

La seconda sezione del Consiglio di Stato deferisce all'Adunanza plenaria alcune questioni circa la lettura delle disposizioni del d.lgs. n. 151 del 2001 a presidio dei diritti del padre – appartenente alle Forze di polizia - alla fruizione dei riposi giornalieri per la cura del proprio figlio, minore di anni uno, la cui madre è “*non lavoratrice dipendente*”.

I dubbi interpretativi riguardano l'esatto perimetro della nozione di “*non lavoratrice dipendente*”, ossia se essa si riferisca a qualsiasi categoria di lavoratrice non dipendente, e quindi anche alla casalinga, ovvero solo alla lavoratrice autonoma o libero-professionista, la portata generale o meno del diritto del padre e l'esatta accezione di alternatività tra i due genitori in ipotesi di parto gemellare.

Consiglio di Stato, sezione II, ordinanza 11 aprile 2022, n. 2649 – Pres. Saltelli, Est. Manzione

Polizia di Stato – Congedi per la cura del figlio – Fruibilità da parte del padre del minore – Deferimento questioni all'Adunanza plenaria

Sono deferite all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni di diritto:

a) se il termine “non lavoratrice dipendente”, riferito 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;

b) in caso di risposta affermativa, se il diritto del padre a fruire dei riposi giornalieri previsti dall'art. 40 del [d.lgs. n. 151 del 2001](#) 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;

c) 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.

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna la seconda sezione del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria alcune questioni riguardanti, sul piano interpretativo, la disciplina dei congedi parentali e, segnatamente, quella relativa alla nozione di “*lavoratrice non dipendente*”, riposi giornalieri di cui agli artt. 39 e 40 del d.lgs. n. 151 del 2001 (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](#)").

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.

Detto rigetto 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 di cui trattasi.

III. – Con l'ordinanza in rassegna il collegio giunge alla elaborazione dei quesiti sopra riportati sulla base del seguente percorso argomentativo:

a) sul substrato normativo in materia di fruibilità di congedi parentali:

- a1) il genitore lavoratore dipendente gode di una serie di misure che gli consentono di assentarsi dal luogo di lavoro o di avere una maggiore flessibilità nell'orario di lavoro per la necessità di prendersi cura della propria prole;
- a2) malgrado la progressiva evoluzione del trattamento del dipendente genitore, la normativa di riferimento è data ancora oggi dal testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità di cui al d.lgs. n. 151 del 2001, da ultimo modificato dalla [l. n. 238 del 2021](#);
- a3) la condivisione del ruolo genitoriale ha costantemente ispirato le riforme del settore, pure nella fase emergenziale legata alla pandemia, valorizzando il più possibile la compartecipazione del padre alla cura dei figli anche quale espressione di un diritto spettante allo stesso, seppure senza alterare la preferenza di regola accordata alla madre;

- a4) emblematica è al riguardo la “*messa a sistema*” dell’allungamento del congedo di paternità obbligatorio, pari a 10 giorni, per i lavoratori dipendenti: l’art. 1, comma 134, della [l. n. 234 del 2021](#), modificando l’art. 1, comma 354, della [l. n. 232 del 2016](#), ha reso infatti strutturale la misura di tale congedo, introdotto in via sperimentale dall’art. 4, comma 24, lettera a), della [l. n. 92 del 2012](#), peraltro cumulabile con la fruizione dell’analoga misura da parte della donna, confermandola in dieci giorni, siccome previsto, per il 2021, dall’art. 1, comma 363, lettera b), della [l. n. 178 del 2020](#);
- a5) ciò non toglie che, in base a considerazioni di comune esperienza da cui l’interprete non può mai del tutto prescindere, soprattutto nei primi anni di vita del bambino la madre riveste un ruolo centrale e sotto vari spetti assai difficilmente fungibile nello sviluppo della giovane vita del figlio;
- a6) il citato testo unico stabilisce *inter alia*, e per quanto di interesse nella fattispecie in esame, il diritto rispettivamente della madre (art. 39) e del padre (art. 40), lavoratori dipendenti, alla fruizione di “*riposi giornalieri*” al fine di accudire il neonato nel corso del suo primo anno di vita;
- a7) si tratta di misure che incidono sull’orario di lavoro, non sulla presenza giornaliera in servizio, e per tale ragione nella sistematica del d.lgs. n. 151 del 2001 si collocano dopo la disciplina dei congedi parentali, con i quali attingono alla matrice comune di garantire in condizioni tendenzialmente paritarie al padre e alla madre, indipendentemente dall’essere genitori naturali o adottivi, il diritto a prendersi cura del figlio (cfr. [Corte cost., 28 luglio 2010, n. 285](#));
- a8) come noto, i diritti al riposo a tutela del bambino, per la prima volta riconosciuti alle lavoratrici madri con l’art. 10 della l. n. 1204 del 1971, non furono inizialmente accordati al padre lavoratore al quale soltanto con l’art. 7 della [l. n. 903 del 1977](#), intesa a realizzare la parità di trattamento fra uomini e donne in materia di lavoro, si incominciò a riconoscere il diritto di assentarsi dal lavoro in alternativa alla madre lavoratrice ovvero quando i figli erano affidati solo a lui;
- a9) da tali disposizioni di legge ha tratto origine la (poi continua) evoluzione di tale peculiare profilo del diritto di famiglia nel senso della valorizzazione del prevalente interesse del bambino, riconosciuto autonomo titolare di interessi da salvaguardare, e del conseguente riconoscimento di paritetici

diritti-doveri di entrambi i coniugi e della loro reciproca integrazione nella cura dello sviluppo psico-fisico del figlio: è stato così progressivamente riconosciuto in via generale che (anche) il padre è idoneo – e quindi tenuto – a prestare assistenza materiale e supporto affettivo al minore;

- a10) in tale prospettiva va ricordata la [sentenza della Corte cost. 14 gennaio 1987, n. 1](#), che ha esteso il principio sulla parità di trattamento fra uomini e donne, previsto dall'art. 7 della l. n. 903 del 1977, ritenendo che il diritto ai riposi giornalieri retribuiti, previsti per la lavoratrice dall'art. 10 della [l. n. 1204 del 1971](#), dovesse essere riconosciuto al padre lavoratore nel caso (che era quello esaminato dalla Corte) in cui l'assistenza della madre al minore fosse diventata impossibile per decesso o grave infermità: è stato così chiarito che la natura e la finalità dei riposi giornalieri non risponde soltanto all'allattamento del neonato e altre sue esigenze biologiche, ma è finalizzata a qualsiasi forma di assistenza del bambino nel primo anno di vita;
- a11) nella stessa scia si pone la successiva [sentenza Corte cost. 2 aprile 1993, n. 179](#), che, riesaminando la questione in termini più generali, ha ritenuto ormai superata la concezione di una rigida distinzione dei ruoli fra i genitori nell'assistenza del bambino, dichiarando incostituzionale il menzionato art. 7 della l. n. 903 del 1977 nella ulteriore parte in cui non estendeva in ogni ipotesi (e non in limitati casi) al padre lavoratore, in alternativa alla madre lavoratrice, purché consenziente, il diritto ai riposi giornalieri per assistere il figlio nel suo primo anno di vita: secondo il giudice delle leggi, i due genitori nello spirito di leale collaborazione e nell'esclusivo interesse del figlio devono di volta in volta decidere quale di essi, assentandosi dal lavoro, possa meglio provvedere alla sua assistenza;
- a12) è assodato che l'istituto dei permessi orari – *de jure condito* scissi dalle necessità dell'allattamento che *ab initio* (cfr. art. 9 della l. n. 860 del 1950) rappresentavano la motivazione cui era finalizzata (e subordinata) la relativa concessione – non si può considerare volto a tutelare le sole funzioni biologiche proprie della maternità, ma si estende invero a preservare e favorire tutte le responsabilità genitoriali (incluse quelle del padre);
- b) sulle specifiche correlate disposizioni (di “*non univoca formulazione*”) del d. lgs. n. 151 del 2001:
- b1) l'art. 39 dispone:

“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”;

b2) l’art. 40 stabilisce:

“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;

d) in caso di morte o di grave infermità della madre”;

b3) l’art. 41 poi, con riferimento ai parti plurimi, recita testualmente:

“1. In caso di parto plurimo, i periodi di riposo sono raddoppiati e le ore aggiuntive rispetto a quelle previste dall’articolo 39, comma 1, possono essere utilizzate anche dal padre”;

b4) la serena e non preconcetta lettura del ricordato art. 40 fa emergere significativi elementi di ambiguità espressiva che sono alla base delle non irragionevoli interpretazioni giurisprudenziali scaturitene;

b5) l’alternatività nella fruizione infatti, intrinseca nel fatto che il legislatore ha *in primis* disciplinato l’istituto con riferimento alla lavoratrice madre (art. 39), è espressamente richiamata solo alla lettera b) dell’art. 40, ad indicare che, ove entrambi i genitori siano lavoratori dipendenti, si preferisce accordare i riposi alla madre, salvo che la stessa non intenda avvalersene;

b6) per contro può fruire dei permessi (esclusivamente) il padre:

I) qualora sia unico affidatario dei figli (lettera a) o unico genitore superstite o in grado di prendersene cura (lettera d), nel caso di morte o grave infermità della madre);

II) altresì *“nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente”*, per l’evidente ragione che in tali ipotesi la misura non può essere riconosciuta alla stessa;

b7) occorre al riguardo subito evidenziare che l’argomento testuale in forza del quale il concetto di lavoratore/lavoratrice dovrebbe essere tratto comunque dalla definizione contenuta nell’art.2 dello stesso, non risulta pienamente conferente, venendo in rilievo non la relativa nozione (*“lavoratrice”*), ma la variegata platea delle madri che lavoratrici (dipendenti) nell’accezione dello stesso non sono;

b8) d’altro canto – per completezza – non può sottacersi che anche la formulazione dell’art. 41, concernente il parto gemellare, contribuisce ad incrementare le zone chiaroscurali della possibile lettura delle norme, da effettuare ovviamente in combinato disposto tra di loro: i presupposti di applicabilità infatti non cambiano, ma le ore di riposo sono raddoppiate e quelle *“aggiuntive”* possono essere fruite dal padre, in alternativa alla madre, ove la stessa sia lavoratrice dipendente, senza tuttavia chiarire cosa accada ove la stessa non lo sia;

b9) il sistema così delineato, in definitiva, risulta finalizzato a trovare il giusto bilanciamento di interessi tra datori di lavoro e genitori, ove entrambi siano dipendenti, e lo risolve col criterio della alternatività, con preferenza per la madre: ma non è egualmente chiaro al di fuori di tale ipotesi quale sia il regime giuridico applicabile al padre, unico lavoratore dipendente;

c) sul contrasto giurisprudenziale:

c1) inizialmente con [sentenza Cons. Stato, sez. VI, 9 settembre 2008, n. 4293](#), è stata seguita la tesi positiva, in quanto *“posto che la nozione di lavoratore assume diversi significati nell’ordinamento, ed in particolare nelle materie privatistiche ed in quelle pubblicistiche, è a quest’ultimo che occorre fare riferimento, 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”*;

c2) in sede consultiva, Cons. Stato, sez. I, parere del 22 ottobre 2009, n. 2732/2009, ha sostenuto una lettura diametralmente opposta:

I) infatti, dopo aver riconosciuto espressamente *“che la formulazione letterale della disposizione non appare del tutto perspicua”* e dopo aver delineato un articolato *excursus* circa la materia del diritto di famiglia con particolare riferimento ai vari istituti normativi di ausilio alla genitorialità, ha declinato in termini assoluti il principio di alternatività nella cura del minore;

II) ha così sostenuto che la scelta del legislatore, conseguita alle richiamate sentenze [Corte cost. 19 gennaio 1987, n. 1](#) e [21 aprile 1993, n. 179](#), non consentirebbe di ricondurre alla dizione di *“non lavoratrice dipendente”* la casalinga, posto che *“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”*; d’altronde, *“l’autonomia di gestione del tempo di attività nell’ambito familiare consente evidentemente alla madre di dedicare l’equivalente delle due ore di riposo giornaliero alle cure parentali”*;

III) in definitiva, la scelta fatta dal legislatore, interpretata nel senso anzidetto, costituirebbe il necessario punto di equilibrio tra contrapposte esigenze, *“garantendo l’assistenza alternativamente di uno dei due genitori attraverso un delicato bilanciamento tra il diritto-dovere di entrambi i coniugi di assistere i figli (che ha anche indubbio rilievo sociale) e la necessità di iscrivere l’esercizio di tale diritto-dovere nel quadro delle specifiche esigenze del datore di lavoro (anch’esse aventi rilevanza sociale)”*;

c3) con [sentenza Cons. Stato, sez. III, 10 settembre 2014, n. 4618](#), il giudice d’appello è tornato all’iniziale orientamento, sulla base di rilievi sia testuali, sia sistematici:

I) sul crinale testuale ha osservato che il tenore letterale della disposizione (*“nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente”*) include, *“secondo il significato proprio delle parole, 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”;

II) sul crinale sistematico-teleologico ha affermato che *“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”;*

- c4) su una posizione per così dire intermedia si è posto Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 20 dicembre 2012, n. 1241, sostenendo che il padre, cui la legge non riconosce *“un diritto proprio”*, indipendente e parallelo a quello riconosciuto alla madre alla fruizione dei riposi giornalieri, *“deve provare l’esistenza di concreti impedimenti che si frappongano alla possibilità per la moglie casalinga (e dunque lavoratrice non dipendente, come si ritiene debba essere qualificata) di assicurare le necessarie cure al bambino”;*
- c5) la tesi rigorista ha trovato spazio di recente anche in una pronuncia che ha invocato il principio di tassatività rigorosa non delle singole fattispecie, ma del loro elenco, al fine di escludere la possibile estensione in via interpretativa alla casalinga della nozione di *“non lavoratrice dipendente”* ([Cons. Stato, sez. II, 4 marzo 2021, n. 1851](#), che ha considerato influente addirittura la situazione della madre, affetta da depressione *post partum*, in verità addotta solo in sede di richieste cautelari nel giudizio di primo grado, ove la stessa non sfoci in una vera e propria *“grave infermità”*, dizione pure questa foriera di possibili equivoci in quanto non ancorata a precise definizioni normative);
- c6) non può tuttavia sottacersi che più frequentemente, accanto all’affermazione del principio generale in senso restrittivo, sono state prospettate letture ed interpretazioni della normativa in esame in senso per così dire intermedio:

I) a partire infatti da una prima sentenza del 2017, successivamente richiamata talvolta in maniera acritica, giusta la mancata disamina delle evidenti sfumature interpretative sottese alla stessa, la giurisprudenza si è *“aperta”* ad una valutazione del caso singolo, che pur affermando in linea generale la non spettanza del relativo diritto al padre coniugato con una casalinga, non ne ha escluso la concedibilità ove si dimostri l’impossibilità in concreto della madre di attendere alla cura del bambino, per particolari

situazioni contingenti, non necessariamente riconducibili al suo stato di salute ([Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2017, n. 4993](#), in *Foro amm.*, 2017, 2000; id., [30 gennaio 2018, n. 628](#) e [3 ottobre 2018, n. 5686](#); [sez. II, 1° settembre 2021, n. 6172](#));

II) da un lato si è pertanto ribadito che la casalinga, in quanto *“strutturalmente”* presente in casa, è comunque in grado di soddisfare le esigenze di cura del bambino che la norma intende presidiare, seppure *“contestualmente onerata anche dei gravosi compiti di gestione della casa e della famiglia”*, stante che *“pure il genitore che, in assenza dell’altro (in quanto impegnato al lavoro, deceduto, gravemente infermo ovvero privo dell’affidamento), fruisca dei riposi è, evidentemente, onerato di attendere, oltre che alla cura del neonato, anche alle varie esigenze domestiche”*;

III) dall’altro si è riconosciuto che *“se la madre sia casalinga ma, per specifiche, oggettive, concrete, attuali e ben documentate ragioni, non possa attendere alla cura del neonato, allora il padre potrà comunque fruire del riposo in questione: è vero, infatti, che la condizione di casalinga consente, in linea generale e di norma, di assicurare una presenza domestica, ma, laddove ciò nella concreta situazione non sia effettivamente possibile, si determina un vuoto di tutela del minore cui può sopperirsi con la concessione, al padre, del riposo giornaliero ex art. 40, in virtù di un’esegesi sistematica e teleologicamente orientata della norma”* (Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2017, n. 4993, cit.);

IV) in alcuni casi poi ha finito per assumere rilievo la peculiarità del rapporto di pubblico impiego concernente un appartenente a forza di polizia, sicché nella comparazione degli interessi in gioco si impone di dare «rilievo pubblico primario degli interessi perseguiti dall’Amministrazione della pubblica sicurezza» (ancora Cons. Stato, sez. IV, 30 gennaio 2018, n. 628, cit.);

c7) in tale quadro giurisprudenziale si pone in posizione del tutto particolare la sentenza [Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 19 febbraio 2019, n. 153](#):

I) dopo avere analiticamente ricostruito i termini del dibattito giurisprudenziale, non ha ritenuto di prendere posizione, rivendicando totale specialità alla norma sul parto gemellare (art. 41), che di per sé legittimerebbe sempre la concessione dei permessi (anche) al padre coniugato con una casalinga: *“Il Legislatore è ben consapevole che nel caso di parto plurimo, le necessità familiari sono tali da giustificare il riconoscimento nei confronti del padre anche militare dei periodi di riposo e delle ore aggiuntive*

richieste al Comando di appartenenza”, quale che sia la condizione professionale della moglie;

II) in tal modo però non risulta neppure chiarito come operi in concreto il concetto di *“ore aggiuntive”* richiamato dalla norma, che sembrerebbe presupporre proprio ed esclusivamente la situazione di madre dipendente pubblica che non intenda fruire dei periodi di riposo nella misura raddoppiata, in toto, ovvero, appunto, in relazione alla sola entità del raddoppio;

c8) analoghe oscillazioni si riscontrano nella giurisprudenza di primo grado, nella quale tuttavia prevale una lettura/interpretazione non rigorosa, ma al contrario possibilista, in quanto ritenuta più conforme all’ordito costituzionale a tutela della famiglia e del lavoro:

I) molteplici e risalenti decisioni danno risalto al ruolo della casalinga nell’economia della vita familiare, assimilandone l’attività a quella lavorativa *tout court*, alla luce dei principi di cui agli artt. 4, 33, 36 e 37; ovvero agli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost. ([T.a.r. per la Calabria, Catanzaro, sez. I, 14 ottobre 2019, n. 1670](#), che richiama [Corte cost., 1° aprile 2003, n. 104](#); [T.a.r. per l’Emilia-Romagna, sez. I, Bologna, 19 ottobre 2020, n. 643](#), che monetizza ex art. 1226 c.c. i permessi spettanti ed indebitamente negati);

II) secondo tale indirizzo ammettere il padre a beneficiare dei permessi per la cura del figlio, anche allorquando la madre non ne abbia diritto in quanto non lavoratrice dipendente e pur tuttavia impegnata in attività – quella di casalinga – che la distolga dalla cura del neonato, appare più rispettoso del principio della paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura ed all’educazione della prole;

III) i riposi giornalieri non vanno ricondotti solo al soddisfacimento delle esigenze fisiologiche del bambino (il *“vecchio”* allattamento), ma anche a quello dei suoi bisogni affettivi e relazionali al fine dell’armonico e sereno sviluppo della sua personalità, cui i genitori devono concorrere in eguale misura;

c9) non mancano anche nel panorama di tale indirizzo decisioni in cui si dà spazio alla valutazione del caso singolo, quale mezzo logico per derubricare a mera apparenza i contrasti della normativa sopra evidenziati:

I) in tal senso si trova affermato che *“Il descritto, composito, panorama giurisprudenziale (che di per sé nega l’esistenza di automatismi di sorta in presenza*

di istanze di permesso ex art. 40) è, tuttavia, più apparente che reale laddove si consideri che le decisioni in questione sono frutto di un apprezzamento di situazioni personali e familiari, ciascuna caratterizzata da proprie peculiarità, che mal si prestano ad essere classificate secondo rigidi schemi predefiniti richiedendo, di volta in volta, un approfondito e puntuale esame della singola e concreta fattispecie che valorizza e qualifica (e non svincola o vincola), l'esercizio del potere attribuito all'Amministrazione";

II) sussisterebbe, quindi, in definitiva, sempre l'obbligo di una ponderata, specifica e completa valutazione congiunta e globale di tutti gli elementi informativi che valgono a connotare le peculiarità del singolo caso, nella loro intima connessione, il che tuttavia, com'è intuitivo, è soluzione del tutto antitetica ed incompatibile con la conclamata tassatività dell'elenco e dei suoi contenuti;

c10) l'utilizzo strumentale della *"valvola di sfogo"* della valutazione del caso singolo, seppure non prevista dalla norma, è esemplificato dalla [sentenza del T.a.r. per la Liguria, sez. II, 6 febbraio 2014, n. 222](#) nella quale, pur aderendo ad approccio restrittivo, il Tribunale riconosce che *"ciò non esclude che, in casi particolari, il padre lavoratore dipendente possa essere ammesso a fruire dei riposi giornalieri anche se coniugato con una lavoratrice casalinga; ciò si verifica in presenza di situazioni, debitamente documentate, che rendano temporaneamente impossibile per la madre prendersi cura del neonato (come, ad esempio, nel caso in cui essa debba sottoporsi a particolari cure mediche o accertamenti sanitari); deve trattarsi, peraltro, di circostanze atte a far venire oggettivamente meno la possibilità per i genitori di alternarsi nella cura del neonato, non riconoscibili nella situazione che l'odierno ricorrente aveva rappresentato all'amministrazione di appartenenza";*

c11) a conferma della lacunosità e della equivocità della normativa si deve segnalare la sentenza [T.a.r. per il Lazio, sez. I, 8 gennaio 2020, n. 125](#), nella quale viene affermato, quasi come un *obiter*, il principio in forza del quale nella categoria della *"madre che non sia lavoratrice dipendente"* rientra anche la figura della lavoratrice casalinga, oltre a quella della lavoratrice che svolga un'attività non dipendente e cioè *"autonoma"* (artigiana, commerciante, coltivatrice diretta, colona, mezzadra, imprenditrice agricola professionale, parasubordinata e libera professionista), come esplicitato da apposita circolare I.N.P.S. n. 95-bis del 6 settembre 2006, richiamata in motivazione; salvo poi escludere che possa rientrarvi il caso in cui la madre sia *"coadiuvante"* nell'impresa artigiana del padre, in quanto il collaboratore

familiare, in virtù della sua particolare posizione, *“non assume la veste di lavoratore subordinato, non è tenuto al rispetto di un orario predeterminato di lavoro, ancorché la sua attività deve essere svolta con carattere di abitudine e prevalenza, e ha diritto al sostentamento/mantenimento da parte del proprio parente artigiano, senza possibilità di percepire alcun tipo di compenso per l’attività prestata nell’impresa artigiana; così come, d’altra parte, per la sua particolare condizione, non può ricondursi alla figura del lavoratore autonomo o in proprio, non possedendone i requisiti previsti”*;

d) sulla posizione del giudice *a quo*:

d1) con riferimento alla posizione del giudice di primo grado relativa alla vicenda contenziosa di cui trattasi, vanno condivise le affermazioni – che non trovano disposizioni ostative – secondo cui:

I) gli artt. 39 e 40 del d.lgs. n. 151 del 2001 sono rivolti a dare sostegno alla famiglia e alla maternità in attuazione delle finalità generali di cui all’art. 31 della Costituzione;

II) la cura del minore è garantita in maniera paritetica da entrambi i genitori, cui deve essere data la possibilità di conciliare tale ruolo di genitore con quello di lavoratore;

d2) tale posizione è coerente con la giurisprudenza ordinaria che da un lato è orientata ai richiamati principi paritari nella responsabilità genitoriale, dall’altro tende ad una progressiva valorizzazione della figura della casalinga;

d3) sotto il primo profilo si è affermato che:

I) tutti gli istituti a tutela della genitorialità rappresentano il momento di sintesi tra le esigenze di tutela della salute della donna prima e dopo il parto, quelle puramente fisiologiche, ma anche affettive e relazionali del minore, funzionali a realizzare il pieno sviluppo della sua personalità, e quelle di non discriminazione nei confronti del padre che intenda essere parte attiva e responsabile nella cura del figlio (Cass., sez. lav., 28 novembre 2019, n. 31137);

II) con riferimento alla (diversa) ipotesi della madre lavoratrice autonoma, che al pari della casalinga non è *“costretta”* – in un caso, per assenza di disposizioni normative che lo impongano, nell’altro, per così dire – ad alcun

periodo di astensione obbligatoria, anche subito dopo il parto, si è addirittura di recente negato che operi un qualche divieto di cumulo tra godimento dell'indennità di maternità e fruizione dei riposi giornalieri da parte del padre (Cass., sez. lav., 12 settembre 2018, n. 22177, le cui argomentazioni ben evidenziano il diverso regime giuridico delle tutele, che trovano la loro giustificazione nelle modalità di svolgimento di attività lavorativa rimesse alla sola determinazione volitiva della donna);

III) ciò in quanto *“è anzitutto evidente sulla scorta della previsione normativa di cui all'art. 40 cit. che l'alternatività nel godimento dei riposi giornalieri da parte del padre sia prevista solo in relazione «alla madre lavoratrice dipendente che non se ne avvalga». Laddove invece la lettera della stessa norma contempra in maniera ampia il diritto del padre ai permessi “nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente”, senza prevedere alcuna alternatività”*;

IV) resta fermo, infatti, che la disciplina dei permessi orari attinge alla stessa matrice egualitaria di incentivo alla formazione familiare nel sostegno reciproco di quella dei congedi parentali, più volte enfatizzato dalla Corte costituzionale (Corte cost., 28 luglio 2010, n. 285 che con riferimento sia ai congedi parentali – artt. 32 e 36 del d.lgs. n. 151 del 2001 – che ai riposi giornalieri, li riconosce, appunto, *“in condizioni di parità, al padre e alla madre”*);

d4) sotto il secondo profilo assume particolare pregnanza l'affermazione che *“chi svolge attività domestica (attività tradizionalmente attribuita alla «casalinga»), benché non percepisca reddito monetizzato, svolge tuttavia un'attività suscettibile di valutazione economica”* (Cass. civ., 20 ottobre 2005, n. 20324; sui compiti esercitati dalla casalinga v. anche sez. III, n. 17977 del 24 agosto 2007; idem, 20 luglio 2010 n. 16896; 13 dicembre 2012, n. 22909);

d5) i fautori delle delineate contrapposte interpretazioni della normativa in questione attingono peraltro a tale ultima affermazione in senso diametralmente opposto:

I) per la sentenza [Cons. Stato , sez. VI, 9 settembre 2008, n. 4293](#), ad esempio, il fatto che altri settori dell'ordinamento considerino la figura della casalinga come lavoratrice, non può che indurre a valorizzare la *ratio* della norma, volta a beneficiare il padre di permessi per la cura del figlio allorquando la madre non ne abbia diritto in quanto casalinga;

II) all'opposto, nel ricordato parere n. 2732 dell'anno 2009, la sez. I ha rimarcato la portata settoriale delle affermazioni della Cassazione, correlate

solo alla problematica della risarcibilità del danno da perdita della relativa capacità di lavoro e come tali non suscettibili di assurgere a livello di principio generale;

d6) è da aggiungere per dare completezza al panorama giurisprudenziale che il giudice del lavoro ha da tempo riconosciuto il diritto ai permessi orari, oltre che al congedo di malattia del figlio ex art. 47 del d.lgs. n. 151 del 2001, al padre lavoratore dipendente, seppure la madre svolga attività di casalinga, proprio sull'assunto che questa attività è equiparabile a quella di lavoro non dipendente: ogni diversa soluzione, a suo avviso, si risolverebbe infatti in *“una evidente discriminazione nei confronti del medesimo lavoratore rispetto alla generalità dei lavoratori padri”* (Tribunale di Venezia, sez. lav., 9 febbraio 2012, n. 192; anche Tribunale di Roma, ordinanza del 10 dicembre 2015, che aderisce dichiaratamente all'orientamento espresso dalla sentenza [Cons. Stato, sez. III, 10 settembre 2014, n. 4618](#), cit.);

d7) altro argomento valorizzato nelle pronunce dei contrapposti indirizzi giurisprudenziali, cui è opportuno far cenno per completezza ricostruttiva, si rinviene nella prassi amministrativa: le originarie – e tutto sommato uniche – circolari emanate sulla materia, mutuano le risultanze del primo orientamento favorevole affermato dal Consiglio di Stato;

d8) deve ancora evidenziarsi che la tematica non può essere affrontata in maniera avulsa da un più generale quadro di *policy* a tutela delle famiglie, che ne impone una lettura teleologicamente orientata in senso evolutivo, con uno sguardo allargato all'orizzonte eurounitario: I) a tale proposito va ricordato come già con [sentenza Corte di giustizia UE, 16 luglio 2015, C-222/14](#), l'Accordo quadro di cui alla direttiva n. 96/34/CE è stato interpretato nel senso che un genitore non può essere privato del diritto al congedo parentale e che pertanto la situazione professionale del coniuge non può ostare all'esercizio di tale diritto;

II) la successiva direttiva n. 2010/18/EU, contenente il nuovo accordo quadro in materia di congedi parentali, rileva:

-al considerando n. 8, che *“le politiche familiari dovrebbero contribuire al conseguimento della parità di genere e che andrebbero considerate alla luce dell'evoluzione demografica, delle conseguenze dell'invecchiamento della popolazione, del superamento del divario generazionale, della promozione della*

partecipazione delle donne al mondo del lavoro e della ripartizione delle responsabilità familiari tra donne e uomini”;

– al considerando n. 12, che *“in numerosi Stati membri l’invito agli uomini ad accettare un’equa ripartizione delle responsabilità familiari non ha apportato risultati sufficienti; e che pertanto andrebbero prese misure più efficaci per incoraggiare una più equa ripartizione delle responsabilità familiari tra uomini e donne”;*

- d9) nell’accordo quadro iniziale, un considerando analogo evocava la necessità di incoraggiare gli uomini ad assumere maggiori responsabilità familiari, in particolare con il ricorso al congedo parentale, e che tale *“incoraggiamento”* poteva avvenire tramite campagne di sensibilizzazione;
- d10) in termini ancor più generali la direttiva n. 2019/1158/UE c.d. *“Work-life Balance”*, che abroga la precedente direttiva 2018/18/UE, i cui termini di recepimento vengono a scadenza a breve, nel disciplinare il congedo di paternità obbligatorio, mette a fuoco titolarità e modalità di fruizione dello stesso e degli strumenti per assicurarne il godimento effettivo, ivi compresa la maggior copertura economica, con la finalità di incentivarne l’uso anche da parte dei padri, nel contempo riconoscendo il diritto di richiedere formule flessibili del tempo e del rapporto di lavoro;
- d11) uno dei principali profili, insieme a quello relativo all’indispensabile presenza dei servizi pubblici di sostegno alle diverse attività di *care* da assumere come priorità nella gestione dei fondi concessi nell’ambito del *Next Generation EU*, riguarda proprio la necessità di sviluppare politiche di effettiva condivisione dei compiti di cura anche all’interno della coppia fin dalla nascita o dall’adozione o affidamento del minore;
- d12) sotto tale ulteriore profilo non può ritenersi neutra rispetto alla materia in controversia l’evoluzione nell’interpretazione dell’art.37, comma primo, Cost., laddove declina la *“essenziale funzione familiare”*, nonché, sotto altro profilo, una lettura delle norme armonica al diritto europeo e alla sempre maggiore sensibilità dello stesso verso la tematica della parità di contributi della coppia genitoriale nelle dinamiche della vita familiare;
- d13) in tale contesto infatti risulta chiaro che incentivare il ruolo paterno significa creare una dimensione familiare equilibrata e ispirata all’eguaglianza di

genere in senso sostanziale, superando il modello del cosiddetto *male bread - winner*, oramai inadeguato anche sotto il profilo economico, in modo da determinare indirettamente anche maggiori probabilità per la madre di accedere o conservare il lavoro extradomestico.

IV. – Per completezza si segnala:

- e) sulla tutela dei valori costituzionali attuati attraverso lo strumento solidaristico della famiglia nella declinazione del d. lgs. n. 151 del 2001:
 - e1) sul congedo per l'assistenza a persona disabile: [Corte cost., 7 dicembre 2018, n. 232](#) (in *Foro it.*, 2019, I, 371, oggetto della [News US in data 22 dicembre 2018](#) alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento in particolare sul rigore della giurisprudenza amministrativa laddove si tratti di riconoscere le condizioni di applicabilità degli istituti di dispensa dal lavoro, tra i quali, in particolare, quelli disciplinati dal d.lgs. n. 151 del 2001 e dalla legge n. 104 del 1992), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001 nella parte in cui consente al figlio del disabile grave di poter beneficiare del congedo (in mancanza degli altri parenti indicati dalla legge) solo a condizione che si tratti di figlio già convivente, consentendo, pertanto, che anche il figlio non convivente possa prendersi cura del genitore usufruendo del congedo straordinario, purché instauri la convivenza;
 - e2) sulla indennità di maternità in caso di adozione internazionale: [Corte cost., 23 dicembre 2003, n. 371](#), in *Mass. giur. lav.*, 2004, 169, con nota di FONTANA; *Dir. e pratica lav.*, 2004, 369, con nota di QUARTO; *Dir. e pratica lav.*, 2004, 789, con nota di GHEIDO, CASOTTI; *Guida al dir.*, 2004, 2, 78, con nota di GRAMICCIA; *Dir. e giustizia*, 2004, 2, 12, con nota di DOSI; *Prev. e assist. pubbl. e privata*, 2004, 531, con nota di SANTINI;
 - e3) sulla durata dell'indennità di maternità relativamente alle lavoratrici iscritte alla gestione separata che abbiano adottato o avuto in affidamento preadottivo un minore: *Corte cost.*, 22 novembre 2012, n. 257 (in *Giur. cost.*, 2013, 490, con nota di PESSI);
 - e4) sulla mancata previsione di spettanza al padre di percepire in alternativa alla madre l'indennità di maternità, attribuita solo a quest'ultima: [Corte](#)

[cost., 14 ottobre 2005, n. 385](#) (in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, 20, con nota di GRAGNOLI; *Prev. Forense*, 2005, 363, con nota di CHIRULLI; *Mass. giur. lav.*, 2006, 131, con nota di FONTANA; *Lavoro giur.*, 2006, 870, con nota di LACARBONARA; *Giur. cost.* 2005, 3793, con nota di CHIRULLI;

f) con particolare riferimento alla ricostruzione del rapporto fra gli speciali ordinamenti del personale militare (o appartenente alle forze di polizia) ed i benefici previsti dal testo unico di cui al d.lgs. n. 151 del 2001 e dalla legge n. 104 del 1992, in un assetto che a vario modo tiene conto della peculiarità della posizione istituzionale e le esigenze di massima efficienza e prontezza operativa di rango costituzionale:

f1) sulla specificità dello statuto del personale militare quale risulta espressamente dagli artt. 1, comma 1, 625, comma 1, e 2267, comma 2, cod. ord. mil. (d. lgs. n. 66 del 2010) nella parte in cui declinano il principio di autosufficienza dell'ordinamento militare, cfr. da ultimo [Cons. giust. amm. sic., sez. giur., ordinanza 14 gennaio 2022, n. 53](#) (oggetto della [News US in data 11 febbraio 2022](#) cui si rinvia per specifici approfondimenti anche in relazione alle differenze con il pubblico impiego privatizzato; tale pronuncia è relativa all'individuazione del termine per l'avvio del procedimento disciplinare di stato a carico del personale militare ma esprime principi di ricostruzione del sistema);

f2) sul versante delle norme sancite dal codice dell'ordinamento militare (e della disciplina di concertazione):

I) l'art. 1465 del codice stabilisce che *"Ai militari spettano i diritti che la Costituzione della Repubblica riconosce ai cittadini. Per garantire l'assolvimento dei compiti propri delle Forze armate sono imposte ai militari limitazioni nell'esercizio di alcuni di tali diritti, nonché l'osservanza di particolari doveri nell'ambito dei principi costituzionali"* (comma 1); *"Lo Stato predispone misure effettive volte a tutelare e promuovere lo sviluppo della personalità dei militari nonché ad assicurare loro un dignitoso trattamento di vita"* (comma 2); l'art. 1467 prevede che *"Nell'ordinamento delle Forze armate deve essere assicurata la realizzazione del principio delle pari opportunità uomo-donna, nel reclutamento del personale militare, nell'accesso ai diversi gradi, qualifiche, specializzazioni e incarichi del personale delle Forze armate e del Corpo della Guardia di finanza"*;

II) con specifico riferimento alla tutela della maternità e della paternità, l'art. 1493 stabilisce che *"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” (comma 1);

III) l’art. 14 [D.P.R. n. 163 del 2002](#) (recante “Recepimento dello schema di concertazione per le Forze armate relativo al quadriennio normativo 2002-2005 ed al biennio economico 2002-2003”) regola le modalità applicative del “testo unico a tutela della maternità” al personale militare, mentre l’art. 21 [D.P.R. n. 164 del 2002](#) (recante “Recepimento dell’accordo sindacale per le Forze di polizia ad ordinamento civile e dello schema di concertazione per le Forze di polizia ad ordinamento militare relativi al quadriennio normativo 2002-2005 ed al biennio economico 2002-2003”), disciplina il congedo parentale per le forze di polizia ad ordinamento civile, anche “In deroga a quanto previsto dall’articolo 34 del testo unico a tutela della maternità”;

IV) il comma 1-bis dell’art. 32 d. lgs. n. 151 del 2001, inserito dall’art. 1, comma 339, lett. a), l. n. 228 del 2012, stabilisce che “La contrattazione collettiva di settore stabilisce le modalità di fruizione del congedo di cui al comma 1 su base oraria, nonché i criteri di calcolo della base oraria e l’equiparazione di un determinato monte ore alla singola giornata lavorativa” e che “[per il personale del comparto sicurezza e difesa di quello dei vigili del fuoco e soccorso pubblico, la disciplina collettiva prevede, altresì, al fine di tenere conto delle peculiari esigenze di funzionalità connesse all’espletamento dei relativi servizi istituzionali, specifiche e diverse modalità di fruizione e di differimento del congedo](#)”;

- f3) in giurisprudenza, cfr. [Cons. Stato, sez. IV, sentenza 30 ottobre 2017, n. 4993](#), citata nell’ordinanza in rassegna (con richiami a precedenti pronunce dello stesso [Consiglio di Stato, in particolare: la n. 2730 del 21 maggio 2013, della VI sezione](#), in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2013, 1419; la n. 3683 del 10 luglio 2013, della IV sezione; e la n. 2113 del 23 maggio 2016, della IV sezione): con riferimento, in particolare, alla disciplina dettata dal codice dell’ordinamento militare la quale è “con ogni evidenza atta a connotare l’impiego militare di un carattere certamente separato dalle altre forme di impiego alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni e connotato da forti elementi di specialità”, essendo “conformata da un principio generale di preservazione delle specificità settoriali delle Forze Armate e di tutti i Corpi di Polizia, traggurdate non come valore finale in sé, bensì come ineludibile esigenza strumentale, necessaria per consentire l’ottimale perseguimento delle peculiari e delicate funzioni loro proprie”; argomentazioni che, secondo il Consiglio di Stato, valgono anche per le forze di Polizia, pur se estranee all’ambito ordinamentale propriamente

militare, essendo esse “state escluse dalla generale riconduzione a stilemi privatistici della disciplina del pubblico impiego (cfr. art. 2, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001): evidentemente, la specificità dei relativi compiti è tale che, pur se con un ordinamento di carattere non militare, comunque le Forze di Polizia partecipano di quella stretta connessione con il nucleo vivo del pubblico potere da non tollerare l’assoggettamento all’ordinaria regolamentazione privatistica del rapporto di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni”, dovendosi pertanto giungere alla conclusione per cui “gli istituti introdotti dal decreto n. 151 trovano sì applicazione per le Forze Armate e di Polizia (sia civile sia militare), ma con i limiti ed i vincoli rivenienti dalle specificità ordinamentali, operative ed organizzative di tali Corpi”;

f4) l’indirizzo giurisprudenziale consolidato (da ultimo [Cons. Stato, sez. IV, n. 7619 del 2020](#)), ritiene che non sia predicabile la tesi della estensione tout court al personale militare degli istituti previsti dal d.lgs. n. 151 del 2001 <<...alla luce delle disposizioni attinenti al rapporto di servizio dei militari dettate dal codice dell’ordinamento militare in combinato disposto con il t.u. n. 151 del 2001 (artt. 977, 1349, 1468 c.m., 42 bis t.u. n. 151 del 2001) e dei principi elaborati dalla consolidata giurisprudenza amministrativa (ex plurimis [Cons. Stato, Ad. plen., n. 1 del 2016](#); [sez. IV, n. 961 del 2020](#); [n. 118 del 2020](#); [n. 3771 del 2017](#), [n. 926 del 2013](#)) in forza dei quali:

a) le convenzioni internazionali non attribuiscono immediatamente ai cittadini diritti soggettivi al mantenimento della integrità del nucleo familiare essendo necessarie norme attuative e applicative che modellino le posizioni soggettive nell’ambito e secondo le modalità disciplinate dai rispettivi ordinamenti statuali;

b) in particolare con riferimento alla posizione soggettiva vantata dal personale delle Forze armate e di polizia, la Sezione si è già espressa, segnatamente con la sentenza n. 961 del 2020, nella quale è stato affermato che “...la norma divisata non riconosce un diritto soggettivo, bensì un interesse legittimo ([Cons. Stato, Sez. IV, ord. 28 aprile 2017 n. 1802](#); [Sez. IV, 23 maggio 2016 n. 2113](#); [Sez. III, 3 agosto 2015 n. 3805](#); [Sez. III, 5 dicembre 2014 n. 6031](#); [Sez. III, 8 aprile 2014 n. 1677](#)), demandando all’amministrazione di accordare la fruizione del beneficio, purché non vi ostino “casi o esigenze eccezionali”; si consideri, inoltre, che, a far data dal 20 febbraio 2020, a seguito della riforma introdotta dal d.lgs. n. 172 del 2019, le ragioni di servizio che non consentono l’assegnazione temporanea del personale militare o delle forze di polizia, non devono più avere il carattere della eccezionalità;

c) inoltre, come condivisibilmente affermato dalla sentenza di primo grado, il trasferimento disposto ai sensi dell'art. 42 bis del d.lgs. n. 151 del 2001, non attribuisce alcuna aspettativa (né tampoco alcun diritto) legittimamente tutelata alla stabilizzazione della sede di servizio a cui si è soltanto temporaneamente assegnati in relazione e nel limite, stabilito dal legislatore, dei tre anni di età della prole, per cui, una volta superato detto limite, la scelta dell'amministrazione di far rientrare il militare nella sede di servizio originariaessendo stato il reparto dell'appellante, nel frattempo, spostato dalla sede originaria) è legittima e, anzi, doverosa;

d) nell'interpretazione e applicazione della normativa in questione, vige il principio secondo cui le misure di sostegno alla maternità e alla paternità vanno applicate tenendo conto delle specificità settoriali delle Forze armate e di tutti i Corpi di polizia, ad ordinamento militare e civile, giacché si tratta di settori dell'amministrazione strettamente preordinati alla tutela di interessi pubblici primari (difesa della Patria, pubblica sicurezza e ordine pubblico) e perciò connotati da forti elementi di specialità;

e) la delicatezza degli interessi pubblici sottesi fa sì che la mobilità sul territorio sia uno degli elementi caratterizzanti lo status di militare, per cui non può essere considerato come assoluto il diritto all'unità familiare;

f) il trasferimento del militare per ridislocazione o per soppressione del reparto di appartenenza integra un ordine militare, al quale, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, le garanzie partecipative di cui alla legge n. 241 del 1990 non si applicano a meno che il destinatario del provvedimento non dimostri in giudizio il carattere vessatorio del trasferimento.>>;

g) sulla questione dell'applicabilità o meno dell'istituto dell'assegnazione temporanea (ex art. 42-bis d. lgs. n. 151 del 2001) al personale militare e delle forze di polizia (prima delle limitazioni introdotte dal d.lgs. n. 172 del 2019, su cui infra § g6):

g1) il primo comma del predetto art. 42-bis prevede che “Il genitore con figli minori fino a tre anni di età dipendente di amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, può essere assegnato, a richiesta, anche in modo frazionato e per un periodo complessivamente non superiore a tre anni, ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria

attività lavorativa, subordinatamente alla sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva e previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione. L'eventuale dissenso deve essere motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali. L'assenso o il dissenso devono essere comunicati all'interessato entro trenta giorni dalla domanda";

g2) la giurisprudenza del Consiglio di Stato – nell'utilizzare la prova statistica per assodare le esigenze organizzative ostative all'assegnazione - ha evidenziato che:

I) *"si profilerebbe più di un sospetto di incostituzionalità (per disparità di trattamento e manifesta irragionevolezza, ex art. 3 Cost.), laddove si accogliesse un'interpretazione restrittiva del novero delle amministrazioni i cui dipendenti possono invocare la misura ivi indicata, ciò in precipua considerazione della circostanza che, a fronte di alcune norme riferite a settori speciali - quale, ad es., l'ordinamento militare, in cui la tutela, risulta espressamente invocabile per il combinato disposto dell'art. 42 bis cit. e dell'art. 1493 cod. ord. mil. (d. lgs. 15 marzo 2010, n. 66) - ve ne sarebbe altre, connotate da una minore peculiarità e specialità, eppure escluse dalla sua applicazione" ([Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2020, n. 961](#));*

II) *"le misure di sostegno alla maternità e alla paternità vanno applicate tenendo conto delle specificità settoriali delle Forze armate e di tutti i Corpi di polizia, ad ordinamento militare e civile, giacché si tratta di settori dell'amministrazione strettamente preordinati alla tutela di interessi pubblici primari (difesa della Patria, pubblica sicurezza e ordine pubblico) e perciò connotati da forti elementi di specialità"; "la delicatezza degli interessi pubblici sottesi fa sì che la mobilità sul territorio sia uno degli elementi caratterizzanti lo status di militare, per cui non può essere considerato come assoluto il diritto all'unità familiare" ([Cons. Stato, sez. IV, 1° dicembre 2020, n. 7619](#));*

g3) con specifico riferimento all'applicazione dell'istituto al personale militare in ferma: [Cons. Stato, sez. II, 3 dicembre 2021, n. 8051](#) secondo cui:

I) *"L'applicazione di tale norma postula, quindi, l'instaurazione del rapporto d'impiego che non troverebbe configurazione nei riguardi dei militari in ferma prefissata";*

II) *"la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, in data 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo*

determinato (GU 1999, L 175/43), intitolata «Principio di non discriminazione», [...] al punto 1 così dispone: «Per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive»;

III) *“anche il volontario in ferma prefissata appartiene all’apparato organizzativo dell’Amministrazione militare cosicché se è lecito da lui attendersi il pieno possesso dei requisiti soggettivi anzidetti ai fini della sua presa di servizio, in uno all’esatto espletamento dei compiti impartiti, non può non assicurarsi in suo favore anche il rispetto delle prerogative previste dall’ordinamento per coloro che appartengono alla medesima compagine organizzativa sia pure in forma stabile”;*

IV) *“nei riguardi di un volontario in ferma prefissata si assiste all’attivazione di un “rapporto di servizio e lavorativo” di guisa che non emerge alcun impedimento all’applicabilità della disciplina in materia di trasferimento temporaneo ex art. 42 bis sol perché si tratta di servizio volontario in ferma breve. Deve conclusivamente osservarsi sul punto che si è portato a compimento un processo di progressiva assimilazione del servizio in ferma prefissata dopo apposito reclutamento rispetto a quello a tempo indeterminato a seguito di immissione in ruolo che sfocia nella parificazione, almeno tendenziale, delle rispettive soglie di tutela”;*

- g4) va rilevato come la decisione n. 8051 del 2021 cit. (sebbene corretta nel dispositivo avuto riguardo al caso di specie), non richiami le specifiche disposizioni del codice dell’ordinamento militare (art. 936, comma 3, secondo cui *“Se non è diversamente disposto, al personale militare in servizio temporaneo, si applicano, in quanto compatibili, le norme sul personale militare in servizio permanente in materia di stato giuridico”* e 1493, cit.) e stabilisce che al personale militare in ferma si applicano le norme europee di tutela dell’Accordo quadro di disciplina dei contratti a termine. In realtà, a proposito della diversa fattispecie della inapplicabilità della conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato prevista dal d. lgs. n. 368 del 2001, è stato affermato che è *“del tutto inconferente il richiamo alla direttiva CE n. 70 del 28 giugno 1999, relativa all’Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, recepita nel nostro ordinamento interno con il d.lgs. n. 368 del 2001, atteso che il suddetto Accordo è stato stipulato dalle organizzazioni sindacali europee dei datori di lavoro e dei lavoratori e si riferisce al lavoro nell’impresa e non contiene clausole espresse di applicazione anche al personale in regime di diritto pubblico, in particolare militare [...].*

Accordo quadro che, si è già rilevato, trova applicazione per il settore pubblico nei rigorosi limiti sanciti dall'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 in tema di utilizzo di contratti di lavoro flessibile, con esclusione di quello militare, tenuto anche conto, in particolare, della norma di recente introdotta dall'art. 625 del d.lgs. n. 66 del 2010 che disciplina i rapporti dell'ordinamento militare con l'ordinamento generale del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e con altri ordinamenti speciali" ([T.a.r. per il Lazio, sez. I-bis, 5 aprile 2016, n. 4136](#), confermata da [Cons. Stato, sez. II, 19 aprile 2022, n. 2907](#)); tale conclusione è coerente con le norme e i principi europei: le disposizioni sulla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione – che costituiscono il presupposto operativo dell'Accordo quadro – non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione (art. 45, par. 4, Tfeue). Se è pur vero che tale limitazione, secondo la Corte di giustizia, va interpretata restrittivamente – circoscrivendone la portata a quanto è strettamente necessario per salvaguardare gli interessi che essa consente agli Stati membri di tutelare ([Corte giust. 10 dicembre 2009, C-460/08](#), punto 29, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce Unione europea, n. 1581; [30 settembre 2003, C-405/01](#), punto 41, *id.*, 2004, IV, 77, con nota di A. BARONE; 31 maggio 2001, causa C-283/99, punto 20, *id.*, 2001, IV, 535) – è anche certo che essa si applica qualora il lavoratore interessato partecipi, direttamente o indirettamente, all'esercizio dei pubblici poteri e svolga mansioni che hanno a oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato e, più in generale, degli enti pubblici (Corte giust. 26 maggio 1982, 149/79, punto 7, *id.*, 1983, IV, 1); l'espletamento dei compiti in materia di sicurezza e difesa (al pari dell'esercizio delle funzioni giudiziarie e la disciplina dell'ordinamento della magistratura nazionale) rientrano senz'altro nella nozione di impiego nella pubblica amministrazione così come interpretata dalla Corte di giustizia, per cui le relative disposizioni sono sottratte alla disciplina applicabile ai rapporti di lavoro privato, non rientrando invero l'ambito di specie tra le attribuzioni normative dell'Unione europea, caratterizzate dalla tassatività (art. 4 e 5 Tfeue, in argomento [Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2018, n. 1035](#), in *Foro it.*, 2016, III, 245). In conformità con quanto previsto dall'art. 5 Tfeue, il principio di attribuzione disciplina la delimitazione delle competenze dell'Unione (Corte giust. 28 ottobre 2010, C-102/10, punto 29, <www.curia.europa.eu>, e [4 settembre 2014, C-114/12](#), punto 74, *Foro it.*, Rep. 2015, voce cit., n. 900) e, di conseguenza, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per

realizzare gli obiettivi da questi stabiliti, mentre qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri;

- g5) ulteriori elementi di riflessione - nel senso della specialità dei compiti attribuiti al personale delle Forze armate e di polizia e della conseguente esclusione di automatismi equiparativi con la generalità dei dipendenti pubblici - si traggono dall'esame della disciplina europea in materia di sicurezza sul lavoro, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (da ultimo, [16 luglio 2020, C. 658/18](#) in *Foro it.*, 2021, IV, 37, con note di GRASSO e PAOLICELLI) secondo cui: <<l'art. 1, par. 3, della direttiva 2003/88 definisce il campo di applicazione della stessa attraverso un rinvio all'art. 2 della direttiva 89/391. 82. - Ai sensi dell'art. 2, par. 1, della direttiva 89/391, quest'ultima concerne «tutti i settori d'attività privati o pubblici». 83. - Tuttavia, come emerge dall'art. 2, par. 2, 1° comma, di tale direttiva, quest'ultima non è applicabile quando particolarità inerenti ad alcune attività specifiche nel pubblico impiego, segnatamente nelle forze armate o nella polizia, o ad alcune attività specifiche nei servizi di protezione civile vi si oppongono in modo imperativo. 84. - A tale riguardo occorre ricordare che, secondo la giurisprudenza della corte, il criterio utilizzato all'art. 2, par. 2, 1° comma, della direttiva 89/391 per escludere determinate attività dall'ambito di applicazione della medesima direttiva e, indirettamente, da quello della direttiva 2003/88 non si fonda sull'appartenenza dei lavoratori a uno dei settori del pubblico impiego previsti da tale disposizione, considerato nel suo insieme, ma esclusivamente sulla natura specifica di taluni compiti particolari svolti dai lavoratori dei settori presi in considerazione da tale disposizione, natura che giustifica una deroga alle norme in materia di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, a motivo della necessità assoluta di garantire un'efficace tutela della collettività ([sentenza 20 novembre 2018, Sindicatul Familia Constanța e a., C-147/17](#), EU:C:2018:926, punto 55, *Foro it.*, Rep. 2019, voce cit., n. 1382);
- g6) per sovvenire alle insopprimibili esigenze organizzative e funzionali delle Forze armate e di polizia, è stato novellato l'art. 45 del d.lgs. n. 95 del 2017 con l'aggiunzione del comma 31-bis (introdotto dall'art. 40 d.lgs. n. 172 del 2019), secondo cui: <<*Al fine di assicurare la piena funzionalità delle amministrazioni di cui al presente decreto legislativo, le*

disposizioni di cui all'articolo 42-bis, comma 1, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, si applicano esclusivamente in caso di istanze di assegnazione presso uffici della stessa Forza di polizia di appartenenza del richiedente, ovvero, per gli appartenenti all'Amministrazione della difesa, presso uffici della medesima. Il diniego è consentito per motivate esigenze organiche o di servizio.>>; in base alla nuova disciplina, le Amministrazioni della difesa e dell'interno, per negare l'attribuzione del beneficio, potranno fare riferimento alle ordinarie esigenze di servizio e non più a quelle eccezionali, richieste dal testo base dell'art. 42 bis dianzi riportato;

- h) sull'esenzione dal lavoro notturno del personale della Polizia di Stato per assistenza continuativa a familiare, [T.a.r. per le Marche, sez. I, 29 dicembre 2017, n. 944](#), in *Foro it.*, 2018, 97, 2, 3;
- i) sulla nozione di lavoro notturno e di lavoratore notturno ex art. 2 d. lgs. n. 532 del 1999, cfr. Cass. civ., 30 luglio 2008, n. 20724;
- j) sulla flessibilità dell'orario di lavoro notturno, con conseguente facoltà della contrattazione collettiva a definire regimi di turnazione in lavoro notturno per fare fronte ad emergenze impreviste, cfr. Cass. civ., 18 settembre 2013, n. 21361;
- k) sulla portata del diritto all'esonero dal lavoro notturno: Cass. civ., 14 novembre 2011, n. 23807;
- l) in dottrina, sulla tutela della genitorialità nell'ambito delle FF.AA., v. M.T. POLI, in *Commentario all'ordinamento militare*, a cura di DE NICTOLIS – POLI – TENORE, Roma, 2011, vol. IV, tomo III, 427 ss., con specifica evidenza delle ragioni di salvaguardia della piena funzionalità e prontezza operativa delle FF. AA. quali elementi strumentali alla difesa della Patria che è un valore costituzionale almeno pari alla protezione dei fanciulli e della genitorialità