

# COMITATO PER LE PARI OPPORTUNITÀ DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI BARI

PRESIDENTE AVV. ROBERTA DE SIATI  
SEGRETARIA AVV. GIOVANNA BRUNETTI  
AVV. STEFANIA ABBRESCIA  
AVV. MARIA LUISA CASTELLANA SOLDANO  
AVV. ANNA DEL GIUDICE  
DOTT.SSA FEDERICA D'ALESSANDRO LOJACONO  
AVV. ALESSANDRA DI FRONZO  
AVV. OLGA DIASPARRO  
AVV. CARLA EPIFANIA  
AVV. CARLA FERRARI  
AVV. SIMONA GIOVANNINI  
AVV. VERALISA MASSARI  
AVV. CARMELA MELE  
AVV. LARA PETRUZZI  
AVV. FLORIANA RENDINA

PARERE DEL CPO AVVOCATI DI BARI SULL' ESTENSIONE AL PADRE LIBERO PROFESSIONISTA DELLA INDENNITÀ DI MATERNITÀ (art. 70 Dlgs. n.151/2001 - indennità di maternità per le libere professioniste)

Com' è noto, la legge 11 dicembre 1990 n. 379 (art. 1, trasfuso nell' art. 70 Dlgs. n. 151/2001), ha esteso alla lavoratrice libera professionista iscritta a un ente che gestisce forme obbligatorie di previdenza (nel caso delle avvocate la Cassa di Previdenza e Assistenza Forense) il diritto alla corresponsione di un' indennità di maternità per i due mesi antecedenti la data del parto e i tre mesi successivi alla stessa. L' indennità di maternità spetta, oltre che per i casi di filiazione naturale, altresì per l' ingresso in famiglia del bambino adottato o affidato, a condizione che non abbia superato i sei anni di età (art. 72, Dlgs. n. 151/2001, legge 11 dicembre 1990, n. 379, art. 3). L' indennità, viene corrisposta nella misura dell' 80% di cinque dodicesimi del reddito professionale, percepito e denunciato ai fini fiscali, della libera professionista nel secondo anno precedente a quello della domanda. In ogni caso non può essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione calcolata nella misura dell' 80% del salario minimo giornaliero, risultante per la qualifica di impiegato.

La libera professionista ha diritto all' indennità indipendentemente dall' astensione dal lavoro. L' indennità di maternità spetta in misura intera anche nel caso in cui, dopo il compimento del sesto mese di gravidanza, questa sia interrotta per motivi spontanei o volontari, nei casi previsti dagli articoli 4, 5 e 6 della legge 22 maggio 1978, n. 194, (Art. 71. Dlgs. n. 151/2001). Nei casi di interruzione della gravidanza, spontanea o volontaria, verificatisi non prima del terzo mese di gravidanza, l' indennità è corrisposta nella misura pari all' 80% di una mensilità del reddito o della retribuzione, (art. 73 Dlgs. n. 151/2001, art. 4 legge n. 379/90). La disciplina appena richiamata, che trae origine dell' estensione delle tutele accordate alle lavoratrici dipendenti, evidenzia che la ratio dell' indennità di maternità per le libere professioniste, così come per gli istituti di origine, è costituita dalla tutela della salute della donna.

Essa è, dunque, una conquista mirata a salvaguardare la sicurezza e la salute della libera professionista durante la gravidanza, nel medesimo periodo in cui per lavoratrici dipendenti è prevista, altresì, l' astensione obbligatoria dal lavoro oltre che la corresponsione della retribuzione.

Protezione analoga a quella per la filiazione naturale è accordata alla situazione di affidamento preadottivo e di adozione, seppure con finalità totalmente diverse. In tal caso, infatti, il bene giuridico tutelato dall' ordinamento è la protezione dell' interesse del minore nella delicata fase del suo inserimento in famiglia.

Anche la nota pronuncia della Corte Costituzionale, n. 385/2005, in effetti, conferma tale interpretazione dell' istituto. Nonostante infatti si usi con semplicità affermare che la Corte Costituzionale, con detta pronuncia, abbia inteso estendere anche al padre adottivo libero professionista l' indennità di maternità riconosciuta

## **COMITATO PER LE PARI OPPORTUNITÀ DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI BARI**

alla madre adottiva libera professionista, quello che in realtà ha rilevato la Corte è che sussisteva una disparità di trattamento tra padre lavoratore dipendente -cui era già riconosciuto il diritto- e padre libero professionista, nonché tra 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.

La Corte ha così rilevato l' illegittimità costituzionale degli artt. 70 e 72 del Dlgs. n. 151/2001 per violazione degli artt. 3, 29 Il comma, 30 e 31 della Costituzione.

Tale determinazione è stata dettata dalla progressiva assimilazione, nella legislazione e nelle pronunce della Corte, della posizione dei genitori adottivi a quella dei genitori biologici. La predetta sentenza, nell' evidenziare l' evoluzione normativa e soprattutto i propri precedenti, ha chiarito che gli istituti nati a salvaguardia della maternità, con specifico riferimento a congedi e riposi giornalieri non hanno più come in passato, il fine esclusivo di protezione della donna, ma sono destinati alla difesa del preminente interesse del bambino, in riferimento alle esigenze di carattere relazionale e affettivo che sono collegate allo sviluppo dello stesso.

Ha precisato la Corte che ciò è tanto più vero nell' ipotesi di affidamento e 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 presenza più intensa della coppia.

Pertanto la ratio dell' indennità di maternità estesa al padre, nel caso di adozione e di affidamento preadottivo, è sicuramente diversa rispetto a quella riconosciuta alla madre biologica.

Ciò è confermato dalla pronuncia della Corte Cost. n. 285/2010 la quale ribadisce che, nella legislazione vigente, 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 o 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. Su questo presupposto la citata pronuncia del 2010 ha negato il diritto al padre libero professionista di usufruire dell' indennità di maternità in alternativa alla madre ex art 70 Dlgs. n. 151/2001, anche perché ove viceversa l' avesse accordato – per esplicita argomentazione della Consulta – avrebbe creato una disparità di trattamento nei confronti del padre lavoratore dipendente, che ne ha diritto soltanto in casi eccezionali (artt. 16 e 28 Dlgs. n.151/2001).

L' iter argomentativo della Corte Costituzionale, che evidenzia due distinti beni giuridici da tutelare, quello della salute psicofisica della donna madre e quello dell' esplicazione della bigenitorialità finalizzata al pieno sviluppo della personalità del minore, appare del tutto condivisibile.

Inoltre, è opportuno evidenziare che la prospettata estensione del diritto all' indennità di maternità tout court al padre rischia di costituire una deminutio della tanto faticosamente conquistata tutela della maternità per le donne lavoratrici (per le libere professioniste solo dal 1991).

Anche volendo prendere in considerazione la produzione legislativa di livello europeo non può sottovalutarsi che da ultimo la Direttiva n. 41/2010 UE (sull' applicazione del principio di parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un' attività autonoma), nello stabilire tra l' altro che gli Stati membri

# COMITATO PER LE PARI OPPORTUNITÀ

## DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI BARI

UE adottino misure tese a garantire che alle lavoratrici autonome e alle coniugi e conviventi di lavoratori autonomi possa essere concessa, un' indennità di maternità, in ogni caso sancisce che: a) detta indennità spetti alla madre, b) quest' ultima sia lavoratrice, c) beneficiaria non possa essere la socia o la salariata del padre libero professionista d) essa partecipi abitualmente alla sua [del padre, n.d.r.] attività, svolgendo compiti identici o complementari (condizioni di non facile rilevabilità nella professione forense, che richiede una specifica abilitazione per il suo espletamento).

Come si vede proprio in applicazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne, che implica un' esplicazione sostanziale e non meramente formale del principio di uguaglianza, non è auspicabile la pura e semplice estensione al padre della tutela apprestata dal legislatore per la madre lavoratrice.

Appare inoltre non solo inopportuno ma altresì ultroneo rispetto alle prerogative della Corte Costituzionale, che opera soltanto nell' alveo degli istituti esistenti, invocare un intervento della stessa per estendere l' applicabilità dell' indennità di maternità al padre, rischiando che la stessa eserciti una forzatura della norma e della sua finalità. Piuttosto sarebbe auspicabile un intervento legislativo finalizzato all' istituzione di un nuovo diritto del padre (tanto lavoratore dipendente quanto libero professionista) a una vera e propria indennità di paternità, la cui natura dovrebbe essere più vicina a quella dei congedi parentali piuttosto che a quella dell' indennità di maternità.

Un tale istituto avrebbe autonoma dignità e funzione. Esso, infatti, avrebbe ragion d' essere in esecuzione di altri principi, quali l' esplicazione della bigenitorialità nell' interesse del minore (cui già la Consulta ha riconosciuto dignità costituzionale) e la conciliazione dei tempi di vita-lavoro (cfr. Dlgs. n. 198/2006, recettivo della L. 53/2000), che risponde anche all' esigenza di favorire l' occupazione femminile.

Principi "nuovi" , propri di una moderna organizzazione sociale del lavoro, che non intaccano la precaria intangibilità dei diritti delle donne (lavoratrici dipendenti come libere professioniste).

Un intervento legislativo del genere sarebbe pertanto auspicabile, previa una verifica di sostenibilità dei singoli enti previdenziali.

Cordiali Saluti  
Bari, 23 gennaio 2014

Avv. Roberta De Siatì  
Presidente CPO Avvocati Bari

A cura delle Avvocate Olga Diasparro e Veralisa Massari