

TRIBUNALE DI ROMA
IV SEZIONE LAVORO -V.le Giulio Cesare n.54

Proc. n.38085/2015 R.G.

Il Giudice, dott.ssa Cristina Monterosso, sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 3.12.2015 sul ricorso ex art.700 c.p.c. presentato da A.A. contro T.I. spa in data 6.11.2015 e sentite le parti e i loro difensori

Osserva

Il ricorrente avanzava in sede di ricorso le seguenti conclusioni

“che il Giudice designata del Tribunale di Roma - Sezione Lavoro, con provvedimento immediato ex artt. 669 e ss., 700 c.p.c., da pronunciarsi nei confronti della S.p.A. T.I., con sede in Roma, Corso d'Italia n. 41, in persona del suo legale rappresentante, voglia:

- sospendere e/o revocare il diniego alla concessione dei permessi giornalieri di cui agli artt. 39 e 40, D.Lgs. 151/2001, ordinando alla T.I.di consentirne la fruizione al ricorrente;

- adottare gli eventuali altri provvedimenti che appaiano pili idonei ad assicurare gli effetti della sentenza definitiva di merito.

Con vittoria di spese di lite della presente fase, oltre IV A, CPA e rimborso spese forfettarie come per legge.”

Al riguardo deduceva il ricorrente:

- che era dipendente di T.I. spa con anzianità dal 10.8.1982; - che in data 10.3.2015 era nato il figlio F.;
- che aveva richiesto al proprio ufficio di fruire dei permessi ex art.40 lett c) D. Lgs.151/2001;
- che la resistente aveva rigettato tale richiesta con provvedimento del 4.5.2015.

Deduceva il ricorrente di aver diritto a tali permessi essendo la moglie attualmente disoccupata ed in cerca di occupazione e svolgendo la stessa l'attività di casalinga e quindi non essendo “lavoratrice dipendente”

Si costituiva la resistente contestando la sussistenza del fumus boni iuris e del periculum in mora,.

In particolare deduceva che la norma richiamata prevedeva la possibilità per il padre di fruire dei citati permessi solo quando la madre, casalinga si trovasse in condizioni oggettive che le impedivano di prendersi cura del bambino, ipotesi non dedotta nel caso di specie. Richiamava al riguardo la giurisprudenza del TAR Friuli Venezia Giulia n.395/2014 e del Tar Liguria n.222/2014 e del Tar Toscana n. 550/2012.Deduceva poi l'insussistenza del periculum in mora essendo il provvedimento di diniego impugnato del 4.5.2015 ed avendo il ricorrente presentato il ricorso dopo molto tempo in data

6.11.2015.

Il ricorso è fondato.

Al riguardo si evidenzia che la normativa richiamata prevede all'art.39:

"1. Il datore di lavoro deve consentire alle lavoratrici madri, durante il primo anno di vita del bambino, due periodi di riposo, anche cumulabili durante la giornata. Il riposo è uno solo quando l'orario giornaliero di lavoro è inferiore a sei ore.

2. I periodi di riposo di cui al comma 1 hanno la durata di un'ora ciascuno e sono considerati ore lavorative agli effetti della durata e della retribuzione del lavoro. Essi comportano il diritto della donna ad uscire dall'azienda.

3. I periodi di riposo sono di mezz'ora ciascuno quando la lavoratrice fruisca dell'asilo nido o di altra struttura idonea, istituiti dal datore di lavoro nell'unità produttiva o nelle immediate vicinanze di essa."

Il successivo articolo 40 prevede che anche il padre possa usufruire dei citati riposi in specifiche ipotesi:

"1. I periodi di riposo di cui all'articolo 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;**
- a) in caso di morte o di grave infermità della madre."

La normativa al riguardo pertanto precisa che il padre possa usufruire dei citati permessi "quando la madre non sia lavoratrice dipendente" e, quindi anche quando la stessa sia "casalinga".

Sul punto ritiene questo giudice di condividere l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato con decisione n.4618/2014, che richiamando anche i principi espressi in materia dalla Corte di cassazione e dalla Corte Costituzionale ha ritenuto sussistere il diritto del padre ai permessi giornalieri anche nella ipotesi in cui la madre sia casalinga. Tale interpretazione appare più corretta avuto riguardo al dato letterale della norma, ai principi costituzionali che tutelano anche il diritto alla paternità e la libertà di ciascuna famiglia di meglio organizzarsi al suo interno nel primo anno di vita del figlio, per garantire allo stesso un adeguato sviluppo affettivo e relazionale .

Con la citata decisione il Consiglio di Stato infatti chiarendo anche di

dissentire dalle precedenti decisioni emesse sul punto, ha precisato: «... *Ritiene il Collegio che, alla stregua di detto apparato normativo ed alla luce del principio espresso nella sentenza del C.d.S. n. 4293 del 9.9.2008 (che, esaminando la medesima problematica oggetto di causa, di sostituzione del padre nella fruizione dei permessi qualora la madre sia non lavoratrice autonoma bensì casalinga, si è pronunciato nel senso della piena assimilazione della lavoratrice casalinga alla lavoratrice non dipendente), l'opposto diniego si riveli illegittimo.*

Ha rilevato infatti tale pronuncia che, trattandosi di una norma rivolta a dare sostegno alla famiglia ed alla maternità in attuazione delle finalità generali di tipo promozionale scolpite dall'art. 31 della Costituzione, non può che valorizzarsi, nella sua interpretazione, la ratio della stessa, volta a 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 (nella fattispecie, quella di "casalinga"), che la distolgano dalla cura del neonato. A sostegno della condivisibilità di tale interpretazione va richiamata Cass. n. 20324 del 20.10.2005, che, esaminando la questione della risarcibilità del danno da perdita della capacità di lavoro, assimila l'attività domestica ad attività lavorativa, richiamando i principi di cui agli artt. 4, 36 e 37 della Costituzione. E' pur vero che in

sensu diametralmente opposto si è espresso il Consiglio di Stato in sede consultiva: “In merito all’interpretazione dell’art. 40 D.Lg.vo. n. 151 del 2001, nella parte in cui (comma 1, lett. c) riconosce al padre lavoratore il diritto di fruire, nel primo anno di vita del figlio, del riposo giornaliero di due ore nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente, deve smentirsi l’interpretazione fornita dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. VI n. 4293 del 2008), secondo cui con l’espressione non. lavoratrice dipendente il legislatore ha inteso fare riferimento a tutte le donne comunque svolgenti una attività lavorativa e, quindi, anche alle madri casalinghe, in ragione della ormai riconosciuta equiparazione della attività domestica ad una vera e propria attività lavorativa; ciò perché la madre casalinga non può farsi rientrare nella menzionata ipotesi che ha riguardo ai casi in cui la donna, esplicando una attività lavorativa non dipendente (e non potendo, di conseguenza, avvalersi del periodo di riposo giornaliero, riservato ai soli lavoratori subordinati), sia ugualmente ostacolata nel suo compito di assistenza al figlio” (C.d.S, Sez. I, 22.10.2009, n. 2732). Ritiene tuttavia il Collegio di dovere aderire al primo orientamento, perché aderente alla non equivoca formulazione letterale della norma, secondo la quale il beneficio spetta al padre, “nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente”. Tale formulazione, secondo il significato proprio delle parole, 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 o comunque svolga un’attività non retribuita da terzi (se a quest’ultimo caso si vuol ricondurre la figura della casalinga). Altro si direbbe se il legislatore avesse usato la formula “nel caso in cui la madre sia lavoratrice non dipendente”. La tecnica di redazione dell’art. 40, con la sua meticolosa elencazione delle varie ipotesi nelle quali il beneficio è concesso al padre, lascia intendere che la formulazione di ciascuna di esse sia volutamente tassativa. Anche dal punto di vista della ratio, tale orientamento appare più rispettoso del principio della paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura ed all’educazione della prole, che affonda le sue radici nei precetti costituzionali contenuti negli artt. 3, 29, 30 e 31. Né può condividersi l’assunto secondo cui “la considerazione dell’attività domestica, come vera e propria attività lavorativa prestata a favore del nucleo familiare, non esclude, ma al contrario, comprende, come è esperienza consolidata, anche le cure parentali”(così il citato parere del C.d.S., Sez. I, 22.10.2009, n. 2732), poiché esso oblitera l’innegabile circostanza, che costituisce il fondamento dell’istituto dei permessi giornalieri, della estrema difficoltà di cura della prole da parte anche della madre casalinga, specie laddove si ponga mente alle complesse esigenze di accudimento dei figli nel primo anno di vita (nel corso del quale spettano i permessi de quibus). Del resto, proprio perché i compiti esercitati dalla casalinga risultano di maggiore ampiezza, intensità e responsabilità rispetto a quelli espletati da un prestatore d’opera dipendente (Cass. civ., Sez. 3, n. 17977 del 24 agosto 2007; idem, 20 luglio 2010 n. 16896; da ultimo, Cass. civ., III, 13 dicembre 2012, n. 22909) è del tutto incongruo dedurne, come ha fatto il Giudice di primo grado, “l’oggettiva possibilità, nel caso della lavoratrice casalinga, di conciliare la delicate e impegnative attività di cura del figlio con le mansioni del lavoro domestico” (pag. 12 sent.); laddove, invece, è dato di comune esperienza che l’attività dalla stessa esercitata in ambito familiare spesso necessita, alla nascita di un figlio, di aiuti esterni (collaboratore/ricca familiare e/o baby-sitter), utilmente surrogabili, nel caso delle famiglie mono-reddito, proprio mediante ricorso al godimento dei permessi di cui all’art. 40 cit. da parte dell’altro genitore lavoratore dipendente. Ancora, i riposi giornalieri, una volta venuto meno il nesso esclusivo con le esigenze fisiologiche del bambino, hanno la funzione di soddisfare i suoi bisogni affettivi e relazionali al fine dell’armonico e sereno sviluppo della sua personalità (Corte cost., 1 aprile 2003, n. 104); ed in tale prospettiva sarebbe del tutto irragionevole ritenere che l’onere di soddisfacimento degli stessi debba ricadere sul solo genitore che viva la già peculiare situazione di lavoro casalingo. Proprio, in conclusione, lo spostamento dell’asse della ratio normativa sulla tutela del minore impone, invero, di ritenere che il beneficio, di cui uno dei due genitori può fruire, costituisca il punto di bilanciamento tra gli obblighi del lavoratore nei confronti del datore di lavoro

(con riferimento al rispetto dell'orario di servizio) e gli obblighi discendenti dal diritto di famiglia paritario, che gli impone comunque la cura del minore pure in presenza dell'altro genitore eventualmente non lavoratore (T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 10 maggio 2012, n. 332). Tale beneficio sostanzialmente grava sul datore di lavoro dell'uno o dell'altro genitore (ed in tal senso è da intendersi il principio dell'alternatività richiamato dal T.A.R.), ma, allorché uno dei due genitori per una ragione qualsiasi non se ne avvalga (perché "non lavoratore dipendente" e dunque anche non lavoratore "tout court"), ben può essere richiesto e fruito dall'altro.».

Come detto questo giudice ritiene che l'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato con l'ultima decisione sopra richiamata sia più aderente al significato letterale della disposizione normativa e ai principi costituzionali che tutelano anche il diritto alla paternità e aderisce a tale orientamento che ritiene quindi debba prevalere anche sugli orientamenti espressi dai Tribunali Regionali Amministrativi richiamati dalla parte resistente .

Nel caso di specie pertanto, il diniego a fruire dei permessi ex art.40 D.lgs.151/2001 espresso da T.I. spa è illegittimo rispetto al chiaro dettato della norma che consente al padre, quando la madre sia casalinga e quindi "*non sia lavoratrice dipendente*" di fruire di detti riposi.

Tale interpretazione è del resto condivisa anche dalle circolari del Ministero del lavoro e dell'INPS allegate da parte ricorrente.

Sussiste poi sicuramente il periculum in mora.

Al riguardo si evidenzia che trattandosi di permessi usufruibili solo per il primo anno di vita del bambino, e giustificati dalla necessità di aiutare lo sviluppo della personalità del bambino e i legami affettivi e relazionali che si impostano proprio in tale iniziale fascia di vita , è evidente come il tempo necessario alla trattazione della causa di merito, avuto riguardo alla data di nascita del bimbo - 10.3.2015 - non consentirebbe la tutela di tale bene che, per sua natura, è insuscettibile di valutazione economica.

Sussiste quindi certamente anche i requisito del periculum in mora.

Il ricorso deve quindi essere accolto.

Deve quindi essere ordinato in via di urgenza alla convenuta di consentire al ricorrente di fruire dei permessi giornalieri ex artt.39 e 40 D.Lgs.151/2001.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

In accoglimento del ricorso ordina a T.I. spa di consentire al ricorrente di fruire dei permessi giornalieri ex artt.39 e 40 D.Lgs.151/2001. Condanna la resistente al pagamento delle spese di lite in favore di parte ricorrente che si liquidano in €2096,00 oltre IVA e CPA come per legge.

Si comunichi alle parti.

Roma, 10.12.2015

IL GIUDICE
Dott.ssa C. Monterosso