

TRIBUNALE DI BERGAMO, ordinanza 5 febbraio 2024 – Giudice Dott. S. Cassia – Rete Lenford – Avvocatura per i diritti LGBTI+ APS (Avv. A. Guariso, F. Rizzi) c. INPS (R. Maio, F. Collerone, M. Sferrazza, S. Pischedda)

Tutela della maternità e della paternità – Coppie di genitori dello stesso sesso – Discriminazione – Diritto a usufruire delle prestazioni ex d.lgs. 151/2001.

In tema di tutela e sostegno della maternità e della paternità, va osservato che sussiste una ingiustificata discriminazione a danno delle coppie dello stesso sesso che risultino genitori dai registri dello stato civile, rispetto ai genitori di diverso sesso, per ottenere il riconoscimento dei diritti ex d.lgs. 151/2001, in quanto il sistema informatico dell'INPS impedisce, almeno per alcune delle prestazioni ex d.lgs. 151/2001, la domanda da parte dei genitori dello stesso sesso. Dunque, al fine di eliminare tale situazione, l'INPS è tenuta a modificare il proprio sistema informatico di ricezione delle domande amministrative.

Un primo passo verso l'estensione delle misure di sostegno della maternità e della paternità alle coppie formate da genitori dello stesso genere

Ilaria Bresciani

Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università di Parma

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. La genitorialità delle coppie formate da persone dello stesso sesso: evoluzione normativa e giurisprudenziale. – 3. Il diritto del lavoro e gli istituti a sostegno della genitorialità: il quadro normativo. – 4. Prove di estensione del campo di applicazione soggettivo degli istituti a sostegno della genitorialità. L'evoluzione giurisprudenziale.

Sinossi: Nell'ambito di un quadro normativo nel quale la tutela della genitorialità è ancorata alla figura della famiglia tradizionale, la difesa dei diritti delle coppie formate da genitori dello stesso sesso risulta affidata alla sensibilità dei giudici, i quali, in alcune occasioni hanno esteso l'applicazione di istituti a sostegno della maternità e della paternità. L'ordinanza si pone come un ulteriore tassello verso l'affermazione del principio per cui l'orientamento sessuale dei componenti della coppia non può condizionare i diritti connessi al ruolo di genitore.

Abstract: In a regulatory framework in which the protection of parenthood is anchored to the traditional family, the defence of the rights of couples formed by parents of the same sex is entrusted to the sensitivity of judges, who, on some occasions, have extended the application of institutions in support of working mothers

and fathers. The ordinance is a further step towards the affirmation of the principle according to which the sexual orientation of the members of the couple cannot condition the rights connected to the role of parent.

1. Il fatto

Un'associazione ha agito in giudizio contro l'Inps per difendere il diritto delle coppie composte da genitori dello stesso sesso di accedere ai medesimi istituti per la cura dei figli di cui possono godere le coppie formate di genitori eterosessuali. Le misure in questione, tutte previste dal d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità*, sono il congedo di paternità obbligatorio (art. 27-bis), il congedo di paternità alternativo (art. 28), il congedo parentale (art. 29), i riposi giornalieri della madre e del padre (artt. 39 e 40), e le indennità di maternità per le lavoratrici iscritte alla gestione separata dell'Inps, nonché per le lavoratrici autonome e le imprenditrici agricole (artt. 64 e 66).

Il primo argomento portato all'attenzione del giudice concerne il diritto delle coppie di genitori dello stesso sesso di usufruire degli istituti a sostegno delle responsabilità di cura nei confronti dei figli. Tuttavia, tale questione non è stata trattata nel merito, stante il rilevato difetto di legittimazione ad agire dell'associazione per la tutela dei diritti LGBT, in ragione del fatto che la domanda è stata proposta nell'interesse di generiche «coppie di genitori dello stesso sesso».

Invece, il secondo quesito riguarda il carattere discriminatorio del sistema informatico adottato dall'ente previdenziale, il quale non consente alle coppie formate da genitori dello stesso sesso di presentare domanda per quegli istituti. In questo caso, il giudice ha ritenuto sussistente la legittimazione ad agire dell'associazione, stante il riferimento a un diritto reclamato da coppie costituite da genitori dello stesso sesso riconosciuti come tali a seguito di iscrizione nei registri dello stato civile italiani.

La doglianza ha trovato accoglimento, in quanto il fatto che il sistema informatico dell'Inps non consenta a queste persone di presentare la domanda amministrativa, impedendo l'inserimento di codici fiscali di persone aventi lo stesso genere, peraltro senza che siano previste modalità alternative di accesso alle prestazioni, determina un'ingiustificata discriminazione a danno dei genitori iscritti nei registri dello stato civile, ponendo gli stessi in una posizione di svantaggio rispetto a quella in cui si trovano le coppie formate da genitori di genere diverso.

2. La genitorialità delle coppie formate da persone dello stesso sesso: evoluzione normativa e giurisprudenziale

Negli ultimi anni si è assistito all'intensificarsi del dibattito sulla genitorialità delle coppie formate da persone dello stesso sesso, ma gli inviti volti a provocare un intervento

del legislatore su questo tema non hanno avuto esito¹. La stessa Corte costituzionale ha evidenziato l'esistenza di un vuoto di tutela nei confronti dei genitori omosessuali e dei minori nati con l'aiuto di tecniche di procreazione diverse da quelle ammesse dal nostro ordinamento².

Di fatti, in Italia, la pratica della gestazione per altri è illegale, mentre sono consentite la fecondazione assistita omologa ed eterologa, ma soltanto alle coppie eterosessuali³. Pertanto, le coppie omosessuali che desiderino avere dei figli spesso si recano all'estero per ricorrere a quelle tecniche vietate nel nostro Paese, andando incontro a complesse vicende legali riguardanti il riconoscimento del figlio nato con tali modalità da parte del genitore non biologico, non essendo previsto alcun automatismo.

Il fatto che non esista una legge che regolamenti e tuteli la genitorialità di una coppia omosessuale comporta che la responsabilità genitoriale sia riconosciuta solo al genitore biologico del bambino, con esclusione di quello elettivo o intenzionale che pure abbia aderito al progetto di filiazione⁴.

Nell'ordinamento interno, in tema di genitorialità, a partire dall'impianto del Codice civile⁵, domina la figura della famiglia tradizionale fondata sul matrimonio, ove la qualità di madre e di padre è riferita, in via esclusiva, rispettivamente, alla donna e all'uomo che formano la coppia. Così, anche la legge 4 maggio 1983, n. 184, nel disciplinare l'adozione di minori c. d. piena o in casi particolari, non riconosce tale possibilità alle coppie formate da genitori dello stesso sesso, nemmeno se uniti civilmente⁶.

La stessa l. 20 maggio 2016, n. 76, avente a oggetto la regolamentazione delle convivenze di fatto e delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, pur avendo regolato i rapporti della coppia omosessuale⁷, ha mancato di regolamentare la relazione della coppia con i figli nati al suo interno e, al contempo, ha escluso l'applicazione delle norme relative ai rapporti tra genitori e figli nell'ambito della famiglia fondata sul matrimonio⁸.

¹ MARCELLO, *La genitorialità delle coppie omosessuali in Italia, Le soluzioni giurisprudenziali nel silenzio del legislatore*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, 17, 802 ss.

² C. cost. 9 marzo 2021, n. 32. Sul punto, v. BILOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, in *NGCC*, 2021, 4, 919 ss.

³ SCALISI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *RDC*, 2017, 5, 1097 ss.

⁴ DE PASQUALE, *Cittadini LGBTIO tra uguaglianza e discriminazioni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2021, 3.

⁵ V., in particolare, gli artt. 231 ss. e 250 ss. c.c.

⁶ MARCELLO, *La genitorialità delle coppie omosessuali in Italia, Le soluzioni giurisprudenziali nel silenzio del legislatore*, cit., 802 ss.; GRASSO, *Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da pma omosex e surrogazione?*, in *NLCC*, 2021, 3, 700 ss.

⁷ SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, 881 ss.

⁸ Nel corso dei lavori parlamentari che hanno portato all'emanazione della l. n. 76 del 2016 è stata stralciata la proposta di modifica dell'art. 44, lett. b), l. n. 184 del 1983 (v. il disegno di legge n. 2081, art. 5), che avrebbe consentito l'adozione del figlio del genitore naturale da parte del *partner* unito civilmente (c. d. *stepchild adoption*), v. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *NGCC*, 2016, 12, 1718 ss.; CASABURI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso nella L. 20 maggio 2016, n. 76*, in *FI*, I, 2246 ss.

Infine, anche la l. 19 febbraio 2004, n. 40, recante *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, stabilisce che in Italia possono ricorrere a tali tecniche solo le coppie composte da soggetti di sesso diverso (art. 5) e, di conseguenza, non trovando applicazione il riconoscimento automatico dello stato di genitore previsto dai successivi artt. 8 e 9, non è consentito ai bambini nati nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita praticata all'estero da una coppia formata da persone dello stesso sesso l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre o dal padre intenzionale, essendo quella qualifica riservata solo al genitore biologico⁹.

Di fatti, qualora l'atto di nascita sia stato formato all'estero, l'ufficiale di stato civile può trascriverlo in Italia, su richiesta dei genitori, secondo le regole del diritto internazionale privato, ovvero nel rispetto dei principi di ordine pubblico previsti dal nostro ordinamento¹⁰. Ed è proprio sull'interpretazione del concetto di ordine pubblico che la dottrina e la giurisprudenza si sono divise¹¹, con riguardo alla possibilità per entrambi i componenti di una coppia di ottenere il riconoscimento della genitorialità¹², nonostante nel tempo si sia assistito a una apertura, anche da parte delle Corti superiori¹³ ed europee¹⁴.

La Corte di Cassazione a sezioni unite si esprime affermando che, «la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dagli art. 64 e ss. della l. 31 maggio 1995, n. 218, deve essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»¹⁵. A seguito di tale pronuncia la stessa Corte ha sollevato

⁹ ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità: la legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale scientifica, 2020.

¹⁰ G. PERLINGERI, ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Esi, 2019.

¹¹ NAZZARO, *Il difficile rapporto tra genitorialità e famiglia tra indicazioni giurisprudenziali e novità legislative*, in *Diritto successioni famiglia*, 2017, 3, 864 ss.; SASSI, *Filiazione intenzionale e interesse allo status*, in *Diritto successioni famiglia*, 2018, 2, 531 ss.; G. PERLINGERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le sezioni unite in tema di c. d. maternità surrogata*, in *Diritto successioni famiglia*, 2019, 2, 337 ss.

¹² FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *NGCC*, 2019, 4, 815 ss.

¹³ C. cost., 9 marzo 2021, nn. 32 e 33, in *GI*, 2022, 2, 311 ss., con nota di FAVILLI; Id., in *Famiglia e diritto*, 2021, 7, 704, con nota di FERRANDO; C. cost., 28 marzo 2022, n. 79, in *Famiglia e diritto*, 2022, 10, 897 ss., con nota di SESTA.

¹⁴ C. giust., 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Coman*; C. giust., sez. VI, 18 settembre 2019, causa C-366/18, *Commissione europea c. Repubblica Italiana*, in *DPCE online*, 2019, 4, 3017 ss., con nota di MARCHESINI; C. giust., grande sezione, 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A.*, in *DPCE online*, 2022, 1, 507 ss., con nota di MINUCCI; DOGLIOTTI, *Protezione dei minori, diritto interno, giurisprudenza della Corte eur. dir. uomo*, in *NGCC*, 2022, 2, 420 ss.; GRASSI, *Riconoscimento del rapporto di filiazione omogenitoriale e libertà di circolazione all'interno dell'Unione europea*, in *RDIPP*, 2022, 3, 591 ss.

¹⁵ Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Famiglia e diritto*, 2019, 7, 653 ss., con note di DOGLIOTTI e di FERRANDO; Id., in *NGCC*, 2019, 4, 737 ss., con nota di SALANITRO.

questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, dell'art. 18, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, e dell'art. 64, comma 1, lett. g), l. n. 218/1995, «nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del cd. genitore d'intenzione non biologico»¹⁶.

A una prima chiusura¹⁷, è seguita una maggiore consapevolezza circa il fatto che anche il bambino nato da coppie di genitori dello stesso sesso attraverso tecniche di procreazione vietate nel nostro Paese ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con il soggetto che ha condiviso il progetto genitoriale accanto al genitore biologico, portando la Corte di cassazione ad affermare che l'esigenza di assicurare a tale bambino gli stessi diritti degli altri figli può trovare garanzia attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari, previsto dall'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/1983, e che, in assenza di interventi legislativi *ad hoc*, questo rappresenta lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello *status* di figlio, al legame di fatto con il genitore intenzionale che abbia condiviso il disegno procreativo e che si sia preso cura del bambino sin dal momento della nascita¹⁸. La stessa Corte costituzionale, pur rigettando le questioni di legittimità proposte con riferimento agli artt. 8 e 9, della l. n. 40/2004, in quanto spetta al legislatore la scelta dei mezzi più adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario, ha affermato che «non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore riscontrato nel caso di specie»¹⁹. Inoltre, con riguardo alla soluzione proposta dalla Corte di Cassazione di ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari, ha affermato che la stessa «costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali», in quanto l'adozione di casi particolari «non attribuisce la genitorialità all'adottante» e «non è chiaro se essa istituisca rapporti di parentela tra l'adottato e coloro che quest'ultimo percepisce socialmente come i propri nonni, zii, o addirittura fratelli e sorelle», ma «questa forma di adozione resta comunque

¹⁶ Cass. civ., sez. I, ord., 29 aprile 2020 n. 8325, in *Famiglia e diritto*, 2020, 7, 685 ss., con note di FERRANDO e di RECINTO.

¹⁷ Cass. civ., sez. I, ord., 25 febbraio 2022, n. 6383, in *Famiglia e diritto*, 2022, 6, 581 ss., con nota di CALVIGNONI, per la quale «nel caso di minore concepita mediante l'impiego di tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e nata in Italia, non è accoglibile la domanda di rettificazione dell'atto di nascita volta ad ottenere l'indicazione in qualità di madre della bambina, accanto a quella che l'ha partorita, anche della donna cui è appartenuto l'ovulo poi impiantato nella partoriente, poiché in contrasto con l'art. 4, comma 3, della l. n. 40 del 2004, che esclude il ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali, anche in presenza di un legame genetico tra il nato e la donna sentimentalmente legata a colei che ha partorito». Nello stesso senso, Cass. civ., sez. I, ord., 4 aprile 2022, n. 10844, in *Pluris*.

¹⁸ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *QG*, 1 ss., con nota di VENUTI; Id., in *GI*, 2023, 11, 2320 ss., con nota di SALVI; Cass. civ., sez. I, 2 agosto 2023, n. 23527, in *Famiglia e diritto*, 2023, 12, 1053, con nota di CALVIGNONI.

¹⁹ C. cost., 9 marzo 2021 n. 32, cit.

subordinata all'assenso del genitore "biologico", che potrebbe anche mancare in caso di crisi della coppia»²⁰.

3. Il diritto del lavoro e gli istituti a sostegno della genitorialità: il quadro normativo

La decisione del Tribunale di Bergamo ha condannato l'ente previdenziale a rimuovere la discriminazione indiretta perpetrata ai danni delle coppie di genitori dello stesso sesso riconosciuti come tali nei registri dello stato civile italiani, imponendo di modificare il sistema operativo per consentire a tali soggetti di inoltrare le domande volte a ottenere le prestazioni legate al sostegno alla genitorialità dei lavoratori previste dal d.lgs. n. 151/2001. Tale pronuncia attiene in via esclusiva alla possibilità di presentare le relative istanze e, per le ragioni di cui sopra, pone come requisito essenziale che i soggetti richiedenti abbiano ottenuto lo *status* di genitori mediante la trascrizione nell'atto di nascita del figlio registrato presso gli uffici dello stato civile del territorio italiano. Pur non entrando nel merito della fondatezza del diritto a ottenere il riconoscimento di quelle prestazioni, lasciando all'Inps il compito di valutare, caso per caso, la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge, la decisione offre lo spunto per riflettere sull'evoluzione di tali misure e sulla loro estensione soggettiva e oggettiva.

Il d.lgs. 151/2001, *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53*, ha previsto una serie di istituti volti a sostenere i lavoratori, dipendenti e autonomi, nel proprio ruolo di genitori, consentendo loro di conciliare il lavoro con le esigenze di cura e accudimento dei figli minori di età.

La prima misura che l'associazione ricorrente avrebbe voluto portare all'attenzione del giudice è il congedo di paternità obbligatorio di cui all'art. 27-*bis* e, in particolare, la facoltà della lavoratrice genitore in una coppia composta da due donne di poterne beneficiare. La norma, introdotta dal d. lgs. 30 giugno 2022, n. 105, prevede il diritto del padre lavoratore di astenersi dal lavoro per un periodo di dieci giorni lavorativi, anche in maniera non continuativa, a partire dai due mesi antecedenti la data presunta del parto e fino ai cinque mesi successivi²¹. La durata del congedo è aumentata a venti giorni lavorativi in caso di

²⁰ C. cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit., V., anche, C. cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit., in cui si precisa che «l'adozione in casi particolari, lungi dal dare rilevanza al solo consenso e dall'assecondare attraverso automatismi il mero desiderio di genitorialità, dimostra una precipua vocazione a tutelare l'interesse del minore a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate. Essa presuppone, infatti, un giudizio sul miglior interesse del minore e un accertamento sull'idoneità dell'adottante, fermo restando che non può una valutazione negativa sull'idoneità all'assunzione della responsabilità genitoriale fondarsi sul mero orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo partner».

²¹ F. MARINELLI, *Modifiche al d.lgs. n. 151/2001. I congedi di paternità obbligatorio e alternativo*, in D. GAROFALO, TIRABOSCHI, FILLI, TROISI (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105*

parto plurimo, la misura spetta anche al padre adottivo o affidatario, ed è compatibile con la fruizione del congedo di maternità da parte della lavoratrice e con il congedo di paternità alternativo di cui al successivo art. 28²².

Tuttavia, le modifiche non hanno inciso sul campo d'applicazione soggettivo della norma, la quale continua ad applicarsi al padre lavoratore subordinato del settore privato e pubblico²³.

La medesima osservazione è valida anche per la seconda misura portata all'attenzione del giudice per valutarne l'estensione al padre genitore in una coppia composta da due uomini. Si tratta del congedo di paternità alternativo previsto dall'art. 28²⁴. La norma, modificata dal d.lgs. n. 105/2022 solo nella rubrica, prevede il diritto del padre lavoratore di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che spetta alla lavoratrice, ma si tratta di un diritto condizionato rispetto al congedo di maternità, in quanto il diritto all'astensione dal lavoro sorge solo in caso di morte o di grave infermità della madre, ovvero di abbandono o di affidamento esclusivo del bambino al padre²⁵.

La terza misura è quella dei congedi parentali di cui all'art. 32²⁶, evocata dalla ricorrente al fine di verificare se possano spettare a ciascuno dei due genitori, indipendentemente dal genere dell'altro. La norma è stata oggetto di modifiche legislative. Dapprima²⁷, la l. 8 marzo 2000, n. 53 ha sostituito il diritto all'astensione facoltativa della madre con il congedo parentale; poi l'istituto ha trovato una sua collocazione nell'ambito del d.lgs. n. 151/2001²⁸; più di recente il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 80 ha esteso la prerogativa ai dipendenti pubblici

del 2022, ADAPT e-Book series, n. 96/2023, 483 ss.

²² Il congedo di paternità obbligatorio era stato introdotto per la prima volta dalla l. 28 giugno 2012, n. 92 (art. 4, comma 24), in via sperimentale per il triennio 2013-2015, ma si trattava di un diritto piuttosto contenuto dato che obbligava il padre lavoratore, entro i cinque mesi dalla nascita del figlio, ad astenersi dal lavoro per un solo giorno, con possibilità di richiedere altri due giorni in sostituzione della madre in relazione al periodo di astensione obbligatoria spettante a quest'ultima. Stante l'esigenza di recepire le indicazioni provenienti dalla direttiva UE 2019/1158, volta a favorire un maggiore equilibrio tra il lavoro e le esigenze familiari, la norma ha subito proroghe e adattamenti nel corso degli anni (fino alla sua stabilizzazione con dell'art. 1, comma 354, l. 11 dicembre 2016, n. 232), v. LOREA, *Sul congedo di paternità: orientamenti e prospettive*, in *DML*, 2012, 265 ss.; PASQUARELLA, *Work-life balance: esiste un modello italiano di "conciliazione condivisa" dopo il jobs act?*, in *RIDL*, 2017, 54 ss.

²³ F. MARINELLI, *Modifiche al d.lgs. n. 151/2001. I congedi di paternità obbligatorio e alternativo*, cit., 487.

²⁴ IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito di congedi dei padri*, in *LD*, 2020, 333 ss.; NUNIN, *Riequilibrio dei ruoli nel lavoro di cura e ricomposizione del conflitto tra lavoro "esterno" e responsabilità familiari: le risposte della nuova normativa in materia di tutela dei genitori lavoratori*, in MISCIONE (a cura di), *I congedi parentali. L. n. 53/2000 (in T.U. n. 151/2001)*, Ipsoa, 2001, 42 ss.

²⁵ LOREA, *Sul congedo di paternità: orientamenti e prospettive*, cit., 265 ss.; CALAFÀ, *Sull'autonomia del congedo di paternità del lavoratore subordinato*, in *RGL*, 2010, 2, 323 ss.

²⁶ CASILLO, *Congedi parentali nel d.lgs. n. 105/2022*, in D. GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, TROISI (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, cit., 492 ss.

²⁷ Sulla disciplina iniziale v., GOTTARDI, *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in *LD*, 1999, 498 ss.

²⁸ ALES, voce *Maternità e congedi parentali*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Giuffrè, 2016, 531 ss.; CALAFÀ, *Congedo parentale e cura del minore. Limiti funzionali al diritto potestativo del padre*, in *RIDL*, 2009, 2, 277 ss.; NUNIN, *Congedi parentali e tutela dei diritti del padre lavoratore: novità normative ed orientamenti della giurisprudenza*, in *LG*, 2001, 11, 1055 ss.

e ha aumentato l'età del figlio entro cui il congedo può essere richiesto²⁹; infine, il d.lgs. n. 105/2022 ha modificato la lett. c) del comma 1, al fine di estendere il diritto al genitore unico o affidatario esclusivo del figlio³⁰. L'art. 32 riconosce a ciascun genitore il diritto di astenersi dal lavoro nei primi dodici anni di vita del figlio, per un periodo complessivo massimo di dieci mesi, ma mentre nel primo inciso la norma si riferisce "ai genitori" in generale, lasciando aperti margini per un'interpretazione estensiva del suo campo di applicazione³¹, nel secondo periodo, alle lettere a) e b), torna a distinguere tra la madre e il padre, al fine di ripartire il complessivo periodo di congedo. Una estensione del campo di applicazione soggettivo si è avuta con l'aggiunta della lett. c), la quale riconosce tutti gli undici mesi di congedo previsti per la coppia genitoriale anche al genitore solo (c d. famiglia monogenitoriale), nonché al genitore affidatario esclusivo.

Anche i riposi giornalieri sono concessi a entrambi i genitori, ma la disciplina distingue tra quelli concessi alla madre (art. 39) e quelli riservati al padre (art. 40), prevedendo che alla madre spettino due riposi giornalieri della durata di un'ora ciascuno (o di mezz'ora se il figlio frequenta l'asilo nido o un'altra struttura), anche cumulabili, durante il primo anno di vita del figlio (o solo uno se l'orario di lavoro è inferiore a sei ore)³², mentre il padre ha diritto agli stessi periodi di riposo solo se è l'unico genitore affidatario, o in alternativa alla madre che non ne usufruisca, o nel caso in cui la madre non sia lavoratrice subordinata, o in caso di morte o grave infermità della madre³³.

Gli ultimi due istituti per i quali l'associazione ricorrente ha chiesto di accertare il diritto ad usufruirne da parte del padre genitore in una coppia formata da due uomini sono le indennità di maternità di cui agli artt. 64 e 66³⁴ previste, rispettivamente, a favore delle lavoratrici iscritte alla gestione separata dell'Inps, di quelle autonome e delle imprenditrici agricole³⁵. Anche questi, come i precedenti, prendono in considerazione i genitori, intesi

²⁹ NUNIN, *I congedi parentali dopo il D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 80*, in *LG*, 2016, 1, 14 ss.

³⁰ RICCOBONO, *I congedi genitoriali nella prospettiva del Family Act*, in *DML*, 2021, 2, 391 ss.; CASILLO, *Congedi parentali nel d.lgs. n. 105/2022*, cit., 492 ss.

³¹ CALAFÀ, *Unioni civili, convivenze di fatto e modello lavoristico di tutela dei diritti dei genitori-lavoratori*, in *LG*, 2016, 11, 962 ss., 965.

³² La sentenza C. cost., 1° aprile 2003, n. 104, ha esteso il diritto di fruire dei riposi in caso di adozione e affidamento entro il primo anno dall'ingresso del minore nella famiglia, v. MILIANTI, *I riposi giornalieri in caso di adozione e affidamento*, in *RIDL*, 2004, 2, 250 ss.

³³ VETTOR, *Riposi giornalieri e congedo per malattia del bambino ex articoli 40 e 47 del decreto legislativo n. 151/2001: riconoscimento al padre lavoratore anche quando la madre svolga attività casalinga*, in *DRI*, 2012, 3, 852 ss.

³⁴ PESSI, *Alcuni aggiustamenti della Consulta sul riconoscimento dell'indennità di maternità "piena" alle lavoratrici autonome*, in *GCost*, 2013, 1, 490 ss.; CANAVESI, *Manca il presupposto? Co.co.co., art. 2116 c.c. e formalismo della Corte di cassazione*, in *GI*, 2021, 11, 2424 ss.

³⁵ DELEONARDIS, *L'estensione della tutela per maternità delle lavoratrici autonome*, in D. GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, TROJSI (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, cit., 517 ss.; STOLFA, *Il congedo parentale per lavoratrici e lavoratori autonomi (art. 2, comma 1, lett. U, d.lgs. n. 105/2022)*, in D. GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, TROJSI (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, cit., 531 ss.

quali madre e padre parte di una coppia formata da persone di genere diverso, confermando come l'impianto generale del d.lgs. n. 151/2001 sia ancorato a una concezione della famiglia ereditata dal passato, con ruoli separati della donna e dell'uomo, a cui seguono tutele differenziate in ragione della sfera biologica, senza valorizzare la genitorialità in sé e per sé considerata, nell'esclusivo interesse del minore.

La persistente disparità di trattamento tra genitori può configurare una discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale³⁶, la quale è stata espressamente vietata dagli artt. 1 e 2 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, emanato in attuazione della Direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

4. Prove di estensione del campo di applicazione soggettivo degli istituti a sostegno della genitorialità. L'evoluzione giurisprudenziale

Il diritto del lavoro e della previdenza sociale non è rimasto insensibile ai mutamenti che hanno interessato la famiglia³⁷, nonostante la strada da percorrere sia ancora lunga³⁸.

Di fatti, le recenti modifiche legislative apportate al d.lgs. n. 151/2001 da parte del d.lgs. n. 105/2022, non hanno inciso sull'ambito soggettivo di applicazione dei vari istituti, i quali, dunque, restano riferiti ai genitori, intesi quali madre e padre parte di una coppia formata da persone di genere diverso. Nonostante, la direttiva UE 2019/1158³⁹, all'art. 1, richiami la figura del «genitore equivalente», sia pure con riferimento al solo congedo di paternità, il legislatore nazionale ha continuato a ignorare le istanze dei genitori omosessuali, anche dopo l'emanazione della legge sulle unioni civili⁴⁰.

³⁶ CASILLO, *Congedi parentali nel d.lgs. n. 105/2022*, cit., 498.

³⁷ In generale, sull'estensione dell'indennità di mancato preavviso e del trattamento di fine rapporto al *partner* unito civilmente con il lavoratore deceduto (art. 1, comma 17, l. n. 76/2016), e di altri istituti, quali il congedo matrimoniale, il divieto di licenziamento per causa di matrimonio e la nullità delle dimissioni rassegnate e entro un anno dallo stesso v., PASSALACQUA, *Profili lavoristici della L. n. 76 del 2016 su unioni civili e convivenze di fatto*, in *WP D'Antona*, *It.*, n. 320/2017, 1 ss.; DE MOZZI, *Le ricadute lavoristiche della l. n. 76 del 2016 in materia di unioni civili: luci ed ombre*, in *ADL*, 2017, 46 ss.

³⁸ AA. VV., *Sesso, genere, discriminazioni: riflessioni a più voci (Parte quarta)*, in *LD*, 2023, 2, in particolare i contributi di FERRARA, *Un'altra cura è possibile*, 383 ss.; MILITELLO, *Questo non è un Paese per genitori (lavoratori)*, 388 ss.; SCARPONI, *Madri e padri al lavoro: le ambiguità irrisolte del quadro normativo nazionale*, 394 ss.; TINTI, *Il posto della cura. Note su conciliazione dei tempi e flessibilità*, 399 ss.; AA. VV., *Sesso, genere, discriminazioni: riflessioni a più voci*, in *LD*, 2022, 3, e in particolare i contributi di BORGOGELLI, DE SIMONE, GOTTARDI, *Presentazione*, 493 ss.; BALLESTRERO, BORELLI, SANTAGATA DE CASTRO, IZZI, *Sesso, genere, discriminazioni: riflessioni a più voci (Parte prima)*, 497 ss.

³⁹ ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D'ONGHIA, *Per una trasposizione responsabile della Direttiva n. 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, in *RGL*, 2022, I, 111 ss.; VITALETTI, *Equilibrio tra attività professionale e vita familiare. Il decreto legislativo di attuazione della Direttiva n. 2019/1158*, in *RGL*, 2022, 4, 563 ss.

⁴⁰ CASILLO, *Congedi parentali nel d.lgs. n. 105/2022*, cit., 498.

Qualche passo in avanti nel segno di un'equiparazione tra i coniugi e le coppie unite civilmente o di fatto, è stato fatto con riguardo al campo di applicazione del congedo c.d. straordinario di cui all'art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151/2001, nonché dei permessi previsti dall'art. 33, comma 3, della l. n. 104/1992, per l'assistenza a disabili gravi, in quanto entrambe le misure sono state estese ai lavoratori e alle lavoratrici omosessuali per l'assistenza al *partner* unito civilmente e ai suoi parenti⁴¹.

Per il resto, la tutela dei diritti delle coppie formate da genitori dello stesso sesso risulta ancora affidata alla sensibilità dei giudici, i quali, in alcune occasioni hanno equiparato la madre intenzionale alla figura di padre lavoratore.

Per esempio, la giurisprudenza di merito ha affermato il diritto della madre c.d. intenzionale, unita civilmente alla madre biologica, di usufruire del congedo parentale riservato, dall'art. 32, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 151/2001, al padre lavoratore, purché lo *status* di genitore risulti dai registri dello stato civile⁴².

In base a tale ricostruzione, la madre intenzionale può astenersi dal lavoro in via facoltativa entro i dodici anni di vita del bambino per un periodo, anche non continuativo, di massimo sei mesi dalla nascita del figlio, elevabile a sette mesi in caso di genitore solo o con affidamento esclusivo del minore, beneficiando dello stesso trattamento di cui godono i genitori di sesso diverso⁴³.

In questo caso i giudici hanno valorizzato la prospettiva funzionale della genitorialità, andando oltre il mero dato biologico, nell'ottica di offrire una maggiore protezione al minore e donando rilevanza al legame instaurato tra quest'ultimo e il genitore intenzionale.

In effetti anche dall'ordinanza in commento sembra potersi trarre la volontà di ammettere la sussistenza di tali diritti in capo ai genitori dello stesso sesso. Nonostante il giudice eviti di pronunciarsi sulla domanda di accertamento della sussistenza del diritto dei genitori dello stesso sesso di godere degli istituti volti a sostenere le responsabilità di cura nei confronti dei figli alle medesime condizioni previste per le coppie di genitori eterosessuali, in un passaggio della decisione si legge che, se i soggetti compaiono nei registri dello stato civile, «sia gli uni che gli altri sono riconosciuti dall'ordinamento come genitori e possono ottenere il riconoscimento dei loro diritti *ex* d.lgs. n. 151/2001, a seconda che sussistano o meno gli elementi della fattispecie costitutiva, vagliati dall'Inps in seguito alla necessaria proposizione della domanda amministrativa».

In questo senso, l'ordinanza si pone come un primo tassello verso l'affermazione del principio per cui l'orientamento sessuale dei componenti della coppia non può condizionare i diritti connessi al ruolo di genitore.

⁴¹ V. Circolare Inps n. 36 del 7 marzo 2022.

⁴² Trib. Milano, ord., 12 novembre 2020, in *MGL*, 2021, 2, 513 ss., con nota di BELMONTE; Id., in *QG*, 7 gennaio 2021, con nota di LOCATI.

⁴³ La decisione è stata confermata nel secondo grado di giudizio, v. App. Milano 17 marzo 2021, in *RGL*, 8-9, 2021, con nota di VOLPE; Id., in *ADL*, 2021, 1434 ss., con nota di MIRACOLINI.