

RIPOSI GIORNALIERI “PER ALLATTAMENTO”: RICONOSCIMENTO DEL DIRITTO DEL PADRE DI FRUIRNE ANCHE SE LA MADRE E’ CASALINGA: CONSIGLIO DI STATO, 9 SETTEMBRE 2008 N. 4293

Il Consiglio di Stato ha riconosciuto al padre lavoratore il diritto di usufruire dei riposi giornalieri per allattamento anche nell'ipotesi in cui la madre sia casalinga, atteso che l'attività svolta da questa ultima è equiparata a quella della lavoratrice autonoma, per la quale è prevista dalla legge la sostituzione del padre nella fruizione dei riposi.

* * *

Il fatto

Un lavoratore del pubblico impiego ha richiesto alla amministrazione di appartenenza di potere fruire dei periodi di riduzione dell'orario di servizio per allattamento in qualità di lavoratore padre, fino al compimento del primo anno di vita delle proprie due figlie.

La richiesta è stata respinta sul presupposto che la sostituzione del padre alla madre nella fruizione dei permessi non è consentita qualora la madre sia casalinga.

Il TAR al quale il lavoratore si è rivolto ha accolto il ricorso ritenendo applicabile l'art. 10, comma 6, legge n.1204/1971, che riconosce in caso di parto plurimo il raddoppio dei periodi di riposo e la facoltà anche per il padre di utilizzare le ore aggiuntive rispetto a quelle previste per il parto singolo.

La sentenza, impugnata dal Ministero dell'Interno, è stata confermata dal Consiglio di Stato.

Il quadro normativo

a) Il diritto ai riposi per allattamento della madre lavoratrice

Ai sensi dell'art. 39 del D.lgs. 151/2001, durante il primo anno di vita del bambino, la lavoratrice madre ha diritto ad assenze retribuite pari a:

- due riposi, anche cumulabili nello stesso giorno, qualora l'orario di lavoro sia pari o superiore alle 6 ore giornaliere;
- un riposo, qualora l'orario di lavoro sia inferiore alle 6 ore giornaliere.

I predetti riposi hanno una durata diversa a seconda che la lavoratrice possa contemporaneamente fruire di strutture per l'assistenza del figlio. In particolare:

- nel caso la lavoratrice fruisca dell'asilo nido o di altra struttura idonea, istituita dal datore di lavoro nell'unità produttiva o nelle immediate vicinanze, i riposi hanno la durata di mezz'ora ciascuno;
- in caso contrario, i riposi hanno la durata di un'ora ciascuno, con diritto della lavoratrice di uscire dalla azienda.

I riposi sono considerati ore lavorative agli effetti della durata e della retribuzione.

La distribuzione dei suddetti riposi ed il loro godimento devono essere concordati tra il datore di lavoro e la lavoratrice, in considerazione delle esigenze aziendali. In mancanza di accordo, provvede il Servizio Ispezioni della Direzione Provinciale del Lavoro.

L'indennità economica prevista per tali permessi pari al 100% della retribuzione relativa alle ore di assenza.

b) Il diritto ai riposi per allattamento del padre lavoratore

L'art. 40 del T.U. riconosce anche al padre il diritto di fruire dei riposi per allattamento nelle seguenti ipotesi:

- 1) i figli siano affidati in via esclusiva al padre;
- 2) in alternativa alla madre, lavoratrice dipendente, che non se ne avvalga;
- 3) nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente (e sia, quindi, una lavoratrice autonoma);
- 4) in caso di morte o di grave infermità della madre.

Si tratta, per il padre, di un diritto per lo più derivato da quello della madre lavoratrice, alla quale il padre si sostituisce nei casi tassativi indicati dalla legge.

L'art. 41 del T.U. prevede che nel caso di parto plurimo o gemellare, i periodi di riposo siano raddoppiati e le ore aggiuntive rispetto a quelle previste ex art. 39, comma 1, possano essere fruite anche dal padre.

Il precedente della Corte di Cassazione

La sentenza del Consiglio di Stato trae la propria *ratio* da un precedente della Suprema Corte che ha equiparato l'attività della casalinga ad una attività lavorativa in senso stretto.

La Corte di Cassazione era chiamata a decidere in merito alla risarcibilità del danno da perdita della capacità di lavoro derivato ad una casalinga da un incidente stradale.

La pronuncia 20 ottobre 2005, n. 20324, ha riconosciuto anche alla casalinga, ovvero a colei che svolge un'attività lavorativa esclusivamente tra le mura domestiche, il diritto al risarcimento del danno derivato dal fatto di non poter più svolgere appieno le proprie mansioni in casa.

La motivazione della sentenza ripercorre i seguenti principi:

- la casalinga, benché non percepisca reddito monetizzato, svolge, tuttavia, una attività suscettibile di valutazione economica;
- il danno dalla stessa subito a seguito della riduzione della propria capacità lavorativa, se provato, va legittimamente inquadrato nella categoria del danno patrimoniale, come tale risarcibile nelle componenti del danno emergente ed, eventualmente, del lucro cessante, in modo autonomo rispetto al danno biologico;
- il fondamento costituzionale di tale diritto, a differenza del danno biologico, che si fonda sul principio di tutela della salute (art. 32 Cost.) da rinvenire nelle norme che tutelano la scelta di qualsiasi forma di lavoro ed i diritti del lavoratore e della donna lavoratrice (artt. 4-36 e 37 Cost.).

La sentenza del Consiglio di Stato

Come accennato, la pronuncia del Consiglio di Stato 9 settembre 2008, n. 4293, ha confermato la decisione del TAR Toscana, che ha accolto il ricorso del lavoratore applicando l'art. 10, comma 6, della legge n. 1204/1971 anche al caso in cui la madre casalinga.

Il TAR Toscana è giunto a questa conclusione interpretando estensivamente l'art. 6-ter della legge n. 903/1977 (oggi art. 40 del D.lgs n. 151/2001), che consente al padre di fruire di detti riposi, oltre ai casi in cui gli sono affidati in via esclusiva i figli o in alternativa alla madre lavoratrice che non se ne avvalga, anche nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente, ovvero nel caso si tratti di una lavoratrice autonoma.

Ad avviso del giudicante, infatti, alla madre lavoratrice autonoma deve essere equiparata anche la madre casalinga.

Secondo il Consiglio di Stato correttamente il TAR ha ricompreso nella fattispecie di cui alla lettera c) dell'art. 6-ter della legge n. 903/77 - cioè quella della madre che non sia lavoratrice dipendente e, quindi, sia lavoratrice autonoma - anche la lavoratrice casalinga.

La *ratio* della norma, infatti, secondo il giudice amministrativo, deve essere ravvisata *nella finalità di beneficiare il padre di permessi per la cura del figlio allorché la madre non ne abbia diritto in quanto lavoratrice non dipendente e pur tuttavia impegnata in attività che la distolgono dalla cura del neonato.*

In particolare, per il Consiglio di Stato sono risultati decisivi:

- i diversi significati assunti dalla nozione di lavoratore nell'ordinamento, sia nelle materie privatistiche che in quelle pubblicistiche;
- la tutela costituzionale (art. 31 Cost.) riconosciuta dall'ordinamento alla famiglia e alla maternità;
- il riconoscimento della figura della casalinga, in numerosi settori dell'ordinamento, quale lavoratrice indipendente.
- i principi espressi dalla richiamata sentenza della Corte di Cassazione.

* * *

Sulla scorta di questa decisione del Consiglio di Stato, il padre lavoratore ha diritto a fruire dei riposi per l'allattamento anche qualora la madre sia casalinga. La decisione, preceduta dalla sentenza della Corte di Cassazione n.20324/2005, considera l'attività della casalinga quale attività di lavoro in senso stretto e la equipara, al fine della fruizione dei predetti riposi da parte del padre, all'attività svolta da una lavoratrice autonoma.

A quanto consta, si tratta del primo pronunciamento in punto.

Per gli effetti operativi, occorre attendere le determinazioni che L'INPS - a cui a carico il trattamento economico dei riposi in parola - riterrà di emanare.