

# Riposi giornalieri per il figlio minore di anni uno ai sensi degli artt. 39 e 40 D.Lgs. 151/2001

T.A.R. - T.A.R. Sardegna - Cagliari - Sentenza 5 maggio 2017, n. 306

N. 306/2017 Reg. Prov. Coll.  
N. 200 Reg. Ric.  
ANNO 2017

## REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda) ha pronunciato la presente  
SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 200 del 2017, proposto da:

C. I., rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Martucci, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Efsio Marini n. 2;  
contro

Questura Cagliari e Ministero dell'Interno, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Cagliari, presso i cui uffici sono legalmente domiciliati, in Cagliari, via Dante, 23;

per l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia,

del decreto emesso dal Questore della Provincia di Cagliari, in data sconosciuta, Prot. n. 0101208/2.13 Bis, conosciuto in data 07.01.2017 a seguito di notifica, con cui il Questore rigettava l'istanza dell'Agente Scelto di Polizia di Stato C. I. per la concessione dei riposi giornalieri per il figlio minore di anni uno ai sensi degli artt. 39 e 40 D.Lgs. 151/2001.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Questura Cagliari e del Ministero dell'Interno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 aprile 2017 il dott. Francesco Scano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO E DIRITTO

Il Sig. C. I., Agente Scelto in servizio presso la Sezione di Polizia Stradale di Cagliari, chiede con il presente ricorso l'annullamento del provvedimento prof. n. 0101208/2.13 Bis del Questore della Provincia di Cagliari che ha rigettato la sua istanza di fruire dei periodi di riposo, durante il primo anno di vita del figlio, ex art. 40 del D Lgs 151 del 2001.

La domanda è stata rigettata in quanto la madre risultava casalinga, sul presupposto di quanto sostenuto nella circolare ministeriale n. 333.A/9807.F.6.1/9865-2009.

Il ricorrente ritiene illegittimo il diniego per violazione degli artt. 39 e 40 D. Lgs. 151/2001 ed eccesso di potere per difetto assoluto del presupposto normativo; violazione dell'art. 3 L. 241/90 ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.

Dopo aver ricostruito l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia, il ricorrente rileva che la norma consente la concessione dei permessi anche in caso di madre casalinga e cita a suo favore la giurisprudenza di questa Sezione di cui alla sentenza n. 1078/2015.

Resiste in giudizio il Ministero dell'Interno, il quale sostiene che la casalinga non possa considerarsi lavoratrice ai fini dell'art. 39 richiamato, citando a favore della sua tesi l'art. 2 D. Lgs. N. 151/2001, lett. e), ai sensi del quale "per "lavoratrice" o "lavoratore", salvo che non sia altrimenti specificato, si intendono i dipendenti, compresi quelli con contratto di apprendistato, di amministrazioni pubbliche, di privati datori di lavoro nonché i soci lavoratori di cooperative."

Alla camera di consiglio del 26.4.2017, avvisati i difensori delle parti sulla possibilità di decisione con sentenza in forma semplificata, la causa è stata trattata in decisione dal Collegio.

Il ricorso va accolto nei termini che seguono.

La controversia riguarda la mancata concessione del diritto a fruire dei riposi giornalieri, di cui all'art. 40 del T.U. 151/2001.

Le norme di riferimento, ossia gli artt. 39 e 40 del citato T.U., così dispongono:

"Art. 39. Riposigornalieri della madre:

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.

Art. 40. Riposi giornalieri del padre:

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".

Ritiene il Collegio che, alla stregua di detto apparato normativo, il diniego si riveli illegittimo alla luce della giurisprudenza assolutamente prevalente, le cui conclusioni sono state ribadite da questo collegio che si è pronunciato su un caso del tutto analogo con la sentenza n. 1078/2015. Con questa la Sezione ha evidenziato che la contraria pronuncia del Consiglio di Stato, parere n. 2732/2009, sulla non spettanza dei riposi giornalieri al padre coniugato con casalinga, è stata superata dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 4618/2014 che ha preso puntuale posizione sul contrario avviso espresso nel 2009 dalla Sezione consultiva.

Nel caso in esame la Questura, nonostante il precedente di questo Tribunale e della richiamata sentenza del Consiglio di Stato del 2014, ha continuato a mantenere una lettura restrittiva degli articoli 39 e 40 richiamando una circolare ministeriale del 2009.

La difesa Erariale per superare le argomentazioni del Consiglio di Stato espresse nella citata sentenza del 2014, ha fatto riferimento al solo dato letterale di "lavoratrice" di cui all'art. 40 D.Lgs. n. 151/2001, seppur il Supremo Consesso avesse incentrato le sue considerazioni sulla ratio e su un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina applicabile, che non risultano vagliate dalla difesa di parte resistente.

Invero, gli artt. 39 e 40 D.Lgs. 151/2001 sono rivolti a dare sostegno alla famiglia ed alla maternità in attuazione delle finalità generali scolpite dall'art. 31 della Costituzione; da ciò consegue che l'interpretazione costituzionalmente orientata dei predetti articoli conduce a ritenere, in conformità alla prevalente giurisprudenza, che il padre deve essere ammesso a beneficiare dei permessi per la cura del figlio anche allorché la madre non ne abbia diritto in quanto lavoratrice non dipendente e pur tuttavia impegnata in attività (nella fattispecie, quella di casalinga), che la distolgano dalla cura del neonato.

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.

Inoltre i riposi giornalieri, non possono essere considerati con esclusivo riferimento alle sole esigenze fisiologiche del bambino (allattamento), ma hanno la funzione di soddisfare anche i suoi bisogni affettivi e relazionali al fine dell'armonico e sereno sviluppo della sua personalità (Corte cost., 1 aprile 2003, n. 104).

Proprio lo spostamento dell'asse della ratio normativa sulla tutela del minore impone, invero, di ritenere che il beneficio, di cui uno dei due genitori può fruire, costituisca il punto di bilanciamento tra gli obblighi del lavoratore nei confronti del datore di lavoro (con riferimento al rispetto dell'orario di servizio) e gli obblighi discendenti dal diritto di famiglia paritario, che gli impone comunque la cura del minore pure in presenza dell'altro genitore eventualmente non lavoratore (T.A.R. Catania, sez. III, 04/11/2015, n. 2527; T.A.R. Torino, sez. I, 09/10/2014, n. 1514; Consiglio di Stato, sez. III, 10/09/2014, n. 4618).

Deve pertanto concludersi per l'accoglimento della domanda di annullamento del provvedimento indicato in epigrafe, relativo al diniego dei riposi giornalieri di cui al citato articolo 39, per violazione dell'articolo 40 del D.lgs. n. 151/2001.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna la Questura di Cagliari alla rifusione delle spese di lite, che liquida in complessivi euro 2500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato.

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

*Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 26 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:*

*IL PRESIDENTE EST*

*Francesco Scano*

*IL CONSIGLIERE*

*Marco Lensi*

*IL CONSIGLIERE*

*Giorgio Manca*

*Depositata in Segreteria il 5 maggio 2017*