

Maternità, il tribunale di Firenze estende anche al padre il congedo di 5 mesi

Marina Ercoli *Avvocato in Firenze*



Il Tribunale di Firenze si pronuncia sull'art. 28 del Dlgs 26 marzo 2001, n. 151, recante il Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53

Tribunale di Firenze 16 novembre 2009

Est. Muntoni; Ric. M. D.M.; Res. Inps

Diritti e doveri delle parti - Lavoratore dipendente - Congedo di paternità - Durata pari a quella del congedo di maternità

Il lavoratore dipendente ha diritto al congedo di paternità indipendentemente dal fatto che la madre sia lavoratrice.

La durata del congedo di paternità deve corrispondere a quella del congedo di maternità, pari a cinque mesi.

Un lavoratore dipendente esprimeva di avere chiesto il congedo di paternità dopo la nascita della figlia, a causa del cattivo stato di salute della moglie, libera professionista, la quale per tale ragione non aveva domandato l'indennità di maternità.

Il ricorrente lamentava che l'Inps gli avesse riconosciuto il congedo di paternità e la relativa indennità per i primi tre mesi di astensione dal lavoro e non per gli ulteriori due, qualificati invece come congedo parentale e compensati con l'indennità del 30% della retribuzione, e senza l'aggiunta dei quindici giorni intercorsi tra la data effettiva del parto, avvenuto prematuramente, e quella presunta.

Il lavoratore chiedeva che l'Ente previdenziale venisse condannato a corrispondergli l'indennità di paternità, pari all'80% della retribuzione, per un periodo di cinque mesi, equivalente a quello previsto per il congedo obbligatorio di maternità, maggiorato dei quindici giorni per il parto prematuro. Costitutosi in giudizio l'Inps eccepeva la carenza

del diritto della madre all'indennità ex art. 68, Dlgs n. 151/2001 poiché ella, iscritta alla gestione autonoma artigiani e commercianti, non aveva chiesto il trattamento economico per i due mesi antecedenti il parto e per questo periodo non risultavano versati i contributi previdenziali ed assistenziali.

L'Istituto assicuratore concludeva per la reiezione del ricorso, non potendo riconoscersi al lavoratore dipendente periodi di congedo di paternità ulteriori a quelli concessi.

La decisione del Tribunale di Firenze

Le domande del ricorrente sono state accolte.

Il Giudice ha riconosciuto la grave infermità del coniuge del lavoratore ex art. 28 del Dlgs n. 151/2001. Il Tribunale ha menzionato la circolare dell'Inps del 17 gennaio 2003, n. 8, che, in riferimento all'art. 28 citato, recita:

«Il tenore letterale della norma sembrerebbe escludere il diritto del padre al congedo in questione nell'ipotesi in cui la madre non sia (o non sia stata) lavoratrice.

Tuttavia, la ratio dell'astensione obbligatoria post-partum vuole garantire al neonato, proprio nei primi tre mesi di vita, l'assistenza materiale ed affettiva di un genitore (vedi sent. Corte Costituzionale n. 1 del 19.1.1987).

Qualora, infatti, la richiesta del padre di fruire del congedo di paternità venisse riconosciuta solo subordinatamente al fatto che la madre sia o (sia stata) una lavoratrice, non solo si arrecherebbe un danno al neonato, ma ciò risulterebbe in contrasto con l'ordinanza n. 144 del 16.4.1987 con cui la Corte Costituzionale ha stabilito a proposito della suddetta sentenza n. 1/1987: "in luogo di lavoratrice madre leggasi madre, lavoratrice o meno".

Per tali ragioni, è da ritenere che, in tutti i casi previsti dall'art. 28 del Tu, il padre lavoratore abbia un diritto autonomo alla fruizione del congedo di paternità, correlato, quanto alla sola durata, alla eventuale fruizione del congedo di maternità da parte della madre (ovviamente lavoratrice). In tale ipotesi, la durata del

Il congedo di paternità non è condizionato dalla spettanza alla moglie dell'indennità di maternità

congedo di paternità è pari al periodo di astensione obbligatoria non fruito in tutto o in parte dalla madre, compresi quindi i periodi di astensione obbligatoria post-partum di maggiore durata conseguenti alla flessibilità e/o al parto prematuro».

Il Giudice ha affermato che la circolare dell'Inps fornisce una lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 28 del Dlgs n. 151/2001, secondo la quale il lavoratore ha un diritto autonomo alla fruizione del congedo di paternità la cui durata deve correlarsi a quella all'astensione obbligatoria dal lavoro spettante alla lavoratrice madre.

Il Tribunale di Firenze ha quindi ritenuto irrilevanti le circostanze che la moglie del ricorrente non fosse una dipendente e non avesse diritto al trattamento di maternità per l'irregolarità della sua posizione assicurativa nella gestione artigiani/commercianti.

Il Giudice ha dichiarato: *«ferma l'esistenza di un diritto autonomo in capo al padre, la durata del congedo cui ha diritto deve essere riferita a quella del congedo di maternità cui entrambi i genitori hanno autonomamente diritto».*

Nel caso in esame i genitori hanno diritto al seguente periodo di congedo: a) 15 giorni per il parto prematuro (periodo che pacificamente deve essere aggiunto a quello del congedo obbligatorio); b) cinque mesi per il periodo di congedo obbligatorio all'80%».

Il congedo di maternità della lavoratrice madre naturale e i diritti connessi

Regolamentazione dei parti prematuri e flessibilità del congedo di maternità - Come è noto, il Dlgs n. 151/2001 ha ordinato la disciplina della tutela della maternità, originariamente contenuta nelle leggi n. 1204/1971 e n. 907/1977 alla stregua delle pronunce della Corte Costituzionale intervenute nel corso del tempo e delle novità introdotte su sollecitazione comunitaria dalla legge n. 53/2000.

In merito all'astensione obbligatoria dal lavoro della lavoratrice madre naturale, il Testo unico conferma la centralità della figura materna. Tutte le fattispecie relative a tale istituto sono ad essa riferite.

Norma fondamentale è l'art. 16 del decreto legislativo che, trascrivendo l'art. 4 della legge n. 1204/1971, stabilisce il divieto assoluto di adibizione al lavoro della lavoratrice per i due mesi antecedenti la data presunta del parto e i tre mesi successivi a detto evento. Collegata a questa è la disposizione dell'art. 22 del Testo unico che, riproducendo gli artt. 6 e 8 della legge n. 1204/1971, prevede il diritto della lavoratrice a un'indennità giornaliera di maternità, pari all'80% della retribuzione, per tutti i cinque mesi di astensione obbligatoria dal lavoro.

Le altre norme sono contenute nella lettera *d)* dell'art. 16 e nell'art. 20 del Dlgs n. 151/2001, introdotte rispettivamente dagli artt. 11 e 12 della legge n. 53/2000, in tema di parti prematuri e flessibilità del congedo di maternità.

La prima disposizione precisa che in caso di nascita prematura del bambino i giorni di astensione dal lavoro non goduti dalla lavoratrice prima del parto si aggiungono al periodo di congedo di maternità *post partum*.

La seconda norma consente alla lavoratrice, a determinate condizioni e ferma restando la durata complessiva di cinque mesi del congedo di maternità, di astenersi dal lavoro a decorrere dalla fine dell'ottavo mese di gravidanza e di aggiungere il periodo non goduto prima del parto, ai tre mesi di astensione *post partum*.

Il congedo di paternità e la sentenza della Corte Costituzionale n. 1/1987

Connesso all'astensione obbligatoria dal lavoro della lavoratrice madre è anche il congedo di paternità previsto dall'art. 28 del Dlgs n. 151/2001.

La norma dà facoltà al padre lavoratore di avvalersi del diritto di astensione obbligatoria dal lavoro per la parte non usufruita dalla madre in caso di morte o grave infermità della stessa, ovvero nelle ipotesi di abbandono del bambino o affidamento esclusivo al padre.

Il diritto è stato introdotto dall'art. 13 della legge n. 53/2000 a seguito della nota sentenza della Corte Costituzionale del 14 gennaio 1987, n. 1, nel testo corretto dall'ordinanza del 10 aprile 1987, n. 144, che dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 della legge n. 903/1977 nella parte in cui non prevedeva la possibilità per il padre lavoratore di avvalersi del diritto di astenersi obbligatoriamente dal lavoro nei primi tre mesi di vita del bambino, nell'ipotesi in cui tale diritto non potesse essere esercitato dalla madre per decesso o grave infermità.

A questa pronuncia la Consulta giunse sulla base delle seguenti osservazioni.

L'astensione obbligatoria dal lavoro disposta dall'art. 4 della legge n. 1204/1971 aveva come fine la tutela della madre, considerata non solo nella sua condizione di donna che ha partorito, ma anche nella sua funzione di cura delle esigenze di carattere relazionale ed affettivo del bambino, collegate allo sviluppo della sua personalità.

La previsione dell'astensione obbligatoria dal lavoro per le lavoratrici madri adottive e affidatarie, stabilita dall'art. 6 della legge n. 903/1977, confermava che l'istituto mirava *«anche (ove dell'astensione benefici la madre naturale) o esclusiva-*

mente (ove si tratti invece di madre adottiva o affidataria)» alla tutela del minore.

Il conferimento al padre in alternativa alla madre, previsto dall'art. 7 della legge n. 703/1977, del diritto all'astensione facoltativa dal lavoro nel primo semestre di vita del bambino, riconosceva «che anche il padre è idoneo a prestare assistenza materiale e supporto affettivo al minore: sulla scorta delle norme del diritto di famiglia che hanno conferito ad entrambi i genitori compiti di mantenimento, educazione ed istruzione dei figli (art. 147 c.c.), la pari potestà sugli stessi (art. 316 c.c.), e la titolarità esclusiva di detta potestà di ciascun genitore, in caso di assenza, incapacità od ulteriore impedimento dell'altro (art. 317 c.c.)».

Se il congedo dal lavoro nei primi tre mesi di vita del bambino, riconosciuto alla madre dall'art. 4 della legge n. 1204/1971, tutelava in concorrenza con la salute di questa, il bisogno del bambino a una intensa presenza della madre per la sua necessaria assistenza, non vi era ragione di negare al padre, che proprio in funzione di tale assistenza poteva usufruire dell'astensione facoltativa, «il diritto di avvalersi altresì, in caso di mancanza o grave malattia della madre, della astensione cd. obbligatoria».

La Corte Costituzionale conclude quindi che l'art. 7 della legge n. 903/1977 si poneva in contrasto con l'art. 3 Cost., perché discriminava sia i minori rimasti privi dell'assistenza della madre rispetto a tutti gli altri, sia i padri lavoratori rispetto alle madri adottive o affidatarie.

E inoltre con gli artt. 29, comma 1, 30, comma 1, 31 e 37, comma 1, Cost., perché violava i principi della pari partecipazione dei genitori all'educazione della prole senza distinzione di ruoli, e della preminente tutela del minore.

La Consulta precisò che le situazioni di fatto che rendevano impossibile alla madre la cura del bambino nei primi tre mesi di vita e sulle quali si era basata la pronuncia di illegittimità costituzionale della norma citata, erano quelle «delle quali era causa nei giudizi principali: sta a dire, il decesso o la grave infermità della madre, lavoratrice o meno».

L'astensione obbligatoria dal lavoro dei genitori adottivi e affidatari e la sentenza della Corte Costituzionale n. 341/1991

Nella maternità non naturale l'astensione obbligatoria dal lavoro della madre è disciplinata dal Testo unico in funzione esclusiva delle necessità di cura e assistenza del minore nel delicato momento dell'ingresso nella famiglia adottiva o affidataria.

L'art. 26 del Dlgs n. 151/2001 attribuisce il congedo di maternità, per il periodo massimo di cinque mesi, alle lavoratrici che abbiano adottato un

minore in Italia e all'estero e, per il periodo massimo di tre mesi, alle lavoratrici che abbiano ottenuto in affidato un minore. La norma fa decorrere l'astensione obbligatoria dall'effettivo ingresso del minore nella famiglia adottiva o affidataria ovvero, in caso di adozione internazionale e a scelta della madre, durante il periodo di permanenza all'estero richiesto per l'incontro con il minore e gli adempimenti relativi alla procedura.

Il padre non naturale ha facoltà di astenersi obbligatoriamente dal lavoro in alternativa alla madre. L'art. 31 stabilisce che il congedo in questione, che non sia stato chiesto dalla lavoratrice, spetta alle medesime condizioni, al lavoratore (cfr., per l'interpretazione della norma, Trib. Brindisi, 24.10.2001, *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, 4).

Questa disposizione trae origine dalla sentenza della Corte Costituzionale del 15 luglio 1991, n. 341, la quale dichiarò costituzionalmente illegittimo l'art. 7 della legge n. 903/1977 nella parte in cui non consentiva al lavoratore affidatario di un minore ex articolo 10 della legge n. 184/1983 di astenersi dal lavoro durante i primi tre mesi successivi all'ingresso del bambino nella famiglia affidataria, in alternativa alla moglie lavoratrice.

La Consulta osservò che nelle ipotesi di affidamento provvisorio (così come in quelle di affidamento preadottivo e adozione) l'astensione obbligatoria dal lavoro è finalizzata non alla tutela della salute della madre, collegata strettamente al parto, ma all'agevolazione del processo di sviluppo relazionale e affettivo del bambino creando le condizioni dell'intensa presenza della coppia affidataria, responsabile dell'esito positivo del delicato compito commesso dalla legge e dall'autorità giudiziaria.

Non vi era quindi ragione per limitare

il diritto del padre affidatario all'astensione facoltativa e non estenderlo a quella obbligatoria.

I Giudici delle leggi affermarono quindi che l'articolo 7 della legge n. 903/1977 contrastava con gli interessi e i valori costituzionalmente protetti tendenti alla completa tutela dell'interesse del bambino attraverso la piena realizzazione dei principi di uguaglianza sostanziale dei coniugi e della loro paritaria partecipazione alla cura ed assistenza del minore, perché, riconoscendo il diritto all'astensione obbligatoria solo alla donna affidataria e non anche al coniuge in alternativa ad essa, non consentiva la possibilità di completa, razionale ed equilibrata presenza di entrambi i componenti la coppia affidataria al processo di educazione, impedendo una organizzazione della loro vita familiare e di lavoro meglio rispondente a tale finalità.

**Al padre
anche il diritto
al congedo
ante partum**

Considerazioni conclusive

La decisione è pregevole nella parte in cui riconosce al lavoratore dipendente il congedo di paternità a prescindere dalla spettanza alla moglie dell'indennità di maternità. Poiché la finalità dell'astensione obbligatoria dal lavoro del padre, come rilevata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 1/1987, è la soddisfazione dell'interesse del bambino all'assistenza e alle cure nella ipotesi dolorosa della grave infermità o della morte della madre, non vi è ragione di condizionare il congedo di paternità alla circostanza che quest'ultima sia o fosse una lavoratrice. Sotto questo profilo il diritto del lavoratore al congedo di paternità è certamente autonomo. La pronuncia non è invece condivisibile nella parte in cui pare sommare i giorni intercorsi tra il parto prematuro e la data presunta della nascita al periodo legale di astensione obbligatoria dal lavoro, perché in questo modo conferisce al lavoratore dipendente un periodo di congedo di paternità superiore a quello fissato dall'art. 20 del Dlgs n. 151/2001 a favore delle lavoratrici nelle ipotesi di parto prematuro, pari complessivamente a cinque mesi. La sentenza desta notevoli perplessità nella parte in cui attribuisce al padre il diritto all'astensione obbligatoria dal lavoro *ante partum*. Se può apparire apprezzabile per la valorizzazione del ruolo paterno e la finalità della completa assistenza del minore, essa lascia un senso di insoddisfazione per la poca considerazione delle esigenze materne. L'interpretazione che il Tribunale di Firenze propone della lettera e della *ratio* dell'art. 28 del Testo unico lascia intendere che gli interventi giurisprudenziali e legislativi che si sono succeduti dal 1987 ad oggi abbiano introdotto un generale principio di sostituibilità dei genitori nel diritto all'astensione obbligatoria dal lavoro.

Ad avviso di chi scrive così non è. L'ampia possibilità garantita dal Testo unico al padre non naturale di prendere il posto della madre nell'istituto in esame, non è prevista nell'ambito della genito-

rità naturale, ove il lavoratore può surrogarsi nell'astensione obbligatoria dal lavoro della lavoratrice solo nelle ipotesi di sopravvenuta impossibilità della presenza di quest'ultima, e comunque dopo la nascita del bambino. La diversa disciplina trova fondata ragione nella considerazione, sempre presente nelle pronunce dei Giudici delle leggi, che i due mesi di astensione obbligatoria dal lavoro prima del parto sono preminentemente dedicati alle esigenze di salute e benessere della gestante, per tutelare le quali viene ad essa imposto il divieto assoluto di prestare attività lavorativa. Interpretare la norma dell'art. 28 del Dlgs n. 151/2001 nel senso che il padre naturale può sostituirsi alla madre lavoratrice autonoma o casalinga, nel periodo di astensione obbligatoria dal lavoro *ante partum*, significa snaturare la finalità dell'istituto e svilire la centralità del ruolo materno, senza nulla apportare in meglio alla tutela del nascituro. Questa interpretazione discrimina senza alcuna valida giustificazione le lavoratrici subordinate rispetto sia a quelle non soggette all'obbligo di interdizione dal lavoro, che possono decidere come e quando astenersi dalla prestazione lavorativa, sia agli uomini i quali possono così beneficiare dell'indennità di maternità nella misura dell'80% della retribuzione, anziché in quella del 30% prevista per l'astensione dal lavoro della madre nel quarto e quinto mese dopo il parto.

In conclusione, la lettura dell'art. 28 del Testo unico fornita dal Tribunale di Firenze, oltre a prestare il fianco a dubbi di legittimità costituzionale, consente il rischio che i genitori naturali possano scegliere chi debba chiedere l'indennità di maternità ovvero l'astensione obbligatoria dal lavoro antecedente al parto solo in base a criteri di convenienza economica, come pare nel caso di specie qui esaminato, e non perseguendo gli interessi esclusivi della madre e del bambino.

Sarebbe stato forse auspicabile richiedere l'intervento del Giudice delle leggi per la definitiva chiarezza alla norma.