

Vita familiare e vita professionale
(art. 33, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)

Norma di riferimento: art. 33, Com. 12.12.2007 Vita familiare e vita professionale

33 [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 persona ha il diritto di essere tutelata 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.

Riferimenti normativi: artt. 2, 3, 36 e 37 Cost.; L. 20.5.1970, n. 300; L. 6.12.1971, n. 1044; L. 29.11.1977, n. 891; L. 29.12.1987, n. 546; art. 3, L. 11.5.1990, n. 108; L. 11.12.1990, n. 379; L. 8.11.2000, n. 328; D.M. 21.12.2000, n. 452; L. 8.3.2000, n. 53; D.Lgs. 26.3.2001, n. 151; art. 4, D.Lgs. 23.4.2003, n. 115; art. 35, D.Lgs. 11.4.2006, n. 198; artt. 16, 23, Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo 10.12.1948; art. 4, Conv. eur. dir. uomo, ratificata con L. 4.8.1955, n. 848; art. 23, Patto Internazionale sui diritti civili e politici 16.12.1966, ratificato con L. 25.10.1977, n. 881; art. 10, Patto Internazionale sui diritti economici e sociali 16.12.1966, ratificato con L. 25.10.1977, n. 881; Conv. L'Aja 25.10.1980 e Conv. Lussemburgo 20.5.1980, ratificate con L. 15.1.1994, n. 64; dir. 11.12.1986, n. 86/613/CEE, recepita con L. 29.12.1987, n. 546; dir. 19.10.1992, n. 92/85/CEE, recepita con D.Lgs. 25.11.1996, n. 645; Conv. L'Aja 29.5.1993, ratificata con L. 31.12.1998, n. 476; dir. 3.6.1996, n. 96/34/CE; dir. 15.12.1997, n. 97/81/CE, recepita con D.Lgs. 25.2.2000, n. 61; Conv. di Ginevra 16.6.2000, n. 183; Ris. Consiglio 29.6.2000; circ. Min. Lav. 7.7.2000, n. 43.

Bibliografia: BALLESTRERO, *Maternità*, in *Digesto comm.*, IX, Torino, 1993; Id., *Donne (lavoro delle)*, in *Digesto civ.*, V, Torino, 1990; Id., *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, 1979; BARBERA, *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991; BASENGHI, *Licenziamento, dimissioni, diritto al rientro e lavoro notturno*, in *Gdir*, 2001, 19; BELLOMO, *Maternità: dietrofront sulle professioniste*, in *DeG*, 2005, 28; BERNARDINI, *Adozione, sostegno e protezione familiare nella recente evoluzione legislativa*, in *RN*, 2001, 5; BERRUTI, VASSALINI, *La donna e il lavoro: diritti e tutele*, Padova, 2003; BORTONE, *Lavoratrici madri*, in *EG*, XVIII, 1990; CALAFÀ, *Sul licenziamento della lavoratrice in gravidanza e sull'annullabilità dell'atto transattivo*, in *RIDL*, 1997, 3; CAMPOS CERVERA, *Pari opportunità e azioni positive: legislazione, ruoli, applicazioni, casi, formazione*, Roma, 1999; CARDARELLO, *La tutela della donna nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2001; CARINCI, MISCIONE, *Il diritto del lavoro dal libro bianco al disegno di legge delega*, Milano, 2002; CAVALLO BORGIA, *Lavoro delle donne e dei fanciulli*, in *ED*, XXIII, Milano, 1973; CHERCHI, DEFFENU, *Le politiche comunitarie di lotta alla discriminazione*, in *RDEur*, 2004, 1; CIOLLI, *L'indennità di maternità a favore delle libere professioniste: nessun obbligo di astensione e irragionevole duplicazione del reddito*, in *GiC*, 1998; COLAPIETRO, *Dalla tutela della lavoratrice madre alla tutela della maternità e dell'infanzia: l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *GI*, 2000; D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto disuguale. Contributo alla situazione delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002; DALL'ARA, *La mancata corresponsione della gratifica natalizia alla lavoratrice in congedo parentale è discriminazione indiretta?*, in *RIDL*, 2000, 2; DANOVÌ, *Riconosciuta indennità per le libere professioniste*, in *CorG*, n. 2, 1991; DE CRISTOFARO, *Lavoro femminile e pari opportunità*, Bari, 1999; Id., *La legge italiana per la parità di opportunità delle lavoratrici: commento alla legge 10 aprile 1991 n. 125*, Napoli, 1993; De Simone, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e discriminazione nei rapporti di lavoro*, Torino, 2001; Id., *La giurisprudenza sulla parità tra lavoratori e lavoratrici*, in *RTDPC*, 1986; DEFLORIAN, *Parità tra uomo e donna*, in *Digesto comm.*, X, Torino, 2000; DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali familiari e formativi*, in *RIDL*, 2000; Id., *Le lavoratrici domestiche e il divieto di licenziamento in gravidanza: un incontro difficile*, in *DL*, 1995; Id., *sub artt. 2110-2111*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1992; Id., *La sospensione del rapporto di lavoro*, Milano, 1992; DOSI, *Cade un'altra iniquità nel trattamento della lavoratrice madre*, in *DeG*, 2004, 2; FOGLIA, *Il lavoro*, estratto da *Il diritto privato dell'Unione Europea*,

XXVI, 2, Torino, 1999; FOGLIA, SANTORO PASSARELLI, *Profili di diritto del lavoro comunitario*, Torino, 1996; FONTANA, *Lavoratrice madre e licenziamento nullo per illiceità del motivo*, in GM, 1999, 3; ID., *Le nuove disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità: commento*, in DF, 2000, 4; P. GABRIELLI, *Il lavoro delle donne*, a cura di Groppi, Bari-Roma, 1986; GAROFANO, *Lavoro della donna e azioni positive*, Bari, 2002; GHERA, *Manuale di diritto del lavoro*, Bari, 1993; GIUBBONI, *Danno biologico e assicurazione infortuni: attualità e prospettive*, nota a C. Cost., 29.3.1991, n. 132, in GC, 1991, I; GOTTARDI, *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in LD, 1999; GRECO, *Sulla natura discriminatoria del licenziamento della lavoratrice madre*, in RGL, 2002; GRIMALDI, *In tema di lavoro, maternità e valori costituzionali*, in GI, 2001, 10; GROPPI, *Il lavoro delle donne*, Roma-Bari, 1996; HOESCH, *Padre e madre: finalmente uguali*, in RCDP, 1998; ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Tratt. Cicu, Messineo*, XXVII, 2, Milano, 2000; ID., *Il lavoro subordinato: definizione ed inquadramento*, in *Comm. Schlesinger, sub artt. 2094-2095*, Milano, 1992; LAI, *Tutela della maternità nella legislazione europea*, in DPL, 1993; MALO, *Testo unico*, in *Digesto pubbl.*, XV, Torino, 1999; MAMMONE, *Termine di impugnazione e licenziamento di lavoratrice per causa di matrimonio o di maternità*, in GC, 1984, I; MARIANI, *Sulla distinzione tra norme internazionali self executing e programmatiche*, nota a C., 14.9.1993, n. 9459, in RIDL, 1994, II; MATTAROLO, *Sulla nullità del licenziamento della lavoratrice madre*, in RIDL, 1991, II; ID., *Il divieto di licenziamento delle lavoratrici madri e i limiti generali al potere di recesso del datore di lavoro*, in RDL, 1980; MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2002, 182 ss.; ID., *I licenziamenti*, Milano, 1999; MC BRITTON, *Lavoro domestico*, in *Digesto comm.*, VIII, Torino, 1992; MINALE COSTA, *Il Testo Unico sui congedi parentali*, in DLRI, 2002, 1; MISCIONE, *I congedi parentali*, Milano, 2001; MORMILE, *Lavoratrici madri*, in EG, XVIII, Roma, 1993; MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, in DL, 1954-55; NANNIPIERI, *La Cassazione affida all'equità la tutela della lavoratrice domestica in gravidanza*, in RIDL, 1999, 2; NICOLINI, *Manuale del diritto del lavoro*, Milano, 2000; NINATTI, *Azioni positive e discriminazioni per sesso nel diritto comunitario*, in *Quad. Cost.*, 2, 2000; NUNIN, *La direttiva n. 96/34 CE sui congedi parentali ed il suo recepimento nell'ordinamento italiano*, in DL, 2000, I; PAGANUZZI, *Legge 1204/71: dalla tutela della madre alla tutela della maternità*, in RCDL, 1999; PAPALEONI, *Riposi giornalieri, permessi e congedi per la malattia*, in Glav, 2001, n. 19; ID., *Licenziamento per giusta causa o motivo*, Padova, 1998; PEDRAZZOLI, *Codice dei lavori*, Milano, 2001; PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993; ID., *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1990; ID., *La cessazione del rapporto di lavoro*, in EGlav., Padova, 1980; PIZZOFERRATO, *Sul termine di decadenza per l'impugnazione del licenziamento della lavoratrice madre*, in RIDL, 1998, 2; PROSPERETTI, *Lavoro (fenomeno giuridico)*, in ED, XXIII, Milano 1973; RICCARDI, *I congedi parentali*, in MGL, 2000; ROMAGNOLI, *L'uguaglianza delle opportunità*, in RTDPC, 1989; ID., *Il principio di uguaglianza sostanziale*, in *Comm. Cost. Branca*, Roma-Bologna, 1975; G. SANTORO PASSARELLI, *L'«applicabilità» e l'«efficacia» diretta nell'ordinamento italiano delle norme comunitarie in materia di lavoro*, in ADL, 1995; SARACENO, *Politiche del lavoro e politiche della famiglia: un'alleanza lunga e problematica*, in LD, 2001; SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Roma-Bari, 2003; TATARELLI, *La donna nel rapporto di lavoro*, Padova, 1994; TOPO, *Unitarietà o complessità del regime sanzionatorio del licenziamento nullo: il licenziamento della lavoratrice madre*, in RIDL, 1993, II; TREU, *La tutela del lavoratore nel mercato del lavoro*, in DLRI, 2002; ID., *La legge sulle azioni positive: prime riflessioni*, in RIDL, 1991; ID., *sub art. 37*, in *Comm. Cost. Branca, sub artt. 35-40*, Bologna-Roma, 1979; VALLEBONA, *Alla ricerca della certezza perduta*, in GI, 2000; ID., *L'inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro*, in RTDPC, 1992.

Sommario: 1. La tutela della famiglia quale nucleo essenziale della società attraverso la tutela della maternità. 2. La tutela contro il licenziamento per motivi legati alla maternità. 3. Il diritto al congedo di maternità retribuito. 4. Il diritto al congedo parentale.

1. La tutela della famiglia quale nucleo essenziale della società attraverso la tutela della maternità

■ L'art. 33, Carta dei Diritti trova la sua colloca-

zione nel contesto della normativa internazionale ed europea, volta a tutelare la famiglia quale prototipo di formazione sociale in cui è destinata a svolgersi la personalità degli individui, attribuendole una rile-

vanza centrale nei singoli ordinamenti degli Stati membri, tenuti ad apprestare un'adeguata tutela dei diritti dei lavoratori aventi responsabilità familiari e delle lavoratrici madri, al fine di assicurare alla famiglia la necessaria protezione sotto il profilo economico e sociale.

I principi contenuti nella disposizione in commento costituiscono lo sviluppo ed il completamento delle enunciazioni di cui alla **Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo**, sottoscritta a Parigi nel 1948 (art. 16, 3° co.: «la famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato»; art. 23, 3° co.: «ogni individuo che lavora ha diritto ad una remunerazione equa e soddisfacente che assicuri a lui stesso e alla sua famiglia una esistenza conforme alla dignità umana ed integrata, se necessario, da altri mezzi di protezione sociale»; art. 25, 2° co.: «la maternità e l'infanzia hanno diritto a speciali cure ed assistenza. Tutti i bambini nati nel matrimonio o fuori di esso, devono godere della stessa protezione sociale») ed alle successive convenzioni internazionali.

La tutela della maternità e della paternità trova, pertanto, il suo fondamento non già nella esigenza di garantire diritti soggettivi dell'individuo (lavoratore), quanto nella primaria necessità di garantire la **solidità ed il benessere del nucleo familiare**, quale cellula della società.

Orbene, nella disposizione in commento, i diritti attribuiti ai lavoratori in relazione alla maternità allo scopo di conciliare la vita familiare e la vita professionale, costituiscono uno strumento per la realizzazione del fine primario, stabilito nel 1° co., ovvero quello di «**garantire la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale**».

Tale impostazione appare conforme a quella che ritroviamo nell'art. 10, **Patto Onu 16.12.1966** sui diritti sociali ed economici, il quale stabilisce che «la protezione e l'assistenza più ampia che sia possibile devono essere accordate alla famiglia, che è il nucleo naturale e fondamentale della società, in particolare per la sua costituzione e fin quando essa abbia la responsabilità del mantenimento e dell'educazione di figli a suo carico (...) Una protezione speciale deve essere accordata alle madri per un periodo di tempo ragionevole prima e dopo il parto. Le lavoratrici madri dovranno beneficiare, durante tale periodo, di un congedo retribuito o di un congedo accompagnato da adeguate prestazioni di sicurezza sociale».

Nell'ambito dell'ordinamento italiano, il principio in esame, che enuncia la tutela sociale ed economica della famiglia, trova le sue origini nelle norme emanate agli albori del secolo ventesimo, mediante la **L. 19.6.1902, n. 242** (c.d. legge Carcano), parzialmente modificata dalla **L. 7.7.1907, n. 416** poi confluite nel t.u. sul lavoro delle donne e dei fanciulli (**L. 10.11.1907, n. 816**).

La tutela, inizialmente riservata alle sole lavoratrici operaie, fu estesa anche alle impiegate, nel periodo fascista, quando fu introdotta, altresì, la disciplina sull'astensione obbligatoria con il diritto alla conservazione del posto e fu istituita l'Opera nazionale per la protezione e l'assistenza dell'infanzia dalla **L. 10.12.1925, n. 2277**, successivamente denominata **Opera Nazionale Maternità e Infanzia** (ONMI, R.D. n. 654/1934).

Con l'emanazione del codice civile del 1942, è stata ulteriormente ampliata la disciplina posta a tutela della maternità, e, successivamente, la Costituzione del 1948 ha consacrato alcuni principi fondamentali, quali la parità di diritti e di retribuzione tra uomo e donna nonché la tutela della maternità (art. 37 Cost.), finalizzata alla tutela della famiglia. Tali principi costituzionali, tuttavia, hanno ricevuto attuazione concreta nell'ordinamento italiano soltanto con la **L. 30.12.1971, n. 1204**, la quale ha costituito il primo fondamentale intervento in materia, seguita dalla **L. 29.12.1987, n. 546** e, successivamente, dalla **L. 11.12.1990, n. 379**, riguardo alla quale è stata sollevata, peraltro, l'eccezione di legittimità costituzionale (ritenuta infondata), nella parte in cui non prevede, per le libere professioniste, l'obbligo di astensione dal lavoro come condizione per accedere all'indennità di maternità nei due mesi precedenti al parto e nei tre successivi.

In tale contesto, un impulso determinante al riordino della materia, mediante l'emanazione del **Testo unico** in tema di tutela e sostegno della maternità e della paternità (**D.Lgs. 26.3.2001, n. 151**), è stato dato dalle molteplici **direttive comunitarie** emanate negli anni '80 e '90, volte ad attuare la piena protezione della maternità, unitamente alla parità di trattamento tra uomini e donne sul lavoro.

Ciononostante, anche a seguito delle **Convenzioni internazionali** (Patto Internazionale sui diritti civili e politici e Patto Internazionale sui diritti economici e sociali, Conv. di Ginevra del 16.6.2000, n. 183), intese alla protezione dell'istituzione familiare mediante l'attribuzione di diritti fondamentali relativi

alla maternità, l'Italia resta agli ultimi posti nella graduatoria dei Paesi occidentali, in materia di tutela della maternità, di lavoro femminile e di parità di diritti tra uomini e donne.

2. La tutela contro il licenziamento per motivi legati alla maternità

In attuazione delle direttive comunitarie nonché dei principi stabiliti dalle convenzioni internazionali, il legislatore italiano ha emanato il Testo unico delle disposizioni in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, con il D.Lgs. 26.3.2001, n. 151, il cui art. 54 disciplina il licenziamento della lavoratrice madre, stabilendo che «**le lavoratrici non possono essere licenziate dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione previsti dal capo III, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino**», con alcune eccezioni tassativamente previste al 3° co. del medesimo articolo: *a)* colpa grave della lavoratrice, *b)* cessazione dell'attività dell'azienda, *c)* ultimazione della prestazione o scadenza del termine del rapporto di lavoro, *d)* esito negativo della prova.

Al licenziamento intimato in violazione della norma predetta, il legislatore ricollega l'effetto della nullità, con il conseguente diritto al reinserimento nel posto di lavoro; del pari nullo è il licenziamento intimato a causa della richiesta del congedo parentale o per malattia del bambino, come prescritto dal successivo 6° co.

☛ Si rileva, al riguardo, come il legislatore del D.Lgs. n. 151/2001 si sia attenuto a quanto già statuito dalla Corte costituzionale, la quale è intervenuta, con la sentenza n. 61/1991 (C. Cost., 8.2.1991, n. 61), sul problema della nullità o dell'inefficacia del licenziamento, sancendo la radicale ed insanabile nullità del licenziamento medesimo, allo scopo di «evitare che nel periodo di interdizione intervengano, in relazione al rapporto di lavoro, comportamenti che possano turbare ingiustificatamente la condizione della donna ed alterare il suo equilibrio psico-fisico, con serie ripercussioni sulla gestazione o, successivamente, sullo sviluppo del bambino» (nella giurisprudenza europea, v. C. Giust. CE, 26.2.2008, n. 506, la quale, sulla base della dir. n. 76/207 ha considerato licenziamento illegittimo anche quello intervenuto durante il procedimento di fecondazione in vitro; v. anche C. Giust. CE, Sez. III, 11.10.2007, n. 460; nella giuri-

sprudenza italiana, v. C., Sez. lav., 3.3.2008, n. 5749, la quale definisce il licenziamento intervenuto durante la gravidanza come un «recesso *contra legem*», con il conseguente obbligo al risarcimento del danno; C., Sez. lav., 10.8.2007, n. 17606; C., Sez. lav., 16.2.2007, n. 3620).

Le norme in questione non si applicano, invece, alle lavoratrici domestiche, dal momento che l'attività svolta da tali collaboratrici è intesa a soddisfare esigenze di carattere personale e familiare del datore di lavoro e non è volta, invece, a fini produttivi, come chiarito dalla Corte costituzionale con la sentenza C. Cost., 15.3.1994, n. 86, sicché la «particolare intensità del contatto sociale tra il lavoratore, da un lato, ed il datore di lavoro e i suoi conviventi dall'altro» imporrebbe la libera *recedibilità ad nutum* (al riguardo, si veda anche C., Sez. lav., 22.6.1998, n. 6199, la quale ha ritenuto che «attesa l'applicabilità al rapporto di lavoro domestico della tutela della maternità prevista dall'art. 2110 c.c., anche per tale rapporto di lavoro, in occasione della maternità, deve ritenersi sussistente il divieto di licenziamento per un periodo che, non essendo applicabile né la L. n. 1204/1971 né le convenzioni internazionali in materia (non direttamente operanti atteso il rinvio, in esse contenuto, a interventi complementari del legislatore nazionale), dovrà essere individuato dal giudice che determinerà equitativamente le modalità temporali del divieto di licenziamento della lavoratrice domestica in maternità»).

Il divieto di licenziamento si applica, invece, al padre lavoratore, in caso di fruizione del congedo di paternità (art. 28, t.u. delle disposizioni in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità), nonché nei casi di adozione e affidamento («Il divieto di licenziamento si applica fino a un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare, in caso di fruizione del congedo di maternità e di paternità»).

Al fine di evitare l'elusione del divieto mediante la presentazione di dimissioni da parte della madre lavoratrice (o, se del caso, del padre lavoratore), il legislatore italiano ha imposto che l'eventuale richiesta di dimissioni sia convalidata dal servizio ispettivo del Ministero del Lavoro, competente per territorio, ricollegando l'effetto della risoluzione del rapporto lavorativo alla convalida medesima. Sulla questione relativa alla validità o meno dell'accordo transattivo avente ad oggetto il licenziamen-

to della lavoratrice madre nel periodo incriminato, ha avuto modo di pronunciarsi la Suprema Corte, statuendo l'invalidità dell'accordo medesimo, tuttavia, non nella forma della nullità bensì in quella meno grave della annullabilità (v. C., Sez. lav., 14.12.1996, n. 11181).

La medesima *ratio* ispiratrice delle norme contro il licenziamento a causa della maternità si ritrova nelle norme emanate a tutela della lavoratrice, in caso di matrimonio, il quale non può costituire legittimo motivo di licenziamento, secondo l'art. 35, D.Lgs. 11.4.2006, n. 198, **codice delle pari opportunità tra uomo e donna** (v. C., Sez. lav., 10.1.2005, n. 270).

■ Tale norma, infatti, oltre a costituire uno strumento di tutela della donna lavoratrice, al fine di attuare il principio della parità di trattamento tra uomo e donna, rappresenta un mezzo per consentire alle lavoratrici di poter conciliare la vita familiare e la vita professionale, come previsto dalla disposizione che si commenta.

Il principio sancito dall'art. 33, Carta dei Diritti, infatti, riguarda specificamente l'esigenza delle lavoratrici di conciliare la vita familiare con la vita professionale, allo scopo di tutelare sul piano sociale ed economico l'istituzione «famiglia», mentre la disciplina relativa alla promozione del diritto delle donne al lavoro è intesa precipuamente alla realizzazione delle pari opportunità tra uomo e donna, pur negli aspetti comuni all'una ed all'altra disciplina.

3. Il diritto al congedo di maternità retribuito

Anche la disciplina del congedo di maternità trova la sua collocazione nel Testo unico in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità (artt. 16 ss., D.Lgs. 26.3.2001, n. 151), emanato anche in attuazione dei principi stabiliti a livello comunitario.

Secondo le suddette disposizioni, la lavoratrice in gravidanza ha il **diritto-dovere di assentarsi dal lavoro** a partire dai due mesi precedenti la data presunta del parto ed i tre mesi successivi la data effettiva del parto (**astensione obbligatoria**), fatta salva la possibilità di usufruire del suddetto periodo in maniera flessibile, ovvero da un mese precedente la data presunta del parto ai quattro mesi successivi la data presunta del parto (L. n. 53/2000), purché il medico specialista del Ssn attesti che non vi sia pericolo di un pregiudizio per la salute della gestante o del bambino. Il diritto a fruire dell'intero pe-

riodo di astensione obbligatoria (5 mesi) permane anche nel caso di parto prematuro.

Inoltre, con la L. n. 53/2000 (art. 13), poi confluita nel t.u. n. 151/2001, è stato riconosciuto il **congedo di paternità retribuito**, ovvero l'astensione obbligatoria del padre nei tre mesi successivi alla nascita del bambino nel caso in cui la madre sia deceduta, ovvero non sia in grado, per effetto di una grave malattia, di prendersi cura del bambino oppure in caso di abbandono della madre o di affidamento esclusivo al padre.

Il periodo di astensione obbligatoria può essere, altresì, anticipato quando la lavoratrice ha una gravidanza con gravi complicazioni, quando è affetta da una malattia che la gestazione potrebbe rendere più grave, quando le condizioni di lavoro o ambientali siano pregiudizievoli alla salute della donna o del bambino.

Tutti i periodi di astensione obbligatoria sono utili ai fini dell'anzianità di servizio, degli scatti di anzianità, delle ferie, oltre che della tredicesima.

L'astensione comporta il diritto di percepire l'indennità di maternità dall'ente previdenziale di appartenenza.

☛ La *ratio* della tutela economica della maternità, come affermato dalla Corte costituzionale, nella sentenza C. Cost., 29.3.1991, n. 132, è quella di «tenere indenne la donna lavoratrice - sia pure in misura non completa - dalla perdita di reddito lavorativo che altrimenti essa subirebbe a causa dell'astensione dal lavoro per gravidanza e puerperio»; tale forma di tutela deve essere attuata in conformità degli artt. 37 e 38 Cost., tenuto conto della funzione familiare essenziale svolta dalla donna e, dunque, nella prospettiva di protezione della famiglia quale cellula vitale della società.

L'indennità è dovuta, pertanto, anche nel caso di cessazione del rapporto nel corso dell'astensione obbligatoria, provocato dalla cessazione dell'attività dell'azienda, dall'ultimazione della prestazione per la quale era stata assunta, dalla scadenza del contratto o da dimissioni volontarie, convalidate dall'Ispezzato del lavoro.

A seguito delle pronunce di illegittimità costituzionale, intervenute nel corso degli anni, con riguardo alla disciplina in questione, nonché degli orientamenti della Corte di Giustizia e delle Corti nazionali, dalla iniziale applicazione delle norme in materia di indennità di maternità ai soli casi di lavoro subordinato, si è giunti ad una notevole estensione

della suddetta normativa in favore delle **lavoratrici autonome** (L. n. 546/1987), delle **lavoratrici precarie** (D.L. n. 103/1991), delle **libere professioniste** (L. n. 379/1990), nonché delle altre categorie di lavoratrici (a domicilio, domestiche, stagionali, personale militare, lavoratrici socialmente utili), compatibilmente con la natura giuridica delle singole attività lavorative.

La L. n. 379/1990, ha esteso, inoltre, il diritto dei genitori a percepire l'indennità, nei casi di **adozione e affidamento**. L'intera legislazione relativa alla indennità di maternità ha ricevuto una sistemazione organica con l'emanazione del t.u. in materia (D.Lgs. n. 151/2001, spec. artt. 57 ss.), cui sono seguite altre pronunce della Consulta, che ha ulteriormente ampliato l'ambito di applicazione delle norme sopra richiamate, come, ad esempio, nel caso del padre, libero professionista, affidatario in preadozione di un minore, il quale ha diritto di percepire, in alternativa alla madre lavoratrice, l'indennità di maternità, durante i primi tre mesi successivi all'ingresso del bambino nella famiglia (C. Cost., 14.10.2005, n. 385, la quale ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 70 e 72, D.Lgs. 151/2001).

4. Il diritto al congedo parentale

Anche il congedo parentale trova la sua giustificazione nella esigenza di apprestare un'adeguata protezione al nucleo familiare di nuova costituzione, così come emerge dall'art. 33, Carta dei Diritti in commento.

☛ Ed infatti, il legislatore comunitario (così come il legislatore nazionale e, prima ancora, l'Assemblea Costituente) ha considerato il congedo parentale, al pari del congedo di maternità, uno strumento indispensabile al fine di consentire la necessaria conciliazione tra vita familiare e vita professionale, per la realizzazione della funzione sociale svolta da padri e madri lavoratori (nella giurisprudenza interna, v. A. Milano, 30.8.2004, la quale ha ribadito il **collegamento del congedo parentale con «le esigenze organizzative della famiglia»** nei primi anni di vita del bambino).

La Corte di Giustizia europea, alla luce delle legislazioni comunitaria e nazionale (tedesca, nel caso di specie), ha chiarito la **diversa natura giuridica del congedo di maternità da quello parentale**.

Durante il primo, la lavoratrice percepisce un'indennità (che rientra nella nozione di retribuzione), determinata dai singoli Stati membri, in grado di

garantire un reddito almeno pari a quello dovuto in caso di interruzione del rapporto lavorativo per motivi di salute, ai sensi dell'art. 11, punto 3, dir. n. 92/85/CEE (v. C. Giust. CE, 13.2.1996, n. 342/93), con le dovute differenze tra gravidanza e malattia (C. Giust. CE, 14.7.1994, n. 32/93). Tale periodo è computato, al pari dei periodi lavorati, ai fini del calcolo delle ferie, tredicesima mensilità, anzianità di servizio.

Diverso, invece, il discorso per il congedo parentale, che può durare fino al compimento del terzo anno di vita del bambino, con la corresponsione di un «assegno parentale» versato dallo Stato in funzione del reddito (artt. 1 ss. BErzGG contratto collettivo per i dipendenti pubblici su base contrattuale della Germania Est). Il rapporto di lavoro, in tal caso, è sospeso, con conseguente interruzione della maturazione dei diritti contrattuali, quali, ad esempio, le ferie annuali (C. Giust. CE, 18.11.2004, n. 284/02). Nell'ambito delle direttive impartite dall'Unione, i **singoli Stati membri fissano la durata del congedo e stabiliscono l'indennità dovuta**.

Nell'ordinamento italiano, secondo le disposizioni contenute nel capo V del t.u. n. 151/2001, ciascun genitore ha diritto di astenersi dal lavoro entro i primi otto anni di vita del bambino (art. 32, 1° co., D.Lgs. n. 151/2001) per un periodo massimo individuale di sei mesi, continuativo o frazionato, anche contemporaneamente all'altro genitore, entro un tetto massimo cumulativo di dieci mesi per i due genitori.

Qualora vi sia un unico genitore, può fruire del periodo di aspettativa entro il limite massimo di 10 mesi.

Il diritto al congedo parentale spetta al **padre lavoratore** anche se l'altro genitore non ne ha diritto (cioè se la madre non è lavoratrice dipendente). Il padre, quindi, è titolare di un diritto autonomo e indipendente da quello della madre.

Inoltre, i genitori possono fruire dei periodi di aspettativa anche contemporaneamente, a differenza di quanto avveniva precedentemente.

Al fine di apprestare una maggiore tutela in caso di **figli con grave disabilità**, il congedo parentale può estendersi senza limiti di tempo fino al terzo anno di vita del bambino, oppure, in via alternativa, è stato previsto il diritto ad un riposo giornaliero retribuito di due ore, e dal terzo anno in poi, il diritto a tre giorni al mese di permesso retribuito per assistenza.

La c.d. «astensione facoltativa», prevista dall'art. 1, L. n. 1204/1971, è stata così ampliata e ridefinita, inizialmente dalla L. n. 53/2000 e, successivamente dal t.u. delle disposizioni in materia di tutela della maternità.

Quanto al **trattamento economico**, i primi sei mesi di congedo, fino al terzo anno di vita del bambino, sono coperti da un'indennità pari al 30% dello stipendio, con ulteriori trattamenti previsti da alcuni contratti (ad esempio, nel pubblico impiego è integrata al 100% per trenta giorni).

Le lavoratrici atipiche e autonome hanno il diritto al congedo parentale per un massimo di tre mesi entro l'anno di vita del bambino.

I suddetti periodi vengono computati ai fini dell'anzianità, così come l'astensione obbligatoria, ad esclusione degli effetti relativi alle ferie e alla tredicesima mensilità.

I genitori adottivi e affidatari godono degli stessi diritti di quelli naturali e cioè del diritto a periodi continuativi o frazionati di astensione facoltativa

dal lavoro entro il limite di dieci mesi complessivamente tra i due genitori e del diritto ai permessi per malattia del bambino. Se al momento dell'adozione il minore ha tra i 6 e i 12 anni, i periodi di astensione possono essere fruiti nei primi 3 anni dall'ingresso del minore nel nucleo familiare.

Sebbene i diritti relativi al congedo parentale siano stati estesi anche al lavoratore padre, in alternativa alla madre lavoratrice dipendente, con pari modalità e trattamento economico, la maternità, la cura dei figli e degli anziani, il lavoro domestico rappresentano, in Italia, ancora la causa principale dell'abbandono del lavoro da parte delle donne, anche in ragione della carenza di servizi primari quali gli asilini, con la conseguenza di una difficile equiparazione tra uomini e donne sul lavoro, come richiesto dall'art. 141 Trattato CE, nonostante i passi in avanti compiuti in tema di pari opportunità, sin dalla ormai lontana riforma del diritto di famiglia del 1975.

MARIA BARELA