ECCEPITA L'ILLEGITTIMITA' COSTITUZIONALE DELL'ART. 70 D. L.VO 26/03/2001 N. 151 NELLA PARTE IN CUI NON PREVEDE CHE IL DIRITTO ALL'INDENNITA' DI MATERNITA' SPETTI AL PADRE IN ALTERNATIVA ALLA MADRE.

Con ordinanza in data 25 maggio 2009 la Corte d'Appello di Venezia ha dichiarato la non manifesta infondatezza e la rilevanza della questione di illegittimità costituzionale dell'art. 70 del decreto legislativo 26 marzo 2001 n. 151 nella parte in cui non prevede che il diritto all'indennità di maternità spetti al padre in via alternativa rispetto alla madre.

Per correttamente comprendere la rilevanza di tale pronuncia è necessario, seppur sommariamente, ripercorrere la ormai annosa diatriba che ha riguardato il tema in esame.

Il Decreto Legislativo n. 151 del 26 marzo 2001 – Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità – ha rappresentato e rappresenta, quanto meno nello spirito del Legislatore, la forma di tutela minima a favore di tutti i lavoratori, dipendenti o autonomi.

Tale decreto, inoltre, all'epoca della sua emanazione, fu presentato e considerato quale baluardo della finalmente riconosciuta parità dei diritti di padre e madre con riferimento sia agli emolumenti sia alla tutela genitoriale.

A dimostrazione dell'importante traguardo conseguito in termini di parificazione dei diritti di maternità e paternità dal Decreto Legislativo in esame basti pensare che l'art. 28 di tale norma ha statuito espressamente il "Congedo di paternità" sancendo al primo comma: *"Il padre lavoratore ha diritto 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"*.

Per i lavoratori dipendenti la parificazione dei diritti di maternità e di paternità è stata estesa dal decreto in esame anche relativamente ai trattamenti

economici e più significativamente all'indennità di maternità per il combinato disposto di cui agli artt. 29-22-23.

Per quanto invece concerne le libere professioniste l'art. 70 del Decreto Legislativo n. 151 del 2001 al primo comma statuisce: *"Alle libere professioniste, iscritte ad un ente che gestisce forme obbligatorie di previdenza di cui alla tabella D allegata al presente testo unico, è corrisposta un'indennità di maternità per i due mesi antecedenti la data del parto e i tre mesi successivi alla stessa"*.

Tuttavia, contrariamente a quanto espressamente previsto dalla normativa in esame a favore dei lavoratori dipendenti per cui ai padri lavoratori l'indennità di maternità può essere corrisposta in alternativa alla madre, come abbiamo sopra visto, il Decreto Legislativo in esame non ha previsto analogo diritto per i padri lavoratori autonomi con evidente lesione del fondamentale principio di uguaglianza statuito dalla nostra Carta Costituzionale.

L'eccezione di illegittimità costituzionale degli artt. 70 – 71 del Decreto legislativo n. 151 del 2001 per contrasto con gli artt. 3, 29, 30 e 31 della Costituzione venne sollevata avanti il Giudice del Lavoro del Tribunale di Sondrio da un padre adottivo libero professionista che aveva chiesto di beneficiare dell'indennità di maternità in alternativa alla madre, parimenti lavoratrice autonoma.

Il Tribunale di Sondrio, giudice rimettente, ritenne fondata la suddetta eccezione di incostituzionalità asserendo che gli artt. 70-71 del Decreto Legislativo n. 151 del 2001 determinano una ingiustificata disparità di trattamento tra lavoratori autonomi e lavoratori dipendenti.

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 385 emessa in data 11 ottobre 2005 ha accolto l'eccezione di illegittimità costituzionale di cui sopra ed ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 70-72 del Decreto legislativo 26 marzo 2001 n. 151 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.

Va detto, *per incidens*, che nella parte motiva della sentenza il Giudice delle Leggi ha compiuto un interessante *excursus* sull'evoluzione normativa che

negli ultimi decenni ha radicalmente mutato la disciplina della maternità e della famiglia tra cui: la Legge n. 903 del 1977, con cui nel sancire la parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici si è riconosciuto anche al padre il diritto di fruire dell'astensione facoltativa, la Legge n. 476 del 1998 di ratifica ed esecuzione della Convenzione de l'Aja, per arrivare a riconoscere al Decreto Legislativo n. 151 del 2001 la prosecuzione del processo di assoluta parificazione dei diritti di paternità e di maternità per il perseguimento del fondamentale diritto dei minori alla genitorialità.

È indubbio che a fronte dell'intervenuta pronuncia della Corte Costituzionale si è ritenuto, o sarebbe stato ragionevole ritenere, che la questione fosse stata risolta una volta per tutte con il riconoscimento del diritto anche ai padri lavoratori autonomi di percepire l'indennità di maternità in via alternativa rispetto alle madri.

Purtroppo e inspiegabilmente, nonostante il chiarissimo *dictum* del Giudice delle Leggi, si è continuato a manifestare, tranne l'eccezione del Tribunale di Firenze che con la sentenza n. 710 del 29 maggio 2008 ha riconosciuto ad un padre avvocato il diritto alla percezione della indennità di maternità in via alternativa rispetto alla madre, un costante orientamento dei giudici di merito a negare tale diritto ai padri lavoratori autonomi.

Tra le espressioni di tale criticabile ed inspiegabile orientamento cito a titolo esemplificativo: Corte d'Appello di Brescia sent. n. 431/2008; Tribunale di Brescia, sent. n. 188 del 25/02/2008; Tribunale di Rovigo, sent. n. 29 del 20/02/2008; Tribunale di Agrigento, sent. n. 460 del 13/03/2008; Tribunale di Roma, sent. 1174 del 23/01/2008; Tribunale di Milano, sent. n. 164 del 16/01/2009.

L'orientamento giurisprudenziale di cui sopra fonda la negazione del diritto dei padri lavoratori autonomi a percepire l'indennità di maternità in via alternativa rispetto alle madri innanzitutto sostenendo che la sentenza n. 385 del 2005 della Corte Costituzionale sia da configurarsi come sentenza "additiva di principio" non applicabile *erga omnes* ma implicante la riserva al legislatore di intervenire per garantire anche al padre lavoratore autonomo una adeguata tutela.

In secondo luogo l'orientamento dominante esclude l'operatività *erga omnes* della pronuncia della Corte Costituzionale in quanto il caso che portò alla sentenza n. 385 del 2005 riguardava una filiazione adottiva, il *dictum* del Giudice delle Leggi non sarebbe applicabile alle paternità legittime o naturali (SIC!).

Entrambe le suddette argomentazioni mi paiono infondate.

Per quanto concerne la prima anche a volere condividere la qualificazione della sentenza n. 385/2005 in termini di sentenza "additiva di principio" e a voler ribadire la riserva di legge per la tutela dei padri lavoratori autonomi, sarebbe stata doverosa e necessaria in attesa di un intervento normativo in tal senso (che ad oltre cinque anni dalla sentenza della Corte Costituzionale non è ancora avvenuto) un'integrazione ed applicazione dell'art. 70 del Decreto Legislativo n. 151/2005 in misura sincronica alla sentenza della Corte Costituzionale.

Del tutto fuorviante è ancor più ritenere l'intervento del Giudice delle Leggi ai soli casi di paternità adottiva. Un'interpretazione siffatta vanifica integralmente gli annosi impegni e sforzi di giurisprudenza e produzione normativa ai fini della assoluta parificazione delle varie forme di paternità e, di conseguenza, di filiazione ledendo macroscopicamente i precetti costituzionali.

In ogni caso la semplice lettura del dispositivo della sentenza n. 385/2005 dimostra come l'operatività del suo precetto debba valere *erga omnes* per qualsiasi tipo di paternità.

Il Giudice delle Leggi ha infatti dichiarato l'illegittimità degli artt. 70-72 del Decreto Legislativo n. 151 del 2001 *"...nella parte in cui non prevedono il principio che <u>al padre</u> spetti di percepire in alternativa alla madre l'indennità di maternità, attribuita solo a quest'ultima"*.

La Corte parla di "padre" in senso lato e non limita in alcun modo l'operatività della propria decisione ai padri adottivi.

Ciononostante per anni abbiamo assistito a pronunce del tipo suddetto tra cui la sopra citata sentenza del Tribunale di Rovigo n. 29 del 20/02/2008.

Tale sentenza è stata appellata avanti la Corte d'Appello di Venezia dal padre legittimo, avvocato lavoratore autonomo, cui era stata rigettata in primo grado la domanda atta a conseguire l'indennità di maternità in via alternativa rispetto alla madre.

La Corte d'Appello di Venezia ha compiuto un analitico ed approfondito esame della sentenza della Corte Costituzionale n. 385 del 2005 in forza ed in virtù della quale il padre appellante ha fondato la propria domanda atta al conseguimento della indennità di maternità e, pur giungendo ad ammetterne l'operatività ai soli casi di paternità adottiva, riconosce che la pronuncia del Giudice delle Leggi enunci principi in materia di tutela dell'interesse del figlio e di equiparazione delle situazioni dei genitori che *"...portano questa Corte a dubitare della costituzionalità dell'art. 70 D. L.gs. 151/2001, nella parte in cui attribuisce alla sola madre, quanto meno con riferimento ai tre mesi successivi al parto, il diritto di beneficiare della indennità di maternità"*.

Inoltre la Corte d'Appello di Venezia nel rinvenire, del tutto correttamente, nella pronuncia della Corte Costituzionale l'affermazione dei principi che rimettono in via esclusiva ai genitori il potere di decidere quale dei due debba assentarsi dal lavoro per assistere ed accudire i figli, giunge alla del tutto condivisibile conclusione che la disciplina vigente, nell'attribuire alla sola madre libera professionista il diritto di percepire l'indennità di maternità, contrasti con la ricostruzione delle facoltà e dei poteri dei genitori in materia di tutela della prole che sono stati proprio affermati dalla Corte Costituzionale, impedendo l'esercizio della facoltà di scelta di quale dei due genitori debba accudire il figlio assentandosi dal lavoro.

E ciò, prosegue la Corte d'Appello, è di solare ed indiscutibile evidenza proprio nell'ambito di una disciplina connotata dalla facoltà riconosciuta alla lavoratrice libera professionista di decidere liberamente in merito all'esercizio dell'attività lavorativa, *"sganciando l'erogazione della indennità dalla astensione dal lavoro"*.

Sulla base di tali presupposti, la Corte d'Appello di Venezia ha dunque trasmesso gli atti alla Corte Costituzionale ritenendo fondata e rilevante la

questione di costituzionalità dell'art. 70 del Decreto Legislativo n. 151 del 26 marzo 2001.

Non resta che attendere il responso del Giudice delle Leggi con il legittimo auspicio che venga finalmente e definitivamente superata una disparità di trattamento che non fa onore al nostro sistema giuridico e che, comunque, arreca pregiudizio alla famiglia.

Avv. Gabriella Contiero