

# È discriminatorio rifiutare la richiesta di congedo parentale della lavoratrice madre nella famiglia omogenitoriale

*di D. Bellini - 20 Maggio 2021*

Il diritto del lavoro è da sempre chiamato a rispondere a istanze di tutela ogni volta nuove, misurandosi con mutamenti sociali che si consumano in tempi più rapidi rispetto a quelli necessari al legislatore per metabolizzarli. In questo disallineamento, le norme (e gli interpreti) sono chiamati a rincorrere situazioni non espressamente disciplinate.

Ed è in questa direzione, nella indefettibile necessità di fornire risposte, che si colloca la sentenza n. 453 del 17.3.2021, con cui la Corte di Appello di Milano ha affermato il carattere discriminatorio del diniego opposto dal datore di lavoro alla richiesta di congedo parentale avanzato da una lavoratrice, legata da unione civile, per provvedere alla assistenza del figlio nato in un contesto di omogenitorialità.

## **La fattispecie.**

La domanda di congedo della lavoratrice era corredata da documentazione che attestava sia l'esistenza dell'unione civile, sia l'avvenuto riconoscimento del minore. La stessa era preordinata sia ad ottenere il congedo parentale ex art.32 del D. lgs. 51/2001, sia i permessi per malattia ex art. 42 del medesimo decreto, *“quando se ne presentasse la necessità”*.

La domanda veniva però respinta dal datore di lavoro (pubblico). Il rifiuto era mosso – si legge nella risposta – all'esito di *“una lettura sistematica della normativa italiana in materia di unioni civili, genitorialità e filiazione derivata dall'applicazione di tecniche di fecondazione assistita...”*, che non consentirebbe il riconoscimento del minore da parte di due persone dello stesso sesso.

La lavoratrice instaurava quindi un procedimento giudiziario ex art. 702 bis c.p.c., chiedendo l'accertamento del carattere discriminatorio della condotta e il risarcimento del danno subito.

Il Tribunale di prime cure, rilevato preliminarmente *“il vuoto normativo riscontrabile nell'ordinamento nazionale in ordine alla genitorialità delle coppie omosessuali”*, focalizzava l'attenzione sul fatto che *“non potevano essere sindacati dal Giudice l'atto di riconoscimento di figlio nato fuori dal matrimonio e l'atto di nascita, formati direttamente da parte dell'Ufficiale di Stato Civile di un Comune Italiano”*.

E' questo il presupposto che porta all'accoglimento della domanda volta ad ottenere *“il congedo parentale ex art. 32 T.U. co. 1 lett. B”*. Vengono invece respinte le domande di risarcimento non patrimoniale e quella volta ad ottenere il congedo ex art. 47 D. lgs. 151/2001, *“in difetto del necessario presupposto costituito dalla malattia del figlio”*.

La decisione del Tribunale di prime cure ([commentata qui](#)) è impugnata dalla datrice di lavoro, che basa il gravame su una diversa ricostruzione di “*famiglia nucleare e civile*”, da intendersi come “*formazione sociale ... originata dal matrimonio e dai figli nati dai coniugi*”, anche alla luce della “*disciplina codicistica*”, basata sui concetti di “*madre e padre*”, con ciò “*escludendo il compimento dell’atto da parte di persone dello stesso sesso*”.

Sulla base di tali presupposti, a detta dell’appellante, “*il certificato attestante il riconoscimento del minore da parte di entrambi i genitori avrebbe dovuto essere disapplicato*”, in quanto “*non consentito dall’ordinamento*”.

La lavoratrice resisteva in appello, coltivando l’appello incidentale nella misura in cui è stata preventivamente rifiutata la richiesta di permessi (futuri) nel caso di malattia del figlio, e reiterando la domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale.

### **La decisione.**

La Corte di Appello respinge il ricorso del datore di lavoro ed accoglie il ricorso incidentale della lavoratrice.

Il giudice del gravame, in linea con quello di prime cure, attribuisce carattere dirimente al riconoscimento dello stato di figlio innanzi all’ufficiale di stato civile. Aspetto, questo, che “*basterebbe a precludere all’odierna appellante la facoltà di sindacare le risultanze dei registri di stato civile*” (sul punto si v. recentemente Trib. Roma, decreto 18 aprile 2021, in *One Legale*, secondo cui, anche nel contesto omogenitoriale, l’ufficiale di stato civile non può rifiutare l’annotazione del riconoscimento dello *status* di genitore sull’atto di nascita del minore).

La Corte prosegue affermando che “*l’Azienda sia stata indotta ad operare l’indebito vaglio di legittimità del riconoscimento, unicamente in ragione dell’identità di genere e dell’orientamento sessuale delle persone che lo avevano operato*”.

Viene quindi integrata – a detta del Collegio – una “*discriminazione prevista dall’art. 2 della Direttiva del 27/11/2000 n. 200/78/CE*”, che al paragrafo 2, lettera a), ravvisa la “*discriminazione diretta*” quando “*sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all’articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un’altra in una situazione analoga*”.

La decisione focalizza l’attenzione unicamente sulla tutela del soggetto interessato – il minore riconosciuto – evitando ogni dissertazione sulla nozione di famiglia riconosciuta nel nostro ordinamento, peraltro irrilevante.

Quello che conta, secondo la Corte, è garantire l’effettività delle tutele di cui al D. lgs. 151/2001, sanzionando la condotta datoriale idonea ad “*ostacolare l’aspirazione a vivere la propria genitorialità su un piano di uguaglianza*”.

La focalizzazione dell’attenzione sui beni giuridici tutelati – in questo caso la genitorialità – è una linea di lettura già utilizzata dalla giurisprudenza lavoristica quando ha affrontato le lacune normative che non riconoscevano espressa tutela ad alcuni soggetti inseriti nella famiglia di fatto.

La sentenza richiama, per alcuni aspetti, la sentenza della Corte Costituzionale n. 213 del 23/9/2016 che accertò l'illegittimità dell'art. 33 comma 3 della l. 104/1992 nella parte in cui non includeva il convivente tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza alla persona con handicap in situazione di gravità.

Anche in quella occasione, come in quello esaminato, l'attenzione era correttamente riposta soltanto sulla necessità di *“assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare”*, qualsiasi esso sia, anche alla luce del rango costituzionale delle formazioni sociali, intese come *“ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico”* (si v. anche Corte Cost. n. 138 del 2010, Corte Cost. n. 404 del 1988).

Nel verificare l'opportunità di estendere le tutele esistenti a anche situazioni non espressamente previste dal legislatore, anche il giudice delle leggi aveva ritenuto non rilevante il tema della equiparabilità della convivenza di fatto al rapporto di coniugio, soffermandosi piuttosto sul diverso (e determinante) piano della verifica di ragionevolezza della diversità di trattamento (sul punto si v. L. Calafà, *Unioni civili, convivenze di fatto e modello lavoristico di tutela dei genitori-lavoratori*, in *LG*, n. 11, 1 novembre 2016, che sottolinea come l'art. 3 vada invocato non per la sua portata eguagliatrice, ma per la contraddittorietà logica della esclusione del convivente dalla previsione di una norma che intende tutelare il diritto alla salute psico-fisica del disabile).

Quello che rileva, insomma, è l'inderogabilità della tutela, che ha come destinatario primario il minore, a prescindere della formazione sociale in cui è inserito, e senza alcuna rilevanza di questioni collaterali (che rischiano di costituire, come avvenuto nel caso di specie, l'antecedente logico di comportamenti discriminatori).

La Corte milanese ravvisa poi nella condotta datoriale, volta a negare il permesso per malattia ex art. 42 del D. lgs. 151/2001, anche una discriminazione preventiva.

La reale ragione del rifiuto non risiederebbe infatti nella *“carenza di attualità della malattia del bambino, quanto piuttosto dalle valutazioni giuridiche condotte sugli istituti delle unioni civili e della genitorialità derivata da PMA”*.

Spesso pioniera su questi terreni, la Corte di Appello di Milano sottolinea come il diniego preventivo abbia *“potenzialità pregiudizievole ... e portata dissuasiva nei riguardi della lavoratrice, indotta a desistere dal presentare ulteriore richiesta di permesso”* (in tema di discriminazioni preventive si v. App. Milano, 8 maggio 2017 n. 1003, che accertò il carattere discriminatorio della circolare INPS 8 maggio 2015, n. 93 nella misura in cui non riconosceva, *ex ante*, il bonus bebè all'istante sprovvisto di permesso di soggiorno illimitato; v. anche Cass., 15 dicembre 2020, n. 28646, che ha confermato il carattere discriminatorio delle dichiarazioni rese da un noto avvocato, in una nota trasmissione radiofonica, che dichiarava che non avrebbe mai assunto un collaboratore omosessuale presso il suo studio).

La Corte milanese, infine, riconosce anche la domanda di risarcimento non patrimoniale, richiamando il precedente delle Sezioni Unite n. 16601 del 5/7/2017, e ribadendo la natura

polifunzionale del risarcimento del danno, che si “*proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva*”.

Danilo Bellini, avvocato in Massa Carrara

Visualizza il documento: [App. Milano, 17 marzo 2021, n. 453](#)