CORTE COSTITUZIONALE

Sentenza **385/2005** (ECLI:IT:COST:2005:385)
Giudizio: **GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE**
Presidente: **CAPOTOSTI** - Redattore: **CONTRI**
Udienza Pubblica del ; Decisione del **11/10/2005**
Deposito del **14/10/2005**; Pubblicazione in G. U. **19/10/2005**
Norme impugnate: Artt. 70 e 72 d.lgs. 26-3-2001, n. 151.
Massime: **29890**
Atti decisi: **ord. 890/2004**

SENTENZA N.385 ANNO 2005

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Piero Alberto CAPOTOSTI; Giudici: Fernanda CONTRI, Guido NEPPI MODONA, Annibale MARINI, Franco BILE, Giovanni Maria FLICK, Francesco AMIRANTE, Ugo DE SIERVO, Romano VACCARELLA, Paolo MADDALENA, Alfio FINOCCHIARO, Alfonso QUARANTA, Franco GALLO,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale degli articoli 70 e 72 del 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), promosso con ordinanza del 17 maggio 2004 dal Tribunale di Sondrio nel procedimento civile vertente tra Giarba Cesare contro Ente di previdenza dei Periti industriali e dei Periti industriali laureati, iscritta al n. 890 del registro ordinanze 2004 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 45, prima serie speciale, dell'anno 2004.

Udito nella camera di consiglio del 22 giugno 2005 il Giudice relatore Fernanda Contri.

Ritenuto in fatto

1. — Il Tribunale di Sondrio, in funzione di Giudice del lavoro, con ordinanza emessa il 17 maggio 2004, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 29, secondo comma, 30, primo comma, e 31 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale degli artt. 70 e 72 del 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), nella parte in cui non consentono al padre libero professionista, affidatario in preadozione di un minore, di beneficiare – in alternativa alla madre – dell'indennità di maternità durante i primi tre mesi successivi all'ingresso del bambino nella famiglia.

Il Tribunale premette in fatto di essere stato adîto da un libero professionista il quale, essendo affidatario di un minore, unitamente alla moglie, in forza di provvedimento di affidamento preadottivo emesso dal Tribunale di Milano, aveva chiesto all'Ente di previdenza dei Periti industriali, cui era iscritto, di beneficiare dell'indennità di maternità per i primi tre mesi successivi all'ingresso del bambino in famiglia, in alternativa alla madre, anch'ella libera professionista, vedendo respinta la propria istanza sul rilievo che il diritto a detta indennità era previsto dall'art. 70 del d.lgs. n. 151 del 2001 a favore delle sole libere professioniste.

Il giudice *a quo* evidenzia preliminarmente le numerose pronunce con cui questa Corte ha esteso al padre lavoratore l'applicabilità di norme a protezione della maternità e del minore (in particolare, la sentenza n. 1 del 1987 che ha riconosciuto il diritto all'astensione obbligatoria e ai riposi giornalieri, la n. 341 del 1991 relativa al diritto all'astensione nei primi tre mesi dall'ingresso del bambino nella famiglia per il padre lavoratore affidatario di un minore, la n. 179 del 1993 e la n. 104 del 2003, che hanno rispettivamente esteso in via generale al padre lavoratore, in alternativa alla madre lavoratrice consenziente, il diritto ai riposi giornalieri per l'assistenza al figlio nel primo anno di vita e, in caso di adozione e affidamento, nel primo anno dall'ingresso del minore in famiglia), sottolineando come l'evoluzione degli istituti sia stata recepita dal legislatore con il d.lgs. n. 151 del 2001, che ha coordinato e razionalizzato la disciplina della tutela della maternità e paternità dei figli naturali, adottivi e in affidamento.

Il rimettente rileva, in particolare, che l'art. 31 del menzionato decreto legislativo, che riconosce al padre lavoratore il diritto al congedo di maternità *ex* artt. 26, primo comma, e 27 e il congedo di paternità *ex* art. 28, è applicabile ai soli lavoratori dipendenti, mentre analogo diritto non viene riconosciuto ai padri liberi professionisti: al riguardo, infatti, il combinato disposto degli artt. 70 e 72 fa espresso riferimento alle sole professioniste, non consentendo, così, un'interpretazione estensiva, tale da ricomprendere anche i liberi professionisti di sesso maschile.

Secondo il giudice *a quo*, l'inequivocabile lettera di tali norme pone, pertanto, seri dubbi di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 29, secondo comma, 30, primo comma, e 31 della Costituzione: le disposizioni censurate, avendo riservato alla sola madre il diritto all'indennità, si scontrano con il principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, determinando una ingiustificata disparità di trattamento tra gli stessi in relazione all'interesse del marito a partecipare alla fase più delicata dell'inserimento del minore in famiglia.

Il rimettente richiama, a tal proposito, la sentenza n. 341 del 1991, con cui la Corte ha evidenziato l'importanza del ruolo e della presenza dell'affidatario che «potrebbe a volte essere in grado, in relazione alle variabili peculiarità delle situazioni concrete, di meglio seguire e assistere il minore in questa particolare fase del suo sviluppo» e conclude affermando che il diritto della madre libera professionista a percepire l'indennità per i primi tre mesi dall'ingresso del minore in famiglia non può che essere riconosciuto anche al padre libero professionista: in caso contrario, verrebbero violati i principî di cui agli artt. 29, secondo comma (uguaglianza fra i coniugi anche in relazione ai compiti di cui all'art. 30, primo comma), 31 (tutela della famiglia e del minore come compito fondamentale dell'ordinamento) e 3 della Costituzione, anche per l'ingiustificata disparità di trattamento tra liberi professionisti e lavoratori dipendenti che si determinerebbe.

2. — Nel giudizio dinanzi a questa Corte non vi sono stati né costituzione di parti private né intervento del Presidente del Consiglio del ministri.

Considerato in diritto

1. — Il Tribunale di Sondrio, in funzione di Giudice del lavoro, dubita, in riferimento agli artt. 3, 29, secondo comma, 30, primo comma, e 31 della Costituzione, della legittimità costituzionale degli artt. 70 e 72 del 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), nella parte in cui non consentono al padre libero professionista, affidatario in preadozione di un minore, di beneficiare – in alternativa alla madre – dell'indennità di maternità durante i primi tre mesi successivi all'ingresso del bambino nella famiglia.

Ad avviso del rimettente, le norme impugnate, riservando alla sola madre il diritto a percepire l'indennità, determinano un'ingiustificata disparità di trattamento fra i coniugi, in relazione all'interesse del marito a partecipare in egual misura rispetto alla moglie alla prima e più delicata fase dell'inserimento del minore in famiglia, nonché una disparità di trattamento tra liberi professionisti e lavoratori dipendenti (per i quali il diritto è, viceversa, contemplato), non giustificata dalle differenze sussistenti fra le due categorie.

2. — La questione è fondata.

3. — Il d.lgs. n. 151 del 2001 rappresenta l'esito di un'evoluzione legislativa che ha modificato profondamente la disciplina della tutela della maternità, estendendo al padre lavoratore ed ai genitori adottivi i diritti in precedenza spettanti alla sola madre, a protezione del preminente interesse della prole.

In particolare, il riconoscimento in capo ai genitori adottivi o affidatari dei medesimi diritti già attribuiti ai genitori biologici è passato attraverso alcune tappe, riconducibili: alla legge 9 dicembre 1977, n. 903 (Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro), i cui artt. 6 e 7 hanno rispettivamente esteso alla lavoratrice madre adottiva o affidataria il diritto all'astensione obbligatoria *post partum* e all'astensione facoltativa di cui agli artt. 4, lettera *c*), e 7 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204 e al padre lavoratore, anche adottivo o affidatario, la possibilità di usufruire dell'astensione facoltativa; alla legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), che all'art. 80 ha ammesso l'applicabilità degli artt. 6 e 7 summenzionati alle ipotesi di affidamento provvisorio; alla legge 31 dicembre 1998, n. 476 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1993. Modifiche alla legge 4 maggio 1983 n. 184, in tema di adozione di minori stranieri), che all'art. 39-*quater* ha esteso i diritti di cui ai citati artt. 6 e 7 ai genitori adottivi e a quelli che hanno un minore in affidamento preadottivo; alle leggi 29 dicembre 1987, n. 546 (Indennità di maternità per le lavoratrici autonome) e 11 dicembre 1990, n. 379 (Indennità di maternità per le libere professioniste), che hanno riconosciuto alle lavoratrici autonome ed alle libere professioniste l'indennità di maternità anche in caso di adozione o affidamento preadottivo.

4. — A tale evoluzione ha fornito un contributo sostanziale la giurisprudenza di questa Corte, chiamata più volte a decidere in merito alla legittimità costituzionale di norme a tutela della genitorialità. In particolare debbono essere ricordate le seguenti pronunce di accoglimento: la sentenza n. 1 del 1987, che ha esteso al padre lavoratore il diritto all'astensione obbligatoria ed ai riposi giornalieri, ove l'assistenza della madre sia divenuta impossibile per decesso o grave infermità; la sentenza n. 332 del 1988, che ha riconosciuto alle lavoratrici il diritto all'astensione facoltativa per il primo anno dall'ingresso del bambino in

famiglia, nell'ipotesi di affidamento provvisorio, e il diritto all'astensione obbligatoria nei primi tre mesi successivi all'ingresso del bambino in famiglia, in caso di affidamento preadottivo; la sentenza n. 341 del 1991, che ha riconosciuto al padre lavoratore, in alternativa alla madre lavoratrice, il diritto all'astensione obbligatoria in caso di affidamento provvisorio; la sentenza n. 179 del 1993, che ha esteso, in via generale, al padre lavoratore, in alternativa alla madre lavoratrice consenziente, il diritto ai riposi giornalieri per l'assistenza al figlio nel primo anno di vita; infine, la sentenza n. 104 del 2003, che ha riconosciuto il diritto ai riposi giornalieri, in caso di adozione e affidamento, entro il primo anno dall'ingresso del minore in famiglia anziché entro il primo anno di vita del bambino.

5. — Tale evoluzione è espressa dal d.lgs. n. 151 del 2001 che, nel provvedere alla ricognizione organica della materia, pone su un piano di parità ed uguaglianza i genitori che svolgono attività lavorativa e sancisce definitivamente l'equiparazione dei genitori adottivi o affidatari a quelli biologici.

La tutela offerta dalla normativa in esame non è, peraltro, completa.

Per il caso di adozione o affidamento, l'art. 31 stabilisce che il congedo di maternità di cui ai precedenti artt. 26, primo comma, e 27, primo comma, nonché il congedo di paternità di cui all'art. 28 spettano, a determinate condizioni, anche al padre lavoratore.

Le espressioni “lavoratore” e “lavoratrice” che compaiono in tale norma devono essere interpretate alla luce del disposto dell'art. 2, comma 1, lettera *e*), secondo cui «per “lavoratrice” o “lavoratore”, salvo che non sia altrimenti specificato, si intendono i dipendenti [....] di amministrazioni pubbliche, di privati datori di lavoro nonché i soci lavoratori di cooperative»: la lettera della legge è, pertanto, esplicita nell'escludere che in detta nozione possano essere fatti rientrare coloro che esercitano una libera professione, con la conseguenza che agli stessi l'art. 31 non può essere applicato.

Alle madri libere professioniste è dedicato il Capo XII del d.lgs. n. 151 del 2001: in particolare, l'art. 70, primo comma, riconosce «alle libere professioniste, iscritte ad un ente che gestisce forme obbligatorie di previdenza [....] un'indennità di maternità [....]», che l'art. 72, primo comma, estende, poi, all'ipotesi di adozione o affidamento. Anche in questo caso, la lettera della legge è di chiara interpretazione e, nel fare esclusivo riferimento alle libere professioniste, esclude in linea di principio i padri liberi professionisti dal godimento del detto beneficio.

6. — Pertanto, il d.lgs. n. 151 del 2001 ha testualmente riconosciuto il diritto all'indennità al padre adottivo o affidatario che sia lavoratore dipendente, escludendo, viceversa, coloro che esercitino una libera professione, i quali non hanno, perciò, la facoltà di avvalersi del congedo, e dell'indennità, in alternativa alla madre.

Tale discriminazione rappresenta un *vulnus* sia del principio di parità di trattamento tra le figure genitoriali e fra lavoratori autonomi e dipendenti, sia del valore della protezione della famiglia e della tutela del minore.

Come si evince dalla *ratio* sottesa agli interventi normativi sopra ricordati nonché dalla lettura delle motivazioni dei precedenti di questa Corte, gli istituti nati a salvaguardia della maternità, in particolare i congedi ed i riposi giornalieri, non hanno più, come in passato, il fine precipuo ed esclusivo di protezione della donna, ma sono destinati alla difesa del preminente interesse del bambino «che va tutelato non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente fisiologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della sua personalità» (sentenza n. 179 del 1993).

Ciò è tanto più vero nell'ipotesi di affidamento e di adozione, ove l'astensione dal lavoro

non è finalizzata alla tutela della salute della madre ma mira in via esclusiva ad agevolare il processo di formazione e crescita del bambino, «creando le condizioni di una più intensa presenza della coppia, i cui componenti sono entrambi affidatari, e come tali entrambi protagonisti, nell'esercizio dei loro doveri e diritti, della buona riuscita del delicato compito» loro attribuito (sentenza n. 341 del 1991).

Pertanto, se il fine precipuo dell'istituto, in caso di adozione e affidamento, è rappresentato dalla garanzia di una completa assistenza al bambino nella delicata fase del suo inserimento nella famiglia, il non riconoscere l'eventuale diritto del padre all'indennità costituisce un ostacolo alla presenza di entrambe le figure genitoriali. Occorre garantire un'effettiva parità di trattamento fra i genitori - nel preminente interesse del minore - che risulterebbe gravemente compromessa ed incompleta se essi non avessero la possibilità di accordarsi per un'organizzazione familiare e lavorativa meglio rispondente alle esigenze di tutela della prole, ammettendo anche il padre ad usufruire dell'indennità di cui all'art. 70 del d.lgs. n. 151 del 2001 in alternativa alla madre. In caso contrario, nei nuclei familiari in cui il padre esercita una libera professione verrebbe negata ai coniugi «la delicata scelta di chi, assentandosi dal lavoro per assistere il bambino, possa meglio provvedere» alle sue esigenze, scelta che, secondo la giurisprudenza menzionata di questa Corte, non può che essere rimessa in via esclusiva all'accordo dei genitori, «in spirito di leale collaborazione e nell'esclusivo interesse del figlio» (sentenza n. 179 del 1993).

La violazione del principio di uguaglianza appare ancor più evidente se si considera che il legislatore ha riconosciuto tale facoltà ai padri che svolgano un'attività di lavoro dipendente: il non aver esteso analoga facoltà ai liberi professionisti determina una disparità di trattamento fra lavoratori che non appare giustificata dalle differenze, pur sussistenti, fra le diverse figure (differenze che non riguardano, certo, il diritto a partecipare alla vita familiare in egual misura rispetto alla madre), e non consente a questa categoria di padri-lavoratori di godere, alla pari delle altre, di quella protezione che l'ordinamento assicura in occasione della genitorialità, anche adottiva.

Appare discriminatoria l'assenza di tutela che si realizza nel momento in cui, in presenza di una identica situazione e di un medesimo evento, alcuni soggetti si vedono privati di provvidenze riconosciute, invece, in capo ad altri che si trovano nelle medesime condizioni.

Nel rispetto dei principî sanciti da questa Corte, rimane comunque riservato al legislatore il compito di approntare un meccanismo attuativo che consenta anche al lavoratore padre un'adeguata tutela.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 70 e 72 del 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'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), nella parte in cui non prevedono il principio che al padre spetti di percepire in alternativa alla madre l'indennità di maternità, attribuita solo a quest'ultima.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, l'11 ottobre 2005.

F.to:

Piero Alberto CAPOTOSTI, Presidente

Fernanda CONTRI, Redattore

Giuseppe DI PAOLA, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 14 ottobre 2005.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: DI PAOLA

Le sentenze e le ordinanze della Corte costituzionale sono pubblicate nella prima serie speciale della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (a norma degli artt. 3 della legge 11 dicembre 1984, n. 839 e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 1985, n. 1092) e nella Raccolta Ufficiale delle sentenze e ordinanze della Corte costituzionale (a norma dell'art. 29 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, approvate dalla Corte costituzionale il 16 marzo 1956).

Il testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale fa interamente fede e prevale in caso di divergenza.