglia* cit., 35 s.

sull'occupazione», tanto più se si considera che «per molte donne creare un'impresa significa al tempo stesso uscire dalla disoccupazione e creare altri posti di lavoro»⁵⁶⁵.

Tra gli istituti riconosciuti funzionali alla conciliazione condivisa vi rientra il congedo. In particolare, come si è già avuto modo di osservare nella disamina delle tutele a favore dei genitori italiani (cfr., *supra*, § 3.2.), la misura che meglio consente il raggiungimento delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne è il congedo parentale, che è stato oggetto della Direttiva 96/34/CE. Si tratta della Direttiva del Consiglio, relativa all'Accordo quadro sul congedo parentale, stipulato il 14 dicembre del 1995 tra le organizzazioni professionali di carattere generale, UNICE, CEEP e CES, la quale prevedeva che l'interdizione dall'attività lavorativa avente carattere facoltativo è un diritto individuale attribuito ai lavoratori di entrambi i sessi in occasione della nascita o dell'adozione di un bambino, della durata pari a tre mesi, da esercitarsi al massimo fino al compimento dell'ottavo anno di vita del figlio; oltre a prevedere un diritto spettante a ciascun genitore, alla Direttiva del 1996 è attribuibile il merito di aver incoraggiato una più ampia partecipazione dei padri alla vita familiare ed, in particolare, alla cura dei figli, attraverso l'attribuzione della natura non trasferibile al diritto stesso⁵⁶⁶.

I primi interventi legislativi in materia del legislatore comunitario consentono, dunque, di ricostruire la conciliazione come esercizio combinato di diritti fondamentali quali la tutela della vita familiare, la protezione della donna lavoratrice e la garanzia della parità di trattamento tra sessi⁵⁶⁷. Dunque, nel diritto europeo la conciliazione viene tutelata non solo nella sua dimensione individuale ed organizzativa⁵⁶⁸, ma piuttosto nella sua dimensione valoriale, come si

⁵⁶⁵ A. M. ZABARINO - M. FORTUNATO, *La conciliazione lavoro-famiglia* cit., 32.

⁵⁶⁶ L. CALAFÀ, *Paternalità, lavoro e conciliazione condivisa nel diritto europeo*, in *Paternalità e lavoro*, a cura di L. CALAFÀ, il Mulino, 2007, 51.

⁵⁶⁷ A. GIORGIS, *Art. 33. Vita familiare e vita professionale*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. BIFULCO - M. CARTABIA - A. CELOTTO, Il Mulino, 2001, 236 ss.

⁵⁶⁸ A. ALLAMPRESE, *Riduzione e flessibilità del tempo di lavoro*, Ipsoa, 2003, 136.

evinces, anche, dalla lettura dell'art. 33 della Carta Comunitaria dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵⁶⁹, del 7 dicembre 2000. Predetto articolo, infatti, assicurando «la protezione della famiglia⁵⁷⁰ sul piano giuridico, economico e sociale», sottolinea il necessario riconoscimento a ciascun cittadino comunitario dei seguenti diritti:

- i) il diritto alla stabilità del lavoro, sancito dalla protezione contro qualsiasi licenziamento causato dalla condizione di maternità e paternità;
- ii) il diritto alla partecipazione alla vita familiare e professionale, sancito attraverso il riconoscimento di un congedo di maternità retribuito e di un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un bambino.

Dunque, dopo la Direttiva 96/34/CE, anche la Carta di Nizza riconosce il congedo parentale quale strumento principale da utilizzare per favorire la conciliazione condivisa e per incoraggiare i padri a farsi carico di una parte delle responsabilità familiari. Data l'importanza che predetto istituto riveste nelle politiche di conciliazione presenti nell'Agenda europea, al fine di consentirne un più ampio utilizzo da parte del genere maschile, interviene la revisione dell'accordo quadro sul congedo parentale firmato da CES, BUSINESSEUROPE, CEEP e UEAPMI il 18 giugno 2009 ed attuato con la Direttiva 2010/18/EU. Tale Direttiva estende la durata del congedo, quale diritto individuale attribuito a ciascun genitore lavoratore, da tre a quattro mesi e prevede che, proprio al fine di favorire una più equa ripartizione dei doveri di cura tra madri e padri, uno di questi quattro mesi sia attribuito in forma non trasferibile. Ciò comporta, pertanto, che se il congedo parentale venga fruito da solo un genitore, il periodo

⁵⁶⁹ L'art. 33 della Carta di Nizza, in materia di "Vita familiare e vita professionale", prevede che «1. È garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale. 2. Al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha il diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio».

⁵⁷⁰ In dottrina si è posta la questione se il concetto di famiglia cui fa riferimento l'art. 33 della Carta di Nizza richieda o meno la sussistenza di un vincolo matrimoniale. Nonostante l'art. 9 della Carta disciplini congiuntamente il diritto a fondare una famiglia e a contrarre matrimonio, questo non vuol dire che il matrimonio sia l'unica via per formare una famiglia. Infatti, si suole preferire un'interpretazione estensiva della nozione di famiglia, la quale può essere fondata non solo attraverso il vincolo matrimoniale ma anche mediante un'unione di fatto, cfr. I. MERINO CALLE, *La conciliación laboral, personal y familiar; análisis desde una doble vertiente: comunitaria y nacional*, *R. jurídica de Castilla y León*, 2015, 9 s.

di utilizzo della misura non sarà pari a quattro mesi ma a tre⁵⁷¹.

Il legislatore comunitario, inoltre, al fine di orientare le proprie politiche sociali e familiari verso una conciliazione condivisa, abbandonando il modello legato ai binomi madre-casalinga/padre-lavoratore, evidenzia come sia necessario agire sulla formazione e l'informazione; infatti, la Risoluzione della Commissione del 2009 indica come di fondamentale importanza ricorrere, sul luogo di lavoro, ad azioni di sensibilizzazione che modifichino culture di lavoro basate su una versione stereotipata dei ruoli e delle competenze professionali delle donne e degli uomini, ed adottare adeguati mezzi di comunicazione idonei a diffondere immagini e contenuti che non si basino su un modello predefinito di donna, soprattutto qualora la stessa debba essere adibita a funzioni decisionali⁵⁷².

Tuttavia, il congedo parentale di concerto con una più ampia offerta di servizi per l'infanzia, con forme di organizzazione aziendali più flessibili e con una maggiore diffusione del lavoro indipendente, non sono gli unici strumenti individuati dal legislatore comunitario per favorire la condivisione delle responsabilità familiari e professionali. Infatti, negli ultimi anni, all'interno delle politiche di conciliazione ha assunto sempre più importanza l'istituto del congedo di paternità. Predetta misura è, in particolare, oggetto dell'Emendamento 50 della proposta di Direttiva⁵⁷³ recante modifiche della Direttiva 92/85/CEE, la quale si pone i seguenti obiettivi:

i) il miglioramento della protezione delle lavoratrici gestanti, puerpere e in periodo di allattamento, il quale viene realizzato attraverso un'estensione della durata del congedo di maternità da quattordici a venti settimane;

⁵⁷¹ L. CALAFÀ, *Il diritto potestativo ai congedi (non solo parentali)*, in *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, a cura di B. VENEZIANI - B. VINCENZO, Cacucci, 2009, 292.

⁵⁷² Basti pensare che al 2009, nonostante i più alti livelli di istruzione rispetto ai lavoratori maschi, solo un membro su dieci dei consigli di amministrazione e il 3% dei direttori delle principali società quotate in borsa dell'Unione Europea erano di sesso femminile. Non vi erano donne tra i governatori delle Banche centrali dell'Unione Europea, e solo il 16% negli organi decisionali più elevati di tali istituzioni era rappresentato da donne, cfr. F. SAVINO, *La conciliazione condivisa* cit., 94.

⁵⁷³ La proposta di Direttiva recante modifiche della Direttiva 92/85/CEE è disponibile al link [http://www.parlamento.it/web/do-cuorc2004.nsf/8fc228fe50daa42bc12576900058cada/716f511369cffd52c12574e3003c39f4/\\$FILE/15017-10_IT.PDF](http://www.parlamento.it/web/do-cuorc2004.nsf/8fc228fe50daa42bc12576900058cada/716f511369cffd52c12574e3003c39f4/$FILE/15017-10_IT.PDF) (ultima consultazione in data 8 febbraio 2017).

ii) un rientro più facile e rapido delle donne nel mercato del lavoro al termine della maternità;

iii) la conciliazione tra vita familiare e vita professionale.

In riferimento a tale ultimo obiettivo – che viene citato, se non in tutti, nella maggior parte dei provvedimenti comunitari emessi in materia – con l’Emendamento 50 il legislatore comunitario chiede agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché il lavoratore padre abbia diritto, in occasione della nascita o dell’ingresso in famiglia di un bambino, di astenersi dall’attività lavorativa per un periodo non inferiore alle due settimane, integralmente retribuito e non trasferibile⁵⁷⁴.

Dunque, a livello europeo, dall’esame degli interventi legislativi si evince che i mutamenti intervenuti e quelli in atto, finalizzati ad una più equa distribuzione dei carichi di cura all’interno del nucleo familiare, intendono incidere, da una parte, sulla partecipazione delle donne al mercato del lavoro, e, dall’altra, sul diffondersi nei singoli Stati membri di quella che viene chiamata paternità responsabile, ossia su un ruolo più attivo dei lavoratori padri nella cura fisiologica e relazionale dei figli⁵⁷⁵.

6.1.2. La conciliazione delle responsabilità familiari nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

Il legislatore comunitario, per incidere positivamente sull’innalzamento dei tassi di occupazione femminile, invita ripetutamente gli Stati membri ad adottare misure idonee ad alleggerire il carico di cura posto, di regola, esclusivamente sulle lavoratrici madri, anche e soprattutto attraverso una più equa distribuzione delle responsabilità familiari, le quali necessariamente devono gravare anche sul lavoratore padre.

⁵⁷⁴ V. VIALE, *I congedi di paternità. Un confronto in Europa*, www.isfol.it, disponibile al link <http://sbnlo2.cilea.it/bw5ne2/opac.aspx?WEB=ISFL&IDS=18509>, 2012, 7 (ultima consultazione in data 27 dicembre 2016).

⁵⁷⁵ V. VIALE, *I congedi di paternità* cit., 1.

Dunque, se la *ratio* delle normative comunitarie in materia è la conciliazione condivisa, lo stesso non può dirsi in riferimento alle pronunce della Corte di Giustizia. Infatti, dall'analisi della giurisprudenza comunitaria dedicata al padre lavoratore, non emerge la tesi della conciliazione condivisa, ma, piuttosto, la tesi basata su ruoli predeterminati che vede, ancora oggi, la conciliazione tra lavoro e cura una responsabilità delle donne.

In particolare, il paradigma della giurisprudenza della Corte in tema di responsabilità familiari è il caso Hofmann del 1984⁵⁷⁶. La questione aveva ad oggetto la richiesta avanzata da un padre tedesco, fruitore di un congedo non retribuito, di percepire la relativa indennità di maternità dall'ottava settimana di vita della sua bambina fino al sesto mese della stessa, in quanto nel periodo in cui il ricorrente si è preso cura della figlia, la madre ha ripreso a lavorare. In occasione della risposta alla questione pregiudiziale in cui il giudice *a quo* chiedeva se il mancato riconoscimento del congedo di maternità in capo al lavoratore padre fosse tale da porsi in contrasto con la Direttiva 76/207/CEE⁵⁷⁷, la Corte ha affermato che il congedo di maternità può essere riservato solo alla madre, in quanto solo quest'ultima può essere tentata di riprendere prematuramente il lavoro, a discapito della tutela della sua salute e della relazione fisiologica ed affettiva con il figlio. Con tale affermazione, dunque, non solo la Corte ha impedito al sig. Hofmann di percepire l'indennità di maternità per la cura della figlia, ma ha creato un precedente cui si è ispirata la giurisprudenza successiva, teso a ribadire che gli obblighi di cura dei figli gravano sulla madre⁵⁷⁸.

L'indifferenza della Corte verso la ripartizione delle responsabilità familiari, in effetti, è stata confermata in tutte le pronunce successive in cui la sentenza Hofmann è stata richiamata nelle motivazioni, ad eccezione di un unico caso. Il riferimento corre alla sentenza Stoeckel del 1991⁵⁷⁹ in materia di lavoro notturno femminile, in cui la Corte ha affermato che il divieto di lavoro notturno per le sole donne si poneva in contrasto con il diritto comunitario in quanto

⁵⁷⁶ C. giust. 12 luglio 1984, C – 184/83, Hofmann, Racc., 1984, 3047.

⁵⁷⁷ Scopo della presente Direttiva è l'attuazione negli Stati membri del principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, la formazione e la promozione professionale e le condizioni di lavoro.

⁵⁷⁸ L. CALAFÀ, *Paternalità, lavoro e conciliazione* cit., 41 s.

⁵⁷⁹ C. giust. 25 luglio 1991, C – 345/89, Stoeckel, FI, 1993, IV, 310, nt. ARBIA.

l'esigenza di tutela che ha in principio ispirato tale divieto appare oggi priva di qualsiasi fondamento, posto che i rischi derivanti da lavoro notturno non sussistono solo per le donne ma per la categoria dei lavoratori in generale. Dunque, la Corte con tale pronuncia ha inteso superare lo stereotipo della ripartizione tradizionale del carico familiare – il quale si intende essere celato da una misura di tutela del lavoro femminile *tout court* – attraverso l'uso del divieto di discriminazione maschile⁵⁸⁰.

I casi affrontati successivamente dalla Corte di Giustizia hanno continuato, invece, a basarsi sui ruoli familiari tradizionali che vedono la donna quale unica responsabile degli obblighi concernenti il nucleo familiare; tuttavia, nelle motivazioni di tali nuove pronunce ha trovato spazio il giudizio di comparazione tra lavoratori e lavoratrici che impone che situazioni analoghe vengano disciplinate in modo analogo. Una tale novità si evince, in particolare, nelle sentenze *Abdoulaye* e *Griesmar*.

Più specificatamente, con la pronuncia *Abdoulaye* del 1999⁵⁸¹ la Corte ha affermato che la corresponsione di un assegno forfettario, stabilita dalla contrattazione collettiva a favore delle sole lavoratrici madri, in occasione della fruizione del congedo di maternità, non si pone in contrasto con il principio della parità retributiva in quanto è funzionale a compensare gli svantaggi professionali che quest'ultime subiscono a seguito dell'interdizione dall'attività lavorativa; tuttavia, tale misura viola il principio della parità di trattamento qualora il lavoratore padre, analogamente alla madre, venga collocato a riposo per adempiere ai propri doveri di cura nei confronti dei figli e non percepisca la suddetta indennità.

La medesima *ratio* basata sul giudizio di comparazione si è ripresentata con la sentenza *Griesmar* del 2001⁵⁸², che vedeva quale ricorrente un magistrato, padre di tre figli, il quale richiedeva il riconoscimento della maggiorazione di anzianità di un anno per ciascun figlio, spettante secondo la legislazione francese a beneficio delle sole lavoratrici madri. In tale sede, i giudici comunitari

⁵⁸⁰ F. SAVINO, *La conciliazione condivisa* cit., 96 s.

⁵⁸¹ C. giust. 16 settembre 1999, C – 218/98, *Abdoulaye*, *MGL*, 1999, 1329, nt. CORAZZA.

⁵⁸² C. giust. 29 novembre 2001, C – 366/99, *Griesmar*, *FI*, 2002, IV, 389.

hanno affermato che nella legge francese era presente un'ingiustificata disparità di trattamento in base al sesso per la categoria dei lavoratori maschi appartenenti al pubblico impiego che si erano occupati effettivamente della cura dei propri figli⁵⁸³.

La considerazione elaborata dalla Corte di Giustizia, secondo la quale i lavoratori padri hanno diritto a beneficiare delle medesime tutele riconosciute alla lavoratrice madre qualora allevino da soli i figli, è stata affermata esplicitamente con la sentenza Lommers del 2002⁵⁸⁴. Il caso affrontato dalla Corte è relativo ad una causa olandese in cui si affrontava il tema della legittimità o meno della riserva per le dipendenti ministeriali di sesso femminile dei posti di asilo nido sovvenzionati dal datore di lavoro con preferenza sui richiedenti di sesso maschile, i quali potevano fare richiesta di tali posti solo in caso di necessità. I giudici comunitari si trovavano ad affrontare la questione del diniego al sig. Lommers, dipendente del Ministero dell'Agricoltura, di un posto all'asilo nido a favore del figlio, riservato e sovvenzionato dal datore di lavoro, richiesto in quanto la moglie, dipendente di un altro datore di lavoro, non era destinataria di un simile beneficio⁵⁸⁵. La Corte ha affermato che la necessità, quale presupposto per il riconoscimento del beneficio anche in capo al lavoratore padre, deve essere interpretata restrittivamente; ciò comporta che il lavoratore di sesso maschile può richiedere ed ottenere un posto per il figlio all'asilo nido, sovvenzionato dal datore di lavoro, solo qualora si occupi da solo della cura del figlio stesso. Tale previsione viene riconosciuta quale legittima perché non idonea a porsi in contrasto con il principio di disparità di trattamento, in quanto agli esclusi non è negato l'accesso ad ogni asilo nido, ma solo al posto sovvenzionato⁵⁸⁶.

Dunque, il percorso giurisprudenziale comunitario relativo ai padri lavoratori avviato nel 1984 con l'affermazione di uno stereotipo di genere, nel corso degli anni non ha subito rilevanti mutamenti. Infatti, dalle pronunce della Corte di

⁵⁸³ L. CALAFÀ, *Paternità, lavoro e conciliazione* cit., 44 s.

⁵⁸⁴ C. giust. 19 marzo 2002, C – 476/99, *Lommers*, LG, 2002, 833, nt. NUNIN.

⁵⁸⁵ D. GOTTARDI, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, DLRI, 2003, 447 ss.

⁵⁸⁶ F. SAVINO, *La conciliazione condivisa* cit., 97 s.

Lussemburgo si evince come, a livello giurisprudenziale, protagonista sia ancora il modello tradizionale che vede la donna quale soggetto gravato, se non esclusivamente, quanto meno in modo preponderante delle responsabilità concernenti il nucleo familiare. Il lavoratore padre, difatti, nel quadro delineato dalla giurisprudenza comunitaria continua a svolgere un ruolo del tutto marginale e subordinato alla madre nell'adempimento dei doveri di cura nei confronti dei figli.

Tuttavia, come già evidenziato, il ruolo marginale ricoperto dal tema della ripartizione delle responsabilità familiari in seno alla Corte di Giustizia, non risulta essere conforme all'attività legislativa intrapresa dagli altri organi comunitari a partire dagli inizi degli anni Novanta, la quale si basa sulla commistione tra conciliazione e parità di trattamento tra uomini e donne (cfr., *supra*, § 6.1.1.).

In particolare, la dottrina⁵⁸⁷ ha esaminato il diritto dell'Unione Europea, ricavando dal tema della conciliazione famiglia e lavoro, quattro principi fondamentali:

- i) il principio di parità di trattamento che consente di non ostacolare l'accesso delle donne al mercato del lavoro e permette alle stesse di competervi all'interno parimenti agli uomini;
- ii) il principio della pari rappresentanza di uomini e donne nei diversi ambiti professionali e pubblici;
- iii) il principio che favorisce la formazione della famiglia;
- iv) il principio di una più equa distribuzione dei ruoli all'interno del nucleo familiare, la cui realizzazione è possibile non ostacolando ed incoraggiando l'assunzione, da parte degli uomini, di compiti di cura nella famiglia.

I quattro principi o obbiettivi predetti rientrano in due grandi categorie, in quanto i primi due concernano il rapporto tra donne e lavoro, mentre gli ultimi due il rapporto tra donne e famiglia.

⁵⁸⁷ G. ITZCOVICH, *I conflitti della conciliazione. Un'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Persone, lavori, famiglie* cit., 113 ss.

Tali principi ricorrono frequentemente nelle sentenze della Corte di Giustizia in materia di tutela della lavoratrice madre, e, nonostante la sussistenza di qualche conflitto tra gli stessi, conducono al riconoscimento di maggiori garanzie a favore della donna, rispetto a quanto non abbiano fatto le pronunce relative ai lavoratori padri, proprio perché il pensiero dei giudici comunitari rimane radicato al modello tradizionale che richiede la conciliazione del ruolo di lavoratrice con quello di madre. A tal proposito è opportuno analizzare una serie di decisioni assunte dalla Corte di Lussemburgo.

Per quanto riguarda i casi in cui non si è verificato un contrasto tra i predetti principi, un esempio può essere rappresentato dalla sentenza Boyle del 1998⁵⁸⁸. Il riferimento corre alla pronuncia con cui la Corte ha affermato la legittimità della clausola che riconosce un'indennità più elevata durante il congedo di maternità, la cui corresponsione è condizionata, tuttavia, all'impegno della donna a riprendere l'attività lavorativa dopo il parto. I giudici comunitari hanno giudicato una tale clausola come legittima in quanto incentiva il ritorno della donna nel mondo del lavoro, permette al datore di lavoro di organizzare in modo più efficiente l'attività di impresa, limitando il rischio del mancato rientro della lavoratrice dopo che si è tenuto il posto libero e contribuisce a responsabilizzare i padri chiamati ad assumersi maggiori doveri di cura per consentire alla madre un rientro al lavoro economicamente vantaggioso⁵⁸⁹.

Relativamente, invece, ai casi in cui è sorto un conflitto tra i principi in gioco, la Corte di Giustizia è approdata spesso a decisioni contrapposte, privilegiando in alcune pronunce il rapporto tra donne e lavoro e in altre, al contrario, il rapporto tra donne e famiglia. Ne sono un esempio i due provvedimenti in tema di divieto di licenziamento emessi lo stesso giorno dalla Corte, i quali pervengono a due soluzioni opposte. Il riferimento corre alla sentenza Dekker e alla sentenza Hertz dell'8 novembre 1990.

In particolare, ancor prima della Direttiva 92/85/CEE, la giurisprudenza comunitaria, con la sentenza Dekker⁵⁹⁰, aveva sancito l'illegittimità del licenziamento di una lavoratrice a motivo della gravidanza perché discriminatorio, così

⁵⁸⁸ C. giust. 27 ottobre 1998, C – 411/96, *Boyle*, OGL, 1998, III, 101, nt. PAPPALARDO.

⁵⁸⁹ G. ITZCOVICH, *I conflitti della conciliazione* cit., 117.

⁵⁹⁰ C. giust. 8 novembre 1990, C – 177/88, *Dekker*, CS, 1992, II, 751.

tutelando l'occupazione femminile e incoraggiando la decisione delle donne di avere figli e di formare, dunque, una famiglia⁵⁹¹. Tuttavia, nello stesso giorno viene emessa dai giudici della Corte anche la sentenza Hertz⁵⁹² che, al fine di non rendere troppo onerosa in capo ai datori di lavoro l'offerta di lavoro femminile, riconosceva la validità del licenziamento intervenuto dopo la fine del congedo di maternità e motivato dalle assenze dovute a una malattia causata dalla gravidanza o dal parto⁵⁹³.

La decisione cui è approdata la Corte di giustizia nella sentenza Hertz dimostra che in determinati casi la giurisprudenza comunitaria ha ritenuto necessario accantonare la tutela della lavoratrice e della madre allo scopo di non gravare i datori di lavoro di costi eccessivi e, dunque, di non ostacolare la domanda di forza lavoro femminile.

La volontà di favorire l'accesso delle donne al mercato del lavoro si pone alla base di un ulteriore filone giurisprudenziale volto ad incoraggiare i datori di lavoro all'utilizzo di contratti atipici caratterizzati dal tempo parziale e da orari flessibili; infatti, secondo il modello tradizionale che continua a prevalere nel pensiero della giurisprudenza comunitaria, le donne sono maggiormente interessate rispetto ai colleghi uomini a contratti di lavoro atipici proprio perché tendono a dedicare alla cura della famiglia una porzione importante del loro tempo lavorativo e di vita. È, dunque, compito dei legislatori nazionali rimuovere gli ostacoli che limitano lo svolgimento di un'attività lavorativa a tempo parziale. Tale invito viene esplicitamente formulato dai giudici di Lussemburgo nella sentenza Michaeler del 2008⁵⁹⁴, i quali vengono investiti dal Tribunale di Bolzano della seguente questione: il diritto italiano prevedeva l'obbligo, per il datore di lavoro, di trasmettere all'Ispettorato del lavoro e della previdenza sociale una copia del contratto di lavoro a tempo parziale, entro

⁵⁹¹ G. ITZCOVICH, *I conflitti della conciliazione* cit., 119.

⁵⁹² C. giust. 8 novembre 1990, C – 179/88, *Hertz*, *NGL*, 1991, 188.

⁵⁹³ In dottrina c'è chi ha ravvisato nella pronuncia della Corte di Giustizia la violazione del principio di non discriminazione, per aver equiparato la malattia causata dalla gravidanza alle altre malattie. Infatti, la legittimità del licenziamento delle lavoratrici madri che interviene al termine del congedo di maternità per assenze dovute a una malattia determinata dalla gestazione o dal parto, comporta che le donne corrono un rischio ulteriore rispetto a quello comune ad ogni lavoratore di ammalarsi, in quanto solo le donne partoriscono e, quindi, solo quest'ultime possono ammalarsi in conseguenza del parto, cfr. G. ITZCOVICH, *I conflitti della conciliazione* cit., 120.

⁵⁹⁴ C. giust. 4 aprile 2008, C – 55/07 e C – 56/07, *Michaeler*.

trenta giorni dalla stipulazione dello stesso, il cui mancato assolvimento comportava l'applicazione di una sanzione di quindici euro per ogni lavoratore interessato e per ciascun giorno di ritardo. A seguito del ricorso di una società cui erano stati inflitti più di 230.000 euro di sanzioni, il Tribunale si è rivolto alla Corte di giustizia chiedendo se tale normativa si ponesse in contrasto con il diritto comunitario, e in particolare con la Direttiva 97/81/CE⁵⁹⁵, volta ad attuare l'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale in cui si richiede agli Stati membri di eliminare o, quantomeno, di ridurre gli ostacoli di natura giuridica o amministrativa che possono limitare il ricorso al tempo parziale. I giudici comunitari nella pronuncia del 2008 ravvisano tale contrasto tra il diritto interno e il diritto comunitario in quanto, non solo la procedura di carattere amministrativo è eccessivamente gravosa da indurre i datori di lavoro a non stipulare contratti di lavoro a tempo parziale⁵⁹⁶, ma anche il regime sanzionatorio privo di un tetto massimo appare alquanto oneroso⁵⁹⁷.

In ultimo, è opportuno esaminare l'interpretazione della Corte di Giustizia in merito ad un altro elemento citato dalla Direttiva 92/85/CEE e teso a rendere maggiormente appetibile l'istituto del congedo, quale misura idonea a favorire l'occupazione femminile. Il riferimento corre all'equa determinazione del livello del reddito che risulta, infatti, essere un elemento imprescindibile nella scelta dell'esercizio del congedo parentale e un elemento rilevante nella fruizione del congedo di maternità. In particolare, la Corte di Lussemburgo si occupa della questione in due sentenze del 1° luglio 2010: la sentenza Parviainen⁵⁹⁸ e la sentenza Gassmayr⁵⁹⁹.

Più specificatamente, il primo caso, in fatto, riguardava una hostess di volo finlandese adibita a mansioni di responsabile di cabina, alla quale era stato assegnato un posto a terra a causa dell'intervenuta gravidanza; infatti, secondo

⁵⁹⁵ Direttiva 97/81 CE, GU L 14 del 20 gennaio 1998, p. 9–14.

⁵⁹⁶ Secondo l'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer «L'obbligo di trasmettere i contratti è adeguato rispetto agli obbiettivi perseguiti, ma è facilmente sostituibile con altri mezzi altrettanto efficaci, ma meno costosi per gli imprenditori, cui viene imposto un onere che, in linea di principio, è già assolto dall'Amministrazione attraverso la sua attività di vigilanza, ispezione e polizia», cfr. G. ITZCOVICH, *I conflitti della conciliazione* cit., 129.

⁵⁹⁷ G. ITZCOVICH, *I conflitti della conciliazione* cit., 127 ss.

⁵⁹⁸ C. giust. 1° luglio 2010, C – 471/08, *Parviainen*, *RIDL*, 2011, II, 202, nt. DE GREGORIO.

⁵⁹⁹ C. giust. 1° luglio 2010, C – 194/08, *Gassmayr*, *RIDL*, 2011, II, 202, nt. DE GREGORIO.

l'allegato I della Direttiva 92/85/CEE l'esercizio dell'attività di hostess di volo è vietato in quanto la lavoratrice gestante verrebbe esposta a radiazioni ionizzanti e non ionizzanti che costituiscono uno degli agenti fisici accertati quali dannosi per la salute del feto. In relazione alla nuova attività, alla sig.ra Parviainen veniva corrisposta una retribuzione pari a quella per congedi per ferie retribuiti, considerata inadeguata dalla ricorrente stessa perché non era tale da ricomprendere una serie di indennità che in precedenza venivano percepite dalla lavoratrice, come, a titolo di esempio, quelle per i voli effettuati.

La sentenza Gassmayr concerneva, invece, una lavoratrice austriaca che svolgeva l'attività di medico assistente ospedaliero presso la clinica universitaria di anestesia dell'Università di Graz, la cui gravidanza era stata qualificata a rischio. Dunque, al fine di tutelare la salute del feto e della donna stessa, quest'ultima era stata collocata a riposo in via anticipata e le era stata accordata una retribuzione tale da non ricomprendere il pagamento dell'indennità corrispondente alla media dei servizi di guardia effettuati, motivo che ha determinato il ricorso al giudice della lavoratrice stessa.

Con riferimento all'interpretazione della nozione di indennità adeguata, la Corte, nelle due pronunce del 2010, ha provveduto a fornire una risposta, distinguendo tre diverse ipotesi:

i) qualora la lavoratrice sia adibita a diverse mansioni, ma continui a svolgere comunque un'attività lavorativa (come nel caso Parviainen), la retribuzione ad essa spettante deve essere superiore rispetto a quella percepita durante la fruizione del congedo di maternità, poiché la donna continua a prestare la propria attività. Tuttavia, non può neanche corrispondere integralmente a quanto versato anteriormente al periodo della temporanea assegnazione a un nuovo posto⁶⁰⁰. Dunque, salvo il caso in cui gli Stati membri e le parti sociali si accordino per fissare l'importo esatto dell'indennità da versare alla lavoratrice temporaneamente adibita a diverse mansioni, un'adeguata retribuzione deve contenere, oltre allo stipendio di base, anche gli elementi della retribuzione e le

⁶⁰⁰ Secondo la dottrina tale considerazione sarebbe confermata dalla lettera dell'art. 11, par. 1, della Direttiva 92/85/CEE, la quale si riferisce al diritto della lavoratrice al mantenimento di «una» retribuzione e non «della» retribuzione, cfr. V. DI COMITE, *Tutela dei genitori lavoratori e diritto a un'adeguata retribuzione*, *Sud in Europa. Period. di info. sull'UE*, 2010, 4.

integrazioni che corrispondono allo status professionale della lavoratrice, come le integrazioni collegate alla sua qualità di superiore gerarchico, alla sua anzianità e alle sue qualifiche professionali. Non è, invece, necessario mantenere quelle indennità che sono funzionali a compensare gli inconvenienti collegati all'esercizio di mansioni specifiche in condizioni particolari;

ii) nel caso in cui la lavoratrice sia collocata a riposo anticipatamente per la sussistenza di rischi per la salute della madre e del nascituro (come nel caso Gassmayr), la Corte ha stabilito che spetta la corresponsione di un'indennità tale da ricomprendere lo stipendio di base e gli elementi della retribuzione collegati allo status professionale, ma non, anche, gli altri elementi relativi a prestazioni specifiche (come nel caso Gassmayr le indennità per i servizi di guardia);

iii) in occasione della fruizione del congedo di maternità, deve essere prevista una tutela minima in termini economici tale da considerare adeguata un'indennità almeno equivalente a quella prevista dalle normative previdenziali nazionali nelle ipotesi di interruzione dell'attività lavorativa per motivi di salute⁶⁰¹. Alla luce di quanto sopra, dall'esame della giurisprudenza comunitaria in materia di tutele a favore dei genitori lavoratori, si evince, quindi, che i doveri di cura familiare gravano, ancora oggi, in gran parte sulle donne.

Dunque, al fine di invertire la tendenza e favorire l'innalzamento dei livelli occupazionali femminili, secondo, anche, quanto auspicato dal legislatore comunitario, le legislazioni dei singoli Stati membri devono intervenire affinché venga raggiunta un'effettiva parità di trattamento tra i genitori, che tenga, comunque, conto della realtà e che, quindi, distingua opportunamente il ruolo paterno da quello materno⁶⁰².

⁶⁰¹ V. DI COMITE, *Tutela dei genitori lavoratori* cit., 2 ss.

⁶⁰² F. SAVINO, *La conciliazione condivisa* cit., 108 ss.

6.1.3. I principali modelli europei di politiche familiari

Le politiche di conciliazione dei singoli Stati membri dipendono, in larga misura, dal rapporto che per tradizione intercorre tra la famiglia e lo Stato. Difatti, vi sono Paesi che ritengono che i compiti di cura e di educazione debbano essere adempiuti principalmente da parte dello Stato, in quanto finalizzati a formare futuri cittadini; al contrario, vi sono Stati comunitari che considerano primaria la cura familiare, la quale si ritiene essere più idonea a formare persone competenti ed equilibrate⁶⁰³.

Tuttavia, in entrambi i casi, secondo, anche, quanto auspicato dal legislatore comunitario, ciascuna legislazione statale, al fine soprattutto di aumentare la partecipazione delle donne al mercato del lavoro sia a livello nazionale che comunitario, deve adottare delle misure idonee ad intervenire in tre grandi ambiti:

- i) i servizi di cura per l'infanzia e per gli anziani;
- ii) il tempo di cura;
- iii) la flessibilità dell'orario di lavoro.

Queste tre macro aree di intervento denotano che la diminuzione dei carichi di cura a beneficio delle lavoratrici madri e il loro conseguente ingresso nel mondo del lavoro, sono obiettivi che non possono essere realizzati se non attraverso una rimodulazione dei giorni di congedo fruibili da entrambi i genitori⁶⁰⁴, una più ampia offerta dei servizi per l'infanzia, una più diffusa partecipazione degli uomini nelle responsabilità familiari ed una maggiore flessibilità oraria nell'organizzazione della giornata lavorativa. La scelta dell'ambito in cui agire maggiormente viene, poi, assunta autonomamente dai singoli legislatori nazionali in ragione della relazione Stato-famiglia caratterizzante ciascun territorio; ciò, dunque, comporta che non è possibile sistematizzare uno schema

⁶⁰³ K. WALL, *I modelli di politiche relative ai congedi e l'articolazione lavoro/famiglia in Europa: una prospettiva comparativa*, Soc. e polit. soc., 2008, 60 s.

⁶⁰⁴ V. VIALE - R. ZUCARO, *Essere genitori. I congedi in Italia e in Europa*, www.ingenere.it, 2015, disponibile al link <http://www.ingenere.it/articoli/essere-genitori-congedi-parentali-italia-europa>, 1 s. (ultima consultazione in data 28 dicembre 2016).

di misure condiviso da tutti gli Stati membri. In ragione di ciò, le diverse politiche familiari dei Paesi comunitari possono essere riassunte in quattro modelli:

- i) il modello liberale;
- ii) il modello socialdemocratico;
- iii) il modello conservatore;
- iv) il modello mediterraneo⁶⁰⁵.

6.1.3.a. Il modello liberale

A tale categoria appartengono gli Stati che considerano la famiglia un'istituzione appartenente alla sfera privata, ragione per cui viene ridotta al minimo l'ingerenza dello Stato non solo in riferimento alla cura dei figli, ma relativamente a qualsiasi aspetto concernente il nucleo familiare.

I Paesi europei che hanno adottato una politica sociale e familiare di stampo liberale sono la Gran Bretagna e l'Irlanda, i quali sono intervenuti prevalentemente con misure a beneficio delle sole famiglie povere o a rischio povertà⁶⁰⁶. Dunque, la gestione delle responsabilità familiari viene affidata alla famiglia stessa, la quale deve trovare un equilibrio nel bilanciamento della cura della prole e dei doveri professionali. Coerentemente a ciò, lo strumento cui le lavoratrici madri inglesi e irlandesi ricorrono maggiormente è un congedo breve ben retribuito⁶⁰⁷.

In particolare, il legislatore inglese ha previsto che le lavoratrici dipendenti hanno diritto ad un congedo di maternità (cd. *ordinary maternity leave*) pari a ventisei settimane, cui si aggiungono altre ventisei settimane (cd. *additional maternity leave*) qualora la lavoratrice che fruisce del congedo si trovi alle dipendenze dello stesso datore di lavoro da almeno ventisei settimane. Tuttavia, in ordine alle prime sei settimane di congedo si ha diritto al pagamento di un'indennità pari al 90% della retribuzione, importo che si riduce a £ 136,78 (€ 164

⁶⁰⁵ A. M. ZABARINO - M. FORTUNATO, *La conciliazione lavoro-famiglia* cit., 39.

⁶⁰⁶ M. NALDINI, *Le politiche familiari in Europa: modelli in trasformazione*, in *Osservatorio nazionale sulle famiglie e le politiche locali di sostegno alle responsabilità familiari*, "Famiglie: mutamenti e politiche sociali", vol. I, 2002, 306.

⁶⁰⁷ K. WALL, *I modelli di politiche* cit., 66 ss.

circa) per ciascuna delle successive trentatré settimane di collocamento a riposo, mentre le ultime tredici non danno diritto alla corresponsione di alcun beneficio economico. La lavoratrice ha la facoltà di godere del congedo di maternità a partire dall'undicesima settimana antecedente la data presunta del parto ed è obbligata a fruire delle due settimane successive la nascita del figlio; le restanti cinquanta settimane di congedo, invece, possono essere godute da entrambi i genitori.

Inoltre, il legislatore inglese ha introdotto, secondo quanto auspicato dalla normativa comunitaria, un congedo di paternità pari a due settimane, utilizzabile dal lavoratore padre entro le prime otto settimane dalla nascita del figlio e coperto da un'indennità fissa o pari al 90% del reddito medio settimanale⁶⁰⁸. Quest'ultima scelta legislativa non è stata condivisa dal legislatore irlandese, ragion per cui i padri lavoratori irlandesi non possono fruire del congedo di paternità. Dunque, i datori di lavoro non sono obbligati a garantire ai prestatori di lavoro alcun congedo dopo la nascita del figlio sia esso retribuito o meno e, quindi, i congedi presi a seguito del parto sono trattati nella giurisprudenza lavoristica irlandese nello stesso modo in cui sono trattati quelli presi in un altro periodo dell'anno⁶⁰⁹.

Oltre all'istituto del congedo, un'altra misura che ha caratterizzato, soprattutto in passato, i Paesi appartenenti al modello liberale è stato il *part-time*. Infatti, sia in Gran Bretagna che in Irlanda, nel decennio scorso, la diffusione delle attività lavorative a tempo parziale è stata al di sopra della media europea⁶¹⁰. La ragione di una tale diffusione era rinvenibile nella maggiore concentrazione della presenza di lavoratrici nei servizi pubblici⁶¹¹, i quali sono caratterizzati

⁶⁰⁸ La Federazione Sindacale del Regno Unito (cd. *Trades Union Congress*) ha rilevato che statisticamente negli anni 2011 e 2012, sebbene il 91% dei padri abbia deciso di fruire del congedo dopo il parto, il 71% ha preso solo due settimane o meno, e dei padri beneficiari del congedo supplementare, pari complessivamente a cinquanta settimane, su 285.000 aventi diritto ne hanno beneficiato solo 1.650 lavoratori, cfr. Eurofound, *Promoting uptake of parental and paternity leave among fathers in the European Union*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015, disponibile al link http://www.cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs/Promoting_parental_leave.pdf, 5 (ultima consultazione in data 28 dicembre 2016).

⁶⁰⁹ V. VIALE, *I congedi di paternità* cit., 5 s.

⁶¹⁰ P. VILLA, *Lavoro a tempo parziale*, cit., 207.

⁶¹¹ Nel 2005 in Gran Bretagna del 20-22% degli occupati nei servizi pubblici, il 50-58% era rappresentato da donne, cfr. A. PESCAROLO, *Lavoro, famiglia, welfare: la nuova Europa e la trasformazione italiana*, in *Donne e famiglie nei sistemi di welfare. Esperienze nazionali e regionali a confronto*, a cura di R. NUNIN - E. VEZZOSI, Carocci, 2007, 79.

da una maggiore flessibilità oraria. Infatti, nei comparti che devono fronteggiare una distribuzione della domanda di servizi nell'arco di un'intera giornata, il ricorso al *part-time* consente di allungare gli orari di erogazione dei servizi e di soddisfare la domanda in modo efficiente⁶¹².

Tuttavia, di recente, soprattutto il Regno Unito ha assistito ad un innalzamento dei tassi di occupazione femminile⁶¹³, in particolare grazie all'aumento del numero di donne che lavorano *full-time*, e ad una contestuale diminuzione del numero di donne impiegate con un orario di lavoro a tempo parziale, a riprova del fatto che non sempre un'elevata diffusione del lavoro *part-time* sia necessaria e sufficiente ad assicurare un'ampia partecipazione delle donne al mercato del lavoro⁶¹⁴.

6.1.3.b. Il modello socialdemocratico

Gli Stati europei appartenenti al modello socialdemocratico si caratterizzano per la centralità attribuita, nelle politiche sociali e familiari, alla questione dell'uguaglianza tra i sessi e per l'attenzione rivolta ai bisogni e ai diritti dei bambini⁶¹⁵. Si prestano a rientrare in tale modello i Paesi scandinavi e, in particolare, Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia, le cui politiche di conciliazione si basano essenzialmente su un rapporto concorrenziale tra l'istituto dei congedi e la disponibilità dei servizi per la cura dell'infanzia. L'ideologia alla base delle legislazioni dei Paesi scandinavi in materia di tutele a favore della lavoratrice madre e del lavoratore padre è, infatti, la seguente: i bambini necessitano delle cure genitoriali soprattutto nel loro primo anno di vita, raggiunto il quale la loro educazione e crescita può essere affidata alla rete pubblica e privata dei servizi per l'infanzia.

Coerentemente a ciò, le politiche di conciliazione e familiari di predetti Stati pongono a disposizione dei genitori lavoratori un lungo congedo parentale ben

⁶¹² P. VILLA, *Lavoro a tempo parziale*, cit., 205 s.

⁶¹³ Al 2015 il tasso di occupazione femminile si attestava al 67,2%, cfr. V. VIALE - R. ZUCARO, *I congedi a tutela della genitorialità nell'Unione europea* cit., 17.

⁶¹⁴ V. VIALE - R. ZUCARO, *I congedi a tutela della genitorialità nell'Unione europea* cit., 16 ss.

⁶¹⁵ M. NALDINI, *Le politiche familiari in Europa* cit., 305.

retribuito, affinché possano essere i genitori stessi a decidere se occuparsi personalmente delle esigenze fisiologiche e relazionali del proprio figlio attraverso il collocamento a riposo o se sia più opportuno demandarne la cura ai servizi specializzati. I dati statistici in materia dimostrano, difatti, un elevato livello di disponibilità di detti servizi per i bambini che abbiano compiuto il primo anno di età⁶¹⁶.

Altro istituto di conciliazione ampiamente diffuso nei Paesi del nord-Europa è il congedo di paternità, il quale contribuisce ad innalzare i livelli occupazionali femminili che si attestano tra i più alti nel continente.

Più specificatamente, in Danimarca il lavoratore dipendente divenuto genitore può fruire di un congedo di paternità pari a due settimane da utilizzarsi durante le prime quattordici settimane successive al parto, che viene retribuito al 100% per un importo massimo pari a € 546 a settimana⁶¹⁷.

Per quanto concerne, invece, il congedo di paternità previsto dalla legislazione finlandese, si tratta di un diritto autonomo avente una durata pari a cinquantaquattro giorni lavorativi ed avente una copertura economica del 70%; i lavoratori padri finlandesi possono esercitare il beneficio ad essi spettante fino ai due anni di vita del figlio, e dei cinquantaquattro giorni di congedo fruibili, diciotto giorni possono essere utilizzati contemporaneamente al congedo di maternità, mentre per i restanti trentasei la madre deve aver necessariamente ripreso l'attività lavorativa⁶¹⁸.

La durata del congedo di paternità in Islanda, invece, ammonta a tre mesi, fruibili anche in via frazionata o in modalità *part-time*, in pendenza dei quali spetta

⁶¹⁶ Al 2005 i tassi di copertura dei servizi per l'infanzia si attestavano al 28% (per i bambini di 1-2 anni) e al 44% (per i bambini di 2-3 anni) in Finlandia, al 40% (0-3 anni) in Norvegia, al 48% (0-3 anni) in Svezia, al 64% (0-3 anni) in Danimarca e al 39% (0-3 anni) in Islanda, cfr. K. WALL, *I modelli di politiche cit.*, 62 s.

⁶¹⁷ In Danimarca le politiche sui congedi sono fortemente regolate non solo dalla legislazione nazionale, ma anche dalla contrattazione collettiva, la quale copre circa il 75% della forza lavoro. I lavoratori padri dipendenti, dunque, hanno diritto a fruire di un congedo di paternità integralmente retribuito in quanto la sovvenzione statale viene integrata dal datore di lavoro, a supporto del quale è stato istituito nel 1996 un sistema di fondi di rimborso per il congedo, cui tutti i datori di lavoro pubblici e privati devono necessariamente iscriversi a partire dal 2006. Un monitoraggio effettuato nel 2010 ha dimostrato che i datori di lavoro, rispetto al passato, vedono con maggior favore gli uomini che utilizzano il congedo e che la percentuale di padri danesi che ha utilizzato il congedo nel 2009 si attestava al 61%, cfr. V. VIALE- R. ZUCARO, *I congedi a tutela della genitorialità nell'Unione europea cit.*, 12.

⁶¹⁸ V. VIALE - R. ZUCARO, *I congedi a tutela della genitorialità nell'Unione europea cit.*, 22.

un'indennità economica pari all'80% della retribuzione per stipendi inferiori a € 1.275, e al 75% per stipendi fino ad un tetto massimo di € 1.820⁶¹⁹.

In materia di congedi a favore dei lavoratori padri risulta, poi, essere peculiare la disciplina svedese e norvegese, in cui si prevede che una parte di giorni di congedo parentale deve essere necessariamente riservata al padre (cd. quota papà).

In particolare, in Svezia entrambi i genitori hanno diritto a sospendere lo svolgimento della propria attività lavorativa per un totale di 480 giorni di cui 60 vanno garantiti obbligatoriamente alla madre⁶²⁰ o al padre⁶²¹. Per i bambini nati a partire dal 1° gennaio 2014 il congedo può essere goduto fino ai dodici anni di vita del figlio, con il limite che dopo il compimento del quarto anno di età i giorni fruibili sono massimo novantasei, mentre per i bambini nati fino al 2013 il diritto di entrambi i genitori può essere esercitato fino al compimento dell'ottavo anno di vita del figlio. Fino a che il bambino non abbia raggiunto un anno di età, inoltre, ai genitori è riconosciuta la facoltà di godere del congedo parentale contemporaneamente per un massimo di trenta giorni. Per quanto attiene al trattamento economico, i primi 390 giorni di congedo sono coperti da un'indennità pari all'80%, mentre i rimanenti 90 giorni danno diritto al percepimento di un importo forfettario. Nonostante, al padre sia riconosciuto in via esclusiva l'utilizzo di una porzione di congedo parentale, il legislatore svedese, al fine di incentivare maggiormente i padri a partecipare alla cura della prole, ha previsto anche:

- i) la corresponsione di un incentivo economico ai genitori che si suddividono equamente il congedo parentale, il cui ammontare è pari a € 5,00 per ogni giorno di congedo equamente condiviso, fino a un tetto massimo pari a € 1.485;
- ii) un congedo di paternità della durata di dieci giorni, retribuito all'80%⁶²².

⁶¹⁹ V. VIALE, *I congedi di paternità* cit., 6.

⁶²⁰ cd. *mammånader*, termine che assume il significato di “quota della madre”.

⁶²¹ cd. *pappamånader*, termine che assume il significato di “quota del padre”.

⁶²² I dati statistici al 2014 attestano che, quest'ampia gamma di benefici a favore della responsabilità paterna, ha condotto il 90% dei padri ad usufruire del congedo parentale, di cui il 20,5% ha utilizzato tutti i giorni di congedo disponibili, cfr. V. VIALE - R. ZUCARO, *I congedi a tutela della genitorialità nell'Unione europea* cit., 19 s.

Per quanto attiene al sistema della Norvegia in materia di congedi – cui è attribuibile il merito di essere stato il primo paese al mondo, nel 1993, a istituire una quota di congedi parentali riservata ai padri – l’astensione complessiva dall’attività lavorativa per i genitori può avere una durata massima pari a 54 settimane, di cui nove sono per la madre e sei sono riservate al padre; le restanti 39 settimane, invece, sono un diritto esercitabile da entrambi i genitori⁶²³.

6.1.3.c. Il modello conservatore

Le politiche familiari dei Paesi appartenenti al modello conservatore si basano sull’idea della famiglia quale istituzione, che vede l’uomo quale unico responsabile per il mantenimento del nucleo familiare e la donna quale unica responsabile del lavoro di cura domestico. In ragione di ciò, i Paesi appartenenti a siffatto modello ritengono preferibile durante i primi anni di vita del bambino che la madre si dedichi interamente ai bisogni fisiologici ed affettivi dello stesso, e che il padre sia dedito al solo guadagno e non anche alla cura della prole. Inoltre, la prolungata astensione dall’attività lavorativa delle madri comporta una scarsa disponibilità dei servizi per l’infanzia, che vengono considerati un’alternativa al congedo già di per sé lungo.

Sono idonei a rientrare nel modello in esame le politiche di conciliazione e familiari dei seguenti Stati: Austria, Belgio, Germania e Francia⁶²⁴.

In particolare, per quanto concerne il sistema di Welfare austriaco, questo è tale da non avere ancora introdotto un congedo di paternità obbligatorio, a riprova della considerazione secondo la quale la cura delle esigenze dei figli è delegata integralmente alle donne e non richiede l’ingerenza della figura paterna. Tuttavia, è ammessa la possibilità per il lavoratore padre di fruire di alcuni giorni di congedo interamente retribuiti, immediatamente dopo la nascita del bambino,

⁶²³ Nel 2008 il 97% degli uomini che avevano diritto al congedo ne hanno usufruito, cfr. M. BJØRNHOLT, *Congedi di paternità, il record norvegese*, www.ingenere.it, 2011, disponibile al link <http://www.ingenere.it/articoli/congedi-di-paternita-il-record-norvegese>, 1 (ultima consultazione in data 29 dicembre 2016).

⁶²⁴ K. WALL, *I modelli di politiche cit.*, 64 ss.

secondo quanto stabilito dalla contrattazione collettiva⁶²⁵.

Se la legislazione austriaca non contempla la possibilità di riconoscere in capo al lavoratore padre l'obbligo di astenersi dallo svolgimento delle proprie mansioni professionali in occasione dell'evento nascita, neanche per un numero esiguo di giorni, il legislatore belga ha, al contrario, previsto a partire dal 2002 un congedo di paternità pari a dieci giorni lavorativi, da fruirsi nei primi trenta giorni decorrenti dalla nascita del bambino, di cui solo tre giorni sono obbligatori. I primi tre giorni di congedo obbligatori sono, dunque, integralmente indennizzati, mentre i restanti sette giorni vengono retribuiti in misura pari all'82% dello stipendio percepito⁶²⁶.

Parimenti a quanto stabilito in Austria, anche la legge tedesca non prevede un congedo di paternità vero e proprio. Tuttavia, la Germania, pur avendo una tradizione conservatrice, negli ultimi anni ha adottato delle normative che consentono ad entrambi i genitori di godere di lunghi periodi da dedicare alla cura dei figli. In particolare, la legislazione federale *Bundeselterngehd – und Elternzeitgesetz* (BEEG) riconosce ad entrambi i genitori il diritto a fruire di un congedo parentale fino ai tre anni di vita del bambino, che viene prorogato, anche, fino al compimento dei dodici anni di età dalla contrattazione di settore. Durante l'esercizio del diritto a ciascun genitore spetta l'erogazione di un'indennità pagata dallo Stato federale pari al 67% del guadagno medio relativo ai dodici mesi antecedenti la nascita del figlio, cui può sommarsi un'ulteriore indennità basata sul reddito, pagata da alcuni *Länder*⁶²⁷.

La volontà di orientare le proprie politiche familiari nella direzione di una più equa distribuzione dei doveri di cura del nucleo familiare è stata manifestata anche dalla Francia, il cui Governo ha provveduto ad emanare nel 2014 un testo

⁶²⁵ V. VIALE, *I congedi di paternità* cit., 5.

⁶²⁶ *Ibidem*, 5.

⁶²⁷ I risultati del monitoraggio dell'indennità erogata in funzione del congedo parentale, richiesto dal Ministero Federale per gli Affari della Famiglia, hanno evidenziato che i padri tedeschi, che tra il 2007 e il 2010, hanno fruito del congedo parentale hanno passato quattro ore in più al giorno con i propri figli rispetto a coloro che non avevano esercitato il diritto ad essi spettante. La media del tempo che le madri trascorrevano con i loro figli è, così, proporzionalmente diminuita e il tempo, così, recuperato è stato utilizzato dalle stesse per rientrare prima nel mercato del lavoro, cfr. V. VIALE - R. ZUCARO, *I congedi a tutela della genitorialità nell'Unione europea* cit., 13 s.

normativo⁶²⁸ teso a coinvolgere gli uomini nelle responsabilità familiari, al fine di poter realizzare, così, l'uguaglianza tra i generi.

Più specificatamente, i genitori francesi hanno diritto per il primo figlio a fruire di un congedo parentale della durata di un anno se utilizzato da entrambi, la quale viene ridotta a sei mesi in caso di mancata condivisione della misura, che deve, comunque, essere richiesta entro i primi tre anni di vita del bambino. A partire, invece, dal secondo figlio, fermo restando il limite dei tre anni di età, la durata massima del congedo è pari a trentasei mesi, di cui solo ventiquattro possono essere utilizzati dallo stesso genitore; infatti, i dodici mesi restanti devono essere necessariamente fruiti dal secondo genitore affinché si possa beneficiare della durata massima.

Inoltre, per una più equa partecipazione di uomini e donne nelle responsabilità familiari, la legislazione francese disciplina un congedo di paternità pari a undici giorni, da fruirsi entro i primi quattro mesi di vita del figlio⁶²⁹.

6.1.3.d. Il modello mediterraneo

Un'ultima tipologia di politiche familiari viene individuata presso i Paesi del sud dell'Europa, ossia Italia, Spagna, Grecia e Portogallo, i quali risultano essere accumulati da:

- i) la mancanza per lungo tempo, o, comunque, lo scarso sviluppo, di politiche familiari, conseguenza di politiche autoritarie di cui tutti questi Paesi hanno fatto esperienza;
- ii) una scarsa diffusione dei servizi pubblici per la primissima infanzia;
- iii) il carattere residuale dell'intervento pubblico a sostegno delle famiglie con figli.

Questi fattori accomunano gli Stati dell'Europa meridionale in quanto in essi è radicato un modello culturale di famiglia che si fonda sull'idea che i compiti di

⁶²⁸ Si fa riferimento a la "Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes", entrata in vigore il 26 novembre 2014.

⁶²⁹ I dati statistici mostrano che circa il 62% dei padri che ne hanno diritto fruiscono del congedo di paternità, cfr. V. VIALE - R. ZUCARO, *I congedi a tutela della genitorialità nell'Unione europea* cit., 12 s.

cura spettino in via quasi esclusiva alle donne presenti nella rete familiare e parentale⁶³⁰. In particolare, la tradizione familiare di Italia, Spagna, Grecia e Portogallo ha da sempre considerato le donne come uniche responsabili del lavoro domestico, non solo durante la maternità, ma anche durante la vita matrimoniale in generale, a prescindere dal fatto che la coppia avesse figli o meno. Ciò comporta che gli Stati del sud dell'Europa presentano un livello di occupazione femminile più basso rispetto alla media europea, al cui innalzamento non contribuisce un'adeguata integrazione tra il sistema dei congedi e il sistema dei servizi di cura⁶³¹, ma piuttosto la diffusione di contratti atipici e del lavoro indipendente, nonché la presenza dei nonni che garantiscono la cura dei più piccoli sostituendo i servizi limitatamente presenti sul territorio⁶³².

Alla scarsa partecipazione delle donne al mercato del lavoro perché dedite ad occuparsi delle responsabilità di cura familiare, a differenza di quanto si potrebbe pensare, non corrispondono elevati tassi di fecondità in quanto la lunga permanenza in famiglia, che supplisce in detti Paesi alle carenze di altre reti di protezione sociale, ritarda gravemente l'inizio della vita riproduttiva⁶³³. La bassa diffusione del lavoro femminile e la lunga permanenza dei giovani nel nucleo familiare di origine sono determinati, anche, dai più alti livelli di istruzione raggiunti, soprattutto, dalle giovani donne. In particolare, se in passato le donne raggiungevano raramente un diploma di terza media, oggi le giovani tendono a rimanere a lungo nella casa dei genitori, studiano e ottengono una libertà che si avvicina a quella di cui hanno sempre goduto i loro fratelli scapoli⁶³⁴. Gli elevati livelli d'istruzione delle giovani donne, tuttavia, paradossalmente, contribuiscono, nei Paesi mediterranei, a rendere maggiormente difficile il loro ingresso nel mercato del lavoro, in quanto non vi è una disponibilità occupazionale idonea a rispondere alle aspirazioni di carriera professionale delle stesse, le quali sono restie ad accettare mansioni inferiori rispetto all'istruzione professionale conseguita.

⁶³⁰ M. NALDINI, *Le politiche familiari in Europa* cit., 306 s.

⁶³¹ K. WALL, *I modelli di politiche* cit., 67 s.

⁶³² C. D. PRONZATO, *Donne in Europa* cit., 94 ss.

⁶³³ A. PESCAROLO, *Lavoro, famiglia, welfare* cit., 76.

⁶³⁴ *Ibidem*, 80 s.

Inoltre, l'occupazione femminile stenta a diffondersi alla luce della carenza di misure idonee a superare le discriminazioni ancora esistenti da parte delle imprese nei confronti della maternità, la quale viene vista, soprattutto, come un costo per l'impresa stessa⁶³⁵.

Negli ultimi anni, tuttavia, soprattutto in Portogallo si è assistito ad un progressivo sviluppo delle politiche di pari opportunità e delle politiche relative ai congedi che hanno condotto all'introduzione di un congedo di paternità pari a venti giorni e alla previsione di una quota di congedo parentale di due settimane riservata ai padri ed integralmente retribuita.

A sostegno della conciliazione familiare e, dunque, anche dell'aumento dei tassi di occupazione femminile, il legislatore portoghese ha previsto, inoltre, il diritto ad una riduzione dell'orario di lavoro di due ore per entrambi i genitori senza perdita della retribuzione, la possibilità di svolgere l'attività lavorativa a tempo parziale, nonché una copertura maggiore dei servizi per la prima infanzia.

Dunque, in sostanza, in Portogallo la conciliazione delle esigenze lavorative e di cura è passata da un modello di politica familiare incentrato sulla madre quale responsabile del focolare domestico ad un modello di politica incentrata su entrambi i genitori impegnati professionalmente. Questo modello di politica familiare è idoneo a trovare applicazione anche in altri Paesi dell'Europa meridionale come la Spagna, in cui si sta assistendo ad un aumento dei tassi di occupazione femminile e ad una maggiore diffusione dei servizi pubblici di cura⁶³⁶.

In sintesi, le politiche di conciliazione hanno assunto centrale importanza nell'agenda politica europea, dato che la maggior parte degli Stati membri sta attraversando significativi cambiamenti negli ultimi anni e orientano la discussione su ulteriori cambiamenti per il prossimo futuro.

In particolare, nel marzo del 2010 si è tenuto il Consiglio europeo di primavera, tradizionalmente dedicato a definire gli obiettivi di crescita e di sviluppo per

⁶³⁵ P. VILLA, *Lavoro a tempo parziale* cit., 220.

⁶³⁶ K. WALL, *I modelli di politiche* cit., 69 ss.

l'Unione Europea, in cui si è discusso del documento contenente la nuova strategia denominata "Europa 2020", tesa ad individuare gli obiettivi per il prossimo decennio, partendo dalla valutazione del mancato raggiungimento di quelli precedentemente definiti nella strategia di Lisbona del 2000. Quest'ultima, più specificatamente, si era ripromessa un innalzamento dei tassi di occupazione femminile che avrebbero dovuto raggiungere il 60% entro il 2010 e un aumento del tasso di copertura dei servizi per l'infanzia per una stima pari al 33% entro il 2010, obiettivi non raggiunti in molti Paesi comunitari a causa delle ripercussioni sul mercato del lavoro dovute all'innescarsi della crisi finanziaria internazionale del 2008 e all'esplosione della crisi economica del 2009.

Nonostante la componente femminile rimanga la principale leva da utilizzare se si vuole espandere l'offerta di lavoro, la nuova strategia del 2010 ha eliminato qualsiasi riferimento all'occupazione femminile e ha, così, preferito auspicare un generale aumento dei tassi di occupazione sia per gli uomini che per le donne pari al 75%. Tuttavia, il rischio del venir meno di un obiettivo specifico per le donne può essere rappresentato da una diminuzione di attenzione sulla necessità di politiche finalizzate ad innalzare l'occupazione femminile⁶³⁷. Nonostante ciò, i singoli Stati offrono degli esempi di buone prassi in materia di conciliazione, funzionali all'ingresso delle donne nel mercato del lavoro. A titolo di esempio in Francia, e più precisamente a Parigi, l'Ospedale Saint Camille ha attivato una serie di servizi per i dipendenti, assicurati da una cooperativa di disoccupati, che comprendono pasti caldi, servizi di sostegno ai figli che vanno a scuola, stiratura, manutenzione delle case; il progetto così descritto ha ispirato la nascita di 150 iniziative simili in altre imprese.

Altra idea lodevole di attenzione è quella messa a punto dall'azienda inglese Price Waterhouse, la quale ha previsto che ogni dipendente possa godere di un pacchetto remunerativo globale di cui il 20% può essere scambiato con altri

⁶³⁷ M. SMITH - P. VILLA, *La nuova Europa 2020 sa di vecchio*, www.ingenerere.it, 2010, disponibile al link <http://www.ingenerere.it/articoli/la-nuova-europa-2020-sa-di-vecchio>, 1 s. (ultima consultazione in data 3 gennaio 2017).

benefici, che vanno dalla partecipazione ad attività nel tempo libero, al rimborso per l'assistenza dei bambini, ai buoni per gli acquisti, ad una maggior durata del congedo, ai trasporti aziendali.

Anche la Svezia, quale Stato, difatti, appartenente al modello che contribuisce maggiormente ad innalzare i tassi europei di occupazione femminile, offre un esempio in tema di conciliazione meritevole di menzione. Il riferimento corre alla predisposizione di una scuola materna ed asilo nido aperti nelle ore notturne, finalizzati a rispondere alle esigenze dei dipendenti di un grande polo ospedaliero chiamati a lavorare su turni⁶³⁸.

6.2. LA LEGISLAZIONE SPAGNOLA:

ANALISI E RAFFRONTO CON IL SISTEMA ITALIANO

Essere genitori nelle società moderne, come affermato, anche, dalla dottrina internazionale⁶³⁹, incide su due aspetti fondamentali: il denaro ed il tempo. Più specificatamente, mettere al mondo un bambino comporta in primo luogo una spendita di denaro non solo diretta ma, anche, indiretta se considerata come mancato ingresso economico nel patrimonio familiare, e in secondo luogo implica un impiego di tempo, il quale viene sottratto all'esercizio di una diversa attività non necessariamente lavorativa. Tali privazioni riguardano principalmente i genitori chiamati ad adempiere, per primi su tutti, ai propri doveri di cura nei confronti dei figli⁶⁴⁰.

Le politiche familiari dei diversi Paesi europei hanno, dunque, cercato di incidere sul tema della conciliazione della vita lavorativa e familiare, soprattutto, al fine di raggiungere i dichiarati obiettivi di una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro, nonché di un innalzamento dei tassi di natalità. Le misure di conciliazione attuate, tuttavia, non hanno prodotto i risultati spe-

⁶³⁸ A. M. ZABARINO - M. FORTUNATO, *La conciliazione lavoro-famiglia* cit., 43 ss.

⁶³⁹ A. MYRDAL, *Nation and Family*, MIT Press, 1968, 119.

⁶⁴⁰ J. MACINNES, *Diez mitos sobre la conciliación de la vida laboral y familiar*, *Cuadernos de Relac. Labor.*, 2005, 49.

rati soprattutto nei Paesi mediterranei che continuano ad essere ancorati al modello tradizionale dell'uomo quale soggetto che si occupa in via esclusiva del mantenimento del nucleo familiare⁶⁴¹; tuttavia, nel corso degli ultimi decenni, sulla spinta delle direttive del legislatore comunitario, vi è da sottolineare che, anche, gli Stati del sud dell'Europa stanno assistendo ad un progressivo cambio di tendenza che ha comportato un maggiore impiego del genere femminile in attività extradomestiche.

In particolare, uno dei Paesi membri in cui il numero delle donne occupate sta assumendo particolare rilevanza rispetto al passato è la Spagna in cui il ruolo della donna all'interno e all'esterno del nucleo familiare ha subito una profonda trasformazione nel decennio dal 1999 al 2009, arco temporale in cui si è assistito ad una maggiore propensione delle donne spagnole a lavorare fuori casa così come attestano, anche, i dati statistici in materia: non solo la tasso di attività delle donne aventi un'età pari o superiore ai sedici anni è aumentata di 12,1 punti percentuali, ma il divario tra gli occupati e le occupate si è progressivamente ridotto nel periodo compreso tra il 2002 ed il 2009 di 7,47 punti percentuali⁶⁴². Tali margini di miglioramento, tuttavia, non implicano il superamento delle difficoltà del genere femminile nel conciliare famiglia e lavoro. Al contrario, le donne spagnole – così come le donne italiane – continuano ad essere le principali responsabili dei compiti di cura e il risultato conseguito è stato che il numero di madri impiegate in attività extradomestiche è cresciuto meno in quest'ultimo decennio rispetto all'occupazione femminile in generale. Ciò, dunque, conferma che la presenza di figli nello Stato spagnolo costituisce, ancora oggi, un ostacolo per l'incorporazione della donna nel mercato del lavoro⁶⁴³.

La difficoltà che incontrano le madri spagnole ad entrare nel mondo del lavoro ha quale principale conseguenza un calo dei tassi di fecondità; in particolare,

⁶⁴¹ A. MORENO MÍNGUEZ, *Incidencia de las políticas familiares en el empleo femenino en los estados de bienestar del sur de Europa en perspectiva comparada*, *Papers*, 2007, 81 s.

⁶⁴² Nel 2002 la differenza percentuale tra lavoratori e lavoratrici si attestava intorno ai 25 punti percentuali a favore degli uomini, nel 2009 tale discrasia si è ridotta a 17,6 punti percentuali, cfr. C. GUIRAO MIRÓN, *Nuevas formas de relación trabajo productivo y sociedad: la conciliación de la vida familiar y laboral*, *Rev. de ciencias sociales*, 2011, 15.

⁶⁴³ A. MORENO MÍNGUEZ, *El reducido empleo femenino en los estados del bienestar del sur de Europa. Un análisis comparado*, *RIS*, 2008, 143.

per le donne oggi comprese nella fascia di età tra i 40 e ed i 60 anni la rinuncia ad avere figli ha rappresentato una decisione obbligata per alleggerire le responsabilità derivanti dal doppio ruolo di madre e lavoratrice, mentre le ragazze più giovani e in età di massima fertilità contribuiscono ad abbassare i tassi di natalità in ragione della loro prolungata permanenza nel nucleo familiare per dedicarsi all'istruzione, la quale permette alle stesse di entrare e permanere più facilmente nel mondo del lavoro⁶⁴⁴.

L'abbassamento dei tassi di natalità ha, dunque, condotto il tema della conciliazione delle esigenze di vita e di lavoro ad acquisire un ruolo primario nell'agenda dei principali partiti politici spagnoli i quali hanno preso coscienza del fatto che sia le donne che gli uomini devono essere chiamati a svolgere il duplice ruolo di genitori e lavoratori e che a tal fine è necessario predisporre ed attuare delle misure idonee a permettere agli stessi l'adempimento delle obbligazioni professionali e familiari. In particolare, si è preso atto che le donne spagnole sono le principali responsabili dei doveri di cura nei confronti dei figli e che, per ottemperare a tali compiti, con frequenza, le stesse assumono la decisione di abbandonare il mercato del lavoro o di posticipare, se non di rinunciare, ad una gravidanza per dedicarsi e consolidare la propria vita professionale⁶⁴⁵. Alla luce di ciò, i governi spagnoli hanno cercato di elaborare delle politiche familiari finalizzate a coinvolgere maggiormente i padri nella cura della prole e a consentire ad entrambi i genitori di realizzarsi, anche, dal punto di vista professionale⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ O. SALIDO - L. MORENO, *Bienestar y políticas familiares en España*, *Polít. y Socied.*, 2007, 104.

⁶⁴⁵ J. MACINNES, *Diez mitos* cit., 46.

⁶⁴⁶ Con riguardo a tale obiettivo, nel Congresso del Partido Popular del 2002, il Presidente Aznar affermò che l'appoggio alle famiglie con figli dovrebbe essere alla base della politica fiscale, del mercato del lavoro e della politica educativa così da favorire la conciliazione della vita lavorativa e familiare. In particolare, il Presidente si pronunciò con le seguenti parole: «Que los padres puedan tener los hijos que deseen y, al mismo tiempo, desarrollar sus profesiones», cfr. *ibidem*, 54.

6.2.1. L'evoluzione normativa delle politiche familiari in Spagna

Fino al termine degli anni '70 la Spagna si trovava sotto la dittatura di Franco il quale impose un modello ultraconservatore di famiglia composta dall'uomo quale principale titolare dei diritti, da cui dipendevano la moglie e i restanti componenti il nucleo familiare i quali avevano accesso a tali diritti solo in via sussidiaria⁶⁴⁷. La posizione subordinata assunta dalla donna durante il regime franchista fu, dunque, tale da comportare un ritardo nel riconoscimento dei diritti civili e politici in capo al genere femminile e, conseguentemente, anche, nello sviluppo delle politiche familiari. Infatti, solo con l'approvazione della Costituzione democratica del 1978 la protezione della vita privata e familiare delle lavoratrici e dei lavoratori entra a far parte della gamma dei principi fondamentali, di concerto con il divieto di discriminazione contenuto all'art. 14 Cost. e con il principio di articolazione di misure di azione positiva regolato all'art. 9, co. 2, Cost. In particolare, l'art. 39 della Costituzione spagnola afferma che «1. Lo Stato assicura la protezione sociale, economica e giuridica della famiglia. 2. Lo stesso assicura, anche, la piena protezione dei figli, che sono uguali davanti alla legge, e delle madri, qualunque sia il loro stato civile. 3. I genitori devono prestare assistenza ai figli minori di età, nati dentro o fuori dal matrimonio [...]»⁶⁴⁸.

In ordine a quanto affermato dal legislatore costituzionale, con la l. n. 8/1980⁶⁴⁹ e con la l. n. 30/1984⁶⁵⁰ ebbe inizio, dunque, quel processo legislativo, tutt'oggi in atto, volto ad introdurre delle misure per le lavoratrici e i lavoratori a favore della conciliazione delle esigenze di cura e di lavoro. In particolare, le predette

⁶⁴⁷ C. COUSINS, *The development of a gendered social policy regime*, in *Gendering Spanish Democracy*, a cura di M. THRELFALL - C. COUSINS - C. VALIENTE, Routledge, 2005, 55 ss.; C. VALIENTE, *The changing roles of men in family in Spain*, in *Gendering Spanish* cit., 187 ss.

⁶⁴⁸ L'art. 39 Cost. prevede che «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda [...]», cfr. B. QUINTANILLA NAVARRO, *Conciliación de la vida familiar y profesional: reformas en el ordenamiento laboral español, Cuadernos de Relac. Labor.*, 2005, 27.

⁶⁴⁹ La legge 10 marzo 1980, n. 8, attua "El Estatuto de los Trabajadores" (cd. "ET").

⁶⁵⁰ La legge 2 agosto 1984, n. 30, è rubricata "Medidas para la Reforma de la Función Pública".

normative hanno introdotto:

- i) il diritto ad un congedo di maternità pari a quattordici settimane, integralmente retribuito;
- ii) il diritto ad un permesso per allattamento pari ad un'ora, fruibile fino al compimento del nono mese di vita del figlio, che può essere sostituito, per volontà del beneficiario, da una riduzione della giornata lavorativa di mezz'ora;
- iii) il diritto per il padre di fruire di un permesso pari a due giorni in occasione della nascita del figlio;
- iv) il diritto a favore dei genitori di un congedo parentale non retribuito finalizzato alla cura di un bambino di età inferiore ai tre anni.

Successivamente, nel 1989, i medesimi strumenti conciliativi furono oggetto di una revisione in positivo ad opera della l. n. 3 la quale contiene disposizioni tese ad ampliare la durata delle misure in esame, nonché la cerchia dei soggetti beneficiari, in ossequio a quanto auspicato dal “*Primer Plan para la Igualdad de las Mujeres*” per il triennio 1987-1990⁶⁵¹ secondo il quale risulta imprescindibile un cambio in termini valoriali che conduca all'applicazione e allo sviluppo di norme volte a conseguire la parità di genere dal punto di vista economico e sociale.

In particolare, la l. n. 3/1989⁶⁵² ha previsto:

- i) un'estensione della durata del congedo di maternità fino a sedici settimane, che divengono diciotto in caso di parto gemellare o plurigemellare;
- ii) il congedo parentale a beneficio, anche, dei genitori adottivi e affidatari;
- iii) il diritto alla conservazione del posto di lavoro durante il primo anno di fruizione del congedo parentale⁶⁵³.

Dunque, agli inizi degli anni '90, caratterizzati dai ripetuti interventi del legislatore comunitario in tema di conciliazione famiglia-lavoro, la Spagna è in grado di offrire ai suoi consociati una serie di misure finalizzate a bilanciare i

⁶⁵¹ Il “*I Plan para la Igualdad de las Mujeres*” è stato elaborato dall'*Instituto de la Mujer*, il quale fu creato dal governo socialista nel 1983.

⁶⁵² La legge 3 marzo 1989, n. 3, è rubricata “Por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo”.

⁶⁵³ I. CAMPILLO POZA, *Políticas de conciliación de la vida laboral y familiar en los regímenes de bienestar mediterráneos: los casos de Italia y España*, *Polít. y Socied.*, 2010, 200.

doveri di cura e quelli professionali in linea con quanto disposto dalle direttive europee in tema di congedi e permessi; tuttavia, il sistema spagnolo si dimostra carente sotto diversi aspetti, come nell'offerta dei servizi per la cura dell'infanzia – nonostante l'intervento in ottica rimediale operato dalla l. n. 1/1990⁶⁵⁴ – o in merito agli strumenti fruibili dal lavoratore padre.

Nel dichiarato intento, dunque, di utilizzare le misure conciliative quale strumento per ottenere la parità effettiva tra uomini e donne, l'eliminazione di qualsiasi forma di discriminazione di genere, così come una politica di impiego stabile e di qualità, il legislatore spagnolo tra gli anni '90 e 2000 interviene a più riprese per rafforzare la politica familiare attraverso, soprattutto, disposizioni finalizzate alla promozione di una maggiore partecipazione degli uomini nei compiti domestici e familiari.

La volontà di coinvolgere la figura paterna nei doveri di cura, per tradizione attribuiti in via esclusiva alla madre, si pone, difatti, alla base della l. n. 39/1999⁶⁵⁵ la quale, in attuazione delle Direttive 92/85/CE e 96/34/CE, introduce:

- i) la sospensione del contratto di lavoro per rischio durante la gravidanza o l'allattamento;
- ii) la nullità del licenziamento intervenuto in occasione della fruizione delle misure a tutela della maternità e della paternità;
- iii) la possibilità per la madre di optare per il trasferimento di una parte del congedo di maternità al padre per un massimo di dieci settimane, a condizione che il rientro al lavoro della donna non costituisca un rischio per la sua salute;
- iv) il congedo di maternità pari a sedici settimane (o a diciotto in caso di parto plurimo), anche, a beneficio dei genitori adottivi e affidatari;
- v) la possibilità per la lavoratrice o il lavoratore che si occupano della cura di un bambino di età inferiore agli otto anni, o di un parente infermo, anziano o vittima di un'incidente, di richiedere una riduzione della giornata lavorativa da un ottavo fino alla metà⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ La legge 3 ottobre 1990, n. 1, è rubricata "Ley de Ordenación General del Sistema Educativo" ed è stata vigente fino al 24 maggio 2006.

⁶⁵⁵ La legge 5 novembre 1999, n. 39, è rubricata "Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral".

⁶⁵⁶ O. SALIDO - L. MORENO, *Bienestar y políticas* cit., 107.

Nonostante tale normativa sia, dunque, animata da buoni propositi, la destinataria principale delle disposizioni rimane comunque la donna in quanto al padre viene riconosciuto solamente un ruolo secondario e residuale nell'assunzione di responsabilità⁶⁵⁷. Infatti, diversamente da quanto dettato dal legislatore comunitario, in capo al lavoratore padre non viene riconosciuto un congedo di paternità quale diritto proprio e non trasferibile, ma solo la possibilità di godere di una porzione del congedo di maternità a condizione che sussista il consenso della donna, titolare principale del diritto all'astensione dal lavoro⁶⁵⁸.

Inoltre, nonostante una sempre più ampia diffusione delle famiglie monogenitoriali composte il più delle volte da donne – segno di una società in trasformazione, orientata a prendere le distanze dal modello di famiglia tradizionale quale unico concetto di nucleo familiare legittimo – la legge del 1999 persiste nel favorire i soli nuclei familiari composti dal padre e dalla madre e, dunque, la famiglia tradizionale⁶⁵⁹, obbligando, di fatto, il genitore “solo” a ricorrere agli aiuti offerti dalla rete familiare per poter conciliare la vita familiare e professionale⁶⁶⁰.

Affinché, il legislatore spagnolo emani una normativa diretta ad eliminare la declinazione solo al femminile della conciliazione tra le esigenze di cura e di lavoro è necessario attendere l'entrata in vigore della l. n. 3/2007⁶⁶¹ la quale al

⁶⁵⁷ Il ruolo marginale assunto dal padre nell'assolvimento dei compiti di cura è dimostrato, anche, dai dati statistici elaborati a riguardo. In particolare, secondo i dati dell'Istituto di Sicurezza Sociale, al novembre 2005 sono stati richiesti 299.605 congedi di maternità, di cui solo l'1,76% è stato fruito dagli uomini. In senso negativo depone, altresì, la percentuale determinata con riferimento al congedo parentale: su 32.341 congedi solo il 4,77% dei fruitori erano uomini. Inoltre, è interessante notare le differenze riguardo ai motivi addotti dalle donne e dagli uomini in occasione dell'esercizio del diritto alla riduzione della giornata lavorativa: il 99% circa delle donne ne ha richiesto l'utilizzo spinto dalle necessità legate alla cura della famiglia e dei figli, mentre il 10% degli uomini che si sono avvalsi di tale diritto hanno compiuto questa scelta spinti da altre ragioni, cfr. C. COMINATO, *La «Ley Organica» n. 7/2007: i congedi del padre lavoratore tra conciliazione e condivisione delle responsabilità*, in *Paternità e lavoro* cit., 91.

⁶⁵⁸ C. GUIRAO MIRÓN, *Nuevas formas* cit., 11.

⁶⁵⁹ C. COMINATO, *La «Ley Organica» n. 7/2007* cit., 95.

⁶⁶⁰ A. MORENO MÍNGUEZ, *Incidencia de las políticas familiares* cit., 98.

⁶⁶¹ La legge 22 marzo 2007, n. 3, è rubricata “Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”. Tale legge viene emanata in attuazione delle Direttive comunitarie 2002/73/CE e 2004/113/CE. Più specificatamente, la Direttiva 2002/73/CE modifica la Direttiva 76/207/CEE del Consiglio relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto concerne l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro; invece, la Direttiva 2004/113/CE attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi, e loro fornitura, cfr. C. COMINATO, *La «Ley Organica» n. 7/2007* cit., 93.

suo art. 44⁶⁶² introduce, per la prima volta nell'ordinamento giuridico spagnolo, un vero e proprio congedo di paternità della durata pari a tredici giorni, il cui obiettivo è permettere agli uomini, padri biologici o giuridici, di dare il proprio contributo nell'adempimento delle responsabilità familiari⁶⁶³. Questa disposizione è frutto delle considerazioni svolte all'interno del “*IV Plan de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres*”, emanato dal Ministero del Lavoro per il triennio 2003-2006, il quale dedica al tema della conciliazione un'apposita area, la settima. In particolare, all'interno di tale documento si evidenzia come il numero crescente di donne dedite allo svolgimento di un'attività retribuita imponga l'adozione di una serie di misure finalizzate a consentire alle stesse, che assumono il doppio ruolo di madre e lavoratrice, di poter adempiere ai propri obblighi in entrambi gli ambiti, passando necessariamente da una più equa ripartizione dei carichi di cura all'interno del nucleo familiare⁶⁶⁴. La centralità assunta nella legge del 2007 dal tema della conciliazione vita-lavoro, da cui dipende strettamente quello della condivisione delle responsabilità familiari, è testimoniata, altresì, dall'introduzione, all'art. 34, co. 8, dell'ET, della disposizione per cui le lavoratrici e i lavoratori possono adattare la propria giornata lavorativa alle proprie esigenze di conciliazione sulla base di un accordo con il proprio datore di lavoro e, dunque, nel rispetto, anche, delle esigenze organizzative dell'azienda⁶⁶⁵.

Per ragioni di completezza, nel quadro delineato dal “*IV Plan de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres*” si innesta non solo la l. n. 3/2007 ma, anche, la l. n. 39/2006⁶⁶⁶ dedicata alla cura dei soggetti in situazione di dipendenza, che, proprio all'interno del suo preambolo, riconosce che i compiti di

⁶⁶² L'art. 44, l. n. 3/2007, in materia di “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, prevede che «1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio. 2. El permiso y la prestación por maternidad se concederán en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social. 3. Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social».

⁶⁶³ I. CAMPILLO POZA, *Políticas de conciliación* cit., 203.

⁶⁶⁴ C. COMINATO, *La «Ley Organica» n. 7/2007* cit., 90.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, 97.

⁶⁶⁶ La legge 14 dicembre 2006, n. 39, è rubricata “Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”.

cura tradizionalmente sono stati attribuiti alle sole donne e che all'uomo è stato riconosciuto il ruolo di unico soggetto dedito al mantenimento del nucleo familiare, ripartizione che non ha più ragione di esistere alla luce di una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro e di un cambio nei modelli e nella struttura familiare fino a quel momento considerata quale tipica. Alla luce di ciò, il documento afferma che è necessario, dunque, che lo Stato intervenga a predisporre delle misure che consentano la cura diretta da parte dei servizi pubblici dei soggetti dipendenti dal nucleo familiare o, comunque, la corresponsione di una data prestazione economica affinché sia la famiglia che possa occuparsi direttamente degli stessi⁶⁶⁷.

Dalla disamina delle normative emanate dal legislatore spagnolo in tema di conciliazione della vita lavorativa e familiare si riscontra, dunque, al pari di quanto accaduto nello Stato italiano, un crescente interesse a livello nazionale negli ultimi venti anni per la materia in esame, confinata precedentemente ai margini delle agende politiche italiane e spagnole.

La Spagna, nonostante abbia adottato delle misure conciliative che presentano delle analogie con quelle previste dalla politica familiare predisposta dall'Italia, ha introdotto degli strumenti che potrebbero essere presi da esempio dal legislatore italiano affinché possano essere apportati dei miglioramenti al nostro sistema nell'ottica di una più facile partecipazione attiva degli uomini e delle donne italiane nell'ambito professionale e familiare.

6.2.2. Misure conciliative a confronto: spunti per un miglioramento della politica familiare italiana

L'Italia e la Spagna sono tra i Paesi appartenenti al modello di politiche familiari mediterraneo in cui è fortemente radicata l'ideologia secondo la quale le donne debbano essere le uniche responsabili del lavoro domestico, non solo durante la maternità, ma anche durante la vita matrimoniale in generale, a prescindere dal fatto che la coppia abbia figli o meno. Tuttavia, nonostante ciò tali

⁶⁶⁷ C. GUIRAO MIRÓN, *Nuevas formas* cit., 12.

Stati hanno comunque introdotto negli ultimi anni innovazioni e riforme che rendono utile la comparazione.

In particolare, tra le tutele previste per la lavoratrice e il lavoratore, a favore della maternità e paternità, dal legislatore italiano, non rileva in termini di generosità il periodo di astensione dall'attività lavorativa del lavoratore padre, avente carattere temporaneo, pari a due giorni obbligatori, ai sensi della l. 28 dicembre 2015, n. 208, nonché il congedo di paternità ex art. 28 del T.U. del 2001, che si presenta quale diritto derivato in quanto fruibile nelle seguenti ipotesi:

- i) morte o grave infermità della madre;
- ii) abbandono del bambino da parte della madre;
- iii) affidamento esclusivo del bambino al padre (cfr., *supra*, § 3.1).

Diversamente, il legislatore spagnolo ha cercato di predisporre a favore del lavoratore padre una gamma di misure finalizzate a promuovere una sua effettiva ed efficace responsabilizzazione, promuovendo l'assunzione di compiti di natura familiare e domestica. L'intento del legislatore spagnolo di incentivare l'uomo ad assumere un ruolo attivo all'interno del nucleo familiare, rispetto a quanto fatto dal legislatore italiano, è di immediato riscontro in materia di congedi, anche se tutele più favorevoli vengono predisposte, altresì, in materia di permessi e di riduzione della giornata lavorativa, non solo a beneficio della figura maschile ma, anche, a vantaggio della donna.

Inoltre, è importante sottolineare come la legislazione spagnola, attraverso la formulazione di alcune sue disposizioni, abbia opportunamente ricompreso tra i destinatari delle misure in materia di conciliazione anche i nuclei familiari costituiti da genitori dello stesso sesso, alla luce, soprattutto, del riconoscimento da parte del *Código Civil* del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, e, dunque, dell'esistenza di nuove tipologie di nuclei familiari⁶⁶⁸. Per le ragioni di cui sopra, con la presente analisi comparata si prenderanno in esame i seguenti istituti disciplinati dal diritto spagnolo:

- i) il congedo di maternità e di paternità;
- ii) il permesso per allattamento;

⁶⁶⁸ O. SALIDO - L. MORENO, *Bienestar y políticas* cit., 111.

- iii) il “diritto” ad adattare la giornata lavorativa in funzione della conciliazione delle esigenze di vita personale, familiare e professionale;
- iv) le tutele previste in caso di ricovero del figlio, per valutarne l’efficacia alla luce delle corrispondenti norme di diritto italiano.

6.2.2.a. Il congedo di maternità e di paternità

Il congedo di maternità nell’ordinamento spagnolo assume la denominazione di “*Suspensión por maternidad*” ed è regolato all’art. 45, co.1, lett. d, ET⁶⁶⁹. La lavoratrice ha la facoltà di esercitare un diritto al congedo della durata pari a sedici settimane, estendibili nell’ipotesi di parto o adozione/affidamento plurimo in due settimane ulteriori per ogni bambino a partire dal secondo, di cui solo sei settimane sono caratterizzate da una collocazione obbligatoria: devono essere godute immediatamente dopo il parto o, in caso di adozione/affidamento, a partire dal momento in cui viene emessa la risoluzione giudiziale in virtù della quale viene costituita l’adozione o a partire dall’assunzione della decisione amministrativa di affidamento del minore (ex art. 48, co. 4, 1° ET⁶⁷⁰ e art. 48, co. 5, 1° ET⁶⁷¹).

⁶⁶⁹ L’art. 45, co. 1, lett. d, ET, in materia di “Causas y efectos de la suspensión”, prevede che «Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes».

⁶⁷⁰ L’art. 48, co. 4, 1° ET, in materia di “Suspensión con reserva de puesto de trabajo”, prevede che «En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterumpidas, ampliables en supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto [...]».

⁶⁷¹ L’art. 48, co. 5, 1° ET, in materia di “Suspensión con reserva de puesto de trabajo”, prevede che «En los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterumpidas, ampliable en el supuesto de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo. Dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de suspensión».

Tuttavia, per quanto concerne la possibilità per la madre giuridica di sospendere lo svolgimento delle proprie mansioni per dedicarsi alle cure del figlio appena entrato a far parte del nucleo familiare, è necessaria la sussistenza di due condizioni:

- i) l'adozione o l'affidamento, sia esso preadottivo o meno, devono avere una durata di almeno un anno;
- ii) il minore non deve avere già compiuto l'età di sei anni, a meno che non sia affetto da disabilità, o in ragione delle sue esperienze personali o per la sua provenienza estera abbia delle particolari difficoltà di inserimento sociale o familiare debitamente certificate dai servizi sociali competenti. In tali ultime ipotesi, infatti, l'esercizio del congedo è possibile fino al raggiungimento della maggiore età del figlio⁶⁷².

La sospensione del contratto per maternità ex art. 45, co. 1, lett. d., ET, rispetto al congedo di maternità disciplinato nel sistema italiano dal T.U. n. 151/2001 (cfr., *supra*, § 3.1), si presenta come estremamente flessibile e disponibile per la lavoratrice madre. Difatti, quest'ultima ha la possibilità di:

- i) ripartire, in ragione delle sue esigenze e del suo stato di salute, le sedici settimane di congedo fruibili, incontrando quale unico limite l'obbligo di astenersi dalle proprie mansioni professionali nelle sei settimane immediatamente successive la nascita⁶⁷³ o il provvedimento di adozione o affidamento;
- ii) godere del congedo a tempo pieno o, anche, a tempo parziale, previo accordo con il datore di lavoro, secondo quanto disposto dall'art. 48, co. 6, 3° ET⁶⁷⁴. Tale modalità di fruizione è specificatamente disciplinata dalla *Disposición*

⁶⁷² L. M. CAMPS RUIZ, *Las vicisitudes del contrato de trabajo*, in *Derecho del trabajo*, a cura di L. M. CAMPS RUIZ - J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, Tirant lo Blanch, 2016, 492 ss.

⁶⁷³ Qualora la lavoratrice madre abbia fruito di dieci settimane di congedo prima della data presunta del parto, laddove la data pronosticata sia erronea e il parto avvenga oltre tale termine, potrebbe sorgere un problema in quanto non residuerebbero le sei settimane obbligatorie. Al verificarsi di tale ipotesi l'ordinamento spagnolo ha previsto un prolungamento del congedo e della relativa indennità, posto che l'errore sarà imputabile al *Servicio Público de Salud*, cfr. E. GARCÍA TESTAL, *Maternidad*, in *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, a cura di E. GARCÍA TESTAL - M. LÓPEZ BALAGUER, Tirant lo Blanch, 2012, 23 s; J. F. LOUSADA AROCHENA, *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Madrid Instituto de la Mujer, 2002, 30.

⁶⁷⁴ L'art. 48, co. 6, 3° ET, in materia di "Suspensión con reserva de puesto de trabajo", prevede che «Los períodos a los que se refieren dichos apartados podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen».

Adicional Primera del Decreto n. 295/2009⁶⁷⁵ la quale dispone che l'accordo con il datore di lavoro può essere raggiunto all'inizio del periodo di congedo nonché in un momento successivo e può avere ad oggetto l'intero arco temporale di fruizione o una porzione dello stesso, a condizione, tuttavia, che la misura venga utilizzata senza soluzione di continuità⁶⁷⁶. Inoltre, la durata del congedo verrà estesa in misura proporzionale alle giornate di lavoro svolte e l'accordo con il datore di lavoro potrà essere modificato solo su iniziativa della lavoratrice in ragione di cause relative al suo stato di salute o a quello del minore. Il diritto riconosciuto a favore della prestatrice di lavoro è ulteriormente rafforzato, inoltre, dalla previsione secondo la quale il diniego addotto dal datore di lavoro potrà essere motivato solo in ragione della sussistenza di giustificati motivi di organizzazione aziendale⁶⁷⁷;

iii) ad eccezione delle sei settimane posteriori al parto e a condizione che entrambi i genitori lavorino⁶⁷⁸, la madre all'inizio del periodo di astensione dall'attività lavorativa⁶⁷⁹ ha la facoltà di disporre di una porzione di congedo, di durata non eccedente le dieci settimane, e trasferirla all'altro genitore il quale potrà godere della stessa contemporaneamente o successivamente al periodo

⁶⁷⁵ Il Real Decreto 6 marzo 2009, n. 295, è rubricato "Por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural".

⁶⁷⁶ Al fine di permettere alla lavoratrice madre di organizzare la propria giornata di lavoro sulla base delle sue esigenze di conciliazione anche la distribuzione temporale delle ore di lavoro a tempo parziale è oggetto di accordo tra lavoratrice e datore di lavoro e, dunque, la donna potrà svolgere le proprie mansioni professionali tutti i giorni nelle stesse ore della giornata oppure in orari diversi a seconda dei giorni.

⁶⁷⁷ E. GARCÍA TESTAL, *Maternidad* cit., 31 ss.

⁶⁷⁸ Sul punto, la giurisprudenza era solita ritenere che il diritto a fruire di una porzione di congedo di maternità dovesse essere riconosciuto solo a quei padri la cui compagna svolgesse un'attività alle dipendenze di un soggetto terzo (STS de 18 marzo 2002, Rec. 1042/2001); con l'avvento della *Disposición Adicional Undécima bis*, riformata dalla l. n. 3/2007, tuttavia, viene esteso il medesimo regime protezionistico riconosciuto ai prestatori di lavoro dipendenti anche ai lavoratori autonomi e, dunque, si consente al padre di fruire di una parte di congedo di maternità anche qualora la donna non svolga la propria attività alle dipendenze di un datore di lavoro, ma abbia comunque diritto alla prestazione di maternità. Qualora, invece, la donna lavori ma non abbia diritto alla corresponsione di un'indennità per maternità, il padre ha diritto al collocamento a riposo per l'intero periodo pari a sedici settimane.

⁶⁷⁹ La previsione trova la sua ragion d'essere nella necessità del datore di lavoro di conoscere l'arco temporale in cui la lavoratrice ha deciso di esercitare il suo diritto al congedo, così che anch'esso possa organizzare la propria impresa, cfr. A. DE LA PUEBLA PINILLA, *Artículo 48*, in *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, a cura di J. CRUZ VILLALÓN - I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN - J. M. GOERLICH PESET - J. R. MERCADER UGUINA, Lex Nova, 2011, 486.

fruito dalla lavoratrice madre⁶⁸⁰. Tuttavia, si prevede che l'altro genitore possa fruire del congedo di maternità, su iniziativa della madre, solo in modo ininterrotto. Tale limite va inteso in un duplice senso: il collocamento a riposo dell'altro genitore deve seguire senza interruzioni quello della madre, salvo che non si tratti di utilizzo simultaneo, e l'astensione dal lavoro non può subire periodi di interruzione. Come predetto, una delle condizioni cui è soggetto il trasferimento di una porzione del diritto al congedo di maternità è che entrambi i genitori svolgano un'attività lavorativa, limite tale da escludere dalla fruizione del beneficio quei genitori di bambini la cui madre svolga l'attività di casalinga. Tale esclusione è stata giudicata dalla dottrina irragionevole alla luce della finalità perseguita dalla l. n. 39/1999, e riaffermata con forza dalla l. n. 3/2007, ossia una più ampia partecipazione del padre nelle attività domestiche e di cura⁶⁸¹ (ex art. 48, co. 4, 2° ET⁶⁸² e art. 48, co. 4, 3° ET⁶⁸³).

Sempre con riferimento al congedo di maternità, il legislatore spagnolo ha dettato un regime particolare con riguardo ai genitori adottivi e affidatari quali destinatari della sospensione dell'attività lavorativa sulla base del presupposto per cui in tale ipotesi l'astensione è finalizzata alla sola cura del minore e non, anche, al recupero delle condizioni psico-fisiche della lavoratrice madre come avviene nel caso di parto. Infatti, i genitori giuridici possono stabilire liberamente la ripartizione del congedo, non dovendo rispettare la condizione secondo la quale sei delle sedici settimane spettano obbligatoriamente alla madre

⁶⁸⁰ A. PEDRAJAS MORENO - T. SALA FRANCO, *La protección de la maternidad, la paternidad y la adopción y acogimiento*, Tirant lo Blanch, 2008, 60.

⁶⁸¹ C. COMINATO, *La «Ley Organica» n. 7/2007* cit., 105 ss.

⁶⁸² L'art. 48, co. 4, 2° ET, in materia di "Suspensión con reserva de puesto de trabajo", prevede che «No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido aunque, en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo, esta se encuentre en situación de incapacidad temporal».

⁶⁸³ L'art. 48, co. 4, 3° ET, in materia di "Suspensión con reserva de puesto de trabajo", prevede che «En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el apartado 7».

e, dunque, stante il diverso obiettivo perseguito, il congedo per adozione o affidamento non costituisce un diritto originario della madre, suscettibile di essere ceduto all'altro genitore, ma al contrario è un diritto la cui titolarità spetta ad entrambi⁶⁸⁴. Inoltre, in caso di adozione internazionale, laddove i genitori abbiano la necessità di raggiungere il Paese di origine dell'adottando, la fruizione del congedo potrà decorrere a partire dalla quarta settimana antecedente la risoluzione giudiziale in virtù della quale viene costituita l'adozione.

Oltre alla possibilità di godere di una parte del congedo di maternità, il legislatore spagnolo, al fine di rendere concreta la *ratio* della l. n. 3/2007, ha previsto a favore del lavoratore padre anche un vero e proprio congedo di paternità che assume la denominazione di “*Suspensión por paternidad*” ai sensi dell'art. 48, co. 7, ET⁶⁸⁵. Il beneficio in esame era pari inizialmente a tredici giorni per, poi, essere esteso, dalla l. n. 9/2009⁶⁸⁶, a quattro settimane⁶⁸⁷ cui si aggiungono due giorni ulteriori per ogni figlio a partire dal secondo in caso di parto o adozione/affidamento plurimo. L'esigenza di raddoppiare, di fatto, il numero di

⁶⁸⁴ E. GARCÍA TESTAL, *Maternidad* cit., 30 s. Più specificatamente, l'art. 48, co. 5, 3° ET, in materia di “*Suspensión con reserva de puesto de trabajo*”, prevede che «En caso de que ambos progenitores trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados».

⁶⁸⁵ L'art. 48, co. 7, ET, in materia di “*Suspensión con reserva de puesto de trabajo*”, prevede che «En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d), el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato por paternidad durante cuatro semanas ininterrumpidas, ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso regulados en los apartados 4 y 5. En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor. En los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el periodo de descanso regulado en el apartado 5 sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro. El trabajador que ejerza este derecho podrá hacerlo durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por dichas causas o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión. La suspensión del contrato a que se refiere este apartado podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del cincuenta por ciento, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente. El trabajador deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos».

⁶⁸⁶ La legge 6 ottobre 2009, n. 9, è rubricata “De ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida”.

⁶⁸⁷ Il congedo di paternità è pari a quattro settimane a partire dal 1° gennaio 2017.

settimane di congedo esercitabili dal lavoratore padre è stata determinata dall'idea che tredici giorni di astensione non possono essere considerati una misura tale da permettere il raggiungimento di un'effettiva parità tra donne e uomini, a maggior ragione se si considera che la legge prevede che la lavoratrice madre sia titolare originaria di un diritto pari a sedici settimane⁶⁸⁸. Nonostante, dunque, la durata del congedo di paternità prevista dall'ordinamento spagnolo sia ancora ben lontana da essere equiparata al periodo temporale riconosciuto alla madre, su cui implicitamente continuano a gravare i maggiori obblighi di cura, è comunque apprezzabile la modifica operata dal sistema in materia. Ciò che, invece, desta qualche perplessità è il carattere non obbligatorio di questo diritto al congedo, che, a discapito del fine perseguito, corre il rischio di determinare un minor ricorso a tale misura da parte del padre o, comunque, da parte di colui che può beneficiarne, per il timore di subire un pregiudizio nell'ambiente di lavoro⁶⁸⁹.

Altro aspetto che merita di essere analizzato è l'utilizzo del termine "altro genitore" per indicare il destinatario della misura in esame, nonché della porzione di congedo di maternità ceduto per volontà della lavoratrice madre. L'utilizzo di questa espressione consente l'esercizio del diritto al congedo di paternità a quei nuclei familiari alternativi al modello tradizionale di famiglia, composti da persone dello stesso sesso. Tuttavia, se da una parte tale espressione concorre ad attuare un effettivo riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali, dall'altro è tale da escludere dall'ambito di applicabilità delle tutele le famiglie monoparentali costituite dalla sola lavoratrice madre, posto che non è possibile cumulare il congedo di maternità e il congedo di paternità in capo allo stesso genitore, salvo che nell'ipotesi di morte della madre prevista nel Decreto n. 295/2009, all'art. 3, co. 3⁶⁹⁰. Alla luce di ciò e al fine di favorire la cura del

⁶⁸⁸ I. MERINO CALLE, *La conciliación laboral* cit., 24 s.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, 23.

⁶⁹⁰ L'art. 3, co. 3, Real Decreto n. 295/2009, in materia di "Beneficiarios", prevede che «En el supuesto de parto, si se produjese el fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la prestación económica por maternidad durante todo el periodo de descanso o durante la parte que quedara por disfrutar de dicho periodo, computado desde la fecha del parto, siempre que aquél acredite los requisitos exigidos y sin que se descuente la parte que la madre hubiera podido percibir con anterioridad al parto. En estos casos, el disfrute de esta prestación es compatible con el derecho al subsidio por paternidad».

minore, il legislatore spagnolo avrebbe potuto prevedere, dunque, che, anche nei casi di nascita o ingresso del minore in una famiglia monoparentale, il “genitore solo” avesse diritto a fruire del congedo di maternità e del congedo di paternità⁶⁹¹.

Il congedo di paternità si somma, dunque, alla possibilità di fruire di una porzione del congedo di maternità, nonché ad un ulteriore beneficio rappresentato dal diritto a due giorni di collocamento a riposo determinati dalla nascita del figlio, che divengono quattro laddove il genitore abbia necessità di spostarsi per raggiungere il luogo della nascita⁶⁹².

Questo comporta che il congedo di paternità introdotto dalla l. n. 3/2007 è fruibile, anche a tempo parziale, a decorrere dal termine di quest’ultimo permesso per nascita del bambino o, in caso di adozione/affidamento, dall’emanazione della risoluzione giudiziale in virtù della quale si costituisce l’adozione o dalla decisione amministrativa concernente l’affidamento⁶⁹³.

Tuttavia, anche in riferimento al congedo di paternità sussiste una deroga alla disciplina generale qualora i beneficiari siano i genitori giuridici. In tale ultima ipotesi, infatti, così come accade relativamente alla sospensione per maternità, anche la distribuzione del congedo di paternità è lasciata nella disponibilità della coppia; ciò comporta, tuttavia, che se uno dei due genitori ha fruito dell’intero congedo ex art. 45, co. 1, lett. d, ET, il godimento della sospensione per paternità spetta per intero all’altro componente della coppia⁶⁹⁴.

In riferimento al trattamento economico spettante in occasione della fruizione del congedo di maternità, il sistema di previdenza sociale spagnolo è caratterizzato da una particolarità in quanto prevede la corresponsione di due diversi

⁶⁹¹ E. GARCÍA TESTAL, *Paternidad*, in *Los derechos de conciliación* cit., 44 s.

⁶⁹² B. QUINTANILLA NAVARRO, *Conciliación de la vida familiar* cit., 28 s.

⁶⁹³ I differenti termini di decorrenza del congedo di paternità nelle ipotesi di parto o adozione/affidamento denotano che il permesso pari a due giorni è un diritto esercitabile dal solo genitore biologico, in quanto, diversamente, il legislatore avrebbe previsto un unico momento iniziale per la fruizione dell’astensione lavorativa per paternità. Inoltre, è possibile individuare una seconda ragione che spiega l’esclusione dall’ambito di applicabilità della misura dei genitori giuridici. Il riferimento corre alla cura delle condizioni fisiche e psichiche della madre che ha appena partorito, nonché alla realizzazione delle prime pratiche burocratiche il cui svolgimento si rende necessario subito dopo la nascita, cfr. J. J. RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, *Dimensiones jurídico-laborales del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral*, Aranzadi, 2015, 41 s.

⁶⁹⁴ L. M. CAMPS RUIZ, *Las vicisitudes del contrato* cit., 494 ss.

tipi di prestazione: la prestazione contributiva di maternità e la prestazione non contributiva di maternità.

In particolare, la prestazione contributiva di maternità dà diritto, ai sensi dell'art. 179, co. 1⁶⁹⁵, LGSS⁶⁹⁶, a un'indennità pari al 100% della base di calcolo stabilita per la prestazione di incapacità temporale dovuta a contingenze comuni che corrisponde, più specificatamente, al salario giornaliero percepito nel mese precedente l'inizio del collocamento a riposo. Tuttavia, per poter accedere a tale beneficio economico è necessaria la sussistenza di differenti periodi minimi di contribuzione determinati in relazione all'età del beneficiario, requisiti che devono essere maturati alla data del parto o, in caso di adozione/affidamento, alla data della risoluzione giudiziale o della decisione amministrativa. Più precisamente si prevede che:

i) se la lavoratrice o il lavoratore ha meno di ventuno anni non si richiede alcun periodo minimo di contribuzione per l'accesso alla misura;

ii) se la lavoratrice o il lavoratore ha un'età compresa tra ventuno e ventisei anni il periodo di contribuzione richiesto si articola, a sua volta, in una duplice possibilità:

a) novanta giorni nei setti anni precedenti il parto o il provvedimento di adozione o affidamento;

b) centoottanta giorni durante tutta la vita lavorativa, che devono essere già trascorsi alla data del parto o della risoluzione giudiziale o della decisione amministrativa;

iii) se la lavoratrice o il lavoratore ha un'età maggiore i ventisei anni il periodo minimo di contribuzione richiesto è di centoottanta giorni nei sette anni antecedenti il parto o il provvedimento di adozione o affidamento, o in alternativa, trecentosessanta giorni maturati durante tutta la carriera professionale.

Tuttavia, posto che non solo il periodo minimo di contribuzione ma, anche, l'età del beneficiario viene presa in considerazione alla data del parto o del

⁶⁹⁵ L'art. 179, co. 1, LGSS, in materia di "Prestación económica", prevede che «La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes».

⁶⁹⁶ Il Real Decreto Legislativo 20 giugno 1994, n. 1, è rubricato "Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social" (cd. "LGSS").

provvedimento di adozione o affidamento, vi sono due casi eccezionali in cui, per l'accesso alla prestazione, il momento che rileva è anticipato. Il riferimento corre alle ipotesi in cui la madre fruisca di una parte delle sedici settimane di congedo prima della data presunta del parto e qualora, nell'ipotesi di adozione internazionale, i genitori debbano raggiungere il Paese di origine dell'adottando. Nel primo caso, dunque, rileva il momento in cui ha inizio il collocamento a riposo, nel secondo, invece, i requisiti devono essere maturati dai genitori nel momento in cui hanno inizio le quattro settimane antecedenti la risoluzione in virtù della quale viene costituita l'adozione⁶⁹⁷.

Per quanto, invece, concerne la prestazione non contributiva di maternità, si tratta di un beneficio economico che non ha eguali negli altri Stati comunitari e che viene riconosciuto qualora la lavoratrice non abbia maturato i requisiti previsti per l'accesso alla prestazione contributiva di maternità. Il trattamento economico, in tal caso, ai sensi dell'art. 182 LGSS⁶⁹⁸, è pari al 100% del IPREM⁶⁹⁹ vigente al momento del parto e viene corrisposto per i quarantadue giorni⁷⁰⁰ seguenti la nascita, posto che tale beneficio è corredato dalle seguenti limitazioni:

⁶⁹⁷ M. A. BALLESTER PASTOR - G. E. RODRÍGUEZ PASTOR, *Maternidad. Paternidad*, in *Derecho de la seguridad social*, a cura di R. ROQUETA BUJ - J. GARCÍA ORTEGA, Tirant lo Blanch, 2016, 255 ss.

⁶⁹⁸ L'art. 182 LGSS, in materia di "Prestación económica", prevede che «1. La prestación económica por maternidad regulada en esta sección tendrá la consideración de no contributiva a los efectos del artículo 109. 2. La cuantía de la prestación será igual al 100 por ciento del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento, salvo que la base reguladora calculada conforme al artículo 179 o al artículo 248 fuese de cuantía inferior, en cuyo caso se estará a esta. 3. La duración de la prestación será de cuarenta y dos días naturales a contar desde el parto, pudiendo denegarse, anularse o suspenderse el derecho por las mismas causas establecidas en el artículo 180. Dicha duración se incrementará en 14 días naturales en los siguientes supuestos:

a) Nacimiento de hijo en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

b) Nacimiento de hijo en una familia monoparental, entendiéndose por tal la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia.

c) Parto múltiple, entendiéndose que existe el mismo cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos.

d) Discapacidad de la madre o del hijo en un grado igual o superior al 65 por ciento.

El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas».

⁶⁹⁹ "IPREM" è l'acronimo di "Indicador público de renta de efectos múltiples", che nel 2017 è pari a € 532,51.

⁷⁰⁰ Tale periodo viene incrementato dal legislatore di quattordici giorni nelle seguenti ipotesi:

- i) spetta alla sola madre biologica;
- ii) la titolarità è esclusivamente materna e, dunque, è escluso qualsiasi meccanismo di cessione all'altro genitore;
- iii) si applica a tutte le lavoratrici madri naturali, indipendentemente dal regime di previdenza cui sono iscritte.

Vi è da segnalare, tuttavia, che qualora la lavoratrice madre abbia diritto a percepire la sola prestazione non contributiva di maternità per un periodo pari a quarantadue giorni, l'altro genitore, qualora abbia maturato i requisiti richiesti, ha la facoltà di richiedere a partire dal quarantatreesimo giorno la corresponsione della prestazione contributiva di maternità.

Anche il congedo di paternità, ai sensi dell'art. 185 LGSS⁷⁰¹, dà diritto al percepimento di una prestazione di natura economica pari al 100% della base di calcolo stabilita per la prestazione di incapacità temporale dovuta a contingenze comuni, la cui corresponsione è condizionata alla presenza dei seguenti requisiti, alternativi tra loro: la persona fruitrice deve aver maturato un periodo minimo di contribuzione di centoottanta giorni nei sette anni precedenti la data di inizio del congedo di paternità, o un periodo di contribuzione pari a trecentosessanta giorni nell'intera vita lavorativa, da realizzarsi anteriormente alla data di inizio del collocamento a riposo⁷⁰².

6.2.2.b. Permesso per allattamento

Parimenti a quanto previsto nel sistema italiano (cfr., *supra*, § 4.2), anche il legislatore spagnolo ha introdotto la facoltà per i genitori lavoratori di sospendere lo svolgimento delle proprie mansioni professionali ad intervalli regolari

-
- i) nascita del figlio in una famiglia numerosa;
 - ii) nascita del figlio in una famiglia monoparentale;
 - iii) qualora si tratti di parto plurimo;
 - iv) qualora la madre o il figlio siano affetti da una disabilità pari o superiore al 65%.

⁷⁰¹ L'art. 185 LGSS, in materia di "Prestación económica", prevede che «La prestación económica por paternidad consistirá en un subsidio que se determinará en la forma establecida por el artículo 179 para la prestación por maternidad, y podrá ser denegada, anulada o suspendida por las mismas causas establecidas para esta última».

⁷⁰² M. A. BALLESTER PASTOR - G. E. RODRÍGUEZ PASTOR, *Maternidad. Paternidad* cit., 275 ss.

per dedicarsi alla cura dei figli. In particolare, l'art. 37, co. 4, ET⁷⁰³, prevede a beneficio dei lavoratori subordinati, genitori di un bambino che non abbia ancora compiuto i nove mesi, la facoltà di optare per una delle modalità in cui si articola la fruizione del permesso in esame, ossia:

i) è possibile nel corso della giornata lavorativa interrompere lo svolgimento delle proprie mansioni per un tempo pari ad un'ora – suscettibile di essere diviso, anche, in due frazioni – per poi rientrare sul posto di lavoro al termine della fruizione della sospensione. Qualora il soggetto beneficiario decida di dividere l'ora a sua disposizione in due diverse frazioni non è richiesto che quest'ultime abbiano per obbligo di legge una durata pari a mezz'ora, ciò che si richiede è che tali due sessioni se sommate non eccedano l'ora di permesso consentita;

ii) in alternativa, è possibile godere del permesso all'inizio o al termine della giornata di lavoro, così da ottenere una riduzione della giornata lavorativa. Tuttavia, l'esercizio di tale opzione implica che il beneficiario goda di un permesso di durata ridotta. Infatti, la riduzione della giornata è prevista per un tempo massimo di mezz'ora, anche se vi è da sottolineare che molti contratti collettivi ampliano la riduzione fino ad un'ora⁷⁰⁴;

iii) ancora in alternativa, la prestatrice o il prestatore di lavoro possono decidere di accumulare le ore di permesso utilizzabili così da godere di intere giornate

⁷⁰³ L'art. 37, co. 4, ET, in materia di "Descanso semanal, fiestas y permisos", prevede che «En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d), para la lactancia del menor hasta que este cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples. Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella. Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen».

⁷⁰⁴ A titolo di esempio: III Convenio Colectivo Sectorial de Ámbito Estatal de las Administraciones de Loterías (2006-2007); Convenio Colectivo General de Ferralla (2005-2008); Convenio Colectivo Interprovincial de las Empresas Minoristas de Droguerías, Herboristerías, Ortopedias y Perfumerías (2005); II Convenio Colectivo Estatal de Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales (2005); Convenio Colectivo General de ámbito estatal para las Entidades de Seguros, reaseguros y Mutuas de AT (2004-2007); XIII Convenio Colectivo General de la Industria Química (2004); III Convenio Marco de Residencias Privadas de personas Mayores y del Servicio de Ayuda a Domicilio (2003); Convenio Colectivo de Enseñanza y Formación No Reglada (2004).

di riposo, in osservanza di quanto previsto dalla contrattazione di settore o dall'accordo stipulato con il datore di lavoro, il quale deve comunque attenersi a quanto stabilito dalla contrattazione collettiva – se esistente⁷⁰⁵ – in termini di requisiti e durata. Infatti, a tal riguardo vi sono contratti collettivi secondo i quali il cumulo viene determinato in settimane⁷⁰⁶, altri, invece, in cui viene stabilito in giorni lavorativi⁷⁰⁷ o naturali⁷⁰⁸, se non addirittura in ore⁷⁰⁹.

In un'ottica comparata è interessante notare che proprio tale ultima modalità di fruizione del permesso per allattamento, in particolare, risulta essere maggiormente innovativa e favorevole per i genitori beneficiari, rispetto a quanto previsto dal legislatore italiano, il quale esclude la cumulabilità delle ore di permesso esercitabili, prevedendo la sola possibilità di godere delle due ore di permesso fruibili all'inizio o alla fine della giornata lavorativa, nonché nel corso della stessa.

Con riferimento ai beneficiari del diritto ex art. 37, co. 4, ET, il legislatore spagnolo ha conferito alla lavoratrice madre la titolarità della tutela a prescindere dal fatto che l'allattamento sia naturale o artificiale e che l'altro genitore svolga o meno un'attività lavorativa. Tuttavia, se entrambi i genitori lavorano, la lavoratrice madre ha la facoltà di disporre del permesso ad essa spettante e di trasferirlo al lavoratore padre⁷¹⁰, a condizione che solo uno dei due genitori

⁷⁰⁵ J. LAHERA FORTEZA, *Permiso de lactancia*, in *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, a cura di J. LAHERA FORTEZA - J. C. GARCÍA QUIÑONES, Bomarzo, 2008, 89.

⁷⁰⁶ V. Convenio Colectivo de la empresa Aldeasa (2003-2006): quattro settimane; Convenio Marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (2003-2005): tre settimane.

⁷⁰⁷ V. II Convenio Colectivo Estatal de Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales (2005): quindici giorni lavorativi.

⁷⁰⁸ V. XX Convenio Colectivo Estatal de Banca (2005): quindici giorni naturali; Convenio Colectivo de Grandes Almacenes (2006-2008): quattordici giorni naturali.

⁷⁰⁹ V. II Convenio Colectivo para empresas de atención especializada en el ámbito de la Familia, Infancia y Juventud en la Comunidad Valenciana (2004): sessanta ore.

⁷¹⁰ Fino alla l. n. 3/1989 il permesso per allattamento costituiva un diritto riconosciuto in via esclusiva alla sola lavoratrice madre perché la stessa potesse adempiere alle esigenze nutritive del neonato. Tuttavia, tale esigenza, quale causa determinate l'esclusione dall'ambito di applicabilità della misura della figura paterna, perdeva di senso e risultava essere discriminatoria alla luce della l. n. 16/1976, la quale permetteva l'utilizzo del diritto tanto nei casi di allattamento naturale quanto nei casi di allattamento artificiale, cfr. A. GUAMÁN HERNÁNDEZ - A. HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *Lactancia materna y trabajo de la madre en el ordenamiento laboral: retos que plantea la promoción y protección del amamantamiento*, in *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualitario de las reformas parentales*, a cura di M. B. CARDONA RUBERT, Bomarzo, 2009, 234. Dunque, sebbene la possibilità di utilizzo da parte del padre del permesso *de quo* deponga a favore della condivisione delle responsabilità familiari, va segnalato che sarebbe stato opportuno sostituire l'espressione «diritto all'allatta-

fruisca in concreto della misura. Tale previsione secondo la quale il permesso per allattamento può essere utilizzato dal padre a condizione che la madre lavori, determinata dall'attribuzione della titolarità di disporre del diritto alla lavoratrice stessa, tuttavia, ha destato una serie di criticità che hanno impegnato la dottrina e la giurisprudenza spagnole.

In primo luogo, in principio la giurisprudenza era concorde nel ritenere che affinché il padre potesse godere del permesso per allattamento fosse necessario che la madre svolgesse un'attività lavorativa rientrante nell'ambito di applicabilità dell'*Estatuto de los Trabajadores*⁷¹¹, escludendosi, dunque, il riconoscimento della misura a favore dei padri la cui compagna svolgesse le proprie mansioni professionali in via autonoma. Tuttavia, tale primo orientamento è stato superato dalle pronunce dei Tribunali Superiori di Giustizia⁷¹², tese a far prevalere l'interpretazione letterale della disposizione, la quale riconosce il diritto all'esercizio del permesso per allattamento ad entrambi i genitori a condizione che gli stessi appartengano alla categoria dei lavoratori e che solo uno dei due fruisca in concreto della misura, non menzionando alcun riferimento alla tipologia di lavoro svolta dalla madre.

In secondo luogo, sono sorte delle perplessità in relazione alla compatibilità tra la fruizione del permesso per allattamento da parte del padre e il collocamento a riposo della madre determinato dal congedo di maternità. Sulla base del principio di uguaglianza, la questione viene risolta nell'ordinamento spagnolo a favore della coincidenza tra l'utilizzo del permesso di allattamento da parte del padre e la fruizione del congedo di maternità da parte della madre, purché sussista la condizione di lavoratrice della donna⁷¹³.

Altra criticità in materia di permesso per allattamento concerne l'esclusione

mento» con quella di «diritto per la cura di figli di età inferiore ai nove mesi», cogliendo l'opportunità per apportare un miglioramento di carattere tecnico, cfr. C. COMINATO, *La «Ley Orgánica» n. 7/2007* cit., 100.

⁷¹¹ V. STS de 7 de abril de 2005, Rec. 1149/2004. En la doctrina judicial: STSJ de Galicia de 2 de noviembre de 1999, Rec. 3785/1996; STSJ de Andalucía-Málaga de 19 de mayo de 2000, Rec. 299/2000; STSJ del País Vasco de 6 de marzo de 2001, Rec. 74/2001; STSJ del País Vasco de 24 de abril de 2001, Rec. 408/2001, *Rev. Doctr. Aranzadi Soc.*, 11/2001, paraf. 41, nt. F. RUBIO SÁNCHEZ; STSJ de Asturias de 5 de diciembre de 2003, Rec. 3179/2002; STSJ de Navarra de 15 de diciembre de 2003, Rec. 196/2003.

⁷¹² V. STSJ de Madrid de 10 de octubre de 2008, Rec. 4027/2008.

⁷¹³ E. LÓPEZ TERRADA, *El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores*, Tirant lo Blanch, 2003, 74.

dall'ambito di applicabilità della tutela delle famiglie monoparentali e dei nuclei familiari costituiti da genitori entrambi di sesso maschile, determinata dalla formulazione letterale della norma che fa riferimento alla possibilità di trasferire il beneficio esclusivamente dalla madre al padre e non, anche, all'altro genitore. Tale irragionevole esclusione, tuttavia, permane solo in pregiudizio dei nuclei familiari monoparentali in quanto con riferimento alla coppia di genitori formata esclusivamente da uomini tale disparità di trattamento è stata superata dalla l. n. 13/2005⁷¹⁴, la quale è intervenuta a modificare il *Código civil* affermando la parità dei diritti derivanti dal matrimonio, indipendentemente dal sesso dei membri della coppia; si ritiene che tale normativa abbia carattere omnicomprensivo⁷¹⁵ e che, quindi, determini la necessaria modifica, quantomeno in via interpretativa, non solo del *Código civil* ma del diritto spagnolo nel suo complesso e, quindi, anche delle disposizioni di diritto del lavoro a favore della maternità e paternità⁷¹⁶.

6.2.2.c. Il “diritto” ad adattare la giornata lavorativa in funzione della conciliazione delle esigenze di vita personale, familiare e professionale

Di particolare importanza risulta essere l'introduzione, da parte della l. n. 3/2007, del co. 8 dell'art. 34, ET⁷¹⁷, che regola il diritto del lavoratore ad adattare la durata e l'articolazione della sua giornata lavorativa alle esigenze di natura personale e familiare, previo accordo con il datore di lavoro, il quale dovrà essere conforme a quanto previsto dalla contrattazione collettiva, se presente.

⁷¹⁴ La legge 1 luglio 2005, n. 13, è rubricata “Por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”.

⁷¹⁵ A. RIVAS VAÑO - M. RODRÍGUEZ - PIÑERO ROYO, *El matrimonio homosexual y los derechos sociales de los cónyuges*, *Orient.: rev. de homosex.*, 2005, 59.

⁷¹⁶ E. GARCÍA TESTAL, *El permiso de lactancia*, in *Los derechos de conciliación* cit., 91 ss.

⁷¹⁷ L'art. 34, co. 8, ET, in materia di “Jornada”, prevede che «El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella. A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas».

L'esercizio di tale diritto consente, dunque, al lavoratore e alla lavoratrice dipendente di richiedere una gamma di misure idonee a permettere un'ampia flessibilità che favorisca l'adempimento sia dei doveri di cura che di quelli professionali; le misure oggetto della richiesta al datore di lavoro possono essere, a titolo di esempio: la modificazione dell'orario di espletamento della prestazione lavorativa, o un cambio di turno, nonché la possibilità di concentrare lo svolgimento delle mansioni in determinati giorni della settimana.

Tuttavia, condizione per l'esercizio del diritto da parte della lavoratrice o del lavoratore è il previo raggiungimento di un accordo con il datore di lavoro, limite che ha comportato il sorgere di un dibattito tra dottrina e giurisprudenza relativamente alla natura di diritto o meno del beneficio ex art. 34, co. 8, ET, posto che lo stesso non è suscettibile di produrre i suoi effetti sulla base della sola domanda presentata dal richiedente⁷¹⁸.

In particolare, secondo quanto affermato dalla dottrina maggioritaria⁷¹⁹, il legislatore più che configurare un diritto ad adattare la giornata alle esigenze di natura familiare e personale del prestatore di lavoro, ha introdotto il diritto a che sia la contrattazione collettiva a stabilire i presupposti per la fruizione della misura.

Di tutt'altro avviso è l'orientamento perseguito, principalmente dalla giurisprudenza⁷²⁰, la quale ritiene che non si possa parlare di diritto in quanto nelle ipotesi in cui la contrattazione di settore applicabile non disponga nulla sul punto,

⁷¹⁸ V. STSJ de Castilla La Mancha de 3 de diciembre de 2008, Rec. 32/08.

⁷¹⁹ G. RODRÍGUEZ PASTOR, *Tiempo de trabajo tras la reforma operada por la LOI*, in *Los aspectos laborales de la ley de igualdad*, a cura di I. ALBIOL MONTESINOS - C. L. ALFONSO MELLADO - J. BLASCO LAHOZ - L. M. CAMPS RUIZ - M. A. GARCÍA RUBIO - G. RODRÍGUEZ PASTOR, Tirant lo Blanch, 2007, 101; C. L. ALFONSO MELLADO, *El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, in *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, a cura di T. SALA FRANCO, La Ley, 2008, 408 s.; T. SALA FRANCO - M. A. BALLESTER PASTOR, *Reducción y Adaptación de la jornada por conciliación*, Tirant lo Blanch, 2010, 52 ss.; M. A. CASTRO ARGÜELLES - D. ÁLVAREZ ALONSO, *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Civitas, 2007, 154; M. A. GARCÍA RUBIO, *La facultad de concreción horaria en el derecho del trabajador a la reducción y adaptación de jornada por motivos familiares*, in *Trabajo, contrato y libertad*, a cura di J. M. GOERLICH PESET - A. BLASCO PELLICER, Universidad de Valencia, 2010, 219.

⁷²⁰ V. STSJ de Castilla La Mancha de 3 de diciembre de 2008, Rec. 32/08; STSJ de Galicia de 23 de julio de 2009, Rec. 1229/09; STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2009, Rec. 36/08; STSJ de Asturias de 18 de diciembre de 2009, Rec. 2738/09; STSJ de Madrid de 2 de marzo de 2010, Rec. 5855/09; STSJ de Castilla y León de 17 de junio de 2009, Rec. 390/09; STSJ de Madrid de 17 de junio de 2010, Rec. 6255/09.

il datore di lavoro avrà la piena facoltà di diniego della misura richiesta, senza che la mancata adduzione dei motivi alla base del rigetto dell'istanza costituisca alcuna violazione di legge. L'interpretazione restrittiva adottata dai giudici spagnoli è, dunque, tale da sminuire una misura legislativa sulla carta apprezzabile in quanto tesa non solo a favorire la conciliazione della vita lavorativa e familiare, ma, altresì, a promuovere una maggiore corresponsabilità nell'adempimento dei doveri di cura familiare. Alla luce di ciò, secondo, anche, quanto affermato dalla dottrina, il legislatore avrebbe, quindi, dovuto intervenire nel prevedere un obbligo di motivazione in capo al datore di lavoro diretto ad esplicitare la sussistenza di circostanze organizzative o produttive tali da impedirgli l'accoglimento della richiesta presentata dal dipendente, così da rendere effettivo il beneficio sul piano pratico⁷²¹.

6.2.2.d. Le tutele previste in caso di ricovero del figlio

L'ordinamento spagnolo pone una particolare attenzione ai casi in cui il figlio di genitori lavoratori necessita di un periodo di ricovero ospedaliero o sia affetto da una grave infermità tale da richiedere quotidianamente un'assistenza di tipo domiciliare.

Più precisamente, il legislatore iberico – con maggiore riguardo rispetto a quanto previsto dalla normativa italiana sul tema (cfr., *supra*, § 3.2 e 4.3) – ha distinto due diverse ipotesi cui corrispondono misure conciliative differenti:

- i) il ricovero del bambino nato prematuramente o che, comunque, in ragione delle sue condizioni di salute necessita di un ricovero ospedaliero;
- ii) il ricovero ospedaliero del figlio per cancro o altra grave infermità, nonché l'assistenza sanitaria domiciliare resa necessaria dalle medesime cause.

In particolare, per quanto concerne la prima circostanza, ossia il ricovero del

⁷²¹ M. LÓPEZ BALAGUER, *El derecho a la adaptación de la jornada para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, in *Los derechos de conciliación cit.*, 79 ss.

neonato prematuro o che, comunque, debba rimanere presso la struttura ospedaliera in ragione del suo stato di salute, l'art. 37, co. 5, ET⁷²², introdotto per effetto della l. n. 12/2001⁷²³, prevede, a favore della lavoratrice madre o del lavoratore padre, il diritto ad assentarsi dal lavoro per un tempo pari ad un'ora, nonché, in alternativa, la facoltà di ottenere una riduzione della giornata lavorativa di due ore cui, tuttavia, si accompagna una corrispondente diminuzione della retribuzione percepita⁷²⁴.

Il presupposto per l'esercizio di tali misure deve essere interpretato estensivamente e, dunque, considerarsi applicabile a quelle situazioni non contemplate dalla formulazione letterale della disposizione, quali a titolo di esempio: l'ipotesi del neonato che non nasca in una struttura ospedaliera ma che necessiti di esservi trasferito, il caso in cui il neonato venga dimesso dall'ospedale dopo il parto ma necessiti di essere ricoverato nuovamente subito dopo le dimissioni⁷²⁵, nonché l'ipotesi in cui sia la madre, in ragione delle sue condizioni di salute determinate dal parto, a dover permanere in ospedale per un tempo più lungo⁷²⁶.

La sussistenza di tali presupposti permette, dunque, ai genitori di fruire delle misure appositamente predisposte dal legislatore per permettere agli stessi di rimanere accanto al figlio nel momento di maggior bisogno. Posto che condizione per l'applicazione del beneficio è il ricovero seguente al parto, nella prassi, ricorrono maggiormente a questa misura i lavoratori padri in quanto la

⁷²² L'art. 37, co. 5, ET, in materia di "Descanso semanal, fiestas y permisos", prevede che «En el caso de nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario. Para el disfrute de este permiso se estará a lo previsto en el apartado 7».

⁷²³ La legge 9 luglio 2001, n. 12, è rubricata "De medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad".

⁷²⁴ R. ROQUETA BUJ, *Tiempo de trabajo y periodos de descanso*, in *Derecho del trabajo* cit., 349.

⁷²⁵ Sul punto, si ritiene applicabile per analogia quanto disposto dall'art. 8, co. 11, Real Decreto n. 295/2009, in materia di prolungamento del congedo di maternità per effetto del ricovero del figlio verificatosi nei trenta giorni successivi il parto, cfr. E. GARCÍA TESTAL, *Nacimiento de hijos prematuros u hospitalizados*, in *Los derechos de conciliación* cit., 56.

⁷²⁶ C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Derechos laborales de los padres con neonatos hospitalizados*, *Aranzadi Social*, 2001, 1116; J. F. LOUSADA AROCHENA, *Los derechos de los progenitores en caso de parto prematuro u hospitalización del neonato subsiguiente al parto*, *La Ley: rev. jur. espa. de doctr., jurisprud. Y bibliogr.*, 2002, 2.

madre, di regola, ha l'obbligo di fruire del congedo di maternità nelle sei settimane immediatamente successive la nascita, a meno che non si tratti di genitori adottivi o affidatari cui la disposizione ex art. 37, co. 5, ET, nel silenzio della legge, si ritiene comunque applicabile. Infatti, nelle ipotesi di genitorialità giuridica l'intero periodo corrispondente al congedo di maternità può essere fruito sia dalla madre che dal padre in quanto non opera il limite secondo il quale le prime sei settimane devono essere godute necessariamente dalla lavoratrice e, dunque, ciò comporta che si verifichi un ampio ricorso all'utilizzo della misura in esame anche da parte della lavoratrice madre adottiva o affidataria.

Il legislatore spagnolo, inoltre, dà prova di conferire maggiore importanza alla cura del bambino il cui stato di salute è cagionevole rispetto all'assolvimento dei compiti professionali attraverso un'ulteriore misura disciplinata all'art. 48, co. 4, 5° ET⁷²⁷. Il riferimento corre al prolungamento della durata del congedo di maternità per un massimo di tredici settimane nelle ipotesi in cui il neonato debba permanere ricoverato presso la struttura ospedaliera per un tempo superiore ai sette giorni, nei trenta decorrenti dalla data del parto⁷²⁸.

Come anticipato in precedenza, l'ordinamento spagnolo ha conferito un'apposita tutela anche ai genitori lavoratori il cui figlio sia malato di cancro o si trovi affetto da una grave infermità che richieda il ricovero ospedaliero o, comunque, un'assistenza, anche domiciliare – purché accertata dal servizio sanitario nazionale – diretta, continua e permanente.

⁷²⁷ L'art. 48, co. 4, 5° ET, in materia di "Suspensión con reserva de puesto de trabajo", prevede che «En los casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un período superior a siete días, el período de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle».

⁷²⁸ L. M. CAMPS RUIZ, *Las vicisitudes del contrato* cit., 493.

In particolare, l'art. 37, co. 6, 3° e 4° ET⁷²⁹, introdotto dalla l. n. 39/2010⁷³⁰, prevede a beneficio dei genitori biologici, nonché dei genitori adottivi e affidatari, il cui figlio non abbia ancora compiuto il diciottesimo anno di età, il diritto ad una riduzione della giornata lavorativa pari almeno alla metà, con corrispondente riduzione del salario percepito⁷³¹. Tuttavia, al fine di non porre i genitori lavoratori nella sgradevole condizione di scegliere tra il mantenimento del salario percepito ed una maggiore vicinanza al figlio malato, il legislatore ha previsto, ai sensi dell'art. 192 LGSS⁷³², la corresponsione di un'indennità economica pari al 100% della base di calcolo prevista per la prestazione di incapacità temporale determinata da contingenze professionali, per le porzioni di giornata in cui si opta per il collocamento a riposo⁷³³.

Tuttavia, pre-condizione affinché la lavoratrice madre o il lavoratore padre possano esercitare il diritto alla riduzione dell'orario lavorativo e percepire la corrispondente prestazione economica è il previo raggiungimento di un accordo

⁷²⁹ L'art. 37, co. 6, 3° e 4° ET, in materia di "Descanso semanal, fiestas y permisos", prevede che «El progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años. Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas. Las reducciones de jornada contempladas en este apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa».

⁷³⁰ La legge 22 dicembre 2010, n. 39, è rubricata "de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011".

⁷³¹ R. ROQUETA BUJ, *Tiempo de trabajo y periodos de descanso* cit., 350.

⁷³² L'art. 192, Real Decreto Legislativo n. 1/1994, in materia di "Prestación económica", prevede che «1. La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave consistirá en un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo. 2. Esta prestación se extinguirá cuando, previo informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente, cese la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente, del hijo o del menor sujeto a acogimiento o a guarda con fines de adopción del beneficiario, o cuando el menor cumpla los 18 años. 3. La gestión y el pago de la prestación económica corresponderá a la mutua colaboradora con la Seguridad Social o, en su caso, a la entidad gestora con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales».

⁷³³ M. LÓPEZ BALAGUER, *El derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares*, in *Los derechos de conciliación* cit., 129.

con il datore di lavoro, il quale potrà rigettare l'istanza, in virtù di comprovate esigenze aziendali di ordine organizzativo e produttivo, solo qualora due o più lavoratori della stessa azienda esercitino il diritto alla riduzione della giornata lavorativa per la cura del medesimo soggetto⁷³⁴.

6.2.3. Gli ulteriori benefici a completamento del quadro delle tutele spagnole

Come in precedenza affermato, le misure predisposte per la lavoratrice madre ed il lavoratore padre a favore della maternità e paternità dal legislatore spagnolo non si discostano radicalmente quanto ai contenuti e alle situazioni protette dai benefici presenti nell'ordinamento italiano.

Salva, infatti, la sussistenza di qualche discrasia di disciplina in ordine ai singoli benefici, che avvantaggia i genitori lavoratori spagnoli nel bilanciamento delle esigenze professionali e familiari rispetto ai genitori lavoratori italiani, le politiche familiari di Italia e Spagna presentano molteplici punti di analogia. La sussistenza di migliori misure di carattere conciliativo nell'ordinamento spagnolo non si traduce automaticamente, su di un piano gerarchico, in un primato di quest'ultimo rispetto all'ordinamento italiano. Difatti, anche il nostro sistema di politiche familiari contiene delle disposizioni che apportano una tutela maggiore alla lavoratrice madre e al lavoratore padre rispetto a quanto non abbia fatto il legislatore spagnolo.

Ciò, si può riscontrare, innanzitutto, in tema di congedo parentale in quanto si tratta di una misura che in Spagna ha sì una durata maggiore rispetto agli undici mesi massimi riconosciuti ai lavoratori genitori dal legislatore italiano (cfr., *supra*, § 3.2), tuttavia, la sua fruizione non dà diritto alla corresponsione di alcun trattamento economico. Più specificatamente, il congedo parentale nel sistema di politiche familiari spagnolo assume la denominazione di “*Excedencia por cuidado de hijos*” ed è disciplinato all'art. 46, co. 3, 1° ET⁷³⁵, il quale

⁷³⁴ R. ROQUETA BUJ, *Tiempo de trabajo y periodos de descanso* cit., 350.

⁷³⁵ L'art. 46, co. 3, 1° ET, in materia di “Excedencias”, prevede che «Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado

consente a ciascun genitore di astenersi dallo svolgimento della propria attività lavorativa per adempiere ai propri doveri di cura nei confronti del figlio, biologico o adottivo/affidatario, in un arco temporale pari a tre anni decorrenti dalla nascita, o dalla decisione giudiziale o amministrativa nelle ipotesi di adozione o affidamento⁷³⁶.

Nonostante, come anzidetto, l'utilizzo del beneficio non dia diritto a colui che ne fruisca al percepimento di alcuna prestazione avente natura economica, la fruizione della misura ex art. 46, co. 3, 1° ET è corredata, comunque, da altri diritti, quali:

i) il diritto alla conservazione del posto di lavoro nel primo anno di godimento del congedo, che si traduce per il rimanente biennio nel diritto ad essere reintegrato in un posto di lavoro che preveda lo svolgimento di mansioni equivalenti a quelle svolte prima dell'astensione dall'attività lavorativa, con il mantenimento della retribuzione percepita in precedenza al collocamento a riposo⁷³⁷.

La tutela concernente la conservazione del posto di lavoro, tuttavia, si estende per un massimo di quindici mesi qualora il lavoratore appartenga ad un nucleo familiare riconosciuto quale numeroso ed appartenente alla categoria generale, nonché fino ad un massimo di diciotto mesi qualora la categoria in cui la famiglia numerosa rientra sia quella di carattere speciale;

ii) il diritto a partecipare a corsi di formazione professionali su invito del datore di lavoro al fine di un più rapido reintegro nello svolgimento delle mansioni lavorative;

iii) il diritto a fruire della misura non solo a tempo pieno ma, anche, a tempo parziale così che il lavoratore possa optare per la modalità di godimento che meglio risponda alle esigenze di natura conciliativa;

de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, tanto permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa».

⁷³⁶ La dottrina ha evidenziato come la formulazione letterale della disposizione sul congedo parentale relativa alla durata non sia particolarmente felice, alla luce della considerazione secondo la quale essa non garantisce di fatto un'astensione della durata pari a tre anni, ma un congedo la cui durata va calcolata rispetto al compimento del terzo anno di età del figlio, tenendo conto che una parte del periodo in questione sarà già stata coperta dal congedo di maternità, cfr. C. COMINATO, *La «Ley Organica» n. 7/2007* cit., 111; M. J. ROMERO RODENAS, *La excedencia por cuidado de hijos y familiares*, in *Mujer y Trabajo*, a cura di E. RUIZ PEREZ, Bomarzo, 2003, 82.

⁷³⁷ B. QUINTANILLA NAVARRO, *Conciliación de la vida familiar* cit., 36.

iv) i periodi di “*excedencia*” vengono computati ai fini dell’anzianità di servizio.

“*L’excedencia por cuidado de hijos*” rappresenta un vero e proprio diritto in capo alla lavoratrice madre e al lavoratore padre il cui esercizio non può essere impedito dal datore di lavoro, salvo che due o più lavoratori della stessa azienda intendano utilizzare il medesimo per assolvere i propri compiti di cura nei confronti dello stesso soggetto. Al configurarsi di tale ipotesi, infatti, una o più istanze potranno essere oggetto di diniego datoriale, motivato dalla sussistenza di ragioni organizzative e produttive⁷³⁸.

Sempre con riferimento alla misura in esame, corrispondente al congedo parentale previsto dall’ordinamento italiano, è interessante menzionare un dibattito giurisprudenziale sorto con riferimento alla compatibilità tra l’esercizio del diritto al collocamento a riposo e lo svolgimento di un’attività lavorativa in altra impresa. A tal proposito, si sono venuti a creare tre diversi filoni giurisprudenziali.

In particolare, secondo il primo orientamento il lavoratore assente dal lavoro per congedo deve dedicarsi esclusivamente alla finalità per la quale la misura è stata concessa, ossia la cura del figlio, e la stessa non può, dunque, coincidere con il compimento di alcuna attività professionale⁷³⁹.

Di avviso contrario è l’opinione giurisprudenziale tesa a riconoscere la possibilità per la lavoratrice o il lavoratore di svolgere un’attività lavorativa in altra azienda in pendenza della fruizione del congedo parentale, adducendo quale argomento che l’obiettivo della misura in esame è favorire la conciliazione della vita lavorativa e familiare e non determinare l’abbandono da parte del genitore dell’ambito professionale per ragioni legate alla cura del nucleo familiare⁷⁴⁰.

Infine, si colloca l’orientamento che viene generalmente adottato quale soluzione della questione in esame, il quale ritiene che sia necessario considerare le caratteristiche specifiche del nuovo posto di lavoro al fine di valutare se le

⁷³⁸ L. M. CAMPS RUIZ, *Las vicisitudes del contrato* cit., 508 s.

⁷³⁹ V. STSJ del País Vasco de 26 de febrero de 2008, Rec. 3076/07, *Rev. Doctr. Aranzadi Soc.*, 15/2009, paraf. 53/2009, nt. M. L. RODRÍGUEZ COPÉ; STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2008, Rec. 4435/08.

⁷⁴⁰ V. STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2007, Rec. 8852/07.

nuove condizioni professionali facilitino o meno l'assolvimento dei compiti di cura familiare⁷⁴¹.

Dunque, a differenza di quanto previsto dal legislatore italiano – il quale consente la fruizione dei dieci o undici mesi di congedo parentale fino al compimento del dodicesimo anno di vita del bambino o fino ai dodici anni dall'ingresso del minore nel nucleo familiare nelle ipotesi di adozione/affidamento – nell'ordinamento spagnolo “l'*excedencia por cuidado de hijos*” può essere fruita solo nei primi tre anni di vita del bambino o nel primo triennio decorrente dalla risoluzione giudiziale o amministrativa in caso di adozione/affidamento. Con l'obiettivo, dunque, di facilitare la conciliazione delle esigenze di cura e di lavoro, una volta decorso il primo triennio di convivenza con il minore, l'ordinamento spagnolo riconosce all'art. 37, co. 6, 1° ET⁷⁴², il diritto della lavoratrice madre e del lavoratore padre di richiedere una riduzione della giornata lavorativa da un ottavo fino alla metà, con corrispondente riduzione della retribuzione percepita, fintanto che il minore non abbia compiuto il dodicesimo anno di età, o qualora lo stesso sia affetto da disabilità⁷⁴³. Anche, in questo caso, tuttavia, l'accoglimento della richiesta non è automatico in quanto ragione giustificativa del rigetto dell'istanza ricorre quando vi siano due o più dipendenti che abbiano richiesto l'esercizio del diritto alla riduzione per occuparsi di uno stesso soggetto e, ciò, risulti controproducente per l'organizzazione produttiva dell'azienda stessa⁷⁴⁴.

La riduzione della giornata lavorativa è, dunque, uno strumento che consente ai genitori lavoratori residenti in Spagna, ed in particolare alle donne spagnole – su cui continuano a gravare i maggiori doveri di cura domestici – di soddisfare più facilmente le esigenze di vita familiare senza per questo dover rinunciare al proprio posto nel mercato del lavoro. Tale considerazione è supportata,

⁷⁴¹ V. STSJ de Madrid de 15 de abril de 2009, Rec. 1290/09, *Rev. Doctr. Aranzadi Soc.*, 15/2009, paraf. 53/2009, nt. M. L. RODRÍGUEZ COPÉ, cfr. M. LÓPEZ BALAGUER, *El derecho a la excedencia por cuidado de hijos y familiares*, in *Los derechos de conciliación* cit., 152 ss.

⁷⁴² L'art. 37, co. 6, 1° ET, in materia di “Descanso semanal, fiestas y permisos”, prevede che «Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella».

⁷⁴³ R. ROQUETA BUJ, *Tiempo de trabajo y periodos de descanso* cit., 349 s.

⁷⁴⁴ M. LÓPEZ BALAGUER, *El derecho a la reducción de jornada* cit., 109.

infatti, anche, dai dati statistici raccolti fino all'anno 2009: solo nell'anno 2009 la percentuale di donne che hanno ricorso alla riduzione della giornata lavorativa allegando quale motivo principale di fruizione la cura dei figli è stata del 18,5%, contro l'1,5% dei colleghi uomini⁷⁴⁵.

Di diversa finalità si presta ad essere, invece, la tutela dettata dall'art. 26⁷⁴⁶ della l. n. 31/1995⁷⁴⁷ a protezione della lavoratrice gestante o madre di un bambino di età inferiore ai nove mesi. Il riferimento corre, in particolare, all'ob-

⁷⁴⁵ C. GUIRAO MIRÓN, *Nuevas formas cit.*, 18.

⁷⁴⁶ L'art. 26, l. n. 31/1995, in materia di "Protección de la maternidad", prevede che «1. La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos. 2. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos. El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto. En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. 3. Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado. 4. Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo».

⁷⁴⁷ La legge 8 novembre 1995, n. 31, è rubricata "Ley de prevención de Riesgos Laborales".

bligo in capo al datore di lavoro di adottare una serie di misure una volta verificata la sussistenza sul posto di lavoro di rischi per la sicurezza e la salute della lavoratrice madre, nonché per le condizioni di salute del feto o del neonato in periodo di allattamento. Più specificatamente, la controparte datoriale sarà tenuta ad attuare le seguenti cautele:

i) in *primis*, dovrà provvedere a modificare le condizioni o l'orario di lavoro, senza alcuna possibilità per la lavoratrice di opporsi data la finalità di protezione perseguita⁷⁴⁸;

ii) qualora la misura appena citata risultasse inadeguata ai fini dell'eliminazione della fonte di rischio, il datore dovrà provvedere ad affidare temporaneamente alla lavoratrice lo svolgimento di diverse mansioni esenti dal produrre un possibile pregiudizio in danno della donna stessa e/o del figlio;

iii) laddove le misure predette non siano suscettibili di applicazione nel caso di specie o risultassero inadeguate, come ultima *ratio* il datore di lavoro è tenuto a dispensare la lavoratrice nel periodo in cui perdura l'impossibilità di reintegro nel posto di lavoro abitualmente occupato o ad altro posto compatibile⁷⁴⁹.

Quanto dettato dall'art. 26 della l. n. 31/1995 è sostanzialmente analogo a quanto previsto dal legislatore italiano all'art. 7 del d.lgs. n. 151/2001 (cfr., *supra*, § 3.1.1), in quanto entrambe le disposizioni trovano origine in quanto previsto dalla Direttiva 92/85/CEE concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento.

L'intervento del datore di lavoro diretto a modificare l'orario di svolgimento della prestazione o i compiti professionali svolti dalla lavoratrice, nonché a disporre il collocamento a riposo per l'impossibilità di fronteggiare i rischi attraverso l'adozione di una diversa misura che non implichi la dispensa dal lavoro, rilevano in termini economici. Infatti, nelle prime due ipotesi la lavoratrice madre mantiene il diritto a percepire quanto le viene abitualmente corrisposto⁷⁵⁰,

⁷⁴⁸ T. SALA FRANCO - F. ARNAU NAVARRO, *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, 1996, 111.

⁷⁴⁹ M. M. SÁNCHEZ CASTILLO, *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, Bomarzo, 2009, 108 ss.

⁷⁵⁰ J. GORELLI HERNÁNDEZ - M. T. IGARTUA MIRÓ, *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Tirant lo Blanch, 2002, 97 s.

nel terzo caso, invece, secondo quanto stabilito dall'art. 187 LGSS⁷⁵¹, sarà destinataria di un'indennità economica pari al 100% della base di calcolo stabilita per la prestazione di incapacità temporale dovuta a contingenze professionali⁷⁵².

Alla medesima finalità di protezione risponde, anche, la disposizione contenuta all'art. 26, co. 5, l. n. 31/1995⁷⁵³, la quale consente alla lavoratrice gestante di recarsi fuori dall'azienda per effettuare esami prenatali o partecipare a corsi pre-parto.

A completamento, infine, della disamina delle tutele predisposte dal legislatore spagnolo a favore dei genitori lavoratori si pongono le disposizioni finalizzate a garantire la conservazione del posto di lavoro.

In particolare, anche il sistema spagnolo – così come quello italiano (cfr., *supra*, § 5.1) – sanziona con la nullità il licenziamento fondato su motivi legati alla maternità e alle responsabilità familiari. Più specificatamente, viene considerato nullo, ai sensi degli artt. 53, co. 4, 2°, lett. a, b, c, ET e 55, co. 5, 2°, lett. a, b, c, ET⁷⁵⁴, il recesso datoriale che interviene:

⁷⁵¹ L'art. 187 LGSS, in materia di "Prestación económica", prevede che «1. La prestación económica por riesgo durante el embarazo se reconocerá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, con las particularidades establecidas en los apartados siguientes. 2. La prestación económica nacerá el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo y finalizará el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o al de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado. 3. La prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 100 por cien de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. 4. La gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante el embarazo corresponderá a la entidad gestora o a la mutua colaboradora con la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales».

⁷⁵² E. GARCÍA TESTAL, *Riesgo durante el embarazo o la lactancia natural de un menor de nueve meses*, in *Los derechos de conciliación* cit., 71 s.

⁷⁵³ L'art. 26, co. 5, l. n. 31/1995, in materia di "Protección de la maternidad", prevede che «Las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo».

⁷⁵⁴ L'art. 53, co. 4, 2°, lett. a, b, c, ET, in materia di "Forma y efectos de la extinción por causas objetivas", e l'art. 55, co. 5, 2°, lett. a, b, c, ET, in materia di "Forma y efectos del despido disciplinario", prevedono che «Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

a) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refieren los artículos 45.1.d) y e) o por enfermedades

- i) durante il collocamento a riposo determinato dalla fruizione del congedo di maternità⁷⁵⁵, paternità, nonché dalla sussistenza di rischi nel periodo coincidente con la gestazione e l'allattamento;
- ii) nel periodo intercorrente l'inizio della gravidanza e la data di inizio della fruizione del congedo di maternità;
- iii) nel periodo successivo al reintegro nel posto di lavoro, salvo che non siano decorsi nove mesi dalla nascita del bambino o dal provvedimento di adozione o affidamento;
- iv) durante l'esercizio del diritto al permesso per allattamento, nonché nel periodo corrispondente l'utilizzo della riduzione d'orario per la cura dei nati prematuramente o ricoverati presso strutture ospedaliere o per la cura dei figli di età inferiore ai dodici anni;
- v) nel periodo di fruizione del congedo parentale⁷⁵⁶.

Inoltre, viene sanzionato con la nullità, anche il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie, in quanto si pone in contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione spagnola. In particolare, la Carta Costituzionale spagnola, al suo art. 14⁷⁵⁷, contiene una formulazione idonea a ricomprendere

causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta ley.

c) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento o paternidad a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda con fines de adopción o acogimiento del hijo o del menor».

⁷⁵⁵ Prima dell'entrata in vigore della l. n. 3/2007, non veniva effettuato alcun riferimento espresso alla protezione del padre durante la fruizione del congedo di maternità che può condividere con la madre: tuttavia, in ragione del fatto che il diritto al collocamento a riposo è di titolarità della madre, la quale risulta protetta durante l'esercizio dello stesso, pareva corretto ritenere che il congedo del padre fosse ugualmente garantito, cfr. C. COMINATO, *La «Ley Organica» n. 7/2007* cit., 120.

⁷⁵⁶ *Ibidem*, 119 s.

⁷⁵⁷ L'art. 14 Cost. prevede che «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

nel divieto di discriminazione per ragioni di sesso i diritti di conciliazione familiare, anche sulla base di quanto sostenuto dalla giurisprudenza⁷⁵⁸.

Dunque, sia nelle ipotesi di licenziamento fondato su motivi legati alla maternità e alle responsabilità familiari, che nel caso di licenziamento discriminatorio, la nullità colpisce il licenziamento illegittimo, tuttavia, sul piano processuale, il licenziamento discriminatorio comporta che l'onere della prova ricada sul lavoratore ricorrente il quale sarà chiamato a fornire gli indizi sulla base dei quali la condotta del datore di lavoro risulta essere discriminatoria, mentre il licenziamento ex artt. 53, co. 4 e 55, co. 5, ET, se comminato in uno dei casi previsti dalla legge, è assistito da una presunzione di nullità operante automaticamente per essere lo stesso intervenuto in uno dei periodi protetti dalla legge. Nel caso di licenziamento discriminatorio, quindi, qualora il lavoratore riesca a dare prova di essere stato illegittimamente licenziato si verifica l'inversione dell'onere della prova, per cui dovrà essere il datore di lavoro a dimostrare che il suo recesso non è contrario alla legge, prova che deve essere, invece, fornita automaticamente nelle ipotesi di licenziamento per responsabilità familiari⁷⁵⁹.

Come si è cercato di evidenziare in questo capitolo, il sistema di politiche familiari spagnolo è attualmente oggetto di un processo di sviluppo intrapreso alla luce di una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro. Il legislatore spagnolo al fine, dunque, di permettere alle proprie cittadine di coordinare il duplice ruolo di madre e lavoratrice, ha orientato le proprie scelte in una prospettiva di condivisione e corresponsabilità, ampliando la gamma di misure conciliative a disposizione del lavoratore padre, il quale riassumendo:

- i) ha il diritto di essere collocato a riposo, mantenendo la retribuzione percepita, per due giorni in occasione della nascita del figlio;
- ii) può fruire di un congedo di paternità, a lui direttamente attribuito e integralmente retribuito, della durata di quattro settimane;

⁷⁵⁸ V. STSJ de Madrid de 3 de abril de 2002, Rec. 6305/2001, cfr. M. A. GARCÍA RUBIO, *La tutela del trabajador varón en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar*, in *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, a cura di J. CABEZA PEREIRO - B. FERNÁNDEZ DOCAMPO, Tirant lo Blanch, 2011, 193 ss.

⁷⁵⁹ I. MERINO CALLE, *La conciliación laboral* cit., 30 s.

iii) ha la possibilità di godere di una porzione di congedo di maternità, seppur per volontà della donna, titolare originaria del beneficio;

iv) può utilizzare, in accordo con la madre, il permesso per allattamento, il quale può essere anche convertito in una riduzione della giornata lavorativa o nel cumulo di un credito d'ore da utilizzare in giornate complete di permesso;

v) può fruire del congedo parentale fino ai tre anni dalla nascita o dal provvedimento di adozione/affidamento, nonché di una riduzione della giornata lavorativa da un ottavo fino alla metà per la cura del figlio che abbia un'età inferiore ai dodici anni.

I periodi di fruizione delle predette misure, infine, sono garantiti dal diritto alla conservazione del posto.

Tali molteplici benefici riconosciuti alla figura del lavoratore padre, tuttavia, indirettamente e in contrasto con il fine perseguito, contribuiscono ad avvalorare la ripartizione delle responsabilità tipica dei Paesi dell'Europa meridionale che vede l'uomo quale soggetto a cui spetta il mantenimento del nucleo familiare e la donna quale unica responsabile della cura dei figli⁷⁶⁰; tale considerazione, appunto, non rileva solo per la Spagna ma, altresì, per le politiche familiari predisposte ed attuate dall'Italia, le quali presentano diversi punti di analogia con quanto previsto dal legislatore spagnolo.

Infatti, l'Italia e la Spagna attribuiscono ai genitori lavoratori il diritto ad esercitare il congedo di maternità e il congedo di paternità, i quali, nonostante siano degli strumenti assolutamente necessari per garantire il diritto e il dovere di cura del figlio nei primi giorni e mesi di vita, incidono limitatamente sulle strategie familiari di conciliazione in ragione della loro durata che, se rapportata alle esigenze di cura quotidiane del bambino nei primi anni di vita, risulta alquanto ridotta.

All'esigua durata dell'astensione dal lavoro per maternità e paternità cercano, quindi, di sopperire le misure del congedo parentale e dell'*excedencia por cuidado de hijos*, previste rispettivamente dall'ordinamento italiano e spagnolo e fruibili per un maggiore arco temporale e fino al raggiungimento di una data

⁷⁶⁰ O. SALIDO - L. MORENO, *Bienestar y políticas* cit., 112.

età del bambino. Tuttavia, si tratta di diritti scarsamente retribuiti che conducono il nucleo familiare a decidere che il beneficio debba essere utilizzato dal genitore che percepisce il compenso lavorativo più basso e, dunque, nel maggior numero di casi, dalla madre⁷⁶¹. A conferma di ciò, è sufficiente analizzare i dati statistici raccolti nello Stato spagnolo: nel 2011 il 16,2% delle madri lavoratrici ha ricorso a queste misure contro l'1,4% dei lavoratori padri⁷⁶².

Dunque, bisogna concludere che l'Italia e la Spagna, nonostante abbiano a disposizione una molteplicità di strumenti funzionali alla conciliazione della vita lavorativa e familiare, rimangono comunque accumulate da un contesto istituzionale di limitato appoggio alle famiglie che ha quale diretta conseguenza il permanere delle difficoltà quotidiane che le lavoratrici madri incontrano nel districarsi tra gli impegni di cura e quelli professionali.

⁷⁶¹ I. CAMPILLO POZA, *Políticas de conciliación* cit., 206.

⁷⁶² C. GUIRAO MIRÓN, *Nuevas formas* cit., 16.

CONCLUSIONI

“Ci sono 20 punti percentuali di differenza tra il tasso di occupazione degli uomini e quello delle donne. Non è il frutto della crisi, ma di un modello di lavoro che risale al dopoguerra e sul quale è stato anche modellato il nostro welfare. Oggi ci sono seicentomila madri in attesa di entrare o rientrare nel mondo del lavoro, un milione di nonne che suppliscono alla mancanza di welfare”⁷⁶³. Queste parole, pronunciate dal vice presidente del Senato, Linda Lanzillotta, in occasione della presentazione del premio di laurea “Valeria Solesin”, riassumono il lavoro di ricerca condotto in queste pagine.

Nell’esaminare gli strumenti predisposti dal legislatore italiano a favore dei genitori lavoratori per facilitare gli stessi nella conciliazione della vita lavorativa e familiare, ho, infatti, cercato di evidenziare che negli ultimi decenni alla maggiore propensione delle donne ad entrare nel mondo del lavoro non si è affiancata una maggiore partecipazione degli uomini nella cura dei figli. Ciò è frutto di una politica pubblica di sostegno alle famiglie scarsamente sviluppata, che permane ancorata prevalentemente al modello tradizionale di famiglia che vede l’uomo quale soggetto che si occupa del mantenimento del nucleo familiare e la donna quale membro a cui è affidato l’adempimento dei compiti di cura domestici, e che, quindi, non si è ancora, pienamente o totalmente, adeguata ai nuovi modelli di composizione familiare che progressivamente si stanno facendo strada nel contesto sociale: pensiamo, appunto, alle famiglie in cui entrambi i genitori lavorano, ai nuclei monoparentali, o ai nuclei familiari composti da persone dello stesso sesso.

Questo non denota che il legislatore italiano nel corso degli ultimi anni non sia intervenuto in materia di misure a favore della maternità e paternità. Al contrario, nel corso della disamina della materia trattata in queste pagine, si è avuto modo di osservare che, soprattutto a partire dagli anni 2000, sono diversi i provvedimenti normativi adottati sul tema, precedentemente posto ai margini

⁷⁶³ *Università, nasce il premio Valeria Solesin alle tesi di laurea sul talento femminile, La Repubblica*, 4 ottobre 2016, disponibile al link http://milano.repubblica.it/cronaca/2016/10/04/news/milano_bataclan_valeria_solesin-149088443/ (ultima consultazione in data 4 febbraio 2017).

dell'agenda politica italiana. Tuttavia, la maggiore centralità assunta dall'argomento oggetto di questo elaborato è stata determinata, in gran parte, dagli interventi del legislatore comunitario, il quale ha preso atto che l'aumento dell'occupazione femminile comporta che le donne, quali principali responsabili dei doveri di cura, incontrino numerose difficoltà a coniugare il tempo del lavoro remunerato con il tempo del lavoro familiare. Dunque, la politica comunitaria di conciliazione delle esigenze di vita e di lavoro, partendo dal riconoscimento di questa problematica, nell'ottica della condivisione, ha imposto e continua ad imporre agli Stati membri di sviluppare programmi sociali volti a rafforzare la permanenza delle donne nel mondo del lavoro e una più ampia partecipazione degli uomini nei compiti di cura dei figli⁷⁶⁴.

Il ruolo di promotore assunto dal legislatore comunitario sul tema delle tutele per la lavoratrice e il lavoratore a favore della maternità e paternità ha, dunque, condotto ad esaminare non solo le misure specifiche introdotte ed attuate dallo Stato italiano ma, anche, quelle predisposte dagli altri Paesi membri. Da tale analisi si è, quindi, avuta, ancora una volta, la possibilità di notare la forza con cui le tradizioni in ambito domestico di un Paese influenzino lo sviluppo delle politiche familiari dello stesso.

Nel panorama europeo vi sono, infatti, Paesi che considerano la famiglia un'istituzione appartenente alla sfera privata, ragione per cui viene ridotta al minimo l'ingerenza dello Stato non solo in riferimento alla cura della prole, ma relativamente a qualsiasi aspetto concernente il nucleo familiare: è il caso di Gran Bretagna e Irlanda.

Vi sono, poi, Stati europei, come quelli scandinavi, che appartengono al modello socialdemocratico e si caratterizzano per la centralità attribuita, nelle politiche sociali e familiari, alla questione dell'uguaglianza tra i sessi e per l'attenzione rivolta ai bisogni e ai diritti dei bambini.

L'Austria, il Belgio, la Germania e la Francia appartengono, invece, al modello conservatore e basano le proprie politiche familiari sull'idea della famiglia quale istituzione, che vede l'uomo quale unico responsabile per il mantenimento del nucleo familiare e la donna quale unica responsabile del lavoro di

⁷⁶⁴ I. CAMPILLO POZA, *Políticas de conciliación* cit., 191.

cura domestico. In ragione di ciò, i Paesi appartenenti a siffatto modello ritengono preferibile, durante i primi anni di vita del bambino, che la madre si dedichi interamente ai bisogni fisiologici ed affettivi dello stesso, e che il padre sia dedito al solo guadagno e non anche alla cura della prole.

Infine, si pongono le politiche familiari dei Paesi mediterranei, quali Italia e Spagna, in cui il tema della conciliazione è declinato solo al femminile in quanto l'assetto culturale di tali due Stati è caratterizzato dalla riserva alle donne di gran parte delle incombenze familiari, sulle quali si riversano le conseguenze in termini di segregazione nel mercato del lavoro e nella carriera. Difatti, tale assetto culturale, che accumuna i due Paesi da ultimo menzionati, produce un basso tasso di partecipazione delle donne, per lo più madri, al mercato del lavoro e il declino dei tassi di natalità, con ciò che ne consegue in termini di invecchiamento della popolazione e di rallentamento nella crescita del PIL⁷⁶⁵.

È possibile affermare che l'aspetto demografico in Italia, e anche in Spagna, ha rafforzato il ruolo della rete parentale nella cura dei bambini – dato che l'invecchiamento della popolazione ha quale conseguenza che, ad oggi, ci sono molte nonne e molti nonni per pochi nipoti – sopperendo in parte al mancato sviluppo dei servizi per l'infanzia a favore dei bambini nella fascia di età da zero a tre anni. Tuttavia, l'invecchiamento della popolazione accompagnato da bassi livelli di occupazione, quali quelli di Italia e Spagna, ha dei risvolti negativi sul piano finanziario perché comporta, infatti, che un numero sempre minore di persone provvederà a pagare le imposte e i contributi in un'epoca in cui l'aumento dell'età media implica che ci siano maggiori fruitori delle pensioni e degli ulteriori servizi offerti dallo Stato, come quelli sanitari⁷⁶⁶.

Da ciò, dunque, si evince che il tema della conciliazione dei compiti di cura e di lavoro non deve essere di interesse esclusivo dei genitori lavoratori in quanto coinvolge il benessere economico dello Stato e, quindi, la generalità dei concitati. Infatti, al fine di evitare maggiori pressioni fiscali e un impoverimento

⁷⁶⁵ S. SASSI, *La conciliazione della vita lavorativa e della vita familiare: una applicazione del principio di eguaglianza*, DPCE, 2010, 508.

⁷⁶⁶ J. MACINNES, *Diez mitos* cit., 60 s.

delle pensioni, la strada principale da percorrere è quella di incentivare un numero maggiore di persone ad entrare e permanere nel mondo del lavoro, partendo innanzitutto dalle donne, e, quindi, ciò impone di elaborare delle misure in grado di permettere alle stesse di coordinare agevolmente le responsabilità familiari e professionali.

In particolare, secondo, anche, quanto auspicato dal legislatore comunitario, in Paesi come l'Italia e la Spagna, caratterizzati da bassi livelli occupazionali e di natalità, i padri dovrebbero non solo potere ma, anche, dover provvedere al pari delle donne all'adempimento degli obblighi di cura nei confronti dei figli, così da alleggerire il carico gravante sulle donne e permettere alle stesse di svolgere agevolmente il doppio ruolo di madre e lavoratrice.

Nel nostro Paese solo recentemente l'opinione pubblica ha iniziato a riconoscere l'importanza del ruolo paterno all'interno della famiglia e nell'educazione dei figli, segno che qualcosa sta progressivamente cambiando. Infatti, la società sta divenendo sempre più consapevole del fatto che non solo la donna, ma anche l'uomo deve adempiere al suo ruolo all'interno della famiglia e, quindi, partecipare alla crescita dei figli. Tale mutamento ideologico caratterizzato dalla volontà dei padri a trascorrere maggior tempo con i propri figli, tuttavia, non è assistito da misure conciliative idonee, soprattutto in Italia. Basti pensare, infatti, alla durata dello strumento pensato e predisposto esclusivamente a beneficio dei lavoratori padri affinché gli stessi possano provvedere ai bisogni di cura di natura fisiologica, affettiva e relazionale dei figli. Il riferimento corre al congedo di paternità, introdotto dalla l. n. 208/2015, della durata pari a due giorni di collocamento a riposo obbligatori, che si contrappone ai cinque mesi riconosciuti a favore della lavoratrice madre che, dunque, permane quale responsabile principale della crescita del minore. In un'ottica comparata, sul punto, nonostante la Spagna presenti numerose analogie con lo Stato italiano, il legislatore spagnolo ha inteso valorizzare maggiormente l'importanza di una più equa ripartizione dei compiti di cura prevedendo un congedo di paternità della durata più lunga, ossia pari a quattro settimane.

Nonostante, quindi, si stiano lentamente prendendo le distanze dal modello tra-

dizionale di famiglia sia a livello politico che sociale, permane di opinione comune l'idea secondo la quale la presenza della figura materna sia indispensabile per la crescita fisica e psicologica del figlio. Studi condotti sul tema in esame hanno, infatti, evidenziato che le madri che permangono o rientrano nel mondo del lavoro a seguito di una gravidanza sono per natura inclini a provare un senso di colpa nel sottrarre ai figli il tempo impiegato a svolgere la propria attività lavorativa⁷⁶⁷. Non è lo stesso, invece, per gli uomini che, per quanto desiderino trascorrere un tempo maggiore con i propri bambini rispetto al passato, si sentono ancora saldamente investiti del ruolo di principali procacciatori di reddito⁷⁶⁸. Tale investitura, come evidenziato dalla disamina delle misure a favore della maternità e paternità, è, perlopiù, rafforzata dal quadro normativo nazionale.

Quest'ultimo, paradossalmente, invece di incentivare i padri a ricorrere con più frequenza alla fruizione degli strumenti di natura conciliativa, ne ha, in parte, scoraggiato l'utilizzo. Ciò si evince, in particolare, dalla disciplina dettata dal legislatore italiano per la misura del congedo parentale, definita la tutela a favore della maternità e paternità per eccellenza in quanto permette alla lavoratrice e al lavoratore di astenersi dallo svolgimento della propria attività lavorativa per un periodo di tempo piuttosto lungo, pari a sei mesi – che divengono sette qualora sia il padre a fruire del congedo per almeno tre mesi – fino a che il figlio non abbia raggiunto una data età, ossia i dodici anni, o fintanto che non siano trascorsi dodici anni dall'ingresso del minore nel nucleo familiare, nelle ipotesi di adozione e affidamento. Il congedo parentale è uno strumento che permette, dunque, ai genitori impegnati professionalmente, e soprattutto ai lavoratori padri, di dedicare ai figli un tempo maggiore nella fase della crescita rispetto al periodo concesso dal congedo di maternità e, soprattutto, dal con-

⁷⁶⁷ A titolo di esempio, alcuni studi spagnoli condotti sul tema riportano le interviste di un campione di lavoratrici madri tra cui vi è chi ha affermato: “Sì, a volte mi viene il dubbio che la vita che conduciamo, l'attività frenetica, il lavoro, la stanchezza mi portino a non passare tutto il tempo che desidero con mio figlio. Questo sì lo vivo male”, cfr. M. DEL CARMEN RODRÍGUEZ MENÉNDEZ - C. M. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Empleo y maternidad: el discurso femenino sobre las dificultades para conciliar familia y trabajo*, Cuadernos de Relac. Labor., 2010, 266 s.

⁷⁶⁸ Al contrario, tra i lavoratori padri c'è chi ha affermato: “Senso di colpa no, le cose sono come sono e la colpa non è mia. Io devo guadagnarci da vivere...”, cfr. *ibidem*, 267.

gedo di paternità. Tuttavia, se tali ultimi due congedi sono retribuiti rispettivamente all'80% e al 100% della retribuzione percepita, il congedo parentale dà diritto a un'indennità economica pari solamente al 30% del compenso corrisposto dal datore di lavoro, a condizione che il bambino abbia un'età inferiore ai sei anni. Qualora il congedo venga fruito dopo il compimento del sesto anno di età del bambino, invece, non si ha diritto ad alcuna indennità economica, eccezion fatta per il genitore il cui reddito individuale è inferiore a 2,5 volte l'importo del trattamento minimo di pensione, a carico dell'assicurazione generale obbligatoria; quest'ultimo, infatti, continua a beneficiare dell'indennità pari al 30%, fino al compimento dell'ottavo anno di età del figlio. La perdita di una parte cospicua o dell'intera retribuzione, derivante dalla fruizione del congedo parentale, comporta, dunque, che a ricorrere maggiormente alla misura sia il componente del nucleo familiare che percepisce la busta paga di valore inferiore e, quindi, il più delle volte, la madre, a causa di un mercato del lavoro ancora fortemente incentrato sulle figure maschili. Il messaggio implicito che deriva da misure così regolamentate è, dunque, che le responsabilità familiari sono principalmente, ancora, un affare delle donne.

La declinazione al femminile della politica familiare non riguarda solo l'ordinamento italiano ma, anche, altri sistemi come quello spagnolo in cui, addirittura, l'esercizio del congedo parentale della durata pari a tre anni non dà diritto alla percezione di alcun beneficio di natura economica.

Dunque, affinché si verifichi un'inversione di tendenza e, quindi, una maggiore propensione dei lavoratori padri a servirsi delle misure conciliative predisposte dal legislatore, quest'ultimo deve prendere piena consapevolezza del fatto che il contestuale adempimento dei compiti professionali e familiari non spetta solo alle donne, ma anche ai padri. Nella regolamentazione degli strumenti previsti a favore dei genitori lavoratori deve emergere con chiarezza tale obiettivo della condivisione, altrimenti si favorirà lo sviluppo di politiche familiari aventi quali destinatarie le sole donne e finalizzate esclusivamente a permettere alle stesse di entrare a far parte del mondo del lavoro continuando ad adempiere ai propri doveri di cura e domestici⁷⁶⁹.

⁷⁶⁹ I. MERINO CALLE, *La conciliación laboral* cit., 35.

Da queste riflessioni è evidente la necessità di un intervento legislativo teso, innanzitutto, ad eliminare le costanti discriminazioni di genere che caratterizzano la disciplina a favore della maternità e paternità e, in secondo luogo, finalizzato ad aumentare la gamma delle misure conciliative, le quali sono funzionali non solo al benessere della lavoratrice o del lavoratore, ma anche dell'impresa. Infatti, posto che le preoccupazioni di cui sono portatori i prestatori di lavoro rappresentano un agente stressante capace di riflettere i propri effetti negativi anche sulla vita dell'impresa, l'investimento economico e organizzativo in misure di conciliazione contribuisce, in ogni caso, ad un miglioramento della capacità competitiva dell'impresa stessa in quanto con tali strumenti si cerca di ridurre al minimo le tensioni individuali e sociali delle lavoratrici e dei lavoratori.

Secondo anche quanto emerge dal dibattito dottrinario⁷⁷⁰, possono prestarsi quali idonee ai fini della conciliazione delle esigenze di vita e di lavoro le seguenti tutele:

- i) il *flexi-time*, ossia un sistema d'orario che permette al lavoratore di variare i propri tempi di entrata ed uscita dal lavoro, svolgendo però un numero standard di ore in un periodo determinato;
- ii) il modello denominato "orari a isole", ossia un sistema di autogestione collettiva dei turni di lavoro che consente, in base al carico di lavoro programmato dall'impresa, ai lavoratori, inseriti in piccole unità organizzative chiamate "isole", di concordare tra di loro, in maniera autonoma e a seconda dei rispettivi impegni, la distribuzione del proprio orario settimanale;
- iii) la "banca delle ore" che si sostanzia nell'accantonamento, su un "conto individuale", di un numero di ore lavorative prestate in eccedenza rispetto all'orario normale, la cui entità è definita dalla contrattazione collettiva. Le ore così accantonate nel corso dell'anno potranno essere utilizzate dal lavoratore per godere di riposi compensativi, secondo le modalità previste dalla contrattazione di settore, con il principale scopo di favorire la flessibilità del lavoro;

⁷⁷⁰ M. L. VALLAURI, *Il telelavoro come strumento di conciliazione*, in *La conciliazione delle esigenze cit.*, 123 ss.; M. MAGNANI, *La famiglia nel diritto del lavoro cit.*, 853; I. MERINO CALLE, *La conciliación laboral cit.*, 35 s.; A. FENOGLIO, *Il filo rosa intessuto nel diritto del lavoro cit.*, 25 s.

iv) il telelavoro, ossia quella forma di organizzazione o di svolgimento della prestazione che si avvale delle tecnologie dell'informazione e permette di svolgere un'attività professionale al di fuori delle mura dell'impresa. In particolare, con il d.lgs. n. 80/2015 il legislatore ha scelto di riproporre il telelavoro come strumento di natura conciliativa, dando così attuazione all'art. 1, co. 8⁷⁷¹ e 9, lett. d⁷⁷², della l.d. n. 183/2014, nonché alla direttiva contenuta nell'art. 9, l. n. 53/2000, che, alla lett. a, co. 1⁷⁷³, individua nel telelavoro una forma di flessibilità dell'organizzazione dell'attività professionale che consente la conciliazione dei tempi di vita e tempi di lavoro. L'opzione per la modalità del telelavoro deve avvenire sulla base del consenso prestato dal lavoratore e dal datore di lavoro nella fase di costituzione del rapporto o anche successivamente, fermo restando che l'eventuale rifiuto del prestatore di lavoro non giustifica il suo licenziamento o un mutamento delle sue condizioni professionali. Si tratta, dunque, di una misura conciliativa che si basa su di un accordo di natura consensuale, che opera anche nell'ipotesi in cui il datore di lavoro abbia interesse a riportare il rapporto di lavoro alla fattispecie *standard*. Infatti, tale decisione non può essere assunta arbitrariamente dalla figura datoriale, sulla quale grava l'onere di fornire le ragioni alla base della trasformazione del rapporto. Al fine di incentivare il ricorso al telelavoro, il legislatore del 2015 ha previsto che per i datori di lavoro che si avvalgono della misura in esame è previsto lo scomputo

⁷⁷¹ L'art. 1, co. 8, l.d. n. 183/2014, prevede che «Allo scopo di garantire adeguato sostegno alle cure parentali, attraverso misure volte a tutelare la maternità delle lavoratrici e favorire le opportunità di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro per la generalità dei lavoratori, il Governo è delegato ad adottare, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto, per i profili di rispettiva competenza, con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la revisione e l'aggiornamento delle misure volte a tutelare la maternità e le forme di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro».

⁷⁷² L'art. 1, co. 9, lett. d, l.d. n. 183/2014, prevede la «Incentivazione di accordi collettivi volti a favorire la flessibilità dell'orario lavorativo e dell'impiego di premi di produttività, al fine di favorire la conciliazione tra l'esercizio delle responsabilità genitoriali e dell'assistenza alle persone non autosufficienti e l'attività lavorativa, anche attraverso il ricorso al telelavoro».

⁷⁷³ L'art. 9, co. 1, lett. a, l. n. 53/2000, in materia di «Misure a sostegno della flessibilità di orario», prevede che «Progetti articolati per consentire alla lavoratrice madre o al lavoratore padre, anche quando uno dei due sia lavoratore autonomo, ovvero quando abbiano in affidamento o in adozione un minore, di usufruire di particolari forme di flessibilità degli orari e dell'organizzazione del lavoro, tra cui part time, telelavoro e lavoro a domicilio, orario flessibile in entrata o in uscita, banca delle ore, flessibilità sui turni, orario concentrato, con priorità per i genitori che abbiano bambini fino a dodici anni di età o fino a quindici anni, in caso di affidamento o di adozione, ovvero figli disabili a carico».

dall'organico aziendale di coloro che lavorano a distanza, a condizione che nell'azienda si applichi un contratto collettivo che contempli il telelavoro come modalità di svolgimento della prestazione⁷⁷⁴. Infatti, la disciplina del telelavoro è rimessa alla contrattazione di settore. Tuttavia, nonostante siano diversi i contratti collettivi che contemplano e disciplinano il telelavoro come modalità di svolgimento dell'attività professionale⁷⁷⁵, pochi sono quelli che espressamente definiscono questa forma di lavoro come funzionale al coordinamento delle esigenze lavorative e familiari⁷⁷⁶;

v) lo *smart working*⁷⁷⁷, che rappresenta una sorta di evoluzione del telelavoro nell'era della digitalizzazione, e che consente al lavoratore, grazie all'ausilio delle nuove tecnologie, ampia autonomia riguardo al luogo e ai tempi di svolgimento della prestazione lavorativa, a condizione che siano raggiunti i risultati e gli obiettivi stabiliti entro le scadenze previste. Si tratta di una modalità di svolgimento dell'attività che consente al prestatore di lavoro di scegliere, in ragione delle proprie esigenze di natura familiare, quando lavorare in azienda e quando da casa, con il solo limite che la prestazione a distanza non ecceda il 50% dell'orario normale di lavoro.

⁷⁷⁴ Il legislatore non individua il livello della contrattazione collettiva che deve regolare l'istituto, affinché il datore di lavoro possa ricorrervi beneficiando dell'incentivo, ma chiede che il soggetto negoziale abbia un alto grado di rappresentatività; dunque, potrà trattarsi di un accordo collettivo concluso tanto a livello nazionale quanto a livello territoriale o aziendale, purché stipulato da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

⁷⁷⁵ A titolo di esempio:

- i) il Contratto collettivo per le cooperative del settore agricoltura e attività affini (scadenza 31 dicembre 2011);
- ii) il Contratto collettivo nazionale cooperative del settore Agricoltura, pesca e agroalimentare (scadenza 31 luglio 2017);
- iii) il Contratto collettivo Agricoltura, florovivaismo, floricoltura, forestale e manutenzione giardini (scadenza 28 febbraio 2017);
- iv) il Contratto collettivo cooperative del settore Agricoltura, Industria Agricola, Forestale (scadenza 28 febbraio 2014).

⁷⁷⁶ A titolo di esempio:

- i) il Contratto collettivo PMI e cooperative dell'agricoltura – NORD INDUSTRIALE-FAMAR – (scadenza 31 dicembre 2018), ove si precisa che «le Parti reputano [il telelavoro] particolarmente utile alle lavoratrici al fine di conciliare i tempi di lavoro con le esigenze familiari»;
- ii) il Contratto collettivo per operai e impiegati dei Consorzi di bonifica (scadenza 31 maggio 2012), in cui si evidenzia la duplice convenienza per impresa e lavoratori del telelavoro in quanto strumento che consente «ai Consorzi di modernizzare l'organizzazione del lavoro e consente ai lavoratori una modalità di svolgimento della prestazione che permette loro di conciliare maggiormente l'attività lavorativa con le proprie esigenze familiari e sociali».

⁷⁷⁷ L'opportunità di introdurre nel sistema italiano lo *smart working* quale misura funzionale alla conciliazione vita-lavoro era già stata valutata nel d.d.l. C-2014 rubricato “Disposizioni per la promozione di forme flessibili e semplificate di telelavoro”.

In conclusione, si può, dunque, affermare che nonostante sia in corso una continua evoluzione nel campo del lavoro, della famiglia, della società, il tema della conciliazione vita-lavoro ricopre, ancora, un ruolo marginale, non solo nell'agenda politica del legislatore, il quale dovrebbe intervenire a rafforzare le misure per la lavoratrice e il lavoratore a favore della maternità e paternità, ma anche presso i lavoratori: le normative concernenti la materia in esame sono, infatti, scarsamente note alle lavoratrici subordinate, per quanto le riguarda direttamente, e pressoché del tutto sconosciute ai lavoratori uomini e a coloro che non svolgono la propria attività alle dipendenze di un terzo, i quali ne ignorano in gran parte il contenuto. Dunque, il legislatore, oltre ad ampliare la gamma degli strumenti di tutela riservati ai genitori lavoratori e a predisporre delle misure finalizzate ad un maggior coinvolgimento dei padri nella cura della prole, dovrebbe, anche, intervenire affinché, in primo luogo, venga svolta una maggiore attività d'informazione su una materia così importante non solo per il singolo ma per la collettività nel suo complesso – in quanto da essa dipende, anche, il benessere economico dello Stato – e, in secondo luogo, per realizzare una concreta estensione, non solo formale, delle tutele oltre il lavoro subordinato. Infatti, ad oggi, i lavoratori autonomi e i liberi professionisti, in occasione della nascita o adozione/affidamento di un bambino, sono destinatari esclusivamente di un limitato beneficio di natura economica cui non si accompagna l'obbligo di assentarsi dal lavoro, la cui mancanza fa sì che gli stessi tendano a non interrompere lo svolgimento della propria attività per occuparsi dei bisogni fisiologici e relazionali del figlio in ragione del timore delle conseguenze che ne potrebbero derivare sul piano patrimoniale.

Dunque, la speranza è riposta nel superamento, nei prossimi anni, della concezione, ancora radicata, secondo la quale l'adempimento delle responsabilità familiari e il coordinamento delle stesse con i doveri professionali sia compito esclusivo delle donne, e non anche degli uomini, il cui coinvolgimento, di concerto con gli ulteriori strumenti di carattere conciliativo, rappresenta, invece, un fattore determinante per l'innalzamento dei tassi occupazionali femminili e di natalità.

BIBLIOGRAFIA

OPERE CITATE:

Alfonso Mellado Carlos Luis, *El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, in T. Sala Franco (a cura di), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, 2008, p. 408 ss.;

Allamprese Andrea, *Riduzione e flessibilità del tempo di lavoro*, Ipsoa, 2003;

Amato Fabrizio, *Il congedo di maternità e di paternità*, in R. Del Punta - D. Gottardi (a cura di), *I nuovi congedi: commento alla legge 8 marzo 2000 n. 53 aggiornato con il TU per la tutela della maternità e paternità*, Il Sole 24 Ore, 2001, p. 17 ss.;

Amato Fabrizio, *I riposi giornalieri*, in R. Del Punta - D. Gottardi (a cura di), *I nuovi congedi: commento alla legge 8 marzo 2000 n. 53 aggiornato con il TU per la tutela della maternità e paternità*, Il Sole 24 Ore, 2001, p. 71 ss.;

Amoroso Giovanni, *La giurisprudenza di legittimità in tema di discriminazione di genere e pari opportunità*, ADL Argomenti di diritto del lavoro, n. 6/2013, p. 1360 ss.;

Bacchini Francesco, *Salute e sicurezza delle lavoratrici gestanti e puerpere*, Igiene e Sicurezza del Lavoro, n. 5/2007, p. 249 ss.;

Ballester Pastor Amparo - Rodríguez Pastor Guillermo E., *Maternidad. Paternidad*, in R. Roqueta Buj - J. García Ortega (a cura di), *Derecho de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 255;

Ballestrero Maria Vittoria - De Simone Gisella, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, 2012;

Ballestrero Maria Vittoria, *Maternità*, Digesto delle discipline privatistiche – Sezione commerciale, vol. IX, UTET, 1993;

Barbera Marzia, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, n. 1/2013, p. 139 ss.;

Beghini Valentina, *L'azione individuale sommaria contro le discriminazioni di genere in alcune pronunce di merito*, Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, n. 4/2008, p. 813 ss.;

Bellocchi Paola, *Divieti di discriminazione, interventi di contrasto e sanzioni specifiche contro gli atti discriminatori*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, UTET, 2014, p. 699 ss.;

Bjørnholt Margunn, *Congedi di paternità, il record norvegese*, www.ingegnere.it, 21 settembre 2011;

Borgogelli Franca, *Le garanzie e le tutele del posto di lavoro*, in R. Del Punta - D. Gottardi (a cura di), *I nuovi congedi: commento alla legge 8 marzo 2000 n. 53 aggiornato con il TU per la tutela della maternità e paternità*, Il Sole 24 Ore, 2001, p. 149 ss.;

Bovio Gianni, *Il diritto del padre lavoratore ad usufruire dei riposi giornalieri c.d. per allattamento in caso di madre casalinga*, *Diritto delle relazioni industriali*, n. 1/2010, p. 223 ss.;

Brollo Marina, *Misure per l'occupazione femminile tra tutele e incentivi*, *Il Lavoro nella giurisprudenza*, n. 2/2013, p. 113 ss.;

Cagarelli Monica, *I congedi parentali*, Giappichelli, 2002;

Caielli Mia, *La normativa sui congedi parentali nella giurisprudenza costituzionale e comunitaria*, *Economia e lavoro*, n. 1/2006, p. 105 ss.;

Calafà Laura, *Congedi, aspettative, permessi, dopo il Collegato lavoro*, in L. Fiorillo - A. Perulli (a cura di), *Il nuovo diritto del lavoro*, vol. II, *Rapporto individuale e processo del lavoro*, Giappichelli, 2014, p. 365 ss.;

Calafà Laura, *Il diritto potestativo ai congedi (non solo parentali)*, in B. Veneziani - B. Vincenzo (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, 2009, p. 291 ss.;

Calafà Laura, *Paternità, lavoro e conciliazione condivisa nel diritto europeo*, in L. Calafà (a cura di), *Paternità e lavoro*, il Mulino, 2007, p. 23 ss.;

Calafà Laura, *Modello antidiscriminatorio e licenziamento dei genitori-lavoratori*, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 99-100/2003, p. 499 ss.;

Calafà Laura, *La prestazione di lavoro tra assenze e (dis)equilibri familiari*, in L. Calafà - D. Gottardi (a cura di), *Famiglia, lavoro, diritto: combinazioni possibili*, *Lavoro e diritto*, n. 1/2001, p. 143 ss.;

Camera Roberto, *Nuova procedura per le dimissioni*, *Diritto e pratica del lavoro*, n. 8/2016, p. 488 ss.;

Campillo Poza Inés, *Políticas de conciliación de la vida laboral y familiar en los regímenes de bienestar mediterráneos: los casos de Italia y España*, Política y sociedad, n. 1/2010, p. 189 ss.;

Camps Ruiz Luis Miguel, *Las vicisitudes del contrato de trabajo*, in L. M. Camps Ruiz - J. M. Ramírez Martínez (a cura di), *Derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 483 ss.;

Canavesi Guido, *L'automaticità delle prestazioni previdenziali per i lavoratori a progetto. Dalla giurisprudenza un segnale importante, ma insufficiente*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, n. 2/2014, p. 439 ss. (nota T. di Bergamo 12 dicembre 2013);

Carinci Maria Teresa, *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale*, in M. T. Carinci - A. Tursi (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, 2015, p. 27 ss.;

Castro Argüelles María Antonia - Álvarez Alonso Diego, *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Civitas, 2007;

Cinelli Maurizio - Nicolini Carlo Alberto, *L'attuazione del Jobs Act tra riorganizzazione dei contratti di lavoro, mansioni e difficile conciliazione dei tempi di vita e di lavoro - La perequazione delle pensioni tra Corte Costituzionale e interventi legislativi «riparatori» - Il Testo Unico sull'assicurazione infortuni compie 50 anni*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, n. 3/2015, p. 161 ss.;

Cinelli Maurizio, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 1998;

Colacurto Laura, *Divieto di licenziamento a causa di matrimonio nel rapporto con la legge n. 223/1991*, Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, n. 1/1993, p. 105 ss. (nota a C. cost. 10 febbraio 1993, n. 46);

Cominato Cristina, *Dimissioni della lavoratrice madre*, Studium Iuris, n. 5/2008, p. 600 ss.;

Cominato Cristina, *La «Ley Organica» n. 7/2007: i congedi del padre lavoratore tra conciliazione e condivisione delle responsabilità*, in L. Calafà (a cura di), *Paternità e lavoro*, il Mulino, 2007, p. 87 ss.;

Corso Stefano Maria, *La nuova disciplina delle dimissioni tra libertà di forma e presunzione di non spontaneità*, Diritto delle relazioni industriali, n. 4/2013, p. 1159 ss.;

Corti Matteo - Sartori Alessandra, *I decreti attuativi del Jobs Act. Tipologie contrattuali e mansioni (rinvio). Conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. La riforma della PA*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, n. 4/2015, p. 221 ss.;

Cousins Christine, *The development of a gendered social policy regime*, in M. Threlfall - C. Cousins - C. Valiente (a cura di), *Gendering Spanish Democracy*, Routledge, 2005, p. 55 ss.;

Cunico Alessio - Tuttobene Maria, *Dimissioni e risoluzione consensuale: convalida*, *Diritto e pratica del lavoro*, n. 33/2012, p. 2088 ss.;

Curcio Laura, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007, p. 529 ss.;

D'Andrea Antonella, *Il sistema di tutela e sostegno della maternità. Il "dialogo" della legislazione italiana con la normativa comunitaria*, *Lavoro e previdenza oggi*, n. 10/2001, p. 1275 ss.;

De Gregorio Elena, *Sui limiti della garanzia retributiva spettante alla lavoratrice madre adibita ad altre mansioni per la tutela della salute e della sicurezza sua e del bambino*, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 1/2011, p. 202 ss. (nota a C. giust. 1° luglio 2010, C – 471/08 e C – 194/08);

De La Puebla Pinilla Ana, *Artículo 48*, in J. Cruz Villalón - I. García-Perrote Escartín - J. M. Goerlich Peset - J. R. Mercader Uguina (a cura di), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, 2011, p. 486 ss.;

De Simone Gisella, *Tra il dire e il fare. Obiettivi e tecniche delle politiche per il lavoro femminile nella riforma Fornero*, *Lavoro e diritto*, 2012, p. 589 ss.;

Del Boca Daniela - Saraceno Chiara, *Le donne in Italia tra famiglia e lavoro*, *Economia e lavoro*, n. 1/2005, p. 125 ss.;

Del Conte Maurizio, *L'intricata procedura per le dimissioni dalla legge n. 188/2007 alla legge n. 92/2012*, *Il Lavoro nella giurisprudenza*, n. 10/2012, p. 922 ss.;

Del Punta Riccardo, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2016;

Del Punta Riccardo, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 2/2000, p. 149 ss.;

Del Punta Riccardo, *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare. Artt. 2110-2111*, Giuffrè, 1992;

Dessi Ombretta, *Riflessioni sulle recenti "vicende" normative delle dimissioni*, W.P. C.S.D.L.E. «M. D'Antona» sez. italiana, n. 222/2014;

Di Comite Valeria, *Tutela dei genitori lavoratori e diritto a un'adeguata retribuzione*, Sud in europa. Periodico di informazione sull'Unione Europea, www.sudineuropa.net, settembre 2010;

Donzelli Romolo, *Tutela contro le discriminazioni*, Enciclopedia giuridica Treccani, 2012, p. 4 ss.;

Eurofound, *Promoting uptake of parental and paternity leave among fathers in the European Union*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, www.cite.gov.pt, 2015;

Fanlo Cortés Isabel, *Congedi genitoriali, politiche del diritto e diseguglianze di genere. Riflessioni sul caso italiano nel quadro europeo*, Diritto & Questioni Pubbliche: Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica, n. 2/2015, p. 37 ss.;

Fenoglio Anna, *Nuove modalità di fruizione del congedo parentale: un modello di "flessibilità buona"*, in D. Gottardi (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, 2016, p. 71 ss.;

Fenoglio Anna, *Il filo rosa intessuto nel diritto del lavoro: un'analisi gender sensitive degli interventi legislativi dell'ultimo triennio*, W.P. C.S.D.L.E. «M. D'Antona» sez. italiana, n. 239/2015;

Fenoglio Anna, *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012;

Fontana Antonio, *Parto plurimo e permessi giornalieri ai genitori*, Giurisprudenza di merito, n. 1/2001, p. 219 ss.;

Fontana Antonio, *Permessi per assistenza a minori con handicap e loro frazionabilità*, Giurisprudenza di merito, n. 6/1999, p. 1125 ss.;

Fontana Antonio, *Lavoratrice madre e licenziamento nullo per illiceità di motivo*, Giurisprudenza di merito, n. 3/1999, p. 531 ss. (nota a P. Lecce 13 dicembre 1997);

García Rubio María Amparo, *La tutela del trabajador varón en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar*, in J. Cabeza Peireiro - B. Fernández Docampo (a cura di), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 193 ss.;

García Rubio María Amparo, *La facultad de concreción horaria en el derecho del trabajador a la reducción y adaptación de jornada por motivos familiares*, in J. M. Goerlich Peset - A. Blasco Pellicer (a cura di), *Trabajo, contrato y libertad*, Universidad de Valencia, 2010, p. 219 ss.;

García Testal Elena, *Maternidad*, in E. García Testal - M. López Balaguer (a cura di), *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2012, p. 17 ss.;

García Testal Elena, *Paternidad*, in E. García Testal - M. López Balaguer (a cura di), *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2012, p. 41 ss.;

García Testal Elena, *El permiso de lactancia*, in E. García Testal - M. López Balaguer (a cura di), *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2012, p. 91 ss.;

García Testal Elena, *Nacimiento de hijos prematuros u hospitalizados*, in E. García Testal - M. López Balaguer (a cura di), *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2012, p. 55 ss.;

García Testal Elena, *Riesgo durante el embarazo o la lactancia natural de un menor de nueve meses*, in E. García Testal - M. López Balaguer (a cura di), *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2012, p. 65 ss.;

Giorgis Andrea, *Art. 33. Vita familiare e vita professionale*, in R. Bifulco - M. Cartabia - A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, 2001, p. 236 ss.;

Gorelli Hernández Juan - Igartua Miró Maria Teresa, *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Tirant lo Blanch, 2002;

Gottardi Donata, *Le modifiche al testo unico maternità-paternità e la conciliazione tra vita familiare e vita professionale. Ragionando di d.lgs. n. 80/2015 e dintorni*, in D. Gottardi (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, 2016, p. 1 ss.;

Gottardi Donata, *Il congedo di maternità per le lavoratrici subordinate*, in D. Gottardi (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, 2016, p. 13 ss.;

Gottardi Donata, *La condivisione delle responsabilità genitoriali in salsa italiana*, *Lavoro e diritto*, n. 3-4/2012, p. 609 ss.;

Gottardi Donata, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 99-100/2003, p. 447 ss.;

Gottardi Donata, *Introduzione*, in R. Del Punta - D. Gottardi (a cura di), *I nuovi congedi: commento alla legge 8 marzo 2000 n. 53 aggiornato con il TU per la tutela della maternità e paternità*, Il Sole 24 Ore, 2001, p. 1 ss.;

Gottardi Donata, *Lavoro di cura. Spunti di riflessione*, Lavoro e diritto, n. 1/2001, p. 121 ss.;

Guamán Hernández Adoración - Hernández Martínez Adoración, *Lactancia materna y trabajo de la madre en el ordenamiento laboral: retos que plantea la promoción y protección del amamantamiento*, in M. B. Cardona Rubert (a cura di), *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualitario de las reformas parentales*, Bomarzo, 2009, p. 219 ss.;

Guirao Mirón Cristina, *Nuevas formas de relación trabajo productivo y sociedad: la conciliación de la vida familiar y laboral*, Revista de ciencias sociales, n. 6/2011, p. 1 ss.;

Ichino Pietro, *Quando il giudice confonde il difetto di giustificato motivo con il motivo illecito*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, n. 1/2013, p. 274 ss. (nota a T. di Bologna 19 novembre 2012);

Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, *Congedi parentali e riposi giornalieri*, www.inps.it, 10 agosto 2016;

Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, *Maternità e Paternità*, www.inps.it, 31 marzo 2016;

Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, *Congedi papà*, www.inps.it, 22 marzo 2016;

Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, *Voucher baby sitting- asili nido*, www.inps.it;

Itzcovich Giulio, *I conflitti della conciliazione. Un'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in M.V. Ballestrero - G. De Simone (a cura di), *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, Giappichelli, 2009, p. 113 ss.;

Izzi Daniela, *Discriminazioni di sesso nel rapporto di lavoro: il nuovo regime processuale*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, n. 2/1994, p. 517 ss.;

Lahera Forteza Jesús, *Permiso de lactancia*, in J. Lahera Forteza - J. C. García Quiñones (a cura di), *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, Bomarzo, 2008, p. 89 ss.;

Lai Marco, *Tutela della maternità nella legislazione europea*, Diritto e pratica del lavoro, n. 2/1993, p. 77 ss.;

Lazzeroni Lara, *Un nuovo congedo per una vecchia questione: la violenza di genere*, in D. Gottardi (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, 2016, p. 137 ss.;

Lazzeroni Lara, *Nuove misure di tutela dei disabili*, in R. Del Punta - D. Gottardi (a cura di), *I nuovi congedi: commento alla legge 8 marzo 2000 n. 53 aggiornato con il TU per la tutela della maternità e paternità*, Il Sole 24 Ore, 2001, p. 95 ss.;

Lipari Vito, *Costituzionalità della disciplina dell'indennità di maternità alle libere professioniste, nella parte in cui non richiede l'effettiva astensione dal lavoro*, Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, n. 3/1998, p. 385 ss. (nota a C. cost. 29 gennaio 1998, n. 3);

López Balaguer Mercedes, *El derecho a la adaptación de la jornada para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, in E. García Testal - M. López Balaguer (a cura di), *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2012, p. 79 ss.;

López Balaguer Mercedes, *El derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares*, in E. García Testal - M. López Balaguer (a cura di), *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2012, p. 109 ss.;

López Balaguer Mercedes, *El derecho a la excedencia por cuidado de hijos y familiares*, in E. García Testal - M. López Balaguer (a cura di), *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2012, p. 141 ss.;

López Terrada Eva, *El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores*, Tirant lo Blanch, 2003;

Lousada Arochena José Fernando, *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Madrid Instituto de la Mujer, 2002;

Lousada Arochena José Fernando, *Los derechos de los progenitores en caso de parto prematuro u hospitalización del neonato subsiguiente al parto*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, n. 4/2002, p. 1685 ss.;

Macinnes John, *Diez mitos sobre la conciliación de la vida laboral y familiar*, Cuadernos de relaciones laborales, n. 1/2005, p. 35 ss.;

Madonia Gino, *La tutela della maternità nel parto prematuro: la Corte Costituzionale chiama, il legislatore non risponde*, Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, n. 2/2006, p. 369 ss. (nota a ord. T. di Palermo 13 luglio 2005);

Magnani Mariella, *La famiglia nel diritto del lavoro*, ADL Argomenti di diritto del lavoro, n. 4-5/2012, p. 844 ss.;

Magnatti Vania, *Dimissioni della lavoratrice madre e conoscenza dello stato di gravidanza*, Diritto delle relazioni industriali, n. 2/2007, p. 471 ss. (nota a T. di Modena 20 dicembre 2005);

Maio Valerio, *Le norme per il contrasto del fenomeno delle dimissioni e delle finte risoluzioni consensuali in «bianco»*, in M. Persiani - S. Liebman (a cura di), *Il nuovo diritto del mercato del lavoro. La legge n. 92/2012 (cd. riforma Fornero) dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 99 del 2013*, UTET, 2013, p. 617 ss.;

Mammone Giovanni, *Parità di trattamento e tutela del lavoro femminile tra ordinamento nazionale e normativa comunitaria*, Giustizia civile, n. 1/1996, p. 185 ss. (nota a Cass. 3 febbraio 1995, n. 1271);

Maresca Arturo, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, n. 2/2012, p. 415 ss.;

Mariani Luca - Arlati Massimiliano - Salazar Paola, *Congedi parentali e maternità*, Giuffrè, 2016;

Marino Vincenzo, *Indennità di preavviso e lavoratrice madre che abbia trovato nuova occupazione*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, n. 3/2001, p. 515 ss. (nota a Cass. 19 agosto 2000, n. 10994);

Matarazzo Alfonso Ermanno, *La disciplina dei riposi «per allattamento» in favore del padre*, Lo Stato Civile Italiano, n. 4/2010, p. 54 ss.;

Menegatti Emanuele, *Il lavoro notturno: normativa comunitaria e disciplina nazionale*, Diritto delle relazioni industriali, n. 3/2000, p. 375 ss.;

Merino Calle Irene, *La conciliación laboral, personal y familiar; análisis desde una doble vertiente: comunitaria y nacional*, Revista jurídica de Castilla y León, n. 36/2015, p. 1 ss.;

Messana Claudia, *Licenziamento della lavoratrice madre*, Rivista critica di diritto del lavoro, n. 2/2000, p. 449 ss. (nota a Cass. 20 gennaio 2000, n. 610);

Milanti Ilaria, *I riposi giornalieri in caso di adozione e affidamento*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, n. 2/2004, p. 250 ss. (nota a C. cost. 1° aprile 2003, n. 104);

Minale Costa Enrica, *Il Testo Unico sui congedi parentali*, Diritto delle relazioni industriali, n. 1/2002, p. 63 ss.;

Miscione Michele, *I congedi di maternità, paternità e parentali*, Il Lavoro nella giurisprudenza, n. 9/2006, p. 837 ss.;

Mocella Marco, *Sulla rilevanza dei comportamenti del lavoratore nel periodo di sospensione del rapporto di lavoro*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, n. 1/2001, p. 65 ss. (nota a Cass. 4 marzo 2000, n. 2466);

Moreno Mínguez Almudena, *El reducido empleo femenino en los estados del bienestar del sur de Europa. Un análisis comparado*, Revista internacional de sociología, n. 50/2008, p. 129 ss.;

Moreno Mínguez Almudena, *Incidencia de las políticas familiares en el empleo femenino en los estados de bienestar del sur de Europa en perspectiva comparada*, Papers, n. 86/2007, p. 73 ss.;

Myrdal Alva, *Nation and Family*, MIT Press, 1968;

Naldini Manuela, *Le politiche familiari in Europa: modelli in trasformazione*, in Osservatorio nazionale sulle famiglie e le politiche locali di sostegno alle responsabilità familiari, "Famiglie: mutamenti e politiche sociali", vol. I, 2002, p. 303 ss.;

Nunin Roberta, *Diritti e tutele per i genitori liberi professionisti e lavoratori autonomi*, in D. Gottardi (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, 2016, p. 109 ss.;

Nunin Roberta, *Il congedo parentale: nuovi limiti temporali dopo il d.lgs. n. 80/2015*, in D. Gottardi (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, 2016, p. 63 ss.;

Nunin Roberta, *Il licenziamento della lavoratrice madre*, Famiglia e diritto, n. 12/2010, p. 1165 ss.;

Nunin Roberta, *Legittimo il licenziamento della lavoratrice madre se la colpa è grave*, Il Lavoro nella giurisprudenza, n. 10/2003, p. 947 ss. (nota a Cass. 11 giugno 2003, n. 9405);

Pederzoli Chiara, *Licenziamento pretestuoso e motivo illecito. Un'incerta linea di confine*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, n. 2/2012, p. 367 ss. (nota a Cass. 3 agosto 2011, n. 16925);

Pedrajas Moreno Abdón - Sala Franco Tomás, *La protección de la maternidad, la paternidad y la adopción y acogimiento*, Tirant lo Blanch, 2008;

Pellacani Giuseppe, *La nuova legge sulle dimissioni volontarie: un inutile omaggio alla cultura del sospetto?*, Diritto delle relazioni industriali, n. 1/2008, p. 177 ss.;

Pera Giuseppe, *Le domestiche e il divieto di licenziamento per gravidanza*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, n. 3/1994, p. 439 ss. (nota a C. cost. 15 marzo 1994, n. 86);

Pera Giuseppe, *Le condizioni della donna lavoratrice*, Il Foro Italiano, n. 5/1967, p. 56 ss.;

Pescarolo Alessandra, *Lavoro, famiglia, welfare: la nuova Europa e la trasformazione italiana*, in R. Nunin - E. Vezzosi (a cura di), *Donne e famiglie nei sistemi di welfare. Esperienze nazionali e regionali a confronto*, Carocci, 2007, p. 70 ss.;

Pietrogiovanni Vincenzo, *La tutela del bambino disabile e gli interessi del datore di lavoro e dell'ente previdenziale: il bilanciamento della Cassazione tra diritto ad assistere e diritto all'assistenza*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, n. 3/2010, p. 710 ss. (nota a Cass. 25 febbraio 2010, n. 4623);

Pinto Gian Luca, *Babbo e mamma pari sono per i riposi settimanali*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, n. 4/1993, p. 642 ss. (nota a C. cost. 21 aprile 1993, n. 179);

Pronzato Chiara Daniela, *Donne in Europa tra lavoro e famiglia*, Economia e lavoro, 2006;

Quintanilla Navarro Beatriz, *Conciliación de la vida familiar y profesional: reformas en el ordenamiento laboral español*, Cuadernos de relaciones laborales, n. 1/2005, p. 26 ss.;

Rivas Vaño Alicia - Rodríguez-Piñero Royo Miguel, *El matrimonio homosexual y los derechos sociales de los cónyuges*, Orientaciones: revista de homosexualidades, n. 10/2005, p. 51 ss.;

Rodríguez Bravo De Laguna Juan José, *Dimensiones jurídico-laborales del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral*, Aranzadi, 2015;

Rodríguez Copé María Luisa, *La excedencia por cuidado de hijos, ¿medida para facilitar la conciliación familia-trabajo?*, Revista Doctrinal Aranzadi Social, n. 15/2009 (nota a STSJ del País Vasco 26 febbraio 2008, Rec. 3076/07);

Rodríguez Menéndez María del Carmen - Fernández García Carmen María, *Empleo y maternidad: el discurso femenino sobre las dificultades para conciliar familia y trabajo*, Cuadernos de Relaciones Laborales, n. 2/2010, p. 257 ss.;

Rodríguez Pastor Guillermo, *Tiempo de trabajo tras la reforma operada por la LOI*, in I. Albiol Montesinos - C. L. Alfonso Mellado - J. Blasco Lahoz - L. M. Camps Ruiz - M. A. García Rubio - G. Rodríguez Pastor (a cura di), *Los aspectos laborales de la ley de igualdad*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 101 ss.;

Romero Rodenas María José, *La excedencia por cuidado de hijos y familiares*, in E. Ruiz Perez (a cura di), *Mujer y Trabajo*, Bomarzo, 2003, p. 82 ss.;

Roqueta Buj Remedios, *Tiempo de trabajo y periodos de descanso*, in L. M. Camps Ruiz - J. M. Ramírez Martínez (a cura di), *Derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 348 ss.;

Rubio Sánchez Francisco, *Algunas consideraciones sobre el disfrute del permiso de lactancia*, Revista Doctrinal Aranzadi Social, n. 11/2001 (nota a SSTSJ del País Vasco 24 aprile 2001, Rec. 408/2001);

Sala Franco Tomás - Ballester Pastor María Amparo, *Reducción y Adaptación de la jornada por conciliación*, Tirant lo Blanch, 2010;

Sala Franco Tomás - Arnau Navarro Francisco, *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, 1996;

Salazar Paola, *Tutela della maternità e paternità*, Giuffrè, 2013;

Salido Olga - Moreno Luis, *Bienestar y políticas familiares en España*, Política y sociedad, n. 2/2007, p. 101 ss.;

Sánchez Castillo María Mercedes, *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, Bomarzo, 2009;

Sánchez Trigueros Carmen, *Derechos laborales de los padres con neonatos hospitalizados*, Aranzadi Social, n. 5/2001, p. 1111 ss.;

Sanna Paola - Vichi Luca - Bosco Alberto, *La riforma del lavoro. Maternità e paternità nel rapporto di lavoro*, I manuali del Sole 24 Ore, 2012;

Sassi Silvia, *La conciliazione della vita lavorativa e della vita familiare: una applicazione del principio di eguaglianza*, Diritto pubblico comparato ed europeo, n. 2/2010, p. 491 ss.;

Savino Francesca, *La conciliazione condivisa tra diritto comunitario e diritto interno*, in M.V. Ballestrero - G. De Simone (a cura di), *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, Giappichelli, 2009, p. 87 ss.;

Schiavone Rossella, *Congedo Parentale: preavviso e contemperamento con esigenze aziendali*, Guida al lavoro, n. 17/2016, p. 20 ss.;

Schiavone Rossella, *Maternità, paternità e voucher per baby sitting nella legge di stabilità*, Guida al lavoro, n. 2/2016, p. 40 ss.;

Schiavone Rossella, *La rinuncia ai riposi giornalieri della lavoratrice madre*, Guida al lavoro, n. 39/2015, p. 24 ss.;

Schiavone Rossella, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo, libere professioni e sicurezza*, IPSOA, 2012;

Schiavone Rossella, *Maternità e congedi parentali: lavoro dipendente, autonomo e libere professioni*, IPSOA, 2010;

Sciancalepore Giovanni, *Il diritto al ricongiungimento familiare tra normativa speciale e disciplina costituzionale*, Diritto di famiglia e delle persone, n. 4/1996, p. 1279 ss. (nota a C. cost. 19 gennaio 1995, n. 28);

Silvestri Elisabetta, *Codice delle pari opportunità e tutela antidiscriminatoria*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, n. 3/2007, p. 853 ss.;

SISTAN, *Le prestazioni dell'Inps a sostegno della famiglia*, www.sistan.it, 7 gennaio 2016;

Smith Mark - Villa Paola, *La nuova Europa 2020 sa di vecchio*, www.ingegnere.it, 2 luglio 2010;

Tebano Laura, *La consulta inietta una nuova dose di flessibilità nel congedo di maternità*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, n. 3/2011, p. 760 ss. (nota a C. cost. 7 aprile 2011, n. 116);

Tinti Anna Rita, *Dimissioni in bianco, torna la legge. Ma altre tutele si perdono*, www.ingegnere.it, 29 aprile 2014;

Trioni Guido, *I nuovi vincoli in materia di dimissioni*, Rivista Italiana di Diritto del lavoro, n. 2/2008, p. 227 ss.;

Tscholl Josef, *Riposi giornalieri, il quadro di riferimento non cambia*, Edicola Lavoro, 2015, p. 78 ss.;

Valiente Celia, *The changing roles of men in family in Spain*, in M. Threlfall - C. Cousins - C. Valiente (a cura di), *Gendering Spanish Democracy*, Routledge, 2005, p. 187 ss.;

Vallauri Maria Luisa, *La lunga marcia dei genitori adottivi e affidatari verso la parità*, in D. Gottardi (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, 2016, p. 85 ss.;

Vallauri Maria Luisa, *Il telelavoro come strumento di conciliazione*, in D. Gottardi (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, 2016, p. 123 ss.;

Vallauri Maria Luisa, *Congedi per malattia del figlio*, in R. Del Punta - D. Gottardi (a cura di), *I nuovi congedi: commento alla legge 8 marzo 2000 n. 53 aggiornato con il TU per la tutela della maternità e paternità*, Il Sole 24 Ore, 2001, p. 85 ss.;

Vallebona Antonio, *La riforma del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2012;

Valsiglio Cristian, *Conciliazione tempi di vita e lavoro: i riflessi sulla nuova tutela della maternità*, Guida al lavoro, n. 27/2015, p. 70 ss.;

Venturelli Luigina, *Se la maternità è una colpa*, l'Unità, www.unita.it, 11 dicembre 2011;

Viale Valeria - Zucaro Rosita, *I congedi a tutela della genitorialità nell'Unione europea. Un quadro comparato per rileggere il Jobs Act*, Bollettino Adapt, n. 175/2015, p. 1 ss.;

Viale Valeria - Zucaro Rosita, *Essere genitori. I congedi in Italia e in Europa*, www.ingenere.it, 1 giugno 2015;

Viale Valeria, *I congedi di paternità. Un confronto in Europa*, www.isfol.it, 2012;

Villa Paolo, *Lavoro a tempo parziale e modelli di partecipazione femminile al mercato del lavoro nei paesi europei*, Lavoro e diritto, n. 2/2005, p. 201 ss.;

Wall Karin, *I modelli di politiche relative ai congedi e l'articolazione lavoro/famiglia in Europa: una prospettiva comparativa*, Sociologia e politiche sociali, n. 1/2008, p. 59 ss.;

Zabarino Antonella Moira - Fortunato Michele, *La conciliazione lavoro-famiglia in Italia e in Europa*, www.provincia.torino.gov.it, giugno 2008;

Zucaro Rosita, *Il nuovo congedo per le donne vittime di violenza di genere*, Edicola Lavoro, 2015, p. 114 ss.

*

GIURISPRUDENZA CONSULTATA:

i) Giurisprudenza italiana

Cass. 8 agosto 1946, n. 1118;

Cass. 19 maggio 1984, n. 3087, *Giustizia civile*, 1984, I, p. 3048 ss.;

Cass. 6 marzo 1986, n. 1495, *Giustizia civile*, 1986, I, p. 2177 ss.;

Cass. 20 dicembre 1986, n. 7800, *Foro Italiano*, 1987, I, p. 1083 ss.;

Cass. 2 aprile 1987, n. 3187, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1987, III, p. 169 ss.;

Cass. 20 ottobre 1987, n. 7747, *Diritto e giurisprudenza agraria*, 1989, p. 297 ss.;

Cass. 6 febbraio 1988, n. 1293, *Foro Italiano*, 1988, I, p. 784 ss.;

Cass. 2 marzo 1989, n. 1168, *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 1989, p. 339 ss.;

Cass., S.U. 21 agosto 1990, n. 8535, *Foro Italiano*, 1990, I, p. 2481 ss.;

Cass. 22 ottobre 1991, n. 11164, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1992, II, p. 415 ss.;

Cass. 7 febbraio 1992, n. 1334, *Foro Italiano*, 1993, I, p. 1209 ss.;

Cass. 9 settembre 1995, n. 9549, *Massimario di Giustizia civile*, 1995, p. 1633 ss.;

Cass. 7 febbraio 1998, n. 1312, *Massimario di Giustizia civile*, 1998, p. 279 ss.;

Cass. 22 giugno 1998, n. 6199, *Foro Italiano*, 1998, I, p. 2375 ss.;

Cass. 26 maggio 2004, n. 10179, Orientamenti della giurisprudenza del lavoro, 2004, I, p. 367 ss.;

Cass. 21 dicembre 2004, n. 23684, Orientamenti della giurisprudenza del lavoro, 2005, I, p. 156 ss.;

Cass. 1° febbraio 2006, n. 2244, Notiziario della giurisprudenza del lavoro, 2006, IV, p. 461 ss.;

Cass. 16 giugno 2008, n. 16207, Foro Italiano, 2008, 9, I, p. 2451 ss.;

Cass. 25 marzo 2011, n. 7021, Massimario di Giustizia civile, 2011, 3, p. 474 ss.;

Cass. 11 luglio 2012, n. 11676, Giustizia civile, 2013, I, p. 1466 ss.;

Cass. 3 luglio 2015, n. 13692, Foro Italiano, 2015, I, p. 2708 ss.;

C. Stato 9 settembre 2008, n. 4293, Foro amministrativo Consiglio di Stato, 2008, 9, p. 2437 ss.;

C. cost. 27 giugno 1968, n. 75, Foro Italiano, 1968, I, p. 2054 ss.;

C. cost. 13 febbraio 1974, n. 27;

C. cost. 15 gennaio 1976, n. 9;

C. cost. 22 dicembre 1980, n. 189, Massimario di giurisprudenza del lavoro, 1981, p. 537 ss.;

C. cost. 19 gennaio 1987, n. 1, Diritto e famiglia, 1987, p. 507 ss.;

C. cost. 10 marzo 1988, n. 276;

C. cost. 11 marzo 1988 n. 332;

C. cost. 19 ottobre 1988, n. 972;

C. cost. 8 febbraio 1991, n. 61, Foro Italiano, 1991, I, p. 697 ss.;

C. cost. 15 luglio 1991, n. 341;

C. cost. 21 aprile 1994, n. 150, Giustizia civile, 1994, I, p. 1444 ss.;

C. cost. 30 giugno 1999, n. 270, Foro Italiano, 2000, I, p. 1445 ss.;

C. cost. 14 dicembre 2001, n. 405, Foro Italiano, 2003, I, p. 3242 ss.;

C. cost. 22 novembre 2012, n. 257, *Foro Italiano*, 2013, I, p. 33 ss.;

P. Milano 10 aprile 1981, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1981, II, p. 756 ss.;

T. di Ravenna 11 settembre 1985, *Giustizia civile*, 1986, I, p. 236 ss.;

P. Milano 20 gennaio 1987, *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 1987, p. 105 ss.;

T. di Milano 9 luglio 1988, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1989, II, p. 117 ss.;

P. Napoli 3 dicembre 1992, *Foro Italiano*, 1993, I, p. 1302 ss.;

P. Milano 30 aprile 1996, *Il lavoro nella giurisprudenza*, 1996, p. 766 ss.;

T. di Lucca 20 settembre 2007, n. 455;

T. di Milano 11 febbraio 2013, *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2013, p. 210 ss.;

T. di Monza 7 agosto 2014, n. 350.

ii) **Giurisprudenza comunitaria e spagnola**

C. giust. 12 luglio 1984, C – 184/83, *Hofmann, Racc.*, 1984, p. 3047 ss.;

C. giust. 8 novembre 1990, C – 177/88, *Dekker*, *Consiglio di Stato*, 1992, II, p. 751 ss.;

C. giust. 8 novembre 1990, C – 179/88, *Hertz*, *Notiziario della giurisprudenza del lavoro*, 1991, p. 188 ss.;

C. giust. 25 luglio 1991, C – 345/89, *Stoeckel*, *Foro Italiano*, 1993, IV, p. 310 ss., nt. Arbia;

C. giust. 27 ottobre 1998, C – 411/96, *Boyle*, *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 1998, III, p. 101 ss., nt. Pappalardo;

C. giust. 16 settembre 1999, C – 218/98, *Abdoulaye*, *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1999, p. 1329 ss., nt. Corazza;

C. giust. 29 novembre 2001, C – 366/99, *Griesmar*, *Foro Italiano*, 2002, IV, p. 389 ss.;

C. giust. 19 marzo 2002, C – 476/99, *Lommers*, Il lavoro nella giurisprudenza, 2002, p. 833 ss., nt. Nunin;

C. giust. 4 aprile 2008, C – 55/07 e C – 56/07, *Michaeler*;

STSJ de Galicia de 2 de noviembre de 1999, Rec. 3785/1996;

STSJ de Andalucía-Málaga de 19 de mayo de 2000, Rec. 299/2000;

STSJ del País Vasco de 6 de marzo de 2001, Rec. 74/2001;

STSJ de Madrid de 3 de abril de 2002, Rec. 6305/2001;

STSJ de Asturias de 5 de diciembre de 2003, Rec. 3179/2002;

STSJ de Navarra de 15 de diciembre de 2003, Rec. 196/2003;

STS de 7 de abril de 2005, Rec. 1149/2004;

STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2007, Rec. 8852/07;

STSJ de Madrid de 10 de octubre de 2008, Rec. 4027/2008;

STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2008, Rec. 4435/08;

STSJ de Castilla La Mancha de 3 de diciembre de 2008, Rec. 32/08;

STSJ de Madrid de 15 de abril de 2009, Rec. 1290/09, Revista Doctrinal Aranzadi Social, 15/2009, paraf. 53/2009, nt. M. L. Rodríguez Copé;

STSJ de Castilla y León de 17 de junio de 2009, Rec. 390/09;

STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2009, Rec. 36/08;

STSJ de Galicia de 23 de julio de 2009, Rec. 1229/09;

STSJ de Asturias de 18 de diciembre de 2009, Rec. 2738/09;

STSJ de Madrid de 2 de marzo de 2010, Rec. 5855/09;

STSJ de Madrid de 17 de junio de 2010, Rec. 6255/09.

RINGRAZIAMENTI

Grazie alla mia mamma Stefania e al mio papà Claudio, a cui questo lavoro è dedicato, per avermi dato la possibilità di intraprendere e portare a termine questo percorso di studi, sostenendomi nel cercare di realizzare il mio sogno. Grazie a loro per avermi insegnato a guadagnare con l'impegno le soddisfazioni più grandi e per avermi incoraggiata e rincuorata nei momenti più complicati. Grazie a mia sorella Silvia per essere sempre presente nella mia vita e per essersi resa disponibile, in questi cinque anni, ad adattarsi durante i miei periodi intensi di studio. Spero che oggi, anche lei, possa essere orgogliosa di me così come io lo sono di lei.

Grazie ai miei nonni, Graziella e Roberto, per aver gioito con me per ogni esame superato e per essermi stati accanto in questi primi ventiquattro anni di vita. Questo grande traguardo è, infatti, anche merito loro.

Un grande grazie va, poi, al mio Francesco che in questi ultimi due anni e mezzo ha sopportato le mie ansie, le mie paure e i miei momenti di nervosismo, avendo la pazienza di starmi accanto, sostenendomi e incoraggiandomi.

Grazie a Marta, amica di una vita e a Simona che ha condiviso con me tutto ciò che questo percorso comporta dal primo all'ultimo giorno.

Grazie alla Prof.ssa Maria Teresa Carinci per avermi trasmesso un forte interesse per il diritto del lavoro durante le sue ore di lezione e per avermi dato la possibilità di scrivere la tesi nella sua materia.

Un ringraziamento speciale lo dedico, infine, al Dott. Matteo Avogaro per avermi seguita in questi mesi di stesura della tesi. Questo lavoro di ricerca è, infatti, frutto, anche, della sua grande disponibilità e dei suoi preziosi consigli.