

Capitolo Primo

Il paradigma della madre

SOMMARIO: 1. La donna lavoratrice. – 1.1. Il sistema delle tutele nella l. n. 1204 del 1971. – 1.2. Le astensioni del padre dopo la l. n. 903 del 1977. – 2. La conciliazione vita-lavoro nella l. n. 53 del 2000. – 2.1. Il congedo parentale. – 2.2. Il congedo di maternità e di paternità. – 3. I congedi di paternità (obbligatorio e facoltativo) e i *voucher baby-sitting* o asilo nido nella l. n. 92 del 2012. – 4. Il congedo parentale a ore nella l. n. 228 del 2012.

1. *La donna lavoratrice*

Il tema della conciliazione vita-lavoro, o *work-life balance*¹, locuzione con la quale si intende una variegata serie di strumenti e di scelte organizzative che rendono più agevole l'equilibrio delle esigenze personali con l'esecuzione dell'obbligazione lavorativa², comincia a evolvere, *ab origine* della storia repubblicana, con l'art. 37 Cost., secondo cui al c. 1, a specificazione del principio di eguaglianza garantito dall'art. 3 Cost., «La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla

¹ Cfr. EUROFOUND, *Working time and work-life balance in a life course perspective*, 2013, in www.eurofound.europa.eu; EUROFOUND, *Work-life balance: creating solutions for everyone*, Foundation Focus, issue 19, December 2016, in www.eurofound.europa.eu; L. MELLA MÉNDEZ, L. SERRANI, *Work-life Balance and the Economic crisis: Some Insights from the Perspective of Comparative Law: 1-2*, Adapt Labour Studies Book-Series, Adapt www.adapt.it University Press, 2016; V. PASQUARELLA, *Work-life balance: esiste un modello italiano di «conciliazione condizionale» dopo il Jobs Act?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2017, p. 41 e ss.

² Cfr., da ultimo, A. SERVIDORI, B. MAIANI, A. CAFAGNA, *La conciliazione fra tempi di vita e di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 2 e ss.

donna e al bambino una speciale e adeguata protezione»³.

La norma costituzionale incornicia il soggetto femminile in una duplice fisionomia: una è quella che le viene dal suo ingresso nella sfera pubblica, nel mondo del lavoro e che la assimila nella parità dei diritti e della retribuzione, al lavoratore, l'altra è quella che la colloca in un compito, in un servizio necessario, (presunto) naturale, rispetto al quale il lavoro deve sempre essere solo un'aggiunta, un elemento secondario, sia in ordine di tempo che di significato e di valore. In altre parole, ciò che, in questo quadro giuridico distingue la «donna lavoratrice» dall'individuo titolare di diritti – il lavoratore – è la sua funzione materna per cui è richiesta «una speciale e adeguata protezione»: il lavoro, rispetto alla «natura» o «essenza» femminile desunta dalla capacità generativa propria delle donne, viene dopo e non deve ostacolarla⁴.

³ Dalla norma citata discende sia l'affermazione del principio della parità di trattamento che, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, comporta il conferimento in capo alle lavoratrici del diritto alla parità giuridica ed economica con i lavoratori; per meglio dire, il dovere del datore di lavoro di astenersi dal discriminare i lavoratori per ragioni di sesso, sia la necessità dell'intervento a tutela della donna legato alla sua funzione di madre. In senso conforme, cfr.: Cass., 5 gennaio 1984, n. 42, in *Giust. civ. mass.*, 1984, fasc. 1; Cass., 11 gennaio 1984, n. 209, in *Foro it.*, 1984, I, col. 982 e in *Giust. civ. mass.*, 1984, fasc. 1; Cass., 13 febbraio 1984, n. 1076, in *Riv. giur. lav.*, 1984, II, 43; Cass., 2 marzo 1989, n. 1168, in *Orient. giur. lav.*, 1989, 339 e in *Giust. civ. mass.*, 1989, fasc. 3; Cass., 6 luglio 2002, n. 9864, in *Foro it.*, 11, 2002, col. 3043; Cass., 25 settembre 2002, n. 13942, in *Orient. giur. lav.*, 2002, I, 788. In dottrina, v., tra tutti, T. TREU, *Commento all'art. 37 Cost.*, in G. BRANCA (diretto da), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, p. 146 e ss. Quanto alla regola di eguaglianza, è noto che l'intera materia lavoristica è investita, modellata quasi, dal principio sancito dall'art. 3 Cost. come «si può vedere in filigrana» dietro molte norme costituzionali specificatamente dedicate a questo settore dell'ordinamento, cfr. G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 7. Sul punto v. inoltre, L. VENTURA, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1984; M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991; L. LAZZERONI, *Eguaglianza, lavoro, regole di parificazione. Linguaggi e percorsi normativi*, Giappichelli, Torino, 2011.

⁴ Uguaglianza e differenza, così come si presentano nell'art. 37, c. 1, portano il segno delle rivendicazioni venute dalle associazioni e dai movimenti di emancipazione della prima metà del Novecento, incentrate sulla «questione femminile»: lavoro, garanzia di diritti per tutti, parità salariale a parità di lavoro, valore sociale della maternità e quindi richiesta di protezione da parte dello Stato e dell'industria. Per un ap-

Da tale precetto è derivato un successivo intervento a tutela della lavoratrice, specie nel momento in cui la differenza femminile si esprime, nella sua forma irriducibile, con la gravidanza. Ed è così che, anziché saldarsi in un disegno unitario, i due motivi ispiratori (paritario e protettivo) sottesi alla norma in esame sono rimasti a lungo giustapposti, con una soverchiante accentuazione, sul piano della legislazione ordinaria, del secondo di essi⁵.

1.1. *Il sistema delle tutele nella l. n. 1204 del 1971*

Invero, l'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra vita professionale e privata è stata dal legislatore per lungo tempo accostata alla figura della lavoratrice madre⁶. In particolare, con la l. n. 1204 del 1971⁷, che si innestava su una logica di mera protezione della sua salute psicofisica e di quella del bambino⁸, veniva apprestata una tutela molto incisiva nei confronti della stessa.

Posto, nella norma d'esordio, l'ambito di applicazione soggettivo nelle «lavoratrici, comprese le apprendiste, che prestano la loro opera alle dipendenze di privati datori di lavoro», nonché le «dipendenti

profondimento storico v., in particolare, A. ROSSI DORIA, *Diventare cittadine*, Giunti, Firenze, 2006; UNIONE FEMMINILE NAZIONALE, *Il voto alla donna? Notizie e inchieste*, Unicopli, Milano, 2016; P. GABRIELLI, *Il primo voto. Elettrici ed elette*, Castelvocchi, Roma, 2016. A questo riguardo vi è chi ha parlato di incongruenza dell'emancipazione italiana – poi riflessasi nelle contraddizioni dell'art. 37 Cost. – e cioè data dal rivendicare i diritti delle donne sulla base di quella stessa «natura» materna che era stata la ragione della loro esclusione dalla cittadinanza e della loro «inclusione incompiuta», usata come per tenerle in uno stato di «minorità» giuridica, sociale e politica, cfr. A. BUTTAFUOCO, *Questioni di cittadinanza. Donne e diritti sociali nell'Italia liberale*, Protagon Editori Toscani, Siena, 1997. In tema v. inoltre AA.VV., *In contropiede. Le donne rileggono la Costituzione*, Ediesse, Roma, 2014, p. 36.

⁵ Cfr. M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 232.

⁶ Cfr. M.V. BALLESTRERO, *La conciliazione tra lavoro e famiglia. Brevi considerazioni introduttive*, in *Lav. dir.*, 2, 2009, pp. 164-165.

⁷ In. G.U., 18 gennaio 1972, n. 14, recante “Tutela delle lavoratrici madri”. Per un ampio commento, v., per tutti, R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1992.

⁸ Cfr. l. n. 860 del 1950, su cui v., anche a ritroso sino alla prima legge a tutela delle lavoratrici madri risalente alla 1902 (l. 19 giugno 1902, n. 242), M.V. BALLESTRERO, *La protezione concessa e l'eguaglianza negata: il lavoro femminile nella legislazione italiana*, in A. GROPPI (a cura di), *Il lavoro delle donne*, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 445 e ss.

dalle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, dalle regioni, dalle province, dai comuni, dagli altri enti pubblici e dalle società cooperative, anche se socie di queste ultime», la disciplina contemplava, all'art. 3, c. 1, il divieto al trasporto e al sollevamento di pesi, nonché a lavori pericolosi, faticosi ed insalubri, poi risultanti dall'elencazione contenuta nell'art. 5, d.p.r. n. 1026 del 1976⁹, durante il periodo di gestazione e fino a sette mesi dopo il parto.

Ai sensi del successivo c. 2 le lavoratrici adibite ai lavori vietati dovevano essere trasferite ad altre mansioni, in ipotesi anche inferiori, ma, *ex c.* 4, con il mantenimento del trattamento retributivo acquisito in precedenza e, in ossequio al c. 3, l'adibizione ad altre mansioni sarebbe stata obbligatoria anche nell'ipotesi in cui l'Ispettorato del lavoro avesse accertato che le condizioni dell'impiego o ambientali fossero pregiudizievoli alla salute della donna.

La legge sanciva poi, all'art. 4, c. 1, il divieto di svolgere qualsiasi attività lavorativa nei confronti della lavoratrice, il quale comportava una sospensione del rapporto di lavoro per un periodo della durata complessiva di cinque mesi, due dei quali precedenti la data presunta del parto – c.d. astensione obbligatoria *ante partum* – e tre successivi alla nascita del bambino – c.d. astensione obbligatoria *post partum*.

In forza dello stesso articolo era inoltre previsto un meccanismo di salvaguardia in relazione alle ipotesi di parto ritardato, nonché l'estensione del periodo di sospensione dal lavoro precedente il parto in particolari situazioni che la rendessero necessaria a tutela della salute della lavoratrice gestante e del bambino.

Nel primo caso, *ex art.* 4, c. 1, lett. *b)*, ove il parto fosse avvenuto oltre la data presunta, l'interdizione al lavoro avrebbe operato «per il periodo intercorrente tra la data presunta e la data effettiva del parto»; nel secondo caso, l'astensione dal lavoro *ante partum* poteva essere anticipata, *ex art.* 4, c. 2, a tre mesi dalla data presunta del parto nel caso di lavoratrici occupate in lavori che, in relazione all'avanzato stato di gravidanza, fossero da ritenersi gravosi o pregiudizievoli. È da rilevare che questi lavori, in base al successivo c. 4 dello stesso articolo, avrebbero dovuto essere determinati ad opera di decreti del Ministero del lavoro, previa consultazione delle organizzazioni sindacali.

⁹ In. *G.U.*, 16 marzo 1977, n. 72, recante "Regolamento di esecuzione della legge 30 dicembre 1971, n. 1204 sulla tutela delle lavoratrici madri".

La normativa in esame, ai sensi dell'art. 5, c. 1, stabiliva altresì l'estensione del divieto di adibizione al lavoro precedente il parto in determinate situazioni sempre a garanzia della salute della madre e del nascituro. In particolare, l'interdizione anticipata, che doveva essere disposta dall'Ispettorato del lavoro sulla base di accertamenti medici, era prevista, per uno o più periodi, per i seguenti motivi: *a)* nel caso di gravi complicanze della gestazione o preesistenti forme morbose che si presumeva potessero essere aggravate dallo stato di gravidanza; *b)* quando le condizioni di lavoro o ambientali fossero ritenute pregiudizievoli alla salute della donna e del bambino; *c)* quando la lavoratrice non poteva essere spostata ad altre mansioni di cui al disposto dell'art. 3.

Per tutto il periodo di astensione obbligatoria dal lavoro di cui agli artt. 4 e 5 veniva prevista nei confronti della lavoratrice, *ex art.* 15, c. 1, un'indennità giornaliera pari all'80% della retribuzione. Tale trattamento economico presupponeva l'esistenza di un rapporto di lavoro in atto. Tuttavia, vi erano specifiche ipotesi, come disciplinate dall'art. 17, in presenza delle quali, in deroga alla regola sopra enunciata, l'indennità di maternità veniva ugualmente riconosciuta alla lavoratrice.

Il datore di lavoro che avesse contravvenuto ai divieti di cui agli artt. 3, cc. 1, 2, 3; 4 e 5, sarebbe stato punito, ai sensi dell'art. 31, c. 1 della stessa legge, con la sanzione dell'arresto fino a sei mesi. Tale reato rivestiva carattere contravvenzionale ed era dunque punibile anche a titolo di colpa, con la conseguenza della sussistenza dello stesso anche nei casi in cui difettesse la prova che il datore di lavoro fosse effettivamente a conoscenza dello stato di gravidanza della lavoratrice.

Dopo il periodo di interdizione obbligatorio *post partum*, la lavoratrice, *ex art.* 7, c. 1, poteva godere, in aggiunta all'astensione obbligatoria dal lavoro, di un ulteriore periodo di sospensione, costituente una mera facoltà, della durata di sei mesi (anche frazionabile) fruibile entro il primo anno di vita del bambino e indennizzato, in base a quanto disposto dall'art. 15, c. 2, in misura pari al 30% della retribuzione.

Ulteriori tutele previste dalla legge del '71 erano poi: quella di cui all'art. 10 che, indipendentemente dal numero di figli, poneva in capo al datore di lavoro la facoltà di consentire alle lavoratrici due periodi di riposo, pari a un'ora ciascuno in caso di orario giornaliero

superiore a sei ore e di mezz'ora in caso di orario giornaliero inferiore alle sei, anche cumulabili lungo la giornata, durante il primo anno di vita del bambino; nonché quella, *ex art. 7, c. 2*, consistente nel diritto della lavoratrice di assentarsi dal lavoro durante le malattie del bambino di età inferiore a tre anni, dietro presentazione di certificato medico.

Un altro cardine della normativa in oggetto era il regime del recesso.

Rispetto al licenziamento, esso era vietato, *ex art. 2, c. 1*, nei confronti delle lavoratrici dall'inizio del periodo di gestazione fino al termine del periodo di interdizione dal lavoro previsto dall'*art. 4*, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino.

Dalla violazione di tale divieto sarebbe derivato, *ex art. 2, c. 2*, il diritto di ottenere il ripristino del rapporto di lavoro mediante presentazione, entro novanta giorni dal licenziamento, di idonea certificazione dalla quale risultasse l'esistenza, all'epoca del recesso datoriale, delle condizioni che lo vietavano.

Nondimeno, l'*art. 2, c. 3* stabiliva alcune ipotesi destinate a temperare il medesimo divieto. La lavoratrice avrebbe, pertanto, potuto essere legittimamente licenziata, anche in presenza delle summenzionate condizioni, nelle ipotesi di: *a)* colpa grave della stessa costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro; *b)* cessazione dell'attività dell'azienda cui essa era addetta; *c)* di ultimazione della prestazione per la quale era stata assunta o di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine, senza che ciò comportasse, *ex art. 17, c. 1*, la perdita del diritto alla conservazione dell'indennità di maternità di cui all'*art. 15, c. 1* tolto il caso di cui alla sopra citata lett. *a)*.

Infine, l'*art. 12* della legge sanciva, nell'ipotesi di recesso volontario della lavoratrice intervenuto durante il periodo per cui era stabilito il divieto di licenziamento, il diritto alle indennità previste da disposizioni di legge e contrattuali per il caso di licenziamento.

1.2. *Le astensioni del padre dopo la l. n. 903 del 1977*

Se il soggetto giuridico posto al centro del bilanciamento vita-lavoro nella l. n. 1204 del '71 era inconfutabilmente la lavoratrice subordinata, nessuna traccia era invece rinvenibile riguardo a un coinvolgimento dei padri lavoratori.

A colmare questa lacuna è intervenuta la l. n. 903 del 1977¹⁰, con la quale l'ordinamento interno ha recepito la direttiva n. 76/207/Cee rivolta a promuovere una parità tra uomini e donne, non più limitata ai soli profili retributivi, ma estesa a tutti gli aspetti normativi del rapporto di lavoro¹¹.

Attraverso la legge di recepimento del diritto europeo anche al padre veniva infatti estesa la fruibilità di alcuni istituti della legislazione di tutela del '71¹², insieme alla presa in considerazione, accanto alla maternità naturale, dell'adozione e dell'affidamento¹³.

¹⁰ In *G.U.*, 17 dicembre 1977, n. 343, recante "Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro". Per un'analisi v., tra tutti, M.V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Il Mulino, Bologna, 1979.

¹¹ In *G.U.C.E.*, 9 febbraio 1976, n. L. 39 relativa all'attuazione del principio di parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro. V. in particolare art. 5, c. 1, lett. c) e, ivi, le relative misure richieste agli Stati membri, «affinché siano riesaminate le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative originariamente ispirate da motivi di protezione non più giustificati e contrarie al principio della parità di trattamento». La direttiva seguiva di poco quella n. 75/117/Cee, in *G.U.C.E.*, 19 febbraio 1975, n. L. 45, per il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, con la quale, in primo luogo, era già stata avviata una politica volta a realizzare l'eguaglianza formale e sostanziale fra uomini e donne a fini retributivi, a completamento dell'art. 119 del Trattato di Roma relativo alla parità uomo-donna nelle condizioni di lavoro. Cfr. D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005; M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio, il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007; P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2002, p. 75 e ss.; L. RONCHETTI, *Uguaglianza sostanziale, azioni positive e Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 1999, p. 985 e ss.

¹² Cfr. A. BOLLANI, *Astensione dal lavoro del padre*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, p. 1337 e ss.

¹³ Nel 1977, con la l. n. 903, fu infatti espressamente previsto, *ex art.* 6, c. 1, il diritto delle lavoratrici che avessero adottato o preso in affidamento un bambino che non avesse più di sei anni a fruire di un periodo di astensione dal lavoro nei tre mesi successivi all'ingresso del bambino nella famiglia, secondo quanto previsto dall'art. 4 della l. del 1971. Questa forma di astensione era riconducibile senz'altro all'astensione obbligatoria prevista per le lavoratrici, con la differenza che in questo caso vigeva solo un obbligo per il datore di

Quanto al primo aspetto, l'art. 7, c. 1 della l. n. 903 prevedeva che il padre, anche se adottivo o affidatario, qualora i figli fossero stati affidati solo a lui, venisse ammesso a fruire del diritto all'astensione facoltativa e al relativo trattamento economico pari al 30% della retribuzione nel primo anno di vita del bambino, nonché a quello di assentarsi dal lavoro durante le malattie dello stesso di età inferiore a tre anni, di cui prima erano titolari solo le madri ai sensi dell'art. 7 della l. n. 1204 del 1971.

Tuttavia, si trattava di una disciplina circondata da una serie di vincoli tali da renderla nella prassi poco agevole. Infatti, il padre avrebbe potuto disporre, *ex c. 2*, solo in via delegata a seguito della presentazione al proprio datore di lavoro di una dichiarazione da cui risultasse la volontà dell'altro genitore di rinunciare al godimento degli stessi diritti.

Entro dieci giorni dalla dichiarazione di cui sopra il padre avrebbe poi dovuto, ai sensi del successivo c. 3, presentare al proprio datore di lavoro un'ulteriore dichiarazione del datore di lavoro dell'altro genitore da cui risultasse l'avvenuta rinuncia; ai fini della fruizione dei permessi per malattia del figlio fino ai tre anni, di cui all'art. 7, c. 2 della l. n. 1204 del 1971, sarebbe stato necessario altresì il certificato medico attestante la malattia del bambino.

Inoltre, condizione legittimante per il godimento di detta discipli-

lavoro di consentire alla lavoratrice di sospendere la prestazione di lavoro, mentre non sussisteva un divieto di adibirla al lavoro qualora essa non richiedesse di essere esonerata. In definitiva era la madre adottiva che poteva decidere di fruire o meno dell'astensione nei primi tre mesi. Nel c. 2 dell'art. 6 fu inoltre sancito il diritto della lavoratrice ad assentarsi dal lavoro ai sensi dell'art. 7 della l. n. 1204 del 1971, ossia nella forma dell'astensione facoltativa, entro un anno dall'effettivo ingresso del bambino nella famiglia e sempreché il bambino non avesse superato i tre anni di età. Fu previsto altresì che la madre potesse assentarsi dal lavoro per le malattie del figlio di età, ancora una volta, inferiore a tre anni, dietro presentazione di certificato medico. Rimanevano comunque escluse dalla disciplina sin qui descritte le ipotesi di affidamento provvisorio caratterizzate dalla temporaneità e dalla non finalizzazione all'adozione, su cui v. però Corte cost. che con la sentenza n. 332 del 1988 (in *Riv. giur. lav.*, II, 1988, p. 193, con nota di L. COLACURTO, *Brevi riflessioni sul riconoscimento della applicabilità alle lavoratrici adottive o affidatarie della normativa di tutela delle lavoratrici madri*) ha dichiarato illegittimo l'art. 4, c. 1, lett. c) nella parte in cui non prevedeva l'applicazione dell'astensione obbligatoria *post partum* nell'ipotesi di affidamento provvisorio; ha dichiarato altresì illegittimo l'art. 7, c. 1, della l. n. 1204 nei limiti in cui non prevedeva il diritto a fruire dell'astensione facoltativa nei casi di affidamento provvisorio.

na era la sussistenza, in virtù del combinato disposto di cui agli artt. 1 della l. n. 1204 del 1971 e 7, ult. co della legge in commento, di un rapporto di lavoro subordinato in capo ad entrambi i genitori; conseguentemente il padre non avrebbe potuto beneficiarne laddove la madre fosse una lavoratrice autonoma o una libera professionista¹⁴.

L'apertura verso i padri realizzata dalla legge del '77 appariva dunque flebile e incompiuta, a fronte della quale numerosi sono stati gli interventi della Corte costituzionale attraverso i quali si è progressivamente assistito a un ampliamento delle tutele nei loro confronti.

In particolare, la Corte con la sentenza n. 1 del 1987 dichiarò l'illegittimità dell'art. 7 della l. n. 903 del 1977 nella parte in cui non prevedeva che il diritto all'astensione obbligatoria dal lavoro e quello al godimento dei riposi giornalieri, riconosciuti alla sola madre dagli artt. 4, c. 1, lett. c) e dall'art. 10 della l. n. 1204 del 1971, fossero riconosciuti anche al padre lavoratore qualora l'assistenza al minore fosse divenuta impossibile per decesso o grave infermità della madre¹⁵. Con la pronuncia n. 341 del 1991¹⁶ la norma venne dichiarata illegittima nella parte in cui non consentiva al padre lavoratore affidatario di minore l'astensione dal lavoro durante i primi tre mesi successivi all'effettivo ingresso del bambino nella famiglia affidataria, in alternativa alla madre; e con il disposto n. 179 del 1993¹⁷, nella parte in cui non estendeva, in via generale e in ogni ipotesi, al padre lavoratore, in alternativa alla madre lavoratrice consenziente, il diritto ai riposi giornalieri previsti dall'art. 10 della previgente normativa.

2. La conciliazione vita-lavoro nella l. n. 53 del 2000

Posto il *focus* nella legislazione degli anni Settanta sulla lavoratrice madre, il superamento del paradigma della sua esclusiva centralità ai fini di *work-life balance* viene introdotto grazie alla l. n. 53 del

¹⁴ V. per tutte Corte cost. 21 aprile 1994, n. 150, in *Foro it.*, 1994, I, col. 1651.

¹⁵ Cfr. Corte cost. 19 gennaio 1987, n. 1 in *Giur. cost.*, I, p. 3.

¹⁶ In *Giur. it.*, I, 1991, col. 1249, con il commento di F. DI NUNZIO, *Un altro passo verso la parità tra i sessi nel diritto del lavoro*.

¹⁷ In *Riv. giur. lav.*, 2, 1993, p. 289.

2000¹⁸, che, su impulso della direttiva n. 96/34/Ce¹⁹, attribuisce ai lavoratori di ambo i sessi il congedo parentale²⁰.

¹⁸ In *G.U.*, 13 marzo 2000, n. 60 recante “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”, su cui v. D. GOTTARDI, *I congedi parentali entrano nel nostro ordinamento*, in *Guida lav.*, 9, 2000, p. 12 e ss.; R. DEL PUNTA, L. LAZZERONI, M.L. VALLAURI, *I congedi parentali. Commento alla l. 8 marzo 2000, n. 53*, Il Sole 24Ore, Milano, 2000; M.L. PALMIERI, *Il sostegno della maternità e della paternità alla luce delle recenti novità normative e della circolare n. 53 del 19 luglio 2000*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2001, p. 412 e ss.

¹⁹ In *G.U.C.E.*, 19 giugno 1996, n. L. 145 concernente l'accordo quadro del 14 dicembre 1995 sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES. Su cui per un commento v. D. IZZI, *Congedi parentali: un passo avanti verso la parità lavoratori-lavoratrici*, in *Dir. prat. lav.*, 21, 1997, p. 1523 e ss.; D. GOTTARDI, *I congedi parentali in Europa (la direttiva europea del marzo 1996)*, in *Lo Speciale – Lavoro Informazione*, 9, 1996, p. 12 e ss.; M. BIAGI, *La fortuna ha sorriso alla Presidenza italiana dell'Unione Europea: prime note di commento alle direttive sul distacco dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, in *Dir. rel. ind.*, 3, 1996, p. 3 e ss. Tale direttiva rappresenta un punto fondamentale nell'ambito del percorso europeo volto a incidere sul *work-life balance*. Il crescente interesse verso tale tematica derivava dall'intrecciarsi di fenomeni di mutamento sociale che hanno investito, con intensità diversa, tutti i Paesi europei, tra cui l'incremento della quantità di donne impiegate nel mondo del lavoro, l'invecchiamento della popolazione, nonché le trasformazioni delle strutture familiari. Infatti, risale al 1989, nell'ambito della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (in www.eur-lex.europa.eu con il commento di C. MASSIMIANI, *La qualità del lavoro nell'esperienza dell'OIL e nelle politiche sociali europee*, Lulu Press, Morrisville, 2002), il richiamo di cui all'art. 16, c. 3, nel quale si sottolinea l'opportunità di sviluppare misure che consentano agli uomini e alle donne di conciliare meglio i loro obblighi professionali e familiari. Saliente è poi la Raccomandazione del Consiglio n. 92/241/Cee sulla custodia dei bambini (in *G.U.C.E.*, 8 maggio 1992, n. L. 123, su cui v. M.V. BALLESTRERO, G. DE SIMONE, *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 89 e ss.; S. BARIATTI, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 12 e ss.; P. LAMBERTUCCI, L. DEL VECCHIO, *Tutela della maternità e della paternità*, in P. LAMBERTUCCI (a cura di), *Diritto del Lavoro*, 2010, p. 742 e ss.) che, sulla scorta della norma succitata, è volta a incidere sul contemperamento tra responsabilità professionali ed extraprofessionali. In particolare, in apertura di tale documento di *soft law* viene messo in luce come la carenza di iniziative dirette alla conciliazione dei genitori costituisca un ostacolo all'accesso e alla partecipazione delle donne al mercato del lavoro. Significativo è poi il *considerando*, di cui alla stessa Raccomandazione, secondo il quale «l'espressione custodia dei bambini», rappresenta un termine ampio, atto a ricomprendere anche la concessione di congedi speciali per i genitori. Sulla base di queste affer-

mazioni, in essa, infine, si raccomanda agli Stati membri di intervenire attraverso misure efficaci che consentano agli uomini e alle donne il miglior bilanciamento tra vita e lavoro, cfr. D. GOTTARDI, *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in *Lav. dir.*, 3, estate 1999, p. 500 e ss. Inoltre, un importante e coevo intervento è rappresentato dalla direttiva del Consiglio n. 92/85/Cee (in *G.U.C.E.*, 28 novembre 1992, n. L. 348, su cui v. per un approfondimento A. ADINOLFI, R. BORTONE, *Tutela della salute e lavoratrici madri dopo la direttiva 92/85*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 361 e ss.; E. ALES, *Tutela della sicurezza e salute nei luoghi di lavoro e protezione delle lavoratrici madri: la X direttiva n. 92/85/CEE*, in *Dir. lav.*, 1, 1993, p. 470 e ss.; G. DELLA ROCCA, *Sicurezza e salute sul lavoro delle lavoratrici madri*, in *Dir. lav.*, 1, 1997, p. 533 e ss.) riguardante, per gemmazione interna alla direttiva quadro (o cosiddetta madre) n. 89/391/Cee (in *G.U.C.E.*, 29 giugno 1989, n. L. 183, concernente l'applicazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, su cui v. per un commento B. CARUSO, *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 1 e ss.), l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere e in periodo di allattamento, mediante la quale gli Stati membri vengono esortati affinché le lavoratrici possano fruire di un congedo di maternità pari ad almeno quattordici settimane ininterrotte, ripartite prima e dopo il parto, in conformità alle legislazioni e prassi dei singoli Stati membri. Invero, quando nel 1992 la Comunità europea adottò tale direttiva, l'Italia già da tempo – da ultima con la l. n. 1204 del '71 – aveva provveduto ad apprestare una tutela soddisfacente nei confronti della lavoratrice madre, cfr. R. DEL PUNTA, L. LAZZERONI, M.L. VALLAURI, *I congedi parentali. Commento alla l. 8 marzo 2000*, n. 53, Il Sole 24Ore, Milano, 2000, p. 1.

²⁰ Cfr. art. 2.1. dell'accordo allegato, il cui punto qualificante, per agevolare la conciliazione della vita professionale con quella familiare, consisteva nell'attribuzione «ai lavoratori, di ambo i sessi, (del) diritto individuale al congedo parentale, in linea di principio, attribuito in forma non trasferibile, per la nascita e l'adozione di un bambino, affinché possano averne cura per un periodo minimo di tre mesi fino a un'età non superiore a otto anni, determinato dagli Stati membri e/o dalle parti sociali». Inoltre, v. in particolare la clausola 2.3.a) ove viene visualizzata la possibile forma temporale del congedo che può variare dal tempo pieno, a quello parziale, alla modalità frammentata o, ancora, a quella di un credito di tempo; per quanto riguarda le condizioni d'accesso al congedo, individuate dalla clausola 2.3.b), si stabilisce la possibilità per gli Stati membri di subordinare tale diritto a una determinata anzianità lavorativa o aziendale, la quale, comunque, non avrebbe potuto essere superiore a un anno. Alla lett. c) della stessa clausola viene prevista la possibilità di adattare le condizioni d'accesso e le modalità di fruizione del congedo all'evento adozione e poi, ancora, alla lett. d), viene prefigurata la possibilità per gli Stati membri e le parti sociali di fissare termini di preavviso a favore del datore di lavoro, con l'indicazione dell'inizio e della fine del periodo di conge-

Infatti, con la legge di attuazione del diritto europeo la titolarità di astenersi dall'attività lavorativa per soddisfare le esigenze di conciliazione non spetta più alle sole madri, ma, *ex art. 3*, a un nuovo soggetto di diritto sessualmente neutro. Entrambi i genitori cominciano così a essere ritenuti titolari di un fondamentale ruolo di interesse sociale, che trae sì linfa dall'originaria fase biologica della procreazione, ma che perdura e si protrae nel tempo andando a lambire anche le fasi successive della crescita e dell'educazione dei figli.

La disciplina sul congedo parentale non esaurisce il contenuto della legge in commento, ricomprendendo essa anche altri aspetti di disciplina ²¹.

do. Infine, si tratteggia, ai sensi della lett. *e*), la possibilità per il datore di lavoro di introdurre dei limiti all'esercizio del diritto medesimo e l'opportunità di flessibilizzazione per le imprese, al fine di dare soddisfazione alle relative esigenze operative e organizzative. Più esattamente, ai sensi della medesima disposizione, gli Stati membri avrebbero potuto determinare le circostanze in presenza delle quali il datore di lavoro sarebbe stato autorizzato a rinviare (dunque, mai a negare) la concessione del diritto al congedo parentale per giustificati motivi attinenti al funzionamento dell'impresa – ad esempio, nel caso di lavoro di natura stagionale, nell'impossibilità di trovare un sostituto durante il periodo di preavviso, o se una quota significativa della manodopera avesse già domandato il diritto al congedo nello stesso tempo, o, infine, nel caso in cui una determinata funzione particolare avesse rivestito un'importanza strategica – e sempre previa consultazione conforme alla legge, ai contratti collettivi e alle prassi nazionali. A ciò si accompagnava un significativo sistema di tutele individuali comprensivo, alla clausola 2.4., della protezione dei lavoratori dal licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale, alla clausola 2.5., del diritto del lavoratore, al termine del congedo parentale, di ritornare allo stesso posto di lavoro o a un lavoro equivalente o analogo al suo contratto o al suo rapporto di lavoro e, attraverso la clausola 2.6., l'immutabilità dei diritti acquisiti o in via di acquisizione alla data di inizio del congedo parentale. In definitiva, attraverso la promozione dei congedi parentali, la direttiva n. 96/34/Ce non solo ha avviato un processo di armonizzazione tra le legislazioni dei singoli Stati membri, ma ha soprattutto contribuito, attraverso il carattere individuale e non trasferibile del congedo parentale, al superamento della tradizionale concezione secondo cui le cure familiari e le responsabilità domestiche incombono solo ed esclusivamente sulla donna, cfr. D. IZZI, *Congedi parentali: un passo avanti verso la parità lavoratori-lavoratrici*, in *Dir. prat. lav.*, 21, 1997, p. 1523 e ss.

²¹ Infatti, finalità primaria della legge stessa è sia quella *ex art. 1*, di promuovere un equilibrio tra tempi di vita e di lavoro mediante l'istituzione dei congedi dei genitori (c. 1, lett. *a*), ma anche l'estensione del sostegno ai genitori di sogget-

Inoltre, la l. n. 53 del 2000, innestandosi nel *corpus* delle ll. nn. 1204 del 1971 e 903 del 1977, ha dato luogo a numerose innovazioni rispetto al preesistente apparato di tutela incentrato sui quattro pilastri, corredati da un significativo sistema di divieti, dell'astensione obbligatoria e facoltativa dal lavoro, dei permessi di malattia per il figlio e del regime del recesso²².

Ciò ha reso necessaria, in base alla delega di cui all'art. 15 della l. n. 53 del 2000, un'opera di riordino e riorganizzazione della vigente normativa in materia mediante la redazione di un testo unico, poi realizzato con il d.lgs. n. 151 del 2001 (d'ora in poi t.u.)²³, il quale, tuttavia, non si è limitato a raggruppare le disposizioni preesistenti, dando atto delle innovazioni o abrogazioni intervenute, ma ha adottato nuove terminologie e sistematiche e ha largamente riformulato il testo delle norme sostituite²⁴.

2.1. *Il congedo parentale*

Con la l. n. 53 del 2000 di recepimento del diritto europeo si comincia dunque a perseguire l'obiettivo di una maggiore corresponsabilizzazione

ti portatori di handicap, l'istituzione del congedo per la formazione continua e l'estensione dei congedi per la formazione, il coordinamento dei tempi di funzionamento delle città e la promozione dell'uso del tempo per fini di solidarietà sociale (c. 1, lett. a-c).

²² Cfr. R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 2000, p. 149 e ss. V. in q. Cap. § 1.

²³ In *G.U.*, 26 aprile 2001, n. 96 "Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53". Per un'analisi puntuale su ciascuna parte del t.u. all'indomani della sua approvazione cfr. G. SUPPIEJ, *La tutela della paternità e della maternità nel Testo unico*, C. OGRISEG, *La tutela della salute della lavoratrice*, D. GOTTARDI, *La disciplina del congedo di maternità e di paternità*, C. ENRICO, E. MINALE, *La disciplina del congedo parentale nel Testo unico*, M. PAPALEONI, *Riposi giornalieri, permessi e congedi per la malattia del figlio*, F. BASENGHI, *Licenziamento, dimissioni, diritto al rientro e lavoro notturno*, A. VALLEBONA, *Le disposizioni speciali per particolari rapporti*, L. TARTAGLIONE, *La maternità delle lavoratrici autonome e libere professioniste*, D. GOTTARDI, *Gli assegni di maternità di base e discontinui*, G. BONATI, *La contribuzione per maternità, paternità e congedi parentali*, tutti pubblicati in *Guida lav.*, 19, 2001.

²⁴ Cfr. G. SUPPIEJ, *La tutela della paternità e della maternità nel Testo unico*, in *Guida lav.*, 19, 2001, p. 8.

ed equiparazione della figura paterna a quella della lavoratrice madre²⁵.

Di significativo rilievo è infatti l'art. 3 della stessa legge²⁶, poi trasfuso nell'art. 32 t.u., in cui veniva prevista, mediante l'inserimento di un nuovo comma (dopo il terzo) all'art. 2 della l. n. 1204 del 1971 e in sostituzione della previgente normativa di cui all'art. 7 della l. n. 903 del 1977 in tema di astensione facoltativa al padre²⁷, la nuova disciplina del congedo parentale.

L'emanazione di tale articolo ha comportato, *ex c.* 1, che la titolarità di questo diritto non fosse più, come in precedenza, principalmente riconosciuta alla madre e solo in via derivata al padre, ma a entrambi i genitori, i quali, pertanto ne avrebbero beneficiato in modo paritario anche qualora l'altro genitore non ne avesse diritto (ora art. 32, cc. 1 e 4²⁸)²⁹.

Ai sensi dell'art. 3, c. 2 della legge in parola (poi art. 32, c. 1 t.u.), destinatari di tale diritto, da fruire nel rispetto del limite massimo complessivo di dieci mesi e sino agli otto anni di vita del bambino, erano la madre lavoratrice, trascorso il periodo di astensione obbligatoria di cui all'art. 4 della l. n. 1204 del 1971 e il padre lavoratore, per un periodo continuativo o frazionato non superiore ai sei mesi. Nell'ipotesi, invece, di un solo genitore tale periodo sarebbe stato elevato a dieci mesi (ora art. 32, c. 1, lett. a), b) e c)³⁰).

²⁵ Cfr. F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 2011, p. 298.

²⁶ Su cui v., tra tutti, l'ampio commento A. OCCHINO, *Congedi parentali, formativi e tempi delle città. Commento all'art. 3 – Congedi dei genitori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, p. 1227 e ss.

²⁷ V. in q. Cap. § 1.2.

²⁸ Cfr. Cass. 16 giugno 2008, n. 16207, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, II, 2009, p. 277, con il commento di L. CALAFÀ, *Congedo parentale e cura del minore. Limiti funzionali al diritto potestativo del padre*; Cons. St., 13 settembre 2001, n. 4785, in *Lav. giur.*, 11, 2001, 1052, con il commento di R. NUNIN, *Congedi parentali e tutela dei diritti del padre lavoratore: novità normative ed orientamenti della giurisprudenza*.

²⁹ Il diritto ad assentarsi dal lavoro sarebbe stato riconosciuto, quindi, anche se l'altro genitore non avesse svolto un'attività di lavoro subordinato o svolgesse alcuna attività. Sino alla l. n. 53, in tali ipotesi, il diritto era sempre stato escluso. V. in q. Cap. § 1.2.

³⁰ Dove per «genitore solo», come ha successivamente chiarito la prassi amministrativa, si contemplan ipotesi quali la morte dell'altro genitore, l'ab-

Inoltre, allo scopo di incidere sulla tradizionale distribuzione dei ruoli familiari veniva prevista, *ex art.* 3, c. 2 (poi art. 32, c. 2 t.u.), l'elevazione a undici mesi del periodo complessivo di godimento del congedo parentale a condizione che il padre lavoratore esercitasse il proprio diritto all'astensione per una durata continuativa o frazionata non inferiore a tre mesi.

Sempre in punto di titolarità del diritto in parola, l'art. 3, c. 1 prevedeva poi un'altra rilevante novità, ovvero il riconoscimento (non tanto del diritto di astensione come tale, per quanto si parli formalmente di applicazione dell'art. 7, c. 1 della l. n. 903 del 1977, ma) dell'indennità di astensione facoltativa alle lavoratrici autonome³¹ per un periodo di tre mesi, entro il primo anno di vita del bambino³². In particolare, l'estensione della tutela aveva riguardo alle lavoratrici di cui alla l. n. 546 del 1987³³, poi confluita, insieme alle ll. nn. 379 del 1990³⁴, 449 del 1997³⁵, relative ad altre categorie di prestatrici non subordinate, rispettivamente nel Capo XI, artt. da 66 a 69, nel Capo XII, artt. da 70 a 73, e nell'art. 64 del t.u.³⁶.

Inoltre, nell'ambito di applicazione soggettivo di tale congedo

bandono del figlio da parte di uno dei genitori o l'affidamento esclusivo del figlio a un solo genitore, il non riconoscimento del figlio da parte di un genitore, la grave infermità di un genitore, cfr. Circ. Inps, 6 giugno 2000, n. 109; 29 luglio 2002, n. 139, su cui v. L. BOIERO, *La giustificazione delle assenze negli enti locali*, Maggioli Editore, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016, p. 206; Circ. Inps 17 gennaio 2003, n. 8; Msg Inps 20 settembre 2007, n. 22911.

³¹ R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2000, p. 169.

³² Rispetto alle quali, vale ora ricordare, già la l. n. 1204, al Titolo III (artt. 23-27), stabiliva una protezione a tutela in caso di gravidanza e puerperio. Essa appariva, tuttavia, esigua, se confrontata a quella della lavoratrice subordinata, prevedendo a loro favore soltanto un assegno di lit. 50.000 *una tantum*.

³³ In *G.U.*, 7 gennaio 1988, n. 546 recante "Indennità di maternità per le lavoratrici autonome".

³⁴ In *G.U.*, 17 dicembre 1990, n. 293, avente a oggetto "Indennità di maternità per le libere professioniste".

³⁵ In *G.U.*, 28 gennaio 1998, n. 22, dal titolo "Ripubblicazione del testo della legge 27 dicembre, n. 449 recante: Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica, corredato dalle relative note".

³⁶ Cfr. L. TARTAGLIONE, *La maternità delle lavoratrici autonome e libere professioniste*, in *Guida lav.*, 19, 2001, p. 50 e ss.

erano ricompresi anche i genitori adottivi e affidatari, i quali, *ex art. 3, c. 5* (poi art. 36 t.u.), avrebbero potuto esercitare il diritto di astenersi dal lavoro di cui all'art. 3, cc. 1 e 2, nei primi tre anni dall'ingresso del minore nel nucleo familiare e a condizione che il bambino adottato o in affidamento avesse un'età ricompresa tra i sei e i dodici anni³⁷.

L'esercizio del diritto in questione³⁸, era subordinato, *ex art. 3, c. 3* all'obbligo di preavvertire il datore di lavoro secondo le modalità e i criteri definiti dai contratti collettivi, e comunque con un preavviso fissato, nella sua formulazione originaria, in almeno quindici giorni³⁹ (poi art. 32, c. 3 t.u.).

³⁷ La legge sui congedi parentali recepisce definitivamente l'orientamento di politica sociale teso a equiparare sotto ogni aspetto i genitori adottivi o affidatari a quelli biologici. Le radici della scelta del legislatore risalgono al periodo immediatamente successivo all'approvazione della l. n. 1204 del 1971, la quale nulla aveva previsto a garanzia della posizione giuridica del genitore adottivo o affidatario. V. in q. Cap. §§ 1; 1.2.

³⁸ Il quale, come ha chiarito la Corte di Giustizia Ue sulla base della clausola 2.1 dell'accordo quadro contenuto nell'allegato della Direttiva n. 96/34/Ce, non attribuisce un diritto a tanti congedi parentali quanti sono i figli nati, cfr. Corte giust. Ue, 16 settembre 2010, C-149/10, in *Dir. rel. ind.*, 2, 2011, p. 553, con il commento di T. DE VIRGILIO, *Congedi parentali e figli gemelli: la Corte europea nega il diritto al doppio congedo*.

³⁹ Tale obbligo, secondo quanto è stato affermato successivamente dalla Suprema Corte pronunciatisi sul punto, non intende subordinare la possibilità di godimento del diritto alle necessità dell'impresa, cfr. Cass. 25 marzo 2011, n. 7011, in *Dir. prat. lav.*, 1, 2012, p. 51, con il commento di G. FARINA, A. LA MENDOLA, *Congedo parentale: lavoro occasionale e licenziamento*; a tal proposito, la giurisprudenza di merito ha in particolare precisato che condizione del diritto al congedo parentale è il suo collegamento con le esigenze organizzative della famiglia, non avendo invece rilievo se i congedi siano o meno utilizzati nella cura del bambino, cfr. App. Milano, 30 agosto 2004, in *Giur. cost. e civ.*, I. col. 2868; Trib. Venezia 3 luglio 2001, in *Lav. giur.*, 10, 2001, p. 956, con il commento di R. NUNIN, *Diritti dei padri lavoratori: primi orientamenti della giurisprudenza a tutela della fruizione dei congedi parentali*. Di diverso avviso si è, tuttavia, pronunciato sul punto il Tribunale del lavoro di Trieste, con l'ordinanza del 13 giugno 2007, confermata, poi, in sede di reclamo, dalla successiva ordinanza del 25 luglio 2007, in *Lav. giur.*, 11, 2007, p. 1114 con il commento di S. SLATAPER, *Congedi parentali e buona fede oggettiva*, il quale ha infatti ritenuto che l'art. 32 t.u., nella parte in cui non prevede la possibilità di subordinare la concessione dei congedi parentali anche alle oggettive esigenze aziendali, possa essere in contrasto con l'art. 41 Cost., nella misura in cui "ipertutelando" l'interesse dei genitori comprima in modo assoluto quello dell'impresa.

Infine, quanto al trattamento economico normativo dei periodi di congedo parentale, il riferimento va all'art. 4, c. 2, lett. *a*) della l. n. 53 del 2000 (ora art. 34, c. 1 t.u.), secondo cui alle lavoratrici e ai lavoratori che fruivano del congedo parentale era dovuta un'indennità previdenziale pari al 30% della retribuzione. Tale indennità era dovuta per un periodo massimo complessivo per i genitori di sei mesi e a condizione che il congedo fosse goduto entro il terzo anno di vita del minore; infatti ai sensi dell'art. 4, c. 2, lett. *b*), per gli ulteriori periodi di congedo parentale spettava la stessa indennità, ma soltanto a condizione che il reddito individuale dell'interessato fosse inferiore a 2,5 volte l'importo del trattamento minimo di pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria. I periodi di congedo parentale dovevano essere computati nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti sulla tredicesima mensilità o sulla gratifica natalizia e sulle ferie e considerati come attività lavorativa ai fini della progressione di carriera, quando i contratti collettivi non richiedessero a tale scopo particolari requisiti (v. art. 34, c. 3 t.u. nella sua formulazione originaria).

2.2. Il congedo di maternità e di paternità

Se la novità principale della l. n. 53 del 2000 consiste nella disciplina sul congedo parentale, che abbraccia e pone sullo stesso piano tanto la madre quanto il padre, la medesima non completa il contenuto della legge in esame. Di rilievo ai fini di questa trattazione sono anche le nuove disposizioni in essa contenute in tema di astensione obbligatoria dal lavoro della madre e del padre, ora ribattezzati «congedo di maternità» e «congedo di paternità»⁴⁰.

Rispetto alla maternità, la legge in parola, ex art. 11, c. 1, poi confluito nell'art. 16, c. 1, lett. *d*), t.u., è anzitutto intervenuta sul divieto per la lavoratrice, di cui all'art. 4 della l. n. 1204, di svolgere qualsiasi attività di lavoro stabilendo che qualora il parto avvenisse in data anticipata rispetto a quella presunta, i giorni non goduti prima del parto avrebbero dovuto essere aggiunti al periodo di astensione obbligatoria dopo il parto, fermo restando che, anche in tal caso, non poteva essere superato il limite massimo di cinque mesi di astensione obbligatoria⁴¹.

⁴⁰ Su cui v. l'ampio commento di D. GOTTARDI, *La disciplina del congedo di maternità e di paternità*, in *Guida lav.*, 19, 2001, p. 16 e ss.

⁴¹ Cfr. Corte App. Firenze, Sez. Lav., 22 settembre 2011, in www.tosclavgiur.it.

Tale ipotesi, assente nella l. n. 1204 del 1971⁴², ha costituito il recepimento delle indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale, la quale aveva dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 4, c. 1, lett. c) della legge del '71, nella parte in cui non prevedeva che in caso di parto prematuro l'astensione decorresse in modo tale da assicurare un'adeguata tutela della madre e del bambino⁴³.

Tra le innovazioni di rilievo introdotte dalla l. n. 53 del 2000 si segnala poi quella che, *ex art. 12, c. 1*, ha previsto l'aggiunta di un nuovo art. 4 *bis*, in seguito confluito nell'art. 20 t.u., con il quale è stato reso possibile alla lavoratrice, a parità di durata del congedo, di astenersi dal lavoro a partire dal mese precedente la data presunta del parto e nei quattro mesi successivi»⁴⁴, purché la scelta della gestante fosse avvalorata da adeguate certificazioni mediche che ne attestassero la non nocività per la stessa e per il nascituro⁴⁵.

Quanto alle novità riguardanti il padre, la l. n. 53 del 2000 ha aggiunto, *ex art. 13, c. 1*, poi confluito all'art. 28, c. 1 t.u., un nuovo arti-

Invero, l'art. 11 aggiungeva un ulteriore comma all'art. 4 cit., secondo cui «La lavoratrice è tenuta a presentare, entro trenta giorni, il certificato attestante la data del parto».

⁴² Cfr. in q. Cap. § 1.1.

⁴³ Cfr. Corte cost. 30 giugno 1999, n. 270, in *Giur. it.*, 2000, p. 246 e in *Giust. civ.*, 11, 1999, p. 2915 con il commento di G. VIDIRI, *Parto prematuro ed astensione obbligatoria ex art. 4, legge n. 1204 del 1971*; Cass. civ., 7 febbraio 2008, n. 2886, in *Guida dir.*, 17, 2008, p. 65.

⁴⁴ Conforme Cass., 30 aprile 2013, n. 10180, in *Guida lav.*, 22, 2013, p. 21, con il commento di R. SCHIAVONE, *Maternità flessibile: congedo pieno anche con certificazione in ritardo*. In senso analogo prima dell'intervento legislativo in parola: Circ. Inps n. 231 del 30 novembre 1999 e n. 45 del 21 febbraio 2000. In giurisprudenza, in senso conforme: Trib. Ravenna del 13 ottobre 1999, in *Lav. giur.*, 12, 1999, p. 155 e ss.

⁴⁵ Si osservi che dal diritto alla flessibilizzazione dell'astensione obbligatoria, *ex novo art. 4 bis*, c. 3 della l. n. 1204, avrebbero dovuto essere esclusi certi lavori da individuare con decreto del Ministro del lavoro, da adottarsi di concerto con i Ministri della sanità e per la solidarietà sociale, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della l. n. 53 del 2000. L'art. 4 *bis*, c. 3 in quanto relativo alla assegnazione di competenza a decreto ministeriale per la modifica dell'elenco dei lavori faticosi, pericolosi e insalubri ha trovato collocazione nell'art. 7 t.u. Inoltre, la permanente validità del termine di sei mesi per l'emanazione del decreto risulta negli articoli finali del t.u.: elenco delle disposizioni in vigore (art. 85) e di quelle abrogate (art. 86), cfr. D. GOTTARDI, *La disciplina del congedo di maternità e di paternità*, in *Guida lav.*, 19, 2001, p. 16 e ss.

colo, il 6 *bis*, alla l. n. 903 del 1977⁴⁶, a mente del quale, *ex c.* 1, il diritto all'astensione obbligatoria riconosciuto alla madre *ex l.* n. 1204 del 1971 nei primi tre mesi dalla nascita del figlio⁴⁷ e il relativo trattamento economico normativo⁴⁸, spettava anche al padre, ma solo al verificarsi di alcuni casi particolarmente gravi e tassativamente previsti, e cioè «in caso di morte o di grave infermità della madre» – fattispecie, queste, che erano già state prese in considerazione dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 1 del 1987⁴⁹ –, ovvero, in caso di abbandono e di affidamento esclusivo del bambino al padre⁵⁰.

Inoltre, condizione per la fruibilità di tale assenza *post partum*, non estendendosi alla fase, sia pure obbligatoria precedente il parto⁵¹, era, ai sensi del successivo comma, poi confluito nel c. 2 dell'art. 28 t.u., la previa certificazione resa dal lavoratore al datore di lavoro delle condizioni suddette e, in caso di abbandono, mediante dichiarazione di responsabilità ai sensi dell'art. 4 della l. n. 15 del 1968. Il c. 3 della norma in parola prevedeva altresì che il padre, in tal caso, avrebbe beneficiato dell'indennità relativa all'astensione obbligatoria prevista per la madre, nonché a vedersi computare l'anzianità di servizio a tutti gli effetti, *ex art.* 6 della l. n. 1204 del 1971 (v. ora art. 29⁵²).

⁴⁶ L'art. 7 essendo invece abrogato. V. in q. Cap. § 1.2.

⁴⁷ Al c. 1 dell'art. 28 t.u. è ora riconosciuto al padre lavoratore il diritto di astenersi dal lavoro non solo «nei primi tre mesi dalla nascita del figlio», ma per tutta la durata del congedo spettante alla madre. Tale aggiunta, assente nella l. n. 53 del 2000, sarebbe spiegabile in base all'intenzione del legislatore del t.u. di salvaguardare le esigenze di cura del figlio in caso di nascita pre-termine, cfr. D. GOTTARDI, *La disciplina del congedo di maternità e di paternità*, in *Guida lav.*, 19, 2001, p. 22 e ss.

⁴⁸ V. in q. Cap. § 1.2.

⁴⁹ V. in q. Cap. § 1.2.

⁵⁰ Sul punto si leggano anche: Circ Inps 6 giugno 2000, n. 109 e 2 aprile 2001, n. 82; Msg. Inps 4 aprile 2007.

⁵¹ Cfr. App. Firenze, Sez. Lav., 22 settembre 2011, in www.tosclavgiur.it. Di diverso avviso si è, tuttavia, pronunciato il Trib. di Firenze, 16 novembre 2009, in *Riv. giur. lav.*, 2, II, 2010, p. 323, con il commento di L. CALAFÀ, *Sull'autonomia del congedo di paternità del lavoratore subordinato*; in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, p. 288, con il commento di A. RANFAGNI, *L'«autunno caldo» del Tribunale di Firenze: due sentenze importanti sui congedi di paternità e di maternità*, secondo cui qualora la madre non abbia utilizzato il congedo di maternità, la durata del medesimo è da intendersi di cinque mesi. V., inoltre, Circ. Inps, 17 agosto 2003, n. 8.

⁵² Tale disposizione provvede a parificare il trattamento economico e norma-

3. I congedi di paternità (obbligatorio e facoltativo) e i voucher baby-sitting o asilo nido nella l. n. 92 del 2012

Eppure, anche a seguito della l. n. 53 del 2000, poi parzialmente confluita nel t.u.⁵³, la materia del *work-life balance* presentava ancora numerose aporie tali da richiedere un ulteriore intervento normativo.

Anzitutto, la situazione dei padri continuava a essere ritenuta dal legislatore secondaria, essendo previsto un congedo di paternità usufruibile solo in via derivata, vale a dire solo in presenza delle due restrittive condizioni contemplate dall'art. 6 *bis* della l. n. 903 del 1977, introdotto successivamente alla sentenza della Consulta n. 1 del 1987, cui erano state aggiunte in virtù dell'art. 13 della l. n. 53 del 2000, poi confluito nell'art. 28 t.u., le restanti due ipotesi tassative di abbandono e di affidamento esclusivo del bambino al padre⁵⁴.

A tale lacuna ha cercato di rispondere l. n. 92 del 2012, c.d. Fornero⁵⁵, che infatti, al fine di promuovere una cultura di maggiore condivisione dei compiti genitoriali e favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, ha introdotto, *ex art. 4, c. 24, lett. a)*, in via sperimentale per gli anni 2013-2015, un congedo di paternità obbligatorio che si aggiunge a quello già disciplinato dal t.u. relativamente ai casi patologici di morte della madre, grave malattia della stessa, abbandono o non riconoscimento del figlio.

tivo del padre lavoratore a quello spettante alla madre sulla base delle indicazioni del c. 3 del medesimo articolo 6 *bis* sopra richiamato. «Nella riformulazione si è adottata una scelta più radicale, di totale applicazione dell'articolo sul trattamento economico e normativo in caso di congedo, diventando indifferente che si tratti di congedo di maternità o di paternità. La trasposizione letterale avrebbe escluso il padre da una serie di tutele, creando una disparità di trattamento inaccettabile», cfr. D. GOTTARDI, *La disciplina del congedo di maternità e di paternità*, in *Guida lav.*, 19, 2001, p. 22.

⁵³ Cfr. art. 85 t.u.

⁵⁴ V. *supra* § 2.2.

⁵⁵ In *G.U.*, 3 luglio 2012, n. 153 recante "Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita". Per un generale commento v. F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamento e rito speciale, contratti ammortizzatori sociali e politiche attive*, in (Suppl. a) *Dir. prat. lav.*, 33, 2012; M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Giuffrè, Milano, 2012.