

## Un peculiare giudizio di ragionevolezza in caso di parto prematuro. Commento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 116 del 2011.

di Gemma Caspani  
(4 giugno 2012)

### 1. Un parto “molto” prematuro

Quando il diritto del lavoro si intreccia con la tutela dei lavoratori-genitori, accade spesso che la Corte costituzionale sia chiamata a pronunciarsi poiché la legislazione vigente, inevitabilmente astratta e generale, non riesce a tenere conto delle molteplici esigenze specifiche che in quest’ambito quasi naturalmente sorgono. In quest’ottica si può leggere, esemplarmente, la copiosa giurisprudenza costituzionale che dagli anni ‘80 ha lentamente esteso alla figura paterna l’insieme dei diritti e delle facoltà destinati inizialmente alla sola madre lavoratrice: in seguito agli interventi legislativi in tema, infatti, è toccato alla Corte indicare le fattispecie specifiche (a partire dai casi concreti dei giudizi *a quo*) rimaste escluse, senza apparenti motivi, dalla tutela<sup>1</sup>.

Ed in quest’ottica va letto anche il caso in esame, in cui il Tribunale di Palermo, con funzioni di giudice del lavoro, solleva d’ufficio la questione di costituzionalità dell’art. 16, lettera c), del d.lgs. n. 151 del 2001 (“Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità”) con riferimento agli artt. 3, 29 co. 1, 30 co. 1, 31 e 37 Cost. (con ordinanza del 30 marzo 2010). Il giudice di Palermo, infatti, ritenendo irragionevoli le conseguenze dell’applicazione della disciplina sui congedi parentali nel giudizio *a quo*, richiede che l’art. 16 del T.U. del 2001 sia dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevede, nell’ipotesi di parto prematuro e qualora il neonato abbia necessità fin dalla nascita di un periodo di ricovero ospedaliero, la possibilità per la madre lavoratrice di usufruire del congedo obbligatorio o di parte dello stesso dalla data di ingresso del bambino nella famiglia.

Più specificamente, la causa in esame ha origine da un imprevisto parto “molto” prematuro, in quanto l’attrice del giudizio *a quo* (una donna lavoratrice dipendente) aveva dato alla luce una bambina più di tre mesi prima della data presunta del parto, ovvero il 25 marzo 2005 invece che l’1 luglio 2005. Poiché la bambina era stata ricoverata presso il reparto di terapia intensiva del Policlinico di Palermo fin dalla nascita, la madre si era rivolta all’Istituto Nazionale della Previdenza sociale (INPS) richiedendo di potersi avvalere del congedo di maternità dalla data presunta del parto o dalla data di ingresso della bambina nella casa familiare (8 agosto 2005) anziché dalla data effettiva del parto; contestualmente essa offriva al proprio datore di lavoro la prestazione lavorativa fino ad una di tali date.

Successivamente al rifiuto dell’INPS e del datore di lavoro, la donna richiedeva e otteneva dal Tribunale di Palermo un provvedimento cautelare (ai sensi dell’art. 700 c.p.c.) che affermava il diritto ad astenersi dall’attività lavorativa per cinque mesi a partire dalla data di ingresso della neonata nella casa familiare; allo stesso tempo, veniva fissato il termine perentorio di 30 giorni per l’inizio del giudizio di merito, volto ad ottenere la

<sup>1</sup> Descrive in modo completo l’intervento della Corte costituzionale in tema di paternità, F. DI NUNZIO, *Un altro passo verso la parità tra i sessi nel diritto del lavoro*, in *Giur. It.*, 1991, I, 1, 1249 e ss. in commento alla sent. n. 341 del 1991.

declaratoria del diritto dell'attrice all'astensione dal lavoro per tale periodo, durante il quale veniva sollevata la questione di legittimità costituzionale<sup>2</sup>.

Con la presente nota, dopo aver ripercorso brevemente l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha interessato la tutela della madre lavoratrice negli ultimi vent'anni, si intende ripercorrere l'argomentazione giuridica posta a base della decisione della Corte. Essa, infatti, svolge un particolare giudizio di ragionevolezza che, in ultima analisi, coincide con un giudizio di idoneità della norma rispetto alle finalità legislative della materia: in altre parole, il giudice delle leggi dichiara illegittima la norma perché l'applicazione dell'attuale disciplina allo specifico caso tradisce gli scopi di tutela della legislazione in materia di congedi parentali, e in particolare la speciale relazione che si instaura tra madre e figlio fin dai primi momenti di vita. Sulla base di queste considerazioni, la presente sentenza manipolativa stabilisce che la decorrenza del congedo può ragionevolmente essere legata all'ingresso del neonato nell'abitazione familiare dichiarando l'illegittimità dell'art. 16 del d.lgs. del 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 usufruire, a sua richiesta e compatibilmente con le sue condizioni di salute attestate da documentazione medica, del congedo obbligatorio che le spetta, o di parte di esso, a far tempo dalla data di ingresso del bambino nella casa familiare".

## 2. Il valore della maternità nella giurisprudenza costituzionale

La sentenza in esame si inserisce in un ricco filone della giurisprudenza costituzionale che ha ampliato la tutela della maternità nell'ambito lavorativo. Il contributo della Corte all'evoluzione della materia, difatti, è notevole: precisando la *ratio* della disciplina in ogni occasione che le si presentava, essa ha finito con il determinarne un mutamento significativo<sup>3</sup>.

È a partire dalle sentenze n. 1 del 1987 e n. 332 del 1988, invero, che la Corte costituzionale identifica le finalità dell'istituto dell'astensione obbligatoria (ora congedo di maternità). Vi è, innanzitutto, la tutela della salute della donna nel periodo immediatamente susseguente al parto, così da consentirle di recuperare le energie necessarie per riprendere il lavoro; ma l'istituto considera e protegge anche il rapporto che in tale periodo necessariamente si svolge tra madre e figlio, sia per quanto attiene ai bisogni più propriamente biologici, sia in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della personalità del bambino<sup>4</sup>. Sono tutelati, quindi, sia i diritti della madre sia l'interesse del minore.

<sup>2</sup> Trib. di Palermo, Ordinanza 3 ottobre 2005, Sez. Lavoro, in *Inf. Prev.*, 2006, 3-4, 486 e ss con nota di G. COLA, *Decorrenza dell'astensione obbligatoria nel caso di parto prematuro*. Si cfr. anche la precedente ordinanza del 13 luglio 2005 del Trib. di Palermo, Sez. Lavoro, INPS c. Tim Italia Spa, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, II, 366 e ss. che rigettava la domanda cautelare della ricorrente per carenza del requisito del *periculum in mora* pur riconoscendo la sussistenza del *fumus boni iuris*.

<sup>3</sup> Si cfr., *ex multis*, Corte Cost. sentt. n. 1 del 1987, nn. 276 e 332 del 1988, nn. 61 e 132 del 1991. Per una ricostruzione completa della disciplina dei congedi parentali, cfr. M. MISCIONE, *I congedi di maternità, paternità e parentali*, in *Lav. Giur.*, 2006, 836 e ss.

<sup>4</sup> Cfr. Corte Cost. sentt. n. 1 del 1987 (in particolare, § 6 del *Considerato in diritto*) e n. 332 del 1988. Lo stesso passaggio argomentativo si ritrova, invero, anche nella sent. n. 270 del 1999 (in particolare, § 4 del *Considerato in diritto*). Cfr. anche A. LEVI, *Parto prematuro ed astensione obbligatoria post partum*, in *Lav. Giur.*, 1999, n. 8.; R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, I, 147 e ss. L'autore ripercorre l'evoluzione della funzione materna, sottolineando come si sia passati «da un concetto di assistenza e cura confinato alle mere esigenze fisiologiche del bambino ad uno esteso alle sue necessità relazionali ed affettive».

Già la l. n. 53 del 2000<sup>5</sup>, ora confluita nel T.U. del 2001, aveva recepito molti dei principi affermati dalla Corte costituzionale in materia, tenendo in considerazione non solo il diritto alla maternità e il diritto alla salute della donna, ma anche il diritto alla salute del nascituro e del bambino. Alcune delle principali traduzioni di questi principi a livello legislativo sono l'introduzione della possibilità di "flessibilizzare" il godimento del congedo (differendone l'inizio all'ottavo mese di gravidanza e ottenendo così un periodo più lungo di congedo *post partum*)<sup>6</sup> e, inoltre, l'aggiunta, in caso di parto prematuro, dei giorni non goduti alla durata del congedo *post partum*<sup>7</sup>.

Più in generale, il valore della maternità così inteso si ritrova nelle legislazioni che garantiscono periodi di astensione dal lavoro per i casi di adozioni e affidamenti, anche qualora il minore abbia superato la fase della prima infanzia, e negli interventi legislativi volti ad estendere tali diritti alla figura paterna, a cui si è già accennato<sup>8</sup>.

La presente pronuncia riveste una certa importanza, tanto da essere ricordata dal Presidente della Corte costituzionale nella conferenza stampa di conclusione dell'anno 2011<sup>9</sup>, in quanto si inserisce nel lungo e continuo processo di attuazione delle disposizioni costituzionali sulla famiglia. Dal sistema degli artt. 31 e 37 Cost., in particolare, emerge, infatti, una specifica attenzione per lo sviluppo delle relazioni familiari laddove esse si intrecciano con il diritto del lavoro. L'interesse preminente è chiaramente quello del bambino e in particolare il suo diritto a crescere in un contesto familiare dove i genitori possano essere presenti senza rinunciare alla vita professionale: come la Corte costituzionale afferma fin dal 1987, infatti, i protagonisti della vicenda della maternità sono il bambino, la madre e il padre. In quest'ottica si considera la maternità quale luogo delle relazioni affettive del minore, le garanzie del padre lavoratore sono state ampliate in modo da favorire il diffondersi di una genitorialità di coppia e non più esclusivo appannaggio materno e, con la sentenza in esame, è stato adeguato il regime dell'astensione obbligatoria *post partum* alle peculiarità del parto prematuro.

Il punto iniziale intorno a cui si costruisce l'intera disciplina, dunque, non è più l'evento parto in sé poiché si riconosce una maggiore rilevanza all'interesse del minore; e neppure la tutela della donna è il fulcro del T.U. Del 2001 che, invece, rivolge particolare attenzione alla funzione sociale della madre o del padre nei confronti del figlio soprattutto nel periodo appena successivo alla nascita e ciò è confermato anche dalla giurisprudenza

<sup>5</sup> L. n. 53 del 2000, "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" (oggi confluita nel T.U. n. 151 del 2001), che ha modificato la l. n. 1204 del 1971 ("Tutela delle lavoratrici madri") e la l. n. 903 del 1977 ("Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro"). Per un commento alla l. n. 53 del 2000, cfr. M. MISCIONE, op. cit., 836 e ss.; e V. NAPOLI, *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2001, 1215 e ss.

<sup>6</sup> Cfr. art. 20 del d.lgs. n. 151 del 2001. È possibile usufruire di tale possibilità a condizione che il medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato e il medico attestino che tale opzione non arreca pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro. Sono peraltro esclusi determinati lavori individuati con decreto del Ministro del Lavoro di concerto con il Ministro della sanità e per la solidarietà sociale.

<sup>7</sup> Cfr. lett. d) dell'art. 16 del d.lgs. n. 151 del 2001. Esso è stato aggiunto in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 270 del 1999, di cui si dirà in seguito.

<sup>8</sup> Il T.U. n. 151 del 2001, infatti, riprendendo il contenuto della l. n. 903 del 1977 e della l. n. 1204 del 1977, dispone il congedo e il relativo trattamento economico alle madri lavoratrici che abbiano adottato bambini o che li abbiano ottenuti in affidamento preadottivo per un periodo pari ai tre mesi successivi all'ingresso del bambino nella famiglia adottiva o affidataria. È previsto altresì che il padre lavoratore abbia 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.

<sup>9</sup> Cfr. la Relazione del Presidente Alfonso Quaranta sulla giurisprudenza costituzionale del 2011, disponibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

costituzionale che ha riconosciuto anche alla lavoratrice che sia stata licenziata per giusta causa il diritto all'indennità di maternità, al di là della sussistenza della colpa grave della medesima<sup>10</sup>.

### 3. Il precedente costituzionale

Il Tribunale di Palermo, nell'ordinanza di rimessione, rileva che il giudice del procedimento cautelare, stabilendo che il congedo *post partum* decorra dalla data di ingresso della neonata in famiglia una volta dimessa dall'ospedale, ha seguito un'interpretazione "sistematica e costituzionalmente orientata" della normativa. Tuttavia, la suddetta interpretazione non può essere accettata in sede di merito perché l'art. 18 del T.U. del 2001, prevedendo una sanzione penale (nella specie l'arresto fino ai 6 mesi) a carico del datore di lavoro che adibisce al lavoro la donna nei 3 mesi successivi al parto e per il resto del congedo a cui essa ha diritto, si pone come ostacolo insormontabile al suo accoglimento in quanto anche in questo caso andrebbe applicata.

Alla Corte costituzionale viene dunque chiesto di pronunciarsi sulla possibile violazione dell'art. 3 Cost., poiché la disposizione in esame introdurrebbe una palese disparità di trattamento tra la fattispecie di parto a termine e quella di parto prematuro facendo divieto al datore di adibire al lavoro la donna nei tre mesi successivi al parto e quindi stabilendo che anche in caso di parto prematuro il congedo obbligatorio decorra dalla data effettiva del parto; nonché degli artt. 29, 30, 31 e 37 Cost. in quanto, escludendo il differimento dell'astensione obbligatoria alla data di ingresso del bambino in famiglia, impedirebbe, in particolare, il realizzarsi della tutela della speciale relazione che si instaura tra madre e figlio fin dall'inizio della vita in comune.

Nel processo costituzionale si è costituita con memoria l'INPS, chiedendo l'inammissibilità della questione e, in subordine, la non fondatezza di essa. Essa sostiene che le ipotesi di parto a termine e di parto prematuro siano già state equiparate dal legislatore con il d.lgs. del 2001 e, inoltre, che il carattere discrezionale della scelta del *dies a quo* del congedo renda inammissibile il ricorso che, invece, richiede al giudice delle leggi una pronuncia additiva proprio su questo punto. Addirittura, secondo l'INPS, un'eventuale pronuncia in tal senso, introducendo la possibilità di differire l'inizio del congedo alla data di ingresso del minore nel nucleo familiare, creerebbe una disparità di trattamento ingiustificata tra la presente ipotesi e quella di parto a termine con neonato affetto da malattia necessitante di ricovero ospedaliero<sup>11</sup>.

Difatti, la Corte costituzionale si era già pronunciata con la sentenza n. 270 del 1999 in relazione al previgente art. 4, co. 1, lett. c) della l. n. 1204 del 1971 (ora riprodotto dall'art. 16 del d.lgs. n. 151 del 2001) e tramite una sentenza additiva di principio essa aveva raccomandato un intervento del legislatore per dare adeguata tutela, in caso di parto prematuro, alla madre e al bambino ed equilibrare la situazione rispetto al caso di parto a termine. A tal fine, si prospettavano molteplici soluzioni legislative e in particolare due: ancorare la decorrenza del periodo complessivo di 5 mesi di congedo alla data di ingresso del bambino nella casa familiare oppure alla data presunta del parto<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 405 del 2001.

<sup>11</sup> Di questa residuale ipotesi di disparità di trattamento, che era stata indicata anche nella giurisprudenza di merito precedente, la Corte costituzionale non ha trattato e, d'altronde, essa non rientrava nell'oggetto dell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Palermo. Si cfr. Corte d'Appello di Brescia, sent. n. 217 del 2003.

<sup>12</sup> Corte costituzionale, sent. n. 270 del 1999, in particolare § 5 del *Considerato in diritto*. Per un commento alla sentenza, si cfr. M. D'AMICO, *Le insidie delle decisioni "di principio" (a margine di una pronuncia sulla tutela delle lavoratrici madri nel caso di parto prematuro)*, in *Giur. Cost.*, 1999, 3, 2252 e ss.; G. MANNACIO,

Inoltre, in attesa dell'intervento legislativo, la Corte aveva demandato al giudice il compito di «individuare nel complessivo sistema normativo la regola idonea a disciplinare la fattispecie in conformità dei principi indicati»<sup>13</sup>.

Nel 2001, il legislatore ha provveduto ad aggiungere alla disposizione la lett. d), che dispone il divieto di adibire al lavoro la donna «durante gli ulteriori giorni non goduti prima del parto, qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta. Tali giorni sono aggiunti al periodo di congedo di maternità dopo il parto». In questo modo si sottintende una connessione tra l'inizio del congedo e la data del parto: può essere interessante rilevare che tale scelta non coincide con nessuna delle due indicate dalla Corte costituzionale e, invece, sposa il principio che era radicato nel diritto vivente prima del 1999<sup>14</sup> che fissava il *dies a quo* del congedo alla data effettiva del parto<sup>15</sup>, conservando l'illegittimità costituzionale prospettata allora<sup>16</sup>.

#### 4. Il carattere discrezionale o vincolato della scelta della data di decorrenza del congedo

---

*Parto prematuro e periodo di astensione obbligatoria*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, 1357 e ss.; A.C. PALOMBA, *Astensione obbligatoria in caso di parto prematuro. Nota a sentenza Corte Costituzionale 30.6.1999*, in *Dir. Lav.*, 2000, II, 269 e ss. Nell'indicare tali due opzioni, la Corte sottolineava come la prima (data di ingresso del bambino nella casa familiare) fosse stata scelta dal legislatore per i casi di adozione e affidamento preadottivo (cfr. Corte Cost. sent. n. 332 del 1988, in *Foro It.*, 1989, I, 642, richiamata dalla sent. n. 270 del 1999); mentre la seconda (data presunta del parto) era contenuta nel ddl n. 4624, presentato alla Camera dei Deputati il 3 marzo 1998, rubricato "Disposizioni in materia di astensione obbligatoria". In particolare, il disegno di legge stabiliva che all'art. 4 della l. n. 1204 fosse aggiunto un nuovo comma che precisasse che "per il computo del periodo di astensione obbligatoria dal lavoro si considera la data presunta del parto, mentre il periodo intercorrente fra la data effettiva del parto e la data presunta è equiparato al periodo di astensione obbligatoria connessa al parto". Se tale previsione fosse entrata in vigore, si avrebbe avuto un superamento della normale durata di 5 mesi complessivi del congedo in caso di un parto prematuro di oltre due mesi.

<sup>13</sup> Cfr. § 5, *in fine*, del *Considerato in diritto*. Cfr. M. D'AMICO, op. cit., che sottolinea il rischio che si verificano pronunce contrastanti, come è accaduto nel seguito giurisprudenziale della nota sent. n. 243 del 1993 in tema di indennità integrative dei dipendenti statali. Sugli effetti delle sentenze additive di principio e sul seguito giurisprudenziale di esse, si cfr. G. PARODI, *La sentenza additiva di principio a dispositivo generico*, Torino, Giappichelli, 288 e ss.

<sup>14</sup> Cfr. Cass., Sez. lav., 14 gennaio 1978 n. 187, in *Riv. it. Prev. Soc.*, 1980, 490 e ss; *a contrario*, cfr. Tribunale di Ravenna, ordinanza del 13 ottobre 1999. Nella specie, il Tribunale ha ritenuto che il criterio che è ancora alla data presunta del termine fisiologico della gravidanza normale la decorrenza del periodo di astensione "presenta margini di sufficiente ed omogenea certezza per qualsiasi ipotesi del tipo di quella di cui si tratta, con la significativa particolarità di un recupero *a posteriori* di tutto il periodo di obbligatoria non potuto usufruire prima del parto ed, in secondo luogo, perché una siffatta decorrenza si dimostra la più rispondente rispetto alle previsioni di scienza medica sullo sviluppo e la complessiva conduzione di un parto fisiologicamente regolare". Per un commento, G. CONTE, *Sul decorso del periodo di astensione obbligatoria in caso di parto prematuro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, 324 e ss.

<sup>15</sup> Cfr. Cass., Sez. lav., 14 gennaio 1978 n. 187, in *Riv. it. Prev. Soc.*, 1980, 490 e ss; per la prima applicazione della sent. della Corte costituzionale n. 270 del 1999, invece, cfr. Tribunale di Ravenna, ordinanza del 13 ottobre 1999. Nella specie, il Tribunale ha ritenuto che il criterio che è ancora alla data presunta del termine fisiologico della gravidanza normale la decorrenza del periodo di astensione "presenta margini di sufficiente ed omogenea certezza per qualsiasi ipotesi del tipo di quella di cui si tratta, con la significativa particolarità di un recupero *a posteriori* di tutto il periodo di obbligatoria non potuto usufruire prima del parto ed, in secondo luogo, perché una siffatta decorrenza si dimostra la più rispondente rispetto alle previsioni di scienza medica sullo sviluppo e la complessiva conduzione di un parto fisiologicamente regolare". Per un commento, G. CONTE, *Sul decorso del periodo di astensione obbligatoria in caso di parto prematuro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, 324 e ss.

<sup>16</sup> A parere di G. MADONIA, in *La tutela della maternità nel parto prematuro: la Corte costituzionale chiama e il legislatore non risponde*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, II, 369, la possibilità di ancorare il decorso del congedo alla data effettiva del parto era stata esclusa "ritenendo tale soluzione certamente lesiva dei diritti dei genitori e del bambino".

Giungendo all'analisi del contenuto della sentenza, la Corte costituzionale ritiene che il rigido collegamento tra la decorrenza del congedo *post partum* e la data del parto effettivo sia l'ostacolo principale alla costituzionalità della norma in oggetto. La disciplina contrasta sia con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della disparità di trattamento tra parto a termine e parto prematuro; sia con i precetti costituzionali posti a tutela della famiglia (artt. 3, 29 co. 1, 30 co. 1, 31 e 37 Cost.).

L'argomentazione svolta dalla Corte a supporto dell'incostituzionalità della norma in esame può essere divisa in due momenti: da un lato, essa tratta l'eccezione di inammissibilità presentata dall'INPS relativamente al carattere vincolato o discrezionale della scelta legislativa; dall'altro, affronta nel merito la questione mostrando il perdurare della disparità di trattamento, priva di ragionevole giustificazione, tra l'ipotesi di parto a termine e quella di parto prematuro che già la sentenza del 1999 aveva messo in luce.

Partendo dal primo punto, occorre, innanzitutto, interrogarsi se effettivamente l'individuazione della data da cui far decorrere il congedo obbligatorio di maternità nell'ipotesi di parto prematuro sia una scelta che rientra nell'ambito della discrezionalità legislativa come sostenuto dall'INPS, o se, invece, non sia una soluzione "a rime obbligate".

Ripercorrendo i passaggi logici della Corte, l'astensione obbligatoria non può certamente decorrere dalla data presunta del parto; tale momento può essere adoperato unicamente per il calcolo del congedo *ante partum*, ossia in relazione ad un evento che ancora non si è verificato "il cui avveramento però è ragionevolmente certo e riscontrabile"<sup>17</sup>. Diversamente, impiegarlo come *dies a quo* per il congedo *post partum* nell'ipotesi di parto prematuro significherebbe ragionare in termini ipotetici di un evento – il parto – che nella realtà si è già verificato; inoltre, la volontà del legislatore di collegare la decorrenza del congedo *post partum* ad un riferimento certo nel tempo risulta chiara allorché la ancora (rigidamente) al giorno effettivo del parto.

È a partire proprio da questo specifico momento che, nelle ipotesi di parto a termine, assumono rilievo le situazioni considerate e tutelate dalla *ratio* dell'intera disciplina, ovvero la salute della madre e del bambino da una parte, e il rapporto che fin dai primi istanti di vita si instaura tra essi dall'altra. Non accade in ugual modo nelle ipotesi di parto prematuro qualora il neonato necessiti immediatamente di un ricovero ospedaliero.

In situazioni simili, infatti, fissare l'inizio del periodo di astensione dal lavoro alla data di ingresso del neonato nella casa familiare (ossia al termine del ricovero ospedaliero) appare l'unica soluzione: solo l'indicazione di tale momento certo è in grado di assicurare quella piena e adeguata tutela dello speciale rapporto che si instaura tra madre e figlio e che la degenza in ospedale non permette<sup>18</sup>.

A riprova di ciò, è sufficiente sottolineare che nei casi, come quello in specie, in cui il parto è anticipato rispetto alla data presunta di un lasso di tempo consistente, nemmeno la possibilità di aggiungere al periodo di congedo *post partum* i giorni non goduti in precedenza, risulterebbe idonea ad assicurare la necessaria e adeguata tutela a cui si mira. La madre, infatti, verrebbe posta in congedo dal lavoro mentre il figlio è ricoverato in

<sup>17</sup> Cfr. § 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>18</sup> In seguito alla sentenza n. 270 del 1999 si era già espresso a favore della decorrenza a partire dalla data di ingresso del bambino in casa A. LEVI, op. cit.: "Quanto alla scelta di fare decorrere i tre mesi dalla data presunta del parto, in luogo della data dell'entrata nella famiglia, peraltro, sembra si possa esprimere qualche perplessità. A parere di chi scrive, infatti, in ossequio al criterio della effettività nonché al fine di garantire in modo sostanziale la delicata posizione del minore nato prematuro, sarebbe stato forse più opportuno scegliere l'altra opzione".

ospedale senza poter far nulla per assisterlo; e poi, al momento dell'ingresso del bambino nella casa familiare, ovvero quando è maggiormente bisognoso di cure, dovrebbe tornare a lavorare<sup>19</sup>. Un simile esito rende vana la finalità della tutela del rapporto madre-figlio, o meglio, con le parole della Corte, «essa è di fatto elusa»<sup>20</sup>.

## 5. Il giudizio di ragionevolezza come giudizio di idoneità

Stabilito il carattere vincolato della scelta del *dies a quo* del congedo, la Corte costituzionale procede ad affrontare il secondo punto fondamentale della vicenda in esame, entrando nel merito e verificando se effettivamente la norma oggetto sia in contrasto con i principi costituzionali in tema di famiglia e se sia rinvenibile una disparità di trattamento tra l'ipotesi di parto a termine e quella di parto prematuro.

La Corte pone al centro della sua argomentazione le finalità di tutela dell'istituto del congedo quali identificate nella precedente giurisprudenza costituzionale e giunge alla declaratoria di costituzionalità operando un particolare giudizio di ragionevolezza.

Se già nel 1999, infatti, la Corte aveva individuato degli aspetti irragionevoli della legge del 1971 in riferimento all'ipotesi di parto prematuro, in questa occasione il giudice delle leggi si pronuncia sulla legittimità costituzionale della nuova disciplina alla luce di quanto affermato nella suddetta sentenza additiva di principio<sup>21</sup>. Il parametro di costituzionalità effettivamente utilizzato dalla Corte nel 2011 è, quindi, il principio enucleato nella sentenza n. 270/99, ovvero la necessità di prevedere anche “per l'ipotesi di parto prematuro una decorrenza dei termini del periodo dell'astensione obbligatoria *idonea* ad assicurare una adeguata tutela della madre e del bambino”<sup>22</sup>.

Questa è, dunque, la peculiarità della sentenza in esame: la Corte costituzionale vuole sindacare la disparità di trattamento tra due situazioni (parto a termine e parto prematuro), ma al centro dell'argomentazione non c'è una disciplina di raffronto sulla cui base dichiarare l'incostituzionalità. Attraverso un giudizio di ragionevolezza più ampio, invece, essa verifica se gli interessi tutelati dalla disposizione in esame corrispondono a quelli costituzionalmente garantiti dalle norme in materia di famiglia e al valore della maternità così come si è evoluto nel tempo in tutta la legislazione del settore e da ultimo nella sentenza del 1999. Si prescinde, dunque, dall'esistenza di una norma di legge espressa che funga da *tertium comparationis*<sup>23</sup>, sebbene il giudice remittente avesse

<sup>19</sup> Inoltre, la situazione *de quo* non può essere certamente risolta con il ricorso ad altri istituti finalizzati alla tutela della lavoratrice e del lavoratore genitore (come, invece, prospettava l'INPS); essi sono infatti “diretti a garantire una tutela diversa e ulteriore” (§ 4 del *Considerato in diritto*). Si cfr., *contra*, G. MANNACIO, *Parto prematuro e periodo di astensione obbligatoria*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, 1357 e ss.

<sup>20</sup> Cfr. § 4 del *Considerato in diritto* e la sent. n. 270 del 1999. Già il Pretore di Bergamo, nell'ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale del 15 giugno 1998, aveva sottolineato come “l'esaurimento anticipato dell'astensione obbligatoria riduce la durata complessiva della tutela, proprio in un caso particolarmente meritevole, considerati da una parte i rischi che presenta il bambino prematuro in relazione allo sviluppo neuropsichico e affettivo, e dall'altra la situazione della madre, dopo l'esperienza traumatizzante dell'interruzione prematura della gravidanza, le angosce connesse al rischio di morte del bambino e il periodo di separazione durante l'ospedalizzazione dello stesso”. Ciò è ancor più vero oggi, quando la scienza medica consente “la sopravvivenza di feti nati anche prima della 26.ma settimana di gestazione, in condizioni non prevedibili all'epoca della emanazione della l. n. 1204/1971”. Ritiene, invece, che sia eccessivo considerare l'ospedalizzazione del neonato un impedimento totale al sorgere del rapporto genitore-figlio M. ALTIMARI, in *La Consulta ritorna sul decorso del periodo di congedo obbligatorio in caso di parto prematuro*, in *Rivista critica di diritto del lavoro privato e pubblico*, 2011, fasc. 1, 55 e ss.

<sup>21</sup> Cfr. G. PARODI, *op. cit.*, 261 e ss.

<sup>22</sup> Cfr. il dispositivo della sent. n. 270 del 1999.

<sup>23</sup> Cfr. J. LUTHER, voce *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, 351. L'autore

indicato la disciplina riguardante il personale militare femminile, per il quale è già previsto che, in caso di parto *ante tempus* e conseguente ricovero del neonato in struttura ospedaliera, la madre può riprendere servizio durante tale periodo e fruire del resto del congedo a decorrere dalla data di rientro a casa del bambino<sup>24</sup>. La Corte, però, non vi ha fatto alcun riferimento nel suo ragionamento.

In luogo del giudizio di confronto tra le discipline tra due fattispecie omologhe alla luce di una comune *ratio*, la Corte svolge dunque un giudizio di *idoneità* della norma in esame rispetto alle finalità che il legislatore si è prefissato con la disciplina dei congedi parentali (finalità garantite, peraltro, dagli artt. 29, 30, 31 e 37 Cost.<sup>25</sup>) e rispetto al principio stabilito nella sentenza n. 270/99.

Si tratta di un'operazione di per sé semplice. I fattori giuridici che la Corte utilizza sono, da un lato, la norma per il parto prematuro che ricava dalla lettera della legge, e, dall'altro, le finalità dell'intera disciplina dell'astensione obbligatoria; l'esito del confronto tra i due è che, appunto, la norma in esame è «ostacolo» al realizzarsi di parte delle suddette finalità nell'ipotesi di parto prematuro. La Corte costituzionale giunge così ad accogliere il ricorso del Tribunale di Palermo e dichiarare l'illegittimità della norma che stabilisce il divieto di adibire al lavoro le donne nei tre mesi successivi al parto<sup>26</sup>, «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 usufruire, a sua richiesta e compatibilmente con le sue condizioni di salute attestate da documentazione medica, del congedo obbligatorio che le spetta, o di parte di esso, a far tempo dalla data di ingresso del bambino nella casa familiare»: in assenza di tale possibilità, infatti, il rapporto madre-figlio non sarebbe adeguatamente protetto.

Naturalmente, però, dato che l'istituto è finalizzato anche alla tutela della salute della lavoratrice madre (salute anche fisica), se la donna non risulta in grado di lavorare dovrà certo usufruire fin da subito del congedo. Diversamente, in seguito alla presentazione al datore di lavoro di un certificato medico che ne attesti l'idoneità, impedirle di riprendere l'attività lavorativa durante il ricovero in ospedale del figlio non perseguirebbe alcuna finalità costituzionalmente garantita e, anzi, impedirebbe al congedo di raggiungere pienamente il suo obiettivo.

---

compie una disanima della principale dottrina e giurisprudenza in materia di giudizio costituzionale di ragionevolezza. Invece, della progressiva affermazione di un sindacato costituzionale delle leggi che si fonda sull'irragionevolezza intrinseca della legge ne rende conto, *ex multis*, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, 1988; S. BARTOLE e R. BIN, in *Commentario breve alla Costituzione*, voce *Eguaglianza*. Cfr. anche A. MORRONE, *Corte costituzionale e principio di ragionevolezza*, in *La ragionevolezza del diritto*, Giuffrè, 239 e ss., Atti del Convegno svoltosi a Roma presso l'Università La Sapienza nei giorni 2, 3 e 4 ottobre 2006.

<sup>24</sup> Cfr. l'art. 14, co. 5, del dPR n. 163 del 2002 («Recepimento dello schema di concertazione per le Forze armate relativo al quadriennio normativo 2002 – 2005 e d al biennio economico 2002 – 2003») che prevede che «in caso di parto prematuro, al personale militare femminile spetta comunque il periodo di licenza di maternità non goduto prima della data presunta del parto. Qualora il figlio nato prematuro abbia necessità di un periodo di degenza presso una struttura ospedaliera pubblica o privata, la madre ha la facoltà di riprendere servizio richiedendo, previa presentazione di un certificato medico attestante la sua idoneità al servizio, la fruizione del restante periodo di licenza di maternità post-parto e del periodo ante-parto, qualora non fruito, a decorrere dalla data di effettivo rientro a casa del bambino».

<sup>25</sup> Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 270 del 1999, § 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>26</sup> Si riporta per intero l'art. 16 del d.lgs. n. 151 del 2001. «Art. 16. Divieto di adibire al lavoro le donne. 1. È vietato adibire al lavoro le donne: a) durante i due mesi precedenti la data presunta del parto, salvo quanto previsto all'articolo 20; b) ove il parto avvenga oltre tale data, per il periodo intercorrente tra la data presunta e la data effettiva del parto; c) durante i tre mesi dopo il parto, salvo quanto previsto all'articolo 20; d) durante gli ulteriori giorni non goduti prima del parto, qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta. Tali giorni sono aggiunti al periodo di congedo di maternità dopo il parto.»

La Corte costituzionale individua, dunque, l'irragionevolezza della norma nel rigido collegamento della decorrenza dell'astensione alla data del parto, che si dimostra ingiustificato e *inadeguato* nell'ipotesi concreta di parto prematuro con immediato ricovero del neonato determinando una disparità di trattamento rispetto al caso di parto a termine. L'art. 16 del d.lgs. n. 151 del 2001 fallisce il test di idoneità alla luce dei principi che la Corte stessa aveva ricordato dodici anni prima nella sentenza n. 270: la disparità di trattamento viene individuata nel fatto che nell'ipotesi di parto prematuro non viene tutelato il rapporto madre-figlio poiché non è possibile il differimento del *dies a quo* del congedo alla data di ingresso del bambino nel nucleo familiare. Così, manipolando la norma per correggere la disciplina, si stabilisce che la decorrenza del congedo possa essere legata all'ingresso del neonato nel nucleo familiare.

Occorre ora segnalare una pronuncia del Tribunale di Arezzo che, appena un mese prima dell'intervento della Corte costituzionale del 2011, ha affrontato un caso di parto prematuro applicando lo stesso principio qui descritto: è stato riconosciuto il diritto di una lavoratrice madre che aveva partorito prematuramente e il cui figlio era stato ricoverato in ospedale "a veder decorrere il periodo di congedo di cinque mesi a partire dal giorno di dimissione del figlio dall'ospedale con il suo ingresso nella casa familiare"; e, inoltre, ha stabilito che, oltre a i tre mesi successivi al parto e i due mesi non goduti prima, venissero computati nel periodo di congedo anche i giorni di ricovero del bambino. Il Tribunale ha, dunque, optato sia per un'estensione sia per un differimento del congedo obbligatorio sulla base della tutela della protezione della famiglia e del minore<sup>27</sup>.

Ancor più recentemente è stato risolto un altro annoso problema, che è opportuno ricordare, della normativa sulla maternità. L'art. 12 del d.p.r. 1026 del 1976, infatti, considerava parto a tutti gli effetti anche l'interruzione spontanea o terapeutica della gravidanza successiva al 180° giorno e, dunque, andava applicato il divieto di adibire la lavoratrice al lavoro nei tre mesi successivi al parto anche in questa ipotesi. Nel luglio 2011, il d.lgs. n. 119 ha introdotto, sulla base degli stessi principi che reggono la sentenza in esame, la facoltà per la donna di riprendere in qualunque momento l'attività lavorativa subordinata alla presentazione di un certificato medico che ne attesti l'idoneità psicofisica e un preavviso di dieci giorni al datore di lavoro<sup>28</sup>. Tale modifica rappresenta un ulteriore sintomo della volontà, ora anche legislativa, di rendere maggiormente flessibile l'intera disciplina della maternità.

Se questo è lo stato dell'arte attuale, è probabile che in futuro l'intervento del giudice costituzionale in materia di maternità e lavoro continui a svolgere un'importante opera di "adeguamento" dell'attuale disciplina alle più svariate situazioni di cui l'azione del legislatore non ha tenuto conto e su cui, invece, i giudici comuni sono chiamati a pronunciarsi. Sempre in tema di congedo si può menzionare senz'altro la fattispecie di parto a termine con patologie neonatali<sup>29</sup>: anche in questo caso, infatti, alla madre

<sup>27</sup> Trib. Arezzo, 8 marzo 2011, con commento di Y. SERAFINI, *Parto prematuro seguito da ricovero del neonato: estensione e differimento del congedo obbligatorio post partum*, in *Rivista critica di diritto del lavoro privato e pubblico*, fasc. 2, 510 e ss.

<sup>28</sup> Cfr. art. 2, co. 1, del d.lgs. n. 119 del 2011 che ha introdotto il comma 1-bis all'art. 16 del d.lgs. n. 151 del 2001, che recita: "Nel caso di interruzione spontanea o terapeutica della gravidanza successiva al 180° giorno dall'inizio della gestazione, nonché in caso di decesso del bambino alla nascita o durante il congedo di maternità, le lavoratrici hanno facoltà di riprendere in qualunque momento l'attività lavorativa, con un preavviso di dieci giorni al datore di lavoro, a condizione che il medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla loro salute". Sul tema, cfr. anche L. CALAFA, *Nuove flessibilità del congedo di maternità*, in *Dir. Relaz. Ind.*, 2011, 3, 739 e ss.

<sup>29</sup> Si cfr. Corte d'Appello di Brescia, sent. n. 217 del 2003, che ritiene manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale proposta dall'appellante che si trovava in una situazione molto simile a quella

lavoratrice non è permesso di differire il congedo *post partum* al momento dell'ingresso del bambino nella casa familiare e, dunque, è possibile individuare un'*inadeguatezza* della disciplina rispetto alle finalità dell'istituto stesso<sup>30</sup>.

Forum di Quaderni Costituzionali

---

della sentenza in esame poiché ritiene che il caso di parto prematuro con immediato ricovero sia assimilabile a quello di parto a termine con patologie neonatali, ipotesi in cui concorrono altri istituti che consentono di prolungare l'assenza dal lavoro della madre (astensione facoltativa per maternità per l'intero periodo di tempo usufruibile, godimento delle ferie maturate, aspettativa per motivi di famiglia e astensione dal lavoro per malattia del bambino). Cfr. anche R. NUNIN, *Parto prematuro e congedo di maternità: dalla Consulta un nuovo passo avanti nella protezione della lavoratrice madre*, in *Famiglia e diritto*, 2012, fasc. 1, 13 e ss.

<sup>30</sup> Cfr. anche L. TEBANO, *La Consulta inietta una nuova dose di flessibilità nel congedo di maternità*, in *RIDL*, 2011, fasc. 3, 760 e ss., che ricorda un'altra situazione discriminatoria che potrebbe richiedere un intervento della Corte costituzionale nella stessa direzione o l'applicazione del principio enucleato nella sent. 116 del 2011: la madre adottiva a cui viene negata la possibilità di "sospendere", fino al termine della degenza ospedaliera del figlio, il godimento del congedo per il tempo del ricovero del bambino immediatamente successivo all'ingresso nella casa familiare.