

Irene di Spilimbergo\*

## I congedi parentali: pari opportunità in famiglia

### 1. *Introduzione*

Un background storico segnato dall'emancipazione femminile, il cambiamento dei costumi, la ricerca costante di un benessere maggiore hanno significato l'abbandono di quella concezione per cui il "posto della donna" è solo all'interno della famiglia come moglie e madre, e compito precipuo dell'uomo è provvedere al sostentamento dei suoi familiari, mentre si è affermata una filosofia "rivoluzionaria" secondo cui uomo e donna ricoprono una pari posizione nella società e condividono gli stessi doveri all'interno e nei confronti della famiglia, all'interno della più generale ottica di "valorizzazione della pari dignità sociale degli esseri umani"<sup>1</sup>.

Il legislatore e la giurisprudenza traducono, come sempre, questa "forma dell'esperienza" in diritto. L'art. 51 del D.lgs. 11 aprile 2006 n. 198 (Codice delle pari opportunità)<sup>2</sup> sancisce: "La tutela ed il sostegno della maternità e paternità è disciplinata dal decreto legislativo 26 marzo 2001 n. 151", contenente il "Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e di sostegno della maternità e della paternità"<sup>3</sup>: questa normativa si situa all'interno di un percorso già

\* Ricercatrice di Diritto del Lavoro nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Macerata.

<sup>1</sup> L'espressione è di M. Barbera, "Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro", Giuffrè, 1991.

<sup>2</sup> Pubblicato in G.U. n. 125 del 31 maggio 2006, suppl. ord. n. 133.

<sup>3</sup> Pubblicato in G.U. n. 96 del 26 aprile 2001, suppl. ord. n. 93. I destinatari della

fortemente tracciato in Italia, ed anzi di certo, meglio tracciato in Italia che nell'Unione Europea.

Il Testo Unico rappresenta la sintesi del cammino normativo di molti decenni, caratterizzati, di volta in volta, da disposizioni anche molto diverse tra loro, ma tutte ugualmente finalizzate alla tutela della sola maternità (fino a poco tempo fa), e della maternità e paternità oggi, in un'ottica di promozione di pari opportunità tra lavoratori e lavoratrici anche in campo familiare.

L'approvazione del Testo Unico rappresenta anche un importante passo in avanti da parte del legislatore e della società tutta verso una forma di protezione, ma anche di promozione, della prima e più antica delle comunità, la famiglia, globalmente intesa come punto di riferimento per ogni individuo che di essa è parte, e che al suo interno si preoccupa di suddividere il tempo da dedicare alla cura dei figli, e degli altri componenti, ed il tempo da dedicare all'attività lavorativa.

Pertanto, la distribuzione del tempo del lavoro e del tempo per la famiglia costituisce la preoccupazione primaria del legislatore e l'intento e proprio quello di equilibrare il più possibile la scansione di tali tempi.

Non si può trascurare, però, anche la portata innovativa del Testo Unico relativamente al lavoro femminile, al suo temperamento con quello maschile in un'ottica di redistribuzione dei ruoli e delle responsabilità all'interno della famiglia, e la maggiore attenzione rivolta ai figli, soprattutto minori, che hanno bisogno sia del padre che della madre, o più giustamente, specie in alcune circostanze, di entrambi contemporaneamente.

Prima dunque di illustrare la reale portata innovativa del Testo Unico n. 151 del 2001, ed al fine di coglierne i passaggi più salienti, è opportuno tracciare un breve profilo delle disposizioni legislative che hanno caratterizzato fino ad oggi il panorama italiano della questione.

normativa sono tutti i lavoratori, compresi gli apprendisti, i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, dei datori di lavoro privati ed i soci lavoratori di cooperative, come si evince dall'art. 2 comma 1. Il campo di applicazione della tutela della maternità era già stato esteso alle lavoratrici autonome con la legge n. 546 del 1987, alle libere professioniste con la legge n. 379 del 1990 ed alle lavoratrici parasubordinate con il Decreto Ministeriale del 27/5/1998.

## 2. I primi interventi di tutela della maternità e dell'infanzia

In Italia, fin dal periodo corporativo si possono registrare interventi a tutela della maternità e dell'infanzia. Alcune leggi risalenti al 1910, 1929 e 1934 prendevano in esame l'evento maternità, la tutela delle madri e dei bambini, in relazione, ovviamente, alla politica demografica che caratterizzava quel periodo; risale agli anni '30 anche la prima istituzione degli assegni familiari, la cui struttura essenziale è rimasta invariata per oltre cinquant'anni<sup>4</sup>.

Nel 1942, con l'emanazione del Codice Civile, la questione si ripropone alla luce dell'art. 2110, relativo alle cause legittime di sospensione dell'attività lavorativa. La maternità, nozione che comprende gli eventi della gravidanza e del puerperio, viene annoverata fra le suddette cause legittime di sospensione del rapporto lavorativo, ciò comportando la conservazione del posto di lavoro e la corresponsione della relativa indennità.

Di altra portata, anche perchè non facente riferimento soltanto alla tutela della lavoratrice madre, ma inserita nella promozione della parità di trattamento uomo-donna nel lavoro, risulta la norma costituzionale dell'art. 37.

In obbedienza al principio della centralità della persona umana, solennemente enunciato all'art. 2 della Carta Costituzionale ed al principio dell'uguaglianza di fronte alla legge del successivo art. 3, la statuizione dell'art. 37 comma 1, Il capoverso, è la proclamazione del tentativo di conciliare gli impegni familiari e lavorativi delle donne, senza che, a causa dei secondi, si debba rinunciare ai primi. Anzi, da tale norma si evince chiaramente come la funzione materna, l'unica essenziale per la donna nel contesto familiare, assuma un valore anche maggiore del valore del lavoro, pure solennemente enunciato da norme di pari grado, cioè costituzionali<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Va ricordata la legge Carcano del 19/6/1902 n. 242, parzialmente modificata dalla legge 7/7/1907 n. 416, poi confluite nel T.U. sul lavoro delle donne e dei fanciulli (legge 10/11/1907 n. 816): la tutela era riservata alle sole operaie.

<sup>5</sup> Si ricordano, tra i molti interventi della Corte Costituzionale, le sentenze n. 61 del 1991, in *Rep.foro.it.*, 1991, p. 1854 e n. 1 del 1988, in *Rep.Foro.it.*, 1988, p. 1622, dove, rispettivamente, la Corte afferma: "L'art. 37 della Costituzione, letto in connessione con l'art. 3, secondo comma, impone di accordare alla donna le misure speciali e più energiche di protezione necessarie a rimuovere le gravi discriminazioni che di fatto la colpiscono in relazione ai compiti connessi con la maternità e la cura dei figli e della

In buona sostanza, si dà pieno titolo al soggetto giuridico “famiglia”. Ed anche la tutela della maternità riceve così dalla Costituzione un forte impulso.

Sicuramente, è nel corso degli anni '70 che si hanno le più prolifiche e complete produzioni legislative sulla questione. Mi riferisco innanzitutto alla legge 30/12/1971 n. 1204, un robusto *corpus* normativo che prende in esame praticamente tutti gli aspetti relativi ad una tutela forte e completa della lavoratrice madre: il divieto di licenziamento (e la nullità dello stesso) dall'inizio della gravidanza e fino al compimento di un anno di età del bambino, i periodi di astensione obbligatoria dal lavoro (con la presunzione di assoluta incapacità lavorativa), dei due mesi pre-parto e dei tre post-parto, l'astensione facoltativa di sei mesi per consentire un più stretto contatto fra la neomamma ed il neonato, i riposi ed i permessi come naturale corollario alle suddette tutele.

Negli stessi anni si compie il passaggio ulteriore della legislazione anche sotto le spinte femministe dell'epoca, passaggio che si suole definire “dalla tutela alla parità”<sup>6</sup>.

Anche nel panorama comunitario viene accolta tale istanza: basti ricordare le direttive n. 75/117 sulla parità retributiva, n. 76/207 sul più esteso concetto della parità di trattamento fra uomini e donne e la n. 79/7 sulla parità fra i due sessi sotto l'aspetto previdenziale.

In Italia entra in vigore la notissima legge n. 903 del 1977, che traduce il dettato costituzionale dell'art. 3, relativo all'uguaglianza di fronte alla legge di tutti i cittadini, in divieto di discriminazione sessuale dei ruoli lavorativi.

famiglia, dal cui assolvimento, peraltro, trova vantaggio l'intera comunità” e “(l'art. 37) non si limita alla salute fisica della donna e del bambino, ma investe tutto il complesso rapporto che, nel detto periodo, si svolge tra madre e figlio; il quale rapporto deve essere protetto 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”.

<sup>6</sup> L'espressione dà il titolo alla celebre opera di M.V. Ballestrero, Bologna, Il Mulino, 1979, alla quale si rimanda anche per un'analisi approfondita della legge n. 903 del 1977. L'ottica di un trattamento differenziato cede il passo a quella di un trattamento paritario, in virtù di un fenomeno culturale, che si presentava per la prima volta in maniera eccezionale, di un sempre maggiore ingresso della donna nel mondo del lavoro. La normativa, tuttavia si limita a garantire la parità formale, intesa come sistema di garanzie individuali, per la cui violazione sono comminate sanzioni poco incisive. In proposito, Battistoni e Gilardi, *La parità tra consenso e conflitto*, Ediesse, Roma, 1992.

Tale legge ha “segnato il passo” per quasi vent’anni, richiamando spesso l’intervento della giurisprudenza della Corte Costituzionale, fino all’estensione in molte fattispecie delle garanzie previste per la madre lavoratrice al padre lavoratore. È nota a tutti la sentenza della Corte Costituzionale n. 1 del 1987, con la quale si attribuisce al padre il diritto all’astensione obbligatoria, alla relativa indennità ed ai riposi giornalieri, ove l’assistenza della madre sia divenuta impossibile per decesso o grave infermità.

La tappa successiva del cammino verso la parità si ha con la legge n. 125 del 1991, nota anche come la legge sulle “azioni positive”: in pratica, con tale normativa, si vuole dare un’attuazione non più solo formale, ma anche sostanziale (attraverso azioni concrete, per l’appunto positive) del principio costituzionale espresso nell’art. 3.

### *3. Gli anni '90: dalla tutela differenziata della lavoratrice madre alla tutela paritaria dei genitori lavoratori*

I provvedimenti adottati negli anni più recenti hanno promosso il ruolo sempre più centrale della famiglia, nel senso che, sulla base del lavoro svolto precedentemente al fine di realizzare la parità fra uomini e donne in campo lavorativo (di cui le suddette leggi del 1977 e del 1991 sono le espressioni più complete), si è giunti ad interventi legislativi mirati a realizzare la parità fra i due sessi all’interno del nucleo familiare, cioè nella paritaria assunzione di responsabilità nei confronti dei figli, naturali ed adottivi, ma anche di quei soggetti, come per esempio anziani o portatori di handicap, che all’interno della famiglia hanno maggiori e particolari necessità di tutela.

Ecco perchè, a partire dalla metà degli anni '90, sia in ambito comunitario sia nella normativa italiana, le disposizioni cambiano, tanto nella terminologia quanto nella sostanza.

Nel diritto comunitario deve essere menzionata la Direttiva del 3/06/1996 n. 34, risultante dall’accordo quadro stipulato dalle rappresentanze sindacali a livello europeo relativamente al congedo parentale, e questo è il primo documento nel quale si trova l’attributo “parentale”, dunque con chiaro riferimento alla tutela di entrambi i genitori lavoratori, destinatari delle responsabilità familiari e tenuti ad un’equa ripartizione del tempo da dedicare alla cura dei figli.

Già dal 1989 all'interno della carta comunitaria dei Diritti sociali fondamentali dei lavoratori, si poteva scorgere l'auspicio (visto che tale Carta altro non poteva che "auspicare" ed "invitare a") ad intervenire per un'equa ripartizione delle responsabilità familiari e lavorative.

Pertanto, con la Direttiva n. 96/34 si supera, a livello comunitario, la questione della tutela della maternità in senso stretto: la tutela non riguarda più solo la madre, ma ora anche il padre lavoratore e soprattutto i figli, la cui salute psico-fisica assurge a diritto primario da garantire<sup>7</sup>.

Ma il congedo parentale rappresenta anche qualcos'altro: si compie infatti, a mio avviso, una tappa ulteriore e più realistica del cammino verso la parità sostanziale fra i due sessi: le istanze sollevate in seguito di presunte discriminazioni "a rovescio", createsi in seguito a normative "troppo promozionali" per il lavoro femminile a scapito dell'altro sesso trovano nel riconoscimento del congedo parentale una forte azione positiva, che riequilibra la strada della parità: le donne più presenti nel campo lavorativo, tradizionalmente dominato dalla componente maschile; gli uomini più presenti e più tutelati nell'ambito familiare, dove fino ad oggi erano le donne ad avere un posto quasi esclusivo.

La scoperta di un ruolo familiare più incisivo, ma anche più tutelato non potrà aver altro che ripercussioni positive per i padri lavoratori; nel contempo, le madri lavoratrici, oltre che vedersi confermate le tutele di sempre, adempiranno sicuramente meglio ad entrambi i ruoli, quello di madri e quello di lavoratrici appunto, se saranno affiancate dal coniuge: indiscutibile, infine, sarà il vantaggio per i figli.

I principi ispiratori della Direttiva n. 96/34 vengono recepiti, in Italia, con la legge 8/3/2000 n. 53, che si colloca perfettamente nell'ottica appena riferita. Essa si intitola: "Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura ed alla formazione e per il coordinamento dei tempi della città"<sup>8</sup>.

Siamo di fronte, come si evince dal titolo, ad una legge poliedrica, le cui diverse facce coinvolgono sia la tematica dei congedi parentali, sia i congedi formativi.

<sup>7</sup> A questo proposito, D. Gottardi, *I congedi parentali in Europa*, in *Lav.inf.*, 1996, I, p. 15; R. Nunin, *La Direttiva 96/34 CE sui congedi parentali ed il suo recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Dir.lav.*, 2000, p. 207.

<sup>8</sup> In G.U. n. 60 del 13/3/2000.

Sul tutto spicca l'elemento temporale, tratto fondamentale e, potremmo dire, *ratio* della legge stessa: come accennato all'inizio, infatti, il legislatore si preoccupa fundamentalmente di garantire una migliore gestione del tempo di ogni cittadino in sintonia con i tempi delle diverse città.

Ciò premesso, occorre innanzitutto comprendere meglio il concetto di congedo parentale, nonché la sua regolamentazione disposta dalla legge n. 53 del 2000. Una grossa parte, infatti, del Testo Unico del 2001 è costituita proprio dalla trasposizione delle normative della suddetta legge.

La prima e più evidente novità è rappresentata dalla terminologia usata: l'espressione "congedo parentale" richiama il latino "*parentes*" cioè genitori, globalmente ed unitariamente intesi; si specifica poi all'interno della legge che si tratta di genitori lavoratori, con chiara recezione della Direttiva n. 96/34.

Il superamento delle tradizionali prospettive in materia di tutela della maternità è dunque ormai totale: le garanzie, ma anche le responsabilità riguardano entrambi i genitori, in vista dell'interesse primario del benessere del figlio. Ovviamente, restano fuori da questo "accomunamento" le tutele specifiche legate al periodo della gravidanza, del parto e del puerperio.

Molteplici appaiono le conseguenze dei congedi parentali sul rapporto di lavoro, con numerose e sostanziali modifiche alla legge n. 1204 del 1971.

Innanzitutto, viene concordato un preavviso di 15 giorni nei confronti del datore di lavoro, nel caso di fruizione dei congedi.

Viene inoltre riconfermato il divieto di licenziamento della lavoratrice dall'inizio della gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino, con conseguente nullità dello stesso, se intimato; la stessa tutela, in obbedienza alla pressochè totale equiparazione fra i genitori, viene garantita anche al padre (naturalmente il divieto opera a partire dal periodo di astensione post-partum, se il padre ne usufruisce).

Durante il rapporto di lavoro, inoltre (e questa è una novità rispetto alla legge del 1971), viene garantita ai genitori una temporanea intransferibilità, fino ad un anno di vita del bambino, nonché il diritto al rientro nella stessa unità produttiva e l'adibizione alle medesime mansioni svolte al momento della richiesta del congedo.

Appare interessante anche la previsione di flessibilità dell'attività lavorativa da parte del datore di lavoro, con l'utilizzo di strumenti qua-

li il part-time, il lavoro a domicilio ed il telelavoro, per meglio coordinare il lavoro e le esigenze familiari.

Tale provvedimento si inquadra nella tematica delle azioni positive, come chiaramente si evince dall'art. 9 della legge n. 53.

Anche gli istituti più propriamente legati al congedo, inteso come temporanea assenza dal lavoro, vengono sostanzialmente rivisti dalla legge del 2000. Per quanto riguarda, infatti, l'astensione obbligatoria, si dà anche al padre la possibilità di usufruirne, in caso di decesso o di grave malattia della madre o di abbandono del figlio.

La madre vede confermato il diritto a godere dell'astensione obbligatoria, ma con la possibilità, entro i complessivi cinque mesi, di una ripartizione più flessibile della stessa (un mese pre e quattro mesi post-parto). La flessibilità si presenta anche in caso di parto prematuro, per cui il periodo non goduto prima del parto può essere goduto dopo<sup>9</sup>.

È stato notevolmente modificato, invece, il diritto all'astensione facoltativa. Infatti, secondo l'art. 3 della legge n. 53, entrambi i genitori possono astenersi dal lavoro per un periodo continuativo o frazionato di sei mesi (sette per il padre) fino all'ottavo anno di età del bambino. Ma c'è di più: l'astensione può avvenire anche contemporaneamente da parte dei genitori per un periodo complessivo di dieci mesi, elevabili ad undici se il padre si astiene per almeno tre mesi: è chiaro in questa disposizione promozionale l'intento premiante per le astensioni paterne. L'innalzamento del limite massimo di otto anni di età del bambino recepisce al livello massimo la previsione della Direttiva n. 96/34.

Le assenze dal lavoro per malattia del bambino, già previste per entrambi i genitori, vengono pure estese fino al compimento degli otto anni di vita del bambino, ma sussiste ancora la necessaria alternatività fra madre e padre.

Occorre da ultimo ricordare che praticamente tutte le disposizioni contenute nella legge n. 53 sono estese ai genitori adottivi ed affidatari, seppure con ampliamento dei periodi di riferimento dell'età del figlio.

<sup>9</sup> In seguito a Corte Costituzionale n. 270 del 1999, in *Rep.For.it.* 1999, p. 1427.

#### 4. *Il Testo Unico del 2001*

Il 26 marzo 2001 “vede la luce” il decreto legislativo n. 151 intitolato “Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell’art. 15 della legge 8/3/2000 n. 53”.

Il Testo Unico è molto corposo, infatti si compone di ben 88 articoli. D’altra parte, come si conviene a qualsiasi Testo Unico, il D.lgs. n. 151 è il risultato di un grosso lavoro di coordinamento di tutte le disposizioni vigenti in materia, e quanto detto fin qui è la sintesi di tutta la produzione legislativa sul tema<sup>10</sup>.

Immediato è l’aggancio all’ultima delle leggi emanate: l’art. 15 della legge n. 53 del 2000, norma che contiene proprio la delega al Governo per l’emanazione di un Testo Unico di coordinamento, ma anche di semplificazione delle disposizioni vigenti in materia di genitori lavoratori.

Nel capo I, fra le disposizioni generali, si coglie immediatamente la centralità della famiglia: la maternità, la paternità, i figli naturali, adottivi ed in affidamento. L’obiettivo è quello di conciliare i tempi di lavoro ed i tempi della vita familiare, nonchè di sostenere economicamente la famiglia stessa.

All’art. 2 vengono fornite le definizioni “tecniche”: il congedo di maternità, corrispondente praticamente alla vecchia astensione obbligatoria; il congedo di paternità, consistente nel diritto all’astensione obbligatoria del padre in alternativa alla madre; il congedo parentale, cioè l’astensione facoltativa del padre e/o della madre; ed infine i congedi spettanti ad entrambi i genitori per malattia del figlio.

Il successivo art. 3, sempre all’interno del capo contenente le disposizioni generali, ribadisce il generale ed ormai acquisito divieto di discriminazione fra lavoratori e lavoratrici, operando un evidente richiamo ancora una volta alla legge n. 903 del 1977, la normativa antidiscriminatoria per eccellenza.

<sup>10</sup> Sono state abrogate, tra l’altro: la legge n. 1204 del 1971; l’art. 3 comma 2; l’art. 5 commi 1 e 2 lett. a) e b); gli artt. 6, 6-*bis* e 6-*ter* e 8 della legge n. 903 del 1977; la legge n. 546 del 1987; la legge n. 379 del 1990; il D.lgs. n. 645 del 1996; l’art. 55 della legge n. 448 del 1998; l’art. 49 commi 1, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 della legge n. 488 del 1999; l’art. 3 comma 5; l’art. 4 comma 4-*bis* e gli artt. 14, 17 e 18 della legge n. 53 del 2000; gli artt. 1, 11 e 22 del D.P.R. n. 1026 del 1976.

L'art. 5 prevede un'ultima disposizione generale, relativa alla possibilità di anticipazione del trattamento di fine rapporto, in caso di fruizione dei congedi parentali. Si tratta di un'ipotesi ulteriore da aggiungersi a quelle previste dall'art. 2120 del codice civile.

Il Capo II del Testo Unico si occupa della tutela della salute della lavoratrice gestante e puerpera, in attuazione della Direttiva n. 92/85, così come recepita dal D.lgs. n. 645 del 1996. La Direttiva, come si ricorderà, aveva suscitato da parte italiana numerose critiche, o quantomeno forti perplessità. Infatti, le disposizioni in essa contenute prevedevano delle soglie di tutela assai inferiori a quelle già esistenti nella legge italiana del 1971 n. 1204: pertanto il suo recepimento avrebbe condotto ad un arretramento delle garanzie da tempo attuate in Italia.

Tuttavia, in obbedienza alla normativa comunitaria, nel 1996 venne emanato il D.lgs. n. 645, nel quale si recepiscono soltanto quelle parti della Direttiva del 1992 che la legge n. 1204 del 1971 non aveva preso in considerazione e cioè la predisposizione, a carico del datore di lavoro, di tabelle di valutazione dei rischi per le lavoratrici gestanti e puerpere e la predisposizione di misure per la sicurezza e salute delle stesse.

Pertanto, il Testo Unico ribadisce l'interdizione dal lavoro pericoloso, faticoso o insalubre per tutto il periodo di gravidanza e fino a sette mesi dopo il parto; la possibilità di adibizione della donna a mansioni diverse, anche inferiori, con eccezione al divieto di *reformatio in peius*.

Dal capo III al VII si entra nella parte del Testo Unico dedicata alla disciplina dei congedi.

Innanzitutto, viene definito il congedo di maternità: esso corrisponde all'astensione obbligatoria, quindi a cinque mesi di interdizione dal lavoro usufruibili in modo flessibile, secondo le formule del due-più-tre o dell'uno-più-quattro. Si ribadisce il diritto al prolungamento del congedo post-parto per i giorni non goduti in caso di parto prematuro. Si conferma inoltre il diritto ad un'indennità pari all'80% della retribuzione. Importanti appaiono i contributi della giurisprudenza a proposito dell'indennità suddetta.

La Corte Costituzionale afferma che l'indennità di maternità corrisponde alla tutela di una condizione personale prevista dalla Costituzione, in quanto diretta a precludere una sostanziale menomazione economica della lavoratrice a motivo del suo stato, e pertanto non

limitabile in alcun modo dal giudice, nemmeno facendo ricorso al suo potere discrezionale<sup>11</sup>.

La stessa Corte<sup>12</sup> ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 24 comma 1 del T.U. nella parte in cui esclude la spettanza dell'indennità di maternità per le lavoratrici licenziate per giusta causa nel periodo di interdizione anticipata dal lavoro. Inoltre, il mancato pagamento dell'indennità di maternità viene equiparato ad una ipotesi di danno esistenziale, per il grave peggioramento della qualità di vita a cui è sottoposta la lavoratrice madre a causa della sia pur temporanea incapacità lavorativa<sup>13</sup>.

Anche la Corte di Giustizia è intervenuta sull'indennità di maternità, stabilendo, con due sentenze entrambe pronunciate nel marzo 2004, che, innanzitutto, la lavoratrice deve poter godere delle sue ferie annuali in un periodo diverso da quello del congedo di maternità, anche in caso di coincidenza tra il periodo di congedo di maternità e quello stabilito a titolo generale da un accordo collettivo per le ferie della totalità del personale; inoltre, che ogni aumento di stipendio intercorso tra l'inizio del periodo retribuito con lo stipendio di riferimento per il pagamento dell'indennità e la corresponsione del congedo medesimo venga incluso tra gli elementi dello stipendio compresi ai fini del calcolo dell'importo dell'indennità.

Successivamente, si disciplina il congedo di paternità. Esso ha la stessa durata di quello di maternità, ma può essere goduto in alternativa alla madre, quando questa sia morta, gravemente malata o abbia abbandonato il figlio, o in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre.

Ovviamente i periodi di tale congedo sono soltanto quelli post-parto. L'indennità relativa è anche in questo caso pari all'80% della retribuzione.

Segue la disciplina del congedo parentale. Esso corrisponde all'astensione facoltativa della precedente normativa, seppure con qualche significativa novità. Infatti, spetta al genitore richiedente anche quando l'altro non ne abbia diritto e fino al compimento degli otto anni di età del bambino.

<sup>11</sup> Corte Cost. 16 luglio 1999, n. 310, in *Rep.Foro.it.* 1999, p. 1430.

<sup>12</sup> Corte Cost. 14 dicembre 2001, n. 405, in *Rep.Foro.it.* 2002, p. 1596.

<sup>13</sup> Trib. Lecce, 18 aprile 2006, in *Rep.Foro.it.* 2006, p. 355.

La fruibilità è così distribuita:

1. alla madre, dopo il congedo di maternità, per sei mesi continuativi o frazionati;
2. al padre, dalla nascita del figlio, per sei mesi (più uno eventuale);
3. quando vi sia un solo genitore, per dieci mesi continuativi o frazionati.

Permane la disposizione premiante della legge n. 53 del 2000, per cui, qualora il padre si avvalga del congedo per un periodo non inferiore a tre mesi, il massimo totale dei congedi parentali per entrambi i genitori sale da dieci ad undici mesi.

L'indennità relativa a tali periodi è commisurata nel 30% della retribuzione.

Alla madre o, in alternativa, al padre spettano due riposi giornalieri di durata da concordarsi con il datore di lavoro in base all'orario di lavoro normalmente svolto, durante il primo anno di vita del bambino (si tratta dei cosiddetti riposi per allattamento). La Corte Costituzionale, con sentenza n. 104 del 2003, dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 45 comma 1 del Testo Unico nella parte in cui prevede che i riposi si applichino (anche in caso di adozione ed affidamento) entro il primo anno di vita del bambino anziché entro il primo anno dall'ingresso del minore nella famiglia.

Ulteriori periodi di congedo spettano alla madre o, in alternativa al padre durante la malattia del figlio fino a tre anni. Oppure, sono possibili cinque congedi giornalieri in un anno per ogni figlio di età compresa fra i tre e gli otto anni. Tali congedi spettano al richiedente anche quando l'altro genitore non ne ha diritto.

Il Testo Unico interviene anche su altri aspetti del rapporto di lavoro, riordinando o ribadendo quanto già era contenuto nelle leggi precedenti.

Si riordina, per esempio, una volta per tutte la questione del lavoro notturno, con la prescrizione del divieto per la madre dall'inizio della gravidanza fino ad un anno di età del bambino di prestare lavoro dalle ore 24 alle ore 6. Non c'è inoltre l'obbligo di lavoro notturno per la lavoratrice madre o in alternativa per il padre di figlio naturale fino a tre anni, adottivo fino a 12 anni e figlio portatore di handicap.

Si ribadisce, invece, la nullità del licenziamento intimato fino al compimento del primo anno di età del bambino: l'eventuale intimazione è *tamquam non esset*.

A tale proposito, la Cassazione<sup>14</sup> precisa che il divieto di licenziamento è correlato allo stato oggettivo della gravidanza o del puerperio ed opera anche in caso in cui il datore di lavoro sia inconsapevole, non essendo la lavoratrice obbligata a comunicare lo stato di gravidanza se non nel momento che precede l'astensione obbligatoria, in base a Cass. Sez. Lav. n. 1526 del 13 febbraio 1998; pertanto la condotta della lavoratrice gestante o puerpera che, al momento dell'assunzione al lavoro non porta a conoscenza del suo stato il datore di lavoro, non può in alcun caso concretizzare una giusta causa di risoluzione del rapporto lavorativo<sup>15</sup>.

In caso di dimissioni volontarie durante il periodo di divieto di licenziamento, spettano in ogni caso le indennità previste per il licenziamento; inoltre, la richiesta di dimissioni deve essere convalidata dal servizio ispettivo del Ministero del Lavoro.

In ottemperanza a quanto espresso in apertura, nelle disposizioni generali del Testo Unico, il Capo XIII prevede una sorta di sostegno economico alla maternità ed alla paternità, con la concessione di un assegno di maternità di base, ma soltanto a chi non raggiunge certi limiti di reddito. Si tratta comunque di un sostegno economico "simbolico" dotato di scarsa effettività, quasi sicuramente non condizionante nella scelta di avvalersi o meno dei congedi.

## 5. Conclusioni

Da quanto è stato detto possono trarsi ora delle sintetiche conclusioni.

Innanzitutto, emerge dall'*excursus* tracciato una fisionomia familiare in forte trasformazione. La famiglia, nelle più recenti normative, riveste un ruolo centrale all'interno della società e soprattutto in relazione all'attività lavorativa. Entrambi i coniugi, oggi in quasi tutte le famiglie, prestano attività lavorativa al di fuori delle occupazioni strettamente domestiche: parallelamente e giustamente, si dà ad entrambi la possibilità, anzi il diritto di svolgere gli impegni familiari con opportune tutele ed in equilibrio e coordinamento con i tempi del lavoro ed i tempi della città in cui si vive e si opera.

<sup>14</sup> Cass. 20 maggio 2000, n. 6595, in *Rep.Foro.it.* 2000, p. 1592.

<sup>15</sup> Cass. 1 febbraio 2006, n. 2244, in *Rep.Foro.it.* 2006, p. 1214.

Intervenendo sulla migliore distribuzione dei tempi, si dà così modo alla famiglia di recuperare la sua funzione, quella di primaria e fondamentale società naturale, così come previsto dalla Costituzione, nella quale ogni componente possa svolgere al meglio il proprio ruolo: la madre, il padre, i figli.

D'altra parte, a ben guardare, nella Direttiva n. 2002/73 si chiarisce che qualsiasi trattamento meno favorevole per le madri è discriminazione; ed anche la più recente Direttiva n. 2006/54<sup>16</sup>, che si propone di tutelare il principio di pari opportunità e di parità di trattamento in materia di occupazione e di impiego) tende, fra l'altro, proprio ad un aumento ed incentivazione della sensibilità sul tema delle discriminazioni.

Non si deve dimenticare, comunque, che la legislazione, seppure molto positiva, soprattutto alla luce del Testo Unico, non può essere altro che un sostegno importante, ma non esclusivo, ad una vera e propria cultura della genitorialità che nasca da ogni singolo individuo e da tutta la società.

<sup>16</sup> Pubblicata nella G.U.U.E. 25 luglio 2006, n. L204, ed entrata in vigore il 15 agosto 2006. In particolare, l'undicesimo considerando testualmente recita: "Gli Stati membri, in collaborazione con le parti sociali, dovrebbero affrontare il problema della persistente disparità retributiva tra uomini e donne, nonché della marcata separazione tra i sessi nel mercato del lavoro, attraverso un'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro che consenta alle donne e agli uomini di conciliare meglio la vita familiare con la vita lavorativa. Sono necessarie a tal fine disposizioni appropriate in materia di congedo parentale, a beneficio di entrambi i genitori, nonché la creazione di strutture accessibili ed economiche per la cura dei figli e l'assistenza delle persone a carico".