

# Gli **approfondimenti** di **Publika**



Approfondimento n. 64 - Febbraio 2017

## IL CONGEDO DI PATERNITA' PER LAVORATORI DIPENDENTI IN CASO DI MADRE LAVORATRICE AUTONOMA E LE DIMENTICATE CASALINGHE.

*di Consuelo Ziggiotto*

# IL CONGEDO DI PATERNITA' PER LAVORATORI DIPENDENTI IN CASO DI MADRE LAVORATRICE AUTONOMA E LE DIMENTICATE CASALINGHE.

di Consuelo Ziggio

2

## 1. Premessa

Con il decreto legislativo n. 80 del 15 giugno 2015, attuativo della più ampia riforma del lavoro meglio nota come Jobs Act, il legislatore non soltanto ha voluto introdurre nuove misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro, ma, ha inteso nel contempo realizzare, attraverso le modifiche al Testo Unico della Maternità e della Paternità, un'uniformità di trattamento per i figli adottivi e quelli naturali, ha cercato pari uniformità tra i genitori lavoratori dipendenti e i genitori lavoratori autonomi, ha colto l'occasione, inoltre, per riportare nella corretta fonte del diritto, molti disposti della Corte Costituzionale che nel corso del tempo si erano susseguiti e che di volta in volta avevano dichiarato illegittimo il Testo Unico della Maternità dove non consentiva l'esercizio di taluni diritti. Per quanto condivisibile sia l'idea che gli intenti del legislatore fossero virtuosi, e lo sono stati, non si può nel contempo non criticare al medesimo legislatore il fatto abbia trascurato di aggiustare almeno un paio di situazioni rispetto alle quali sono doverose delle osservazioni e rispetto alle quali ci avrebbe aiutato una formulazione letterale più chiara e semplice della norma.

La prima attenzione la dedicheremo al novellato articolo del Testo Unico della Maternità, così come riscritto dal d.lgs. n. 80 del 15 giugno 2015, che disciplina il congedo di paternità in caso di madre lavoratrice autonoma. A questo riguardo, l'Inps si è resa complice delle difficoltà interpretative o quantomeno nei dubbi, non fosse altro per le contraddittorietà che contraddistinguono le sue stesse istruzioni e che nel dettaglio avremo modo di specificare.

Per anticipare in modo sintetico ma efficace le situazioni che andremo ad esaminare è sufficiente formulare un paio di semplici domande.

Il congedo di paternità spetta anche nel caso di mamma casalinga?

Le due ore di riposo giornaliero ex art. 40 TU n. 151/2001, spettano al papà di mamma casalinga?

Questa seconda domanda rimanda ad una questione che forse meritava di essere risolta e dipanata in occasione della riscrittura del Testo Unico ma che il legislatore ha invece deciso, o solo dimenticato, di lasciare più o meno irrisolta.

## 2. Il congedo di paternità per lavoratori dipendenti prima e dopo il 25 giugno 2015.

Nella formulazione precedente la riforma del giugno 2015, l'articolo del Testo Unico che disciplinava il congedo di paternità, nulla disponeva circa l'ipotesi di lavoro autonomo.

Si leggeva infatti, che il padre aveva diritto di astenersi per tutta la durata del congedo di maternità, o per la parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice, in caso di morte, grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre.

Si parlava di "un padre" e di "una madre" che il legislatore aveva voluto fosse "lavoratrice".

### 2.1 La circolare Inps n. 8 del 17 gennaio 2003

Il tenore letterale della norma sembrava escludere il diritto del padre al congedo di paternità nell'ipotesi in cui la madre non fosse o non fosse stata lavoratrice, come se l'elemento della maternità, nel senso dell'essere mamma, dovesse necessariamente ricorrere insieme all'elemento dell'essere una lavoratrice, affinché si configurasse il diritto in capo al padre.

Una interpretazione strettamente letterale del disposto avrebbe potuto condurre ad una situazione come questa: se la madre è lavoratrice, al padre spetta il diritto al congedo di paternità nelle ipotesi previste dalla legge, se invece non la madre non è lavoratrice, il figlio perde il diritto a ricevere le cure del padre anche se la madre, non può o non vuole più farlo.

Con la circolare n. 8 del 17 gennaio 2003 l'Inps commenta l'articolo in esame e sottolinea come la ratio dell'astensione obbligatoria post partum abbia voluto da sempre garantire al neonato, proprio nei primi tre mesi di vita, l'assistenza materiale ed affettiva di un genitore.

A sostegno di una interpretazione del Testo Unico coerente con la ratio, l'Inps rimanda ad una sentenza della Corte Costituzionale, la n. 1 del 1987 nella quale si legge: "in luogo di lavoratrice madre leggasi madre, lavoratrice o meno"

Le ragioni a sostegno dell'estensiva interpretazione della norma operata dall'Inps, muovevano dal fatto che qualora la richiesta del padre di fruire del congedo di paternità fosse stata riconosciuta solo e subordinatamente al fatto che la madre fosse una lavoratrice, non solo avrebbe arrecato un danno al neonato, ma si sarebbe configurato un procedere in contrasto con la citata sentenza della Corte Costituzionale.

Se si prosegue nella lettura della circolare Inps, si legge che le premesse sopra condivise conducono alla qualificazione del diritto al congedo di paternità come un diritto autonomo del padre, correlato, quanto alla sola durata, alla eventuale fruizione del congedo di maternità da parte della madre.

La lettura data dalla Corte Costituzionale del disposto letterale conduce ad un padre quale genitore titolare individualmente del diritto al congedo di paternità. Da ciò ne deriva che tale genitore, non può essere privato del diritto al congedo di paternità e che pertanto la situazione professionale, lavorativa o meno dell'altro genitore, non può ostare all'esercizio di tale diritto.

Sentenza che sembra tuttavia essere stata trascurata nella portata del suo contenuto, sia dal legislatore che ha modificato l'art. 28 del d.lgs. n. 151 del 26 marzo 2001, che dall'Inps stessa nella più recente circolare n. 128 dell'11 luglio 2016.

## 2.2 La circolare Inps n. 128 dell'11 luglio 2016.

Di fatto il d. lgs. n. 80 del 15 giugno 2015 aggiunge il comma 1-bis all'art. 28 del d. lgs. n. 151 del 26 marzo 2001. Si legge: "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".

La modifica dell'art.28 del T.U. a tutela e sostegno della maternità e della paternità non costituisce secondo l'Inps, una novità sostanziale.

La novella conduce al diritto del padre lavoratore dipendente, di poter fruire del congedo di paternità anche in caso di madre lavoratrice autonoma.

Ma che bisogno c'era di chiarire che il congedo di paternità spetta anche nel caso di lavoratrice autonoma quando avevamo avuto una Corte Costituzionale che ci aveva già invitato a pensare che il diritto del padre è un diritto autonomo a prescindere dal fatto che la madre sia lavoratrice o meno? Che cosa ha impedito al legislatore di seguire il percorso tracciato dalla Corte Costituzionale e scrivere "madre" in luogo di "lavoratrice"?

Come fa l'Inps a precisare nella sua circolare che di fatto, si è trattato da parte del legislatore, della volontà di dare attuazione alla sentenza n. 1 del 1987 della Corte Costituzionale ove aveva rilevato il diritto del lavoratore dipendente a fruire del congedo di paternità nei casi di morte della madre, grave infermità, abbandono, affidamento esclusivo, a prescindere dal fatto che la madre fosse lavoratrice o non lavoratrice?

A noi rimane una Inps che nel luglio del 2016 rimanda alle istruzioni riportate nella circolare n. 8 del 17 gennaio 2003 insieme ad un dubbio.

Se è vero che con la nuova formulazione dell'art. 28 del T.U. il legislatore ha voluto riportare nella corretta fonte del diritto quanto rilevato dai giudici Costituzionali, non possiamo non rilevargli che ha trascurato un dettaglio, lasciando gli operatori nel dubbio, circa l'ipotesi di madre non lavoratrice ma casalinga.

Ove ricorrano le ipotesi previste dalla norma, spetta il congedo di paternità al padre richiedente, in caso di madre casalinga? In questo caso, a quanti mesi di congedo di paternità avrebbe diritto il padre?

### 3. I riposi giornalieri del padre ex art. 40 d.lgs. n. 151 del 26 marzo 2001.

I riposi giornalieri del padre sono disegnati nell'articolo 40 che così recita: "I periodi di riposo di cui all'art. 39 sono riconosciuti al padre lavoratore: a) nel caso in cui i figli siano affidati al solo padre, b) in alternativa alla madre lavoratrice dipendente che non se ne avvalga, c) nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente, d) in caso di morte o di grave infermità della madre".

Va subito precisato che le così dette due ore di allattamento non sono state sfiorate dalla riforma attuata dal d.lgs. n. 80 del 15 giugno 2015.

Una distrazione, una dimenticanza, certamente un'occasione persa dal legislatore che avrebbe potuto risolvere ogni dubbio circa la legittimità del riconoscere i riposi giornalieri al padre richiedente i riposi per il figlio, la cui madre è una casalinga.

Nel decifrare i casi in cui il padre ha diritto ai riposi giornalieri si sono sempre incontrate difficoltà nell'ipotesi della lettera c), quella cioè della madre non lavoratrice dipendente.

#### 3.1 La diversa giurisprudenza.

In materia si è espressa copiosa giurisprudenza che ha di volta in volta voluto accordare un crescente valore sociale a quello che è stato qualificato come un lavoro, quello appunto della casalinga.

La storia inizia nel lontano 2003, quando l'Inps con circolare n. 8 e poi con successiva circolare n. 95 nel 2006, prende posizione rappresentando che, essendo il diritto del padre ai riposi giornalieri un diritto derivato da quello della madre, ne esclude l'esistenza nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente o autonoma.

Va da sé che all'epoca, una richiesta fatta da un padre, di godere dei riposi giornalieri per il proprio figlio, la cui madre era casalinga, riceveva un diniego.

L'orientamento cambia decisamente direzione con la Sentenza del Consiglio di Stato n. 4293 del 2008 che viene immediatamente recepita, nel contenuto, dalle circolari dell'Inps n. 112 del 2009 e 118 del 2009 e dalla Nota Operativa Inpdap n. 23 del 2011.

Giurisprudenza e istituti previdenziali sembravano concordi nel ritenere che la figura della casalinga deve essere considerata alla stessa stregua della lavoratrice e per ciò tanto, a loro detta, risultava legittimo concedere i riposi giornalieri al padre che li chiedeva per il figlio, la cui madre era casalinga.

A conferma della poca stabilità degli orientamenti giurisprudenziali che vanno consolidandosi solo quando si ripetono nello stesso modo, arriva una sede consultiva del Consiglio di Stato che con sentenza n. 2732 del 2009, esprime opinione opposta a quella dei colleghi che si erano espressi nel 2008, sostenendo che la madre casalinga, indipendentemente dalla sua riconosciuta attività espletata nell'assolvimento delle cure familiari e domestiche, riesce comunque a garantire la propria presenza fisica all'interno del nucleo.

L'Inps e l'Inpdap non sono più ritornate sui loro passi e, a sostegno dell'orientamento più favorevole alle casalinghe, è arrivato un altro disposto del Consiglio di Stato che con sentenza n. 4618 del 2014

torna sulla formulazione letterale della norma precisando che la dicitura "non lavoratrice dipendente" include tutte le ipotesi di inesistenza di un rapporto di lavoro dipendente: dunque quella della donna che svolga attività lavorativa autonoma, ma anche quella di una donna che non svolga alcuna attività lavorativa.

La più recente sentenza in materia è quella del Tar Veneto Sezione I, n. 606 del 29 maggio 2015 che conferma l'orientamento di chi intende il lavoro della casalinga come un lavoro che distoglie dalla cura del neonato.

Le diverse ragioni fatte proprie dai giudici di turno chiamati ad esprimersi, rimangono le uniche ragioni a sostegno di un accoglimento della richiesta di un padre di godere dei riposi giornalieri per il figlio, la cui madre sia una casalinga.

Poi, certo, occorre saper mettere d'accordo le consuetudini interpretative prodotte dalla giurisprudenza dominante, alle quali ci si appoggia nelle difficoltà interpretative, con il divieto di estensione analogica delle decisioni giurisprudenziali.

#### 4. Riflessione

Non sarà che il nostro legislatore sta pianificando la metamorfosi del nostro ordinamento giuridico da un ordinamento di civil law ad uno di common law?

Provocazioni a parte, fino a quando non ce ne renderà partecipi, non possiamo ignorare che le consuetudini interpretative prodotte dalla giurisprudenza dominante non vanno confuse con le vere e proprie fonti del diritto e nemmeno ignorare che nel nostro ordinamento il diritto non viene creato dai giudici.