

COMMENTARIO DEL CODICE CIVILE

Diretto da
Enrico Gabrielli

DELLA FAMIGLIA

a cura di
Giovanni Di Rosa

Leggi complementari

II edizione

UTET
GIURIDICA

Il presente volume è stato sottoposto a referaggio esterno in "doppio cieco"
(double blind peer review)

Questo testo *è* consultabile online su *La Mia Biblioteca*
Accedi a lamiabiblioteca.com: la prima biblioteca profes-
sionale digitale con migliaia di testi pubblicati da CEDAM, UTET
Giuridica, IPSOA, il fisco, LEGGI D'ITALIA e Altalex in cui trovare
risposte mirate, autorevoli e sempre aggiornate.

Per conoscere le modalità di accesso al servizio e di consultazione
online, visita subito lamiabiblioteca.com

Il servizio di consultazione online del presente testo viene offerto al lettore a titolo
completamente gratuito ed a fini promozionali del servizio La Mia Biblioteca e potreb-
be essere soggetto a revoca dall'Editore

Copyright 2018 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia n. 97, Edificio B3, 20142 Milano

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p. A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

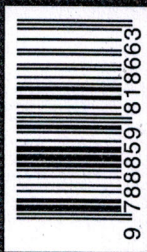
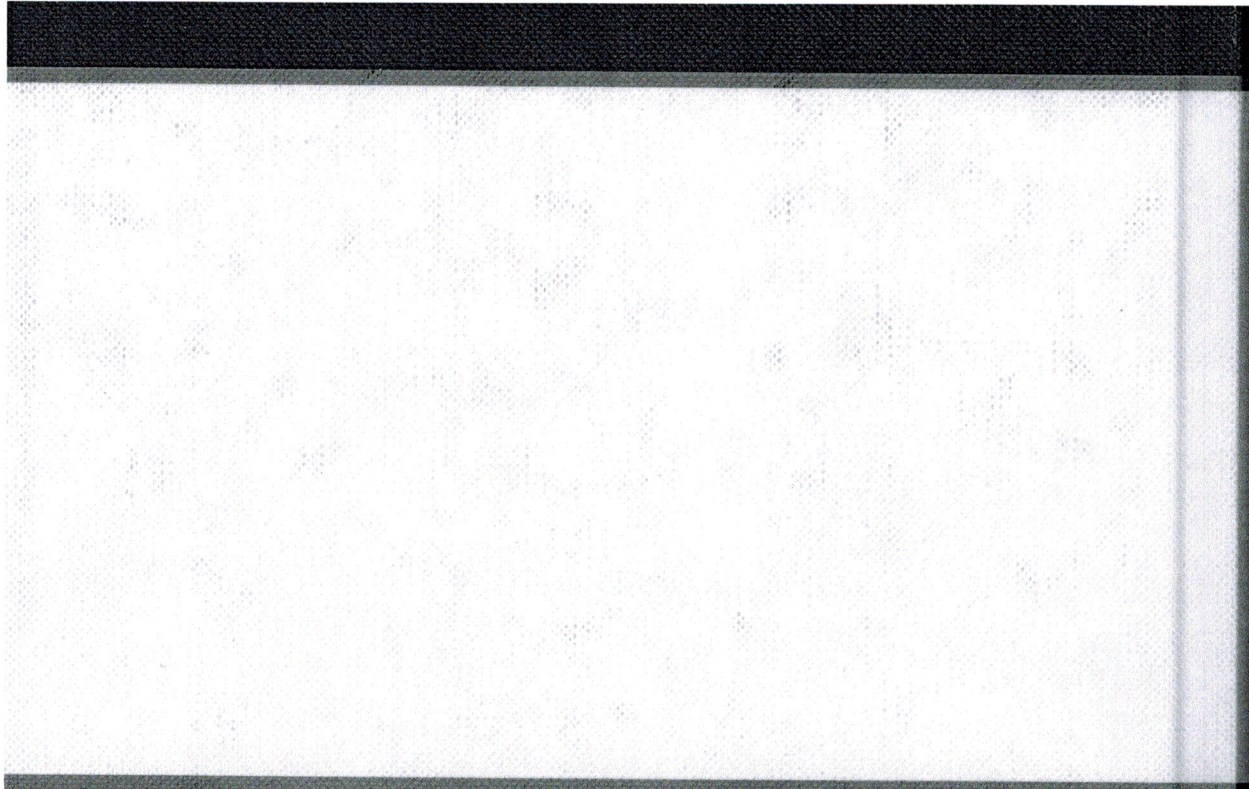
I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi
mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di
periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.
Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale - cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, eco-
nomico o professionale - e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata
da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autoriz-
zazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org

*L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per even-
tuali involontari errori o inesattezze.*

Composizione: Integra Software Services Pvt.Ltd

Finito di stampare nel mese di novembre 2018
dalla L.E.G.O. S.p.A.
Viale dell'Industria, 2 - 36100 - Vicenza



€ 130,00 I.V.A. INCLUSA

CAPO I

DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 1 – Oggetto (legge 30 dicembre 1971, n. 1204, art. 1, comma 5; legge 8 marzo 2000, n. 53, art. 17, comma 3)

[1] Il presente testo unico disciplina i congedi, i riposi, i permessi e la tutela delle lavoratrici e dei lavoratori connessi alla maternità e paternità di figli naturali⁽¹⁾, adottivi e in affidamento, nonché il sostegno economico alla maternità e alla paternità.

[2] Sono fatte salve le condizioni di maggior favore stabilite da leggi, regolamenti, contratti collettivi, e da ogni altra disposizione.

⁽¹⁾ L'art. 105, 3° co., d.lg. 28.12.2013, n. 154 ha disposto che le parole «figli naturali», ove presenti, in tutta la legislazione vigente, siano sostituite dalle parole «figli nati fuori del matrimonio».

Art. 2 – Definizioni (legge 30 dicembre 1971, n. 1204, articoli 1, comma 1, e 13)

[1] Ai fini del presente testo unico:

a) per «congedo di maternità» si intende l'astensione obbligatoria dal lavoro della lavoratrice;

b) per «congedo di paternità» si intende l'astensione dal lavoro del lavoratore, fruito in alternativa al congedo di maternità;

c) per «congedo parentale», si intende l'astensione facoltativa della lavoratrice o del lavoratore;

d) per «congedo per la malattia del figlio» si intende l'astensione facoltativa dal lavoro della lavoratrice o del lavoratore in dipendenza della malattia stessa;

e) per «lavoratrice» o «lavoratore», salvo che non sia altrimenti specificato, si intendono i dipendenti, compresi quelli con contratto di apprendistato, di amministrazioni pubbliche, di privati datori di lavoro nonché i soci lavoratori di cooperative.

Art. 3 D.Lg. 26.3.2001, n. 151 - Sostegno della maternità e della paternità

[2] Le indennità di cui al presente testo unico corrispondono, per le pubbliche amministrazioni, ai trattamenti economici previsti, ai sensi della legislazione vigente, da disposizioni normative e contrattuali. I trattamenti economici non possono essere inferiori alle predette indennità.

Art. 3 – Divieto di discriminazione⁽¹⁾

[1] È vietata qualsiasi discriminazione per ragioni connesse al sesso, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, con particolare riguardo ad ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti.

⁽¹⁾ Articolo così sostituito dall'art. 2, 1° co., lett. a), d.lg. 25.1.2010, n. 5.

Art. 4 – Sostituzione di lavoratrici e lavoratori in congedo (legge 30 dicembre 1971, n. 1204, art. 11; legge 8 marzo 2000, n. 53, art. 10)

[1] In sostituzione delle lavoratrici e dei lavoratori assenti dal lavoro, in virtù delle disposizioni del presente testo unico, il datore di lavoro può assumere personale con contratto a tempo determinato o utilizzare personale con contratto temporaneo, ai sensi, rispettivamente, dell'articolo 1, secondo comma, lettera b), della legge 18 aprile 1962, n. 230, e dell'articolo 1, comma 2, lettera c), della legge 24 giugno 1997, n. 196, e con l'osservanza delle disposizioni delle leggi medesime⁽¹⁾.

[2] L'assunzione di personale a tempo determinato e l'utilizzazione di personale temporaneo, in sostituzione di lavoratrici e lavoratori in congedo ai sensi del presente testo unico può avvenire anche con anticipo fino ad un mese rispetto al periodo di inizio del congedo, salvo periodi superiori previsti dalla contrattazione collettiva⁽²⁾.

[3] Nelle aziende con meno di venti dipendenti, per i contributi a carico del datore di lavoro che assume personale con contratto a tempo determinato in sostituzione di lavoratrici e lavoratori in congedo, è concesso uno sgravio contributivo del 50 per cento. Quando la sostituzione avviene con contratto di lavoro temporaneo, l'impresa utilizzatrice recupera dalla società di fornitura le somme corrispondenti allo sgravio da questa ottenuto.

[4] Le disposizioni del comma 3 trovano applicazione fino al compimento di un anno di età del figlio della lavoratrice o del lavoratore in congedo o per un anno dall'accoglienza del minore adottato o in affidamento.

[5] Nelle aziende in cui operano lavoratrici autonome di cui al Capo XI, è possibile procedere, in caso di maternità delle suddette lavoratrici, e comunque entro il primo anno di età del bambino o nel primo anno di accoglienza del minore adottato o in affidamento, all'assunzione di personale a tempo determinato e di personale temporaneo, per un periodo massimo di dodici mesi, con le medesime agevolazioni di cui al comma 3.

⁽¹⁾ Comma così modificato dall'art. 1, 1° co., lett. a), d.lg. 23.4.2003, n. 115.

⁽²⁾ Comma così modificato dall'art. 1, 1° co., lett. b), d.lg. 23.4.2003, n. 115.

Art. 5 – Anticipazione del trattamento di fine rapporto (legge 8 marzo 2000, n. 53, art. 7)

[1] Durante i periodi di fruizione dei congedi di cui all'articolo 32, il trattamento di fine rapporto può essere anticipato ai fini del sostegno economico, ai sensi dell'articolo 7 della legge 8 marzo 2000, n. 53. Gli statuti delle forme pensionistiche complementari di cui al decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, e successive modificazioni, possono prevedere la possibilità di conseguire tale anticipazione.

commento di Alessandro Garilli e Alessandro Bellavista

Sommario: **1.** Le politiche a sostegno della famiglia nel prisma dell'eguaglianza. - **2.** Famiglia e principio paritario secondo il diritto dell'Unione Europea. - **3.** L'esperienza giuridica italiana: il t.u. maternità-paternità. - **4.** La genesi dei congedi parentali: i principi direttivi dell'art. 15 della l. n. 53/2000. - **5.** Le "nuove famiglie": lacune normative e tutela giurisprudenziale.

1. Le politiche a sostegno della famiglia nel prisma dell'eguaglianza

Le politiche sociali europee di sostegno alla famiglia sul fronte del diritto del lavoro si muovono lungo direttrici in cui si intrecciano eguaglianza e pari opportunità tra uomini e donne, aumento del tasso di occupazione femminile, conciliazione tra responsabilità familiari e partecipazione al lavoro.

L'evoluzione della normativa dell'Unione è contrassegnata dal passaggio dalla tutela della maternità a quella dei legami familiari caratterizzati da

Art. 5 D.Lg. 26.3.2001, n. 151 - Sostegno della maternità e della paternità

vincoli affettivi (non solo matrimoniali) e dalla condivisione tra i genitori (non solo naturali) della cura dei bambini, anch'essi titolari di diritti.

Muovendo i primi passi da interventi settoriali e limitati dall'originaria debolezza delle basi giuridiche offerte dai Trattati (si pensi alla rimozione degli ostacoli alla libera circolazione e alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori), il programma sociale dell'Unione ha progressivamente sostenuto un modello di famiglia sempre più lontano da quello appartenente alla tradizione – e ancora presente nei Paesi sud-europei – basato sulla figura del *male bread-winner*, in cui l'uomo era l'unico percettore di reddito, per lo meno sino agli albori degli anni '70. Com'è noto, infatti, nell'originario sistema di produzione fordista si registrava una netta divisione di confini tra domini di pertinenza, che si rifletteva in una tutela della famiglia di tipo prettamente economico, attraverso prestazioni assistenziali ad integrazione del reddito del "capofamiglia" (è il caso paradigmatico degli assegni familiari), o in benefici accordati alle sole donne (si pensi alla astensione obbligatoria dal lavoro in caso di maternità).

La necessità di dar vita a politiche di conciliazione tra responsabilità familiari e mondo del lavoro entra così nell'agenda pubblica dell'Unione simultaneamente all'incremento dell'occupazione femminile, all'interno di una prospettiva che vede tale aumento come socialmente positivo e perciò da sostenere. Naturalmente, l'assenza di vedute comuni degli Stati membri sull'istituzione famiglia e sul suo ruolo nella società comporterà la scelta di non adottare una definizione unitaria di famiglia a livello europeo, ma il *gender mainstreaming* diverrà ugualmente una parte integrante del programma comune fin dal 1996¹, muovendosi di pari passo col mutamento soggettivo della dimensione dei tempi di vita e di lavoro: non è più soltanto il mondo maschile ad avere come orizzonte sociale quello del tempo di lavoro remunerato, così come l'universo femminile non può essere relegato al tempo della cura, gratuito e per definizione flessibile².

Le istituzioni europee torneranno a riaffermare questa nuova sensibilità culturale alla questione di genere in tutti gli atti di *soft law* adottati negli anni a venire: da ultimo, nell'ambito dello «*Strategic engagement for gender equality 2016-2019*», la genitorialità è nuovamente declinata sul valore dell'integrale

¹ Comunicazione della Commissione, 21.2.1996, *Integrare la parità di opportunità fra le donne e gli uomini nell'insieme delle politiche e delle azioni comunitarie*.

² Cfr. LECCARDI, *Tempo plurale. Donne, uomini e molteplicità di tempi*, in *Sociologia del lavoro*, 119, 2010, 36.

eguaglianza tra i coniugi all'interno del nucleo familiare, sul presupposto che entrambi debbano contribuire all'educazione dei figli per accrescerne il benessere. Questione di genere ma non solo: la parificazione uomo-donna si iscrive nel più ampio diritto dei figli ad avere un rapporto "a tutto tondo" non soltanto con la madre, ma anche col padre, superando la vetero-novecentesca ripartizione di compiti e responsabilità all'interno della coppia ed abbracciando la prospettiva della convergenza dei ruoli nella conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. Il risultato consiste pertanto nella prefigurazione di un modello di famiglia a due lavoratori, o almeno ad un lavoratore e mezzo³.

2. Famiglia e principio paritario secondo il diritto dell'Unione Europea

Nella prospettiva dell'eguaglianza sostanziale uomo-donna, il principale strumento di implementazione del nuovo approccio integrato alla famiglia è rappresentato dal diritto primario dell'Unione, oltre che dalle direttive e dai programmi di pari opportunità succedutisi ininterrottamente dall'inizio degli anni '90. Nel ricordare le direttive specifiche sui diversi aspetti tra loro collegati (parità, azioni positive, tutela della maternità, congedo parentale) va posto l'accento – quale premessa – su due documenti. Il primo è la Carta dei diritti fondamentali il cui art. 33, intitolato alla vita familiare e professionale, afferma il diritto di ogni individuo ad 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. La Carta di Nizza riconosce altresì il diritto della prole a una integrale bi-genitorialità, affermando all'art. 24, par. 3 che il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori; e infine, all'art. 23, par. 1, ribadisce l'applicazione del principio di parità uomo-donna in tutti i campi, tra cui rientrano senza ombra di dubbio anche la tutela della genitorialità e la conciliazione vita-lavoro. Il secondo strumento è contenuto nella Risoluzione del Consiglio e dei ministri incaricati dell'occupazione e della politica sociale del 29.6.2000, concernente la partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini all'attività professionale e alla vita familiare: qui maternità, paternità ed esigenze di carattere relazionale ed affettivo collegate allo sviluppo della personalità del bambino assurgono a valori sociali fondamentali e, nel contempo, costituiscono diritti di libertà in quanto rivolti a consentire a uomini e donne la propria

³ Cfr. SARACENO, *Le politiche della famiglia in Europa: tra convergenza e diversificazione*, in *Stato e merc.*, 85, 2009, 4.

Art. 5 D.Lg. 26.3.2001, n. 151 - Sostegno della maternità e della paternità

realizzazione personale nella vita pubblica, sociale, familiare e privata, dando vita a un «nuovo contratto sociale di genere»⁴.

Queste politiche si sono sviluppate su iniziativa dell'UE nella maggior parte dei Paesi europei, sia pure con diverse declinazioni, attraverso un aumento di investimento finanziario pubblico per attuare una legislazione promozionale che si avvale di tecniche sanzionatorie non solo repressive, ma anche indirizzate ad incentivare l'osservanza delle norme. Solo per limitarsi ad un esempio riguardante l'Italia, risale già alla l. n. 1204/1971 la disposizione che autorizza l'assunzione di lavoratori a tempo determinato in sostituzione di lavoratrici o lavoratori in astensione obbligatoria o in congedo facoltativo, successivamente affiancata da uno sgravio contributivo del 50% della quota a carico del datore di lavoro, garantito fino al compimento di un anno di età del figlio della lavoratrice o del lavoratore in astensione o in congedo e per un anno dall'accoglienza del minore adottato o in affidamento (cfr. l'attuale art. 4, d.lg. n. 151/2001, che riconosce tale beneficio alle aziende con meno di venti dipendenti).

Da ultimo, ed in termini più generali, l'art. 153, par. 1, lett. i) del t.f.u.e. stabilisce che per conseguire l'obiettivo del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, con particolare riguardo alla parità uomo-donna, l'Unione può intervenire attraverso direttive, il cui grado di effettività e condivisione all'interno degli Stati membri è affidato a valutazioni di impatto condotte periodicamente, l'ultima delle quali è stata effettuata all'interno del già citato «*Strategic engagement for gender equality 2016-2019*» della Commissione.

Nell'ambito del diritto derivato, il principale testo organico sulla parità tra lavoratori e lavoratrici, che peraltro codifica una copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia, è costituito dalla dir. 5.7.2006, n. 2006/54⁵, che afferma apertamente il carattere discriminatorio di «qualsiasi trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità» (art. 2.2, lett. c). Né va trascurato come il legislatore europeo si sia mosso nel solco del dialogo sociale e della condivisione più ampia possibile coi corpi intermedi di tecniche di tutela della genitorialità,

⁴ Cfr. Cfr. RONFANI, *Il diritto a conciliare vita familiare e lavoro fra libertà individuale e aspettative sociali*, in *Sociologia del diritto*, 2, 2007, 56.

⁵ La dir. n. 2006/54 ha racchiuso in un unico testo le direttive n. 75/117 sulla parità retributiva, n. 76/207 sulla parità nell'accesso all'impiego, alla formazione professionale e nelle condizioni di lavoro, n. 86/378 sulla parità nei regimi professionali di previdenza sociale, e n. 97/80 sull'onere della prova della discriminazione.

se si considera che ambedue le direttive sui congedi parentali hanno recepito i previ accordi stipulati dalle parti sociali a livello comunitario⁶.

Di recente la prospettiva dell'eguaglianza, a fronte di taluni ordinamenti e contesti socio-normativi ancora riottosi alla parità integrale uomo-donna, è stata ribadita anche dalla Corte di Giustizia, che ha riconosciuto la portata indirettamente discriminatoria di talune regole sulla fruizione dei congedi parentali⁷; come se non bastasse, i giudici di Lussemburgo – investiti di una questione pregiudiziale – hanno ritenuto in contrasto con le direttive in materia la normativa greca che non attribuisce il diritto al congedo parentale ai lavoratori e alle lavoratrici il cui coniuge non svolga alcuna professione⁸.

3. L'esperienza giuridica italiana: il t.u. maternità-paternità

Il nostro Paese ha preceduto ed arricchito sul piano delle tutele la normativa europea a livello di legislazione domestica, ma la funzione promozionale a cui l'impianto normativo tende è risultata frenata da un contesto sociale ancora contrassegnato da una cultura imperniata sulla divisione dei ruoli genitoriali in ambito familiare, e da un ambiente di lavoro in cui la richiesta di congedi – specie se provenienti dagli uomini – è ritenuta sintomatica di scarso attaccamento alla professione. Nel nostro Paese non è infatti infrequente il fenomeno del *daddy streets*, con il timore della disapprovazione sociale che porta i padri ben intenzionati a dedicarsi alle responsabilità di cura in modo nascosto, facendo uso di ferie o permessi⁹.

La normativa di riferimento è oggi rappresentata dal cd. testo unico paternità-maternità (d.lg. n. 151/2001), emanato dal governo a seguito della delega contenuta nella l. n. 53/2000, e da ultimo modificato dal d.lg. n. 80/2015.

⁶ Cfr. dir. n. 96/34 del 3.6.1996, che recepisce l'accordo quadro stipulato il 14.12.1995 da Unice, Ceep e Ces relativo ai congedi parentali e alle assenze dal lavoro per cause di forza maggiore; dir. 8.3.2010, n. 2010/18 che nell'abrogare la direttiva del 1996 recepisce l'accordo quadro del 18.7.2009 stipulato da Business Europe, Ueapme, Ceep e Ces. La tematica dei congedi è anche inclusa nella già citata dir. n. 2006/54/CE sull'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego. Sul punto cfr. ROCELLA, TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Torino, 2016, 307-308.

⁷ C. Giust. 20.6.2013, C-7/12, *Riežniece*.

⁸ C. Giust. 16.7.2015, C-222/14, *Maistrellis*. Più specificamente, la normativa greca oggetto di questione pregiudiziale ex art. 267 t.f.u.e. accordava il congedo parentale al padre solo se la madre, inoccupata, non fosse stata in grado di prendersi cura del figlio per una grave malattia o disabilità.

⁹ Cfr. ZAJCZYK, BORLINI, *Donne e uomini tra lavoro e vita familiare: un cambiamento che va aiutato*, in *Sociologia del lavoro*, 119, 2010, 105.

Art. 5 D.Lg. 26.3.2001, n. 151 - Sostegno della maternità e della paternità

Nel solco dei principi di non discriminazione di matrice comunitaria, il t.u. disegna un impianto di pari opportunità tra donne e uomini, segnando il passaggio dal sostegno al lavoro femminile in quanto gravato in via presuntiva da lavoro di cura, al sostegno al lavoro di cura svolto dalla persona a prescindere dal genere¹⁰. L'orizzonte normativo già esistente, costruito su prescrizioni prevalentemente poste a tutela della salute della lavoratrice madre al fine di saldare la promozione della maternità con il diritto fondamentale alla salute della gestante e del nascituro¹¹, viene dunque allargato a più ampie politiche di *work life balance*.

Passando a presentare la struttura del d.lg. n. 151/2001, e rinviando ai contributi degli altri Autori per il commento delle singole disposizioni in esso contenute, va *in limine* osservato che la materia qui trattata – cioè la tutela e il sostegno della maternità e paternità – costituisce solo una parte del più ampio tema relativo alla conciliazione tra tempo di lavoro e tempo di vita, che in larga parte copre il tempo dedicato alla famiglia (“cura” dei figli, lavoro domestico). Quest’ultimo richiede un’integrazione di prospettiva che coinvolga un insieme di interventi che concorrono a realizzare, in condizioni di parità, l’alternanza tra attività di lavoro e assistenza familiare. Tra questi, l’assetto organizzativo del lavoro (si pensi al ricorso al telelavoro e al lavoro agile) e la sua distribuzione temporale (ad es., il part-time), le tipologie contrattuali, la protezione del lavoro autonomo e delle libere professioni^{12 13}.

Sono tutti aspetti che hanno sicuri punti di contatto – talvolta anche attraverso previsioni specifiche – con il tema oggetto del presente commentario.

Ancor più direttamente concorrono a formare l’insieme di garanzie e tutele a sostegno della genitorialità e della professionalità del lavoratore le discipline, contenute nella parte della l. n. 53/2000 estranea al t.u., relative ai congedi (segnatamente per la formazione e per la formazione continua), alle misure finanziarie per conciliare tempi di vita e tempi di lavoro (con

¹⁰ Cfr. GOTTARDI, *Le modifiche al testo unico maternità-paternità e la conciliazione tra vita familiare e vita professionale. Ragionando di d.lgs. n. 80/2015 e dintorni*, in EAD. (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001*, Torino, 2015.

¹¹ V. *infra* CAMMALLERI, *sub artt. 6-15*, d.lg. 26.3.2001, n. 151.

¹² Per un’analisi sistematica degli strumenti volti a favorire la conciliazione si rinvia a GOTTARDI, *La legislazione e le politiche sulla conciliazione: l’Italia nel quadro europeo*, in *Sociologia del lavoro*, 119, 2010, 23-38. Per il settore del lavoro pubblico cfr. CASILLO, *La conciliazione tra tempi di lavoro e non lavoro*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2018, 216 ss.

¹³ V. *infra* NICOLOSI, *sub artt. 57-73*, d.lg. 26.3.2001, n. 151.

previsione, tra l'altro, di progetti specifici per favorire il reinserimento dei lavoratori dopo un periodo di congedo parentale o per motivi comunque legati ad esigenze di conciliazione), all'anticipazione del trattamento di fine rapporto. Quanto a quest'ultimo beneficio, l'art. 5 del t.u. ne collega il riconoscimento alla fruizione dei congedi parentali, al fine di rafforzare il sostegno economico durante tale periodo, anche se va detto che la concessione dell'anticipo resta tuttora subordinata al possesso di un'anzianità di servizio notevole (otto anni), secondo le regole generali di cui all'art. 2120 c.c. *De jure condendo*, sarebbe opportuno affinare il coordinamento fra le due previsioni, al fine di potenziare l'effettività ed il ricorso all'istituto.

Nella sistematica della parte generale del t.u., la disposizione centrale resta comunque l'art. 3, che esporta anche in tale provvedimento le regole generali del diritto antidiscriminatorio di nuova generazione. Per mezzo di tale norma, la tutela della genitorialità si salda con il principio di non discriminazione, che sancisce solennemente il divieto di qualsiasi trattamento differenziato in ragione del sesso – anche rinviando al c.d. codice delle pari opportunità (d.lg. n. 198/2006, art. 25, co. 2 *bis*) – come conseguenza dello stato di gravidanza, maternità o paternità. La norma costruisce un ideale ponte che collega la tutela antidiscriminatoria garantita in fase di accesso e condizioni di impiego a quella assicurata nella fase terminale del rapporto di lavoro, in caso di dimissioni o licenziamento (artt. 54 e ss., d.lg. n. 151/2001)¹⁴. Il divieto è rivolto a colpire ogni atto, patto o comportamento che produca direttamente o indirettamente un effetto pregiudizievole sulla lavoratrice o sul lavoratore, anche mettendoli in una posizione di particolare svantaggio nei confronti dei dipendenti dell'altro sesso¹⁵. La tecnica è quella dell'indifferenza del rapporto di lavoro al ricorrere degli eventi protetti dal t.u. (congedi *in primis*, ma non solo), con conseguente esclusione di ogni conseguenza pregiudizievole nei confronti dei soggetti destinatari delle tutele, all'insegna del più generale principio di parità di trattamento¹⁶. Numerosa è la casistica giurisprudenziale sul punto, che nella prospettiva di genere ha ad esempio ritenuto lesivi del principio paritario i criteri di calcolo delle progressioni di carriera che non tengano in conto i congedi di cui al t.u., o meccanismi

¹⁴ V. *infra* DE MARCO, *sub* artt. 54-56, d.lg. 26.3.2001, n. 151.

¹⁵ Cfr. anche la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 23.9.2002, n. 2002/73/C, ove si afferma che «un trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità ai sensi della direttiva 92/85/CEE costituisce una discriminazione».

¹⁶ Cfr. CALAFÀ, *Congedi di maternità e di paternità*, in *Enc. Giur., Diritto on line*, 2015.

Art. 5 D.Lg. 26.3.2001, n. 151 - Sostegno della maternità e della paternità

di calcolo dei premi di risultato che non computino i periodi di assenza dal lavoro per la fruizione del congedo parentale o i permessi di malattia per i figli.

Vi è dunque un notevole salto qualitativo rispetto all'impostazione costituzionale di cui all'art. 37 della carta fondamentale, in cui l'equilibrio tra la parità di diritti e di retribuzione tra i generi e la peculiare tutela del lavoro femminile è ottenuto attraverso la soluzione compromissoria dell'aggiunta della qualificazione di essenzialità della funzione familiare della donna¹⁷, senza dunque sancire una condivisione paritaria del lavoro di cura tra tutti i suoi componenti¹⁸. In altri termini il t.u. è emblematico del cambiamento della funzione antropologica del diritto del lavoro, non più preordinato soltanto alla protezione della maternità, ma alla promozione di un modello di famiglia basato sull'eguaglianza di diritti e doveri dei genitori verso i figli¹⁹.

4. La genesi dei congedi parentali: i principi direttivi dell'art. 15 della l. n. 53/2000

Nella legislazione italiana il nuovo approccio alla genitorialità trova attuazione nell'art. 15, l. n. 53/2000 («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»), che ha introdotto il congedo parentale: il diritto al congedo nei primi anni di vita del bambino è riconosciuto non soltanto alle madri ma anche ai padri. Il t.u. attua implicitamente la dir. n. 96/34/CE, poi abrogata e sostituita dalla dir. n. 2010/18/UE: ambedue i genitori possono godere di periodi di astensione dal lavoro – sino ad un massimo di sei mesi ciascuno e dieci in totale (continuativi e non) – per prendersi cura dei figli durante i primi dodici anni di vita degli stessi: a tal proposito va segnalato come sia stato il recente d.lg. n. 80/2015 ad avere esteso ai primi dodici anni di vita di ogni figlio il periodo di fruizione del congedo parentale, aumentando notevolmente la tutela offerta dal diritto italiano rispetto a quello europeo²⁰. La legge si caratterizza per un robusto impianto egualitario, di stimolo alla fruizione dei congedi parentali da parte del padre, ma

¹⁷ Cfr. GOTTARDI, *Le modifiche al testo unico*, cit., 2.

¹⁸ Cfr. ALES, voce *Maternità e congedi parentali*, in *Enc. Dir., Annali*, IX, Milano, 2016, 351.

¹⁹ Cfr. NAPOLI, *Note introduttive*, in NAPOLI (a cura di), *Congedi parentali, formativi e tempi delle città. Commentario*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2001, 1218.

²⁰ Nell'originaria versione dell'art. 15 l'astensione dal lavoro spettava durante i primi otto anni di vita dei figli. Sul punto cfr. NUNIN, *I nuovi limiti temporali per la fruizione del congedo*

le resistenze culturali e i retaggi del modello segregazionista femminile ne hanno ridotto l'effettività.

Le prospettive di riforma del t.u. sono collegate all'approvazione della proposta di direttiva del 26.4.2017 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, finalizzata ad abrogare la vigente dir. n. 2010/18/UE. La proposta, nella consapevolezza di favorire ulteriormente politiche di *work-life balance* e di responsabilizzare gli uomini nelle dinamiche endofamiliari mira a iniettare ulteriori dosi di flessibilità funzionale sul sistema dei congedi, a limitare il diritto di trasferimento di quelli parentali dal lavoratore padre alla madre, e rinforzare gli incentivi economici²¹.

5. Le "nuove famiglie": lacune normative e tutela giurisprudenziale

Oltre che per impulso dell'Unione Europea, il perimetro applicativo delle misure a sostegno della famiglia è stato ampliato grazie agli interventi della giurisprudenza: è quest'ultima una prospettiva che oggi coinvolge la stessa tradizionale concezione della famiglia quale «società naturale fondata sul matrimonio», intesa nella sua storica e non più attuale concezione etico-politica²². Per quanto attiene alla convivenza di fatto il dettato normativo non contempla alcuna equiparazione tra coniugi e conviventi *more uxorio*; va però segnalato che, con sentenza 213/2016, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, 3° co., l. n. 104/1992 nella parte in cui non include il convivente tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza alla persona con disabilità in situazione di gravità, in alternativa al coniuge, parente o affine entro il secondo grado²³.

Nella prospettiva dell'eguaglianza integrale la normativa sui congedi genitoriali andrebbe poi coordinata con la legge sulle unioni civili, che non ha equiparato *in toto* le coppie eterosessuali coniugate con quelle LGBT (lesbiche, gay, bisessuali e trans gender): le differenze lessicali e semantiche celano infatti una profonda differenziazione nella tutela dei diritti; in

parentale dopo il decreto legislativo n. 80/2015, in GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001*, Torino, 2015.

²¹ Per l'analisi di questi temi si rinvia al commento di A. RICCOBONO, *sub* artt. 16-38, d.lg. 26.3.2001, n. 151.

²² Cfr. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Lavoro e dir.*, 2001, 10, che giustamente afferma come la famiglia assuma tante forme organizzative quanti sono i modi in cui ognuno realizza la propria personalità.

²³ V. *infra* GABRIELE, *sub* artt. 39-53, d.lg. 26.3.2001, n. 151.

Art. 5 D.Lg. 26.3.2001, n. 151 - Sostegno della maternità e della paternità

particolare la l. n. 76/2016 equipara i *partner* dello stesso sesso ai coniugi nelle materie patrimoniale, successoria e dei permessi per assistenza, ma con esclusione dell'adozione (cd. *step-child adoption*). È quindi possibile, per la parte di un'unione civile, ricorrere al congedo straordinario di cui all'art. 42, 5° co. del t.u. o ai permessi *ex l.* n. 104/1992 qualora presti assistenza all'altra parte; tuttavia, nelle unioni civili i *partner* non sono titolari dei diritti che presuppongono l'adozione e l'affidamento, come i congedi. Ed è così che la più recente giurisprudenza di merito e legittimità ha giustamente cercato di colmare il vuoto di tutela consapevolmente lasciato dal legislatore, applicando l'istituto dell'adozione in casi particolari o omologando, alla luce dei principi di ordine pubblico internazionale, le adozioni all'estero operate da cittadini italiani²⁴. Da ciò discenderebbe pacificamente, per il soggetto adottante (e per la coppia unita *ex l.* n. 76/2016) il diritto ai congedi parentali.

Dal panorama normativo succintamente descritto risulta chiaro come il riconoscimento delle nuove alleanze solidali all'interno della famiglia, qui intesa quale comunità naturale di affetti, sia un traguardo ancora lontano, anche se non futuribile. Nella prospettiva dei valori universali dell'egualianza e della realizzazione della personalità di ciascun individuo, il diritto del lavoro è oggi più che mai chiamato a cimentarsi in nuove sfide.

²⁴ Cfr. Cass., sez. I, 15.6.2017, n. 14478, in *Guida dir.*, 2017, 28, 51; A. Milano, sez. famiglia, 9.2.2017, in *Ilfamiliarista.it*, 26.4.2017; Trib. min. Firenze, 8.3.2017, in *Guida dir.*, 2017, 18, 56.