



Le novità sulle tutele della genitorialità: le variazioni al D.Lgs. n.151/01

a cura di *Guglielmo Anastasio – Avvocato e funzionario della DTL Modena**

Nei suoi 11 anni di storia, il T.U. sulla maternità (D.Lgs. n.151/01) non è mai stato oggetto di così tante modifiche come nel 2012. Detta in questi termini, sembrerebbe quasi che il legislatore abbia voluto inaugurare una nuova stagione per le tutele della genitorialità, ma così non è, dal momento che tutte le modifiche (da esaminare nel corso della trattazione) non sono il frutto di una politica domestica, ma di direttive comunitarie alle quali il nostro paese si è dovuto adeguare. Procedendo con ordine e limitatamente alle modifiche intervenute nel secondo semestre del 2012², il carico di novità, in punto di tutele della genitorialità, è così sintetizzabile:

Novità normativa	Modifica al T.U.	Argomento
Art.4, co.16 e 17, L. n.92/12	Art.55, co.4	Convalida dimissioni
Art.4, co.24, 25 e 26, L. n.92/12	Nessuna modifica	Congedo obbligatorio di paternità e voucher di maternità
Art.7, co.3, lett. a) e d), D.L. n.179/12, convertito in L. n.221/12	✓ Art.51, co.1 ✓ Art.47, co.3 e introduzione del co.3-bis	Congedo per malattia del bimbo: invio telematico all'Inps da parte del medico competente
Art.1, co.336, lett. a), L. n.228/12	Art.66, co.1	Indennità di maternità per le lavoratrici autonome della piccola pesca:
Art.1, co.336, lett. b), L. n.228/12	Art.68, co.2-bis	1. indennità pari all'80% del salario convenzionale e per 5 mesi
Art.1, co.336, lett. c), L. n.228/12	Art.82, co.1-bis	2. parificazione onere contributivo rispetto alle altre lavoratrici autonome
Art.1, co.339, lett. a), L. n.228/12	Art.32, co.1-bis	Modalità di fruizione del congedo parentale
Sentenza n.257 del 2012, Corte Costituzionale (messaggio Inps n.371/13)	Anticostituzionalità dell' artt. 64, co.2	Astensione per maternità di 5 mesi anche per i genitori adottivi iscritti alla Gestione separata.

* Le considerazioni contenute nel seguente articolo sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non impegnano in alcun modo l'amministrazione d'appartenenza.

² Si ricorda che già in data 9 febbraio 2012, il D.L. n.5/12, convertito con L. n.35/12, ha completamente modificato l'art.17, co.2,3,4,5 del D.Lgs. n.151/01.

Congedo obbligatorio di paternità

Come noto, i papà potevano godere del congedo obbligatorio, con astensione dal lavoro per 5 mesi, solo in determinate ipotesi (morte o grave infermità della madre, abbandono del bambino o affidamento al padre in via esclusiva). In assenza di tali condizioni, non rimaneva che aspettare il congedo parentale, da usufruire con modalità e condizioni ben diverse dal congedo obbligatorio. Il Legislatore, sulla spinta della direttiva 2010/18/Ue, ha ritenuto ormai maturo il tempo di una maggiore condivisione nella cura della prole, stabilendo che a partire dalle nascite intervenute il 1° gennaio 2013, ed in via sperimentale fino al 2015, i padri:

- a) dovranno astenersi dal lavoro, per almeno un giorno, entro 5 mesi dalla nascita;
- b) entro lo stesso termine, potranno godere di altri due giorni di astensione in alternativa ai giorni di astensione obbligatoria della madre.

In entrambi i casi l'astensione potrà essere goduta contemporaneamente a quella della madre e sarà coperta da una indennità Inps pari al 100% della retribuzione giornaliera e dalla relativa contribuzione figurativa. Tuttavia, mentre il giorno di congedo obbligatorio, non inciderà sul periodo materno di astensione, gli altri due giorni facoltativi (anche continuativi) di astensione paterna, invece, saranno subordinati alla scelta della madre di anticipare - di altrettanti giorni - la fine del proprio congedo post partum.

Tale tipologia di congedi è applicabile solo ai lavoratori dipendenti e sono riconosciuti anche in caso di adozione o affidamento.

Circa le modalità di fruizione dei congedi, il D.M. del 22 dicembre 2012 stabilisce la necessità di una comunicazione scritta (anche attraverso i sistemi gestionali aziendali) del lavoratore contenente l'indicazione del/dei giorni di congedo, da trasmettere al datore di lavoro almeno 15 gg. prima della data presunta del parto. Nell'ipotesi di congedo facoltativo, il lavoratore dovrà anche allegare la dichiarazione della madre di non fruizione del congedo a lei spettante, per un numero di giorni pari a quelli richiesti dal padre.

Il periodo congedo di paternità, oltre ad essere fruibile solo a giorni e non ad ore, è coperto da contribuzione figurativa, per il cui accredito non è necessario alcun requisito anagrafico e contributivo.

I voucher per maternità

Al fine di promuovere e sostenere la partecipazione femminile al mondo del lavoro e favorire la conciliazione tra lavoro e famiglia, il legislatore, sempre in via sperimentale per gli anni 2013-2014-2015, ha previsto la possibilità per le lavoratrici madri di rinunciare agli 11 mesi di congedo parentale di cui all'art.32 del T.U. ed usufruire di un equivalente contributo economico erogato dall'Inps che si concretizza:

- in una sovvenzione per il pagamento diretto delle rette dovute agli asili nido;
- corresponsione alla lavoratrice di voucher ex art.72, D.Lgs. n.276/03, per l'assunzione di baby-sitter.

Il D.M. 22 dicembre 2012 precisa che la richiesta potrà essere inoltrata anche dalla madri che abbiano già usufruito in parte del congedo parentale.

Il contributo in parola che si concretizzerà nelle due forme sopra descritte, sarà pari a € 300,00 per 6 mesi; la procedura di ammissione al beneficio sarà preceduta da un bando di gara su base nazionale, in cui l'Inps fisserà i termini iniziali e finali di presentazione della domanda.

Chiaramente il beneficio verrà concesso nei limiti delle somme stanziare per ciascun anno (20 milioni di euro per ciascuno degli anni in via di sperimentazione). Potranno partecipare al bando non solo le lavoratrici i cui figli siano già nati, ma anche quelle per le quali la data presunta del parto sia prevista entro i 4 mesi dalla scadenza del bando.

Non sono ammesse al bando le lavoratrici che:

- ✓ risultano totalmente esonerate di pagamento della rete pubblica dei servizi per l'infanzia o dei servizi privati convenzionati;
- ✓ usufruiscano dei benefici di cui al "Fondo per le politiche relative ai diritti e alle pari opportunità"³.

Le lavoratrici part-time parteciperanno al contributo in proporzione della riduzione oraria, mentre le iscritte alla Gestione Separata fruiranno del beneficio solo per tre mesi.

La procedura termina con la pubblicazione, entro 15 gg. dalla scadenza del bando, di una graduatoria nazionale elaborata sulla base dell'ISEE e, a parità di situazione economica, secondo l'ordine di presentazione della domanda.

Le dimissioni del genitore

L'art.4, co.16, L. n.92/12, modificando il comma 4 dell'art.55 del D.Lgs. n.151/01, ridefinisce le modalità di convalida delle dimissioni dei lavoratori genitori di un bambino in tenera età.

Il nuovo testo dispone che

la risoluzione consensuale del rapporto o la richiesta di dimissioni presentate dalla lavoratrice, durante il periodo di gravidanza, e dalla lavoratrice o dal lavoratore durante i primi tre anni di vita del bambino o nei primi tre anni di accoglienza del minore adottato o in affidamento, o, in caso di adozione internazionale, nei primi tre anni decorrenti dalle comunicazioni di cui all'art.54, co.9, devono essere convalidate dal servizio ispettivo del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali competente per territorio. A detta convalida è sospensivamente condizionata l'efficacia della risoluzione del rapporto.

La disposizione trova applicazione sia in caso di dimissioni che di risoluzione consensuale del rapporto. Qui, è stato fatto un "passo in avanti" rispetto alla dizione contenuta nel vecchio art.55: infatti, la risoluzione consensuale del rapporto non era prevista e, con l'introduzione della stessa, sono state superate anche talune obiezioni della Magistratura di merito⁴, secondo la quale la stessa era da considerarsi fuori dalla tutela normativa prevista per le mamme, atteso che in essa erano configurabili la manifestazione di volontà e di autonomia negoziale di entrambe le parti e non l'esercizio della volontà della sola lavoratrice.

Il nuovo comma 4, oltre ad essere "onnicomprensivo", nel senso che si applica a tutta una serie di ipotesi come l'adozione, anche internazionale e l'affidamento, allunga il periodo di tutela che, oltre a comprendere il periodo di gravidanza della donna, si estende anche al padre lavoratore fino al compimento dei primi tre anni di vita del bambino (o tre anni dall'accoglienza o dall'invio della comunicazione di adozione internazionale). Sia la risoluzione consensuale che le dimissioni sono sottoposte alla c.d. "convalida" dei servizi ispettivi della Direzione Territoriale del Lavoro competente per territorio, ovvero, del luogo ove la dipendente (o il dipendente) presta la propria attività. A tale atto amministrativo, il Legislatore subordina l'efficacia della risoluzione del rapporto, ma di per sé non tocca, in alcun modo, il diritto all'indennità di maternità (se dovuta), alla cui corresponsione si

³ Il 29 aprile 2010, la Conferenza unificata ha sancito l'Intesa sui criteri di ripartizione delle risorse, le finalità, le modalità attuative nonché il monitoraggio del sistema di interventi per favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro di cui al Decreto del Ministro per le pari opportunità del 12 maggio 2009 inerente la ripartizione delle risorse del Fondo per le politiche relative ai diritti e alle pari opportunità per l'anno 2009. (Pari opportunità – Politiche della Famiglia – Lavoro e Politiche sociali – Economia e Finanze) Intesa ai sensi dell'art.8, co.6, della L. 5 giugno 2003, n.131, n.26/CU..

⁴ Trib. Milano, 27 luglio 2004.

procede indipendentemente dalla verifica della convalida⁵. Quest'ultima deve tendere ad accertare l'effettività delle dimissioni e ciò può avvenire soltanto attraverso un colloquio finalizzato ad accertare che la volontà non sia stata coartata. Modalità diverse, come ad esempio la verifica del documento, senza alcuna indagine specifica, non sono sufficienti per l'accertamento dell'autenticità, in quanto foriere di comportamenti elusivi e distorsivi⁶. Tale principio è stato ribadito dallo stesso Dicastero del Welfare in data 26 febbraio 2009 (prot. n.25/II/2840), laddove è stata sottolineata la necessità di procedere ad un colloquio con la lavoratrice o il lavoratore interessato, con compilazione di uno specifico modello, e di informare circa la possibilità di rivolgersi alla Consigliera provinciale di parità.

La convalida delle dimissioni, con esonero dal periodo di preavviso (il quale si ritiene rimanga, in quanto la nuova norma non ha fatto altro che allargare a tre anni l'arco temporale di tutela), è condizione essenziale di validità delle stesse: se manca, esse sono viziose da nullità assoluta. Con la risoluzione del rapporto, alla lavoratrice spetta l'indennità sostitutiva del preavviso: secondo parte della Giurisprudenza⁷, tuttavia, essa non deve essere corrisposta nel caso in cui il datore dimostri che l'ex dipendente abbia iniziato subito un'altra attività dopo le dimissioni ugualmente o più vantaggiosa, con una valutazione che tenga conto non soltanto degli aspetti retributivi ma anche di elementi di natura non patrimoniale (distanza dall'abitazione, mansioni, ecc.). Riguardo agli aspetti procedurali della convalida, occorre osservare, in primo luogo, come le dimissioni non potranno, a differenza di quanto previsto per la generalità dei lavoratori, perfezionarsi con le modalità operative ivi indicate, bensì solo con il controllo effettivo dei servizi ispettivi delle Direzioni Territoriali del Lavoro. In secondo luogo, le due procedure differiscono sia per l'iter procedurale che per il diverso atteggiarsi del diritto di revoca.

L' ITER PROCEDURALE PER LA TUTELA DELLA GENITORIALITÀ, PREVEDE:

la comunicazione del datore ai servizi ispettivi della D.T.L. delle dimissioni della lavoratrice genitore



la convocazione della lavoratrice da parte del predetto ufficio



accertamento sulla genuinità della volontà di dimettersi

Non esistono dei termini decadenziali in relazione all'effetto sospensivo delle dimissioni né in relazione alla convocazione della lavoratrice né, tanto meno, in ordine al predetto accertamento, anche se nella prassi accade che sia la stessa lavoratrice, una volta rassegnate le dimissioni al proprio datore di lavoro, a presentarsi innanzi ai funzionari della DTL preposti.

In tale contesto, il concetto di revoca delle dimissioni non è legato ad uno *ius poenitendi*, bensì al mancato perfezionamento delle stesse. In altre parole, la revoca delle dimissioni è possibile fino a quando la fattispecie estintiva del rapporto non sia giunta a compimento e quindi fino alla convalida. È evidente che l'assenza dei termini, a differenza di quanto previsto per la generalità dei lavoratori, trova conferma in una maggiore tutela riconosciuta dal legislatore a queste situazioni legate "a doppio filo" all'art.37 della Costituzione.

⁵ Così circ. Inps n.8 del 17 gennaio 2003.

⁶ Nota Min. Lavoro n.7001 del 4 giugno 2007.

⁷ Cass., 19 agosto 2000, n.10994.

Congedo parentale

L'art.1, co.339, L. n.228 del 24 dicembre 2012 (Legge di stabilità 2013) ha convertito il D.L. n.216 del 11 dicembre 2012 (c.d. "salva infrazioni"), riguardante l'adeguamento della normativa nazionale alla direttiva n.2010/18/Ue. La novella legislativa si innesta nella disciplina contenuta all'art.32, D.Lgs. n.151/01, che, come noto, attribuisce a ciascun genitore, trascorso il periodo di congedo obbligatorio, il diritto ad astenersi dal lavoro per ben dieci mesi durante i primi otto anni di vita del bambino.

Il diritto al congedo parentale compete:

- alla madre lavoratrice, trascorso il congedo di maternità e per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi;
- al padre lavoratore, dalla nascita del figlio (compreso il giorno del parto), per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi, elevabile a sette mesi nel caso in cui eserciti il diritto di astenersi dal lavoro per un periodo continuativo o frazionato non inferiore a tre mesi;
- qualora vi sia un solo genitore (nel caso di morte o grave infermità dell'altro genitore, abbandono del figlio, affidamento esclusivo del figlio ad un genitore, ecc.), per un periodo continuativo o frazionato non superiore a dieci mesi.

Nel caso in cui il padre fruisca del congedo parentale per un periodo di almeno tre mesi, il limite complessivo dei congedi parentali dei genitori è elevato da 10 a 11 mesi.

Venendo alle modalità di fruizione del congedo parentale, va ricordato che l'interpretazione finora seguita in via amministrativa⁸, riconosce il frazionamento del periodo di congedo fino alla singola giornata lavorativa, ma non per singole ore. Inoltre, sempre l'art.32 prevede l'obbligo, salvo casi di oggettiva impossibilità, per il genitore che intende fruire del congedo parentale, di preavvisare il datore di lavoro "*secondo le modalità ed i criteri definiti dai contratti collettivi, e comunque con un periodo di preavviso non inferiore a 15 giorni*" ma non reca alcuna ulteriore indicazione sui contenuti della comunicazione.

Per effetto dell'entrata in vigore del predetto comma 339, il testo dell'art.32, D.Lgs. n.151/01 viene così modificato:

- a) attribuzione alla contrattazione collettiva di settore del potere di stabilire le modalità di fruizione del congedo parentale su base oraria, i criteri di calcolo della stessa ed i criteri di conversione in ore della singola giornata lavorativa. Per il personale del comparto sicurezza e difesa e del comparto dei vigili del fuoco e soccorso pubblico la disciplina collettiva deve prevedere, al fine di tener conto delle peculiari esigenze di funzionalità connesse all'espletamento dei servizi istituzionali, specifiche e diverse modalità di fruizione e di differimento del congedo;
- b) obbligo di specificare preventivamente, nella comunicazione di fruizione del congedo, anche l'inizio e la fine del periodo di astensione;
- c) il lavoratore e il datore di lavoro concordano, ove necessario, adeguate misure di ripresa dell'attività lavorativa, tenendo conto di quanto eventualmente previsto dalla contrattazione collettiva".

Circa la previsione di frazionamento orario del congedo, contenuta nel nuovo comma 1 bis, non può non osservarsi come la stessa non trovi immediata applicazione, in quanto necessita dell'intervento della contrattazione collettiva per stabilire i parametri richiesti dalla legge. Allo stato i contratti collettivi di categoria ricalcano generalmente il disposto dell'art.32, senza fare specifico riferimento a criteri di frazionamento orario del congedo. A titolo esemplificativo si ripartano gli stralci dei suddetti contratti collettivi:

⁸ Messaggio Inps n.28379/06.

Ccnl - industria metalmeccanica (Sez. 4, Tit. 6, art.5):	Ccnl – Terziario confcommercio (art.186)
<p>Ai fini dell'esercizio di tale diritto, il genitore è tenuto a presentare, almeno 15 giorni prima, richiesta scritta al datore di lavoro indicando la durata del periodo di congedo richiesto, di norma, con la precisazione della durata minima dello stesso e allegando il certificato di nascita ovvero la dichiarazione sostitutiva.</p> <p>Nel caso in cui il lavoratore sia oggettivamente impossibilitato a rispettare tali termini, lo stesso è tenuto a preavvertire il datore di lavoro dell'assenza e a presentare la richiesta scritta con la relativa certificazione tempestivamente e comunque entro due giorni dall'inizio dell'assenza dal lavoro</p>	<p>Ai fini dell'esercizio del diritto al congedo parentale, ciascun genitore è tenuto a dare al datore di lavoro un preavviso scritto di almeno 15 giorni, salvo casi di oggettiva impossibilità. Fermo restando quanto previsto al precedente comma, nel caso in cui vengano richieste frazioni di durata inferiore a 15 giorni continuativi nell'ambito dello stesso mese di calendario, la domanda dovrà essere presentata con cadenza mensile unitamente ad un prospetto delle giornate di congedo</p>

Diversa è la questione per le altre due disposizioni: sia l'obbligo di indicare la data d'inizio e fine del congedo che l'obbligo di concordare misure di ripresa all'attività lavorativa, sono da considerare già pienamente operanti. Mentre nel primo caso, è assente qualsiasi riferimento alla contrattazione collettiva, nel secondo, invece, tale riferimento viene riconosciuto solo come eventuale.

Maternità delle lavoratrici autonome della piccola pesca

IL Decreto Legge n.216/12, convertito con L. n.228/12, ha esteso alle pescatrici autonome della piccola pesca marittima e delle acque interne di cui alla L. n.250/58, l'indennità di maternità prevista dagli art.66 e ss., D.Lgs. n.151/01, fino ad ora spettante solo alle lavoratrici autonome, coltivatrici dirette, mezzadri e colone, artigiane ed esercenti attività commerciali e alle imprenditrici agricole a titolo principale.

Alle pescatrici autonome spetterà, dunque, per i due mesi antecedenti la data del parto e per i tre mesi successivi alla stessa data effettiva del parto, un'indennità giornaliera che è pari all'80% della misura giornaliera del salario convenzionale previsto per i pescatori della piccola pesca marittima e delle acque interne (art.10 della L. n.250 del 13 marzo 1958). Inoltre, alle lavoratrici in questione è esteso anche il diritto a fruire del congedo parentale pari a tre mesi entro il primo anno di vita del bambino. Di converso, all'art.82 del T.U. è stato aggiunto un nuovo comma che estende il contributo annuo previsto per ogni iscritto all'A.G.O. per l'invalidità, vecchiaia e superstiti (gestioni dei coltivatori diretti, coloni e mezzadri, artigiani ed esercenti attività commerciali) anche alla categoria di lavoratrici autonome in analisi.

Corte costituzionale: la tutela dei genitori adottivi

La questione oggetto della [sentenza n.257/12 della Consulta](#) riguarda la diversità di tutele dei genitori adottivi in relazione al loro *status* di lavoratori autonomi o subordinati. Il ragionamento avanzato dalla Corte parte da un *excursus* normativo sulla disciplina generale del trattamento di maternità per i genitori adottivi. In particolare, l'art.26, D.Lgs. n.151/01, solo a seguito delle modifiche apportate dall'art.1, co.83, L. n.244/07, ha provveduto ad equiparare (nel solo ambito del lavoro dipendente) il trattamento di

maternità tra i genitori naturali ed adottivi, estendendo, per quest'ultimi, la relativa indennità da tre a cinque mesi.

Sul versante del lavoro autonomo, invece, l'art.67 del T.U., pur richiamando il contenuto originario dell'art.26, continua a differenziare il periodo di trattamento di maternità: 5 mesi per i genitori naturali e 3 per quelli adottivi.

Identica soluzione per le iscritte alla Gestione separata: qui l'art.64, co.2, in tema di trattamento di maternità per i genitori adottivi, richiama l'art.2 del D.M. 4 aprile 2002, secondo cui "*in caso di adozione o affidamento preadottivo internazionale, disciplinati dal titolo III della legge 4 maggio 1983, n.184 e successive modificazioni, l'indennità di cui all'art.1 spetta, per i tre mesi successivi all'ingresso nella famiglia della lavoratrice del minore, (...)*"

Stante la situazione normativa, la Consulta, ha avuto buon gioco nel rilevare l'irragionevolezza di tale differenza di tutele tra il genitore adottivo iscritto alla Gestione Separata e quello iscritto al Fondo per i lavoratori dipendenti, dal momento che la necessità di un' adeguata assistenza del minore, nella delicata fase del suo inserimento nella famiglia, si presenta con connotati identici per entrambe le categorie di lavoratori.

Pertanto, rilevato il contrasto dell'art.64, co.2, D.Lgs. n.151/01 con il principio di uguaglianza (art.3 della Cost.) nonché l'inadeguatezza della tutela rispetto all'art.37 Cost., la sentenza in commento sembra andare anche oltre rispetto a tale conclusione.

Non può non osservarsi, infatti, come i giudici di costituzionalità, pur rilevando la violazione solo in relazione all'art.64, co.2, e non anche rispetto all'art.67 (vista la non rilevanza nella fattispecie *de qua* dei lavoratori autonomi), sembrano allargare il ragionamento anche a quest'ultima categoria di lavoratori⁹. Ne conseguirebbe, pertanto, una interpretazione evolutiva dell'art.67, non più ancorato al dettato originario dell'art.26, bensì a quello modificato dall'art.1, co.83, L. n.244/07, che, come già detto, equipara, nell'ambito del lavoro dipendente, il trattamento di maternità tra i genitori naturali e quelli adottivi.

⁹ Sull'argomento è intervenuta anche l'Inps con [messaggio n.1785 del 30 gennaio 2013](#) chiarendo che "Pertanto, a seguito di questa sentenza, alle lavoratrici/lavoratori iscritti alla Gestione separata che adottino o abbiano in affidamento preadottivo un minore, deve essere riconosciuta l'indennità di maternità/paternità per un periodo di cinque mesi, fermo restando i limiti di età del minore, di cui all'art.2 del decreto ministeriale n.23484 del 4 aprile 2002, sia in caso di adozione nazionale che internazionale. Tenuto conto dell'obbligo di fruire del congedo di maternità/paternità entro cinque mesi dall'ingresso in famiglia del minore, sia in caso di adozione nazionale che nel caso di adozione internazionale, l'estensione del periodo di congedo disposto dalla Corte Costituzionale risulta applicabile, in presenza dei requisiti richiesti per l'erogazione dell'indennità di maternità/paternità, a tutti i rapporti non esauriti, intendendosi come tali quelle situazioni giuridiche per le quali non sia intervenuta sentenza passata in giudicato o estinzione del diritto per prescrizione.