

Cons. Stato, Ad. plen., 28 dicembre 2022, n. 17

Presidente Maruotti – Estensore Forlenza

Fatto

1. Con l'ordinanza *-omissis-*, la Seconda Sezione del Consiglio di Stato ha deferito la presente controversia all'esame di questa Adunanza Plenaria, perché voglia pronunciarsi sui seguenti quesiti, enunciando i relativi principi di diritto:

- a) 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”;
- b) “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”;
- 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’”.

2. Il ricorso di primo grado è stato proposto al TAR per la Sardegna da un assistente della Polizia di Stato, che ha chiesto l'annullamento del provvedimento di rigetto della sua istanza di fruizione dei riposi giornalieri di cui agli articoli 39 e 40 del d.lgs. n. 151 del 2001, nonché l'accertamento del suo diritto a fruirne sino al compimento di un anno di età della figlia.

Costitutosi in giudizio, il Ministero dell'Interno ha chiesto il rigetto del ricorso, poiché: nel ‘bilanciamento tra diritti’, connessi alla genitorialità ed al economico sacrificio imposto al datore di lavoro, si dovrebbe considerare prevalente (e da tutelare) quest'ultimo; nel caso di specie, risulta che la madre della bambina sia ‘casalinga’, sicché il suo impegno esclusivo nell'attività domestica si potrebbe organizzare con la collaborazione del padre che sia dipendente pubblico, quando questi non sia al lavoro, con modalità tali da riservare uno spazio adeguato alle esigenze di cura diretta del bambino nel primo anno di vita.

Per l'Amministrazione, la misura prevista dagli articoli 39 e 40 sopra citati avrebbe natura eccezionale, sicché non sarebbe applicabile a casi diversi rispetto a quelli da essi espressamente previsti.

In tale contesto, la corretta accezione da attribuire al termine “lavoratrice”, ovvero, in negativo, all'espressione “non lavoratrice” si dovrebbe desumere esclusivamente dall'articolo 2 del testo unico n. 151 del 2001, che la riferisce ai «dipendenti, compresi quelli con contratto di apprendistato, di amministrazioni pubbliche, di privati datori di lavoro» nonché ai «soci lavoratori di cooperative». Diversamente opinando, vi sarebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra i nuclei familiari con madri casalinghe e quelli con madri lavoratrici, in favore delle prime, poiché il dipendente coniugato con una ‘casalinga’ avrebbe sempre e comunque la possibilità di fruire dei riposi giornalieri, mentre il dipendente coniugato con una lavoratrice dipendente potrebbe fruirne solo a condizione che vi rinunci la madre.

3. Con la sentenza *-OMISSIS-*, il TAR:

- a) ha dato atto del contrasto giurisprudenziale esistente in materia ed ha dichiarato di aderire all'orientamento che ravvisa la spettanza del beneficio, in quanto «più rispettoso del

principio della paritetica partecipazione di entrambi i coniugi all'educazione della prole, che affonda le sue radici nei precetti costituzionali contenuti negli artt. 3, 29, 30 e 31»;

b) ha tenuto conto della mancata tempestiva ottemperanza da parte dell'Amministrazione alla ordinanza cautelare n. -OMISSIS- (confermata con l'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. IV, n. -OMISSIS-), che aveva demandato alle parti l'accordo sulla fruizione dei permessi oltre il periodo individuato dal legislatore del primo anno di vita del bambino, prevedendo che in assenza dell'accordo l'amministrazione avrebbe dovuto corrispondere all'interessato una somma pari al trattamento economico per le ore di riposo spettanti e non fruite;

c) ha accolto il ricorso ed ha annullato il provvedimento impugnato.

4. Il Ministero dell'Interno ha impugnato tale sentenza, proponendo un unico motivo di appello, con cui ha lamentato la violazione degli articoli 39 e 40 del testo unico n. 151 del 2001.

Ad avviso del Ministero (che ha richiamato la sentenza della sez. IV, 30 ottobre 2017, n. 4993, quale precedente a sé favorevole):

- la sentenza appellata non sarebbe condivisibile, perché non avrebbe tenuto conto del tenore letterale delle indicate disposizioni e determinerebbe effetti paradossali, ovvero una disparità di trattamento tra le famiglie in cui entrambi i coniugi lavorano e quelle ove la madre, in quanto 'casalinga', può comunque attendere alle cure del minore ed anche una discriminazione nei confronti dei nuclei familiari con madre lavoratrice autonoma o libero professionista, che può fruire della sola misura indennitaria prevista, rispettivamente, dagli artt. 66-69 e 70-73 del medesimo testo unico n. 151 del 2007;

rilevano le peculiarità del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici investiti di funzioni di polizia, anche perché l'articolo 14 del d.P.R. n. 170 del 2007, per intuibili problematiche organizzative e gestionali, ha vietato l'impiego in turni continuativi sulle 24 ore del personale che fruisca dei riposi giornalieri ai sensi degli articoli 39 e 40 del testo unico n. 151 del 2001;

ha segnalato l'opportunità di rimettere la questione all'esame di questa Adunanza Plenaria.

L'appellato non si è costituito nel corso del secondo grado del giudizio.

4.1. Con la citata ordinanza n. -OMISSIS-, la Seconda Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso la decisione della causa all'Adunanza Plenaria, perché risponda ai quesiti innanzi riportati e, ove ritenga, la decida nel merito.

4.2. L'ordinanza ha, innanzi tutto, esaminato il quadro normativo entro il quale si colloca la presente controversia, sottolineando come la normativa di riferimento sia tuttora rappresentata 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.

Il testo unico prevede il diritto rispettivamente della madre (articolo 39) e del padre (articolo 40), lavoratori dipendenti, alla fruizione di "riposi giornalieri" al fine di accudire il neonato nel corso del suo primo anno di vita.

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 2011 gli articoli 39 e 40 si collocano dopo la disciplina dei congedi parentali, che pure riguardano i diritti del padre e della madre a prendersi cura del figlio, indipendentemente dall'essere genitori naturali o adottivi.

4.3. In una prima fase storica, con l'entrata in vigore dell'articolo 10 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, soltanto alla lavoratrice madre – e non anche al padre lavoratore - sono stati attribuiti i diritti al riposo a tutela del bambino.

Solo con l'articolo 7 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, nell'ottica della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di lavoro, si è attribuito al padre lavoratore il diritto di assentarsi dal lavoro in alternativa alla madre lavoratrice, o quando i figli erano solo a lui affidati.

Sulla base di tali disposizioni, si è cominciato ad affermare un fondamentale profilo del diritto di famiglia, basato sulla valorizzazione del prevalente interesse del bambino, riconosciuto come autonomo titolare degli interessi da salvaguardare: di conseguenza, i paritetici diritti-doveri di entrambi i genitori vanno intesi come finalizzati alla cura dello sviluppo psico-fisico del figlio.

E' stato così progressivamente riconosciuto in via generale che anche il padre è idoneo – ed è tenuto - a prestare assistenza materiale e supporto affettivo al minore (v. Corte cost., 14 gennaio 1987, n. 1, che ha chiarito come la finalità dei riposi giornalieri non riguardi solo l'allattamento del neonato e le altre sue esigenze biologiche, ma è finalizzata a qualsiasi forma di assistenza del bambino nel primo anno di vita; Corte cost., 2 aprile 1993, n. 179, che ha ritenuto superata la concezione di una rigida distinzione dei ruoli fra i genitori nell'assistenza del bambino, dichiarando incostituzionale l'articolo 7 della legge n. 903/1977, nella parte in cui esso non estendeva in ogni ipotesi 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, poiché i due genitori, nell'esclusivo interesse del figlio, devono di volta in volta decidere quale di essi, assentandosi dal lavoro, possa meglio provvedere alla sua assistenza).

4.4. Ciò posto, secondo l'ordinanza di rimessione, “non può ragionevolmente dubitarsi che l'istituto dei permessi orari - de jure condito scissi dalle necessità dell'allattamento che ab initio (cfr. articolo 9 della legge 26 agosto 1950, n. 860) 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)”.

La Sezione remittente ha, dunque, esaminato gli articoli 39 e 40 del testo unico n. 151 del 2001, sottolineando che essi hanno dato luogo a distinti orientamenti giurisprudenziali.

Per un primo orientamento “positivo” (Cons. Stato, sez. III, 10 settembre 2014, n. 4618), l'espressione («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’).

Per questa impostazione, va rilevato che il legislatore non ha adoperato l'espressione “nel caso in cui la madre sia lavoratrice non dipendente” e inoltre, «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» (in tal senso, già Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2002 n. 2478).

Per un secondo orientamento “negativo” (Cons. Stato, sez. I, par. 22 ottobre 2009, n. 2732/2009, e sez. II, 4 marzo 2021 n. 1851), poiché «la formulazione letterale della disposizione non appare del tutto perspicua», si dovrebbe escludere in termini assoluti il

principio di alternatività nella cura del minore e la scelta del legislatore non consentirebbe di ricondurre la 'casalinga' alla dizione di "non lavoratrice dipendente", 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».

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)».

Per un terzo orientamento "intermedio" (Cons. giust. amm., 20 dicembre 2012, n. 1241), poiché la legge non riconosce al padre «un diritto proprio», indipendente e parallelo a quello riconosciuto alla madre alla fruizione dei riposi giornalieri, egli «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» (Cons. Stato, sez. IV, 30 novembre 2017, n. 4993, 30 gennaio 2018, n. 628, 3 ottobre 2018, n. 5686; sez. II, 1° settembre 2021 n. 6172).

5. L'ordinanza di rimessione, nel condividere la sentenza impugnata, propone di ritenere sussistente il diritto del dipendente-padre alla fruizione dei riposi giornalieri per la cura del proprio figlio, minore di anni uno, la cui madre è 'casalinga', poiché:

- a) gli articoli 39 e 40 del testo unico n. 151 del 2001 sono rivolti a dare sostegno alla famiglia e alla maternità, in attuazione delle finalità generali di cui all'articolo 31 della Costituzione;
- b) entrambi i genitori hanno la cura del minore in maniera paritetica e ad entrambi va data la possibilità di conciliare il ruolo di genitore con quello di lavoratore;
- c) non esistono elementi testuali ostativi nelle disposizioni de quibus alla ricostruzione prospettata;
- d) la giurisprudenza civile ha affermato più volte il principio della parità nella responsabilità genitoriale, anche in un'ottica di valorizzazione della figura della 'casalinga'.

L'ordinanza di rimessione ha evidenziato come tutti gli istituti a tutela della genitorialità rappresentino il momento di sintesi tra le esigenze di tutela della salute della donna prima e dopo il parto, quelle puramente fisiologiche, 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. lavoro, 28 novembre 2019, n. 31137).

Inoltre, «chi svolge attività domestica (attività tradizionalmente attribuita alla 'casalinga'), benché non percepisca reddito monetizzato, svolge un'attività suscettibile di valutazione economica» (Cass. civ, 20 ottobre 2005, n. 20324; cfr. anche Sez. III, 24 agosto 2007, n. 17977; 20 luglio 2010, n. 16896; 13 dicembre 2012, n. 22909).

L'ordinanza di rimessione ha infine richiamato le circolari del Ministero del lavoro, dell'INPS e dell'INPDAP, che "mutuano le risultanze del primo orientamento favorevole", ed ha segnalato che si deve tenere conto della necessità di sviluppare politiche di effettiva condivisione dei compiti di cura anche all'interno della coppia fin dalla nascita o dall'adozione o dall'affidamento del minore.

6. Dopo il deposito di un'ulteriore memoria da parte dell'Amministrazione appellante, all'udienza pubblica di trattazione la causa è stata riservata in decisione.

Diritto

7. L'Adunanza Plenaria ritiene che ai quesiti proposti debba essere data soluzione aderente alla tesi interpretativa prospettata dall'ordinanza della Sezione rimettente, e che, di conseguenza, l'appello deve essere respinto.

8.1. L'articolo 39 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”), 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».

Il successivo articolo 40 prevede:

«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».

L'articolo 41, infine, con riferimento ai parti plurimi, prevede:

«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».

8.2. Occorre innanzi tutto osservare che i periodi di riposo di cui all'articolo 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.

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.

Innanzi tutto, la compresenza delle due tipologie di diritto è ben rilevabile nell'articolo 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.

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.

I diritti del bambino e quelli di ciascuno dei genitori sono riconducibili ai diritti inviolabili dell'uomo, che l'articolo 2 della Costituzione riconosce e tutela “sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”.

Non può, dunque, essere condiviso quanto sostenuto dall'Amministrazione appellante, secondo la quale “se la madre è ‘casalinga’, un genitore strutturalmente è presente in casa, con ciò soddisfacendo in radice quei bisogni a cui l'istituto in parola, quale misura ausiliativa non dei genitori ma del bambino, è preordinato”.

Inoltre, i periodi di riposo di cui all'articolo 39 del d. lgs. n. 151/2001 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).

I periodi di riposo di cui all'articolo 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 (come invece richiesto dall'Amministrazione).

8.3. 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.

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, come è ovvio, 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'articolo 31, comma secondo, Cost.).

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 poziore 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 (articolo 40, lett. a) e d), o laddove la madre sia impossibilitata (articolo 40, lett. d), ovvero ancora nel caso in cui “non se ne avvalga” (lett. b).

8.4. 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”.

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.

Ciò che il legislatore ha inteso disporre, con la previsione della lett. c) dell'articolo 40, è la più completa attuazione del diritto del genitore lavoratore dipendente al periodo di riposo di cui all'articolo 39 del d.lgs. n. 151/2001.

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.

In altre parole, perché si possa godere, nel caso di specie (articolo 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 questi sia un lavoratore dipendente e che la madre non lo sia, null'altro essendo previsto dalla legge.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, l'interpretazione opposta - volta ad escludere dall'applicazione i casi in cui la madre sia 'casalinga' - risulterebbe in contrasto col testo della legge.

Tale esclusione, più che seguire ad una interpretazione restrittiva (comunque non consentita per le ragioni innanzi esposte), risulterebbe in contrasto col dato testuale della disposizione, non potendo l'interprete richiedere la sussistenza di un ulteriore presupposto di fatto, rispetto a quelli chiaramente indicati dal legislatore.

8.5. 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.

Una volta riconosciuto alla lavoratrice madre il diritto di fruire dei periodi di riposo (articolo 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.

Il riconoscimento al padre lavoratore dipendente del diritto a periodi di riposo, anche nel caso di madre 'casalinga', non solo non comporta alcun "vulnus a carico delle famiglie composte da due lavoratori dipendenti", poiché un solo diritto a periodi di riposo è comunque esercitabile da parte dei genitori, ma, 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.

8.5. 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., sez. lav, 20 ottobre 2005 n. 20324).

E' decisivo considerare che per l'articolo 35 della Costituzione "la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni".

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 oggetto del presente giudizio - per il riconoscimento di diritti e tutele inerenti alla loro genitoriale, che trova ulteriori e specifici riferimenti nella Carta costituzionale.

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'articolo 35 Cost., sulla tutela del lavoro "in tutte le sue forme".

A fronte di ciò, non hanno rilievo le difficoltà organizzative paventate dall'Amministrazione appellante, dovendo essa applicare le disposizioni di legge.

9. In conclusione, l'Adunanza Plenaria, con riferimento ai primi due quesiti ad essa sottoposti, enuncia il seguente principio di diritto:

“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”.

Quanto al terzo quesito sottoposto, l'Adunanza Plenaria ne rileva l'irrilevanza ai fini della definizione del giudizio in corso.

10. Alla luce di tutte le considerazioni sin qui svolte, l'appello deve essere respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata.

La mancata costituzione in giudizio dell'appellato dispensa il Collegio dal pronunciarsi in ordine alle spese ed onorari del secondo grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sull'appello proposto dal Ministero dell'Interno (n. 8904/2017 r.g.):

- a) enuncia il principio di diritto di cui in motivazione;
- b) rigetta l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata;
- c) nulla dispone per spese ed onorari del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.