

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 10/03/2017

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/39149-le-principali-novit-in-materia-di-congedi-di-maternit-di-paternit-e-parentali>

Autore: Loredana Ferluga

Le principali novità in materia di congedi di maternità, di paternità e parentali

Le principali novità in materia di congedi di maternità, di paternità e parentali dopo il d.lgs. n. 80/2015¹

Il presente seminario verte sui congedi parentali, che hanno formato oggetto di recenti modifiche ad opera del d.lgs. n. 80 del 2015, recante “*Misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*”, emanato in attuazione dell’art. 1, commi 8 e 9, della legge n. 183 del 2014.

Dal titolo del decreto si può già facilmente intuire come quest’ultimo non si occupi soltanto dei congedi parentali, ma intervenga anche in relazione ad altre misure preordinate a tutelare la maternità e a favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro per la generalità dei lavoratori, quali il congedo di maternità, il congedo di paternità, il lavoro notturno, il telelavoro, nonché misure che rappresentano vere e proprie novità, quali il congedo per le donne vittime di violenza di genere.

Si tratta di interventi che assumono una significativa rilevanza dal punto di vista sociale, ma che necessitano anche di un sostegno di natura economica, mediante appositi impegni di spesa nel bilancio dello Stato.

Ecco spiegato perché tali misure, introdotte o semplicemente modificate dal d.lgs. n. 80/2015, sono state previste in un primo momento solo in via sperimentale per l’anno 2015.

Invero, lo stesso Governo, rendendosi conto della loro importanza nelle logiche di contemperamento tra esigenze di vita familiare e lavoro, è riuscito ad individuare i fondi e le risorse necessarie per prorogarle per l’anno 2016, mediante la creazione di un apposito fondo preposto al finanziamento delle stesse.

La prima misura da analizzare è il congedo di maternità, disciplinato dagli artt. 16 e ss. del d.lgs. n. 151 del 2001, siccome modificati dal d.lgs. n. 80/2015.

Il congedo di maternità consiste in un periodo di astensione obbligatoria dal lavoro che viene riconosciuto alla donna durante il periodo della gravidanza e del puerperio ed in cui spetta alla stessa una indennità economica in sostituzione della retribuzione.

Innanzitutto, occorre preliminarmente precisare che è vietato adibire le donne al lavoro durante i due mesi precedenti al parto e nei tre mesi successivi allo stesso.

¹ Il presente contributo costituisce il testo della relazione svolta al Seminario sui congedi parentali, tenutosi presso l’Università degli Studi di Parma, nell’ambito del Corso di perfezionamento in diritto del lavoro, in data 18 febbraio 2016.

Tuttavia, il legislatore prevede al riguardo una tendenziale flessibilità, stabilendo la possibilità per la donna di scegliere di astenersi dal prestare attività lavorativa dal mese precedente la data presunta del parto e nei quattro mesi successivi al parto.

Qualora la donna intendesse usufruire di tale congedo in una forma che potremmo definire “flessibile” (anziché due mesi prima e tre dopo, uno prima e quattro dopo) sarà comunque necessaria l’attestazione di uno specialista del servizio sanitario nazionale.

L’art. 16 richiamato, inoltre, prende in considerazione due ipotesi: quella in cui il parto avvenga oltre la data presunta e quella in cui, al contrario, avvenga prima della data presunta.

Nel primo caso, la donna avrà diritto ad astenersi dal lavoro anche per il periodo che va dalla data presunta del parto a quella effettiva; nella seconda, invece, se il parto avviene prima della data presunta, la donna dovrà astenersi nei giorni non goduti prima del parto.

Con riferimento al c.d. parto prematuro, il legislatore introduce una significativa novità rispetto alla disciplina previgente, prevedendo espressamente che i giorni non goduti dalla madre in occasione del parto prematuro si aggiungano al congedo di maternità *post partum*, anche qualora la somma di tutti i periodi goduti superi il limite complessivo di cinque mesi.

Siffatta modifica non fa che recepire un orientamento della Corte Costituzionale, la quale con la sentenza 7 aprile 2011, n. 116, aveva dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 16, lettera c), del d.lgs. n. 151/2001 “*nella parte in cui non consente nell’ipotesi di parto prematuro con ricovero del neonato in una struttura sanitaria pubblica o privata, che la madre lavoratrice possa fruire, a sua richiesta e compatibilmente con le sue condizioni di salute attestate da documentazione medica, del congedo di maternità che le spetta, o di parte di esso, a far tempo dalla data di ingresso del bambino nella casa familiare*”, poiché solo a partire da tale momento - a giudizio della Corte - si viene a stabilire tra madre e figlio quella comunione di vita che il ricovero del bambino in ambito ospedaliero non aveva consentito.

Ad ogni modo, tale intervento - che recepisce le indicazioni della Corte costituzionale - deve essere letto in combinato disposto con un'altra norma che viene introdotta per la prima volta dal decreto n. 80/2015 e, segnatamente, con l’articolo 16 *bis* del d.lgs. n. 151 del 2001.

Questo articolo è rubricato “*rinvio e sospensione del congedo di maternità*” e la *ratio* sottesa è, come per la disposizione precedente, quella di tutelare la salute della donna nel periodo immediatamente successivo al parto al fine di consentirle il recupero delle energie necessarie per riprendere il lavoro, e di proteggere il rapporto, non solo biologico, ma anche relativo alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo collegate allo sviluppo della personalità del bambino, che si viene a creare subito dopo il parto tra la madre e il figlio.

In particolare, il legislatore stabilisce che qualora il neonato sia ricoverato in una struttura pubblica o privata, la mamma abbia diritto di chiedere la sospensione del congedo e godere del tempo del congedo dalla data di dimissione del bambino dall'ospedale.

Tale diritto può essere esercitato una sola volta per ogni figlio ed è subordinato alla produzione di attestazione medica che dichiari la compatibilità dello stato di salute della donna con la ripresa della attività lavorativa.

Per quanto concerne la misura dell'indennità giornaliera spettante alla donna durante il periodo di congedo, quest'ultima è pari all'80% della retribuzione.

In ordine al congedo di maternità, occorre inoltre evidenziare le modifiche apportate agli artt. 24 e 26 del d.lgs. n. 151/2001.

È infatti ora previsto che l'indennità di maternità sia corrisposta anche in presenza di una risoluzione del rapporto per colpa grave della lavoratrice (*rectius*, per giusta causa), che si verifichi durante i periodi di congedo di maternità.

Anche in tal caso, il legislatore ha recepito un orientamento della Corte Costituzionale espresso con la sentenza n. 405 del 2001, in cui era stata dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 24, comma 1, del decreto n. 151 nella parte in cui esclude la corresponsione della indennità di maternità nell'ipotesi di licenziamento intimato per colpa grave della lavoratrice, costituente una giusta causa per la risoluzione del rapporto.

Il ragionamento seguito dalla Corte costituzionale - successivamente fatto proprio anche dal legislatore del 2015 - è il seguente: la *ratio* del congedo di maternità e della relativa indennità consiste non soltanto nel tutelare la salute della donna e del bambino, ma anche nel garantire un sostegno di natura economica per evitare che la maternità possa risentire di uno “stato di bisogno”; ed è evidente che la tutela della maternità, da tale angolo prospettico, non possa venire meno nelle ipotesi di risoluzione del rapporto.

La Corte Costituzionale ha infatti posto in evidenza come in tutti gli interventi volti alla protezione della maternità, quest'ultima venga presa in considerazione indipendentemente dal fatto che sia collegata o meno allo svolgimento di una attività lavorativa.

Di conseguenza - secondo la Corte - se la tutela ha ad oggetto la maternità in quanto tale, a prescindere da qualsivoglia collegamento con lo svolgimento di una attività lavorativa, non può essere attribuito rilievo al licenziamento rispetto alla maternità.

Muovendo da tali premesse, la Corte ha dunque dichiarato la illegittimità costituzionale della norma nella misura in cui non prevede la corresponsione della indennità di maternità nel caso di licenziamento per giusta causa che si verifichi nel periodo di interdizione dal lavoro della donna.

A seguito di tale pronuncia, come già accennato, il legislatore ha recepito tali indicazioni, modificando l'art. 24 e prevedendo espressamente che l'indennità di maternità deve essere corrisposta anche nei casi di risoluzione del rapporto di lavoro previsti dall'art. 54, comma 3, lett. a), b) e c), che si verifichino durante il periodo di congedo di maternità.

In relazione all'art. 26, è appena il caso di precisare che è stato inserito un comma *6 bis*, in cui si prevede che la disposizione in materia di rinvio e sospensione del congedo di maternità (art. 16 *bis*) trovi applicazione anche al congedo di maternità nei casi di adozione e affidamento.

Il congedo di paternità, invece, è il periodo che viene concesso al padre quando la madre non può usufruire del congedo di maternità e che spetta allo stesso a prescindere dalla circostanza che la madre sia o meno una lavoratrice.

Più nel dettaglio, siffatto congedo è riconosciuto in caso di morte o di grave infermità della madre, di abbandono del figlio da parte della stessa, nel caso di affidamento esclusivo del figlio al padre ovvero nel caso in cui la madre rinunci totalmente o parzialmente al congedo di maternità.

In tali ipotesi - è bene precisare - il congedo di paternità coincide temporalmente con quello di maternità che non viene fruito dalla madre.

In ordine alle novità apportate dal d.lgs. n. 80/2015, si osserva come quest'ultimo abbia esteso il congedo nei confronti del padre lavoratore dipendente anche quando la madre sia una lavoratrice autonoma, nonché al padre lavoratore autonomo quando la madre sia

una lavoratrice dipendente, favorendone, in definitiva, una maggiore applicazione rispetto al passato.

Non si registrano interventi, invece, in relazione alle modifiche già apportate dalla riforma Fornero, relative alla astensione del padre lavoratore *ex art. 4, comma 24, lett. a)*, della legge n. 92 del 2012.

In particolare, tale riforma aveva previsto che in costanza di rapporto di lavoro il padre lavoratore dipendente, entro 5 mesi dalla nascita del figlio, avesse l'obbligo di astenersi dal lavoro per un periodo di un giorno.

Trattandosi di misura sperimentale, quest'ultima inizialmente avrebbe dovuto dispiegare effetti solo per il triennio 2013-2015.

Invero, la legge di stabilità del 2016, non soltanto l'ha prorogata per tutto l'anno 2016, ma ha aumentato di un giorno questo diritto aggiuntivo ed autonomo spettante al padre.

Ciò significa che quest'ultimo, ad oggi, entro 5 mesi dalla nascita del figlio ha l'obbligo di astenersi dal lavoro per due giorni.

La qualificazione di siffatto diritto quale "autonomo" ed "aggiuntivo" è dovuta alla circostanza che lo stesso non incide affatto sul diritto della mamma e, dunque, spetterà al padre anche laddove la madre contemporaneamente si trovasse a fruire del congedo di astensione *post parto*.

Durante questo periodo (i due giorni possono essere fruiti anche in maniera continuativa) al padre viene riconosciuta una indennità che è pari al 100% della retribuzione.

La legge n. 92/2012 ha inoltre previsto un diritto c.d. "derivato", stabilendo che entro i 5 mesi dalla nascita del bambino il padre possa fruire di un congedo di due giorni, anche consecutivi.

In tale a caso - a differenza di quanto osservato in precedenza in cui i due giorni erano aggiuntivi ed autonomi rispetto al congedo spettante alla madre - il padre si deve mettere d'accordo con la madre perché gli stessi non sono fruibili contemporaneamente. Questi congedi, ad ogni modo, non si possono frazionare ad ore e non sono cumulabili con le prestazioni a sostegno del reddito (per esempio, con l'indennità di mobilità o con la cassa integrazione guadagni).

Da ultimo, i congedi parentali sono quelli che spettano a ciascuno dei genitori, a condizione che ci sia un rapporto di lavoro in essere; di conseguenza, non potranno essere richiesti dai disoccupati ovvero dai lavoratori temporaneamente sospesi.

Qualora il rapporto di lavoro dovesse cessare durante la fruizione del congedo, il diritto allo stesso viene meno nel momento stesso in cui cessa il rapporto di lavoro, secondo il noto brocardo *simul stabunt vel simul cadent*.

Il d.lgs. n. 80/2015 ha elevato da 8 a 12 anni la soglia di età del minore che consente a ciascuno dei genitori di potere usufruire del congedo parentale.

Il legislatore del 2015, viceversa, lascia invariato il periodo massimo di fruizione del congedo parentale, ossia il limite massimo di 6 mesi per ciascun genitore (c.d. limite massimo individuale), che viene elevato a 7 mesi nella ipotesi in cui sia il padre ad usufruire del congedo e ne usufruisca per almeno tre mesi continuativi.

Accanto ad un limite massimo individuale, è stabilito anche un limite massimo complessivo, che è di 10 mesi per tutti e due i genitori, mesi che possono essere elevati a 11 nel caso in cui sia il padre ad usufruire del congedo parentale per un periodo non inferiore a tre mesi.

La scelta di aumentare il limite massimo individuale e complessivo qualora ad usufruirne sia il padre manifesta l'intento del legislatore di incentivare i genitori uomini a richiedere il congedo, per favorire una più sinergica ed efficace conciliazione di vita familiare e di lavoro di entrambi i genitori.

Il d.lgs. n. 80/2015 introduce una importante modifica in ordine ai limiti temporali dell'indennizzo, elevandoli da tre a sei anni.

Prevede infatti il legislatore all'art. 34 (rubricato "*trattamento economico e normativo*") che per i periodi di congedo parentale di cui all'art. 32 è dovuta fino al sesto anno di vita del bambino (e quindi non più fino al terzo anno di vita) una indennità pari al 30% della retribuzione per un periodo massimo complessivo tra i genitori di sei mesi.

In particolare, le ipotesi espressamente individuate dal legislatore sono tre: 1) congedo parentale indennizzato a prescindere dalle condizioni economiche della famiglia nei primi sei anni di vita del bambino; 2) congedo parentale indennizzato in base alle condizioni economiche della famiglia dai sei agli otto anni di vita del bambino; 3) congedo parentale non indennizzato dai sei (o dagli otto nelle ipotesi *sub* n. 2) ai dodici anni di vita del bambino.

Secondo un principio generale, siffatti congedi se fruiti su base oraria non possono essere cumulati con congedi su base oraria previsti dal medesimo decreto n. 151: non possono essere fruiti su base oraria, dunque, insieme al congedo parentale ad ore per un altro figlio o ai riposi per allattamento per un altro figlio, mentre possono essere fruiti su

base oraria insieme ad altri congedi su base oraria, ma previsti da altre normative (per esempio, dalla legge n. 104/1992).

Rimangono ferme, invece, le misure previste dalla legge Fornero, che aveva introdotto, in alternativa al congedo parentale, la possibilità per la madre lavoratrice di richiedere al termine del congedo di maternità e negli ultimi 11 mesi successivi dei *voucher* per i servizi di *baby sitter* ovvero un contributo per far fronte agli oneri della rete pubblica di servizi per l'infanzia o servizi privati accreditati per un periodo massimo di sei mesi.

Si trattava anche in tal caso di misure introdotte in via sperimentale per il triennio 2013-15, successivamente prorogate dalla legge di stabilità del 2016 ed estese anche alle madri lavoratrici autonome e a quelle imprenditrici.

Occorre precisare infine che la donna non può usufruire cumulativamente di tali ultime misure, ma solo alternativamente.

Loredana Ferluga
Professore Associato di Diritto del Lavoro
Università di Messina