**Corte di Cassazione, sez. Lavoro, sentenza 3 marzo – 30 maggio 2016, n. 11129**
*Presidente Nobile – Relatore Balestrieri*

*Svolgimento del processo*

Con sentenza n. 710/2008 il Tribunale di Firenze condannava la Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense (CNPAF) al pagamento, in favore dell’avvocato F.P. L., dell’indennità di maternità di cui all’art. 70 d.lgs. 26.3.2001 n.151 (come modificato dagli artt. 7 d.lgs. n. 115 /2003 e 1 d.lgs.n. 289/2003), in relazione alla nascita del figlio in data 8.5.2006, quantificandone l’importo in Euro 21.448,33, oltre accessori.
Contro tale sentenza proponeva appello la CNPAF, contestando che l’indennità in questione potesse essere attribuita al padre libero professionista, in alternativa alla madre, in base ad una semplice opzione dei genitori ed in forza di una mera "interpretazione costituzionalmente adeguatrice" del citato art. 70 così come espressamente ritenuto dai Tribunale.
Si costituiva l’appellato concludendo per il rigetto del gravame.
Con ordinanza del 15.5.09, la Corte territoriale, considerato che la pretesa del F. non poteva essere accolta in base ad una semplice interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina legale, sollevava questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 29 e 31 della Costituzione, dell’art. 70 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell’articolo 15 della L. 8 marzo 2000, n. 53), nella parte in cui non prevede il diritto del padre libero professionista di percepire, in alternativa alla madre biologica, l’indennità di maternità.
Con sentenza del 28.7.2010 n. 285, la Corte Costituzionale dichiarava non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata (in riferimento agli artt. 3, 29 e 31 della Costituzione), e riteneva peraltro inammissibile analoga questione sollevata dalla Corte d’appello di Venezia.
Con sentenza depositata l’11 febbraio 2011, la Corte d’appello di Firenze, in riforma della pronuncia gravata, rigettava la domanda proposta dal F. in primo grado, compensando le spese del doppio grado.
Riteneva in sintesi la Corte che la pronuncia della Consulta aveva correttamente ricondotto la questione nel fondamentale alveo inerente la maternità biologica, con le connesse problematiche di tutela della salute della madre in gravidanza ed in puerperio nel periodo protetto. Che il principio di eguaglianza di cui all’art. 3 Cost. imponeva di comparare non solo le posizioni (pur differenti tra di loro) del padre e della madre liberi professionisti, ma anche queste con le posizioni dei genitori lavoratori dipendenti, ove al padre non è riconosciuto (tout court) il diritto all’indennità economica di maternità per il periodo di astensione obbligatoria anche in luogo della madre che non possa fruirne.
Per la cassazione di tale sentenza propone ricorso il F. , affidato ad unico motivo. Resiste la Cassa con controricorso.
Entrambe le parti hanno depositato memoria. La difesa della Cassa ha presentato osservazioni scritte sulle conclusioni del P.M..

*Motivi della decisione*

ricorrente denuncia la violazione dell’art. 6 del Trattato di Lisbona ex art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.. Violazione di norme di diritto con riferimento alla violazione delle norme legislative “mentazionali” disciplinanti la fattispecie in esame, in particolare gli artt. 2, 3, 23 e 33 della Carta di Nizza.
Lamenta che con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1.12.09), la sentenza impugnata avrebbe avuto gli strumenti per ovviare alle riconosciute lacune dell’ordinamento interno, avendo l’art. 6 del Trattato incluso le disposizioni della Carta di Nizza nell’ambito materiale del diritto dell’Unione, sicché ove sia rivendicato in giudizio un diritto fondamentale garantito dal diritto comunitario, deve procedersi ad una valutazione della compatibilità tra legislazione nazionale e diritto comunitario con potere di disapplicazione della legge interna in contrasto con esso.
Deduce l’ingiustificata discriminazione tra la posizione del padre e quella della madre nella tutela della genitorialità, nonché il deficit di tutela della compagine familiare derivante dalla impossibilità di conseguire alcuna indennità di maternità nel caso in cui la madre, per la sua posizione lavorativa, non abbia titolo per chiederne.
Quanto alla discriminazione di genere rammenta che l’art. 2 della Carta di Nizza (recte: nella versione consolidata quale risultante dal Trattato di Lisbona del 2009, G.U.U.E. del 26.10.2012) sancisce che: "L’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, sulla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini".
Quanto al sostegno alla famiglia, rammenta che l’art. 3 della Carta (versione consolidata) recita: "L’Unione combatte l’esclusione sociale e le discriminazioni, promuove la giustizia e la protezione sociale, la parità tra donne e uomini, la solidarietà fra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri".
Evidenzia ancora che l’art. 23 (Carta Nizza, versione consolidata) precisa con chiarezza il portato generale degli assunti di principio di cui agli articoli introduttivi: "la parità tra uomo e donna deve essere assicurata in tutti i campi compresi in tema di lavoro. È garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico economico e sociale", ed inoltre che l’art. 33 sancisce che: "è garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale; al fine di poter conciliare vita professionale e vita familiare ogni persona ha il diritto...a un congedo di maternità retribuito ed a un congedo parentale dopo la nascita o l’adozione di un figlio".
Evidenzia che tali articoli non rinviano alle legislazioni nazionali per l’attuazione degli stessi, sicché si tratterebbe di norme immediatamente precettive.
Invoca dunque l’art. 52, comma 5, della medesima Carta, che recita: "le disposizioni della presente Carta che contengono principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati dalle istituzioni organi e organismi dell’Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell’Unione, nell’esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi ad un giudice solo ai fini dell’interpretazione e del controllo di legalità di detti atti".
Chiede in subordine sottoporsi alla CGUE, ai sensi dell’art. 267, comma 2, TFUE l’interpretazione degli invocai principi comunitari.
2.- Deve pregiudizialmente respingersi l’eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dalla Cassa controricorrente, derivante, in tesi, dalla novità delle doglianze inerenti la violazione del diritto dell’Unione Europea.
Deve infatti rimarcarsi che nel giudizio di cassazione, la verifica della compatibilità del diritto interno con quello comunitario, come nei casi dello "ius superveniens" e della modifica normativa determinata dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale, può essere esaminata dalla Corte anche d’ufficio, *salvo che siano necessari nuovi accertamenti di fatto* (ipotesi non ricorrente nel caso di specie), cfr., ex Cass. 15.3.2010 n. 6231, Cass. 13.5.2010 n. 11642, Cass. 23.1 07 n. 1474.
In sostanza, come già affermato da Cass. sez. un. 18.12.2006 n. 26948, il potere-dovere del giudice di conformarsi al diritto comunitario nella decisione della controversia,comporta la necessaria disapplicazione delle regole processuali di diritto interno che, precludendo in sede di legittimità l’esame di questioni non specificamente dedotte dal ricorrente e l’introduzione di nuove questioni di fatto, impediscono la piena applicazione delle norme comunitarie.
Da ultimo cfr. Cass. 2.7.2014 n. 15032, secondo cui nel giudizio di cassazione è ammissibile il motivo di ricorso che denunci la violazione del diritto comunitario, anche se non dedotta precedentemente, in quanto non esistono preclusioni alla rilevabilità, anche d’ufficio e per la prima volta, in sede di legittimità della questione relativa alla compatibilità della norma interna con quella comunitaria (nella specie sopravvenuta), che opera in modo analogo allo "ius superveniens", essendo tenuto il giudice di ultima istanza a tale controllo.
Ne consegue che anche l’istanza di rimessione alla Corte di giustizia dell’U.E. può essere proposta per la prima volta in sede di legittimità, ed anche nel giudizio di rinvio, la cui natura chiusa determina solo una preclusione endoprocessuale inidonea ad ostacolare l’applicazione del diritto comunitario, Cass. 13.3.2010 n. 5842, Cass. 5.2.2011 n. 4690.
3.-Nel merito il ricorso è infondato.
3.1- Deve innanzitutto rimarcarsi che proprio l’art. 52, comma 5, della CDFUE (versione consolidata del 2012), invocato dal ricorrente, chiarisce che le disposizioni che contengono principi, quali certamente quelli di cui ai menzionati artt. 2 e 3, 23 e 33 della Carta, non sono direttamente cogenti per gli Stati membri ma possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati dalle Istituzioni organi e Organismi dell’Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell’Unione.
Dunque il legislatore nazionale, o le istituzioni ed organismi dell’Unione, possono intervenire per dare attuazione a tali principi, che dunque non hanno diretta applicazione (o natura precettiva); ove non intervengano essi non hanno carattere immediatamente esecutivo o cogente per gli Stati. I diritti fondamentali garantiti dalla Carta assumono infatti rilievo precettivo quando una normativa nazionale rientra nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione e l’applicabilità del diritto dell’Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta (cfr. CGUE ord. 12 luglio 2012, Currà e al., C-466/11).
L’art. 51 CDFUE del resto stabilisce: "1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell’Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri, *esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione*. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l’applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all’Unione nei trattati. 2. La presente Carta non estende l’ambito di applicazione del diritto dell’Unione al di là delle competenze dell’Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l’Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati". L’art.52, comma 3, ancora chiarisce: "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa".
Ne consegue che "per stabilire se una misura nazionale rientri nell’attuazione del diritto dell’Unione ai sensi dell’articolo 51, paragrafo 1, della Carta occorre verificare se la normativa nazionale in questione abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell’Unione, quale sia il suo carattere, e se essa persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto dell’Unione, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest’ultimo, nonché se esista una normativa di diritto dell’Unione che disciplini specificamente la materia o che possa incidere sulla stessa" (ex allis, CGUE 6 marzo 2014, C-206/2013, Siragusa).
La CGUE ha altresì affermato che: "da una costante giurisprudenza della Corte risulta sostanzialmente che i diritti fondamentali garantiti nell’ordinamento giuridico dell’Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell’Unione, ma non al di fuori di esse. A tal proposito la Corte ha già ricordato che essa, per quanto riguarda la Carta, non può valutare una normativa nazionale che non si colloca nell’ambito del diritto dell’Unione" (cfr. sentt. 22 ottobre 2002, Roquette Frères, C-94/00, Racc. pag. 1-9011, punto 25; 18 dicembre 2008, Sopropè, C-349/07, Racc. pag. 1-10369, punto 34; 15 novembre 2011, Dereci e a., C-256/11).
Al riguardo deve anche richiamarsi la sentenza CGUE 26.2.2013 (in c. C-617/10, Fransson): "Per quanto riguarda, anzitutto, le conseguenze che il giudice nazionale deve trarre da un conflitto tra il diritto nazionale e la CEDU, occorre ricordare che, anche se, come conferma l’articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali e anche se l’articolo 52, paragrafo 3, della Carta impone di dare ai diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta convenzione, quest’ultima non costituisce, sin tanto che l’Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell’ordinamento giuridico dell’Unione. Il diritto dell’Unione non disciplina i rapporti tra la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell’ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale".
In sostanza: i diritti fondamentali garantiti nell’ordinamento giuridico dell’Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell’Unione, ma non al di fuori di esse; in mancanza di norme di diritto dell’Unione o degli Stati membri, i principi contenuti nella CEDU (e lo stesso dicasi per la CDFUE), non sono direttamente invocabili in giudizio. Ne deriva la necessità che sussista una competenza Europea concretamente esercitata perché sia applicabile la Carta di Nizza, sia quanto ai diritti che per i cosiddetti principi.
3.2.- Il ricorrente non indica (a prescindere dalla Direttiva 2010/18/CE in materia di congedi parentali, di cui non si controverte nella presente causa) quali siano le norme cogenti del diritto dell’Unione che risultino violate nel caso in esame.
Né risulta pertinente il richiamo alla sentenza CGUE 19.1.2010 (in causa n. 555/07, Kukudekdevici) che ha solo ribadito il potere del giudice nazionale di disapplicare la normativa nazionale in contrasto (non semplicemente coi principi dell’Unione, ma) col diritto dell’Unione quale espresso concretamente nelle direttive (nella specie la Direttiva n.78 /2000 in materia di non discriminazione in base all’età), non essendo nella specie neppure invocato, a prescindere dall’inconferente richiamo alla Direttiva 2010/18/UE, il diritto dell’Unione che consentirebbe poi di applicare i principi della Carta (CDFUE).
Né rileva a tal fine la recentissima sentenza della CGUE 19.4.16 (causa n. 441/14), che ribadisce la possibilità di disapplicare la norma interna anche nei rapporti interprivati (ove sia impossibile una interpretazione conforme) in casi di discriminazione per età, e tuttavia sempre ove si tratti di principio generale che sia espresso concretamente in una direttiva dell’Unione (nella specie la direttiva 2000/78/CE).
3.3- Né a sostegno dell’odierno ricorso potrebbe porsi la detta Direttiva n. 2000/78/CE (relativa alla parità di trattamento in materia di occupazione e accesso al lavoro, e delle condizioni di lavoro), né la Direttiva n. 41/2010 UE (sull’applicazione del principio di parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un’attività lavorativa autonoma), neppure invocata dal ricorrente, che stabilisce che gli Stati membri adottino misure tese a garantire che alle lavoratrici autonome e alle coniugi (o conviventi) di lavoratori autonomi possa essere concessa un’indennità di maternità, spettante dunque alla sola madre lavoratrice autonoma (diritto che la nostra legislazione nazionale già prevede, artt. 66 e seguenti e, per quanto qui interessa, art. 70, del d.lgs n. 151/2001).
Tale Direttiva rafforza anzi il (diverso) principio, desumibile dall’art. 23 della Carta di Nizza (su cui infra), di liceità comunitaria dell’attribuzione di vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato.
La Direttiva infatti, ed in sintesi, sancisce (artt. 2 e 8), che detta indennità spetti alla sola madre (lavoratrice autonoma o coniuge ovvero, nella misura in cui ciò sia riconosciuto dal diritto nazionale, convivente - di lavoratori autonomi), laddove essa (coniuge o convivente) partecipi abitualmente all’attività autonoma del padre, senza esserne salariata o socia, svolgendo compiti identici o complementari (condizioni difficilmente rinvenibili nella professione forense, che richiede una specifica abilitazione per il suo espletamento).
3.4- Dalle considerazioni che precedono consegue che non è neppure ammissibile la richiesta di sottoporre alla CGUE la questione preliminare circa l’interpretazione dei principi comunitari invocati, non essendovi, nella specifica materia, un diritto dell’Unione direttamente applicabile.
3.5- Occorre ancora considerare che il ricorrente non chiarisce per quale ragione, per quanto qui interessa, l’art. 70 del d.lgs n. 151/2001, non emanato in attuazione di principi comunitari ai sensi dell’art. 52 comma 5 CDFUE, sarebbe in contrasto con i principi della Carta di Nizza invocati, stabilendo essi quanto segue: l’art. 33, intitolato alla vita familiare e professionale, stabilisce che: "Al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha il diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l’adozione di un figlio". Dunque la tutela ivi prevista per conciliare vita professionale e vita familiare, e segnatamente l’evento filiazione, prevede, per quanto qui interessa, il diritto "a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l’adozione di un figlio", marcando così una distinzione tra la tutela della madre (congedo di maternità) e quella del padre (cui può competere solo il congedo parentale dopo la nascita del figlio), coerentemente, del resto, con l’art. 23, secondo comma, della Carta di Nizza che stabilisce, più esattamente di quanto richiamato dal ricorrente (che si limita a riportare il primo comma): "Il principio della parità non osta al mantenimento o all’adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato", evidentemente quello femminile.
3.6- La differente posizione della madre avvocato, rispetto a quella del padre che svolge identica attività lavorativa, non risulta dunque in contrasto né con la nostra Costituzione (come stabilito dalla Corte Cost., sent. n. 285 /10, che ha evidenziato che l’uguaglianza tra i genitori previste dalla disciplina nazionale è riferita a istituti in cui l’interesse del minore riveste carattere assoluto o, comunque, preminente - ad es. in caso di adozione - e, quindi, rispetto al quale le posizioni del padre e della madre risultano del tutto fungibili tanto da giustificare identiche discipline; diversamente, le norme poste direttamente a protezione della filiazione biologica, oltre ad essere finalizzate alla protezione del nascituro, hanno come scopo la tutela della salute della madre nel periodo anteriore e successivo al parto, risultando, quindi, che, in tali casi, la posizione di quest’ultima non è assimilabile a quella del padre) né con i principi comunitari; né questi possono essere invocati dinanzi al giudice nazionale ai fini dell’interpretazione e del controllo di legalità di atti legislativi esecutivi di principi comunitari, non avendo, peraltro, l’art. 70 in questione tale natura. Occorre poi considerare che l’indennità economica prevista per le donne avvocato, per le quali non è ovviamente previsto un periodo di astensione obbligatoria dal lavoro (essendo questo anzi consentito stante la peculiarità della professione e del rapporto fiduciario con i clienti), assolve la funzione dell’astensione dal lavoro prevista per le lavoratrici dipendenti, consentendo una riduzione o anche una sospensione dell’attività lavorativa, tutelando così infine la salute della donna in maternità, tutela non esportabile *sic et simpliciter* al padre avvocato, coniuge di lavoratrice autonoma.
3.7- Deve infine considerarsi che i principi CDFUE potrebbero condurre a diversa soluzione solo nel rispetto del fondamentale principio di parità (o di non discriminazione), che è evidentemente alla base dell’intero diritto dell’Unione, nonché delle norme costituzionali nazionali (cfr. C.Cost. n. 264 del 2012, secondo cui la verifica del contrasto fra norma interna e norma CEDU non può portare ad una violazione di norme costituzionali interne, con la conseguenza che la seconda, nel momento in cui integra l’art. 117 Cost., comma 1, come norma interposta, deve formare oggetto di bilanciamento secondo le valutazioni di costituzionalità svolte ordinariamente dalla stessa Corte; cfr. sul punto Cass. ord. 20.1.14 n. 1040).
Ne consegue che tutele maggiori rispetto a quelle esistenti (gravanti sulle collettività degli avvocati e sui bilanci della relativa Cassa) non potrebbero essere introdotte per via interpretativa se non nel rispetto del principio di parità. Per tale ragione anche la vis espansiva della parità uomo-donna, anche in ambito lavorativo e con riferimento alla famiglia e alla filiazione, non può poi estendersi sino a trattare in modo eguale posizioni differenti, nella specie la differente situazione della madre, e della sua salute, nella maternità rispetto a quella del padre (in conformità, del resto, con quanto, come visto, stabilito dall’art. 23 della Carta di Nizza).
3.8- Certamente il diritto nazionale riconosce in casi eccezionali (morte o grave infermità della madre ovvero abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre, art. 28 d.lgs. n. 151/01) al padre lavoratore dipendente l’indennità di maternità, sicché si potrebbe dubitare della legittimità costituzionale o comunitaria dell’art. 70 d.lgs n. 151/01 laddove non prevede analogo diritto, negli stessi eccezionali casi, al padre lavoratore autonomo, ma la questione difetterebbe di rilevanza, non ricorrendo nella specie simili eventi eccezionali, e trattandosi, all’interno della categoria del lavoro autonomo, di professionista.
In materia va peraltro evidenziato che l’art. 5 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 80, di attuazione dell’art. 1, commi 8 e 9, della L. 10.12.2014 n. 183, ha apportato all’art. 28 d.lgs. n. 151/2001 (in tema di congedo di paternità) le seguenti modifiche (eliminando, sia pure con effetto non retroattivo, le relative disparità di trattamento tra lavoratori autonomi non professionisti e subordinati): a) dopo il comma 1 sono inseriti i seguenti: "1-bis. Le disposizioni di cui al comma 1, si applicano anche qualora la madre sia lavoratrice autonoma avente diritto all’indennità di cui all’articolo 66, 1-ter. L’indennità di cui all’articolo 66 (per le lavoratrici autonome) spetta al padre lavoratore autonomo, previa domanda all’INPS, 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".
Tali modifiche legislative, non avendo peraltro natura retroattiva, non incidono dunque sulla presente controversia.
4.- Il ricorso deve in definitiva rigettarsi.
La particolarità delle questioni esaminate, unitamente all’intervento della Corte costituzionale in materia, consigliano la compensazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

*P.Q.M.*

La Corte rigetta il ricorso. Compensa le spese del presente giudizio di legittimità.