



08594/16

ESSENTE REGISTRAZIONE - ESSENTE BOLLI - ESSENTE ORBITTI

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO

Oggetto:

[Empty box for subject matter]

R.G.N. 22249/2011

Cron. 8584

Reg.

Ord. 26/01/2016

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. GIUSEPPE NAPOLETANO - Presidente - PU
- Dott. GIUSEPPE BRONZINI - Rel. Consigliere - PU
- Dott. ROBERTO RIVERSO - Consigliere -
- Dott. GIUSEPPINA LEO - Consigliere -
- Dott. FRANCESCA SPENA - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 22249-2011 proposto da:

CE C.F. **X**, domiciliato
in ROMA, PIAZZA CAVOUR, presso la CANCELLERIA DELLA
CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso
dall'avvocato MASSIMILIANO MARINELLI, giusta delega
in atti;

- **ricorrente** -

2016

298

contro

CASSA NAZIONALE PREVIDENZA E ASSISTENZA FORENSE C.F.
X, in persona del legale rappresentante pro
tempore, elettivamente domiciliata in ROMA,

LUNGOTEVERE RAFFAELLO SANZIO 9, presso lo studio dell'avvocato MASSIMO LUCIANI, che la rappresenta e difende giusta delega in atti;

- **controricorrenti** -

avverso la sentenza n. 287/2011 della CORTE D'APPELLO di PALERMO, depositata il 30/03/2011 r.g.n. 922/2010; udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 26/01/2016 dal Consigliere Dott. GIUSEPPE BRONZINI;

udito l'Avvocato LUCIANI MASSIMO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. RENATO FINOCCHI GHERSI, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

R.G. n. 22249/2011

Udienza 26.1.2016, causa n. 4

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Tribunale di Catania con sentenza del 2.11.2011 dichiarava il diritto di EC a percepire l'indennità di maternità (in alternativa alla madre) ex art. 70 d lgs n. 151/2001 e condannava la cassa nazionale a corrispondere il relativo importo al C . La Corte di appello di Palermo con sentenza del 30.3.2011, in riforma della detta sentenza, rigettava invece la domanda. La Corte territoriale osservava che la sentenza di prime cure muoveva da un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 70, ma che la sentenza della Corte costituzionale n. 385/2005 aveva sì definito discriminatoria la norma che non facoltizzava anche il padre libero professionista, ma aveva demandato al legislatore di stabilire un meccanismo attuativo che, non essendovi stato, privava la pretesa di un ancoraggio legale. La Corte aveva espressamente voluto circoscrivere la portata della statuizione nella consapevolezza delle oggettive differenze sussistenti tra le due categorie di genitori. La diversità di genere ben può giustificare una maggiore e speciale tutela per la madre biologica; la Corte costituzionale con la sentenza n. 285/2010 aveva poi sottolineato, sempre in relazione all'art. 70, che una divergenza di disciplina può essere giustificata in relazione alla protezione specifica della salute della madre, per cui spetta al legislatore perequare con un provvedimento di legge la minorata tutela riservata al genitore di sesso maschile utilizzando la discrezionalità di cui dispone anche alla luce dell'orientamento della Corte delle leggi.

Per la cassazione di tale decisione propone ricorso il C con un motivo; resiste controparte con controricorso corredato da memoria ex art. 378 c.p.c. .

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo si allega ex art. 360 n. 1 e 3 c.p.c. la violazione e falsa applicazione di norme di diritto. Violazione e falsa applicazione dell'art. 136 Cost., violazione e falsa applicazione degli artt. 70 e 72 D. Lgs n. 151/2001, così come dichiarati illegittimi dalla corte costituzionale con la sentenza n. 385/2005 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. La decisione di primo grado era corretta e doveva essere confermata alla luce del dispositivo della sentenza n. 385/2005 che dichiarava l'incostituzionalità sia dell'art. 70 sia dell'art. 72, senza fare alcun riferimento ai soli casi di adozione ed affido. La decisione di incostituzionalità riguardava tutti i casi di paternità ed aveva un chiaro carattere precettivo non creando alcun vuoto normativo; in ogni caso implicava un obbligo di interpretazione conforme in senso

antidiscriminatorio e volto a garantire parità di trattamento per padri e madri. Tale interpretazione costituzionalmente conforme era tanto più legittima alla stregua dell'evoluzione del diritto europeo con la direttiva sui congedi parentali ed alla luce dell'art. 16 della Carta comunitaria dei diritti sociali del 9.12.1989. Inoltre la stessa legislazione italiana mostrava una chiara tendenza ad estendere anche ai padri una serie di misure volte a rafforzare il nucleo familiare ed a proteggere ed a valorizzare i bisogni e la personalità del bambino. La più recente sentenza n. 285/2010 non conferiva alcun crisma di legittimità costituzionale alla norma impugnata (art. 70) e comunque lasciava la possibilità di una nuova remissione alla Corte della questione o comunque di interpretare diversamente la medesima disposizione.

Il motivo appare infondato. Giova premettere che il caso sottoposto all'attenzione di questa Corte concerne la domanda dell'Avv.to C di percepire, a carico della Cassa nazionale di previdenza ed assistenza forense, l'indennità di maternità ex art. 70 D. Lgs. n. 151/2001 in luogo della moglie in un caso di maternità (e paternità biologica): l'Avv.to C invoca la precettività " autoapplicativa" della sentenza n. 385/2005 che non sarebbe limitata al caso concretamente esaminato che concerneva la fattispecie di un genitore adottivo ed in ogni caso richiama la necessità di una interpretazione "costituzionalmente" orientata (adottata dal giudice di prime cure) e comunque coerente con le linee evolutive del diritto sovranazionale e dello stesso diritto interno che tenderebbe ad assimilare, nell'interesse della protezione nel suo complesso del nucleo familiare e della valorizzazione dei bisogni del bambino, la situazione del padre e della madre rispetto all'evento maternità, in funzione antidiscriminatoria.

Questa Corte osserva che le questioni sollevate hanno già trovato una condivisibile e ragionevole risposta nella sentenza n. 285/2010 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato la inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 70 d.lgs n. 151/2001 (sollevata dalla Corte di appello di Venezia) con riferimento proprio ad un caso nel quale si rivendicava l'indennità di maternità per un padre biologico. La Corte delle leggi in motivazione ha affermato che "la rimettente basa il proprio dubbio di costituzionalità sul presupposto che l'art. 70 del d.lgs. n. 151 del 2001, non consentendo al padre libero professionista di usufruire, al posto della madre, della indennità di maternità, non tiene conto del principio secondo cui, in ragione del preminente interesse del bambino, i genitori devono godere di analoghe tutele in ambito lavorativo e, in particolare, del fatto che il suddetto beneficio è riconosciuto al padre adottivo, libero professionista, per effetto della sentenza n. 385 del 2005 di questa Corte, e al padre lavoratore subordinato, in applicazione dell'art. 28 del d.lgs. n. 151 del 2001. Tale questione non tiene conto che le situazioni poste a raffronto sono tra loro differenti, pur essendo esse accomunate dalla finalità di protezione del minore. Occorre a tal fine rilevare che la tutela della maternità e della paternità è frutto di un'evoluzione normativa – legge 8 marzo 2000, n. 53 (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); legge 9 dicembre 1977, n. 903 (Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro); legge 30 dicembre 1971, n. 1204 (Tutela delle lavoratrici madri) – che trova oggi la sua sintesi nel d.lgs. n. 151 del 2001. Il legislatore con quest'ultimo testo normativo ha voluto disciplinare i diversi istituti posti a fondamento della sopra indicata tutela (congedi, riposi, permessi), valorizzando l'uguaglianza tra i coniugi e tra le varie categorie di lavoratori, nonché tra genitorialità biologica e adottiva, al fine di apprestare la migliore tutela all'interesse preminente del bambino. Sul punto assumono rilevanza le norme che riconoscono in condizione di parità, al padre e alla madre, indipendentemente dall'essere genitori naturali o adottivi, il congedo parentale (artt. 32 e 36 d.lgs. n. 151 del 2001) e i riposi giornalieri (artt. 39, 40 e 45 del d.lgs. n. 151 del 2001). A questa evoluzione normativa ha contribuito in modo significativo la giurisprudenza costituzionale (sentenze n. 371 del 2003, n. 197 del 2002, n. 405 del 2001). Dall'esame della legislazione e della giurisprudenza richiamate si evince che l'uguaglianza tra i genitori è riferita a istituti in cui l'interesse del minore riveste carattere assoluto o, comunque, preminente, e, quindi, rispetto al quale le posizioni del

padre e della madre risultano del tutto fungibili tanto da giustificare identiche discipline. Diversamente, le norme poste direttamente a protezione della filiazione biologica, oltre ad essere finalizzate alla protezione del nascituro, hanno come scopo la tutela della salute della madre nel periodo anteriore e successivo al parto, risultando, quindi, di tutta evidenza che, in tali casi, la posizione di quest'ultima non è assimilabile a quella del padre. Sul punto appaiono significativi gli artt. 16 e 28 del d.lgs. n. 151 del 2001. L'art. 16, nel disciplinare il congedo di maternità, stabilisce che la donna lavoratrice dipendente non può essere adibita al lavoro nei due mesi antecedenti al parto e nei successivi tre. L'art. 28 prevede poi che «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». Al suddetto periodo è ricollegato il godimento dell'indennità di maternità pari all'80 per cento della retribuzione (art. 22 del d.lgs. n. 151 del 2001). Dalla lettura dell'art. 28 risulta evidente che la posizione del padre naturale dipendente non è, come invece erroneamente sostenuto dalla Corte rimettente, assimilabile a quella della madre, potendo il primo godere del periodo di astensione dal lavoro e della relativa indennità solo in casi eccezionali e ciò proprio in ragione della diversa posizione che il padre e la madre rivestono in relazione alla filiazione biologica. Nel caso di specie, alla tutela del nascituro si accompagna, appunto, quella della salute della madre, alla quale è finalizzato il riconoscimento del congedo obbligatorio e della collegata indennità. In proposito va rilevato che questa Corte, con la sentenza n. 1 del 1987, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 della legge n. 903 del 1977 nella parte in cui non prevedeva che il diritto all'astensione dal lavoro, riconosciuto alla sola madre lavoratrice, fosse attribuito anche al padre lavoratore ove l'assistenza della madre al minore fosse divenuta impossibile per decesso o grave infermità. Alla suddetta pronuncia di incostituzionalità la Corte è giunta dopo aver affermato che il fine perseguito dal legislatore mediante l'istituto dell'astensione obbligatoria è quello di tutelare la salute della donna nel periodo immediatamente precedente e successivo al parto, tenendo conto anche delle esigenze relazionali e affettive del figlio in tale periodo. Pertanto, la Corte ha ritenuto irragionevole non estendere al padre il diritto all'astensione obbligatoria e, conseguentemente, all'indennità di maternità ad essa collegata, nei casi in cui la tutela della madre non sia possibile a seguito di morte o di grave impedimento della stessa, e ciò in quanto in simili ipotesi gli interessi che l'istituto dell'astensione obbligatoria può tutelare sono solo quelli del minore ed è quindi rispetto a questi che esso deve rivolgersi in via esclusiva. Tali condizioni non ricorrono evidentemente nel caso di specie".

Ora alla stregua delle precisazioni della Corte delle leggi risulta del tutto evidente che la decisione del 2005 non è auto-applicativa (*self-executing*), sempre che la stessa decisione possa riguardare anche casi diversi da quello espressamente esaminato che non riguardava la paternità biologica, essendo comunque necessario un intervento del legislatore volto a delineare il punto di bilanciamento tra principio di parità di trattamento tra coniugi, diritti del bambino e protezione specifica della salute e dell'integrità psico-fisica della madre in ordine a tutte le provvidenze che sono connesse all'evento "nascita biologica". La Corte delle leggi ha evidenziato come nel caso dell'indennità di maternità sussiste una specificità protettiva (che giustifica una tutela più intensa della sola donna) che riguarda proprio la salute della madre biologica (che si aggiunge alle finalità concernenti la protezione del bambino e del nucleo familiare), per cui la parità di trattamento tra coniugi - come osserva correttamente anche la sentenza impugnata - è stata assicurata in relazione a diverse ipotesi come l'infermità della madre o il suo abbandono del nucleo familiare o nei casi di adozione ed affidamento che giustificano, per ragioni piuttosto evidenti, un'estensione anche al padre della provvidenza in discorso. Il riferimento all'evoluzione del diritto sovranazionale non appare determinante e conclusivo perché proprio l'esempio citato della direttiva sui congedi parentali dimostra come l'azione regolatrice dell'Ue abbia voluto l'equiparazione tra sessi ad un istituto in cui viene

prioritariamente in gioco l'interesse preminente del nucleo familiare (e dei minori) e non già quello alla salute della donna- madre. Inoltre il riferimento all'art. 16 della Carta del 1989 (prescindendosi dalla nota questione sul carattere precettivo o meno degli impegni di cui parla il Testo del 1989) oltre che generico non appare pertinente perché l'art. 16 certamente vuole promuovere la parità tra sessi nell'ambito del lavoro, ma non preclude una tutela più intensa protezione della donna in presenza, come nel caso in esame, di rischi specifici soprattutto alla salute in periodi delicati come la gravidanza ed i primi mesi di maternità. Questa differenziazione è peraltro resa evidente dalla formulazione dell'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che al suo capoverso precisa che "il principio di parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato". Pur non essendo la Carta direttamente applicabile come fonte vera e propria (art. 6 TUE) al caso in esame che non esibisce una qualche connessione con il diritto europeo (ex art. 51 della stessa Carta) certamente può, invece, offrire elementi di interpretazione "libera" posto il suo carattere espressivo dei " principi comuni agli ordinamenti europei (cfr. Corte costituzionale n. 135/2002) che si deve presumere gli Stati membri rispettino. Pertanto la natura discriminatoria dell'esclusione dall'indennità di maternità dei genitori di sesso maschile non sembra presentare i denunciati connotati discriminatori né sotto il profilo interno che sotto quello sovranazionale.

Si deve quindi rigettare il proposto ricorso. Le spese di lite del giudizio di legittimità, liquidate come al dispositivo- seguono la soccombenza.

P.Q.M.

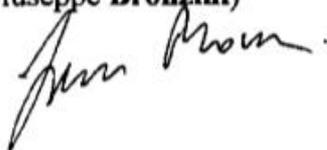
La Corte:

rigetta il ricorso. Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità che si liquidano in euro 100,00 per esborsi, nonché in euro 3.000,00 per compensi oltre accessori come per legge.

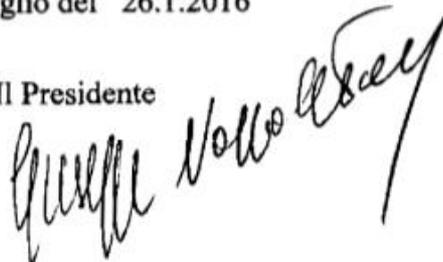
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 26.1.2016

Il Consigliere estensore

(dr. Giuseppe Bronzini)



Il Presidente



Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Donatella COLETTA
Depositato in Cancelleria



oggi, ... - 2 MAG. 2016

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Donatella COLETTA

