

<b>L</b>	<b>LABOR</b>	<b>2</b>
	<b>Il lavoro nel diritto</b>	
<i>Rivista bimestrale</i>		<b>marzo-aprile 2024</b>
<b>DIRETTA DA</b> Oronzo Mazzotta		

[www.rivistalabor.it](http://www.rivistalabor.it)

## IN EVIDENZA

- ***Il diritto del lavoro autonomo. Appunti per un nuovo statuto protettivo***  
Annamaria Donini, Alessandro Ventura, Maurizio Falsone, Raffaele Galardi, Ester Villa, Chiara Garbuio
- ***Giurisprudenza commentata***  
Gloria Mugnai, Bruno Maria Russo, Sara Roccisano

### **Comitato Scientifico**

Marina Brollo, Maria Teresa Carinci, Carlo Cester, Riccardo Del Punta, Vincenzo Ferrante, Arturo Maresca, Luca Nogler, Marcello Pedrazzoli, Adalberto Perulli, Roberto Pessi, Roberto Romei, Franco Scarpelli, Gaetano Zilio Grandi, Carlo Zoli

### **Comitato Editoriale**

Giuseppe Bronzini, Luigi de Angelis, Barbara De Mozzi, Fausto Nisticò, Fabio Pappalardo, Valeria Piccone, Carla Ponterio, Roberta Santoni Rugiu, Antonino Sgroi, Elisabetta Tarquini, Stefano Visonà

### **Comitato dei Garanti**

Edoardo Ales, Raffaele De Luca Tamajo, Lorenzo Gaeta, Alessandro Garilli, Donata Gottardi, Enrico Gragnoli, Vito Leccese, Fiorella Lunardon, Mariella Magnani, Maurizio Ricci, Francesco Santoni, Giuseppe Santoro-Passarelli, Paolo Tosi, Patrizia Tullini, Lorenzo Zoppoli

### **Redazione**

Raffaele Galardi (coordinatore), Simone D'Ascola, Francesca Marinelli, Chiara Mazzotta, Gabriella Mazzotta †, Vincenzo Antonio Poso

### **Criteri per la revisione**

La direzione della Rivista, a decorrere dal primo numero del 2017, sulla base delle indicazioni del Consiglio Universitario Nazionale e del Ministero dell'Università, intende rendere operativo un sistema di revisione esterna anonima, i cui criteri vengono qui di seguito indicati.

- 1) La Rivista annovera un Comitato di Garanti, professori ordinari della materia in ruolo o fuori ruolo, che hanno dato la disponibilità ad effettuare la revisione degli scritti proposti per la pubblicazione.
- 2) Le rubriche sottoposte obbligatoriamente a revisione sono le seguenti: Saggi; Focus; Giurisprudenza commentata.
- 3) Ogni contributo verrà sottoposto ad uno o più revisori, sulla base delle valutazioni della direzione.
- 4) La revisione viene effettuata con il sistema del «doppio cieco»: il revisore non conosce il nome dell'autore così come l'autore non conosce l'identità del revisore. Il tramite è la redazione della Rivista.
- 5) Il revisore avrà 10 giorni di tempo per esprimere la propria valutazione attraverso una scheda predisposta dalla Rivista, dalla quale emerga il relativo livello di approfondimento scientifico.
- 6) Nel caso in cui il revisore suggerisca all'autore integrazioni o modifiche, ai fini della pubblicazione, quest'ultimo avrà ulteriori 10 giorni per effettuare le correzioni proposte dal revisore. La Rivista si riserva di decidere se sottoporre nuovamente l'articolo al revisore, oppure effettuare direttamente il controllo delle modifiche o integrazioni.
- 7) Ove la revisione abbia un risultato positivo, il contributo verrà pubblicato con l'indicazione dell'avvenuta revisione.
- 8) Nelle rubriche sottoposte a revisione si richiede a ciascun autore di segnalare se il proprio nome non sia presente nelle proprietà nascoste del file e comunque di mettere in evidenza eventuali rinvii a proprie opere, per evitare che la sua identità possa essere riconosciuta dal revisore.
- 9) La Rivista si riserva, in casi eccezionali, di affidare il contributo sottoposto a revisione ad uno studioso estraneo al comitato dei garanti così come si riserva di pubblicare, senza sottoporre a revisione, contributi provenienti da autori di fama internazionale o di prestigio tali da rappresentare un indubbio arricchimento per l'immagine della Rivista.

*I contributi del presente numero sono stati sottoposti a revisione esterna anonima.*

**Il diritto del lavoro autonomo. Appunti per un nuovo statuto protettivo**

RAFFAELE GALARDI, ESTER VILLA, <i>Presentazione</i> .....	155
ANNAMARIA DONINI, <i>La configurabilità del lavoro autonomo su piattaforma digitale</i> .....	157
ALESSANDRO VENTURA, <i>L'equo compenso nelle prestazioni d'opera intellettuale</i> .....	171
MAURIZIO FALSONE, <i>I lavoratori autonomi e i "nuovi" bisogni di tutela: il ruolo essenziale del divieto di discriminazioni per motivi sindacali</i> .....	193
RAFFAELE GALARDI, <i>La tutela della genitorialità nel lavoro autonomo</i> .....	213
ESTER VILLA, <i>A proposito di lavoro autonomo e contratti collettivi: il lento avvicinamento fra diritto europeo della concorrenza e prospettiva costituzionale</i> .....	227
CHIARA GARBUIO, <i>Gli ammortizzatori sociali per il lavoro autonomo "puro"</i> .....	241

**Giurisprudenza commentata**

GLORIA MUGNAI, <i>Sull'ambito di applicazione dell'art. 80 bis del decreto-legge n. 34/2020 anche alle ipotesi di appalto illecito</i> .....	257
BRUNO MARIA RUSSO, <i>I contratti collettivi negli appalti pubblici e l'art. 36 Cost.</i> .....	271
SARA ROCCISANO, <i>Il ruolo dell'equità nella determinazione giudiziale della retribuzione alla luce della Direttiva (UE) 2022/2041</i> .....	289

## Indice analitico delle sentenze

### Lavoro (rapporto)

– Appalto di servizi – Interposizione fittizia – Costituzione rapporto di lavoro con effettivo utilizzatore – Licenziamento intimato dal datore di lavoro formale (*Cass.*, 22 novembre 2023, n. 32412, con nota di MUGNAI)

– Appalto pubblico – Costo della manodopera – Ccnl – Inadeguatezza ex art. 36 Cost – Esclusione del concorrente – Legittimità (*Tar Lombardia - Milano*, 28 novembre 2023, n. 2830, con nota di Russo)

– Retribuzione proporzionata e sufficiente – determinazione giudiziale – contratto collettivo – parametri – decisione secondo equità – Direttiva (UE) 2022/2041 (*Trib. Milano*, 20 luglio 2023, n. 2251, con nota di ROCCISANO)

## Indice cronologico delle sentenze

Giorno	Autorità	Pagina
	<b>2023</b>	
	<i>Luglio</i>	
20	Trib. Milano, n. 2251	289
	<i>Novembre</i>	
22	Cass., n. 32412	257
28	Tar Lombardia-Milano, n. 2830	271

## Notizie sugli autori

CHIARA GARBUO – ricercatrice nell'Università Ca' Foscari Venezia

ANNAMARIA DONINI – ricercatrice nell'Università degli studi di Genova

ALESSANDRO VENTURA – ricercatore nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro

GLORIA MUGNAI – dottoranda di ricerca nell'Università degli studi di Firenze

RAFFAELE GALARDI – professore associato nell'Università di Pisa

ESTER VILLA – professoressa associata nell'Alma Mater Studiorum Università di Bologna

MAURIZIO FALSONE – professore associato nell'Università Ca' Foscari Venezia

SARA ROCCISANO – dottoranda di ricerca nell'Università degli studi di Milano

BRUNO MARIA RUSSO – dottorando di ricerca nell'Università di Pisa

# La tutela della genitorialità nel lavoro autonomo

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Il contributo avanguardistico della Corte costituzionale. – 3. La disciplina applicabile. – 3.1. Le lavoratrici ed i lavoratori iscritti alla gestione separata. – 3.2. Le lavoratrici ed i lavoratori di cui al Capo XI T.U. – 3.3. Le lavoratrici ed i lavoratori liberi professionisti. – 4. Piccole e grandi questioni aperte.

*Sinossi.* L'Autore esamina le discipline vigenti sulla tutela della genitorialità nell'area multiforme del lavoro autonomo. La riflessione muove dall'analisi del contributo avanguardistico fornito dalla Corte costituzionale nell'ultimo trentennio e poi si concentra sulle regole in materia di maternità, di paternità, di congedi parentali nelle varie aree del lavoro autonomo (le lavoratrici ed i lavoratori iscritti alla gestione separata, lavoratrici e lavoratori regolati dal Capo XI del T.U, liberi professionisti). Nella parte finale l'Autore analizza in chiave critica gli orientamenti sulla alternatività delle tutele per i genitori biologici e sul cumulo di prestazioni a sostegno della genitorialità.

*Abstract.* The Author examines the current regulations on the protection of parenthood in the multifaceted area of self-employment. The reflection begins with an analysis of the pioneering contribution provided by the Constitutional Court over the last thirty years and then focuses on the current regulations regarding maternity, paternity, and parental leave for various sectors of self-employment. In the final part, the Author critically analyzes the orientations regarding the alternativity of protections for biological parents and the accumulation of benefits to support parenthood.

PAROLE CHIAVE: Lavoro autonomo – Maternità – Paternità

---

\* Il saggio si colloca nell'ambito del progetto "INSPIRE - INclusion Strategies through Partecipation in workplace for organizational well being", CUP G23C22000550001 (programma PRIN 2020) e, con gli opportuni adattamenti, è dedicato agli studi in memoria di Riccardo Del Punta.

## 1. Premessa.

All'esito di un lungo, tortuoso e affascinante percorso, la tutela della genitorialità nel lavoro autonomo non è mai stata così vicina a quella del lavoro subordinato. L'avvicinamento sicuramente risponde ad una tendenza generalizzata del diritto del lavoro<sup>1</sup> ma, per il caso di studio, ha una assoluta peculiarità: esso coinvolge tutta l'area multiforme del lavoro autonomo (con la sola esclusione del lavoro imprenditoriale) prescindendo, meritoriamente, dalle condizioni socio-economiche dei prestatori di lavoro interessati.

Partendo dal fondamentale ruolo che la Corte costituzionale ha avuto in materia, di seguito si descriveranno le discipline vigenti, analizzandone le omogeneità, le difformità e le questioni ancora aperte.

## 2. Il contributo avanguardistico della Corte costituzionale.

Attrice primaria, spesso solitaria, del percorso di avvicinamento poc'anzi cennato è stata la Corte costituzionale che da oltre trent'anni si è interessata alla genitorialità nel lavoro autonomo<sup>2</sup>, intercettando mirabilmente i nuovi bisogni da tutelare, suggerendo al legislatore le misure da adottare e, quando necessario, censurando le disposizioni contrarie alla necessaria tutela dei lavoratori autonomi.

Tralasciando per ora gli interventi specifici, è utile descrivere il percorso seguito dalla Corte, che è stato contraddistinto da una graduale, ma inesorabile, apertura verso le istanze del lavoro autonomo.

Nella prima fase del trentennio della Consulta sono state respinte tutte le eccezioni di costituzionalità sulla base di una radicale diversità tra il lavoro subordinato e quello autonomo che non consentiva una contaminazione tra le relative discipline.

Nella primissima pronuncia, chiamata a verificare la legittimità costituzionale dalla mancata previsione, per le lavoratrici autonome, di un'indennità di maternità in caso di interruzione anticipata dal lavoro (tutela invece prevista per le lavoratrici subordinate), la Corte ha affermato, perentoriamente, la inapplicabilità dell'art. 37 Cost. al lavoro autonomo<sup>3</sup>. La negazione, però, è stata seguita da un invito alla costruzione di una migliore disciplina per l'esigenza primaria di tutelare il valore della vita nascente: «il tipo di tutela adeguato alle caratteristiche del diverso lavoro, le condizioni cui subordinare la tutela stessa, le moda-

<sup>1</sup> Su tali profili v., tra i tanti, PAPA, *Working (€) poor. Dualizzazione del mercato e lavoro autonomo povero nell'UE*, in *RDSS*, 2021, 1, 49 ss.; RATTI (a cura di), *In-work poverty in Europe. Vulnerable and under-represented persons in a comparative perspective*, Wolters Kluwer, 2022. Più in generale sulle tendenze evolutive del diritto del lavoro verso il lavoro autonomo economicamente dipendente CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, 2020, in [https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto\\_CarusO\\_Del\\_Punta\\_Treu.pdf](https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto_CarusO_Del_Punta_Treu.pdf); PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021; PERULLI, TREU, *"In tutte le sue forme e applicazioni". Per un nuovo Statuto del lavoro*, Giappichelli, 2022.

<sup>2</sup> La prima sentenza rilevante per il lavoro autonomo è stata la n. 181/1993 (C. cost., 21 aprile 1993, n. 181, in *RIDL*, 1994, II, 38, con nota di PINTO).

<sup>3</sup> C. cost., 21 aprile 1993, n. 181, cit.

lità di controllo, le conseguenze economiche, la gradualità del processo di parificazione delle forme di tutela ed altri aspetti esigono un intervento articolato che, per sua natura, impegna la discrezionalità del legislatore, con l'eventuale coinvolgimento degli organismi previdenziali e sindacali».

L'inapplicabilità dell'art. 37 Cost. e la radicale (ed inconciliabile) differenza con il lavoro subordinato sono state ribadite nel 1998<sup>4</sup> allorché la Corte, chiamata a verificare la legittimità costituzionale della mancata obbligatorietà dell'astensione della lavoratrice madre libera professionista, ha chiarito, però, che «per assolvere in modo adeguato alla funzione materna, la libera professionista non deve essere turbata da alcun pregiudizio alla sua attività professionale. Ciò può avvenire lasciando che la lavoratrice svolga detta funzione familiare conciliandola con la contemporanea cura degli interessi professionali non confliggenti col felice avvio della nuova vita umana. La probabile diminuzione del reddito a motivo della sospensione o riduzione dell'attività lavorativa non incide, comunque, sulla predetta necessaria serenità se compensata dal sostegno economico proveniente dalla solidarietà della categoria cui la donna appartiene»<sup>5</sup>.

La traiettoria protettiva della Consulta è mutata nella seconda fase del trentennio con una serie di sentenze, non a caso, di illegittimità costituzionale.

L'inapplicabilità dell'art. 37 Cost. è apparsa temperata in una pronuncia del 2000<sup>6</sup>, sulla tutela della maternità delle imprenditrici agricole a titolo principale, ove la Consulta ha affermato che «il fondamento costituzionale della tutela della maternità *non sta solo nelle disposizioni contenute nell'art. 37* (corsivo mio), che riguardano specificamente il lavoro subordinato, ma riposa in via generale sul principio dell'art. 31, che protegge la maternità in quanto tale, favorendo gli istituti necessari a tale scopo, e sul precetto dell'art. 32, per lo specifico profilo della tutela della salute della madre e del bambino».

La nuova sensibilità della Corte possiamo scorgerla, poi, nella giurisprudenza successiva che, con riferimento al trattamento per l'indennità di maternità e paternità in caso di adozione e di affidamento, ha ritenuto non compatibile alla nostra Carta la disparità di trattamento tra lavoro autonomo e lavoro subordinato<sup>7</sup>, ritenendola recessiva rispetto alla «necessità di adeguata assistenza per il minore nella delicata fase del suo inserimento nella famiglia, anche nel periodo che precede il suo ingresso nella famiglia stessa, e tale necessità si presenta con connotati identici per entrambe le categorie di lavoratrici»<sup>8</sup>.

Infine, l'affinamento delle tutele è stato completato da una pronuncia del 2015 (ancora in materia di tutele in caso di adozione ed affidamento) nella quale la Consulta ha convintamente affermato l'applicabilità dell'art. 37 Cost. al lavoro autonomo<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> C. cost., 29 gennaio 1998, n. 3.

<sup>5</sup> Pur riferendosi espressamente all'indennità di maternità per le lavoratrici subordinate, la Consulta ha altresì chiarito essa «serve ad assicurare alla madre lavoratrice la possibilità di vivere questa fase della sua esistenza senza una radicale riduzione del tenore di vita che il suo lavoro le ha consentito di raggiungere e ad evitare, quindi, che alla maternità si ricollegli uno stato di bisogno economico».

<sup>6</sup> C. cost., 26 luglio 2000, n. 361.

<sup>7</sup> C. cost., 23 dicembre 2003, n. 371; C. cost., 14 ottobre 2005, n. 385.

<sup>8</sup> C. cost., 22 novembre 2012, n. 257, in *GCost*, 2013, 490, con nota di R. PESSI.

<sup>9</sup> C. cost., 22 ottobre 2015, n. 205, *RIDL*, 2016, II, 204, con nota di NUNIN.

### 3. La disciplina applicabile.

Il percorso avanguardistico della Corte è stato recepito, *lento pede*, dal legislatore.

L'analisi degli istituti seguirà la traccia fornita dal legislatore nel d.lgs. n. 151/2001 (di seguito solo "T.U.") e, di seguito, si analizzeranno le regole per lavoratrici iscritte alla gestione separata di cui all' articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335 (di seguito solo "lavoratrici iscritte alla gestione separata"), per le lavoratrici autonome, coltivatrici dirette, mezzadre e colone, artigiane ed esercenti attività commerciali di cui alle leggi 26 ottobre 1957, n. 1047, 4 luglio 1959, n. 463, e 22 luglio 1966, n. 613, imprenditrici agricole a titolo principale, pescatrici autonome della piccola pesca marittima e delle acque interne (di seguito solo "lavoratrici di cui al Capo XI T.U."), per le libere professioniste iscritte alle casse di previdenza privatizzate (di seguito solo "libere professioniste"). Per ciascun gruppo, poi, saranno descritte le tutele accordate ai padri.

Per esigenze di chiarezza espositiva si eviterà di dar conto di tutte le evoluzioni legislative che vi sono state nel tempo, commentando solo la disciplina vigente<sup>10</sup>.

#### 3.1. Le lavoratrici ed i lavoratori iscritti alla gestione separata.

Il primo gruppo comprende sia l'area della parasubordinazione sia quella delle lavoratrici e dei lavoratori non iscritti alle casse di previdenza privatizzate.

Le norme giuridiche di riferimento sono gli artt. 64, 64-*bis*, 64-*ter* del T.U. ed il d. interm. 4 aprile 2002 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

L'art. 64, in particolare, garantisce che la tutela della maternità avvenga *nelle forme e con le modalità* previste per il lavoro dipendente, con diritto alla indennità di maternità per i due mesi precedenti e per i tre mesi successivi al parto (estensibili di ulteriori tre mesi a determinate condizioni)<sup>11</sup> *ma a prescindere dalla effettiva astensione lavorativa* durante il periodo di fruizione dell'indennità di maternità.

<sup>10</sup> Per la descrizione di tali evoluzioni si rinvia a VALLAURI, *Sub artt. 64 ss.*, in DE LUCA TAMAJO, MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Wolters Kluwer – Cedam, 2022, 7 ed., 1349 ss. Sui più recenti interventi legislativi in materia v., per il d.lgs. n. 80/2015: CALAFÀ, *Le misure di conciliazione vita-lavoro: un quadro di sintesi*, in ZILIO GRANDI, BIASI, *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Wolters Kluwer – Cedam, 2016, 693 ss.; NUNIN, *Diritti e tutele per i genitori liberi professionisti e lavoratori autonomi*, in GOTTARDI, *La conciliazione delle esigenze di cura, vita e lavoro*, Giappichelli, 2016, 109 ss.; VALLAURI, *La lunga marcia dei genitori adottivi e affidatari*, in GOTTARDI, *La conciliazione delle esigenze di cura, vita e lavoro*, cit., 85 ss.; per la l. n. 81/2017: FERRARA, *La sostituzione nelle prestazioni di lavoro autonomo in caso di maternità*, in ZILIO GRANDI, BIASI, *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Wolters Kluwer – Cedam, 2018, 419 ss.; NUNIN, *La tutela della gravidanza e la sospensione in ipotesi di maternità, malattia e infortunio*, *ivi*, 409 ss.; per il d.lgs. n. 105/2022: DE LEONARDIS, *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*, Adapt University Press, 2023, 517 ss.; TASCHINI, *L'indennità di maternità per le libere professioniste*, *ivi*, 538; VALLAURI, *Lavori indipendenti e strumenti di conciliazione vita-lavoro*, in *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della direttiva 2019/1158/UE*, in *Quad. DLM*, 2023, 14, 67 ss. Tra i più recenti contributi v. DE LEONARDIS, *Lavoro non subordinato e maternità. Considerazioni a margine del D.lgs. n. 105/2002*, in *IG*, 2024, 2, 122; TASCHINI, *La maternità delle libere professioniste dopo il D.lgs. n. 105/2022*, in *IG*, 2023, 6, 553 ss.

<sup>11</sup> Si tratta della modifica apportata dall'art. 1, comma 239, l. n. 234/2021 che si applica purché le lavoratrici abbiano dichiarato

Il superamento dell'obbligatorietà del congedo della lavoratrice autonoma lo dobbiamo, come noto, alla novella apportata dall'art. 13, comma 1, l. n. 81/2017 che, finalmente, ha equiparato la posizione delle iscritte alla gestione separata a quella delle altre libere professioniste<sup>12</sup>.

Il riferimento alle *forme* ed alle *modalità* previste per le lavoratrici subordinate comporta, ad esempio, che alle lavoratrici che *vogliono* fruire anche del congedo, trovino applicazione le disposizioni sulla flessibilità (art. 20 T.U.), sul rinvio o sospensione (art. 16-*bis* T.U.) e sulla fruizione posticipata (art. 16 T.U.)<sup>13</sup> della sospensione.

Le ulteriori previsioni del T.U. (introdotte dall'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 80/2015) regolano l'indennità di maternità in caso di adozione ed affidamento, che spetta per i cinque mesi successivi all'effettivo ingresso del minore in famiglia (art. 64-*bis* T.U.)<sup>14</sup> ed affermano il principio di automaticità delle prestazioni di maternità, a prescindere dal versamento dei contributi previdenziali «da parte del committente»<sup>15</sup> (art. 64-*ter* T.U.). Il riferimento legislativo al committente induce a ritenere che tale ultima disposizione trovi applicazione solo nei confronti delle lavoratrici parasubordinate ma non per le lavoratrici autonome, che sono invece responsabili dell'adempimento dell'obbligazione contributiva e per le quali, quindi, l'erogazione della indennità di maternità è subordinata all'accREDITAMENTO effettivo di almeno 3 mensilità di contribuzione nei 12 mesi precedenti l'anno di inizio del periodo indennizzabile<sup>16</sup>.

L'indennità di maternità è determinata per ciascuna giornata del periodo indennizzabile in misura pari all'80% di 1/365 del reddito, derivante da attività di collaborazione coordinata e continuativa o libero professionale, utile ai fini contributivi, per i dodici mesi precedenti l'inizio del periodo indennizzabile<sup>17</sup>.

Le lavoratrici autonome, se prestano attività continuativa nei confronti del committente, hanno diritto alla sospensione della prestazione, per un periodo non superiore a 150 giorni, senza diritto al corrispettivo (art. 14, comma 1, l. n. 81/2017). Previo consenso del committente, poi, le lavoratrici autonome hanno la possibilità di farsi sostituire da altri

---

nell'anno precedente l'inizio della maternità un reddito inferiore a € 9.280 (valore rivalutato nel 2024). V. Circ. Inps, 3 gennaio 2022, n. 1.

<sup>12</sup> Il superamento della obbligatorietà del congedo comporta, dunque, che la lavoratrice possa, nel periodo indennizzabile, decidere di continuare a prestare l'attività lavorativa e ricevere compensi. Sulla percezione di compensi riferita al previgente sistema, v. Cass., 12 marzo 2020, n. 7089, secondo cui: «l'indennità di maternità, prevista dall'art. 64 d.leg. n. 151 del 2001 (ratione temporis vigente) per le lavoratrici iscritte alla gestione separata di cui all'art. 2, 26° comma, l. n. 335 del 1995, prescinde dallo stato di effettivo bisogno in cui versi la donna nel periodo di riferimento, ed è pertanto compatibile con la percezione di redditi non correlati all'effettiva prestazione di attività lavorativa» (nella specie, la suprema corte ha confermato la sentenza di merito che aveva riconosciuto il diritto all'indennità in discorso, in favore di una donna che, nel medesimo periodo, aveva percepito il compenso per la carica di amministratore di srl, pur non avendo prestato attività lavorativa, come da attestazione ex art. 5 d.m. 12 luglio 2007).

<sup>13</sup> Circ. Inps, 16 novembre 2018, n. 109 e Circ. Inps, 12 dicembre 2019, n. 148.

<sup>14</sup> La originaria formulazione dell'art. 64 prevedeva un'indennità per soli 3 mesi e tale norma è stata dichiarata costituzionalmente illegittima da C. cost., 22 novembre 2012, n. 257, cit.

<sup>15</sup> Il principio di automaticità, prima della novella del 2015 (d.lgs. n. 80/2015), era stato riconosciuto dalla giurisprudenza di merito, v. ad es. Trib. Nola, 7 febbraio 2017, n. 305, in [www.foroplus.it](http://www.foroplus.it).

<sup>16</sup> Art. 4 d. interm. 4 aprile 2002 e Circ. Inps, 26 maggio 2003, n. 93. L'accREDITAMENTO è previsto dai dd.mm. 4 aprile 2002 e 12 luglio 2007. Sul tema v. Circ. Inps, 26 febbraio 2016, n. 42.

<sup>17</sup> V. sui criteri di calcolo, Cass., 20 marzo 2017, n. 7120, in [www.foroplus.it](http://www.foroplus.it).

lavoratori autonomi di fiducia in possesso dei necessari requisiti professionali, anche attraverso il riconoscimento di forme di compresenza della lavoratrice e del suo sostituto (art. 14, comma 2, l. n. 81/2017)<sup>18</sup>.

Le disposizioni del T.U. oggetto di analisi non prevedono espressamente tutele per i padri lavoratori per i quali, però, con il d. interm. 4 aprile 2002, è stato fissato il diritto ad un'indennità per un periodo di tre mesi (successivi alla data effettiva del parto, o per il periodo residuo che sarebbe spettato alla lavoratrice madre) in caso di morte o grave infermità della madre o di abbandono, in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre (art. 3, comma 1) e in caso di adozione o di affidamento, anche in alternativa alla madre che non ne faccia richiesta (art. 3, comma 2).

Per tale ultima ipotesi (adozione ed affidamento), tuttavia, si deve ritenere che il diritto alla indennità di paternità spetti per cinque mensilità in ragione dell'intervento della Corte costituzionale (C. cost. n. 257/2012) cui è seguita l'introduzione dell'art. 64-*bis* T.U. per le sole lavoratrici<sup>19</sup>.

Per la prima della due ipotesi (morte, grave infermità, etc.), invece, il limite massimo di 3 mesi è difforme, in maniera del tutto irragionevole, dall'analogo diritto riconosciuto agli altri lavoratori autonomi di cui al Capo XI T.U. e per i quali l'indennità di paternità spetta *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, art. 28, comma 1-*ter* e 66, comma 1-*bis* T.U.).

Il diritto al trattamento economico per congedo parentale è previsto invece dall'art. 8, comma 4 e ss., l. n. 81/2017<sup>20</sup>, come modificato dal d.lgs. n. 105/2022. Le lavoratrici ed i lavoratori iscritti alla gestione separata hanno diritto ad un trattamento pari a tre mesi ciascuno, entro i primi dodici anni di vita del bambino.

Con un'aggiunta non felicissima da un punto di vista testuale, nel 2022 è stato introdotto un ulteriore periodo nell'art. 8, comma 4, l. n. 81/2017, col quale si accordano «ulteriori tre mesi di *congedo del bambino*» ai genitori, in alternativa tra di loro. Stando al tenore letterale, parrebbe che il legislatore aggiunga *alla indennità per congedo parentale un ulteriore congedo* di tre mesi<sup>21</sup>. I trattamenti economici per congedo parentale non possono superare complessivamente, e per entrambi i genitori, i 9 mesi<sup>22</sup>.

Per il congedo parentale non opera il principio di automaticità delle prestazioni. Secondo l'art. 8, comma 5, l. n. 81/2017, l'indennità viene riconosciuta alla lavoratrice e/o al lavoratore che abbiano accreditate 3 mensilità di contribuzione nei 12 mesi precedenti l'inizio del periodo indennizzabile.

<sup>18</sup> Sul tema v. FERRARA, *op. cit.*, 419 ss.

<sup>19</sup> In tal senso si esprime anche la Circ. Inps, 26 febbraio 2016, n. 42.

<sup>20</sup> La materia era prima regolata dall'art. 1, comma 788, l. n. 296/2006, espressamente abrogato dall'art. 8, comma 7, l. n. 81/2017.

<sup>21</sup> Resta ferma ovviamente la facoltà dei genitori di fruire del congedo nei periodi indennizzati. Si rinvia alla Circ. Inps, 16 novembre 2018, n. 109, per la descrizione di varie ipotesi di fruizione dei congedi da parte dei genitori. L'Inps (Circ. Inps, 27 ottobre 2022, n. 122) sostiene la obbligatorietà dell'astensione durante il periodo di fruizione dell'indennità per congedo parentale.

<sup>22</sup> Tale valore limite non pare applicabile, a stretto rigore, al genitore solo, per il quale vale il limite massimo di 6 mesi (V. Circ. Inps, 27 ottobre 2022, n. 122).

Il principio di automaticità spiega i suoi effetti, invece, per l'indennità per congedo parentale fruita entro il primo anno di vita del bambino da genitori che abbiano «titolo» all'indennità di maternità o paternità (art. 8, comma 6, l. n. 81/2017). In tal caso non è necessaria la sussistenza di alcun requisito contributivo e tale previsione si applica anche ai lavoratori autonomi.

L'indennità per congedo parentale è calcolata in misura pari al 30% del reddito relativo alla contribuzione nei 12 mesi precedenti l'inizio del periodo indennizzabile o del reddito preso a riferimento per la corresponsione dell'indennità di maternità o paternità.

Le regole poc'anzi descritte trovano applicazione anche nei casi di adozione o affidamento preadottivo (art. 8, comma 7, l. n. 81/2017).

### 3.2. Le lavoratrici ed i lavoratori di cui al Capo XI T.U.

Il secondo gruppo di prestatori di lavoro autonomo è disciplinato dagli artt. 66-69 T.U.

Il Capo XI riconosce a tutte le lavoratrici un'indennità giornaliera di maternità (art. 66 e 68 T.U.). L'indennità spetta al padre lavoratore autonomo in caso di morte, di grave infermità della madre, di abbandono e in caso di affidamento esclusivo del bambino, per il periodo in cui sarebbe spettata alla madre lavoratrice autonoma<sup>23</sup> o per la parte residua (art. 66, comma 1-*bis* T.U.).

Le indennità di maternità e paternità spettano anche in caso di adozione e di affidamento (art. 67, comma 2, T.U. che rinvia espressamente alle analoghe previsioni sul lavoro subordinato – art. 26 T.U.)<sup>24</sup>.

Nel linguaggio legislativo non compare mai il richiamo alla parola congedo non essendovi dubbi sulla facoltatività della astensione rispetto alla fruizione dell'indennità di maternità<sup>25</sup>. Alle lavoratrici del Capo XI T.U. trovano applicazione le previsioni dell'art. 14 l. n. 81/2017 e, pertanto, se prestano attività continuativa nei confronti del committente, hanno diritto alla sospensione della prestazione per un periodo non superiore a 150 giorni, senza diritto al corrispettivo (art. 14, comma 1, l. n. 81/2017). Previo consenso del committente, poi, le lavoratrici autonome hanno la possibilità di farsi sostituire da altri lavoratori autonomi di fiducia in possesso dei necessari requisiti professionali, anche attraverso il riconoscimento di forme di compresenza della lavoratrice e del suo sostituto (art. 14, comma 2, l. n. 81/2017).

Ai fini dell'erogazione dell'indennità, l'Inps richiede la regolarità contributiva<sup>26</sup> nonostante appaia consolidato l'orientamento giurisprudenziale che, almeno per le lavoratrici agricole autonome, ritenga sufficiente la sola iscrizione negli elenchi di categoria<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Il diritto alla indennità spetta anche nel caso in cui la madre sia lavoratrice subordinata, ai sensi dell'art. 28, comma 1-*ter*, T.U.

<sup>24</sup> V. però VALLAURI, *Sub artt. 64 ss.*, cit., 1353 la quale rileva che non è prevista la possibilità per il padre di beneficiare dell'indennità in luogo della madre che non ne faccia richiesta. Tale possibilità è prevista, per il lavoro subordinato, dall'art. 31 T.U. L'alternatività è stata riconosciuta anche dalla giurisprudenza per i genitori liberi professionisti, Cass., 15 gennaio 2013, n. 809.

<sup>25</sup> Sul tema si è pronunciata C. cost., 21 aprile 1993, n. 181, cit.

<sup>26</sup> Di recente, ancora, Circ. Inps, 3 gennaio 2022, n. 1 e Circ. Inps, 27 ottobre 2022, n. 122.

<sup>27</sup> Cass., 24 febbraio 2012, n. 2877; Cass., 8 aprile 2011, n. 8074. V. anche App. Roma, 24 giugno 2022, n. 2847, in [www.foroplus.it](http://www.foroplus.it),

L'art. 68 T.U. fissa nelle tradizionali cinque mensilità la misura della indennità che viene erogata dall'Inps (con il diritto ad ulteriori tre mesi a determinate condizioni)<sup>28</sup>; la prestazione viene stabilita nella misura dell'80% di parametri reddituali differenti in relazione alle varie lavoratrici del Capo XI T.U..

In caso di gravidanza a rischio, il comma 2-ter dell'art. 68 – introdotto dal d.lgs. n. 105/2022 – prevede la possibilità di indennizzare anche i periodi antecedenti i due mesi prima del parto. L'Inps ha precisato che pure in tal caso non è necessaria l'astensione dall'attività lavorativa<sup>29</sup>.

Si prevede poi un'indennità in caso di interruzione della gravidanza, nella misura di 30 giorni (art. 68, comma 3).

La disciplina dei congedi parentali, contenuta nell'art. 69 T.U., è stata novellata dal d.lgs. n. 105/2022: alle lavoratrici ed ai lavoratori autonomi è esteso il diritto al congedo parentale, limitatamente ad un periodo di 3 mesi entro il primo anno di vita del bambino (o dall'ingresso del minore); il diritto al congedo è riconosciuto anche in caso di adozione e di affidamento (art. 69, comma 1-bis T.U.). L'Inps ha precisato che il diritto a 3 mesi di congedo spetta a ciascuno dei genitori e l'erogazione dell'indennità è subordinata alla effettiva astensione dell'attività lavorativa<sup>30</sup>.

### 3.3. Le lavoratrici ed i lavoratori liberi professionisti.

Per i liberi professionisti, regolati dal Capo XII T.U., iscritti alle casse di previdenza privatizzate, le norme di riferimento sono gli artt. 70, 71, 72, 73 T.U., come modificati dai dd.lggss. nn. 80/2015 e 105/2022, che hanno emendato le norme previgenti anche in ragione dei numerosi interventi della Corte costituzionale<sup>31</sup>.

L'indennità di maternità viene corrisposta nella misura di 5 mensilità (per i 2 mesi antecedenti la data del parto e per i 3 mesi successivi) e, a determinate condizioni reddituali, può essere estesa di ulteriori 3 mensilità<sup>32</sup>. In caso di gravidanza a rischio, l'ultima parte del comma 1 dell'art. 70 T.U. prevede la possibilità di indennizzare anche i periodi antecedenti i due mesi prima del parto.

Il diritto all'indennità di maternità è indipendente dalla effettiva astensione dall'attività lavorativa (art. 71, comma 1, T.U.).

---

relativa ad una imprenditrice iscritta nella gestione commercianti.

<sup>28</sup> Art. 1, comma 239, l. n. 234/2021 e si applica purché le lavoratrici dichiarato nell'anno precedente l'inizio della maternità un reddito inferiore a € 9.280 (valore rivalutato nel 2024). V. Circ. Inps, 3 gennaio 2022, n. 1.

<sup>29</sup> Circ. Inps, 27 ottobre 2022, n. 122.

<sup>30</sup> Circ. Inps, 27 ottobre 2022, n. 122.

<sup>31</sup> Alla novella poi si sono adeguati pedissequamente i regolamenti delle casse di previdenza che mimano le previsioni legali, differenziandosi tuttavia per la misura dei requisiti contributivi minimi richiesti per l'erogazione della prestazione. I regolamenti delle casse, di norma, prevedono anche la possibilità, nel caso in cui il rapporto assicurativo venga costituito successivamente ai 2 mesi precedenti il parto, di frazionare l'indennità di maternità. In termini anche Cass., 22 novembre 2001, n. 14814, in *OGI*, 2001, I, 880; Cass., 5 dicembre 2001, n. 15339.

<sup>32</sup> Art. 1, comma 239, l. n. 234/2021 che si applica purché le lavoratrici dichiarato nell'anno precedente l'inizio della maternità un reddito inferiore a € 9.280 (valore rivalutato nel 2024).

Nei commi 2, 3 e 3-*bis* dell'art. 70 T.U. viene disciplinata la misura dell'indennità che è pari all'80% di 5/12 del solo reddito professionale *percepito e denunciato* nel secondo anno precedente a quello dell'evento<sup>33</sup>; i commi 3 e 3-*bis* dell'art. 70 T.U. pongono poi i limiti minimi e massimi della prestazione<sup>34</sup>.

In caso di adozione e di affidamento vi è completa omologazione con il lavoro subordinato: l'indennità di maternità, infatti, «spetta per i periodi e secondo quanto previsto dall'art. 26» (art. 72, comma 1, T.U.)<sup>35</sup>.

L'indennità spetta in misura intera in caso di interruzione della gravidanza avvenuta dopo il sesto mese di gravidanza (art. 71, comma 3, T.U.). Se l'interruzione avviene prima del terzo mese, l'indennità è corrisposta nella misura pari all'80% di 1 mensilità del reddito rilevante.

Una particolare attenzione merita la faticosa evoluzione delle tutele per il padre libero professionista. Solo con il d.lgs. n. 80/2015 è stata riconosciuta l'indennità di paternità per il caso di morte o grave infermità della madre o di abbandono (nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre) e per il periodo in cui sarebbe spettata alla madre libera professionista o per la parte residua (art. 70, comma 3-*ter*, T.U.)<sup>36</sup>.

La legge non prevede il diritto all'indennità per i padri lavoratori autonomi nei casi di adozione e di affidamento. Si tratta di un'omissione che è colpevolmente imputabile agli interventi legislativi recenti (del 2015 e del 2022)<sup>37</sup>, considerando che tale profilo è stato affrontato, a più riprese, dalla Corte costituzionale.

<sup>33</sup> In giurisprudenza, v. Cass., 28 ottobre 2010, n. 22023; Cass., 10 giugno 2005, n. 12260; Cass. 9 settembre 2008, n. 23090; v. anche Cass., 19 luglio 2012, n. 12513 che ha precisato che ai fini della determinazione del reddito percepito e denunciato è irrilevante la forma in cui in concreto sia esercitata l'attività professionale e anche quando il reddito conseguito abbia natura mista, professionale e di impresa, come si verifica per la farmacista titolare di farmacia (in termini anche Cass., 7 novembre 2014, n. 23089). Per Cass., 17 dicembre 2007, n. 26568, occorre fare riferimento all'intero reddito percepito e denunciato ai fini fiscali, a differenza di quanto avviene per il calcolo della pensione, per il quale le casse di previdenza categoriali fanno riferimento esclusivamente ad un tetto di reddito professionale pensionabile (in termini anche App. Roma, 26 giugno 2006, in *FI*, 2006, 10, 1, 2914, con nota di CARBONE, *contra* Trib. Potenza, 4 ottobre 2005, *ivi*).

<sup>34</sup> La somma erogabile per l'indennità di maternità non può essere inferiore ai cinque/dodicesimi dell'80% del salario minimo giornaliero stabilito per i lavoratori dipendenti, con riferimento alla qualifica di impiegato. Il salario minimo di riferimento è quello dell'anno cui si verifica l'evento. Nel caso in cui il periodo di maternità ricade a cavallo di due anni, la retribuzione di riferimento è quella pro-quota di ciascun anno. L'indennità minima relativa all'anno 2023 era pari ad euro 5.610,80. L'indennità minima relativa all'anno 2024 è pari ad euro 5.914,48. Il limite massimo è pari a 5 volte il valore minimo. La legge consente alle casse professionali di derogare il limite massimo della indennità (art. 72, comma 3-*bis*, T.U.). V. in giurisprudenza, Cass., 12 maggio 2016, n. 9757, secondo cui le casse hanno un obbligo di motivazione soltanto nel caso di esercizio del potere discrezionale di aumento e non anche in caso di mancato esercizio, in conformazione al tetto massimo di legge.

<sup>35</sup> La completa omologazione si è avuta con le modifiche apportate dal d.lgs. n. 80/2015. Sulla previgente disciplina si è pronunciata, a più riprese, la Corte costituzionale. C. cost., 23 dicembre 2003, n. 371, in *MGL*, 2004, 169, con nota di FONTANA, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 72 nella parte in cui non prevede che, nel caso di adozione internazionale da parte di libera professionista, l'indennità di maternità spetta nei tre mesi successivi all'ingresso del minore adottato o affidato, anche se abbia superato i sei anni di età. C. cost., 22 ottobre 2015, n. 205, cit., ha dichiarato incostituzionale l'art. 72 nella parte in cui, per il caso di adozione nazionale, prevede che l'indennità di maternità spetti alla madre libera professionista solo se il bambino non abbia superato i sei anni di età.

<sup>36</sup> Stando al tenore letterale della previsione, dovrebbe essere escluso il diritto alla indennità di paternità nel caso in morte (o per gli altri eventi contemplati) della madre lavoratrice subordinata. L'esclusione, tuttavia, è totalmente irragionevole e, per evitarla, potrebbe essere valorizzata la previsione di cui all'art. 28, comma 1-*ter*, T.U. che prevede il diritto alla indennità a carico dell'Inps ma nella misura prevista dall'art. 66 T.U.

<sup>37</sup> VALLAURI, *Sub artt. 64 ss.*, cit., 1355.

Con una nota pronuncia del 2005, infatti, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 70 e 72 del T.U. nella parte in cui non prevedono il principio che al padre spetti di percepire in alternativa alla madre l'indennità di maternità<sup>38</sup>. La Corte ha valorizzato l'interesse preminente del bambino, che va tutelato non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente fisiologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della sua personalità. La tutela, nei casi dell'affidamento e dell'adozione, si prefigge di garantire «una completa assistenza al bambino nella delicata fase del suo inserimento nella famiglia» e l'effettiva parità di trattamento tra i genitori, liberi di accordarsi sull'organizzazione familiare più adeguata, risponde al preminente interesse del minore.

Poiché la pronuncia del 2005 si è conclusa con un invito al legislatore ad approntare un meccanismo attuativo che consentisse anche al lavoratore padre un'adeguata tutela, sono sorti nella giurisprudenza di merito dei dubbi sulla sua portata e, in particolare, sulla possibilità che essa potesse produrre effetti senza un ulteriore intervento legislativo. Nel 2018 la Corte costituzionale è tornata sul tema affermando che «il principio di parità tra i genitori adottivi conferma, difatti, la disciplina dell'indennità di maternità, che oramai vive nell'ordinamento, innervata dal principio ordinatore che questa Corte ha introdotto... In conclusione, al principio, enunciato in maniera puntuale nei termini di una perfetta parità tra i genitori adottivi, il giudice dovrà dunque fare riferimento per individuare un criterio di giudizio della controversia che è chiamato a decidere»<sup>39</sup>.

Nei casi di adozione e di affidamento, l'indennità spetta anche al padre che può fruirne *in alternativa* alla madre<sup>40</sup>.

Per i liberi professionisti, infine, non è previsto il diritto al congedo parentale né il diritto alla correlativa indennità.

## 4. Piccole e grandi questioni aperte.

La disciplina descritta ci porta a riconoscere la *sostanziale omogeneità* dei trattamenti normativi *nel* lavoro autonomo ed il progressivo avvicinamento della disciplina al lavoro subordinato, nel primo prisma del comune quadro costituzionale (artt. 31, 37, 35 Cost.).

Residuano delle piccole e grandi questioni che – ci si augura – saranno affrontate in maniera differente nel prossimo futuro.

<sup>38</sup> C. cost., 14 ottobre 2005, n. 385. Sulla sentenza v. BORELLI, *Il padre lavoratore nella giurisprudenza costituzionale*, in CALAFÀ, *Paternità e lavoro*, Il Mulino, 2007, 239.

<sup>39</sup> C. cost., 23 maggio 2018, n. 105. Di recente v. Cass., 23 maggio 2023, n. 14200; Cass., 25 maggio 2019, n. 14676; Cass., 27 aprile 2018, n. 10282.

<sup>40</sup> V. Cass., 15 gennaio 2013, n. 809, che ha affermato l'alternatività e la fungibilità delle indennità di maternità e paternità nei casi di adozione e di affidamento. Per Cass., 12 giugno 2023, n. 16598 l'indennità non è suscettibile di moltiplicazione in caso di parto o adozione plurimi.

L'ampia gamma di interventi giurisprudenziali e le evoluzioni legislative offrono all'interprete gli strumenti per risolvere alcune piccole questioni che emergono dal confronto fra le varie discipline sul lavoro autonomo.

Si pensi, ad esempio, al persistente obbligo speciale di astensione previsto per le ipotesi di maternità a rischio della lavoratrice autonoma iscritta alla Gestione separata, in virtù della espressa previsione contenuta nel d.m. 12 luglio 2007 del Ministero del lavoro e della previdenza sociale (art. 3), la cui vigenza è stata ribadita dall'Inps nel 2018<sup>41</sup>. Considerando che per le altre lavoratrici autonome non esiste un obbligo legale di astensione nei casi di maternità a rischio<sup>42</sup>, è evidente la irragionevole disparità di trattamento che si viene a creare tra situazioni sostanzialmente identiche<sup>43</sup>. La disparità di trattamento potrebbe essere appianata, a livello interpretativo, ritenendo che l'art. 3 del d.m. 12 luglio 2007 sia stato implicitamente abrogato dal superamento del divieto generale di astensione di cui all'art. 64, comma 2, T.U. come novellato dalla l. n. 81/2017<sup>44</sup>.

Argomenti analoghi potrebbero valere per l'astensione delle lavoratrici e dei lavoratori autonomi (iscritti alla Gestione separata e del Capo XI) nel caso di congedo parentale che, secondo l'Inps, sarebbe obbligatoria<sup>45</sup>. La pretesa dell'ente previdenziale pare irragionevole rispetto alla generale inesistenza dell'obbligo in caso di maternità o paternità: è paradossale escludere l'obbligo nell'ultima fase della gravidanza (anche nei casi di maternità a rischio) e nei primi mesi di vita del bambino ed imporlo, invece, in un periodo successivo. È ragionevole ritenere insussistente tale obbligo.

Ancora in via interpretativa è agevole colmare la lacuna della tutela (assente in tutte le discipline sul lavoro autonomo) per i padri adottivi o affidatari nel caso di morte, infermità o abbandono della madre. Come rilevato correttamente dalla dottrina<sup>46</sup>, è sufficiente valorizzare la giurisprudenza della Corte costituzionale (a partire da C. cost. 385/2005) sul preminente interesse del minore, per includere i padri entro la tutela.

Esistono, infine, due questioni di più complessa soluzione.

La prima riguarda l'alternatività dell'indennità (di maternità e di paternità) per i lavoratori autonomi genitori biologici o, se si preferisce, la possibilità che il padre biologico fruisca dell'indennità di paternità *in luogo* della madre (lavoratrice autonoma) *al di fuori* dei casi espressamente previsti (morte, infermità, etc.).

Tale possibilità non è oggi contemplata dall'ordinamento né per il lavoro autonomo né, ovviamente, per il lavoro subordinato.

Per il lavoro autonomo, però, una breccia sembrava essere stata aperta dalla sent. n. 385/2005 della Corte costituzionale che, pronunciandosi in materia di adozione, aveva

<sup>41</sup> Circ. Inps, 16 novembre 2018, n. 109.

<sup>42</sup> Circ. Inps, 27 ottobre 2022, n. 122 in cui l'Inps ha escluso espressamente l'obbligo per le lavoratrici di cui al Capo XI T.U.

<sup>43</sup> Lo rileva DE LEONARDIS, *Lavoro non subordinato e maternità. Considerazioni a margine del D.Lgs. n. 105/2002*, cit., 127.

<sup>44</sup> In tal senso VALLAURI, *Sub artt. 64 ss.*, cit., 1349.

<sup>45</sup> Circ. Inps, 27 ottobre 2022, n. 122. La posizione dell'Inps potrebbe trovare qualche sponda interpretativa nelle non felici formulazioni letterali delle norme rilevanti che alludono espressamente alla parola congedo: "i genitori hanno diritto, in alternativa tra loro, ad ulteriori tre mesi di congedo" (art. 8, comma 4, l. n. 81/2017) e "diritto al congedo parentale" (art. 68 T.U.).

<sup>46</sup> VALLAURI, *Lavori indipendenti e strumenti di conciliazione vita-lavoro*, cit., 76.

ritenuto che *l'effettiva parità di trattamento tra i genitori, liberi di accordarsi sull'organizzazione familiare più adeguata*, rispondesse al preminente interesse del minore.

Nel 2010, però, la Corte costituzionale ha nettamente escluso l'assimilabilità delle posizioni della madre e del padre biologici. Secondo la Corte «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»<sup>47</sup>.

I pregevoli argomenti utilizzati dalla Corte, tuttavia, non sono pienamente pertinenti ed anzi sono il frutto di confusione tra tipi contrattuali che, se è innegabile che si siano avvicinati, sono, e continuano ad essere, diversi.

La necessità di protezione della salute della madre – che è sacrosanta – è intrinsecamente collegata alla (disciplina della) maternità nel lavoro subordinato ma non lo è di necessità nel lavoro autonomo<sup>48</sup>, per il quale *non vi è obbligo di astensione* e gli strumenti di tutela sono quasi esclusivamente di tipo economico<sup>49</sup>. L'argomento appare dunque ultroneo ed inidoneo a differenziare in maniera pertinente le posizioni della madre e del padre lavoratori autonomi.

La seconda questione riguarda l'orientamento giurisprudenziale, consolidato, che esclude, per le libere professioniste, la cumulabilità di indennità di maternità erogabili da diversi enti e/o casse di previdenza.

Il fondamento normativo viene rinvenuto nell'art. 71, comma 2, T.U. che impone che la domanda di indennità di maternità debba essere corredata da un'autocertificazione «attestante l'inesistenza del diritto alla indennità di maternità di cui al Capo III, al Capo X e al Capo XI».

Sulla scorta di tale previsione, la Corte di cassazione, a più riprese, ha ritenuto legittimo il diniego di erogazione della prestazione di maternità da parte delle casse di previdenza privatizzate (in particolare Cassa forense) richieste da lavoratrici autonome (in particolare avvocate, insegnanti *part-time* di ruolo nel comparto scuola)<sup>50</sup>. Secondo Cass.

<sup>47</sup> C. cost., 28 luglio 2010, n. 285. Sulla sentenza v. CALAFÀ, *Padri liberi professionisti e tutela economica della maternità. La parabola interpretativa della Corte costituzionale*, in *RGL*, 2011, 3, 359 ss. L'alternatività è stata esclusa anche da Cass., 30 maggio 2016, n. 11129; Cass., 2 maggio 2016, n. 8594, in *FI*, 2016, 10, I, 3197. In senso contrario, ma prima di C. cost. n. 285/2010, Trib. Termini Imerese, 4 novembre 2009, n. 1290, in *GDir*, 2010, 10, 72, con nota di GHIEDO, CASOTTI; Trib. Firenze, 29 maggio 2008, n. 710, in *RIDL*, 2009, II, 263, con nota di SAVINO. CALAFÀ, *op. ult. cit.*, 360, menziona altre due pronunce di merito, Trib. Alessandria, 27 maggio 2010, n. 226 e Trib. Savona, 23 febbraio 2009.

<sup>48</sup> CALAFÀ, *op. ult. cit.*, 362-363, che pure richiama CINELLI, *Indennità di maternità e lavoro libero professionale*, in *GC*, 1998, 5, 1201, il cui ragionamento si impenna sulla tutela dal bisogno (*ex art. 38 Cost.*) e non sulla protezione della salute fisica e biologica della madre.

<sup>49</sup> ALES, *Maternità e congedi parentali*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, Giuffrè, 2016, 552. V. pure C. cost., 29 gennaio 1998, n. 3, cit., secondo cui: «la probabile diminuzione del reddito a motivo della sospensione o riduzione dell'attività lavorativa non incide, comunque, sulla predetta necessaria serenità se compensata dal sostegno economico proveniente dalla solidarietà della categoria cui la donna appartiene».

<sup>50</sup> Cass., 11 gennaio 2018, n. 515; Cass., 16 novembre 2017, n. 27224; Cass., 17 giugno 2013, n. 15072. Si v. anche Trib. Milano, 7 agosto 2014, n. 2351, in *www.dejure.it*, relativa ad una lavoratrice che con lo stesso datore di lavoro aveva stipulato un contratto di lavoro subordinato a tempo parziale ed un contratto di collaborazione autonoma professionale con contribuzione versata all'ENPAM. *Contra* App. Firenze, 4 ottobre 2022, in *Labor*, 2023, 1, 81, con nota di CALAFÀ, relativa però ad una vicenda peculiare (avvocata e docente universitaria a tempo definito di un'università privata).

n. 27224/2017: «la formulazione della norma appare del tutto chiara ed univoca e non consente una interpretazione diversa dall'impossibilità di godere del trattamento previsto dall'art. 70 nel caso in cui la richiedente goda già di una prestazione di altro ente in quanto, diversamente opinando, la disposizione sarebbe *inutiliter data* e non avrebbe alcuna utilità»<sup>51</sup>.

L'interpretazione fornita dalle casse di previdenza privatizzate, ed avallata dalla giurisprudenza, è ancor più radicale di quanto possa apparire. Lungi dal riconoscere un mero divieto di cumulo di prestazioni (in altri termini: non si possono cumulare due prestazioni di maternità), essa *esclude* totalmente la possibilità per la lavoratrice autonoma di scegliere a quale ente o cassa di previdenza indirizzare la propria domanda di indennità di maternità (in altri termini: non si può accogliere la domanda di indennità se essa può essere erogata da altra gestione o cassa privata). La scelta è preclusa a monte, nella quasi totalità dei casi, quando la libera professionista ha un contratto di lavoro subordinato, essendovi l'obbligo *ex lege* di astensione dalla prestazione.

La radicale interpretazione, dunque, si traduce nell'obbligo della lavoratrice autonoma di ricevere la prestazione di maternità dall'ente diverso dalla propria cassa di previdenza<sup>52</sup>.

Pare che questa interpretazione sia gravemente in contrasto con la valorizzazione della libertà di scelta della lavoratrice che, proprio in materia di maternità *ed anche in relazione al lavoro subordinato*, si sta espandendo.

Vi è poi una conseguenza ulteriore della interpretazione qui contestata. Nei casi statisticamente più ricorrenti di cumulo tra lavoro autonomo e lavoro subordinato a tempo parziale, l'unica indennità che la lavoratrice può ottenere è *economicamente ridotta* perché ridotto è il montante retributivo (del lavoro subordinato) a cui parametrarla.

In tal caso, viene da chiedersi se l'indennità possa:

- a) garantire quella *serenità* che la Corte costituzionale ha ritenuto *necessaria* per la lavoratrice autonoma nel periodo di diminuzione del reddito a motivo della sospensione o riduzione dell'attività lavorativa<sup>53</sup>;
- b) essere in linea con i criteri di sufficienza dall'art. 8 della Dir. 2010/41/UE o di adeguatezza previsti dalla Racc. del Consiglio dell'8 novembre 2019 (2019/C 387/01).

La sufficienza e l'adeguatezza delle prestazioni di maternità, associate alla libertà che si sta sempre più convintamente affermando nella nuova dogmatica delle sospensioni del

<sup>51</sup> Nella sentenza poi vi sono ampi riferimenti alla giurisprudenza costituzionale sullo stato di bisogno e sulla nozione di tenore di vita che appaiono fuorvianti. Essi sono la riproposizione, parziale, di C. cost. n. 3/1998 ma si tratta di affermazioni che la Consulta riferiva alla indennità di maternità delle lavoratrici subordinate e non a quella delle lavoratrici autonome. Per queste ultime, differentemente, la Consulta, ha affermato: «la libera professionista non deve essere turbata da alcun pregiudizio alla sua attività professionale. Ciò può avvenire lasciando che la lavoratrice svolga detta funzione familiare conciliandola con la contemporanea cura degli interessi professionali non confliggenti col felice avvio della nuova vita umana. La probabile diminuzione del reddito a motivo della sospensione o riduzione dell'attività lavorativa non incide, comunque, sulla predetta necessaria serenità se compensata dal sostegno economico proveniente dalla solidarietà della categoria cui la donna appartiene».

<sup>52</sup> CALAFÀ, *Libera professionista e docente universitaria: la Corta d'appello afferma il principio di complementarietà dei trattamenti di maternità*, in *Labor*, 2023, 1, 90, che definisce quella dell'art. 71 T.U. una «regola capestro».

<sup>53</sup> C. Cost., 29, gennaio 1998, n. 3, cit.

rapporto, dovrebbero consentire alla lavoratrice autonoma di scegliere a quale ente o cassa previdenziale indirizzare la domanda di indennità di maternità.

Qualora la scelta non sia possibile, non vi è ragione di escludere che le prestazioni di maternità possano essere integrate dagli enti e dalle casse di previdenza privatizzate in una logica di complementarietà. Non è un caso se la dottrina più attenta invochi una rilettura dell'art. 71 adattata alla graduale affermazione del principio di parità del trattamento retributivo tra donne ed uomini, anche mediante una disapplicazione della normativa interna non conforme al diritto dell'Unione<sup>54</sup>. In questa prospettiva degni di menzione sono alcuni regolamenti di casse previdenziali che, pur affermando l'incumulabilità delle prestazioni, nel caso di lavoro *part-time* prevedono un'integrazione della prestazione percepita sino alla concorrenza della misura minima dell'indennità prevista dalla cassa di previdenza privata<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> CALAFÀ, *op. ult. cit.*, 93 che invoca una rilettura dell'art. 71 adattata alla graduale affermazione del principio di parità del trattamento retributivo tra donne ed uomini, anche mediante una disapplicazione della normativa interna non conforme al diritto U.E.

<sup>55</sup> L'art. 4 del *Regolamento della corresponsione dell'indennità di maternità* dell'Enpap, pur affermando l'incumulabilità delle prestazioni, nel caso di lavoro *part-time* prevede un'integrazione della prestazione percepita sino alla concorrenza della misura minima dell'indennità prevista dalla cassa di previdenza privata. La medesima integrazione è prevista dall'art. 6 del *Regolamento E.N.P.A.M. a tutela della genitorialità*. L'Enpam poi prevede un indennizzo integrativo, per tutti gli altri casi di cumulo diversi dal lavoro *part-time*, fino al raggiungimento del minimo della prestazione assicurato dall'ente privato.