



Giustizia amministrativa  
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

Consiglio di Stato  
Tribunali Amministrativi Regionali

**News UM n. 15 del 31 gennaio 2023  
a cura dell'Ufficio del massimario**

**Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 28 dicembre 2022, n. 17 – Pres. Maruotti, Est. Forlenza**

**Polizia di Stato – Congedi per la cura del figlio – Fruibilità da parte del padre del minore – Attività lavorativa in ambito familiare**

*“L’articolo 40, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, laddove prevede che i periodi di riposo di cui al precedente articolo 39, sono riconosciuti al padre lavoratore dipendente del minore di anni uno, “nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente”, intende riferirsi a qualsiasi categoria di lavoratrici non dipendenti, e quindi anche alla donna che svolge attività lavorativa in ambito familiare, senza che sia necessario, a tal fine, che ella sia impegnata in attività che la distolgono dalla cura del neonato, ovvero sia affetta da infermità” (1).*

(1) I.- Con la sentenza in rassegna, l’adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha risposto ad alcuni quesiti inerenti alla disciplina dei congedi parentali e, segnatamente, alla nozione di “lavoratrice non dipendente”, con i conseguenti effetti sulla fruizione, da parte dell’altro genitore, dei riposi giornalieri di cui agli artt. 39 e 40 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (recante “Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell’articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53”).

La questione era stata rimessa dalla ordinanza 11 aprile 2022, n. 2649 del Consiglio di Stato (oggetto della News US n. 50 del 30 maggio 2022 alla quale si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza). Nella decisione in commento l’adunanza plenaria, con una articolata motivazione dopo aver ricostruito la disciplina inerente i benefici a tutela della genitorialità, ha affermato il principio che i periodi di riposo previsti dall’art. 39 del d.lgs. 511 del 2001 devono essere riconosciuti al padre

lavoratore dipendente del minore di anni uno, anche nel caso in cui la madre svolga attività lavorativa in ambito familiare.

È opportuno evidenziare, tuttavia, che secondo consolidata giurisprudenza amministrativa (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. IV, 1 dicembre 2020, n. 7619; 7 febbraio 2020, n. 961; 7 gennaio 2020 n. 118; 28 luglio 2017, n. 3771; Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2016, n. 1, in *Foro it.*, 2016, III, 338 e Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2013, n. 926, in *Foro it. Rep.* 2013, *Militare*, n.° 37) non è predicabile la tesi della estensione *tout court* al personale militare degli istituti previsti dal d.lgs. n. 151 del 2001, come si ricava dal tenore dell'art. 1493, comma 1, del codice dell'ordinamento militare, secondo cui *"Al personale militare femminile e maschile si applica, tenendo conto del particolare stato rivestito, la normativa vigente per il personale delle pubbliche amministrazioni in materia di maternità e paternità, nonché le disposizioni dettate dai provvedimenti di concertazione"*.

II.- La vicenda contenziosa che ha condotto al giudizio dinanzi al Consiglio di Stato muove dall'impugnazione, in primo grado, del provvedimento di rigetto dell'istanza di fruizione dei riposi giornalieri di cui agli artt. 39 e 40 del d.lgs. n. 151 del 2001, avanzata da un assistente della Polizia di Stato il quale aveva chiesto anche l'accertamento del diritto a fruirne sino al compimento di un anno di età della figlia. Tale diniego era stato pronunciato in ragione delle (nel caso di specie) ritenute prevalenti esigenze dell'amministrazione rispetto ai diritti connessi alla genitorialità. Il ricorso è stato accolto con sentenza T.a.r. per la Sardegna, sez. II, 17 ottobre 2017, n. 642, con conseguente annullamento dell'impugnato diniego.

Avverso la predetta sentenza ha interposto appello il Ministero dell'interno e, nell'ambito del relativo giudizio, si è innestato il deferimento alla Adunanza plenaria, con il quale seconda sezione del Consiglio di Stato ha chiesto di pronunciarsi sui seguenti quesiti:

- i) se l'espressione "non lavoratrice dipendente", riferita alla madre, *"in caso di richiesta di permesso da parte del padre, lavoratore dipendente, del minore di anni uno, si riferisca a qualsiasi categoria di lavoratrice non dipendente, e quindi anche alla 'casalinga', ovvero solo alla lavoratrice autonoma o libero-professionista, posizione che comporta diritto a trattamenti economici di maternità a carico dell'Inps o di altro ente previdenziale"*;
- ii) *"in caso di risposta affermativa, se il diritto del padre a fruire dei riposi giornalieri previsti dall'articolo 40 del d.lgs. n. 151 del 2011 abbia portata generale, ovvero sia subordinata alla prova che la madre 'casalinga', considerata alla stregua della lavoratrice non dipendente, sia impegnata in attività che la distolgano dalla cura del neonato, ovvero affetta da "infermità", seppure temporanee e/o non gravi"*;
- iii) *"quale sia l'esatta accezione da attribuire alla nozione di alternatività tra i due genitori in caso di parto gemellare, ove la madre sia 'casalinga'"*;

III. - Il collegio, dopo aver analizzato l'oggetto della controversia e le argomentazioni del remittente, ha osservato quanto segue:

- a) l'adunanza plenaria ritiene che ai suddetti quesiti debba essere data soluzione aderente alla tesi interpretativa prospettata dalla sezione deferente, e che, di conseguenza, l'appello deve essere respinto;

- b) nella decisione viene ripercorsa la disciplina degli istituti a tutela della genitorialità, dettata dagli artt. 39 (riposi giornalieri della madre), 40 (riposi giornalieri del padre) e 41 (riposi per parti plurimi) del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (recante il “Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità”);
- c) ciò premesso si osserva che i periodi di riposo di cui all’art. 39 rientrano nel novero dei diritti riconosciuti in attuazione del valore costituzionalmente tutelato della funzione genitoriale, cui si riconnettono: sia le responsabilità di entrambi i genitori nei confronti del figlio (naturale o adottivo), e dunque il diritto dei medesimi ad ottenere dall’ordinamento il riconoscimento delle migliori condizioni possibili onde assolvere ad una funzione, non solo individualmente, ma anche socialmente fondamentale; sia, specularmente, il diritto del figlio ad ottenere, per il tramite dell’assistenza dei genitori, ottimali condizioni di crescita e di sviluppo della sua età evolutiva;
- c1) in tal senso, l’esercizio della funzione genitoriale tende, da un lato, alla piena realizzazione dei diritti del bambino ad ottenere la migliore assistenza da parte dei genitori (nel caso di specie, nel primo anno di vita), ma, da altro lato, costituisce anche espressione del diritto “proprio” dei genitori – e di ciascuno di essi - ad accompagnare la crescita del figlio, quale espressione della loro personalità;
- c2) si osserva ancora che la compresenza delle due tipologie di diritto è ben rilevabile nell’art. 30, primo comma, della Costituzione, che prevede il *“dovere e diritto dei genitori (di) mantenere, istruire ed educare i figli”*, in tal modo rimarcando il rango costituzionale, in un tutto armonico ed inscindibile, sia del diritto del figlio (desumibile dal dovere dei genitori nei suoi confronti), sia del diritto di ciascuno dei genitori;
- c3) i doveri dei genitori sono dunque non solo strumentali all’assistenza del bambino, per assolvere la propria funzione genitoriale, ma hanno anche un fondamento autonomo, collegato alla espressione della personalità;
- c4) i diritti del bambino e quelli di ciascuno dei genitori sono riconducibili ai diritti inviolabili dell’uomo, che l’art. 2 della Costituzione riconosce e tutela *“sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”*;
- d) l’Ad. plen, quindi, non condivide la tesi dell’amministrazione appellante, secondo cui la presenza in casa della madre “casalinga”, soddisfacerebbe in radice i bisogni a cui l’istituto in questione -quale misura ausiliativa non dei genitori ma del bambino- è preordinato;
- e) nella decisione si precisa, inoltre, che i periodi di riposo di cui all’art. 39 del d.lgs. n. 151 del 2001 hanno natura non di “beneficio” concedibile dall’Amministrazione, bensì di diritto, e non possono essere riferiti ad un “istituto contrattuale a tutela della genitorialità” (come sostenuto dall’ordinanza di rimessione);

- e1) i periodi di riposo di cui al citato art. 39, infatti, sono previsti da una fonte primaria, in attuazione dei sopra richiamati parametri costituzionali, il che esclude la natura "eccezionale" della disposizione e la conseguente necessità di una sua interpretazione restrittiva (richiesta dall'Amministrazione);
- e2) ciò che, dunque, distingue la posizione della madre da quella del padre non è l'esclusività della titolarità del diritto in capo alla prima – di modo che la titolarità paterna dei diritti si porrebbe come subalterna o derivata da quella della madre – quanto la modalità di esercizio del medesimo;
- f) poiché il diritto-dovere di "mantenere, istruire, educare i figli" è posto dalla Costituzione in capo ad entrambi i genitori, la titolarità dei singoli diritti - teleologicamente orientati all'attuazione del valore costituzionalmente tutelato dall'articolo 30 - non può che essere riconosciuta pariteticamente ad entrambi, ferma restando la titolarità in capo alla madre di quei distinti diritti che propriamente si riconnettono alla esclusività della funzione biologica ed alla sua tutela (poiché la tutela della maternità trova una sua specifica ed autonoma previsione di tutela nell'art. 31, comma 2, Cost.);
- g) sul piano del concreto esercizio, invece, in presenza di una sola possibilità di fruizione dei periodi di riposo (il cui "peso" grava comunque sul datore di lavoro), il legislatore riconosce, ragionevolmente, una posizione pozioro alla madre nel godimento del diritto, potendo il padre goderne o nel caso in cui, essendo unico titolare della potestà genitoriale, non si pone alcuna alternatività (ipotesi contemplate nell'art. 40, lett. a) e d), o laddove la madre sia impossibilitata (art. 40, lett. d), ovvero ancora nel caso in cui "non se ne avvalga" (lett. b);
- h) in tale contesto, risulta ragionevole la regola per la quale la fruizione dei periodi di riposo spetti al padre "*nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente*" (art. 40, lett. c);
- i) una volta che la legge ha riconosciuto il diritto a periodi di riposo per il genitore lavoratore dipendente (*in primis* per la madre, in alternativa per il padre), ed in misura non cumulabile tra i due, la non considerazione – ai fini dell'esercizio del diritto- della presenza nel nucleo familiare della madre non lavoratrice dipendente comporterebbe una irragionevole esclusione dalla titolarità (ed esercizio) del diritto del padre lavoratore dipendente;
- j) con la previsione della lett. c) dell'art. 40, il legislatore ha inteso dare la più completa attuazione del diritto del genitore lavoratore dipendente al periodo di riposo di cui all'art. 39 del d.lgs. n. 151 del 2001. Depone in tal senso l'espressione ("*nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente*"), che, nella sua chiarezza lessicale, non consente interpretazioni riduttive dell'ambito dei destinatari;
- k) perché si possa godere, nel caso di specie (art. 40, lett. c), dei periodi di riposo durante il primo anno di vita del bambino da parte del padre, occorre solo

il duplice presupposto che questo sia un lavoratore dipendente e che la madre non lo sia, poiché null'altro è previsto dalla legge;

- k1) l'interpretazione opposta - volta ad escludere dall'applicazione i casi in cui la madre sia "casalinga" - risulterebbe in contrasto col testo della legge;
- k2) atteso il chiaro tenore della disposizione non può essere chiesto dall'interprete la sussistenza di un ulteriore presupposto di fatto (quale è lo *status* di lavoratrice della madre n.d.r.), rispetto a quelli indicati dal legislatore;
- l) l'interpretazione letterale risulta coerente anche con l'esigenza di tenere conto dei principi costituzionali sulla parità tra il padre e la madre e sulla tutela del figlio;
- m) una volta riconosciuto alla lavoratrice madre il diritto di fruire dei periodi di riposo (art. 39), ed affermata la parità dei genitori nella titolarità di tale diritto (poiché ne è alternativa la sola fruizione), il difetto nella madre dello *status* di lavoratrice dipendente, che invece si volesse ritenere necessario, finirebbe per escludere anche il lavoratore dipendente padre dalla titolarità del diritto, venendosi così a costituire una intera categoria di genitori esclusa da questa forma di tutela, in contrasto con gli articoli 3 e 30 Cost.;
- n) il riconoscimento al padre lavoratore dipendente del diritto a periodi di riposo, anche nel caso di madre "casalinga", non comporta alcun "*vulnus a carico delle famiglie composte da due lavoratori dipendenti*" (come prospettato dall'amministrazione), poiché un solo diritto a periodi di riposo è comunque esercitabile da parte dei genitori; esso, al contrario, consente di realizzare in modo pieno e diffuso, nei limiti di legge, l'accesso alla misura di tutela da parte di tutti i genitori dei quali almeno uno sia lavoratore dipendente;
- o) d'altra parte, non vi sono ragioni per distinguere, sul piano qualitativo o quantitativo e con riferimento alla posizione genitoriale, il lavoro svolto nell'ambito "domestico" o "familiare" (così meglio definendo l'attività rapportata in modo desueto alla attività della "casalinga") da quello svolto dalla donna in via subordinata, o in via autonoma, né, tantomeno, è possibile disconoscere il "valore economico" dell'attività lavorativa domestica, con terminologia desueta ricondotta ai compiti della "casalinga" (Cass. civ., sez. lav, 20 ottobre 2005, n. 20324 in *Foro it. Rep.*, 2005, *Danni in materia civile*, n.° 200);
- p) è decisivo considerare che secondo l'art. 35 della Costituzione "*la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni*";
  - p1) non vi è, dunque, alcuna ragione per distinguere i lavoratori in dipendenza delle modalità di esplicazione della prestazione lavorativa, anche quando questa condizione costituisca il presupposto - come nel caso in esame - per il riconoscimento di diritti e tutele inerenti alla loro genitoriale, che trova ulteriori e specifici riferimenti nella Carta costituzionale;

- 
- p2) anche per tale ragione, le disposizioni contenute negli articoli 39 e 40 del d.lgs. n. 151 del 2001 non hanno natura eccezionale (e come tali non suscettibili di interpretazione analogica od estensiva), ma hanno attuato principi di rango costituzionale sui diritti del genitore lavoratore e vanno interpretati in coerenza con l'art. 35 Cost., sulla tutela del lavoro "in tutte le sue forme";
- q) in conclusione l'adunanza plenaria, con riferimento ai primi due quesiti ad essa sottoposti, ha enunciato il principio di diritto di cui in massima parte ha ritenuto irrilevante, ai fini della definizione del giudizio in corso, il terzo quesito; in applicazione del principio di diritto espresso, ha respinto l'appello e confermato, la sentenza impugnata.
- 