



Dipartimento di Giurisprudenza  
Cattedra di Diritto del lavoro

## **La tutela della maternità**

RELATORE

Prof Raffaele Fabozzi

CANDIDATO

Alessandra Grimaldi

Matricola 115473

CORRELATORE

Roberto Pessi

ANNO ACCADEMICO 2016-2017

# INDICE

<b>Introduzione</b>	<b>4</b>
---------------------	----------

## **CAPITOLO I** ***PROFILI GENERALI DELLA TUTELA DELLA MATERNITA'***

1. Introduzione	<b>6</b>
2. Principi generali ispiratori della tutela della maternità. L'istanza solidaristico-costituzionale	<b>8</b>
3. Soggetti tutelati e istituti di tutela	<b>18</b>
4. Il percorso seguito dal legislatore italiano verso il Testo Unico	<b>22</b>
5. La tutela multilivello della maternità	<b>34</b>

## **CAPITOLO II** ***L'ISTITUTO DEL CONGEDO***

1. Introduzione	<b>45</b>
-----------------	-----------

2. Brevi profili generali dell'istituto del congedo	<b>47</b>
3. Il congedo di maternità	<b>53</b>
3.1 Parificazione giuridica tra filiazione giuridica e filiazione naturale. Disparità in caso di fecondazione	<b>55</b>
3.2 Flessibilità del congedo di maternità	<b>59</b>
3.3 La sospensione del congedo di maternità	<b>61</b>
3.4 Le altre ipotesi di astensione anticipata	<b>64</b>
4. Brevi cenni sul congedo di paternità e parità uomo-donna nella gestione dei tempi di vita e di lavoro	<b>66</b>
5. Il congedo parentale	<b>72</b>

**CAPITOLO III**  
***IL SOSTEGNO ECONOMICO ALLA MATERNITA' E LE***  
***MISURE DI TUTELA PER LA SALUTE***

1. Introduzione	<b>78</b>
2. Il trattamento economico per il periodo del congedo di maternità e parentale	<b>79</b>
2.1 L'indennità di maternità nei casi di risoluzione del rapporto di lavoro	<b>84</b>
2.2 Il trattamento economico nei casi di mancanza di lavoro in atto	<b>87</b>
2.3 L'indennità nei casi di interruzione della gravidanza	<b>89</b>
3. Gli altri strumenti di sostegno economico	<b>89</b>
3.1 L'assegno di maternità	<b>90</b>
3.2 Le altre misure economiche a sostegno della maternità	<b>91</b>
4. Tutela della salute e della sicurezza della lavoratrice	<b>94</b>

5. Il trattamento previdenziale	99
---------------------------------	----

**CAPITOLO IV**  
***TUTELA DEL LAVORO AUTONOMO, LIBERO***  
***PROFESSIONALE E SPECIALI TIPOLOGIE***

1. Introduzione	103
2. La tutela per le lavoratrici madri. Analogie e differenze. Breve introduzione	104
3. La disciplina speciale prevista per alcune categorie di lavoratrici	105
4. La tutela per le lavoratrici libere professioniste iscritte alla gestione separata dell'INPS	109
5. Lavoratrici autonome	114
<b>Conclusioni</b>	<b>118</b>
<b>Bibliografia</b>	<b>122</b>

*Ai miei genitori,*

*l'amore puro*

## INTRODUZIONE

Il valore della maternità è un bene protetto dal legislatore attraverso le molteplici misure contenute nel *Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità* (D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151).

Tale normativa rappresenta un punto di arrivo in quanto la disciplina di tutela della madre lavoratrice costituisce uno dei primi interventi della legislazione sociale italiana, da cui deriva l'odierno diritto del lavoro. Il tema è di fondamentale importanza sotto molteplici profili giuridici e ai vari livelli: da quello dei principi ordinamentali, a cui la relativa disciplina è informata, rientrando tra i diritti della persona di rilevanza costituzionale, a quello della gestione del personale e dell'organizzazione del lavoro. La donna, in concorrenza con l'attività di lavoro, può svolgere anche funzioni familiari ed in ispecie la funzione di madre, pertanto, lo stesso costituente ha disposto che il legislatore deve riconoscerle condizioni di lavoro tali che la pongono in grado di adempiere anche le dette funzioni, insieme con l'attività di lavoro. Il presente lavoro si è proposto di indagare tale disciplina.

In particolare, la presente indagine esamina i contenuti e individua la normativa e la giurisprudenza di riferimento dei più importanti istituti del Testo Unico, ossia del congedo di maternità, parentale e paternità a cui è dedicato un intero capitolo. Particolare attenzione è posta, soprattutto, alle condizioni e alle modalità di

fruizione dei congedi in relazione al rapporto di lavoro ed al relativo trattamento economico. E', altresì, trattata la valutazione dei rischi in ambito lavorativo, con particolare attenzione alle misure prescritte a salvaguardia della salute della lavoratrice dipendente. L'attenzione non è circoscritta esclusivamente alla disciplina relativa al lavoro dipendente, ma comprende anche le forme di tutela previste per il lavoro subordinato che il Legislatore ha esteso gradatamente anche alle altre tipologie di lavoro, quali quello autonomo, professionale o caratterizzato da atipicità e specialità.

# CAPITOLO I

## Profili generali della tutela della maternità

1. Introduzione - 2. Principi generali ispiratori della tutela della maternità. L'istanza solidaristico-costituzionale - 3. Soggetti tutelati e istituti di tutela - 4. Il percorso seguito dal legislatore italiano verso il Testo Unico - 5. La tutela multilivello della maternità

### 1. Introduzione

L'analisi della tutela della maternità richiede che venga preliminarmente chiarita la correttezza dell'approccio utilizzato.<sup>1</sup> La

---

<sup>1</sup> Per una breve bibliografia sulla tutela della maternità, si veda, tra gli altri, MASCIULLI ROSALBA, MORACE GRAZIELLA, OLIVIERO OLIVIA, CAIOLA STEFANIA, *Tutela della maternità nei laboratori di ricerca e controllo*, Istituto Superiore di Sanità, Rapporti ISTISAN, 16/14, 2016; TSCHOELL JOSEF, ZUCARO ROSITA, BOSCO ALBERTO, *Maternità e paternità. La conciliazione vita-lavoro dopo il D.Lgs. 15 giugno 2015*, n. 80, Milano, 2015; CALAFÀ LAURA, *Congedi di maternità e paternità*, in *Diritto on line*, 2015, Treccani.it; SACCO FERNANDO, *Tutela e sostegno della maternità e della paternità*, Milano, 2012; SACCO FERNANDO, *Congedo e permessi a sostegno della maternità e della paternità. Diritti, obblighi, procedure*, Santarcangelo di Romagna, 2012; CARAGNANO ROBERTA, *Le misure a sostegno della genitorialità: congedo obbligatorio di paternità e voucher*, in MAGNANI MARIELLA, TIRABOSCHI MICHELE, *La nuova riforma del lavoro*, Milano, 2012, pp. 325 ss.; MORELLO MARIA, *La*



materia oggetto d'indagine viene affrontata attraverso una visione più ampia, anche interdisciplinare e multilivello (interna, regionale, internazionale) del diritto. Tale approccio consente di inserire l'istituto in esame in un contesto più generale, collocandolo nel proprio settore, enucleandone i principi che lo informano e che informano anche l'intero sistema di cui è parte integrante. In tal modo, è possibile apprezzare come la tutela della maternità faccia parte di un contesto più ampio, in una visione sistematica del diritto.

L'approccio appena delineato conduce a privilegiare uno studio preliminare dei principi informatori della disciplina in esame, in una visione costituzional-solidaristica della materia, dei suoi destinatari e degli strumenti di tutela. Tale parte introduttiva del lavoro procederà ad analizzare anche il percorso normativo seguito dal Legislatore italiano in materia, per una migliore comprensione della normativa attuale e dei diversi principi che hanno informato la normativa che regola la materia nel corso del tempo. Per finire ci si sofferma su un'analisi del tema in chiave comunitaria e internazionale.

---

*maternità al centro delle prime forme di tutela della salute e della sicurezza delle lavoratrici*, in *Working Papers dell'Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro*, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Carlo Bo" di Urbino, n. 15, 2012, <http://olympus.uniurb.it>; SANNA PAOLA, VICHI LUCA, BOSCO ALBERTO, (a cura di), *La riforma del lavoro. Maternità e paternità nel rapporto di lavoro*, Volume 7, Milano, 2012; SCHIAVONE ROSSELLA, *Maternità e congedi parentali*, Milanofiori Assago, 2012; FRANZIN PAOLA, LEBRA ANDREA, *Famiglia maternità e lavoro. Tutela, sostegno e protezione*, Roma, 2006; LEBRA ANDREA, FRANZIN PAOLA, *Famiglia, maternità e lavoro. Tutela sostegno e protezione*, Roma, 2006; PALMIERI G., *La tutela della lavoratrice madre con riferimento all'evoluzione storica del problema ed alla vigente legislazione*, in *La Rivista italiana di previdenza sociale*, n. 1, Milano, 1959, pp. 31 ss.

## **2. Principi generali ispiratori della tutela della maternità.**

### **L'istanza solidaristico-costituzionale**

La tutela della maternità trova la propria disciplina nel Decreto legislativo del 26 marzo 2001, n. 151, il Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53. Tale disciplina si inserisce in un contesto più ampio, ossia nel complesso di garanzie riconosciute a beneficio della donna in tema di pari opportunità sul lavoro e di salvaguardia della sua funzione essenziale nella famiglia (articoli 29, 30 Costituzione).<sup>2</sup>

Il soggetto femminile viene configurato come “soggetto debole” (del rapporto di lavoro) ed, in quanto tale, da tutelare mediante la previsione di apposite misure. La tutela dei “soggetti deboli” rappresenta un’esplicazione dell’istanza solidaristica che connota il cosiddetto Stato sociale. In tale contesto, il concetto di solidarietà deve intendersi “*come «partecipazione» ed «impegno» nei confronti di un «soggetto debole», e quindi come esplicazione del principio personalista, nella misura in cui la «partecipazione» e l’«impegno» si traducono nella rimozione degli ostacoli che impediscono (o, quanto meno, mettono a repentaglio) il pieno sviluppo della persona umana.*”<sup>3</sup> Tale concezione trova sostegno nella stessa denominazione utilizzata nella legge del 26 agosto 1950, n. 860 la quale dettava norme proprio in materia di tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri.

La concezione della donna lavoratrice come soggetto da tutelare ha assunto un contenuto diverso nel corso del tempo,

---

<sup>2</sup> Articoli 29 e 30 Costituzione.

<sup>3</sup> BELLOCCI MARIO, PASSAGLIA PAOLO, *La tutela dei «soggetti deboli» come esplicazione dell’istanza solidaristica nella giurisprudenza costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it/](http://www.cortecostituzionale.it/), 2006, p. 1.

condizionato anche dalle ideologie politiche. In tale contesto, la tutela della lavoratrice madre non ha potuto non riflettere questo cambiamento che ha influito nel processo di evoluzione della disciplina in materia, come sarà valutato nel prosieguo della trattazione, la quale ha evidenziato un cambiamento dei principi e degli obiettivi perseguiti dalla disciplina stessa. In altri termini, il cambiamento graduale del concetto della funzione della donna nell'ambito della società si è riflesso nella disciplina adottata in sua tutela, la quale ha rispettato questa diversa concezione. In tale contesto, l'emancipazione della donna e del suo ruolo hanno giocato una parte fondamentale, la quale all'inizio era principalmente concepita come un soggetto destinato alla riproduzione della specie, ma ha successivamente dimostrato le proprie capacità e la sua possibilità di fornire un contributo meritevole nel mondo lavorativo e nel sociale.

In sostanza, i principi di carattere solidaristico che connotano la disciplina in materia hanno condotto a tutelare la donna, in una prima fase, in quanto soggetto debole, per il valore sociale della maternità, mentre in una seconda fase, non solo al fine di tutelare la donna per le particolari condizioni in cui viene a trovarsi durante la maternità, ma anche per il suo contributo professionale (per tale motivo, ad esempio, viene previsto anche il divieto di licenziamento ai fini del mantenimento del posto di lavoro). L'analisi di questo passaggio richiede che vengano evidenziate anche considerazioni di carattere storico-politico e, conseguentemente, di anticipare qualche profilo che riguarderebbe il percorso storico e giuridico che verrà trattato nel prosieguo della trattazione.

Nella legge Carcano del 1902, la salvaguardia delle donne dal lavoro era “essenzialmente diretta a preservare la loro capacità di

procreazione”.<sup>4</sup> In sostanza, la disciplina dettata in materia non perseguiva lo scopo di colpire lo sfruttamento delle donne e dei minori, ma era sostenuta dalla “*necessità di proteggere la stirpe nazionale, dai danni fisici e morali prodotti dal lavoro industriale. In particolare per le donne, la scelta d’intervenire specificamente al momento della maternità non era da intendersi come primo riconoscimento di un valore sociale di quest’ultima, ma esprimeva la volontà di identificarle interamente con la loro funzione biologica.*”<sup>5</sup>

Appare evidente che la donna non era tutelata in quanto soggetto debole durante il periodo di maternità, al fine di preservare le proprie condizioni lavorative, unitamente alla salute, bensì era un individuo da proteggere solo in quanto concepito come uno strumento, un mezzo, per la procreazione. L’accento veniva posto sulla funzione piuttosto che sull’individuo. Veniva tutelata la maternità, non l’essere femminile, ma la donna in quanto madre.<sup>6</sup> Questa concezione trovava fondamento nell’idea della inferiorità dell’essere femminile che la relegava alla maternità come sua unica funzione e solo contributo sociale che era capace di dare. Ne derivava una compressione o addirittura un mancato riconoscimento dei diritti politici e del lavoro produttivo femminile. Infatti, in quel contesto, la borghesia italiana era interessata a ritenere in ambito casalingo le borghesi piuttosto che a dedicarsi alle proletarie che lavoravano nelle fabbriche.

---

<sup>4</sup> PUCCINI SANDRA, *Condizione della donna e questione femminile (1892-1922)*, in *Problemi del socialismo*, n. 4, 1976, p. 17.

<sup>5</sup> MORELLO MARIA, *La maternità al centro delle prime forme di tutela della salute e della sicurezza delle lavoratrici*, op. cit., p. 15.

Si veda, anche, COLELLA ANNA, *Figura di vespa e leggerezza di farfalla. Le donne e il cibo nell’Italia borghese di fine Ottocento*, Firenze-Milano, 2003, p. 52.

<sup>6</sup> Sull’argomento, si veda, BEBEL AUGUST, *La donna e il socialismo*, traduzione di FEDERICI F., Milano-Palermo-Napoli, 1905, p. 397.

Una disciplina di questo tipo, tuttavia, provocava nocimento a sé stessa nel senso che produceva effetti negativi al suo medesimo scopo in quanto se, da un lato, veniva protetta la donna in quanto madre, dall'altro lato, i costi economici e sociali della maternità venivano a gravare esclusivamente su di lei. Appare evidente che senza un sostegno da parte della collettività o da parte dell'impresa, la maternità non veniva incoraggiata.

*“Il fine è di evitare che le donne minorenni si infiacchiscano e diano al paese generazioni deboli e infelici”, tenuto conto che “la donna debole procrea uomini deboli”.* Ciò considerando anche che gli interessi del patronato potevano sintetizzarsi nel senso che le disposizioni della legge in esame rispondono *“alla necessità di tutelare la salute delle donne occupate nell'industria [...] ma tengono anche il dovuto conto delle condizioni dell'industria, al fine di non incepparne lo svolgimento con restrizioni eccessive”*.<sup>7</sup>

La legge Carcano conteneva ulteriori profili problematici. In particolare, l'introduzione del congedo non retribuito appariva un ulteriore vantaggio a favore dell'imprenditore che proprio nel periodo di minore produttività della donna, poteva sottrarsi alla corresponsione del salario. Inoltre, vi è da evidenziare che il divieto di adibire le donne dopo il parto a determinati lavori, quali quelli pericolosi, insalubri, notturni o sotterranei, e l'astensione obbligatoria erano stati stabiliti al fine di preservare la capacità di procreazione.<sup>8</sup> I limiti della legge in materia erano riscontrabili anche con riferimento alla conservazione del posto di lavoro, infatti non era prevista alcuna garanzia rispetto a tale

---

<sup>7</sup> NATOLI M., *Dall'incapacità giuridica al nuovo diritto di famiglia*, in AA.VV., *La donna e il diritto: dall'incapacità giuridica al nuovo diritto di famiglia*, Roma, 1976, pp. 20 ss.

<sup>8</sup> Atti parlamentari, *Camera dei deputati*, legisl. XXI, sess. 1900-1901, doc. n. 139A e n. 280A, p. 12.

situazione. In effetti, i datori di lavoro non si assumevano l'impegno di riammettere la lavoratrice al suo posto.<sup>9</sup> Nel complesso, sembrerebbe che la disciplina in tema di tutela della lavoratrice madre, lungi dal prevedere delle forme di protezione per la destinataria, sembrava celasse l'intento di limitare l'ingresso della donna nel mondo del lavoro.

In tal senso, appare chiarificatore l'intervento dell'on. Comandini il quale, durante il dibattito alla Camera relativo alla legge n. 242/1902, dichiarava che “[l]’*invasione delle donne in tanti lavori e in tante industrie, che prima erano riservate agli uomini soltanto, è evidentemente un danno grave, che poi in fondo riesce anche a detrimento dell’economia generale. È un danno grave, perché la piaga della disoccupazione verrà così ogni giorno diventando più acerba e acuta; riesce a danno dell’economia nazionale, perché per la produzione industriale della donna, essendo unitariamente inferiore a quella dell’uomo, dovrà a forza essere maggiore il prolungamento di quelle condizioni di vita a cui le donne negli stabilimenti industriali vengono assoggettate*”.<sup>10</sup>

Il ruolo della donna nella società italiana viene ridefinito in sede costituente, in occasione dell'elaborazione dell'articolo 37, durante il quale venne discussa l'uguaglianza giuridica della donna con l'uomo. Il dibattito svoltosi in sede costituente ha condotto al

---

<sup>9</sup> Assumeva carattere eccezionale, pertanto, il lodo probivirale, Proviviri Tessili – Prato, 22 luglio 1902 – Paoli c. Kössler, in REDENTI E., *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, a cura e con un'Introduzione di CAPRIOLI S., Torino, 1992, p. 185.

Nel lodo era stato ritenuto che “[l]’*operaia, che lascia il lavoro nell’occasione di un parto e costrettavi dall’allattamento, ha diritto, al cessare di questo, di ripigliare il lavoro, ove risulti che l’imprenditore ha effettivamente dei posti disponibili nella sua fabbrica. L’assuntore che non la riammette al lavoro, è tenuto ad indennizzarla dei danni, la misura dei quali dipende dal tempo, in cui essa rimase in inutile attesa di una risposta alla sua domanda di essere riammessa al lavoro*”.

<sup>10</sup> Atti parlamentari, *Camera dei deputati*, Legislatura XXI, 2a sessione, Discussioni, tornata del 19 marzo 1902, pp. 317-318.

riconoscimento dell'uguaglianza dei sessi, accanto al riconoscimento del valore sociale della maternità. Si tratta di due importanti conquiste. Il primo profilo è stato previsto nell'articolo 3 il quale sancisce il principio generale di eguaglianza, mentre il secondo nell'articolo 31, comma 2, e con specifico riferimento alla donna lavoratrice nell'articolo 37. Grazie all'introduzione di tali disposizioni, la Costituzione è stata definita come *“il più grande atto di questo secolo fatto in favore delle donne”*.<sup>11</sup>

L'articolo 37 prevede una tutela particolare per le donne, stabilendo che siano riconosciuti loro gli stessi diritti e la stessa retribuzione del lavoratore, a parità di lavoro. Appare evidente che tale disposizione costituisce un'applicazione, nel settore del lavoro, del disposto generale dell'articolo 3, tenuto conto che tale articolo assicura ai cittadini la pari dignità sociale, l'eguaglianza e l'effettiva partecipazione dei lavoratori, senza distinzione di sesso, all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. *“La Costituzione italiana del 1948 segna così una svolta decisiva ed irreversibile, perlomeno in linea di principio, nel processo di liberazione della donna e di parificazione sociale dei due sessi: i costituenti – o per essere più precisi le costituenti 154 – avevano voluto sancire espressamente il diritto delle lavoratrici alla parità di trattamento.”*<sup>12</sup>

Come sopra evidenziato, con l'articolo 37 la nostra Costituzione promuove il valore sociale della maternità, garantendo una

---

<sup>11</sup> Si tratta della dichiarazione resa da Nilde Iotti, una protagonista della Costituente. Sul tema, GALOPPINI ANNA MARIA, *L'emancipazione femminile, ieri e oggi*, in GRAZIANI CARLO ALBERTO, CORTI INES (a cura di), *I diritti delle donne*, Milano, 1996, p. 27.

<sup>12</sup> MORELLO MARIA, *La maternità al centro delle prime forme di tutela della salute e della sicurezza delle lavoratrici*, op. cit., p. 41.

protezione speciale ed adeguata per il bambino e la madre. Ciò comporta che il datore di lavoro non potrebbe esonerarsi dal dovere di leale collaborazione. Nello specifico, l'articolo 37 oltre a sancire, come sopra evidenziato, la parità di diritti e di retribuzione, tra la donna lavoratrice e il lavoratore, richiede che siano predisposte quelle condizioni di lavoro che consentano l'adempimento della funzione familiare della madre, la quale viene considerata essenziale, e assicurare a quest'ultima e al bambino una speciale adeguata protezione.

Tale lettura trova conforto in una nota del Ministero del Lavoro del 2009, nella quale veniva spiegato che il datore di lavoro è vincolato a considerare ogni soluzione idonea ad agevolare la funzione genitoriale del dipendente, *“in particolare attraverso una diversa organizzazione del lavoro o una flessibilizzazione degli orari, avendo riguardo alla oggettiva e comprovata situazione di difficoltà familiare e alle documentate esigenze di accudienza ed educative della prole”*,<sup>13</sup> secondo i principi di buona fede, correttezza e ragionevolezza. Infatti, nella società attuale, la donna può trovarsi a dover svolgere la funzione di lavoratrice e quella familiare. Questo richiede che il Legislatore deve predisporre quelle condizioni che consentono alla donna di poter svolgere la funzione di madre, insieme a quella lavorativa. Il Legislatore ha individuato tali condizioni, tra l'altro, nell'attribuzione dei periodi di sospensione dal lavoro durante il periodo di gravidanza, di puerperio, in specifiche previsioni relative all'orario di lavoro e via dicendo.

La Corte Costituzionale ha avuto più volte occasione di pronunciarsi sul principio di uguaglianza e sul contenuto dell'articolo 37. Giurisprudenza costante ha chiarito che tale principio è diretto ad

---

<sup>13</sup> Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, nota 68/2009 *“Conciliazione dei tempi di vita e di lavoro a sostegno della maternità e diritto a forme di flessibilità dell'orario e dell'organizzazione del lavoro ex art. 9, D.lgs. n.124/2004”*.



evitare che il Legislatore adotti delle norme che conducano a discriminazioni arbitrarie, ma ciò non significa che la disciplina da adottarsi debba essere identica per tutti i soggetti, ma al contrario, che le norme devono essere adeguate alle diverse situazioni sociali.<sup>14</sup> In particolare, nella sentenza 137 del 1986, la Corte ha ribadito quanto affermato con la precedente decisione adottata nel 1969, n. 123 nella quale veniva statuito che l'articolo 37 riconosce alla donna lavoratrice non solo gli stessi diritti e, a parità di lavoro, la stessa retribuzione che spetta all'uomo *“ma anche il diritto a che le siano assicurate condizioni di lavoro tali che le consentano l'adempimento della "essenziale" sua funzione familiare ed un'adeguata protezione, affinché possa svolgere, se del caso, in concorrenza dell'attività di lavoro, anche il compito di madre.”*<sup>15</sup> Nell'anno successivo, la Corte ha avuto di nuovo modo di pronunciarsi sull'articolo 37 della Costituzione in quanto, nella sentenza n. 17 del 1987, sottolineava che il contenuto dell'articolo, il quale aveva ricevuto specifica attuazione con la legge 9 dicembre 1977 n. 903, ha efficacia generale per tutti i cittadini che, pertanto, lo devono osservare.<sup>16</sup> *“Per quanto riguarda in particolare il rapporto di lavoro, esso deve essere osservato dal datore di lavoro e dal terzo a favore del quale va il risultato dell'attività del datore di lavoro e che forma oggetto di apposito contratto. Di guisa che questo anzitutto non può contenere clausole che importino una discriminazione, solo per ragioni di sesso, a danno della lavoratrice impiegata in detta attività e le dette clausole, eventualmente pattuite, sono nulle.”*<sup>17</sup> Vi è di più, secondo la Corte, il datore di lavoro può opporsi alla risoluzione contrattuale voluta dal

---

<sup>14</sup> BELLOCCI MARIO, PASSAGLIA PAOLO, *La tutela dei «soggetti deboli» come esplicazione dell'istanza solidaristica nella giurisprudenza costituzionale*, op. cit., p. 34.

<sup>15</sup> Corte Costituzionale, 18 giugno 1986, n. 137.

<sup>16</sup> Corte Costituzionale, 16 gennaio 1987, n. 17.

<sup>17</sup> Corte Costituzionale, 16 gennaio 1987, n. 17.

terzo, nel caso in cui le ragioni di tale richiesta si basino su una discriminazione a danno della lavoratrice.

Con riferimento al rapporto tra lavoratrice e datore di lavoro, la Corte affermava che quest'ultimo non potesse rifiutare l'assunzione basata su motivi relativi alla differenza di sesso. Inoltre, i medesimi motivi non potevano rappresentare un giustificato motivo da porsi alla base dell'eventuale licenziamento. Nemmeno il comportamento del datore di lavoro *“può trovare giustificazione nell'eventuale risoluzione di un contratto stipulato con un terzo, richiesta per ragioni comunque importanti discriminazione per sesso e successivamente accettata dallo stesso datore di lavoro. Le conseguenze di siffatto comportamento, verificatesi a danno della lavoratrice, ricadono indubbiamente su di lui.”*<sup>18</sup>

Oltre ai summenzionati contenuti del nostro testo fondamentale, ai fini della tutela della maternità, rileva anche l'articolo 4 del medesimo testo il quale riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendono effettivo questo diritto. Ne consegue che il Legislatore deve creare quelle condizioni affinché anche le madri lavoratrici possano essere tutelate. Inoltre, occorre anche considerare l'articolo 35, il quale tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni, oltre che l'articolo 38 che sancisce il diritto ai trattamenti assistenziali e previdenziali.

Il valore sociale della maternità ha trovato espressione non solo nelle summenzionate disposizioni costituzionali, ma anche nella legislazione ordinaria attraverso la cosiddetta “mutualizzazione” e “fiscalizzazione” degli oneri da essa derivanti che gravano sulla solidarietà di tutti i consociati. *“L'attrazione nell'ambito previdenziale sottolinea la rilevanza dell'interesse pubblico al quale continua ad essere ispirata la tutela delle*

---

<sup>18</sup> Corte Costituzionale, 16 gennaio 1987, n. 17.

*lavoratrici madri. Ma non è più l'interesse all'incremento demografico o alla preservazione della razza. Oramai è l'interesse alla eliminazione delle situazioni di bisogno in cui si trovano i cittadini, mezzo al fine di garantire l'effettivo godimento dei diritti civili e politici.*"<sup>19</sup> Ne consegue che la tutela a favore delle lavoratrici madri non ha più ad oggetto il mantenimento di un certo ordine pubblico, ma prevede l'attribuzione di un diritto soggettivo pubblico in quanto le madri sono soggetti di una tutela predisposta a loro favore.<sup>20</sup>

In conclusione, il percorso seguito dal Legislatore, in materia di tutela della maternità, è stato caratterizzato dal passaggio da una visione tradizionale di ispirazione protettiva in cui la donna merita tutela per la sua funzione strumentale e l'entità economica è basata sul lavoro maschile, a quella secondo la quale la disciplina in merito considera le specifiche esigenze e condizioni delle lavoratrici, come donne e come madri.

Anche l'impostazione data dalla vigente Costituzione conduce ad una legislazione la quale ha carattere protettivo, ma la predisposizione di specifiche tutele è, o almeno dovrebbe, essere predisposta al fine di rendere compatibili il lavoro e lo stato di gravidanza e puerperio, così da rendere possibile la coesistenza della funzione familiare e della condizione lavorativa.

*"[S]e la tutela della maternità deve essere collocata proprio all'interno del disegno costituzionale di emancipazione delle donne, l'eguaglianza costituisce il presupposto necessario della tutela", tenuto conto che la mancata realizzazione della parità nel lavoro produce come conseguenza quella di conservare e lasciar permanere la "responsabilità esclusiva della madre all'interno della coppia, a sua volta concausa del*

---

<sup>19</sup> Così PERSIANI MARIA, *La disciplina del lavoro femminile*, in *Giur. It.*, IV, 1968, c. 108.

<sup>20</sup> Così PERSIANI MARIA, *La disciplina del lavoro femminile*, *op. cit.*, c. 108.

*permanere della donna in una condizione di inferiorità sociale e di subalternità in seno alla famiglia.*"<sup>21</sup> Purtuttavia, la necessità di una tutela di carattere speciale viene ravvisata nella circostanza che la maternità è un diritto ma anche un onere.<sup>22</sup>

### **3. Soggetti tutelati e istituti di tutela**

Gli istituti di tutela previsti dal testo Unico 151/2001 hanno come beneficiari la madre lavoratrice e, con riferimento ad alcuni strumenti, anche il padre lavoratore. L'aver incluso anche la figura del padre, nell'ambito dei beneficiari, dimostra che la normativa attuale ha confermato l'impostazione principiata nella legge n. 53/2000, nella quale i benefici attribuiti alla madre lavoratrice erano stati estesi anche al padre lavoratore. In tal modo, è stata evidenziata l'essenzialità del contributo di entrambi i genitori nell'impegno relativo alla crescita della prole, al fine di una migliore gestione del nucleo familiare.

La tutela fisica ed economica della lavoratrice madre viene realizzata mediante l'adozione di diversi tipi di istituti.<sup>23</sup> In primis, sono state imposte delle limitazioni alla capacità di lavoro durante il periodo di maternità. In secundis, in considerazione della particolare condizione della madre lavoratrice o della prole, è stata prevista la facoltà di poter

---

<sup>21</sup> MORELLO MARIA, *La maternità al centro delle prime forme di tutela della salute e della sicurezza delle lavoratrici*, op. cit., p. 58.

<sup>22</sup> BALLESTRERO MARIA VITTORIA, *La Costituzione e il lavoro delle donne. Eguaglianza, parità di trattamento, pari opportunità*, in GIGANTE M. (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli, 2007, p. 82.

<sup>23</sup> LAMBERTUCCI PIETRO, *Diritto del lavoro*, Milano, 2010, p. 742.

godere di un ulteriore periodo di astensione dal lavoro. In terzo luogo, è stata introdotta una serie di divieti, ossia quello di licenziamento, il quale non può essere disposto durante un periodo cosiddetto protetto, quello di adibire a determinati lavori che sono considerati pregiudizievoli e quello di lavoro notturno. Infine, è attribuito anche un sostegno economico per le madri lavoratrici.

Secondo un inquadramento avente carattere maggiormente generale, i medesimi strumenti di tutela sopra evidenziati possono ricevere un ulteriore e diverso raggruppamento in base al profilo che si ritiene venga tutelato. In tale contesto, la tutela della maternità viene realizzata secondo tre aspetti, ossia assicura

- alla lavoratrice madre, in alcune ipotesi anche al padre, il mantenimento del rapporto di lavoro e dei diritti derivanti dal rapporto stesso;
- la sicurezza economica durante il periodo di maternità e quello successivo al rapporto di lavoro stesso, a mezzo della copertura contributiva ai fini pensionistici (alla madre o al padre);
- una tutela a favore del bambino, fino al compimento di una certa età, oppure quando sia portatore di handicap.

In sostanza, appare evidente che alcuni strumenti sono stati predisposti a tutela della salute della madre lavoratrice (i congedi, i riposi, permessi, le misure per la tutela della salute), mentre altri al fine di fornire anche un sostegno di carattere economico. Nel caso di figli naturali, adottivi e in affidamento, il Testo Unico ha previsto una disciplina analoga a quella stabilita nel caso di maternità naturale.

Con riferimento agli istituti diretti alla tutela del diritto alla salute, lo strumento principale è quello del congedo di maternità, denominato anche astensione obbligatoria dal lavoro, il quale “è una

*forma di tutela ampia e flessibile, garantita durante la gravidanza e nei primi mesi di vita del bambino. Consiste nel divieto, posto a carico del datore di lavoro, di adibire al lavoro la donna nei due mesi precedenti la data presunta del parto (congedo di maternità ante partum) e nei tre mesi successivi alla data effettiva del parto (congedo di maternità post partum).”<sup>24</sup>*

Appare evidente che si tratta di un periodo durante il quale la donna deve necessariamente astenersi dal lavoro che copre l’arco di cinque mesi. Nel 2000, è stato adottato il principio della cosiddetta flessibilità riguardo all’istituto in esame il quale consente alla lavoratrice dipendente di proseguire l’attività lavorativa nel corso dell’ottavo mese e, conseguentemente, di estendere il periodo di congedo *post partum* per un numero di giorni pari a quelli durante i quali è proseguita l’attività lavorativa durante l’ottavo mese.

Tale istituto è previsto anche a favore della lavoratrice madre nel caso di adozione e/o affidamento, nazionale e internazionale, di minori. In questa ipotesi, il congedo di maternità consiste sempre in un periodo di cinque mesi, i quali decorrono, nel caso di adozione nazionale, dall’effettivo ingresso in famiglia del minore adottato o affidato pre-adottivamente nonché per il giorno dell’ingresso stesso; nel caso di adozione o pre-affidamento internazionale, dall’ingresso in Italia del minore adottato o affidato nonché per il giorno dell’ingresso in Italia.

Il congedo di maternità è riconosciuto anche in caso di interruzione di gravidanza, nel caso in cui questa si verifichi dopo i 180 giorni dall’inizio della gestazione, oltre che nell’ipotesi di decesso del bambino alla nascita o durante il congedo di maternità. Tuttavia, in tali

---

<sup>24</sup> INPS, *Diritti ed opportunità per i genitori che lavorano*, <http://www.politichefamiglia.it/media/1215/opuscolo.pdf>, p. 2.

casi, la lavoratrice ha facoltà di riprendere l'attività lavorativa (art. 16, comma 1 bis, del T.U. modificato dal D.Lgs. 119/2011).

Oltre al congedo di maternità obbligatorio, il nostro ordinamento prevede anche la cosiddetta astensione facoltativa dal lavoro. Ci si riferisce al congedo parentale il quale, a differenza del precedente istituto, non è riconosciuto esclusivamente alla madre lavoratrice, ma anche al padre (ex astensione facoltativa, articolo 2 T.U.), ossia al diritto di astensione di un genitore per un ulteriore periodo, secondo diverse modalità di fruizione. In altri termini, In particolare, la madre lavoratrice che abbia usufruito del periodo di congedo di maternità, ha la facoltà di astenersi dal lavoro anche per ulteriori periodi; per quanto riguarda il padre, tale facoltà è riconosciuta fino dalla data del parto. La lavoratrice madre o il lavoratore padre possono usufruirne sino al compimento degli otto anni di età del bambino (ovvero fino agli otto anni dall'ingresso in famiglia in caso di minori adottati/affidati), ma il periodo di astensione facoltativa non può superare il periodo complessivo, usufruito complessivamente dai due genitori, di dieci mesi.

Inoltre, è previsto il diritto ai riposi giornalieri a beneficio della lavoratrice madre che sia assicurata all'Inps per la maternità (ad esclusione delle lavoratrici domestiche, a domicilio, autonome o parasubordinate). La madre può usufruirne durante il primo anno di vita del bambino, mentre nel caso di adozione o affidamento tale termine decorre dall'ingresso in famiglia del minore. Tali permessi sono retribuiti mediante la corresponsione di un indennizzo dall'Inps in misura pari all'intera retribuzione.

Infine, la legge prevede anche una forma di tutela che assicura alla lavoratrice madre la conservazione del posto di lavoro e la

corresponsione di un'indennità di maternità anche nel caso di dimissioni.

Con riferimento agli strumenti di tutela aventi carattere economico, la legge prevede un trattamento consistente nella percezione di un'indennità economica in sostituzione della retribuzione. Infatti, durante il periodo di congedo, la madre lavoratrice ha diritto all'indennità di maternità, la quale viene sopportata dall'Inps, in sostituzione della retribuzione o del reddito da lavoro. Nel caso di congedo parentale, in base al periodo ed alle modalità di fruizione, la retribuzione viene determinata in misura ridotta, mentre in altri casi è assente. Inoltre, è previsto un assegno di maternità a carico dello Stato, a favore delle madri che non beneficiano di tali trattamenti oppure alle quali è riconosciuto un trattamento economico inferiore rispetto all'importo dell'assegno dello Stato (Art. 75 del D.Lgs. 151/2001, già art. 49 della L. 488/1999; D.P.C.M. 452/2000).

#### **4. Il percorso seguito dal legislatore italiano verso il Testo Unico**

Rispetto ad altri Stati europei, l'Italia ha adottato con ritardo le prime norme in materia di tutela della maternità, con specifico riferimento al settore del lavoro, ovvero nel XIX secolo. Il lavoro delle donne che era stato ignorato dal Legislatore italiano nella legge del 1886, ha trovato spazio nella disciplina del 19 giugno del 1902 con la quale il Parlamento italiano ha approvato la legge n. 242, *Sul lavoro*



*delle donne e dei fanciulli*, la cosiddetta legge Carcano,<sup>25</sup> dal nome del suo ministro promotore. La novità di maggiore importanza contenuta in tale legge ha riguardato proprio la tutela giuridica della maternità, prevista negli articoli 6 e 10 i quali avevano previsto il congedo di maternità,<sup>26</sup> avente carattere obbligatorio a favore delle madri lavoratrici che copriva le quattro settimane successive al parto, non retribuito. Tuttavia, la medesima legge prevedeva un'eccezione a tale diritto in quanto stabiliva che "in via del tutto eccezionale" le puerpere potessero essere impiegate al lavoro anche nel periodo precedente, ma non prima di tre settimane *post partum*, da considerarsi come periodo di riposo forzato. Ne derivava che il periodo di congedo obbligatorio, effettivamente coperto dalla legge, consisteva in una settimana successiva al parto. Tale disciplina evidenziava la situazione difficile nella quale versavano le madri, tenuto conto che a queste ultime non era assicurata alcuna retribuzione, in quanto la legge taceva su tale punto, né era garantita la conservazione del posto di lavoro ed avevano solo un'alternativa, ossia "*affrontare, lavorando, danni certi alla loro salute, oppure col riposo, la fame*".<sup>27</sup> Con riferimento al periodo precedente al parto, invece, la legge non prevedeva alcuna forma di tutela.

La disciplina in materia presentava un ulteriore limite in quanto il suo ambito di applicazione era limitato alle lavoratrici degli

---

<sup>25</sup> SAROGNI EMILIA, *La donna italiana. Il lungo cammino verso i diritti, 1861-2000*, Milano, 2004, p. 123; BALLESTRERO MARIA VITTORIA, *Il pubblico impiego nel «Il contratto di lavoro» di L. Barassi*, in NAPOLI MARIO (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Milano, 2003, p. 530.

<sup>26</sup> BALLESTRERO MARIA VITTORIA, *La protezione concessa e l'uguaglianza negata: il lavoro femminile nella legislazione italiana*, in GROPPI A. (a cura di), *Il lavoro delle donne*, Roma-Bari, 1996, p. 451.

<sup>27</sup> Dichiarazione di Filippo Turati il quale poneva in evidenza la carenza del progetto Carcano nella tutela della maternità. Cfr. Atti parlamentari, *Camera dei deputati*, Discussioni, leg. XXI, sess. I, tornata del 24 maggio 1901.

opifici industriali, dei laboratori e delle arti edilizie. Escludere quelle del settore agricolo e del lavoro a domicilio, in un contesto lavorativo caratterizzato da una nascente realtà industriale, significava aver destinato la disciplina in esame ad un ambito ristretto.<sup>28</sup>

Nel complesso, pertanto, l'istituzione del congedo di maternità rimaneva una forma di tutela puramente formale. Oltretutto, era rimasta aperta la discussione sulla questione della retribuzione durante il periodo di riposo forzato che, come sopra evidenziato, non era previsto.<sup>29</sup> Al fine di sostenere economicamente le lavoratrici in congedo, solo nel 1910 vennero istituite le Casse di maternità con la l. 17 luglio 1910, n. 520.<sup>30</sup> In tal modo, le lavoratrici hanno potuto godere di una prestazione economica durante il periodo di astensione dal lavoro per maternità, ma tale elargizione aveva carattere assistenziale ed era costituita da una somma predeterminata, comunque non comparata al salario.<sup>31</sup>

Oltre all'istituto del congedo, la legge 242 del 1902 prevedeva anche il diritto di allattamento, nelle fabbriche dove erano impiegate le lavoratrici madri, che doveva essere consentito *“sia in una camera speciale annessa allo stabilimento, sia permettendo alle operaie nutrici l'uscita dalla fabbrica nei modi e nelle ore”* stabiliti dal regolamento interno (articolo 10). Tale obbligo incombeva sui datori di lavoro che

---

<sup>28</sup> Al riguardo, si veda, BUTTAFUOCO ANNARITA, *Il posto della donna. Lavoro, maternità, ruolo sociale femminile nella legislazione di tutela tra Ottocento e Novecento*, Arezzo, 1989, pp. 49-54.

<sup>29</sup> MORELLO MARIA, *La maternità al centro delle prime forme di tutela della salute e della sicurezza delle lavoratrici*, op. cit., p. 14.

<sup>30</sup> DONÀ A., *Le pari opportunità. Condizione femminile in Italia e integrazione europea*, Roma, 2006.

<sup>31</sup> “Nelle fabbriche in cui lavoravano almeno 50 operaie, era obbligatoria l'istituzione di una camera di allattamento; in ogni caso, questa funzione doveva essere consentita sia in una camera speciale annessa allo stabilimento, sia permettendo alle operaie nutrici l'uscita dalla fabbrica nei modi e nelle ore stabilite dal regolamento interno.” MORELLO MARIA, *La maternità al centro delle prime forme di tutela della salute e della sicurezza delle lavoratrici*, op. cit., p. 14.

impiegavano almeno cinquanta lavoratrici mediante la predisposizione, appunto, di una camera speciale di allattamento.

Il tempo dedicato all'allattamento doveva distinguersi dai riposi previsti durante l'orario di lavoro che venivano, quindi, ad aggiungersi, piuttosto che a sostituire questi ultimi. La violazione di tale periodo di "riposo" veniva sanzionata con un'ammenda da cinquanta a cinquecento lire (articolo 13). Tale previsione assumeva un valore rilevante in quanto, accanto alla previsione di uno specifico diritto per le lavoratrici madri, veniva prevista una sorta di garanzia per l'adempimento di tale obbligo e, allo stesso tempo, rivelava che il Legislatore avesse dedicato attenzione alla necessità delle madri di allattare direttamente la propria prole. Sicuramente, la norma presentava anche dei margini di debolezza laddove lasciava al regolamento interno dell'azienda di determinare la durata e le modalità di godimento dei riposi per allattare. L'indeterminatezza della legge circa i contenuti del diritto in esame lasciava un ampio margine di discrezionalità all'imprenditore. Purtroppo, non poteva disconoscersi l'importanza del riconoscimento compiuto dalla legge di fronte al precedente vuoto normativo.

La legge 242 venne parzialmente modificata con la legge 7 luglio del 1907, n. 416, successivamente confluita nel T.U. sul lavoro delle donne e dei fanciulli (legge 10 novembre 1907, n. 816). La norma del 1907 introduceva il divieto di destinare al lavoro notturno le donne di qualsiasi età. Tuttavia, la norma veniva accompagnata da numerose eccezioni, più numerose di quelle previste dalla Convenzione di Berna del 1906, ratificata dall'Italia con legge del 29 luglio 1909, n. 583, che riducevano notevolmente la portata innovativa del divieto. Sempre nel 1907 venne adottata una ulteriore disciplina in materia, ossia il R.D. 1 agosto 1907, n. 636, il Testo Unico sulle leggi sanitarie, in quanto

l'articolo 82 aveva previsto l'astensione obbligatoria per le mondariso, il quale ricomprendeva il periodo dell'ultimo mese di gravidanza e il primo mese dopo il parto.

Nel 1919 la legge 1176 ha segnato un momento decisivo nella emancipazione delle donne, tenuto conto che aveva previsto la loro ammissione in tutti i pubblici impieghi, ad esclusione solo di quelli che implicassero poteri pubblici giurisdizionali, o l'esercizio di diritti o potestà politiche nonché quelli attinenti alla difesa militare dello Stato.

L'avvento del regime fascista fece registrare una battuta d'arresto in materia a causa della relativa ideologia che condusse a limitare l'occupazione femminile, mentre al contrario, incoraggiava le donne a dedicarsi alla cura della famiglia, al fine di far crescere il tasso di natalità. Il fascismo aveva sentito il problema della tutela della maternità e dell'infanzia *“come parte imprescindibile del suo programma politico-sociale, e [aveva] pertanto ritenuto che solo una larga attività statale e parastatale potesse sopperire al difficile e delicatissimo compito: attività ispiratesi non solo a dettami etici o religiosi, ma a un principio biologico di conservazione e di miglioramento della stirpe, e quindi d'interesse squisitamente collettivo e nazionale.”*<sup>32</sup>

In quel periodo, un istituto di alta rilevanza politica e sociale del regime fascista è stata l'Opera nazionale per la protezione della maternità e infanzia, stabilita con la legge 10 dicembre 1925, n. 2277 (regol. 15 aprile 1926, n. 718), modificata dal r. decr.-legge 21 ottobre 1926, n. 1904 (legge 5 gennaio 1928, n. 239) e dalla legge 13 aprile

---

<sup>32</sup> VUOLI ROMEO, *Maternità e infanzia*, in *Enciclopedia Italiana (1934)*, Treccani.it.

1933 n. 298.<sup>33</sup> L'istituto perseguiva lo scopo della protezione morale e dell'assistenza materiale della madre e dei bambini.<sup>34</sup>

Nonostante la politica demografica perseguita dal fascismo, in quel periodo fu emanata la legge n. 1347, del 5 luglio del 1934, contenente *Disposizioni sulle lavoratrici madri*. Tale disciplina prevedeva l'istituto dell'astensione obbligatoria che copriva un periodo intercorrente tra un mese prima della data presunta del parto, fino al termine delle sei settimane successive.<sup>35</sup> Inoltre, venne garantito il diritto alla conservazione del posto di lavoro durante la gravidanza e il diritto a due periodi di riposo giornalieri per l'allattamento. La legge

---

<sup>33</sup> BETTINI MAURIZIO, *Stato e assistenza sociale in Italia: l'Opera nazionale maternità e infanzia, 1925-1975*, Livorno, 2008.

<sup>34</sup> “La legge costitutiva dell'Opera maternità e infanzia ha per scopo la protezione morale e l'assistenza materiale della madre e dei bambini, e precisamente: a) *delle gestanti e delle madri bisognose o abbandonate*; b) *dei bambini lattanti e divezzati fino al 5° anno appartenenti a famiglie che non possano prestare loro tutte le cure necessarie per un razionale allevamento*; c) *dei fanciulli di qualsiasi età appartenenti a famiglie bisognose e dei minorenni fisicamente e psichicamente anormali oppure materialmente o moralmente abbandonati, traviati o delinquenti, fino all'età di 18 anni compiuti*. Insieme a quest'azione diretta, l'Opera ne svolge anche un'altra indiretta integrando le istituzioni già esistenti di protezione della maternità e dell'infanzia e favorendone le iniziative. Quest'azione di tutela si svolge in vari modi: 1. *diffondendo le norme e i metodi scientifici d'igiene prenatale e infantile nelle famiglie e negli istituti*; 2. *organizzando l'opera di profilassi antitubercolare dell'infanzia e la lotta contro le altre malattie infantili, d'accordo con le provincie, con i consorzi provinciali antitubercolari, con le istituzioni di cui ai regi decreti 30 dicembre 1923, nn. 2839, 2889, nonché con gli ufficiali sanitari comunali e con le autorità scolastiche*; 3. *vigilando l'applicazione delle disposizioni vigenti per la protezione della maternità e dell'infanzia, e promovendone la riforma per il miglioramento fisico e morale dei fanciulli e degli adolescenti*. Inoltre l'Opera nazionale svolge un'attività di integrazione, in quanto ha la facoltà: 1. *di fondare istituzioni di assistenza materna*, 2. *di sovvenzionare le istituzioni che dispongano d'inadeguate risorse patrimoniali*; 3. *di provvedere al coordinamento di tutte le istituzioni pubbliche e private per l'assistenza della maternità e dell'infanzia, indirizzandone le attività secondo i più urgenti bisogni della popolazione locale, e promovendo all'uopo la revisione dei relativi statuti e regolamenti, e, nei riguardi delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, ogni altra riforma consentita dalle leggi vigenti*. Altra attribuzione notevole è il parere che l'Opera nazionale deve dare per provvedere sulle domande di erezione in ente morale, e sulle proposte di riforma delle istituzioni pubbliche per l'assistenza della maternità e dell'infanzia.” VUOLI ROMEO, *Maternità e infanzia, op. cit.*

<sup>35</sup> VITALI FRANCESCA, *I luoghi della partecipazione. Una ricerca su donne, lavoro e politica*, Milano, 2009, p. 103.

non si applicava al lavoro a domicilio. “L’intento era chiaro: si trattava di scoraggiare l’assunzione delle donne agli occhi degli industriali, mediante la sottolineatura dei costi e delle restrizioni imposte dall’utilizzo di manodopera femminile.”<sup>36</sup>

Sempre al 1934, risale un altro importante passo in materia di tutela della maternità, con l’adozione del Regio Decreto del 22 marzo 1934 n. 654, un Testo Unico – nel quale andarono a convergere le leggi numero 2277 del 1925 e la 1168 del 1927 – dedicato alla protezione e assistenza della maternità e infanzia, fornendo una disciplina compiuta nei suoi diversi aspetti.<sup>37</sup> Il Testo Unico rimediava alla disorganicità di tutta la disciplina che era stata sino ad allora adottata sulla tutela del lavoro femminile ed era destinata a durare nel tempo.<sup>38</sup> Con riferimento al contenuto, il periodo di astensione obbligatoria veniva esteso, in modo da comprendere l’ultimo mese di gestazione e le sei settimane *post partum*.<sup>39</sup> Veniva esteso anche il periodo in cui era previsto il divieto di licenziamento, il quale copriva tutta la gestazione e il periodo di puerperio. Inoltre, venivano previsti il divieto di adibire le donne, nei tre mesi precedenti la data del parto, a determinati lavori, oltre che determinati diritti in materia di allattamento.<sup>40</sup>

La caduta del fascismo e l’adozione della Costituzione repubblicana hanno segnato delle tappe fondamentali nel percorso delle

---

<sup>36</sup> VITALI FRANCESCA, *I luoghi della partecipazione. Una ricerca su donne, lavoro e politica*, op. cit., p. 103.

<sup>37</sup> MORELLO MARIA, *La maternità al centro delle prime forme di tutela della salute e della sicurezza delle lavoratrici*, op. cit., pp. 32 ss.

<sup>38</sup> MASCIULLI ROSALBA, MORACE GRAZIELLA, OLIVIERO OLIVIA, CAIOLA STEFANIA, *Tutela della maternità nei laboratori di ricerca e controllo*, op. cit., pp. 2 ss.

<sup>39</sup> MASCIULLI ROSALBA, MORACE GRAZIELLA, OLIVIERO OLIVIA, CAIOLA STEFANIA, *Tutela della maternità nei laboratori di ricerca e controllo*, op. cit., p. 3.

<sup>40</sup> BALLESTRERO MARIA VITTORIA, *La protezione concessa e l’uguaglianza negata: il lavoro femminile nella legislazione italiana*, op. cit., p. 462; MASCIULLI ROSALBA, MORACE GRAZIELLA, OLIVIERO OLIVIA, CAIOLA STEFANIA, *Tutela della maternità nei laboratori di ricerca e controllo*, op. cit., p. 3.

donne verso la parità. Nel rinviare a quanto illustrato nella trattazione che precede al riguardo, occorre evidenziare che un primo intervento organico a tutela della maternità si ha con la legge del 26 agosto 1950, n. 860, rubricata *Tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri*, le cui disposizioni si applicavano “*alle lavoratrici gestanti e puerpere che prestano la loro opera alle dipendenze di privati datori di lavoro, comprese le lavoratrici dell'agricoltura (salariate, braccianti e compartecipanti), nonché a quelle dipendenti dagli uffici e dalle aziende dello Stato, delle Regioni, delle Province, dei Comuni e degli altri Enti pubblici e Società cooperativistiche*” (articolo 1). Invece, la tutela fisica ed economica delle lavoratrici addette ai servizi familiari e delle lavoratrici a domicilio che prestavano lavoro retribuito alle dipendenze di altri veniva rinviata all'adozione di una legge successiva.

Nel complesso, la disciplina si poneva come obiettivo quello di garantire alle lavoratrici madri una forma di tutela adeguata, diretta ad evitare il ricorso al licenziamento da parte dei datori di lavoro o a forme di penalizzazione nei confronti della lavoratrice che affrontava l'esperienza della maternità.

Uno degli elementi di maggiore importanza della disciplina adottata consisteva nell'aver esteso il periodo relativo al divieto di licenziamento il quale decorreva dall'inizio della gestazione fino al compimento del primo anno di età del bambino (articolo 3). Altre disposizioni di rilievo riguardavano il divieto di adibire le donne incinte al trasporto e al sollevamento di pesi ed altri lavori pericolosi, faticosi o insalubri (articolo 4). Mentre la suddetta legge 1347 del 1934 conteneva il divieto di adibire al trasporto e al sollevamento pesi le donne in stato di gravidanza “*nei tre mesi precedenti la data presunta del parto*”, la legge 860 ha introdotto un miglioramento nella condizione della maternità della lavoratrice. Infatti, nella nuova legge

si provvede ad un'estensione di tale periodo in quanto questo divieto decorre *“dalla presentazione del certificato di gravidanza e per tre mesi dopo il parto, e fino a sette mesi ove provvedano direttamente all'allattamento del bambino”* (articolo 4). Durante tale periodo la lavoratrice madre viene assegnata ad altre mansioni. L'importanza di questa nuova previsione dimostra una maggiore attenzione per la condizione in cui viene a trovarsi la donna nel periodo della maternità e la circostanza che l'attribuzione di mansioni pericolose, insalubri, gravose potrebbe esporre a pericoli che riguardano non solo la vita della donna ma anche il buon esito della gravidanza. Inoltre, la legge prevedeva il divieto di adibire al lavoro le donne nei tre mesi precedenti il parto e nelle otto settimane successive, salvo possibili estensioni (articolo 5). Infine, qualche breve considerazione deve destinarsi ad una parte della disciplina che non ha subito delle variazioni la quale riguardava le lavoratrici madri che provvedevano direttamente all'allattamento. In tal caso erano state riprodotte sostanzialmente le norme contenute nella legge precedente. Al riguardo, infatti, veniva riaffermato l'obbligo per i datori di lavoro di istituire le camere di allattamento.

I periodi successivi sono molto importanti per quanto riguarda il rapporto tra maternità e lavoro, in quanto con la legge n. 7 del 1963 viene previsto che il licenziamento a causa di matrimonio sia nullo. Inoltre, viene stabilita la mutualizzazione degli oneri sociali previsti per la gravidanza ed il puerperio. All'inizio degli anni '70, il tema della tutela della maternità viene affrontato in termini diversi, grazie al movimento femminile. In quel contesto in rapida evoluzione, viene adottata la legge 1204/71 sulla tutela delle lavoratrici madri (la quale verrà abrogata dal successivo Decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e



sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53).<sup>41</sup> La legge stabilisce il divieto di licenziamento della lavoratrice madre (articolo 2); il divieto di adibire le lavoratrici durante il periodo di gestazione e fino a sette mesi dopo il parto al trasporto e al sollevamento di pesi, nonché ai lavori pericolosi, faticosi ed insalubri (articolo 3); il periodo di astensione obbligatoria comprendente i due mesi precedenti la data presunta del parto sino ai tre mesi dopo il parto (articolo 4).

Nella successiva norma di riforma del diritto di famiglia, la legge 19 giugno 1975 n. 151, è stata, inoltre, sancita la parità tra coniugi. *“Si è attuata una più penetrante e diffusa tutela della salute in adempimento del precetto costituzionale (art. 32 Cost.) mediante l'apprestamento di nuove strutture sanitarie anche in fabbrica, con un più spiccato ruolo del medico del lavoro, con più frequenti controlli medico- sanitari e l'intensificazione dell'assistenza anche in fabbrica con un ruolo specifico della medicina preventiva”*.<sup>42</sup> Il cambiamento

---

<sup>41</sup> Con riferimento alle destinatarie delle norme, l'articolo 1, rubricato Norme protettive, stabilisce che *“[l]e disposizioni del presente titolo si applicano alle lavoratrici, comprese le apprendiste, che prestano la loro opera alle dipendenze di privati datori di lavoro, nonché alle dipendenti 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.*

*Alle lavoratrici a domicilio si applicano le norme del presente titolo di cui agli articoli 2, 4, 6 e 9.*

*Alle lavoratrici addette ai servizi domestici e familiari si applicano le norme del presente titolo di cui agli articoli 4, 5, 6, 8 e 9.*

*Il diritto di astenersi dal lavoro di cui all'articolo 7, ed il relativo trattamento economico, sono riconosciuti anche se l'altro genitore non ne ha diritto. Le disposizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7 e al comma 2 dell'articolo 15 sono estese alle lavoratrici di cui alla legge 29 dicembre 1987, n. 546, madri di bambini nati a decorrere dal 1° gennaio 2000. Alle predette lavoratrici i diritti previsti dal comma 1 dell'articolo 7 e dal comma 2 dell'articolo 15 spettano limitatamente ad un periodo di tre mesi, entro il primo anno di vita del bambino.*

*Sono fatte salve, in ogni caso, le condizioni di maggior favore stabilite da leggi, regolamenti, contratti, e da ogni altra disposizione.”*

<sup>42</sup> BELLOCCI MARIO, PASSAGLIA PAOLO, *La tutela dei «soggetti deboli» come esplicazione dell'istanza solidaristica nella giurisprudenza costituzionale*, op. cit., p. 42.

epocale il quale segna il passaggio ad una situazione di parità della donna nei confronti del lavoratore avviene con la successiva legge, del 9 dicembre 1977, n. 903, dove è stata sancita la parità uomo-donna nel rapporto di lavoro. In particolare, vennero prese in considerazione le particolari difficoltà relative all'occupazione della donna e al suo inserimento nel mercato del lavoro.

Successivamente, con la legge 10-04-1991, n. 125, *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, vengono adottate delle norme allo “scopo di favorire l'occupazione femminile e di realizzare, l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro, anche mediante l'adozione di misure, denominate azioni positive per le donne, al fine di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità” (articolo 1, comma 1).<sup>43</sup>

Con l'adozione della Legge 8 marzo 2000, n. 53, contenente *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*, vengono fornite nuove opportunità per una maternità e

---

<sup>43</sup> L'articolo 1, comma 2 della Legge 10-04-1991, n. 125 stabilisce che “2. *Le azioni positive di cui al comma 1 hanno in particolare lo scopo di: a) eliminare le disparità di fatto di cui le donne sono oggetto nella formazione scolastica e professionale, nell'accesso al lavoro, nella progressione di carriera, nella vita lavorativa e nei periodi di mobilità; b) favorire la diversificazione delle scelte professionali delle donne in particolare attraverso l'orientamento scolastico e professionale e gli strumenti della formazione; favorire l'accesso al lavoro autonomo e alla formazione imprenditoriale e la qualificazione professionale delle lavoratrici autonome e delle imprenditrici; c) superare condizioni, organizzazione e distribuzione del lavoro che provocano effetti diversi, a seconda del sesso, nei confronti dei dipendenti con pregiudizio nella formazione, nell'avanzamento professionale e di carriera ovvero nel trattamento economico e retributivo; d) promuovere l'inserimento delle donne nelle attività, nei settori professionali e nei livelli nei quali esse sono sottorappresentate e in particolare nei settori tecnologicamente avanzati ed ai livelli di responsabilità; e) favorire, anche mediante una diversa organizzazione del lavoro, delle condizioni e del tempo di lavoro, l'equilibrio tra responsabilità familiari e professionali e una migliore ripartizione di tali responsabilità tra i due sessi.*”

paternità più consapevoli. L'articolo 1 riconosce che la legge promuove un equilibrio tra tempi di lavoro, di cura, di formazione e di relazione. Vengono modificate ed, in parte, abrogate alcune norme contenute nella legge 1204 del 1971. La legge riconosce al padre lavoratore dipendente un autonomo diritto al congedo parentale, anche se l'altro genitore non ne ha diritto (articolo 3).

Il percorso giunge al suo compimento quando viene adottato il decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, il Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, il quale coordina tutte le leggi succedutesi nel corso degli anni riguardanti la maternità e paternità.

Con il decreto legislativo del 30 maggio 2005, n. 145 il Governo ha dato attuazione alla direttiva 2002/73/CE, integrando *“le disposizioni già vigenti in materia di attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne e di promozione della parità attraverso azioni positive, per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro”* (articolo 1).

Infine, il Testo Unico è stato modificato dalle novità introdotte dal d.lgs. 15 giugno 2015, n. 80, contenente *Misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro, in attuazione dell'articolo 1, commi 8 e 9, della legge 10 dicembre 2014, n. 183*. Quest'ultima legge aveva conferito delega al Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per la revisione e l'aggiornamento delle misure volte a tutelare la maternità delle lavoratrici ed a favorire l'opportunità di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

In conclusione, l'analisi del percorso seguito dal Legislatore ha evidenziato un'evoluzione caratterizzata da un ampliamento della tutela riconosciuta in caso di maternità. A titolo puramente esemplificativo, si consideri che nella legislazione di “partenza” del 1902 era previsto un congedo di appena quattro settimane e nessuna garanzia di conservazione del posto di lavoro, si è poi passati nel 1934 a riconoscere dieci settimane di astensione ed il diritto alla conservazione del posto di lavoro durante la gravidanza, esteso sempre in quell'anno sino a ricomprendere il periodo di puerperio e nel 1950 fino al compimento del primo anno di età del bambino. Infine, si è giunti al Testo Unico del 2001 che prevede un congedo obbligatorio di cinque mesi e la riconferma il diritto alla conservazione del posto di lavoro.

## **5. La tutela multilivello della maternità**

La tutela della maternità impegna più ordinamenti, quello nazionale, quello dell'Unione Europea e quello internazionale. I tre ordinamenti operano su livelli diversi ma con diverso grado di integrazione in quanto l'ordinamento interno è tenuto ad adeguarsi alle fonti di diritto adottate dall'Unione Europea per la partecipazione dell'Italia a tale organizzazione regionale (tra le varie fonti, Direttiva 92/85/CEE e Direttiva 96/34/CE). Inoltre, la trattazione dovrà evidenziare anche il contributo, a livello internazionale, fornito dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL).

Con riferimento al livello regionale, l'Unione Europea è intervenuta al fine di agevolare la conciliazione tra vita familiare e

quella lavorativa per entrambi i sessi, nell'obiettivo di raggiungere una ripartizione equilibrata delle responsabilità parentali tra la figura maschile e quella femminile.<sup>44</sup> La disciplina adottata in materia evidenzia che lo scopo perseguito è stato quello di rafforzare il ruolo della madre lavoratrice, a detrimento di quello dei padri lavoratori, benché l'esigenza di valorizzare entrambi i ruoli e riequilibrare i carichi di cura sia stata inserita nell'agenda europea da almeno 30 anni.

Al riguardo bisogna riconoscere il merito all'Unione Europea di aver saputo ampliare i propri ambiti di intervento, tenuto conto che nella prima formulazione del Trattato di Roma del 1957, l'uguaglianza salariale tra uomini e donne non era considerata al fine di perseguire una politica antidiscriminatoria, bensì come uno strumento diretto ad evitare turbative di mercato. Infatti, gli Stati nei quali il lavoro femminile era più diffuso, con una retribuzione inferiore rispetto a quella maschile, potevano essere favoriti rispetto agli altri proprio per tali condizioni di mercato.<sup>45</sup>

E' nel corso degli anni Ottanta che si verifica nell'ambito delle istituzioni europee un cambiamento che conduce all'adozione di una propria politica di genere. Ciò avviene grazie all'ingresso degli Stati del nord dell'Europa, dotati di una legislazione in materia più avanzata di quella dei Paesi del Sud del continente. Con l'ingresso di tali Paesi viene raggiunto, nell'ambito del Parlamento europeo, il 30% di componenti femminili e tale fattore si traduce, a sua volta, nell'adozione di una politica rivolta alla condizione femminile.<sup>46</sup> Pertanto, grazie all'impulso delle donne parlamentari, l'Europa avvia una politica di sostegno alla

---

<sup>44</sup> LAMBERTUCCI PIETRO, *Diritto del lavoro*, op. cit., p. 742.

<sup>45</sup> DONÀ A., *Le pari opportunità. Condizione femminile in Italia e integrazione europea*, op. cit., p. 22.

<sup>46</sup> DONÀ A., *Le pari opportunità. Condizione femminile in Italia e integrazione europea*, op. cit., p. 90.

parità nel lavoro e nella politica. Gli effetti di tale politica si manifestano anche in Italia, infatti viene adottata un'azione di sostegno alle pari opportunità e nel 1983, viene istituito il Comitato per le Pari Opportunità presso il Ministero del lavoro e nel 1984 le Consigliere di Parità in ambito regionale e successivamente provinciale; nel successivo 1985 si insedia la Commissione Pari Opportunità presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Nei successivi anni Novanta, viene registrata un'ulteriore evoluzione caratterizzata dal passaggio dalle politiche di pari opportunità a quelle di azione positiva. In tale contesto, vengono emanati due provvedimenti legislativi, ossia la legge 125/91, denominata Azioni positive per la realizzazione della parità uomo donna nel lavoro, oltre che la legge 215/92, Misure a favore dell'imprenditoria femminile. Inoltre, dalla sinergia di un'azione congiunta di livello internazionale/regionale e internazionale/universale, derivante dalle politiche europee e dalla Piattaforma di azione adottata dalla Conferenza Internazionale di Pechino del 1995, è stato creato il Ministero delle Pari Opportunità, nel 1996.

E' proprio nel corso degli anni Novanta che si registra il primo intervento dell'azione comunitaria, rappresentato dalla Raccomandazione 92/241/CEE del Consiglio del 31 marzo 1992, sulla custodia dei bambini. Tale raccomandazione, oltre alle direttive successivamente adottate, hanno dato attuazione alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 in materia di sviluppo di *“misure che consentano agli uomini e alle donne di conciliare meglio i loro obblighi professionali e familiari”*. Nella Carta veniva evidenziato che l'intervento europeo doveva concepirsi nel senso di garantire *“la parità di trattamento tra uomini e donne, intensificando azioni volte a perseguire l'attuazione dell'uguaglianza*

*delle possibilità, in particolare in materia di accesso al lavoro, retribuzioni, condizioni di lavoro, protezione sociale, istruzione, formazione professionale ed evoluzione delle carriere, sviluppando altresì, misure che consentano agli uomini e alle donne di conciliare meglio i loro obblighi professionali e familiari.*”<sup>47</sup>

Passando ad analizzare, nello specifico, il contenuto della raccomandazione, vi è da evidenziare, in primis, che viene espressamente richiesta una maggior partecipazione dei padri nella cura dei figli. Infatti, l’articolo 6, rubricato *Divisione delle responsabilità*, raccomandava agli Stati membri di promuovere e di incoraggiare “*una maggiore partecipazione degli uomini al fine di assicurare una più equa ripartizione delle responsabilità parentali tra uomini e donne e permettere a queste ultime una partecipazione più efficace al mercato del lavoro.*” Veniva anche richiesta la promulgazione di una legislazione che fosse *gender neutral*, allo scopo di riconoscere ai genitori che lavorano specifici diritti in materia di congedi parentali (articolo 2).

Successivamente, l’Unione è intervenuta con due direttive. In particolare, la Direttiva 92/85/CEE del Consiglio del 19 ottobre 1992, relativa all’attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento,<sup>48</sup> recepita con il d.lgs. 25 novembre 1996 n. 645 e la Direttiva 96/34/CEE del Consiglio, del 3 giugno 1996, riguardante l’accordo quadro sul congedo parentale

---

<sup>47</sup> Commissione europea, Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, 1989, articolo 16.

<sup>48</sup> Sul tema, si veda, MATTEI ALBERTO, PENASA SIMONE, *La tutela della lavoratrice madre in ambito comunitario: prospettive interdisciplinari*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, n. 19, 2010, Europeanrights.eu; BALLESTRERO MARIA VITTORIA, *Dal divieto del lavoro notturno femminile all’autodeterminazione delle donne*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 1992, pp. 700 ss.

concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES il 14 dicembre 1995. La direttiva 92/85 contribuisce a comporre gli strumenti di tutela in quanto mentre l'istituto del congedo di maternità viene definito nell'articolo 8,<sup>49</sup> con riferimento a tale periodo, nell'articolo 11, vengono stabiliti i criteri da utilizzare al fine di determinare l'adeguatezza dell'indennità da corrispondere durante quel periodo. In particolare, la reintegrazione deve assicurare redditi *“almeno equivalenti a quelli che la lavoratrice interessata otterrebbe in caso di interruzione delle sue attività per motivi connessi allo stato di salute, entro il limite di un eventuale massimale stabilito dalle legislazioni nazionali”*.

Quest'ultima direttiva compie una distinzione tra i congedi di maternità, i quali sono relativi alla nascita della prole e diretti a tutelare il diritto alla salute del bambino e della madre, ed i congedi parentali i quali sono riconosciuti sia alla madre che al padre allo scopo di garantire al bambino l'assistenza e la cura necessarie nella fase della crescita.

A tali atti, bisogna aggiungere la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 la quale all'articolo 33 prevede che *“è garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale”* e che *“al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha il diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un*

---

<sup>49</sup> L'articolo 8, Congedo di maternità, stabilisce che *“1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le lavoratrici di cui all'articolo 2 fruiscano di un congedo di maternità di almeno quattordici settimane ininterrotte, ripartite prima e/o dopo il parto, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali. 2. Il congedo di maternità di cui al paragrafo 1 deve includere un congedo di maternità obbligatorio di almeno due settimane, ripartite prima e/o dopo il parto, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali.”*



*congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio”.*

Le politiche in favore della non discriminazione hanno trovato nuova attuazione nel 2002, quando viene adottata una nuova disciplina che segna il passaggio dal divieto di discriminazione al principio di parità di trattamento, non più accompagnato da una visione in termini negativi del tema, bensì ad una affermazione in termini positivi di un diritto. Ciò avviene con l'adozione della Direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, in modifica della direttiva 76/207/CEE del Consiglio relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro. Nell'articolo 1, paragrafo 1, il legislatore europeo ha voluto ribadire il suo impegno di promuovere la parità tra uomini e donne come obiettivo dell'Unione (già previsto negli articoli 2 e 3, paragrafo 2 del Trattato CE). In particolare, la disposizione prevede una sorta di invito rivolto agli Stati Membri di tener conto *“dell'obiettivo della parità tra gli uomini e le donne nel formulare ed attuare leggi, regolamenti, atti amministrativi, politiche e attività”.*

Infine, assume rilevanza la Direttiva 2010/18/UE del Consiglio, dell'8 marzo 2010, entrata in vigore l'8 marzo 2012. Essa ha dato attuazione all'accordo-quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da BUSINESSSEUROPE, Associazione europea dell'artigianato e delle piccole e medie imprese (UEAPME), *European centre of employers and enterprises providing public services* (CEEP) e Confederazione europea dei sindacati (CES) ed ha abrogato la direttiva 96/34/CE. In particolare, è proprio mediante l'adozione della direttiva in esame che tutti gli Stati membri attualmente prevedono i congedi parentali.

In particolare, la Direttiva contiene un nuovo accordo-quadro sul congedo parentale mediante il quale l'istituto viene riconosciuto come un diritto individuale (clausola 2, paragrafo 1 dell'accordo). Inoltre, è stata estesa la durata di tale istituto a quattro mesi, avente come destinatari ciascun genitore, a prescindere dal tipo di attività lavorativa e contrattuale (clausola 2, paragrafo 2 dell'accordo). È evidente, pertanto, come la Direttiva ne riconosca "un ruolo fondamentale",<sup>50</sup> quale mezzo idoneo a conciliare la vita professionale con le responsabilità familiari ed, allo stesso tempo a promuovere la parità di trattamento tra gli uomini e le donne. *"I congedi per motivi familiari, di cui possono usufruire i lavoratori con figli, sono un importante strumento per bilanciare l'attività lavorativa con la vita privata"*<sup>51</sup> e, quindi, soprattutto possono condurre ad un equilibrio allo sbilanciamento di genere. I correttivi a tale squilibrio, secondo l'Organizzazione internazionale del lavoro, richiedono un più significativo sviluppo sociale lungo l'arco del XXI secolo.<sup>52</sup>

Nel complesso, occorre evidenziare che il cammino compiuto dall'Unione Europea ha condotto a concepire lo sviluppo delle politiche di genere e di pari opportunità come dei mezzi di fondamentale importanza per la crescita, la prosperità e la competitività. *"Tra gli obiettivi, quindi, la valorizzazione del ruolo femminile nel mondo del lavoro" che conduca uomini e donne su un piano di effettiva parità lavorativa e familiare "avendo ricadute positive nel campo dell'economia, delle condizioni di lavoro e delle scelte legate alla funzione genitoriale. L'Europa ponendo l'obiettivo dell'innalzamento*

---

<sup>50</sup> In tal senso, Senato della Repubblica, Legislatura 17, Disegno di Legge 2082, Misure a sostegno della condivisione della responsabilità genitoriale, <http://www.senato.it>.

<sup>51</sup> Senato della Repubblica, Legislatura 17, Disegno di Legge 2082, *Misure a sostegno della condivisione della responsabilità genitoriale*, cit.

<sup>52</sup> *Global Wage Report 2014/2015. Wages and income inequality*, Ginevra, 2015.

*dell'occupazione femminile come motore di sviluppo sottolinea al tempo stesso che gli interventi a favore dell'occupazione si colleghino con quelli per la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.*"<sup>53</sup>

Come evidenziato, anche la disciplina adottata a livello internazionale/universale contribuisce alla definizione degli strumenti di tutela, a livello interno, in tema di maternità. In tale contesto, sono stati predisposti diversi strumenti, molti dei quali adottati nell'ambito dell'OIL, la quale sin dal 1919, ha promosso l'adozione della sua prima Convenzione sulla protezione della maternità, tramite la quale molti Stati hanno adottato disposizioni in materia.<sup>54</sup> A tale convenzione ha fatto seguito la stipula di due ulteriori trattati, ossia la Convenzione sulla protezione della maternità del 1952 e la Convenzione sulla protezione della maternità del 2000, quest'ultima adottata nell'esigenza di rivedere il primo testo.

Dal 1919, il corredo internazionale di una disciplina in tema è stato arricchito da numerosi testi, adottati anche sotto gli auspici delle Nazioni Unite, tra i quali devono annoverarsi la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948), la Convenzione sulla protezione della maternità del 1952, nonché la Raccomandazione sulla protezione della maternità del medesimo anno (OIL) 1952, la Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di qualsiasi forma di discriminazione nei confronti delle donne (1979), della Convenzione delle Nazioni Unite relativa ai diritti dei bambini (1989), la Dichiarazione sulla parità di opportunità e di trattamento per le lavoratrici dell'Organizzazione

---

<sup>53</sup> VIALE VALERIA, ZUCARO ROSITA, *I congedi a tutela della genitorialità nell'Unione europea. Un quadro comparato per rileggere il Jobs Act*, Working Paper ADAPT, Associazione per gli Studi internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali, 10 aprile 2015, n. 175, p. 4.

<sup>54</sup> ADDATI LAURA, CASSISRE NAOMI, GILCHRIST KATHERINE, *Maternity and Paternity at Work: Law and practice across the world*, International Labour Organization, Geneva, 2014, Preface.

internazionale del Lavoro (1975), la Dichiarazione dell'Organizzazione internazionale del Lavoro relativa ai principi e ai diritti fondamentali nel Lavoro ed il suo seguito (1998), oltre che le convenzioni e raccomandazioni internazionali del lavoro con lo scopo di garantire la parità di opportunità e di trattamento ai lavoratori ed alle lavoratrici, più specificamente la Convenzione sui lavoratori aventi responsabilità familiari del 1981.

Come sopra evidenziato, la Convenzione sulla protezione della maternità del 2000, di cui è parte anche l'Italia, è stata adottata nell'esigenza di rivedere la Convenzione sulla protezione della maternità, 1952, nonché la Raccomandazione sulla protezione della maternità, 1952, *“al fine di promuovere maggiormente l'uguaglianza di tutte le donne lavoratrici, nonché la salute e la sicurezza della madre e del bambino, e riconoscere la diversità dello sviluppo economico e sociale dei Membri”*.<sup>55</sup> La Convenzione richiede che gli Stati parte adottino, al proprio livello interno, una normativa che (i) escluda che le donne durante la gravidanza o l'allattamento siano adibite a un lavoro pregiudizievole per la loro salute o quella del loro bambino (articolo 3); (ii) preveda un congedo per maternità di una durata di almeno quattordici settimane (articolo 4);<sup>56</sup> (iii) assicuri prestazioni in danaro durante il periodo di congedo (articolo 6); (iv) preveda il diritto ad una o più pause quotidiane o ad una riduzione giornaliera della durata del lavoro per allattare il suo bambino (articolo 10).

---

<sup>55</sup> *Convenzione sulla protezione della maternità*, 15 giugno 2000, secondo paragrafo del Preambolo.

<sup>56</sup> L'articolo 5 della Convenzione prevede anche il cosiddetto congedo in caso di malattia o di complicazioni, prevedendo che *“[d]ietro presentazione di un certificato medico, deve essere concesso un congedo prima o dopo il periodo di congedo per maternità, in caso di malattia, complicanze o rischio di complicanze risultanti dalla gravidanza o dal parto. La natura e la durata massima di questo congedo possono essere precisate in conformità alla legislazione ed alla prassi nazionali.”*

In un rapporto pubblicato sempre dall'Organizzazione internazionale del lavoro, intitolato *Maternity and Paternity at Work: Law and practice across the world*, il 13 maggio 2014,<sup>57</sup> è stato evidenziato l'elevato numero di lavoratrici, almeno 830 milioni, che non godono di un'adeguata protezione in tema di maternità. Circa l'80% di tali lavoratrici si trovano in Africa ed Asia.<sup>58</sup>

Il rapporto ha analizzato la disciplina di tutela della maternità in 185 Stati. Nel rapporto si legge che 66 di questi Paesi hanno ratificato almeno una delle tre Convenzioni in materia di protezione della maternità, adottate nel 1919, 1952 e 2000. Tutti gli Stati hanno adottato delle importanti modifiche legislative in materia.<sup>59</sup> Si tratta di un risultato rilevante, tenuto conto che, nel complesso, le convenzioni prevedono delle misure dirette ad impedire l'esposizione a rischi; il diritto al congedo; la relativa retribuzione; il diritto al reintegro nel posto di lavoro, decorso il periodo di congedo.

Con specifico riferimento all'Italia, l'ILO ha registrato che il nostro Paese garantisce 154 giorni di congedo (un periodo superiore a quello previsto in Germania, Francia e Spagna), tuttavia è ancora indietro per quanto riguarda i permessi riconosciuti ai padri. Un aspetto particolarmente critico riguarda le lettere di dimissioni, nelle quali non viene inserita alcuna data, che i lavoratori sono forzati a firmare le quali, appunto, vengono utilizzate in caso di gravidanza della lavoratrice.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> ADDATI LAURA, CASSISRER NAOMI, GILCHRIST KATHERINE, *Maternity and Paternity at Work: Law and practice across the world*, International Labour Organization, Geneva, 2014.

<sup>58</sup> ADDATI LAURA, CASSISRER NAOMI, GILCHRIST KATHERINE, *Maternity and Paternity at Work: Law and practice across the world*, op. cit., p. 7.

<sup>59</sup> ADDATI LAURA, CASSISRER NAOMI, GILCHRIST KATHERINE, *Maternity and Paternity at Work: Law and practice across the world*, op. cit., p. 115.

<sup>60</sup> ADDATI LAURA, CASSISRER NAOMI, GILCHRIST KATHERINE, *Maternity and Paternity at Work: Law and practice across the world*, op. cit., pp. 13 e 74.

*“Se le nostre conclusioni mostrano che sono molti i paesi che hanno introdotto nelle loro legislazioni i principi sulla tutela della maternità e il sostegno ai lavoratori con responsabilità familiari, nella pratica la mancanza di queste tutele resta una delle principali sfide di oggi in materia di maternità e paternità nel lavoro”*, ha osservato Laura Addati, coautrice del Rapporto ed esperta di protezione della maternità e di conciliazione vita-lavoro dell’ILO.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> ILO, *Progressi sulla protezione della maternità, ma permangono ancora gravi lacune a livello internazionale*, Comunicato stampa, 13 maggio 2014, [http://www.ilo.org/rome/risorse-informative/per-la-stampa/comunicati-stampa/WCMS\\_242956/lang--it/index.htm](http://www.ilo.org/rome/risorse-informative/per-la-stampa/comunicati-stampa/WCMS_242956/lang--it/index.htm).

## CAPITOLO II

### L'ISTITUTO DEL CONGEDO

1. Introduzione - 2. Brevi profili generali dell'istituto del congedo – 3. Il congedo di maternità – 3.1 Parificazione giuridica tra filiazione giuridica e filiazione naturale. Disparità in caso di fecondazione - 3.2 Flessibilità del congedo di maternità - 3.3 La sospensione del congedo di maternità – 3.4 Le altre ipotesi di astensione anticipata - 4. Brevi cenni sul congedo di paternità e parità uomo-donna nella gestione dei tempi di vita e di lavoro – 5. Il congedo parentale

#### **2. Introduzione**

L'analisi svolta nel Capitolo I è strumentale alla comprensione degli istituti previsti a tutela della maternità che non voglia fermarsi ad una mera valutazione dei singoli articoli che ne compongono la disciplina. Infatti, i principi generali che sono stati in precedenza illustrati costituiscono le chiavi di lettura, idonee a dare unità al sistema e risposta alle diverse problematiche. Essi informano tutta la disciplina

in materia nel suo complesso. In seguito alla parte introduttiva, il Capitolo 2 focalizza l'attenzione su uno degli istituti centrali nella tutela della maternità, quello del congedo. L'analisi ha come riferimento la disciplina contenuta nel *Testo Unico delle disposizioni in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità*, alla luce delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 80/2015 e le novità previste nella Legge contenente *disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita* (Legge 28 giugno 2012, n. 92). Il congedo è un istituto che fa riferimento ad uno strumento di carattere sospensivo, diretto a tutelare la madre lavoratrice e i figli, ma anche nel complesso la genitorialità, nell'affermazione del principio di uguaglianza. La ricostruzione dogmatica dell'istituto nell'ambito del sistema normativo italiano viene seguita dall'analisi delle diverse declinazioni che esso ha ricevuto, in base al destinatario che può usufruirne. Nel fornire un quadro generale del congedo, occorre evidenziare che nell'analisi delle norme in materia verrà evidenziato come l'evoluzione sociale sia stata ben recepita e rappresentata anche a livello giuridico ed abbia condotto all'inserimento, nell'ambito della disciplina a tutela della maternità, anche di nuovi istituti. Infatti, l'espansione del contenuto del concetto di maternità, il quale non viene più limitato soltanto agli eventi e dimensioni relativi all'evento del parto, è corrisposta ad un mutamento del concetto di tutela che si riferisce alla genitorialità nel suo complesso e, conseguentemente, all'introduzione, accanto al congedo di maternità, di quello di paternità oltre a quello parentale.

Inoltre, vi è da osservare che la disciplina attualmente in vigore è caratterizzata da una generale "umanizzazione" del rapporto di lavoro la quale conduce a tenere in considerazione gli interessi del bambino, considerato anche in relazione ai suoi aspetti relazionali ed affettivi,



congiuntamente alla figura del genitore lavoratore ed alla equiparazione della madre e del padre, nella perenne tensione tra uguaglianza sostanziale e uguaglianza formale, al fine di superare le discriminazioni di genere.<sup>62</sup>

## **2. Brevi profili generali dell'istituto del congedo**

Uno degli strumenti di tutela della maternità maggiormente significativo è rappresentato dal congedo. Tale istituto trova la propria definizione nel Testo Unico, il quale lo declina in base ai beneficiari o allo scopo che è chiamato a soddisfare. In particolare, l'articolo 2 stabilisce che *per "congedo di maternità" si intende l'astensione obbligatoria dal lavoro della lavoratrice*; mentre *per "congedo di paternità" si intende l'astensione dal lavoro del lavoratore, fruito in alternativa al congedo di maternità*; inoltre viene previsto anche il "congedo parentale", il quale si definisce come l'astensione facoltativa della lavoratrice o del lavoratore; infine, il "congedo per la malattia del figlio" consiste nell'astensione facoltativa *dal lavoro della lavoratrice o del lavoratore in dipendenza della malattia stessa*. A tali periodi di astensione deve aggiungersi il congedo obbligatorio previsto per i padri lavoratori il quale consiste nell'obbligo di astenersi dal lavoro per un periodo di due giorni, disciplinato dall'articolo 4, comma 24, lett. a) della Legge 92/2012 e successive modifiche.

---

<sup>62</sup> LENSÌ CHIARA, *La tutela ed il sostegno della maternità e della paternità*, in DE MARZO GIUSEPPE (a cura di), *Codice delle pari opportunità*, Milano, 2007, pp. 428 ss.

Come evidenziato, la presente parte della trattazione dedicherà spazio non solo all'analisi del congedo di maternità, ma anche a quello di paternità oltre che a quello parentale. Questi ultimi due istituti assumono rilevanza con riferimento alla tutela specificamente dettata in tema di maternità in quanto il congedo parentale riguarda entrambi i genitori, mentre quello riconosciuto al padre incide, anche se solo indirettamente, sulla posizione della madre che può giovare anche del contributo del compagno. In altri termini, riconoscendo un diritto anche al padre, viene riconosciuta una tutela più ampia anche alla madre lavoratrice. L'impianto normativo tradizionale era strutturato e concepito essenzialmente sulla tutela di quest'ultima, sulla base del *mero dato biologico della maternità*<sup>63</sup>. Tale impianto normativo è stato adeguato all'evoluzione sociale mediante interventi successivi. Un primo passo è stato compiuto con la Legge 903/1977 la quale ha attribuito, per la prima volta, dei diritti al padre lavoratore (articolo 7). Con il successivo intervento del 2000, Legge n. 53, e l'introduzione delle variabili di tipo sospensivo della prestazione lavorativa, il Legislatore ha recepito gli orientamenti comunitari, specialmente in attuazione della Direttiva 96/34/CE del 3 giugno 1996, e adottato una posizione nella quale la *ratio* appare essere quella di evitare che gli obblighi familiari possano costituire un impedimento all'assolvimento degli impegni lavorativi. In tale contesto, la tutela dell'infanzia non discende solo dalla speciale tutela riconosciuta alla madre, bensì anche dall'imposizione di obblighi ai datori di lavoro nei confronti dei padri, da inserirsi nel contesto più ampio relativo alla promozione del pieno e migliore degli obblighi dei genitori. Tale nuova disciplina riflette la ricerca di un equilibrio tra due interessi costituzionalmente protetti quale la promozione della parità tra i sessi, mediante lo strumento della

---

<sup>63</sup> PERSIANI MATTIA, *La disciplina del lavoro femminile*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1968, IV, pp. 103 ss.

redistribuzione dei compiti familiari e la tutela del bambino il quale viene attribuito alla cura di entrambi i genitori. Inoltre, come sopra evidenziato, la nuova disciplina cerca di soddisfare un equilibrio tra le esigenze del nucleo familiare con quelle derivanti dalla continua dinamica del contesto lavorativo. Tale relazione risponde ai riferimenti alla famiglia contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 la quale, nell'articolo 33, è specificamente dedicato alla vita familiare e vita professionale. Dopo aver asserito che è *“garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale”*, la norma continua riconoscendo che al *“fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio”*.

Tra gli orientamenti comunitari che vengono recepiti dalla Legge n. 53/2000, vi è quello della modifica di denominazione dell'istituto in esame che, appunto, assume il *nomen iuris* di congedo, in luogo di quello di astensione dal lavoro, proprio in attuazione della Direttiva 96/34/CE. L'accordo quadro, allegato alla direttiva in esame, individua i destinatari dell'istituto, indicandoli in tutti i lavoratori e tutte le lavoratrici, aventi un contratto o un rapporto di lavoro definito dalla legge, da contratti collettivi o dalle prassi vigenti negli Stati membri (clausola 1.2), e qualifica il congedo parentale per la nascita o l'adozione di un bambino come un diritto individuale (clausola 2.1), quale strumento per *“agevolare la conciliazione delle responsabilità professionali e familiari dei genitori che lavorano”* (clausola 1.1).

Tuttavia, occorre evidenziare che il cambio di denominazione, il quale ha trovato conferma anche nel Testo Unico, non rappresenta una semplice correzione lessicale, bensì, al contrario, il chiaro segnale

dei cambiamenti di prospettiva generale intervenuti nella specifica materia, come sopra evidenziato, risultato di un'evoluzione di carattere scientifico, sociale e culturale che ha influito sui connotati fondativi e dato una nuova sistematicità ad un tema classico, quale quello delle sospensioni del rapporto di lavoro.<sup>64</sup> Inoltre, la modifica apportata trova la sua *ratio* nella stessa natura dell'istituto considerato, il quale ha perso il suo carattere di obbligatorietà. Si pensi al congedo di paternità il quale non prevede un obbligo all'astensione nei confronti del padre, anche nei casi in cui ne abbia diritto. La mancanza del carattere dell'obbligatorietà non si rinviene neanche in quello della madre, tenuto conto della flessibilizzazione della fruibilità dell'istituto stesso.<sup>65</sup>

Le successive novità che hanno interessato l'istituto, in seguito alla disciplina che esso ha ricevuto nel Testo Unico, sono state introdotte dalla Legge 92/2012 e dal D.Lgs. 80/2015, alla cui trattazione si rinvia nel prosieguo del presente capitolo.

Poste tali premesse, occorre analizzare gli ulteriori profili di carattere generale dell'istituto. In primis, appare opportuno evidenziare che il congedo è stato strutturato in modo che solo al verificarsi delle condizioni previste dalla legge, la madre potrà astenersi dal lavoro, mentre il padre non potrà avvalersene. Parallelamente, al verificarsi degli elementi che integrano la fattispecie prevista a favore di quest'ultimo, questi potrà godere del congedo con esclusione della madre.

Un ulteriore profilo interessante dell'istituto è che la configurazione dogmatica del congedo deriva dalle sue modalità di

---

<sup>64</sup> In tal senso, CALAFÀ LAURA, *Congedi di maternità e paternità*, op. cit.

<sup>65</sup> PAPALEONI MARCO, *Riposi giornalieri, permessi e congedi per la malattia del figlio*, in *Guida al Lavoro*, n. 19, 2001, p. 34 ss.

fruizione. Esso dovrebbe inquadrarsi in due diversi schemi, in base al soggetto che ne beneficia. Con particolare riferimento a questo ultimo aspetto, è stato evidenziato che il “*soggetto attivo delle pretese operanti sul piano orizzontale dei rapporti di lavoro è ‘ogni individuo’ che abbia un legame familiare verticale*” (e non soltanto le donne), come d’altronde sono soggetti attivi negli stessi rapporti non soltanto coloro (uomini e donne) uniti da un vincolo matrimoniale, ma anche coloro che non sono legati, o non sono più legati, tra di loro da un vincolo formale, “*non soltanto i genitori naturali ma anche i genitori adottivi, siano essi di sesso diverso, siano essi dello stesso sesso*”.<sup>66</sup>

Tornando al tema dell’inquadramento giuridico dell’istituto, come evidenziato, esso deve ricondursi a schemi diversi, proprio in ragione del soggetto che ne beneficia. In particolare, il congedo obbligatorio per maternità dovrebbe qualificarsi come un diritto soggettivo, ma anche un obbligo/dovere della madre lavoratrice in quanto quest’ultima non può scegliere se esercitare o meno il proprio diritto all’astensione obbligatoria. Al diritto/dovere della madre corrisponde l’altra posizione del rapporto di lavoro, quella del datore il quale è tenuto a consentire il godimento di tale periodo di riposo.

Invece, il congedo parentale dovrebbe inquadrarsi come un diritto potestativo se consideriamo che il godimento del periodo di astensione dal lavoro è subordinato ad una mera comunicazione ad opera del beneficiario, senza che il datore di lavoro possa opporsi a tale godimento.<sup>67</sup> Questa regola è stata poi successivamente estesa anche alle lavoratrici madri adottive o affidatarie (articolo 6 della Legge

---

<sup>66</sup> GIORGIS ANDREA, *Sub art. 33, Vita familiare e vita professionale*, in BIFULCO RAFFAELE, CARTABIA MARTA, CELOTTO ALFONSO (a cura di), *L’Europa dei diritti*, Bologna, 2001, p. 237.

<sup>67</sup> VALLAURI MARIA LUISA, *Il congedo parentale*, in GOTTARDI D., DEL PUNTA R. (a cura di), *I nuovi congedi*, Milano, 2001, pp.45 ss.

903/1977) ed ai lavoratori padri, anche adottivi e affidatari (articolo 7 L. 903/1977). Con riferimento a quest'ultimo articolo, la legge riconosce il diritto di assentarsi dal lavoro in alternativa alla madre. In altri termini, la disposizione attribuiva al padre un diritto derivato, in caso di espressa rinuncia dalla madre o nel caso in cui il figlio fosse stato affidato esclusivamente al padre.<sup>68</sup> Anche l'articolo 32, comma 4 del Testo Unico configura il congedo parentale come un diritto potestativo.

Nel delineare un quadro generale dell'istituto del congedo, appare opportuna una ulteriore riflessione, in quanto non ci si può esimere dal considerare una lacuna particolarmente rilevante del sistema, il quale non prevede alcun meccanismo di controllo diretto ad accertare eventuali abusi nell'esercizio del diritto. Specificamente, ci si riferisce, alla mancata previsione di strumenti attraverso i quali il datore di lavoro possa accertare la legittimità della fruizione delle diverse fattispecie di sospensione della prestazione lavorativa, da parte del lavoratore nel caso, appunto, di nascita o ingresso in famiglia di un figlio.

Le criticità legate a tale lacuna possono ben comprendersi laddove si considera che il datore di lavoro è portatore di un interesse giuridicamente rilevante in quanto, al fine di rilevare eventuali abusi, dovrebbe poter conoscere il periodo ed il titolo per il quale il lavoratore si è astenuto dalla prestazione lavorativa. La questione diventa particolarmente critica se ci si riferisce, in particolare, al congedo parentale in quanto entrambi i genitori possono usufruirne *iure proprio*, ma entro un limite massimo, il quale viene calcolato computando i periodi di astensione usufruiti da ciascun titolare. In tal contesto,

---

<sup>68</sup> GOTTARDI D., *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in *Lavoro e Diritto*, n. 3, 1999, p. 512.

appaiono evidenti le difficoltà relative alla determinazione di tale periodo e l'importanza di stabilire degli strumenti di controllo appropriati.

### **3. Il congedo di maternità**

Il congedo di maternità è un istituto ispirato al riconoscimento pieno del valore sociale della maternità, destinato a garantire la tutela della salute della donna e del bambino.<sup>69</sup>

L'istituto è collocato nel Capo III dedicato ad un nuovo *Congedo di maternità*. Purtroppo, la superata astensione obbligatoria che era disciplinata dall'articolo 4 della Legge n. 1204 del 30.12.1971, non appare rinnovata rispetto alla precedente regolamentazione, ma conserva tutti quei profili strutturali del vecchio istituto quale divieto assoluto di adibire la madre al lavoro, ad eccezione dell'eventuale flessibilità temporale regolata dal successivo articolo 20 e qualche accomodamento delle modalità di computo. Il divieto può essere esteso

---

<sup>69</sup> Sull'istituto del congedo di maternità, si veda, senza che l'elencazione abbia carattere esaustivo, ARLATI MASSIMILIANO, MARIANI LUCA, SALAZAR PAOLA, *Congedi parentali e maternità*, Milano, 2016, pp. 20 ss.; CALAFÀ LAURA, *Congedi di maternità e paternità*, op. cit.; SACCO FERNANDO, *Congedo e permessi a sostegno della maternità e della paternità. Diritti, obblighi, procedure*, op. cit., pp. 77 ss.; GOTTARDI DONATA MARIA ASSUNTA, *La disciplina del congedo di maternità e di paternità*, in *Guida al lavoro*, 2001, n. 19, pp. 16 ss.; AMATO FRANCESCO, *Il congedo di maternità e di paternità*, in DEL PUNTA R., GOTTARDI DONATA MARIA ASSUNTA (a cura di), *I nuovi congedi*, Milano, 2000, p. 17 ss; OCCHINO ANTONELLA, *Congedi parentali, familiari e formativi*, in MARIO NAPOLI, MARIELLA MAGNANI, ENZO BALBONI (a cura di), *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *Nuove leggi civili e commentate*, 2001, pp. 1258-1264.

(articolo 17), è indennizzato attraverso la corresponsione di un trattamento economico (articolo 22), è riconosciuto anche nell'ipotesi di adozione e affidamento, sia nazionali che internazionali (articolo 26), oltre ad essere sanzionato e quindi garantito da una specifica sanzione penale (articolo 18).

Come è stato evidenziato nella trattazione che precede, il congedo di maternità consiste in un'astensione obbligatoria che copre un arco temporale predeterminato dalla legge, complessivamente di cinque mesi, il quale comprende un periodo *ante* (due mesi precedenti la data presunta del parto) e *post partum* (tre mesi successivi alla data effettiva del parto) (articolo 16 e ss.).<sup>70</sup> Nell'ipotesi in cui la data del parto venga posticipata rispetto a quella presunta, l'astensione copre anche quel periodo, sino all'effettivo parto. Invece, nel caso opposto, ossia di parto prematuro, i giorni di cui non ha beneficiato la lavoratrice vengono a sommarsi a quelli *post partum*.

La disciplina sino ad ora, pur sommariamente indicata, riguarda la lavoratrice madre subordinata, pertanto le collaboratrici, le lavoratrici autonome e le libere professioniste si trovano in una situazione di vulnerabilità economica. Tale aspetto è stato considerato dall'Unione europea nella *posizione del Consiglio del 2010 in vista dell'adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma e che abroga la direttiva 86/613/CEE*.<sup>71</sup> In tale posizione, veniva ritenuto che la vulnerabilità

---

<sup>70</sup> ARLATI MASSIMILIANO, MARIANI LUCA, SALAZAR PAOLA, *Congedi parentali e maternità*, op. cit., pp. 30 ss.

<sup>71</sup> Posizione (UE) N. 8/2010 del Consiglio in prima lettura in vista dell'adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma e che abroga la direttiva 86/613/CEE*, adottata dal Consiglio l'8 marzo 2010.



economica e fisica delle lavoratrici autonome impone che venga loro riconosciuto il diritto alle prestazioni di maternità, previste a livello interno.<sup>72</sup> Veniva quindi suggerito che la tutela offerta fosse “analoga” a quella prevista a favore delle lavoratrici dipendenti, almeno con riferimento alla durata del congedo che può essere obbligatorio o facoltativo ed eventualmente accompagnato da specifici servizi di “supplenza temporanea”, alternativi o parzialmente riconducibili all’indennità di carattere economico.<sup>73</sup>

Infine, ai fini dell’inquadramento generale dell’istituto, deve evidenziarsi che il sistema attualmente previsto, prevede anche delle sanzioni al fine di garantire l’osservanza della relativa norma. Infatti, l’articolo 18 del Testo Unico prevede una sanzione penale a carico del datore di lavoro il quale può essere penalizzato con la reclusione fino a sei mesi.

### 3.1 Parificazione giuridica tra filiazione giuridica e filiazione naturale. Disparità in caso di fecondazione

Come evidenziato, il Testo Unico attribuisce i diritti e privilegi previsti per i genitori naturali anche in caso di adozione, sia nazionale che internazionale, e di affidamento, con l’unica differenza costituita dalla data di decorrenza di tali benefici.<sup>74</sup> In tal modo, viene ad essere realizzata una parificazione giuridica tra filiazione giuridica e filiazione naturale, almeno per quanto riguarda le tutele predisposte.

---

<sup>72</sup> Posizione (UE) N. 8/2010 del Consiglio, *cit.*, para. 17.

<sup>73</sup> Posizione (UE) N. 8/2010 del Consiglio, *cit.*, para. 18.

<sup>74</sup> SACCO FERNANDO, *Congedo e permessi a sostegno della maternità e della paternità. Diritti, obblighi, procedure*, *op. cit.*, p. 77.

Specificamente, nel caso di adozione nazionale, la lavoratrice ha diritto ad un periodo di astensione dal lavoro pari a cinque mesi, successivi all'ingresso del minore nella famiglia (articolo 26, comma 2).<sup>75</sup> Nell'ipotesi di adozione internazionale, la madre lavoratrice può beneficiare del periodo di congedo anche parzialmente in un periodo precedente all'ingresso del minore in Italia (articolo 26, comma 3).<sup>76</sup> Ciò consente ai genitori adottivi di poter incontrare il minore, durante il periodo di permanenza all'estero e di poter compiere gli adempimenti richiesti dalla procedura adottiva. Infine, nel caso di affidamento, (articolo 26, comma 6) l'astensione dal lavoro può essere fruita per un periodo di tre mesi, durante un arco temporale di cinque mesi decorrenti dalla data di affidamento del minore. L'articolo 31 fornisce una disciplina unificata, applicabile a tutte e tre le suddette ipotesi e stabilisce che nel caso in cui il periodo di congedo non sia stato richiesto dalla madre lavoratrice, può essere fruito dal lavoratore alle medesime condizioni.

Tenuto conto della equiparazione della madre biologica a quella adottiva e affidataria, con inizio del congedo e della relativa indennità, come sopra evidenziato, dalla data d'ingresso del minore nella famiglia (ad eccezione del caso di adozione internazionale laddove tale termine può essere anticipato, ai sensi dell'articolo 26 del Testo Unico) e considerata la modifica terminologica la quale ha sostituito la locuzione "figli naturali" con quella di "figli nati fuori dal matrimonio" (articolo 103, comma 3, D.Lgs. n. 154 del 28 dicembre 2013,), bisogna evidenziare che, tuttavia, non risulta disciplinato il caso di filiazione in seguito a fecondazione. Al riguardo, dal livello europeo

---

<sup>75</sup> SACCO FERNANDO, *Congedo e permessi a sostegno della maternità e della paternità. Diritti, obblighi, procedure, op. cit., pp. 79 ss.*

<sup>76</sup> SACCO FERNANDO, *Congedo e permessi a sostegno della maternità e della paternità. Diritti, obblighi, procedure, op. cit., pp. 80 ss.*

sono provenute delle sollecitazioni di carattere giurisprudenziale le quali invitano a riflettere sulla necessità di una dovuta estensione della tutela di maternità anche a coloro che ricorrono a tecniche di fecondazione assistita. Ci si riferisce ad una pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea che nel 2008 ha deciso in merito ad un caso di licenziamento di una lavoratrice che si era sottoposta alla fecondazione in vitro.<sup>77</sup>

In tale contesto, la Corte decideva di escludere l'applicazione della Direttiva 92/85/CE a tale lavoratrice *“qualora, al momento della comunicazione del licenziamento, la fecondazione dei suoi ovuli con gli spermatozoi del partner abbia già avuto luogo, e si sia quindi già in presenza di ovuli fecondati in vitro, ma questi non siano stati ancora trasferiti nell'utero della lavoratrice”*. La Corte perveniva a tale conclusione mediante l'accoglimento di una concezione discriminatoria del licenziamento intimato alla lavoratrice in base alla Direttiva 76/207/CEE (oggi Direttiva 2006/54/CEE), la quale sebbene non potesse considerarsi una lavoratrice in gravidanza, riteneva che *“la stessa si trov[asse] in una fase avanzata di un trattamento di fecondazione in vitro, vale a dire tra il prelievo follicolare e il trasferimento immediato degli ovuli fecondati in vitro nel suo utero, purché [fosse] dimostrato che il licenziamento si fond[asse] essenzialmente sul fatto che l'interessata si [fosse] sottoposta a tale trattamento”*.

Tale decisione è stata richiamata in successive pronunce della Corte del 2014,<sup>78</sup> relative al trattamento riconosciuto alla madre

---

<sup>77</sup> Corte di Giustizia dell'Unione europea, Causa C-506/06, *Sabine Mayr vs. Bäckerei un Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, sentenza 26 febbraio 2008.

<sup>78</sup> Corte di Giustizia dell'Unione europea, Causa C-167/12, *C.D. v. S.T.* sentenza 18 marzo 2014; Causa C-363/12, *Z v. A Government department, The Board of management of a community school*, sentenza 18 marzo 2014.

committente in due ipotesi diverse di contratto di maternità per surroga, così come disciplinate nell'ordinamento del Regno Unito e dell'Irlanda. Al riguardo, la Corte escludeva l'applicabilità del congedo di maternità pure se la madre, come nel caso irlandese, dopo la nascita effettivamente avesse deciso per l'allattamento.

In entrambi i casi, non veniva ritenuto applicabile il principio di non discriminazione, in quanto veniva considerato che il rifiuto di un datore di lavoro di riconoscere un congedo di maternità, a una madre committente che avesse avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, non costituiva una discriminazione fondata sul sesso. Parimenti, veniva esclusa l'applicabilità della Direttiva 2000/78/CE<sup>79</sup> tenuto conto che *“non costituisce una discriminazione fondata sull'handicap il fatto di negare la concessione di un congedo retribuito equivalente a un congedo di maternità o a un congedo di adozione a una lavoratrice che sia incapace di sostenere una gravidanza e si sia avvalsa di un contratto di maternità surrogata”*.

Invero, le conclusioni della Corte europea non appaiono condivisibili, specialmente nel contesto giuridico italiano che sembrerebbe fondare la *ratio* della disciplina in materia di tutela di maternità non solo in base alla necessità di tutelare la madre che si trova in una condizione fisica particolare in quel periodo, ma anche il benessere del bambino. Invece, in base a quanto statuito dal giudice europeo, quest'ultimo verrebbe privato della madre surrogata che non potrebbe godere di un periodo di congedo. Infatti, la soluzione scelta è orientata chiaramente a discapito della funzione di protezione del minore. Inoltre, non si comprende perché la madre biologica sia stata

---

<sup>79</sup> Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

equiparata a quella adottiva o in affidamento, mentre venga riconosciuto un trattamento diverso in caso di maternità surrogata, laddove la donna “riceve” un figlio che, da un punto di vista biologico, comunque le appartiene. La decisione della Corte non appare condivisibile soprattutto nel caso in cui la madre decida di allattare il bambino ed, in tal caso, non si vedono le ragioni dell’esclusione di un congedo di maternità. Pertanto, appare evidente un disconoscimento della tutela dei diritti fondamentali che vengono riconosciuti, invece, come evidenziato, in caso di maternità biologica e di maternità sociale (in tal caso, ci si riferisce alle adozioni ed agli affidi). In sostanza, potrebbe ipotizzarsi che le uniche ragioni che potrebbero aver condotto il giudice europeo all’adozione delle summenzionate argomentazioni riguardano la necessità di conciliare posizioni diametralmente opposte, adottate dai diversi Paesi sul tema, le quali hanno guidato i giudici di Lussemburgo ad assumere un atteggiamento di cautela.

### 3.2 Flessibilità del congedo di maternità

Come già evidenziato, il diritto al congedo è caratterizzato da flessibilità.<sup>80</sup> In attuazione del Jobs Act, una ulteriore maggiore flessibilità ha interessato il congedo obbligatorio di maternità, al fine di favorire il rapporto della madre lavoratrice ed il figlio, senza declinare a sfavore delle tutele della salute della madre.

In generale, la flessibilità dell’istituto deve intendersi nel senso che ferma restando la durata dell’astensione in cinque mesi, la madre

---

<sup>80</sup> Sulla flessibilità dell’istituto, si veda, CALAFÀ LAURA, *Congedi di maternità e paternità, op. cit.*

lavoratrice ha la facoltà di poter variare i momenti in cui beneficiare dell'istituto in quanto può ridurre ad un solo mese precedente alla data presunta del parto l'astensione dal lavoro, prolungando a quattro quelli *post partum*. Tale flessibilità è subordinata al parere favorevole da parte del medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro i quali “*attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro*” (articolo 20, comma 1).

In una circolare adottata dall'Inps n. 152 del 4 settembre 2000, è stata chiarita l'ampiezza del periodo di flessibilità, il quale può variare da un minimo di un giorno a un massimo di un mese. Inoltre, è stato chiarito che il periodo già concesso può essere successivamente ridotto, ampliando in tal modo il periodo di astensione *ante partum* inizialmente richiesto, in base ad una semplice istanza della lavoratrice o per fatti sopravvenuti; nello specifico, eventuali malattie che occorrono in concomitanza con il periodo di flessibilità interrompono la medesima flessibilità e devono essere computati come giorni di congedo per maternità “*in quanto ogni processo morboso in tale periodo comporta un rischio per la salute della lavoratrice e del nascituro e supera, di fatto, il giudizio medico precedentemente espresso nella certificazione del ginecologo ed eventualmente, in quella del medico competente*”.

Questa flessibilità è rinvenibile anche nelle modifiche introdotte dal D.Lgs. 80/2015 il quale è intervenuto sul congedo obbligatorio di maternità, “*al fine di rendere più flessibile la possibilità di fruirne in casi particolari come quelli di parto prematuro o di ricovero del neonato*”.<sup>81</sup> Infatti, come evidenziato, nella prima ipotesi,

---

<sup>81</sup> Consiglio dei Ministri, comunicato n° 51, 20 febbraio 2015.

i giorni di astensione obbligatoria di cui non ha beneficiato la lavoratrice nel periodo antecedente il parto vengo aggiunti al periodo di congedo di maternità *post-partum* anche nel caso in cui la somma dei due periodi superi il limite complessivo dei 5 mesi. Nella seconda ipotesi, la madre lavoratrice può usufruire di una sospensione del congedo di maternità, a condizione che venga fornita un' idonea certificazione medica che attesti il buono stato di salute della madre. “*Entrambe le soluzioni sono dirette a favorire il rapporto madre-figlio senza rinunciare alle tutele della salute della madre*”.<sup>82</sup>

Sebbene il Testo Unico non precisi il termine entro il quale la lavoratrice può presentare la domanda di flessibilità,<sup>83</sup> è stato specificato che la lavoratrice debba richiedere l'autorizzazione a continuare l'attività lavorativa anche oltre il settimo mese di gestazione, a condizione che le attestazioni mediche sopra indicate siano acquisite durante tale periodo.<sup>84</sup>

### 3.3 La sospensione del congedo di *maternità*

Il congedo di maternità è stato l'unico istituto oggetto di riforma di una delega che, al contrario, aveva un respiro più ampio, essendo stata conferita in materia di riordino di tutti i congedi esistenti nell'ordinamento nazionale *ex* articolo 23 della Legge n. 183, del 4.11.2010, cosiddetto *Collegato lavoro*. L'articolo 2 del D.Lgs. n. 119

---

<sup>82</sup> Consiglio dei Ministri, comunicato n° 51, *cit.*

<sup>83</sup> DEL PUNTA RICCARDO, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, *op. cit.*, p. 149.

<sup>84</sup> Circolare INPS n. 8, 17 gennaio 2003, Prestazioni economiche di maternità di cui al D.L.vo. n. 151 del 26/3/2001 (T.U. sulla maternità). Chiarimenti.

del 18 luglio 2011, ha aggiunto il comma 1-bis all'articolo 16 del Testo Unico. Tale comma, nello specifico, riguarda la ripresa dell'attività lavorativa da parte della lavoratrice che ne faccia richiesta successivamente all'interruzione spontanea o terapeutica della gravidanza successiva al 180° giorno dall'inizio della gestazione, *“nonché in caso di decesso del bambino alla nascita o durante il congedo di maternità”*.<sup>85</sup> Tale ripresa è subordinata all'ottenimento di un'autorizzazione da parte del medico specialista del Servizio sanitario nazionale e del medico competente che dichiari la compatibilità dello stato di salute della donna con la ripresa dell'attività lavorativa. Con l'inserimento del comma 1-bis, il Legislatore ha superato le criticità legate al perdurare in vigore dell'articolo 12 del d.P.R. n. 1026 del 25 novembre 1976, il quale, equiparava al parto a tutti gli effetti l'interruzione spontanea o terapeutica della gravidanza successiva al 180° giorno dall'inizio della gravidanza e da ciò ne derivava la conseguente applicazione del divieto di adibire la lavoratrice al lavoro durante i tre mesi dopo il parto. Invece, la novella legislativa del 2011, attribuendo la facoltà alla lavoratrice di riprendere in qualunque momento l'attività lavorativa, con un preavviso di dieci giorni al datore di lavoro, *“consente di modificare alla radice l'impronta complessiva dell'intervento del legislatore in materia: il congedo di maternità rimane obbligatorio, ma derogabile nelle specifiche ipotesi in esso regolate, cresciute nel corso del tempo”*.<sup>86</sup>

La modifica intervenuta era stata resa necessaria dalla presenza di incongruenze tra la disciplina del 1971 e le situazioni reali legate alla

---

<sup>85</sup> ARLATI MASSIMILIANO, MARIANI LUCA, SALAZAR PAOLA, *Congedi parentali e maternità*, op. cit. m pp. 32 ss.

<sup>86</sup> CALAFÀ LAURA, *Congedi di maternità e paternità*, op. cit.



maternità, come era stato evidenziato in dottrina.<sup>87</sup> La modifica apportata all'articolo 16 ha contribuito ad aggiornare gli strumenti tradizionali di tutela della salute della lavoratrice durante la gravidanza, nell'ambito della quale l'istituto del congedo di maternità ha sempre occupato una posizione centrale. La nuova disciplina lo modifica da istituto automatico in strumento avente carattere flessibile, in conformità alla nozione ampia di salute valorizzata nel Testo Unico, definita appunto come “*stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità*” (articolo 2, lett. o, D.Lgs. 9.4.2008, n. 81).

Tale evoluzione legislativa trova sostegno nella pronuncia di incostituzionalità dello stesso articolo 16 del Testo Unico, adottata dalla quasi coeva sentenza del 2011 della Corte Costituzionale,<sup>88</sup> nella quale veniva dichiarata l'illegittimità del trattamento previsto nelle norme dedicate all'ipotesi del parto prematuro con ricovero del neonato per un lungo periodo in una struttura sanitaria. In quella pronuncia, la Corte ha statuito che la madre ha la facoltà di riprendere l'attività lavorativa “*a sua richiesta e compatibilmente con le sue condizioni di salute attestate da documentazione medica*” potendo ricorrere al “*congedo obbligatorio che le spetta, o di parte di esso, a far tempo dalla data d'ingresso del bambino nella casa familiare*”.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> GOTTARDI DONATA MARIA ASSUNTA, *La tutela della maternità e della paternità*, in LENTI LEONARDO, (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Milano, 2012, pp. 536 ss.

<sup>88</sup> Corte Costituzionale, 7 aprile 2011, sentenza n. 116.

<sup>89</sup> Al riguardo, è stato osservato che “[c]ome ampiamente spiegato nell'ordinanza di rinvio, prima della pronuncia d'incostituzionalità la lavoratrice risultava in congedo di maternità fino alla sua scadenza, impossibilitata a riprendere l'attività lavorativa, esistendo uno specifico divieto per il datore di lavoro, sanzionato anche penalmente (art. 16 e art. 18 t.u.). Dopo la pronuncia di incostituzionalità dell'art. 16, con riflessi sulla tipizzazione delle sanzioni contenuta nel successivo art. 18, la lavoratrice «previa presentazione di documentazione medica attestante la sua idoneità alle mansioni cui è preposta» può «chiedere di riprendere l'attività per poter poi usufruire del restante periodo di congedo a decorrere dalla data d'ingresso del bambino nella

### 3.4 Le altre ipotesi di astensione anticipata

L'astensione anticipata dal lavoro avviene non solo in applicazione del congedo obbligatorio, ma anche in altre ipotesi. Queste possono essere previste direttamente dal Ministero per il lavoro e la previdenza sociale. In particolare, tale Ministero può disporre, con propri decreti, quei lavori per i quali il divieto è anticipato a tre mesi dalla data presunta del parto, in quanto sono da ritenersi gravosi o pregiudizievoli (articolo 17, comma 1). Inoltre, la Direzione territoriale del lavoro e la ASL dispongono, l'interdizione anticipata dal lavoro delle lavoratrici *a) nel caso di gravi complicanze della gravidanza o di persistenti forme morbose che si presume possano essere aggravate dallo stato di gravidanza; b) quando le condizioni di lavoro o ambientali siano ritenute pregiudizievoli alla salute della donna e del bambino; c) quando la lavoratrice non possa essere spostata ad altre mansioni* (articolo 17, comma 2).

Tuttavia, appare opportuno evidenziare la differenza esistente tra l'istituto del congedo obbligatorio e quello dell'astensione anticipata, prevista dall'articolo 17 del Testo Unico, il quale è stato rubricato *Estensione del divieto*. L'istituto del congedo è strettamente collegato all'evoluzione della gestazione ed infatti è previsto in alcuni momenti particolari precedenti e successivi al parto, quindi non è direttamente coordinato con lo stato di salute della donna in generale. In altri termini, considerato che il congedo di maternità ha carattere

---

*casa familiare». Il congedo rimane obbligatorio, ma dopo la rilettura offerta dalla Corte costituzionale il divieto appare meno "assoluto".* CALAFÀ LAURA, *Congedi di maternità e paternità, op. cit.*

obbligatorio, il comportamento della madre lavoratrice ed il suo stato di salute possono risultare indifferenti da parte del datore di lavoro. Invece, l'istituto dell'anticipazione del periodo di interdizione dal lavoro ha la propria *ratio* nell'accertamento di complicazioni nella gestazione, durante il periodo che precede l'astensione obbligatoria e, conseguentemente, acquistano importanza lo stato di salute della lavoratrice e il suo comportamento, nel senso che la circostanza che quest'ultimo potrebbe aggravare le complicità della gestazione conduce ad anticipare l'interdizione dal lavoro.<sup>90</sup> Questa lettura trova conforto in una sentenza della Corte di Cassazione la quale ha statuito che è “*evidente che il comportamento della lavoratrice in tali periodi, ove idoneo ad aggravare le complicanze o a ritardarne il superamento, è tutt'altro che indifferente al datore di lavoro, potendo esso provocare proroghe e prolungamenti dell'interdizione anticipata dal lavoro*”.<sup>91</sup> Sulla base di tale ragionamento, la Corte ha confermato la sentenza del giudice di merito che aveva ritenuto legittimo il licenziamento intimato ad una lavoratrice la quale, a seguito di un infortunio sul lavoro, e successivamente, per interdizione anticipata dal lavoro per diagnosticato pericolo di aborto, aveva prestato attività lavorativa al di fuori del rapporto di lavoro in un altro luogo.

Al riguardo, appaiono evidenti le ragioni che sottendono l'adozione di tale decisione. Infatti, il comportamento della lavoratrice appariva censurabile, tenuto conto che esso aveva condotto ad un uso distorto dell'istituto in esame che, oltretutto, aveva leso anche il vincolo fiduciario tra datore di lavoro e lavoratrice. Invero, non avevano sortito alcun effetto le difese presentate dalla ricorrente la quale aveva sottolineato che avesse raggiunto il convincimento che, dopo il primo

---

<sup>90</sup> LENSÌ CHIARA, *La tutela ed il sostegno della maternità e della paternità*, in DE MARZO G. (a cura di), *Codice delle pari opportunità*, Milano, 2007, pp. 436 ss.

<sup>91</sup> Corte di Cassazione, 4 marzo 2000, *sentenza n. 2466*.

allarme, il pericolo di aborto fosse sostanzialmente cessato e che la situazione si fosse normalizzata. Infatti, proprio in quanto la lavoratrice aveva ritenuto il suo stato di salute compatibile con la prestazione di attività lavorativa, erano venuti meno i presupposti per l'applicabilità dell'interdizione anticipata dal lavoro. Ciò fa chiaramente comprendere che la buona fede costituisce un elemento indefettibile dell'istituto.

#### **4. Brevi cenni sul congedo di paternità e parità uomo-donna nella gestione dei tempi di vita e di lavoro**

La legge n. 53/2000 ha introdotto due nuovi articoli alla legge n. 903/1977, il *6bis* ed il *6ter*, in tal modo, apportando una rilevante novità nell'ambito della disciplina della parità uomo-donna nella gestione dei tempi di vita e di lavoro.

In particolare, l'articolo 6 della L. 903 si limitava ad attribuire alle donne lavoratrici la facoltà di assentarsi dal lavoro (astensione facoltativa) nel caso di adozione o affidamento,<sup>92</sup> mentre gli articoli *6bis* e *6ter* introducono espressamente il diritto del padre lavoratore ad

---

<sup>92</sup> Si riporta l'articolo della Legge 903/1977. *“Le lavoratrici che abbiano adottato bambini, o che li abbiano ottenuti in affidamento preadottivo, ai sensi dell'articolo 314/20 del codice civile, possono avvalersi, sempreché in ogni caso il bambino non abbia superato al momento dell'adozione o dello affidamento i sei anni di età, dell'astensione obbligatoria dal lavoro di cui all'articolo 4, lettera c), della legge 30 dicembre 1971, n.1204, e del trattamento economico relativo, durante i primi tre mesi successivi all'effettivo ingresso del bambino nella famiglia adottiva o affidataria. Le stesse lavoratrici possono altresì avvalersi del diritto di assentarsi dal lavoro di cui all'articolo 7, primo comma, della legge di cui sopra, entro un anno dall'effettivo ingresso del bambino nella famiglia e sempreché il bambino non abbia superato i tre anni di età, nonché del diritto di assentarsi dal lavoro previsto dal secondo comma dello stesso articolo 7”.*

astenersi dal lavoro, sia avvalendosi dell'istituto dell'astensione facoltativa che di quello dei riposi. Successivamente, il Testo Unico, nel riordinare la materia, ha dedicato un apposito Capo, il IV, ai *congedi di paternità* (articoli 28–31).<sup>93</sup>

Lo studio della tutela della maternità deve necessariamente includere anche l'analisi di tale istituto in quanto, come sopra evidenziato, esso appare un ulteriore strumento nella realizzazione della parità tra l'uomo e la donna, tema strettamente collegato alla tutela riconosciuta in materia di maternità. Un ulteriore profilo da considerare è quello relativo alla circostanza che il congedo di paternità è strettamente collegato, per quanto concerne la sua fruizione, al mancato godimento del diritto al congedo obbligatorio, (mentre il congedo obbligatorio e facoltativo, introdotto dalla Legge 92/2012, è in sostituzione del congedo obbligatorio della madre). In sostanza, la tutela della madre lavoratrice viene “affiancata” da ulteriori strumenti di sostegno. Con specifico riferimento al primo profilo, deve sottolinearsi che la tutela di maternità è collegata con il tema del principio di parità di trattamento poiché la protezione delle madri lavoratrici serve ad uguagliare la situazione di tale categoria con quella degli uomini nel mercato del lavoro; inoltre, la disciplina in esame vieta la discriminazione delle donne per la loro situazione di madri. Orbene, nella discussione sulle pari opportunità rientra la problematica della paternità e delle responsabilità dei padri nella cura dei figli anche nei primi mesi di vita del figlio. Il congedo di paternità rientra nella

---

<sup>93</sup> Sull'istituto, si veda, ARLATI MASSIMILIANO, MARIANI LUCA, SALAZAR PAOLA, *Congedi parentali e maternità*, op. cit., pp. 36 ss.; SACCO FERNANDO, *Congedo e permessi a sostegno della maternità e della paternità. Diritti, obblighi, procedure*, op. cit., pp. 85 ss.; CALAFÀ LAURA, *Congedi di maternità e paternità*, op. cit.; LENSÌ CHIARA, *La tutela ed il sostegno della maternità e della paternità*, in DE MARZO GIUSEPPE (a cura di), op. cit., pp. 427 ss.

necessità di condividere i ruoli professionali e familiari tra gli uomini e le donne.

L'articolo 28 definisce tale istituto come il diritto del padre lavoratore *“di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice, in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre”*.

La formulazione adottata dal Legislatore evidenzia, nell'immediato, le caratteristiche di tale diritto. Infatti, appare evidente che il diritto al congedo di paternità, diversamente da quanto previsto per il congedo parentale, il quale verrà esaminato nel prosieguo della trattazione, non è un diritto autonomamente azionabile dal padre. Appunto, il padre può usufruirne solo nel caso in cui si verificano determinate situazioni. In altri termini, il godimento di tale diritto da parte del padre è subordinato al soddisfacimento di determinate condizioni.<sup>94</sup> In particolare, la madre lavoratrice non deve aver beneficiato di tale vantaggio in quanto, come sopra evidenziato, il padre lavoratore può trarre vantaggio di tale istituto solo per il periodo non fruito dalla madre. Inoltre, il congedo in esame spetta al verificarsi di uno dei casi previsti dal Testo Unico, ossia nell'ipotesi di (i) morte o grave infermità della madre; (ii) abbandono del bambino ad opera della madre; (iii) affidamento esclusivo del bambino al padre (articolo 28, comma1). Sebbene la norma in questione non preveda anche l'ipotesi in cui la madre abbia espressamente rinunciato al proprio diritto (rinuncia possibile solo in caso di adozione o affidamento), dovrebbe ritenersi che anche in tali ipotesi sia riconosciuto il congedo di paternità.

---

<sup>94</sup> SACCO FERNANDO, *Congedo e permessi a sostegno della maternità e della paternità. Diritti, obblighi, procedure, op. cit., p. 85*. AMATO FRANCESCO, *Il congedo di maternità e di paternità*, in DEL PUNTA RICCARDO, GOTTARDI DONATA MARIA ASSUNTA (a cura di), *I nuovi congedi, op. cit., p. 29*.

Mentre la prima fattispecie prevista dall'articolo 28 si riferisce alla morte o grave infermità della madre conseguenti al parto, le ulteriori ipotesi sembrerebbero rappresentare una novità, da intendersi nel senso che adeguerebbero il diritto positivo all'evoluzione della società e dei costumi, non tanto nel caso dell'abbandono, quanto piuttosto in quello di esclusivo affidamento al padre. La diversità tra le due fattispecie consiste nella circostanza che mentre l'ipotesi dell'abbandono non conduce ad individuare una situazione stabilita giudizialmente, bensì ad un'ipotesi di fatto nella quale il padre si trovi a prendersi cura, quale unico genitore, anche solo temporaneamente del bambino,<sup>95</sup> la seconda fattispecie, ossia quella dell'affidamento esclusivo, riposa necessariamente su un provvedimento da parte dell'autorità giudiziaria competente.

Nel complesso, i casi espressamente indicati dall'articolo 28 individuano fattispecie nelle quali, in concreto, si verifica una impossibilità dell'assistenza materna e, conseguentemente, autorizzano l'altro genitore, in luogo di quello venuto meno, a poter usufruire dell'astensione dal lavoro per realizzare quegli interessi di cura complessiva del neonato.

Quanto sino ad ora illustrato non deve erroneamente condurre a ritenere che il congedo di paternità sia un diritto delegato, mediato ed interposto dalla condizione che la madre debba essere l'astratta titolare del diritto al congedo, cioè necessariamente una lavoratrice dipendente. Infatti, la norma non prevede questa ulteriore circostanza ai fini del godimento del diritto e, conseguentemente, l'accesso al beneficio è

---

<sup>95</sup> Per un approfondimento, si veda, DEL PUNTA RICCARDO, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, Vol. II, 2000, p. 164.

garantito al padre anche nel caso in cui la madre non avrebbe potuto giovarsene, in quanto professionista o casalinga.<sup>96</sup>

La condizione dell'uomo che beneficia del congedo di paternità è stata equiparata a quella della madre dal punto di vista economico e normativo. Infatti, l'articolo 29 del Testo Unico ha previsto l'espressa applicazione degli articoli 22 e 23 del medesimo testo, i quali hanno sostanzialmente raccolto e riscritto la disciplina riguardante il detto trattamento economico – normativo, compreso quello riguardante gratifica natalizia e ferie e le modalità di calcolo dell'indennità (articolo 22) ed il calcolo dell'indennità (articolo 23).

Il D.Lgs. 80/2015 ha introdotto delle novità anche con riferimento al congedo di paternità. Al riguardo, è stato ampliato l'ambito di applicabilità delle norme in materia, ricomprendendovi tutte le categorie di lavoratori, e quindi non solo per quelli dipendenti come era precedentemente previsto, i quali possono beneficiare del congedo nei casi in cui la madre sia impossibilitata a fruirne per motivi naturali o contingenti.

L'istituto sino ad ora considerato, previsto dall'articolo 28 del Testo Unico, è stato affiancato da un nuovo strumento, ossia dal congedo obbligatorio di paternità, introdotto in via sperimentale dalla Legge 92/2012 al fine di promuovere una cultura di maggiore condivisione dei compiti genitoriali e favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.<sup>97</sup> L'articolo 4, comma 24, lett. a) testualmente prevede che *“il padre lavoratore dipendente, entro i cinque mesi dalla nascita del figlio, ha l'obbligo di astenersi dal lavoro per un periodo di un giorno (cosiddetto congedo obbligatorio) e può astenersi per un*

---

<sup>96</sup> DE SIMONE V., *La giurisprudenza sulla parità tra lavoratori e lavoratrici*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp.1032 ss.

<sup>97</sup> ARLATI MASSIMILIANO, MARIANI LUCA, SALAZAR PAOLA, *Congedi parentali e maternità*, op. cit., pp. 38 ss.



*ulteriore periodo di due giorni, anche continuativi*” (congedo facoltativo), in alternativa alla madre che si trovi in congedo di maternità. La normativa è stata modificata per effetto dall’articolo 1, comma 205 della Legge n. 208 del 28 dicembre 2015 (nello specifico la Legge di Stabilità 2016). Il congedo obbligatorio è stato aumentato da uno a due giorni. In virtù della Legge di Bilancio 2017 (Legge 11 dicembre 2016, n. 232), il congedo di paternità obbligatorio è stato prorogato anche per il 2017, mentre il congedo facoltativo non è stato prorogato per l’anno 2017, quindi non potrà essere fruito né indennizzato da parte dell’INPS.

I criteri di accesso e le modalità di utilizzo di tali congedi sono stati determinati con decreto del Ministero del lavoro<sup>98</sup> il quale ne ha, *in primis*, determinato l’ambito di applicazione, prevedendo che il congedo obbligatorio è fruibile dal padre anche durante il congedo di maternità della lavoratrice madre, in aggiunta ad esso (articolo 1, comma 2); la fruizione, da parte del padre, del congedo facoltativo, di uno o due giorni, anche continuativi, è condizionata alla scelta della madre lavoratrice di non fruire di altrettanti giorni del proprio congedo di maternità (articolo 1, comma 3). Tale disciplina pone in rilievo che il congedo in esame, come sopra evidenziato, è concepito in sostituzione del congedo obbligatorio della madre, che viene pertanto ridotto di uno o di due giorni.

---

<sup>98</sup> Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Decreto 22 dicembre 2012, Introduzione, in via sperimentale per gli anni 2013-2015, del congedo obbligatorio e del congedo facoltativo del padre, oltre a forme di contributi economici alla madre, per favorire il rientro nel mondo del lavoro al termine del congedo.

## 5. Il congedo parentale

Oltre al congedo di maternità e di paternità, il Testo Unico prevede il cosiddetto congedo parentale il quale consiste in un'astensione dal lavoro avente carattere facoltativo, del quale il genitore può beneficiare sino al compimento degli otto anni di età del bambino (articoli 32-38 del Capo V del Testo Unico).<sup>99</sup> Nello specifico, la madre lavoratrice può usufruire di tale astensione al termine del periodo di congedo di maternità, per ulteriori periodi, non superiori a sei mesi (articolo 32, comma 1, lettera a). Per quanto concerne, il padre lavoratore, questi può usufruirne dalla nascita del figlio, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi (articolo 32, comma 1, lettera b).

L'istituto è stato introdotto dalla Legge 53 del 2000 ed affonda le proprie radici in “*tendenze di lungo periodo dell'ordinamento lavoristico*”<sup>100</sup> delle quali *rappresenta il perfezionamento e il completamento, portando alle estreme conseguenze le logiche paritarie*”, sulle basi anche del diritto comunitario, come precedentemente evidenziato, “*colmando una serie di lacune originarie o sopravvenute*” – sulle quale aveva inciso l'attività di cesello della Corte costituzionale.<sup>101</sup>

Diversamente da quanto era previsto nella legge n. 903/1977, la quale attribuiva al padre il diritto di astensione dal lavoro esclusivamente nel caso di rinuncia da parte della madre, il Testo Unico

---

<sup>99</sup> Sull'istituto del congedo parentale, si veda, ARLATI MASSIMILIANO, MARIANI LUCA, SALAZAR PAOLA, *Congedi parentali e maternità, op. cit., pp. 49 ss.*; VALLAURI MARIA LUISA, *Il congedo parentale*, in GOTTARDI D., DEL PUNTA R. (a cura di), *op. cit.*; DEL PUNTA RICCARDO, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi, op. cit.*; GOTTARDI DONATA MARIA ASSUNTA, *I congedi parentali entrano nel nostro ordinamento*, in *Guida al lavoro, n. 9, 2000, pp. 13 ss.*

<sup>100</sup> DEL PUNTA RICCARDO, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi, op. cit., p. 157.*

<sup>101</sup> DEL PUNTA RICCARDO, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi, op. cit., p. 157.*

riconosce questo diritto a ciascun genitore, indipendentemente dalla rinuncia dell'altro, quindi anche il padre è un titolare autonomo, a prescindere da una rinuncia della madre a tal fine.<sup>102</sup>

L'analisi del congedo parentale richiede delle osservazioni di carattere funzionale e dogmatico. Al riguardo, appare opportuno evidenziare che nell'ambito di tale congedo vengono a confluire una serie di istituti che hanno come comune denominatore la finalità di assicurare al bambino l'assistenza perlomeno di un genitore, per ragioni insindacabili, come nel caso di congedi giornalieri, oppure al verificarsi di un presupposto specifico, come nel caso di malattia del bambino.

Con riferimento ai profili di carattere dogmatico, appare evidente la differenza del congedo parentale con quello di maternità, in quanto con riferimento al primo istituto, la legge prevede soltanto un'autorizzazione alla fruizione dello stesso, configurando una sorta di sospensione potestativa. La rappresentazione del congedo parentale come un diritto potestativo si desume dallo stesso testo della norma, in quanto il IV comma dell'articolo 32 del Testo Unico prevede che esso *“spetta al genitore richiedente anche qualora l'altro genitore non ne abbia diritto”*. Quest'ultima precisazione assume importanza fondamentale nella qualificazione del diritto in esame in quanto il diritto del lavoratore di astenersi dal lavoro viene affrancato, come sopra evidenziato, dalla rinuncia da parte della madre ad esercitare tale diritto ed, indirettamente, dall'effettiva titolarità del diritto in capo alla stessa. Si vuol significare che uno dei genitori ha il diritto di astenersi dal lavoro anche nell'ipotesi in cui l'altro non ne abbia diritto in quanto non svolge alcuna attività lavorativa o, comunque, non svolge un'attività avente carattere subordinato. Questa contitolarità *“autonoma”* è stata interpretata nel senso che il diritto attribuito a ciascun genitore può

---

<sup>102</sup> VALLAURI MARIA LUISA, *Il congedo parentale*, in GOTTARDI D., DEL PUNTA R. (a cura di), *I nuovi congedi*, op. cit., p. 47.

inquadarsi come un diritto/dovere di educare i figli il quale trova la propria fonte primaria nella legge che lo attribuisce in modo autonomo, senza alcuna derivazione dell'altro soggetto.<sup>103</sup>

Questa lettura appare conforme al precetto costituzionale dell'articolo 30, comma 1, il quale recita che “è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio” ed al dettato normativo dell'articolo 147 c.c. il quale prevede che il “matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli”.

Altro elemento caratterizzante dell'istituto in esame è la cosiddetta contitolarità del congedo parentale in quanto tale diritto è attribuito, in via astratta, a ciascun genitore e, proprio per tale motivo, può subire delle compressioni e delle limitazioni in base alle scelte operate dall'altro genitore.

Le considerazioni che precedono forniscono i profili idonei a delineare, nel complesso, lo schema dogmatico del diritto al congedo parentale che può, pertanto, come più volte evidenziato, definirsi come un diritto potestativo, attribuito in via esclusiva ed a titolarità piena a ciascun genitore, il cui esercizio viene reciprocamente condizionato dalle scelte dall'altro titolare. Viene, in tal modo, a configurarsi un diritto potestativo sottoposto, a sua volta, a condizione potestativa negativa.

Proprio tali caratteristiche evidenziano un aspetto potenzialmente problematico dell'istituto in esame. Infatti, la configurazione del congedo parentale come diritto/dovere assoggettato a condizione potestativa reciproca conduce a chiedersi cosa accada nel

---

<sup>103</sup> OCCHINO ANTONELLA, *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 6, 2001, p. 1246.

caso in cui l'esercizio del diritto avvenga da parte di entrambi i genitori contemporaneamente<sup>104</sup>. Al riguardo, potrebbe ipotizzarsi un godimento congiunto del periodo di astensione. Ovviamente, non sarebbe possibile superare il limite temporale complessivo previsto di dieci mesi e quello individuale di sei mesi. Tale lettura della normativa trova un sostegno indiretto nell'articolo 47 del Testo Unico il quale contiene la disciplina del congedo per la malattia del figlio. In tal caso, la norma ha escluso espressamente che la fruizione possa avvenire contemporaneamente da entrambi i genitori<sup>105</sup>. Infatti, l'articolo 47 prevede che “[e]ntrambi i genitori, *alternativamente*, hanno diritto di astenersi dal lavoro per periodi corrispondenti alle malattie di ciascun figlio di età non superiore ai tre anni”. Orbene, se in questo caso, il Legislatore ha ritenuto necessario escludere espressamente la fruizione congiunta dell'istituto, avrebbe dovuto seguire il medesimo criterio anche con riferimento al congedo parentale, specialmente perché il godimento contemporaneo da parte di entrambe i genitori può considerarsi come un tratto saliente dell'istituto<sup>106</sup>.

Un'altra caratteristica particolare del congedo parentale, la quale si evince espressamente dalla lettera dell'articolo 32, è costituita dal suo riconoscimento “per ogni bambino”. Tale attribuzione potrebbe, *prima facie*, non essere compresa per quanto riguarda la sua effettiva importanza che viene in rilievo non con riferimento alla nascita di figli a distanza l'uno dall'altro, ma nel caso di nascite gemellari. In tal caso, infatti, ciascun genitore potrà beneficiare di più periodi di astensione dal lavoro in proporzione al numero dei nati. A sostegno di tale

---

<sup>104</sup> Nel precedente disegno di legge n. 4642 era impedita tale possibilità. Al riguardo, si veda, GOTTARDI DONATA MARIA ASSUNTA, *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, op. cit., p. 513.

<sup>105</sup> OCCHINO ANTONELLA, *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, op. cit., pp. 1243 ss.

<sup>106</sup> GOTTARDI DONATA MARIA ASSUNTA, *I congedi parentali entrano nel nostro ordinamento*, op. cit., p. 13.

interpretazione si pone anche l'intervento del Legislatore che con l'adozione della Legge 53/2000 ha abrogato l'articolo 7 della Legge 903/1977 il quale prevedeva che il padre lavoratore potesse assentarsi dal lavoro esclusivamente in via alternativa alla madre.

Per quanto concerne le modalità di fruizione del congedo parentale, una lettura congiunta dei due commi dell'articolo 32 fornisce gli elementi utili al riguardo. Tale disposizione è stata oggetto di intervento ad opera del D.Lgs. 80/2015, in attuazione della delega contenuta nella legge 10 dicembre 2014, n. 183.

L'articolo 32 prevede che ciascun genitore ha il diritto di astenersi dal lavoro per la cura di ogni bambino nei suoi primi dodici anni di vita ed il primo comma precisa che, in ogni caso, tale periodo non può *“complessivamente eccedere il limite di dieci mesi, fatto salvo il disposto del II comma del presente articolo”*. Inoltre, il secondo comma del medesimo articolo estende il tempo massimo del congedo parentale fino a undici mesi, *“[q]ualora il padre lavoratore eserciti il diritto di astenersi dal lavoro per un periodo continuativo o frazionato non inferiore a tre mesi”*.

La previsione dell'estensione massimo dell'arco temporale di fruibilità del congedo parentale a dodici anni di vita del bambino è stata estesa dal D.Lgs. 80/2015 che ha modificato i precedenti otto anni di età. Inoltre, il periodo parzialmente retribuito (30%) è stato portato dai tre anni di età del bambino ai sei anni; quello non retribuito dai 6 anni di vita del bambino ai 12 anni. La medesima previsione è stata prevista anche per le ipotesi di affidamento o di adozione, rispetto ai quali il periodo di congedo parentale inizia a decorrere dall'ingresso del minore in famiglia. In ogni modo, la durata complessiva del congedo non ha subito alcuna variazione.

Sempre con riferimento alle modalità di fruizione dell'istituto in esame, questa può avvenire in modo continuativo ovvero frazionato, e quindi può essere limitata anche ad un solo giorno. Questo limite è stato oggetto di ulteriore intervento ad opera del D.Lgs. 80/2015 che ha introdotto la possibilità di fruire del congedo parentale non solo con modalità mensile e giornaliera, ma anche su base oraria. In particolare, il legislatore è intervenuto, introducendo un criterio generale di fruizione del congedo in modalità oraria che trova attuazione in assenza di contrattazione collettiva anche di livello aziendale (articolo 32, comma 1 ter). In base a tale criterio generale, in caso di mancata contrattazione collettiva che regolamenti compiutamente il congedo parentale su base oraria, i genitori lavoratori dipendenti possono fruire del congedo parentale ad ore *“in misura pari alla metà dell’orario medio giornaliero del periodo di paga quadrisettimanale o mensile immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha inizio il congedo parentale”* (articolo 32, comma 1 ter).

Ai fini dell'esercizio del diritto al congedo parentale mensile, giornaliero o su base oraria, è previsto un obbligo di preavviso, non inferiore a quindici giorni, nei confronti del datore di lavoro (articolo 32, comma 3). Questa prescrizione appare ben comprensibile, in quanto rispondente ad esigenze di correttezza ed organizzazione del lavoro. Per tale motivo, la norma subordina l'esercizio del diritto al congedo alla presentazione di un preavviso.

## **CAPITOLO III**

# **IL SOSTEGNO ECONOMICO ALLA MATERNITA', LE MISURE DI TUTELA PER LA SALUTE ED IN MATERIA PREVIDENZIALE**

1. Introduzione - 2. Il trattamento economico per il periodo del congedo di maternità e parentale – 2.1 L'indennità di maternità nei casi di risoluzione del rapporto di lavoro – 2.2 Il trattamento economico nei casi di mancanza di lavoro in atto - 2.3 L'indennità nei casi di interruzione della gravidanza - 3. Gli altri strumenti di sostegno economico - 3.1 L'assegno di maternità - 3.2 Le altre misure economiche a sostegno della maternità - 4. Tutela della salute e della sicurezza della lavoratrice – 5. Il trattamento previdenziale

### **3. Introduzione**

La disciplina vigente in materia di tutela e sostegno della maternità è alquanto complessa ed articolata. Come analizzato nel



capitolo II, la stessa non solo non si limita a disciplinare il periodo di astensione obbligatoria, disposto nei confronti della lavoratrice in stato di gravidanza e dopo che ha partorito, ma prevede anche le altre forme di congedo. Inoltre, il medesimo testo si completa con la disciplina del trattamento economico della maternità ed individua diversi “momenti” e “situazioni” meritevoli di attenzione e di regolamentazione, al fine di tutelare la lavoratrice. In quest’ultimo caso, ci si riferisce a determinati limiti ed obblighi a carico del datore di lavoro il quale è tenuto ad osservare una serie di divieti, di prescrizioni ed attuare interventi essenzialmente mirati alla salvaguardia della salute della lavoratrice dipendente. Inoltre, l’ordinamento italiano prevede anche una disciplina in materia previdenziale. Pertanto, il capitolo III si concentrerà sulle forme di tutela economica, di sicurezza in tema di maternità e di tutela previdenziale.

## **2. Il trattamento economico per il periodo del congedo di maternità e parentale**

Durante il periodo di maternità, la lavoratrice gode di una tutela diretta a proteggere la sua salute ed a fornirle, al tempo stesso, un sostegno economico. In tale contesto, appare opportuno contraddistinguere il congedo di maternità dalla indennità di maternità. Infatti, il primo istituto tutela essenzialmente la salute della madre, impedendo che, con la continuazione dell’attività lavorativa, questa venga esposta a situazioni potenzialmente pericolose per la sua incolumità e quella del bambino, mentre l’indennità mira ad assicurare

sostegno economico alla madre e viene corrisposta durante il relativo periodo di congedo.<sup>107</sup>

La corresponsione dell'indennità, a salvaguardia dalla perdita del reddito conseguente all'astensione dal lavoro, è prevista sia nel caso del congedo di maternità che in quello parentale (articolo 22 Testo Unico).<sup>108</sup> Il trattamento economico previsto durante entrambe le forme di congedo sembrerebbe essere configurabile alla stregua di un diritto potestativo, in quanto al ricorrere dei presupposti, per esercitare tale diritto è sufficiente essere titolari di un rapporto di lavoro subordinato. Sebbene tale indennità gravi su un fondo alimentato dai contributi versati, la sua corresponsione non è subordinata a particolari requisiti contributivi o di anzianità assicurativa.

La diversità dei periodi di astensione corrisponde anche ad una differenza di contenuto del diritto della lavoratrice. Infatti, il periodo di copertura del trattamento economico è diverso a seconda dei due istituti e corrisponde alla diversa durata dei congedi (cinque mesi per la madre e un periodo massimo di sei mesi per ciascun genitore), ma si differenzia anche riguardo alla sua quantificazione (80% della retribuzione maturata nel periodo immediatamente precedente

---

<sup>107</sup> GATTI MARILENA, *La tutela giuridica delle lavoratrici madri*, Centro studi diritto dei lavori, 2013, [http://www.csddl.it/csddl/attachments/948\\_La%20tutela%20giuridica%20delle%20avoratrici%20madri.pdf](http://www.csddl.it/csddl/attachments/948_La%20tutela%20giuridica%20delle%20avoratrici%20madri.pdf), p. 5.

<sup>108</sup> Sul tema della tutela economica della lavoratrice madre, si veda, SACCO FERNANDO, *Congedo e permessi a sostegno della maternità e della paternità. Diritti, obblighi, procedure*, op. cit.; SANNA PAOLA, VICHI LUCA, BOSCO ALBERTO, (a cura di), *La riforma del lavoro. Maternità e paternità nel rapporto di lavoro*, Volume 7, op. cit.; CERMELLI CLAUDIA, *Maternità e lavoro. Dissertazione sulla tutela delle lavoratrici madri*, Roma, 2008; MAIO ILARIO, *Disciplina della tutela della maternità e della paternità*, in *Altalex*, 2003, <http://www.altalex.com>.

Sulla normativa previgente in materia, si veda, GAROFALO CORRADO, *Indennità di malattia e maternità: modalità di calcolo*, Roma, 1980.

l'astensione dal lavoro, nel caso di congedo di maternità; 30% della retribuzione per il periodo di congedo parentale).

Appare evidente la differenza di trattamento con riferimento alle due forme di congedo, risultando una tutela più "debole" nel caso di quello parentale. Sebbene nel corso del tempo, rispetto alla disciplina previgente, la nuova disciplina in materia abbia offerto un miglioramento in quanto ha previsto anche in tal caso una tutela economica, purtuttavia, essa ci appare comunque ancora limitata in quanto circoscritta nel suo ammontare e, conseguentemente, vi sarebbe da chiedersi se tale tutela economica sia conferente alla *ratio* che ha condotto all'introduzione del congedo parentale, mosso da logiche paritarie, nella realizzazione di quel dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, ai sensi dell'articolo 30, comma 1 della Costituzione.

Con riferimento al parametro di riferimento da utilizzare ai fini della determinazione dell'indennità, deve considerarsi la retribuzione percepita nel mese precedente l'inizio del congedo. Riguardo all'indennità di maternità, come evidenziato, si tratta di un trattamento economico pari all'ottanta per cento della retribuzione, globale media giornaliera, percepita nel periodo di paga quadrisettimanale o mensile scaduto in epoca immediatamente precedente a quella nel corso del quale ha avuto inizio l'astensione obbligatoria dal lavoro per maternità (art. 22 e 23 D. Lgs n. 151/2001, artt. 15 e 16, comma 1°, legge n. 1204/71).<sup>109</sup>

Nel caso in cui la lavoratrice non abbia svolto l'intero periodo lavorativo mensile per sospensione del rapporto di lavoro con diritto

---

<sup>109</sup> SANNA PAOLA, VICHI LUCA, BOSCO ALBERTO, (a cura di), *La riforma del lavoro. Maternità e paternità nel rapporto di lavoro*, Volume 7, *op. cit.*, p. 21.

alla conservazione del posto, oppure per interruzione del rapporto stesso o, ancora, per recente assunzione, l'ammontare dell'indennità viene determinata dividendo l'ammontare complessivo degli emolumenti percepiti nel periodo di considerato per il numero di giorni lavorati, o comunque retribuiti, risultanti dal periodo stesso (articolo 23, D. Lgs. legge 30 dicembre 1971, n. 1204, art. 16).

Per la lavoratrice a tempo parziale, in attuazione del principio di non discriminazione, il relativo trattamento economico è riproporzionato in ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa (articolo 60, D. lgs n. 151/2001).

Ove la lavoratrice a tempo parziale e il datore di lavoro abbiano concordato la trasformazione del rapporto di lavoro in rapporto a tempo pieno per un periodo in parte coincidente con quello del congedo di maternità, è assunta a riferimento la base di calcolo più favorevole della retribuzione (articolo 60, D. lgs n. 151/2001).

Con riferimento a quest'ultima ipotesi, sembrerebbe che il legislatore, nel dettare la disciplina in materia, abbia recepito l'orientamento della giurisprudenza costituzionale in quanto già nel 1999, la Corte aveva ritenuto che qualora la lavoratrice a tempo parziale avesse concordato con il datore di lavoro la cessazione di questa modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, con conversione del rapporto di lavoro a tempo pieno da una certa data, coincidente, poi, con il periodo di astensione obbligatoria, l'articolo 16, comma 1° legge n. 1204/71<sup>110</sup> dovesse essere interpretato nel senso, che l'indennità da

---

<sup>110</sup> L'articolo 16, comma 1° legge n. 1204/71 stabiliva che *Agli effetti della determinazione della misura delle indennità previste nell'articolo precedente, per retribuzione s'intende la retribuzione media globale giornaliera percepita nel periodo di paga quadrisettimanale o mensile scaduto ed immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha avuto inizio l'astensione obbligatoria dal lavoro per maternità.*

corrispondere non andava determinata avendo come parametro di calcolo la retribuzione percepita durante il rapporto di lavoro part-time, *“perché sottrarre alla lavoratrice il diritto alla corresponsione dell'indennità di maternità calcolata in base al tempo pieno si tradurrebbe in una violazione degli obbiettivi perseguiti dalla norma di proteggere la salute della donna nel periodo precedente ed immediatamente successivo al parto; tutela della donna che si fonda non sulla sola condizione di donna che ha partorito, ma anche sulla funzione che essa esercita nei confronti del bambino”*. Ne derivava l'obiettivo di tutelare la salute di entrambi la cui realizzazione richiedeva di rimuovere gli ostacoli di ordine economico che avrebbero reso in concreto più difficile per la donna lo svolgimento del proprio ruolo di madre.<sup>111</sup>

Individuati i parametri di riferimento agli effetti della determinazione della misura dell'indennità, occorre anche precisare che a tale importo deve aggiungersi anche il rateo giornaliero relativo alla gratifica natalizia o alla tredicesima mensilità eventualmente spettanti, per legge o per contratto, (articolo 23 D Lgs n. 151/2001, articolo 16, comma 2°, legge n. 1204/71). Inoltre, si consideri che l'indennità di maternità, inclusa anche le altre indennità spettanti per malattia, è incompatibile con i trattamenti di disoccupazione e di integrazione salariale (articolo 7, comma 8, legge n. 223/91). Infatti, la norma in esame, prevede che l'indennità di mobilità sostituisce ogni altra prestazione di disoccupazione nonché le indennità di malattia e di maternità eventualmente spettanti.<sup>112</sup>

Le difficoltà sorgono rispetto alla determinazione del trattamento economico nel caso di congedo parentale in quanto questo

---

<sup>111</sup> Corte Costituzionale, 24 giugno 1999, n. 271.

<sup>112</sup> MAIO ILARIO, *Disciplina della tutela della maternità e della paternità*, op. cit.

può avere, come ben sappiamo, anche un carattere frazionato. In tal caso, l'utilizzazione dei criteri sopra indicati in tema di indennità di maternità creerebbe un'evidente penalizzazione economica. Al fine di evitare tale disparità, è stato stabilito che in caso di congedo parentale frazionato, la retribuzione da prendere in riferimento è quella del periodo mensile o quattrisettimanale precedente ciascun periodo di congedo richiesto, questo anche qualora le frazioni di congedo siano intervallate solo da "giorni" di ripresa dell'attività lavorativa.<sup>113</sup>

Rimane da evidenziare che le indennità previste dalla legge devono essere corrisposte dai datori di lavoro alle lavoratrici subordinate, sia del settore pubblico che privato, non in misura inferiore a quella prevista, ma possono essere integrate dal datore di lavoro qualora la contrattazione collettiva lo preveda. Numerosi contratti collettivi prevedono l'integrazione dell'indennità di maternità al 100%.

## 2.1 L'indennità di maternità nei casi di risoluzione del rapporto di lavoro

Il nostro ordinamento prevede una specifica disciplina in materia di diritto al trattamento economico di maternità con riferimento a determinate situazioni. Una di queste concerne il caso in cui il periodo di gestazione sia iniziato in seguito alla risoluzione del rapporto di lavoro. Al riguardo, per espressa previsione normativa, è previsto che l'indennità di maternità non venga meno e debba essere corrisposta anche nei casi di risoluzione del rapporto di lavoro per cause non

---

<sup>113</sup> Circolare Inps n. 109 del 6 giugno 2000 e Circolare Inps n. 8 del 17 gennaio 2003.

imputabili alla lavoratrice (articolo 17, comma 1, legge n. 1204/71; articolo 24, comma 1 Testo Unico).

Tale disciplina è stata adottata dal Legislatore sin dalla legge del 1971 ed appare pienamente apprezzabile in quanto consente di retrodatare sino a quel periodo l'atteggiamento di favore nei confronti della maternità, espresso dal nostro ordinamento, il quale ha ritenuto di voler apprestare una forma di tutela e di protezione anche nei confronti della lavoratrice che non abbia la sicurezza ed il supporto derivante dall'esistenza di un rapporto di lavoro. La norma in esame prevede comunque la corresponsione dell'indennità di maternità nel caso in cui il datore di lavoro sia contravvenuto al divieto al licenziamento, previsto in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza e puerperio. Inoltre, il diritto all'indennità economica spetta alla lavoratrice anche nei casi di cessazione dell'attività dell'azienda alla quale la lavoratrice è addetta, per ultimazione della prestazione per la quale la essa è stata assunta e, altresì, nei casi di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza dei termini, che si verificano durante i periodi di congedo di maternità (articolo 24, comma 1 che rinvia all'articolo 54, comma 3 lettere a), b) e c)).

Nell'originaria formulazione della disciplina in materia, la lavoratrice non aveva diritto al trattamento economico in esame nell'ipotesi in cui il periodo di gestazione fosse iniziato successivamente alla risoluzione del rapporto di lavoro, cagionato dal licenziamento per colpa grave da parte della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro (articolo 2, comma 1, lettera a), legge n. 1024/71).

Nel 2001, l'intervento della Corte Costituzionale ha modificato la disciplina in materia. In particolare, la Corte ha dichiarato

costituzionalmente illegittimo l'articolo 17, comma 1 della legge n. 1204/71 e, dell'articolo 24 del Testo Unico n. 151/2001 nel quale è stato “trasfuso” l'articolo 17, nella parte in cui escludeva la corresponsione dell'indennità di maternità nel caso di licenziamento per colpa grave della lavoratrice.<sup>114</sup>

In quell'occasione, la Corte Costituzionale ha ritenuto che la tutela della maternità, *“ben protetta dal legislatore attraverso le molteplici misure contenute nella legge, non può venire meno in relazione alle cause di risoluzione del rapporto di lavoro, in quanto il fondamento della protezione della maternità è riconducibile alla maternità in quanto tale e non più, come in passato solo in quanto collegato allo svolgimento di una attività lavorativa”*.

Queste osservazioni della Corte Costituzionale assumono grande rilevanza e ci offrono importanti elementi nell'interpretazione della disciplina dettata in materia di tutela della maternità. Infatti, appare evidente che la maternità diviene oggetto di tutela in quanto tale, come valore autonomo meritevole di protezione nell'ambito del nostro ordinamento giuridico. Per tale motivo, essa necessita di prescrizioni particolari con riferimento all'attività lavorativa che la donna svolge in quanto questa può influire sul periodo di gestazione e sugli eventi successivi al parto. Tuttavia, come sembrerebbe essere stato evidenziato dalla Corte, l'attività lavorativa diventa solo un presupposto per l'adozione di determinate cautele ed il riconoscimento di specifici diritti, i quali vengono modellati proprio in rapporto alle specifiche esigenze derivanti dall'esercizio dell'attività lavorativa. Ciononostante, la maternità, in quanto valore autonomo, trova il suo riconoscimento e la previsione di determinati strumenti, a prescindere dallo svolgimento

---

<sup>114</sup> Cort. Cost., 2001, n. 45.



di un lavoro e, conseguentemente, determinati strumenti devono riconoscersi a prescindere dal suo effettivo esercizio. L'intervento della Corte Costituzionale ha inserito nel nostro ordinamento un elemento di grande rilevanza in quanto, in sostanza, attribuisce alla lavoratrice il diritto di usufruire del diritto all'indennità di maternità anche in caso di cessazione del rapporto di lavoro successivo all'insorgenza della gravidanza, qualunque sia stata la causa.

## 2.2 Il trattamento economico nei casi di mancanza di lavoro in atto

Il Testo Unico detta una disciplina in materia di indennità di maternità che appare chiaramente propensa ad estendere l'ambito di applicazione dell'istituto in esame. Si consideri che la disciplina prevede il godimento all'indennità giornaliera anche per le lavoratrici gestanti le quali si trovino all'inizio del periodo di congedo di maternità, sospese, assenti dal lavoro senza retribuzione, ovvero, disoccupate, *“purché tra l'inizio della sospensione, dell'assenza o della disoccupazione e quello di detto periodo non siano decorsi più di sessanta giorni”* (articolo 24, comma 2).<sup>115</sup>

La tutela della maternità richiede che venga ampliato, il più possibile, l'ambito di applicazione della norma. Infatti, al fine di non penalizzare la madre lavoratrice, il Testo Unico prevede che nel computo dei sessanta giorni, non si tenga conto delle assenze dovute a malattia o ad infortunio sul lavoro, accertate e riconosciute dagli enti

---

<sup>115</sup> MAIO ILARIO, *Disciplina della tutela della maternità e della paternità*, op.cit.

gestori delle relative assicurazioni sociali, del periodo di congedo parentale o di congedo per la malattia del figlio, fruito per una precedente del periodo di assenza fruito per accudire minori in affidamento, ne' del periodo di mancata prestazione lavorativa prevista dal contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale, (articolo 24, comma 3 D.lgs n. 151/2001, articolo 17, legge n. 1204/71).

Nell'ipotesi in cui, invece, il congedo di maternità abbia inizio trascorsi sessanta giorni dalla risoluzione del rapporto di lavoro e la lavoratrice che si trovi, all'inizio del periodo di congedo stesso, disoccupata e in godimento dell'indennità di disoccupazione, ha diritto all'indennità giornaliera di maternità anziché all'indennità ordinaria di disoccupazione (articolo 24, comma 4 D.lgs n. 151/2001).

Il Testo Unico prevede anche un'ulteriore ipotesi consistente nel caso in cui la lavoratrice disoccupata non abbia diritto alla indennità di disoccupazione, perché nell'ultimo biennio ha effettuato lavorazioni alle dipendenze di terzi non soggette all'obbligo dell'assicurazione contro la disoccupazione. In tal caso, la stessa ha ugualmente diritto all'indennità giornaliera di maternità, purché al momento dell'inizio del congedo di maternità non siano trascorsi più di centottanta giorni dalla data di risoluzione del rapporto e, nell'ultimo biennio che precede il predetto periodo, risultino a suo favore, nell'assicurazione obbligatoria per le indennità di maternità, ventisei contributi settimanali (articolo 24, comma 5 D. lgs n. 151/2001, art. 17, legge n. 1204/71).

Il diritto a fruire dell'indennità di maternità si conserva anche nei casi di beneficio dell'indennità di mobilità di cui all'articolo 7 della legge 23 luglio 1991, n. 223 (articolo 24, comma 7 D. lgs n. 151/2001).

### 2.3 L'indennità nei casi di interruzione della gravidanza

Il Testo Unico prevede una disciplina specifica per i casi di interruzione della gravidanza, successiva al 180° giorno dall'inizio della gestazione. In primis, occorre evidenziare che la normativa prevede che in questa ipotesi, la lavoratrice ha la facoltà di riprendere in qualunque momento l'attività lavorativa (articolo 16, comma 1-bis).

Inoltre, l'interruzione della gravidanza, spontanea o volontaria, nei casi previsti dagli articoli 4, 5 e 6 della legge 22 maggio 1978, n. 194, è considerata a tutti gli effetti come malattia (articolo 19) e la lavoratrice può astenersi dal lavoro solo per il tempo necessario al recupero delle energie psicofisiche per riprendere l'attività di lavoro, senza alcun diritto ai trattamenti previsti per la maternità.

## **3. Gli altri strumenti di sostegno economico**

Durante i periodi di maternità e di paternità il nostro ordinamento prevede, oltre alle indennità sopra esaminate, altre misure di sostegno economico (assegni, bonus, voucher e contributi). Al pari delle misure sopra illustrate, si tratta di strumenti concepiti al fine di sostenere la genitorialità, di promuovere una cultura di maggiore condivisione dei compiti di cura dei figli all'interno della coppia e per favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

### 3.1 L'assegno di maternità

Tra le misure di carattere economico sopra individuate assume rilievo l'assegno di maternità che viene a declinarsi in due forme, ossia in quello di base, anche denominato assegno di maternità dei comuni (articolo 74 del Testo Unico) e in quello per lavori atipici e discontinui, anche detto assegno di maternità dello Stato (articolo 75 del Testo Unico). In entrambi i casi, si tratta di una prestazione previdenziale che grava, rispettivamente, sui comuni o sullo Stato, come la stessa denominazione lascia presagire.

L'assegno di maternità dei comuni è una prestazione assistenziale che è stata introdotta dalla legge 23 dicembre 1998, n. 448, art. 66, commi 1, 2, 3, 4, 5-bis, 6 ed è attualmente disciplinata dal Decreto della Presidenza del Consiglio dei ministri del 21 dicembre 2000 n.452<sup>116</sup> e dall'articolo 74 del Testo Unico. Tale misura è concessa nei casi di parto, adozione o affidamento preadottivo e spetta per ogni figlio, alle donne residenti, cittadine italiane o comunitarie o in possesso di carta di soggiorno (articolo 74 Testo Unico), che non beneficiano di alcun trattamento economico per la maternità.<sup>117</sup>

---

<sup>116</sup> Il Decreto della Presidenza del Consiglio dei ministri dicembre 2000 n.452 contiene il Regolamento recante disposizioni in materia di assegni di maternità e per il nucleo familiare, in attuazione dell'articolo 49 della legge 22 dicembre 1999, n. 488, e degli articoli 65 e 66 della legge 23 dicembre 1998, n. 488.

<sup>117</sup> L'articolo 74, comma 1 del Testo Unico prevede che per ogni figlio nato dal 1° gennaio 2001, o per ogni minore in affidamento *preadottivo o in adozione senza affidamento dalla stessa data, alle donne residenti, cittadine italiane o comunitarie o in possesso di carta di soggiorno ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 25*

L'assegno di maternità a carico dello Stato per lavori atipici e discontinui è stato previsto dalla legge n. 488/99 (*art. 49, legge finanziaria 2000*), in attuazione delle politiche di solidarietà sociale perseguite dal Governo attraverso il Ministero della Solidarietà sociale. Il beneficio della misura economica è subordinato al possesso di un minimo di requisiti previdenziali, per un importo complessivo pari € 1.549,00 ( £. 3.000.000) che viene corrisposto per l'intero nel caso in cui non si benefici dell'indennità di maternità, ovvero per la quota differenziale, rispetto alla prestazione complessiva in godimento se questa risulta inferiore. Con riferimento ai destinatari, l'assegno è erogato per ogni figlio nato, o per ogni minore in affidamento preadottivo o in adozione senza affidamento, a favore delle donne residenti, cittadine italiane o comunitarie ovvero in possesso di carta di soggiorno (articolo 75 Testo Unico).

### 3.2 Le altre misure economiche a sostegno della maternità

La tutela della maternità prevede ulteriori benefici di carattere economico che sono stati introdotti nel nostro sistema dalle cosiddette leggi di stabilità le quali, tuttavia, hanno contribuito a creare anche degli elementi di incertezza e confusione. Infatti, al riguardo, occorre evidenziare che nel corso del tempo, l'introduzione di una misura economica, ad opera di una determinata legge, sia stata sconfessata dal suo ritiro l'anno successivo ovvero che la sua fruibilità per gli anni

---

*luglio 1998, n. 286, che non beneficiano dell'indennità di cui agli articoli 22, 66 e 70 del presente testo unico, è concesso un assegno di maternità pari a complessive L. 2.500.000.*

seguenti alla sua introduzione sia rimasto incerto in quanto subordinato allo stanziamento di fondi.

Tra le diverse misure previste, appare opportuno operare dei cenni sull'assegno di natalità, il cosiddetto Bonus bebè, il quale è stato introdotto dall'articolo 1, commi 125-129, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, contenente Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità per l'anno 2015), mentre con il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 27 febbraio 2015 sono state adottate le relative disposizioni attuative. Tale misura è stata prevista al "*fine di incentivare la natalità e contribuire alle spese per il suo sostegno, per ogni figlio nato o adottato tra il 1° gennaio 2015 e il 31 dicembre 2017*" (articolo 1, comma 125, legge 190/2014). Il Bonus bebè consiste in un assegno di importo pari a 960 euro annui erogato mensilmente ed è corrisposto fino al compimento del terzo anno di età del bambino ovvero del terzo anno di ingresso nel nucleo familiare a seguito dell'adozione.

Il Bonus bebè può essere usufruito congiuntamente ad un'altra delle misure previste dall'ultima legge di stabilità, la cosiddetta manovra 2017, destinata ai nati dal primo gennaio 2017.

Tra tali misure, è da considerare il Premio alla nascita e all'adozione 'Mamma domani', anche denominato Bonus gravidanza, il quale consiste in un assegno di 800 euro, concesso in un'unica soluzione, destinato alle prime spese che viene erogato dall'INPS alle future mamme al settimo mese di gravidanza. Il bonus è riconosciuto anche in caso di adozione nazionale o internazionale e in caso di affidamento preadottivo nazionale o internazionale.

Il quadro delle agevolazioni per la maternità, la paternità e le nuove nascite si completa con altre misure quali il Buono nido, il Voucher baby-sitting ed il Fondo credito nuovi nati. Le prime due misure possono essere usufruite in alternativa al congedo parentale per motivi di palese evidenza. Infatti, il genitore che usufruisce del congedo per dedicarsi alla cura del bambino, sottrae quel periodo all'espletamento dell'attività lavorativa che potrebbe, al contrario, essere compiuta nel caso in cui il figlio fosse affidato alle cure di un servizio di baby-sitting o di asilo nido. Nello specifico, il voucher baby-sitting è stato introdotto, in via sperimentale, dall'articolo 4, comma 24, lettera b) della legge 28 giugno 2012, n.92, per il triennio 2013 – 2015. In particolare, era stata prevista la possibilità per la madre lavoratrice di richiedere, *“al termine del periodo di congedo di maternità, per gli undici mesi successivi e in alternativa al congedo parentale [...] la corresponsione di voucher per l'acquisto di servizi di baby-sitting, ovvero per fare fronte agli oneri della rete pubblica dei servizi per l'infanzia o dei servizi privati accreditati”*. Tale agevolazione ha trovato conferma nella legge di bilancio del 2017. Il buono nido consiste in un assegno che contribuisce al pagamento della retta degli asili nido, fino ad un massimo di mille euro annui. Esso è destinato ai bambini nati dal primo gennaio 2016 fino al compimento del terzo anno di età ed è erogato anche come contributo per servizi di assistenza familiare a bambini affetti da patologie gravi. Il Fondo credito nuovi nati è costituito da uno stanziamento di 60 milioni di euro complessivi nei prossimi tre anni per offrire garanzie alle banche che concedono dei prestiti alle famiglie per le spese legate all'arrivo di un figlio. In sostanza, le famiglie potranno ottenere dei finanziamenti con un tasso di interesse agevolato e tempi di restituzione suddivisi in più anni.

#### **4. Tutela della salute e della sicurezza della lavoratrice**

La tutela della salute e della sicurezza della lavoratrice madre gode di una disciplina *ad hoc*, specificamente dettata in materia, oltre che di una regolamentazione di carattere generale, relativa ai diritti che scaturiscono dal rapporto di lavoro per la tutela e la sicurezza sul luogo di lavoro. Pertanto, appare opportuno far rientrare la disciplina prevista nel Testo Unico in un contesto più ampio e di elaborare alcune osservazioni rispetto a tale contesto.

Con specifico riferimento al rapporto di lavoro svolto nei confronti dell'imprenditore, quest'ultimo è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei dipendenti (articolo 2087 codice civile).<sup>118</sup> La sicurezza del lavoratore è un bene di rilevanza costituzionale che impone al datore di anteporre al proprio profitto la sicurezza di chi esegue la prestazione. La norma in questione è riconducibile alla particolare natura del contratto di lavoro, il quale non si configura quale contratto di semplice scambio fra prestazione e retribuzione, ma implica anche l'insorgenza di obblighi di natura non patrimoniale, quale quello di tutela dell'integrità fisica e morale del lavoratore.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> In materia di tutela del lavoratore sia per quanto concerne i diritti che scaturiscono dal rapporto di lavoro sia per la tutela e la sicurezza dello stesso sul luogo di lavoro, si veda, STAIANO ROCCHINA, *Tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Rimini, 2014.

<sup>119</sup> Sull'argomento, si veda, STAIANO ROCCHINA, *Tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, *op. cit.*



Al di là del contesto generale appena delineato, occorre evidenziare che la sicurezza delle donne sul lavoro è sempre stata associata, essenzialmente, al suo stato di gravidanza. Ciò ha condotto all'adozione di una legislazione differenziata quale quella a tutela dello stato di gravidanza e di successiva maternità. Infatti, una adeguata tutela non può prescindere da un'attenta analisi e valutazione delle peculiarità femminili.<sup>120</sup>

La fonte normativa principale in materia di maternità è costituita dalla legge n. 1204/1971 che ha previsto il divieto, per i datori di lavoro di *“adibire le donne a lavori pericolosi, faticosi ed insalubri elencati, nel periodo che intercorre dall'inizio della gravidanza fino a sette mesi dopo il parto”*. La successiva legge n. 903/1977 ha esteso tale divieto anche al lavoro notturno nel corso della gravidanza e fino a sette mesi dopo il parto nel settore manifatturiero industriale.

L'intervento del Legislatore italiano in materia è continuato con l'adozione del d.lgs. n. 645/1996 col quale, in recepimento della direttiva 92/85/CEE *“concernente la valutazione degli agenti chimici, fisici e biologici, nonché dei processi industriali ritenuti pericolosi per la sicurezza delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento”*, è stato introdotto nel nostro ordinamento un elenco di attività ritenute insalubri per le lavoratrici gestanti.<sup>121</sup>

In concomitanza all'adozione da parte della Commissione europea, il 5 ottobre 2000, delle linee direttrici sui fattori di rischio sul lavoro per le donne gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, per favorire l'attuazione della direttiva 92/85/CEE (in cui si rende

---

<sup>120</sup> BELLOCCHI PAOLO, *La sicurezza nei luoghi di lavoro e jobs act*, Rimini, 2015; SCHIAVONE ROSSELLA, *Maternità e congedi parentali*, Milano, 2012.

<sup>121</sup> L'articolo 1 del d.lgs. n. 645/1996 stabilisce il campo di applicazione della disciplina e al riguardo prevede che *il presente decreto legislativo prescrive misure per la tutela della sicurezza e della salute delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento fino a sette mesi dopo il parto, che hanno informato il datore di lavoro del proprio stato, conformemente alle disposizioni vigenti*.

necessaria l'assunzione di provvedimenti temporanei di ordine organizzativo per migliorare le condizioni di lavoro in relazione ai cambiamenti nell'organismo della donna indotti dallo stato di gravidanza), in Italia è stato adottato il Testo Unico, che ha abrogato il decreto legislativo 645/1996 pur adottandone le disposizioni in materia di tutela della maternità, e previsto delle misure preventive e protettive per la salute e la sicurezza delle lavoratrici in gravidanza e dopo il parto, tra le quali deve annoverarsi il divieto di adibirle a lavori "vietati"; l'astensione anticipata del congedo di maternità; la valutazione dei rischi; il divieto al lavoro notturno ed altro.

Le norme in materia di misure per la tutela della sicurezza e della salute delle lavoratrici trovano applicazione in un arco di tempo circoscritto al periodo di gravidanza fino a sette mesi di età del figlio (articolo 6, comma 1 Testo Unico). Come evidenziato in precedenza rispetto all'istituto del congedo, la parificazione della filiazione naturale a quella giuridica comporta come effetto che la tutela considerata in materia di sicurezza e di salute si applica, altresì, alle lavoratrici che hanno ricevuto bambini in adozione o in affidamento, fino al compimento dei sette mesi di età (articolo 6, comma 2 Testo Unico).

Presupposto per l'applicazione della disciplina in materia di sicurezza e salute è l'informazione da parte della lavoratrice del proprio stato al datore di lavoro. Si tratta di un vero e proprio onere, in quanto in mancanza di tale elemento, la normativa non risulta obbligatoriamente applicabile. In seguito all'adempimento di tale onere, trovano attuazione diverse prescrizioni.

Al riguardo, si pensi, in primo luogo, che uno dei pericoli a cui si possono trovare esposte le lavoratrici gestanti, puerpere o nel periodo successivo al parto, ossia a quello di allattamento è costituito dall'affaticamento fisico, mentale e psichico che, in genere, aumenta in

questa fase. Questa circostanza è stata ben considerata nel Testo Unico nel quale è previsto il divieto di adibire le lavoratrici al trasporto e al sollevamento di pesi, nonché ai lavori pericolosi, faticosi ed insalubri (articolo 7, comma 1). Tra i lavori pericolosi, faticosi ed insalubri sono inclusi quelli che comportano il rischio di esposizione agli agenti ed alle condizioni di lavoro (articolo 7, comma 2).

In questi casi, la lavoratrice viene adibita ad altre mansioni per il periodo per il quale è previsto il divieto. Inoltre, la disciplina dettata in materia prevede un'ulteriore forma di tutela per la lavoratrice madre in quanto la circostanza che essa sia stata adibita a mansioni inferiori non comporta un effetto riduttivo nei confronti della retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte e ella conserva anche la qualifica originale (articolo 7, comma 5).

Inoltre, ulteriori prescrizioni riguardano una tutela non soltanto diretta, bensì avente carattere mediato rispetto a quella fondamentale in quanto consiste in un'attività che potremmo definire di carattere preliminare, consistente nella valutazione dei rischi professionali ad opera del datore di lavoro.

Specificamente la normativa rimette al datore di lavoro la valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute delle lavoratrici, durante la gravidanza e l'allattamento derivanti dall'attività lavorativa, in particolare i rischi di esposizione ad agenti fisici, chimici o biologici, processi o pericolose condizioni di lavoro, nel rispetto delle linee direttrici elaborate dalla Commissione dell'Unione Europea, e di individuare le misure di prevenzione e protezione da adottare (articolo 11, comma 1).<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> GRANDI MARCO, ANNALISA SCIARRILLO, *Valutazione e gestione dei rischi a tutela della maternità*, Milanofiori Assago, 2016, p. 3.

Qualora i risultati di tale valutazione “*rivelino un rischio per la sicurezza e la salute delle lavoratrici, il datore di lavoro adotta le misure necessarie affinché l'esposizione al rischio delle lavoratrici sia evitata, modificandone temporaneamente le condizioni o l'orario di lavoro*” (articolo 12, comma 1).

E' importante precisare, come la Corte di Giustizia dell'Unione Europea abbia indicato un criterio che potremmo definire di carattere evolutivo da applicare in materia, ritenendo “*che i rischi professionali che devono essere oggetto di una valutazione da parte dei datori di lavoro non sono stabiliti una volta per tutte, ma si evolvono costantemente in funzione, in particolare, del progressivo sviluppo delle condizioni di lavoro e delle ricerche scientifiche in materia di rischi professionali*”.<sup>123</sup>

Il D.lgs. n. 81/2008, così come modificato dal d. lgs. 106/2009, ha accolto il dettato del d. lgs. n. 151/2001 ed ha previsto che la valutazione dei rischi prenda in considerazione le condizioni delle lavoratrici in stato di gravidanza. Infatti, l'articolo 28 stabilisce che la valutazione dei rischi, anche nella scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o dei preparati chimici impiegati, nonché nella sistemazione dei luoghi di lavoro, deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi le lavoratrici in stato di gravidanza, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151.

La disciplina sino ad ora descritta rivela come il metodo dell'autovalutazione dei rischi e il correlato obbligo di tradurre tale risultanza in un documento programmatico ed operativo finalizzato alla

---

<sup>123</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-49/00, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana*, 15 novembre 2001.

prevenzione comporti come risultato l'ingresso della prevenzione tra i modelli organizzativi aziendali.

In base alle indicazioni contenute nella circolare del Ministero del lavoro del 16 dicembre 2002, n. 3328, la valutazione dei rischi inerenti la sicurezza e la salute delle lavoratrici madri, prevista dall'articolo 11 del testo Unico, deve avvenire *“contestualmente alla valutazione dei rischi generali”*. Infatti, tale valutazione preventiva permette al datore di lavoro di fornire le informazioni necessarie, prima ancora che sopraggiunga una gravidanza, *“dei rischi esistenti in azienda, delle misure di prevenzione e protezione che egli ritiene di dover adottare in tal caso e, quindi, dell'importanza che le dipendenti gli comunichino tempestivamente il proprio stato, in modo che possano essere valutati con immediatezza i rischi specifici e la conseguente opportunità di spostarle ad altre mansioni compatibili con la gestione e poi con il periodo di allattamento, fino a sette mesi dopo il parto”*.

## **5. Il trattamento previdenziale**

La tutela della maternità, o comunque della genitorialità nel suo complesso, prevede anche una tutela di carattere previdenziale che ricopre determinati periodi di astensione, riduzione o interruzione dell'attività lavorativa. In particolare, il Testo Unico ha apportato significative novità in materia, prevedendo sia il riconoscimento della contribuzione figurativa nel periodo di astensione obbligatoria, sia la facoltà di chiedere il riscatto dei periodi corrispondenti all'astensione facoltativa per maternità.

Con riferimento ai contributi figurativi, in linea generale, si tratta di un istituto che trova applicazione nei casi in cui il periodo di astensione dal lavoro riguardi situazioni comunque meritevoli di tutela (per malattia, maternità, disoccupazione, cassa integrazione, invalidità ecc.) e conseguentemente l'ordinamento ritiene opportuno che si dia luogo all'accredito di tali periodi ai fini pensionistici.<sup>124</sup> In altri termini, i contributi figurativi devono considerarsi una sorta di copertura "fittizia", nel senso che non vengono versati né dal datore di lavoro né dal lavoratore, per periodi in cui il lavoratore non può svolgere la normale attività lavorativa ma tale forma di contribuzione viene direttamente accreditata dall'Inps o da un altro ente previdenziale competente, senza che sia previsto alcun onere a carico del lavoratore.

Definite le linee generali dell'istituto, con specifico riferimento all'evento della maternità, in particolare al periodo di astensione obbligatoria, deve evidenziarsi che la lavoratrice gode dell'accredito della contribuzione, anche nel caso in cui non sia previsto l'obbligo di adempimento dell'onere contributivo a carico del datore di lavoro e della lavoratrice stessa. Pertanto, il Testo Unico prevede che il periodo di astensione obbligatoria sia utile anche ai fini pensionistici e, a tal fine, alle lavoratrici, per il periodo corrispondente all'astensione lavorativa, vengono accreditati i contributi figurativi (articolo 25, Testo Unico; decreto legislativo 16 settembre 1996, n. 564, articolo 2, commi 1, 4, 6).

La contribuzione figurativa può riguardare anche i periodi di maternità che si sono verificati al di fuori del rapporto di lavoro, a condizione che il lavoratore possa far valere almeno 5 anni di contributi

---

<sup>124</sup> SACCO FERNANDO, *Congedo e permessi a sostegno della maternità e della paternità. Diritti, obblighi, procedure, op. cit.*, pp. 12-13.

versati per attività lavorativa subordinata (articolo 25, comma 2 Testo Unico).

Anche nel caso di congedo di paternità è previsto il medesimo trattamento previdenziale. Pertanto, dal punto di vista della disciplina dei contributi figurativi, i periodi di congedo di maternità e di paternità sono equiparati. Ciò non desta sorpresa in quanto se il riconoscimento al padre di un diritto di astensione dal lavoro è stato dettato da logiche paritarie e dall'attuazione del precetto costituzionale contenuto nell'articolo 30 che, come sopra evidenziato, richiede ad entrambi i genitori di occuparsi dei figli (mantenere, istruire, ed educare), appare una conseguenza naturale ed un logico corollario prevedere anche il medesimo trattamento previdenziale.

Oltre all'accredito dei contributi figurativi, l'altra misura sopra indicata riguarda la possibilità di riscattare i periodi corrispondenti all'astensione facoltativa, ossia al congedo parentale, anche quelli relativi a periodi di maternità che si è verificata al di fuori di un rapporto di lavoro. La previsione di questa ulteriore misura, nell'ambito della disciplina in esame, assume rilevanza in quanto consente di usufruire di un ulteriore "vantaggio" ai fini del raggiungimento del requisito pensionistico.

In termini generali, il riscatto è l'istituto che permette di riconoscere, a fini pensionistici, periodi non coperti da contribuzione o che comunque non sono valutabili in base ad altre disposizioni, mediante la corresponsione di un contributo da parte del beneficiario. Infatti, i contributi relativi ai periodi corrispondenti al congedo per maternità facoltativa vengono accreditati in seguito a domanda, a condizione che sia stato versato l'onere di riscatto e vengono computati ai fini del diritto alla pensione e della misura della pensione, inclusa quella di anzianità.

Appare evidente la differenza tra i contributi figurativi e il riscatto, in quanto il primo istituto non comporta alcun onere a carico del dipendente, mentre il secondo richiede il versamento del relativo onere ed è subordinato al versamento del relativo contributo e al possesso, alla data in cui viene inoltrata la richiesta, di cinque anni di contribuzione.



## **CAPITOLO IV**

### **TUTELA DEL LAVORO AUTONOMO, LIBERO PROFESSIONALE E SPECIALI TIPOLOGIE**

1. Introduzione - 2. La tutela per le lavoratrici madri. Analogie e differenze. Breve introduzione – 3. La disciplina speciale prevista per alcune categorie di lavoratrici - 4. La tutela per le lavoratrici libere professioniste iscritte alla gestione separata dell'INPS – 5. Lavoratrici autonome

#### **4. Introduzione**

L'analisi della tutela della maternità richiede che venga analizzata anche la disciplina appositamente dettata per alcune categorie di lavoratrici. Infatti, il Testo Unico sulla maternità contiene

delle disposizioni specificamente riferite a dei profili lavorativi la cui attività lavorativa è caratterizzata da specificità.

## **2. La tutela per le lavoratrici madri. Analogie e differenze.**

### **Breve introduzione**

Come evidenziato nella trattazione che precede, la lavoratrice gode di una tutela in caso di maternità, sia nell'ipotesi di parto che di adozione ed affidamento di un bambino. Tuttavia, sussistono delle differenze importanti nei trattamenti tra le varie categorie di lavoratrici.

Infatti, il Testo Unico contiene delle norme *ad hoc*, differenziando tra lavoro dipendente, lavoro autonomo, lavoro libero professionale o altre specifiche tipologie. Per rendere più omogenee le tutele, il legislatore ha esteso gradatamente le forme di tutela previste per il lavoro dipendente anche alle altre tipologie di lavoro.<sup>125</sup>

In altri termini, la disciplina in tema di protezione della lavoratrice madre si differenzia in base allo status occupazionale della medesima. La regolamentazione prevista relativamente al lavoro autonomo, ai rapporti di lavoro professionale, ai contratti rientranti nelle disposizioni speciali del Testo Unico (lavoratori stagionali, a domicilio ed altri ancora) differisce rispetto a quella dettata riguardo al rapporto di lavoro "standard", a tempo pieno ed indeterminato. In tal modo, si verifica una disparità di trattamento in quanto può accadere

---

<sup>125</sup> Sul tema, si veda, SACCO FERNANDO, *Congedo e permessi a sostegno della maternità e della paternità. Diritti, obblighi, procedure, op. cit.*, pp. 103 ss.

che donne che svolgono un'attività lavorativa simile possano godere di tutele con diverso grado di intensità. Le differenze di disciplina sussistono non solamente tra lavoratrici autonome e quelle subordinate, ma anche tra quelle che sebbene svolgano la propria attività lavorativa alle dipendenze, sono tutelate da diversi contratti collettivi, di diverso settore merceologico in quanto tali contratti possono prevedere delle tutele più ampie di quelle previste dalla norma.

Tuttavia, bisogna anche evidenziare che la mancata previsione di determinate tutele per specifiche categorie di lavoratrici madri, quale ad esempio i permessi per l'allattamento, è dovuta alle caratteristiche del rapporto lavorativo, che comporta anche un'incompatibilità dello strumento con le modalità lavorative considerate. Si consideri il lavoro autonomo il quale non richiede che venga riconosciuto un diritto di riposo della madre ai fini dell'allattamento.

### **3. La disciplina speciale prevista per alcune categorie di lavoratrici**

Il Capo decimo del Testo Unico contiene una *“vera e propria sommatoria dei frammenti di regole che riguardano una parte rilevante dei rapporti di lavoro caratterizzati da specialità o da atipicità, con riferimento, ad esempio, alla durata del rapporto di lavoro o alla durata dell'orario di lavoro o al settore produttivo”*.<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup> LENTI LEONARDO, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Roma, 2012, p. 918.

Si tratta di disposizioni speciali formulate per determinate categorie di lavoratori, spaziando dal personale utilizzato con lavoro temporaneo presso pubbliche amministrazioni (articolo 57), a quello militare, ossia delle Forze armate e del Corpo della guardia di finanza, in seguito all'ammissione delle donne a tali tipi di carriere (articolo 58); alle lavoratrici stagionali (articolo 59);<sup>127</sup> al lavoro a tempo parziale (articolo 60);<sup>128</sup> alle lavoratrici a domicilio (articolo 61) ed a quelle addette ai servizi domestici e familiari (articolo 62) alle quali è riconosciuta solo una parte della disciplina dettata in materia di lavoro subordinato, limitandosi al congedo di maternità e paternità; alle lavoratrici agricole rispetto alle quali è operata una ricomposizione della disciplina vigente (articolo 63);<sup>129</sup> alle collaboratrici coordinate e

---

Sul tema, si veda anche, SACCO FERNANDO, *Congedo e permessi a sostegno della maternità e della paternità. Diritti, obblighi, procedure*, op. cit., pp. 103 ss.

<sup>127</sup> Sul commento dell'articolo 59 del Testo Unico, si veda, BONILINI GIOVANNI, CONFORTINI MASSIMO, *Codice ipertestuale della famiglia*, Roma, 2009.

<sup>128</sup> BONILINI GIOVANNI, CONFORTINI MASSIMO, *Codice ipertestuale della famiglia*, op. cit.

<sup>129</sup> Si riporta il testo dell'articolo di riferimento al fine di illustrare il carattere "ricompositivo" della disciplina. L'articolo 63 del Testo Unico stabilisce che *1. Le prestazioni di maternità e di paternità di cui alle presenti disposizioni per le lavoratrici e i lavoratori agricoli a tempo indeterminato sono corrisposte, ferme restando le modalità erogative di cui all'articolo 1, comma 6 del decreto-legge 30 dicembre 1979, n. 663, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 febbraio 1980, n. 33, con gli stessi criteri previsti per i lavoratori dell'industria.*

*2. Le lavoratrici e i lavoratori agricoli con contratto a tempo determinato iscritti o aventi diritto all'iscrizione negli elenchi nominativi di cui all'articolo 7, n. 5), del decreto-legge 3 febbraio 1970, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 marzo 1970, n. 83, hanno diritto alle prestazioni di maternità e di paternità a condizione che risultino iscritti nei predetti elenchi nell'anno precedente per almeno 51 giornate.*

*3. E' consentita l'ammissione delle lavoratrici e dei lavoratori alle prestazioni di maternità e di paternità, mediante certificazione di iscrizione d'urgenza negli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli, ai sensi dell'articolo 4, comma 4, del decreto legislativo luogotenenziale 9 aprile 1946, n. 212, e successive modificazioni.*

*4. Per le lavoratrici e i lavoratori agricoli a tempo indeterminato le prestazioni per i congedi, riposi e permessi di cui ai Capi III, IV, V e VI sono calcolate sulla base della retribuzione di cui all'articolo 12 della legge 30 aprile 1969, n. 153, prendendo a riferimento il periodo mensile di paga precedente a quello nel corso del quale ha avuto inizio il congedo.*

*5. Per le lavoratrici e i lavoratori agricoli a tempo determinato, esclusi quelli di cui al comma 6, le prestazioni per i congedi, riposi e permessi sono determinate sulla base della retribuzione fissata secondo le modalità di cui all'articolo 28 del decreto*

continuative per le quali è stata inserita un'apposita disposizione (articolo 64), ma si tratta di un rapporto di lavoro superato in seguito al subentro del lavoro a progetto; alle lavoratrici impegnate in attività socialmente utili (articolo 65).

In particolare, dalle norme in materia può evincersi una sostanziale equiparazione delle lavoratrici ivi contemplate alle lavoratrici dipendenti. Infatti, con riferimento a quelle assunte dalle amministrazioni pubbliche con contratto a tempo determinato, al personale militare, alle lavoratrici a tempo parziale (queste beneficiano dei medesimi diritti di un dipendente a tempo pieno comparabile, per quanto riguarda la durata dei congedi previsti dal Testo Unico, mentre il relativo trattamento economico è riproporzionato in ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa), alle lavoratrici a domicilio, alle lavoratrici addette ai servizi domestici e familiari, alle lavoratrici dipendenti, in base alla disciplina dettata, la tutela avviene nelle forme e con le modalità previste per il lavoro dipendente, con alcune differenze che verranno analizzate.

Precisamente, tenuto conto della inopportunità di analizzare ogni singola tipologia lavorativa, l'attenzione verrà concentrata su quella del lavoro a domicilio rispetto alla quale il Testo Unico prevede l'applicabilità non solo del trattamento economico per il lavoro

---

*del Presidente della Repubblica 27 aprile 1968, n. 488, ai sensi dell'articolo 3 della legge 8 agosto 1972, n. 457.*

*6. Per le lavoratrici e i lavoratori agricoli di cui al comma 2 il salario medio convenzionale determinato con decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale e rilevato nel 1995, resta fermo, ai fini della contribuzione e delle prestazioni temporanee, fino a quando il suo importo per le singole qualifiche degli operai agricoli non sia superato da quello spettante nelle singole province in applicazione dei contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative. A decorrere da tale momento trova applicazione l'articolo 1, comma 1, del decreto-legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389, e successive modificazioni.*

*7. Per le lavoratrici e i lavoratori agricoli partecipanti e piccoli coloni l'ammontare della retribuzione media e' stabilito in misura pari a quella di cui al comma 5.*

subordinato, ma anche di quello normativo (articolo 61, comma 1), con determinati limiti.

Tale tipo di lavoratrice ha diritto al congedo di maternità (anche a quello anticipato ed alla flessibilità dell'astensione obbligatoria) ed al relativo trattamento economico previsto, ma non anche al congedo parentale, ai permessi giornalieri, ai permessi per malattia del figlio e ai permessi in caso di grave disabilità (articolo 61).

Si applicano anche a queste lavoratrici le norme sul divieto di licenziamento. Per quanto concerne il trattamento economico, durante il periodo di congedo, la lavoratrice ha diritto ad un'indennità pari all'80% del salario medio contrattuale giornaliero, vigente nella provincia per i lavoratori interni, aventi qualifica operaia, della stessa industria (articolo 61, comma 2).

Il mancato riferimento al congedo di paternità previsto dall'articolo 28 del Testo Unico è stato da alcuni considerato come un errore puramente materiale e, pertanto, è stato ritenuto che l'esplicita indicazione del diritto al congedo di maternità e di paternità nelle disposizioni dedicate al lavoro a domicilio ed a quello domestico renda superabile il mancato riferimento anche a quello di paternità. Tale errore non è stato comunque, sino allo stato attuale, rilevato in sede di correzioni.<sup>130</sup>

---

<sup>130</sup> LENTI LEONARDO, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, op. cit., p. 919.

#### **4. La tutela per le lavoratrici libere professioniste iscritte alla gestione separata dell'INPS**

Il Testo Unico dedica alle libere professioniste l'apposito Capo XII (articoli 70-73).<sup>131</sup>

Il percorso delle tutele per tale categoria di lavoratrici madri è stato abbastanza accidentato, specialmente con riguardo al diritto a godere dell'indennità di maternità, già riconosciuta dalla legge alle lavoratrici dipendenti.<sup>132</sup> Infatti, la legge 29 dicembre 1987, n. 546 aveva riconosciuto l'indennità in parola alle lavoratrici autonome, intendendosi però unicamente le coltivatrici dirette, le mezzadre e le colone, le artigiane e le esercenti attività commerciali. Per quanto concerne le libere professioniste, il riconoscimento del diritto all'indennità è avvenuto nel 1990, con la Legge 379, grazie alla quale le libere professioniste godevano di un'indennità di maternità la quale veniva erogata dalle relative Casse di previdenza ed assistenza, attualmente da enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza (in seguito alle modifiche introdotte dal decreto del 2003).<sup>133</sup> Il Testo Unico è poi intervenuto recependo tra le altre anche la legge appena menzionata.

Infatti, il Testo Unico prevede che alle libere professioniste, iscritte a una cassa di previdenza e assistenza, sia corrisposta un'indennità di maternità per i due mesi antecedenti la data del parto e i tre mesi successivi alla stessa e che tale trattamento economico venga

---

<sup>131</sup> SACCO FERNANDO, *Congedo e permessi a sostegno della maternità e della paternità. Diritti, obblighi, procedure, op. cit.*, pp. 109 ss.

<sup>132</sup> SPANÒ ISABELLA, *L'indennità di maternità per le libere professioniste: sviluppi e criticità*, in *Lavoro a confronto*, n. 7, 2015, <http://www.lavoro-confronto.it/>, p. 1.

<sup>133</sup> D.Lgs. 23 aprile 2003, n. 115.

corrisposto in misura pari all'80 per cento di cinque dodicesimi del reddito percepito e denunciato (articolo 70).

Proprio con riferimento alla determinazione dell'indennità è intervenuta la legge 289 del 15 ottobre 2003 la quale ha limitato il calcolo del trattamento economico al *“solo reddito professionale percepito e denunciato ai fini fiscali come reddito di lavoro autonomo”*, ponendo come decorrenza del calcolo il riferimento all'evento e non alla domanda.<sup>134</sup> L'intervento della legge ha perseguito l'obiettivo di introdurre un tetto massimo all'indennità di maternità, come richiesto dalle casse di previdenza dei liberi professionisti a causa degli importi consistenti che avevano dovuto corrispondere.<sup>135</sup>

Al riguardo, risulta interessante una pronuncia della Corte di Cassazione nella quale veniva chiarito che *“va preso in esame soltanto il reddito professionale "percepito e denunciato a fini fiscali" nel secondo anno precedente a quello della domanda, corrispondente all'utile derivato dall'esercizio dell'attività professionale, e non i soli compensi percepiti, dovendosi ritenere una diversa interpretazione, oltre che in contrasto con il chiaro tenore letterale della norma, illogica, atteso che, ove le spese fossero superiori ai compensi, non vi sarebbe reddito da assoggettare a imposta”*.<sup>136</sup>

Con riferimento agli altri aspetti della disciplina relativa al lavoro professionale, occorre evidenziare che la particolarità del lavoro

---

<sup>134</sup> L'articolo 70, comma 2 prevede che [l]indennità di cui al comma 1 viene corrisposta in misura pari all'80 per cento di cinque dodicesimi del solo reddito professionale percepito e denunciato ai fini fiscali come reddito da lavoro autonomo dalla libera professionista nel secondo anno precedente a quello dell'evento.

<sup>135</sup> 984.

La disciplina introdotta dalla Legge in esame ha dato luogo ad alcune decisioni da parte della Corte di Cassazione, per presunta illegittimità costituzionale. Corte di Cassazione, 4 maggio 2010, n. 10709; Corte di Cassazione, 17 dicembre 2007, n. 26568.

<sup>136</sup> Corte di Cassazione, 09 settembre 2008, n. 23090.



svolto ha condotto alla previsione di una particolare disciplina in materia in quanto, diversamente da quanto imposto con riferimento alle lavoratrici subordinate, l'indennità di cui all'articolo 70 è corrisposta, indipendentemente dall'effettiva astensione dall'attività (articolo 71). Il Legislatore ha sentito la necessità di intervenire al riguardo, in occasione dell'adozione del Testo Unico, in quanto l'articolo 1 della legge 11 dicembre 1990, n. 379 (Indennità di maternità per le libere professioniste), era silente in materia. Le peculiarità che contraddistinguono i diversi modelli lavorativi sono ravvisabili nella circostanza che le lavoratrici subordinate sono soggette ad una eterodirezione della loro attività e ciò ha condotto il legislatore a dover imporre ai datori il divieto di impegnare le gestanti negli ultimi due mesi di gravidanza e nei tre mesi successivi al parto. Invece, le libere professioniste godono di un sistema di autogestione dell'attività e questo consente di scegliere liberamente modalità di lavoro tali da poter conciliare le esigenze professionali con il prevalente interesse del figlio.

In proposito la Corte Costituzionale ha affermato che *“non mancano certo delle differenze tra le lavoratrici subordinate e quelle autonome, non trovandosi queste ultime sotto la pressione (con effetti anche psicologici) di direttive, di programmi, di orari, di attività obbligatorie e fisse, ma potendo distribuire più elasticamente tempo e modalità di lavoro, e sopperendo così in qualche misura alle difficoltà derivanti dalla temporanea incapacità fisica a prestare la normale attività lavorativa”*.<sup>137</sup>

In effetti, è proprio a causa di tale indipendenza e di tale flessibilità che sarebbe complesso e particolarmente difficile esigere e verificare l'osservanza di una norma che prevedesse anche per le libere professioniste l'obbligo di astenersi dall'esercizio dell'attività lavorativa nel periodo immediatamente precedente e successivo al parto.

---

<sup>137</sup> Corte Costituzionale, 2 aprile 1993, n. 181.

Invero, la Corte Costituzionale ha avuto occasione di pronunciarsi su tale aspetto anche successivamente. Le problematiche da valutare erano connesse anche alla circostanza che, come sopra evidenziato, nella previgente legge del 1990 non era previsto che la prestazione fosse dovuta anche nel caso in cui non vi fosse stata un'effettiva astensione dal lavoro (articolo 1 della legge 11 dicembre 1990, n. 379). La Corte Costituzionale aveva ritenuto che la tutela della salute della madre e del bambino era compatibile con la contemporanea cura degli interessi professionali.<sup>138</sup> Le censure di cui era stata investita la Corte riguardavano il potenziale contrasto della norma in esame contenuta con gli articoli 3, 32 e 37 della Costituzione.

Circa la dedotta disparità di trattamento, di cui all'articolo 3 della Costituzione, la Corte evidenziava la netta differenza tra lavoro subordinato e lavoro autonomo. *“Pur trattandosi, infatti, di due tipi del medesimo fenomeno, evidentemente essi hanno peculiari caratteristiche, sicché gli strumenti di tutela che le leggi ordinarie apprestano per l'uno non possono ritenersi automaticamente applicabili anche all'altro. E questo, se vale come criterio generale per la legislazione del lavoro, si riscontra in particolare nella tutela della maternità, materia in cui il legislatore è intervenuto dettando normative specifiche”*.

Inoltre, la Corte ha fornito ulteriori elementi, rilevanti ai fini dell'interpretazione della disciplina in tema di maternità. In particolare, la Corte indica il percorso giurisprudenziale seguito in materia ed indica i presupposti che conducono a slegare la percezione dell'indennità dall'astensione lavorativa.

---

<sup>138</sup> Corte Costituzionale, 26 gennaio 1998, n. 3.

In particolare, veniva evidenziato come sin dal 1987,<sup>139</sup> la giurisprudenza costituzionale avesse sottolineato il profondo collegamento esistente tra la protezione della maternità ed il ruolo fondamentale che la lavoratrice svolge in un periodo cruciale per la vita del bambino. Nella pronuncia del 1987, la Corte aveva statuito che la tutela della maternità si fonda su due elementi, ossia sulla condizione della donna che ha partorito e sulla funzione che essa svolge nei confronti del bambino. Per tale motivo, la disciplina in materia protegge entrambi i soggetti ed i diritti di entrambi. Queste considerazioni sono state riprese nella giurisprudenza successiva<sup>140</sup> e riconfermate nella sentenza del 1991 nella quale la Corte era stata investita della legittimità costituzionale dell'indennità di maternità fissata dalla legge n. 1204 del 1971. In tale occasione, la Corte ha avuto occasione di chiarire che tale trattamento economico ha lo scopo di *“assicurare alla madre lavoratrice la possibilità di vivere questa fase della sua esistenza senza una radicale riduzione del tenore di vita che il suo lavoro le ha consentito di raggiungere e ad evitare, quindi, che alla maternità si ricollegli uno stato di bisogno economico”*.<sup>141</sup>

Individuati tali presupposti, da porre alla base dell'interpretazione delle norme in materia, si giunge a concludere che la libera professionista, per assolvere in modo adeguato alla funzione materna, non deve essere turbata da alcun pregiudizio alla sua attività professionale. Questo scopo può realizzarsi lasciando che la lavoratrice svolga la sua funzione familiare conciliandola con la contemporanea cura degli interessi professionali. La possibile diminuzione del reddito che potrebbe derivare dalla sospensione o riduzione dell'attività

---

<sup>139</sup> Corte Costituzionale, 14 gennaio 1987, n. 1.

<sup>140</sup> Corte Costituzionale, 25 febbraio 1988, n. 276; Corte Costituzionale, 11 marzo 1988, n. 332; Cort. Cost., 28 gennaio 1991, n. 61.

<sup>141</sup> Corte Costituzionale, 18 marzo 1991, n. 183.

professionale non produce effetti pregiudizievoli, secondo la Corte, sulla necessaria serenità della madre lavoratrice se viene compensata dal sostegno economico proveniente dalla solidarietà della categoria cui la donna appartiene.

Sulla scorta di tali considerazioni risulta pertanto che la norma che non prevede un obbligo di astensione dal lavoro ai fini della corresponsione della indennità di maternità risulta pienamente legittima, non determinando oggettivi ostacoli allo svolgimento del ruolo materno e non urtando con il precetto dell'articolo 32 della Costituzione. *“La tutela costituzionale del diritto alla salute della donna e del bambino, infatti, non è vulnerata dall'esistenza di una norma che, per una particolare categoria di lavoratrici, stabilisce una protezione complessivamente adeguata alle peculiari caratteristiche della categoria medesima”*.<sup>142</sup>

## **5. Lavoratrici autonome**

Il Testo Unico prevede una disciplina specifica dedicata ai *lavori autonomi* nella quale confluiscono le lavoratrici autonome, le coltivatrici dirette, le mezzadre e le colone, le artigiane ed esercenti attività commerciali (Capo XI, articolo 66 ss.).<sup>143</sup>

La regolamentazione dettata in merito è caratterizzata dalla peculiarità dell'attività esercitata dalla lavoratrice. In primis, al

---

<sup>142</sup> Corte Costituzionale, 26 gennaio 1998, n. 3.

<sup>143</sup> SACCO FERNANDO, *Congedo e permessi a sostegno della maternità e della paternità. Diritti, obblighi, procedure*, op. cit., pp. 107 ss.

riguardo, appare opportuno evidenziare che viene dedicata attenzione al trattamento economico di tali lavoratrici, riconoscendo il diritto ad un'indennità giornaliera, la quale viene corrisposta per un periodo pari a 5 mesi.<sup>144</sup> Si osservi come nel lavoro subordinato, il congedo di maternità abbia una durata pari a cinque mesi, così con riferimento al lavoro autonomo, la tutela di carattere economico abbia la medesima durata temporale. Tale disciplina opera non tanto sul piano di creare una posizione di parità tra le due categorie di lavoratrici quanto di operare un'equivalenza. Ciò ha condotto a quantificare il trattamento economico nella misura dell'80% del reddito giornaliero, la cui corresponsione è subordinata al regolare versamento dei contributi (articolo 68).

Tale equivalenza, tra lavoratrici autonome e subordinate, riguarda la tutela economica, tenuto conto delle peculiarità che riguardano il lavoro autonomo, ma non anche altri aspetti della disciplina. Infatti, proprio le peculiarità che contraddistinguono quest'ultimo settore hanno condotto il Legislatore a non prevedere anche con riferimento alle categorie di lavoratrici considerate il periodo di congedo obbligatorio. Precisamente, il trattamento economico previsto dall'articolo 66 del Testo Unico viene corrisposto anche se la lavoratrice ha continuato a svolgere la propria attività lavorativa durante il periodo di maternità. Riguardo a questo tema, appaiono applicabili le considerazioni svolte dalla Corte Costituzionale nella sentenza sopracitata del 1998 nella quale venivano sottolineate le specificità che contraddistinguono il lavoro autonomo e quello professionale per giungere a stabilire che per queste lavoratrici non sussiste l'obbligo di astensione obbligatoria dal lavoro. A ciò deve aggiungersi che già nel 1996, l'INPS non richiedeva l'effettiva astensione dal lavoro per le

---

<sup>144</sup> Inps, Circolare del 26 luglio 2002, n.136.

iscritte alle gestioni speciali dei lavoratori autonomi, a norma della legge 546/87.<sup>145</sup> Sulla base delle medesime considerazioni si comprendono le ragioni per le quali alle lavoratrici autonome non è attribuito alcun diritto al riposo giornaliero per l'allattamento.

Invece, alle lavoratrici in esame, madri di bambini nati a decorrere dal 1° gennaio 2000, il Testo Unico estende il diritto al congedo parentale, analogamente a quanto previsto per le lavoratrici parasubordinate o libere professioniste (articolo 69), compreso il relativo trattamento economico, limitatamente ad un periodo di tre mesi, entro il primo anno di vita del bambino (oppure entro un anno dall'ingresso in famiglia del minore adottato). Tale indennità consiste nel 30% del reddito giornaliero e la sua corresponsione è subordinata all'avveramento di due condizioni, ossia che la lavoratrice si astenga dal lavoro e sia in regola con i contributi.

Infine, deve osservarsi che in seguito all'adozione del testo Unico sono subentrati dei correttivi. Infatti, nel 2003 è stato adottato un decreto che ha modificato l'articolo 69, comma 1 ed ha aggiunto il richiamo al trattamento previdenziale, prevedendo anche l'applicazione di tale disposizione nei confronti dei genitori adottivi o affidatari.<sup>146</sup> Il Testo Unico faceva riferimento solo al trattamento economico, mediante rinvio all'articolo 32.<sup>147</sup> Ne derivava l'esclusione dal

---

<sup>145</sup> Inps, circolare numero 147 del 15 luglio 1996. Nella circolare veniva chiarito che per le lavoratrici autonome *non è prevista dalla legge n. 546/87, istitutiva dell'indennità a beneficio delle stesse, alcuna astensione obbligatoria dal lavoro, ma è indicato soltanto un periodo indennizzabile, compreso tra i due mesi precedenti la data presunta del parto e i tre mesi successivi alla data effettiva dello stesso.*

<sup>146</sup> L'articolo 69 del Testo Unico è stato modificato dall'articolo 6 del D.Lgs. 23 aprile 2003, n. 115.

<sup>147</sup> L'attuale formulazione dell'articolo 69 del Testo Unico prevede che *1. Alle lavoratrici di cui al presente Capo, madri di bambini nati a decorrere dal 1° gennaio 2000, è esteso il diritto al congedo parentale di cui all'articolo 32, compresi il relativo trattamento economico e il trattamento previdenziale di cui all'articolo 35, limitatamente ad un periodo di tre mesi, entro il primo anno di vita del bambino. 1-bis. Le disposizioni del presente articolo trovano applicazione anche nei confronti dei genitori adottivi o affidatari.*

trattamento previdenziale, previsto dal successivo articolo 35. “*in realtà, l’art. 35 rinvia anche all’art. 34, nel senso che riconosce l’accredito figurativo ai periodi per i quali è previsto il trattamento economico, indicati dall’art. 32*”.<sup>148</sup> Tuttavia, tale passaggio interpretativo poteva non apparire pacifico e totalmente chiaro, quindi non può che salutarsi con favore l’integrazione compiuta.

---

<sup>148</sup> LENTI LEONARDO, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, 983.

## CONCLUSIONI

L'analisi della tutela della maternità che ha costituito l'oggetto d'indagine del presente elaborato, ha evidenziato gli istituti previsti in materia e le criticità relative a tale disciplina.

Il percorso logico-giuridico seguito è partito dal presupposto di una visione sistematica della materia, da collocarsi in un contesto più ampio del proprio settore. Dopo aver delineato i principi che ispirano la disciplina in esame, è stato tracciato il percorso normativo seguito dal Legislatore italiano, individuando i soggetti e gli istituti di tutela, focalizzando, in primis, l'attenzione su uno degli istituti centrali nella tutela della maternità, quello del congedo. La ricostruzione dogmatica dell'istituto nell'ambito del sistema normativo italiano è stata compiuta in base delle diverse declinazioni che esso ha ricevuto, con riferimento al destinatario che può usufruirne. L'analisi degli strumenti posti a difesa della maternità è stata completata con le forme di tutela economica e di sicurezza in tema. Il lavoro conclude con le norme *ad hoc*, dettate per le categorie del lavoro autonomo, del lavoro libero professionale o di altre specifiche tipologie caratterizzate da specialità o atipicità.



Dall'analisi compiuta è possibile sottolineare che il percorso seguito dal Legislatore ha evidenziato un'evoluzione caratterizzata da un ampliamento della tutela riconosciuta in caso di maternità. A titolo puramente esemplificativo, si consideri che nella legislazione di “partenza” del 1902 era previsto un congedo di appena quattro settimane e nessuna garanzia di conservazione del posto di lavoro, si è poi passati nel 1934 a riconoscere dieci settimane di astensione ed il diritto alla conservazione del posto di lavoro durante la gravidanza, esteso sempre in quell'anno sino a ricomprendere il periodo di puerperio e nel 1950 fino al compimento del primo anno di età del bambino. Infine, si è giunti al Testo Unico del 2001 che prevede un congedo obbligatorio di cinque mesi e la riconferma del diritto alla conservazione del posto di lavoro.

L'evoluzione legislativa ha facilitato, nel corso del tempo, la funzione familiare della donna lavoratrice e di quella di madre le quali hanno ricevuto una diversa possibilità di attuazione, creando quei presupposti che hanno reso maggiormente possibile la compatibilità del loro esercizio e della loro attuazione con il lavoro.

Nel complesso, l'analisi condotta ci consente di concludere che la tutela forte rimane tuttora incardinata sulla figura della madre lavoratrice subordinata. Non mancano lacune del sistema ed aspetti che rivelano criticità che nel delineare la situazione *de iure condito*, dovrebbero essere considerate dal legislatore in una prospettiva *de iure condendo*. In tale contesto, si consideri la mancanza di una tutela in caso di maternità in seguito a fecondazione o maternità surrogata. Inoltre, non ci si può esimere dal rilevare che l'intero impianto normativo e giurisprudenziale dell'ordinamento italiano continua ad essere permeato da una ontologica propensione verso la maternità. Ciò conduce a rilevare che l'apporto materno nei lavori di cura del minore

continua ad essere considerato essenziale, mentre il ruolo svolto dal padre, sebbene abbia subito un'evoluzione nel senso di una maggiore partecipazione, continua a risultare più marginale ed, in ogni caso, la maggior parte delle volte, esclusivamente funzionale all'inserimento o al reinserimento della donna nel mercato del lavoro. Quest'ultimo aspetto non deve assolutamente considerarsi in un'accezione negativa, ma fornisce una forma di supporto e tutela nei confronti della maternità solo di carattere indiretto. Oltre a ciò, per quanto concerne la disciplina appositamente dettata per determinate categorie di lavoratrici (Capi X, XI, XII), non ci si può esimere dal sostenere che le diversità di trattamento esistenti richiederebbero una diversa soluzione, in grado di fornire una copertura a tutte le forme di lavoro, prestando particolare attenzione alle esigenze specifiche delle diverse modalità di svolgimento della prestazione nei lavori non standard.

In conclusione, quale osservazione di carattere generale, può sostenersi che la difficile armonizzazione delle esigenze di cura con quelle dell'attività lavorativa rappresenta, ancora nella società attuale, una delle componenti che più frenano la partecipazione delle donne al mercato del lavoro. Lo sdoppiamento delle funzioni agisce ancora come fattore di allontanamento delle donne dall'attività lavorativa e contribuisce ad alimentare il fenomeno della segregazione occupazionale e professionale. Tale situazione richiede un ulteriore intervento del Legislatore, in una prospettiva *de iure condendo*, la quale deve necessariamente tenere conto dei mutamenti che si verificano a livello sociale e nel settore del lavoro, in una prospettiva che si appropri anche degli interventi di derivazione comunitaria ed internazionale, ai fini di una tutela multilevel della maternità.

## Bibliografia

ADDATI LAURA, CASSISRER NAOMI, GILCHRIST KATHERINE, *Maternity and Paternity at Work: Law and practice across the world*, International Labour Organization, Geneva, 2014

AMATO FRANCESCO, *Il congedo di maternità e di paternità*, in DEL PUNTA RICCARDO, GOTTARDI DONATA MARIA ASSUNTA (a cura di), *I nuovi congedi*, Milano, 2000

ARLATI MASSIMILIANO, MARIANI LUCA, SALAZAR PAOLA, *Congedi parentali e maternità*, Milano, 2016

BALLESTRERO MARIA VITTORIA, *La Costituzione e il lavoro delle donne. Eguaglianza, parità di trattamento, pari opportunità*, in GIGANTE M. (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli, 2007

BALLESTRERO MARIA VITTORIA, *Il pubblico impiego nel «Il contratto di lavoro» di L. Barassi*, in NAPOLI MARIO (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Milano, 2003, pp. 525- 546

BALLESTRERO MARIA VITTORIA, *La protezione concessa e l'uguaglianza negata: il lavoro femminile nella legislazione italiana*, in GROPPI A. (a cura di), *Il lavoro delle donne*, Roma-Bari, 1996, pp. 445-469

BALLESTRERO MARIA VITTORIA, *Dal divieto del lavoro notturno femminile all'autodeterminazione delle donne*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, I, 1992, pag. 700 ss.

BEBEL AUGUST, *La donna e il socialismo*, traduzione di FEDERICI F., Milano-Palermo-Napoli, 1905

BELLOCCI MARIO, PASSAGLIA PAOLO, *La tutela dei «soggetti deboli» come esplicazione dell'istanza solidaristica nella giurisprudenza costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it/](http://www.cortecostituzionale.it/), 2006

BELLOCCHI PAOLO, *La sicurezza nei luoghi di lavoro e jobs act*, Rimini, 2015

BETTINI MAURIZIO, *Stato e assistenza sociale in Italia: l'Opera nazionale maternità e infanzia, 1925-1975*, Livorno, 2008

BONILINI GIOVANNI, CONFORTINI MASSIMO, *Codice ipertestuale della famiglia*, Roma, 2009

BUTTAFUOCO ANNARITA, *Il posto della donna. Lavoro, maternità, ruolo sociale femminile nella legislazione di tutela tra Ottocento e Novecento*, Arezzo, 1989

CALAFÀ LAURA, *Congedi di maternità e paternità*, in *Diritto on line*, 2015, Treccani.it

CARAGNANO ROBERTA, *Le misure a sostegno della genitorialità: congedo obbligatorio di paternità e voucher*, in MAGNANI MARIELLA, TIRABOSCHI MICHELE, *La nuova riforma del lavoro*, Milano, 2012, pp. 325 ss.

CERMELLI CLAUDIA, *Maternità e lavoro. Dissertazione sulla tutela delle lavoratrici madri*, Roma, 2008

COLELLA ANNA, *Figura di vespa e leggerezza di farfalla. Le donne e il cibo nell'Italia borghese di fine Ottocento*, Firenze-Milano, 2003

DEL PUNTA RICCARDO, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, Vol. II, 2000, pp. 149-180

DE SIMONE V., *La giurisprudenza sulla parità tra lavoratori e lavoratrici*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp.1032 ss.

DONÀ A., *Le pari opportunità. Condizione femminile in Italia e integrazione europea*, Roma, 2006

FRANZIN PAOLA, LEBRA ANDREA, *Famiglia maternità e lavoro. Tutela, sostegno e protezione*, Roma, 2006

GALOPPINI ANNA MARIA, *L'emancipazione femminile, ieri e oggi*, in GRAZIANI CARLO ALBERTO, CORTI INES (a cura di), *I diritti delle donne*, Milano, 1996

GAROFALO CORRADO, *Indennità di malattia e maternità: modalità di calcolo*, Roma, 1980

GATTI MARILENA, *La tutela giuridica delle lavoratrici madri*, Centro studi diritto dei lavori, 2013, [http://www.csddl.it/csddl/attachments/948\\_La%20tutela%20giuridica%20delle%20lavoratrici%20madri.pdf](http://www.csddl.it/csddl/attachments/948_La%20tutela%20giuridica%20delle%20lavoratrici%20madri.pdf)

GIORGIS ANDREA, *Sub art. 33, Vita familiare e vita professionale*, in BIFULCO RAFFAELE, CARTABIA MARTA, CELOTTO ALFONSO, (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, pp. 236-240

GOTTARDI DONATA MARIA ASSUNTA, *La tutela della maternità e della paternità*, in LENTI LEONARDO, (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Milano, 2012, pp. 897-997

GOTTARDI DONATA MARIA ASSUNTA, *La disciplina del congedo di maternità e di paternità*, in *Guida al lavoro*, 2001, n. 19, pp. 16- 23

GOTTARDI DONATA MARIA ASSUNTA, *I congedi parentali entrano nel nostro ordinamento*, in *Guida al lavoro*, n. 9, 2000, pp. 13 ss.

GOTTARDI DONATA MARIA ASSUNTA, *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in *Lavoro e Diritto*, n. 3, 1999, pp. 497-528

GRANDI MARCO, ANNALISA SCIARRILLO, *Valutazione e gestione dei rischi a tutela della maternità*, Milanofiori Assago, 2016

LAMBERTUCCI PIETRO, *Diritto del lavoro*, Milano, 2010

LEBRA ANDREA, FRANZIN PAOLA, *Famiglia, maternità e lavoro. Tutela sostegno e protezione*, Roma, 2006

LENSI CHIARA, *La tutela ed il sostegno della maternità e della paternità*, in DE MARZO GIUSEPPE (a cura di), *Codice delle pari opportunità*, Milano, 2007, pp. 427-468

LENTI LEONARDO, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Roma, 2012

MAIO ILARIO, *Disciplina della tutela della maternità e della paternità*, in *Altalex*, 2003, <http://www.altalex.com>

MASCIULLI ROSALBA, MORACE GRAZIELLA, OLIVIERO OLIVIA, CAIOLA STEFANIA, *Tutela della maternità nei laboratori di ricerca e controllo*, Istituto Superiore di Sanità, Rapporti ISTISAN, 16/14, 2016

MATTEI ALBERTO, PENASA SIMONE, *La tutela della lavoratrice madre in ambito comunitario: prospettive*

*interdisciplinari*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, n. 19, 2010, [Europeanrights.eu](http://Europeanrights.eu)

MORELLO MARIA, *La maternità al centro delle prime forme di tutela della salute e della sicurezza delle lavoratrici*, in *Working Papers dell'Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro*, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Carlo Bo" di Urbino, n. 15, 2012, <http://olympus.uniurb.it>

NATOLI M., *Dall'incapacità giuridica al nuovo diritto di famiglia*, in AA.VV., *La donna e il diritto: dall'incapacità giuridica al nuovo diritto di famiglia*, Roma, 1976

OCCHINO ANTONELLA, *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 6, 2001, pp.

OCCHINO ANTONELLA, *Congedi parentali, familiari e formativi*, in MARIO NAPOLI, MARIELLA MAGNANI, ENZO BALBONI (a cura di), *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *Nuove leggi civili e commentate*, 2001, pp. 1258-1264

PALMIERI G., *La tutela della lavoratrice madre con riferimento all'evoluzione storica del problema ed alla vigente legislazione*, in *La Rivista italiana di previdenza sociale*, n. 1, Milano, 1959, pp. 31 ss.

PAPALEONI MARCO, *Riposi giornalieri, permessi e congedi per la malattia del figlio*, in *Guida al Lavoro*, n. 19, 2001, pp. 34 ss.



PERSIANI MATTIA, *La disciplina del lavoro femminile*, in *Giurisprudenza italiana*, IV, 1968, pp. 103 ss.

PUCCINI SANDRA, *Condizione della donna e questione femminile (1892-1922)*, in *Problemi del socialismo*, n. 4, 1976, pp. 9-71

REUDENTI E., *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, a cura e con un' *Introduzione* di CAPRIOLI S., Torino, 1992

SACCO FERNANDO, *Congedo e permessi a sostegno della maternità e della paternità. Diritti, obblighi, procedure*, Santarcangelo di Romagna, 2012

SACCO FERNANDO, *Tutela e sostegno della maternità e della paternità*, Milano, 2012

SANNA PAOLA, VICHI LUCA, BOSCO ALBERTO, (a cura di), *La riforma del lavoro. Maternità e paternità nel rapporto di lavoro*, Volume 7, Milano, 2012

SAROGNI EMILIA, *La donna italiana. Il lungo cammino verso i diritti, 1861-2000*, Milano, 2004

SCHIAVONE ROSSELLA, *Maternità e congedi parentali*, Milanofiori Assago, 2012

SPANÒ ISABELLA, *L'indennità di maternità per le libere professioniste: sviluppi e criticità*, in *Lavoro a confronto*, n. 7, 2015, <http://www.lavoro-confronto.it/>

STAIANO ROCCHINA, *La riforma Fornero Commentata*, Santarcangelo di Romagna, 2012

STAIANO ROCCHINA, *Tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Rimini, 2014

TSCHOELL JOSEF, ZUCARO ROSITA, BOSCO ALBERTO, *Maternità e paternità. La conciliazione vita-lavoro dopo il D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 80*, Milano, 2015

VALLAURI MARIA LUISA, *Il congedo parentale*, in GOTTARDI D., DEL PUNTA R. (a cura di), *I nuovi congedi*, Milano, 2001

VIALE VALERIA, ZUCARO ROSITA, *I congedi a tutela della genitorialità nell'Unione europea. Un quadro comparato per rileggere il Jobs Act*, Working Paper ADAPT, Associazione per gli Studi internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali, 10 aprile 2015, n. 175

VITALI FRANCESCA, *I luoghi della partecipazione. Una ricerca su donne, lavoro e politica*, Milano, 2009

VUOLI ROMEO, *Maternità e infanzia*, in *Enciclopedia Italiana (1934)*, Treccani.it