

N. 11/2015 Reg. Circolari

Com	Roma	19/11/2015
	Protocollo	P 21094/2015



## Consiglio Superiore della Magistratura

IV Comm./AG 5

**Nella risposta si prega di indicare il numero di protocollo di riferimento, nonché il medesimo oggetto contenuto nella presente nota.**

09200900705		
PROCURA GENERALE REPUBBLICA CAGLIARI		
N. 6307-2119 NOV. 2015		
UOR	CC	RUC
Funzione	Microattività	Attività
Fascicolo	Sottofascicoli	

Al sig. MINISTRO  
della Giustizia  
R O M A

Al PRIMO PRESIDENTE  
della Corte di Cassazione  
R O M A

Al PROCURATORE GENERALE  
della Repubblica presso la  
Corte di Cassazione  
R O M A

Al SEGRETARIO GENERALE  
della Presidenza della Repubblica  
R O M A

Ai PRESIDENTI  
delle Corti di Appello  
LORO SEDI

Ai PROCURATORI GENERALI  
della Repubblica presso le  
Corti di Appello  
LORO SEDI

Al PROCURATORE NAZIONALE  
ANTIMAFIA  
R O M A

Ai PRESIDENTI  
dei Tribunali  
LORO SEDI

Ai PRESIDENTI  
dei Tribunali di Sorveglianza  
LORO SEDI

Ai PRESIDENTI  
dei Tribunali per i Minorenni  
LORO SEDI

Ai PROCURATORI  
della Repubblica presso i Tribunali  
LORO SEDI

V° in Cagliari: 20 NOV. 2015  
IL PROCURATORE GENERALE  
Roberto Saleva

Roma	19/11/2015
Com Protocollo	P 21094/2015

Ai PROCURATORI  
della Repubblica  
presso i Tribunali per i Minorenni  
LORO SEDI

All'ISPETTORATO GENERALE  
del Ministero della Giustizia  
R O M A

**OGGETTO: Pratica num. 100/VQ/2013** - Nota in data 28/11/2013 con la quale la dott.ssa Laura BERTOLE' VIALE, avvocato generale presso la Corte di Appello di Milano, avendo concesso al dott. Roberto Vincenzo Oreste VALLI, sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Pavia, n. 3 giorni di astensione dal lavoro, ai sensi dell'art. 4 co. 24 della Legge 92/2012, segnala la necessità di stabilire la procedura per tali astensioni recentemente introdotta per il "Sostegno alla genitorialità" (Legge 28 giugno 2012 n. 92 art. 4 co. 24-25-26).

Comunico che il Consiglio Superiore della Magistratura, nella seduta del 18 Novembre 2015, ha adottato la seguente delibera:

Il Consiglio,

- vista la nota pervenuta in data 28 novembre 2013 dall'Avvocato Generale presso la Corte di Appello di Milano volta ad acquisire chiarimenti in ordine alla procedura da seguire in caso di astensione dal lavoro ai sensi dell'art. 24, comma 4, della Legge 28 giugno 2012, n. 92;
- letto il parere redatto al riguardo dall'Ufficio studi con nota n. 63/2014 del 26 marzo 2014;
- ritenuto che per poter rispondere all'istanza occorra: 1. Illustrare le coordinate generali dell'istituto dell'astensione dal lavoro ai sensi dell'art. 4, comma 24, della Legge 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. "congedo di paternità") 2. Verificare se tale previsione sia o meno applicabile ai magistrati ordinari

#### OSSERVA

##### 1. L'astensione dal lavoro ex art. 4, comma 24, Legge n. 92/2012.

La legge n. 92 del 28 giugno 2012, intitolata "Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita" e comunemente indicata, dal nome del Ministro che ne promosse l'approvazione, come "Riforma del lavoro Fornero", contiene, tra l'altro, al comma 24 dell'art. 4, talune misure di sostegno alla genitorialità, una delle quali consiste in una nuova forma di c.d. "congedo di paternità" che si affianca a quella già prevista, per tutti i lavoratori del settore pubblico e privato<sup>1</sup>, dall'art. 28, comma 1, D.Lgs. n. 151/2001 (c.d. "Testo unico sulla maternità").

Se, infatti, in forza della disposizione preesistente, "il padre lavoratore ha diritto di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice, in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre", quella sopravvenuta, introdotta al dichiarato scopo di promuovere una cultura di maggiore condivisione dei compiti di cura dei figli all'interno della coppia e favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, prevede, in via sperimentale per il triennio 2013-2015, che il padre lavoratore dipendente, entro i cinque mesi dalla nascita del figlio, abbia l'obbligo di astenersi dal lavoro per un periodo di un giorno e che, entro il medesimo periodo, egli possa astenersi per un ulteriore periodo di due giorni, anche continuativi, previo accordo con la madre e in sua sostituzione in relazione al periodo di astensione obbligatoria spettante a quest'ultima.

La disposizione sancisce, inoltre, che, nel caso di fruizione del periodo di due giorni goduto in sostituzione della madre, è riconosciuta un'indennità giornaliera a carico dell'INPS pari al 100 per cento della retribuzione e che per il restante giorno in aggiunta all'obbligo di astensione della madre, è riconosciuta un'indennità pari al 100 per cento della retribuzione.

<sup>1</sup> Cfr. art. 2, comma 1, lett. e), D.Lgs. n. 151/2001, secondo cui, ai fini del testo unico, 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.

F.U.

Il padre lavoratore è, peraltro, tenuto a fornire preventiva comunicazione in forma scritta al datore di lavoro dei giorni prescelti per astenersi dal lavoro almeno quindici giorni prima dei medesimi.

Al successivo comma 25 si demanda, poi, ad un decreto, di natura non regolamentare, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, da adottarsi entro un mese dalla data di entrata in vigore della legge (ma effettivamente licenziato il 22 dicembre 2012), la determinazione dei criteri di accesso e delle modalità di utilizzo della misura sperimentale.

E' stato così, tra l'altro, stabilito, in sede attuativa, che (art. 1, comma 6) il giorno di congedo obbligatorio sia riconosciuto anche al padre che fruisce del congedo di paternità ai sensi dell'art. 28 D.Lgs. n. 151/2001 e che (art. 3, comma 3) i congedi non possano essere frazionati ad ore.

La nuova forma di "congedo di paternità" è stata introdotta, in presumibile connessione con il suo carattere temporaneo e sperimentale, in via autonoma rispetto al Testo Unico compendiatore nel D.Lgs n. 151/2001, rispetto al quale non sono state dettate disposizioni di coordinamento.

La tecnica normativa prescelta è, infatti, diversa da quella che informa il comma 16 dello stesso art. 4 della Legge n. 92/2012, che ha, al contrario, espressamente inciso sul richiamato Testo Unico attraverso la sostituzione dell'art. 55, comma 4, dedicato all'efficacia della risoluzione consensuale del rapporto o della richiesta di dimissioni presentate dalla lavoratrice, durante il periodo di gravidanza, e dalla lavoratrice o dal lavoratore durante i primi anni di vita del bambino.

## **2. Applicabilità della normativa ai magistrati ordinari.**

Per quanto riguarda l'individuazione della platea dei destinatari dell'istituto di nuovo conio assumono rilievo, innanzitutto, i commi 7 e 8 dell'art. 1 della Legge n. 92/2012, a mente dei quali:

*7. Le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo. Restano ferme le previsioni di cui all'articolo 3 del medesimo decreto legislativo.*

*8. Al fine dell'applicazione del comma 7 il Ministro per la Pubblica Amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle Amministrazioni pubbliche, individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle Amministrazioni Pubbliche.*

In proposito, va considerato che il D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche", all'art. 1, co. 2, recita: "Per Amministrazioni Pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali, e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del SSN".

A sua volta, il comma 2 dell'art. 2 del D.Lgs. n. 165/2001, espressamente richiamato dall'art. 1, comma 7, della Legge n. 92/2012, stabilisce che "I rapporti di lavoro dei dipendenti delle Amministrazioni Pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto che costituiscono disposizioni a carattere imperativo. Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle Amministrazioni Pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge".

Il successivo comma 3 dell'art. 2 del D.Lgs. n. 165/2001 dispone, ancora, che i rapporti individuali di lavoro di cui al comma 2 siano regolati contrattualmente.

L'art. 3 del D.Lgs. n. 165/2001 chiarisce, infine, al primo comma, che, in deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, rimangono disciplinate dai rispettivi ordinamenti - e sono, dunque, escluse dalla contrattualizzazione - talune categorie di pubblici dipendenti, prima tra tutte quella dei magistrati ordinari.

F.U.

Tanto premesso in ordine alla cornice normativa di riferimento e passando alla deliberazione dell'incidenza delle disposizioni, testé richiamate, sulla regolazione del rapporto di lavoro dei magistrati ordinari, giova, preliminarmente, osservare che, come già sopra notato, l'istituto in esame non costituisce specificazione ed arricchimento di quello già previsto all'art. 28, comma 1, D.Lgs. n. 151/2001 - dal quale mutua, nondimeno, la finalità di stimolo ad una compiuta ed equilibrata partecipazione di entrambi i genitori all'assolvimento degli oneri connessi alla cura della prole nei primi mesi di vita - e si connota, piuttosto, per una sua innegabile autonomia che, lungi dall'esprimersi in chiave meramente contenutistica, si estrinseca tanto nella collocazione all'esterno del Testo Unico sulla maternità, quanto nella correlata previsione in termini temporali limitati e definiti e nel dichiarato carattere sperimentale.

In coerenza con il descritto dato strutturale, deve dunque escludersi che la nuova forma di congedo di paternità, diversamente da quanto previsto con riferimento a quella originaria - disciplinata dall'art. 28 comma 1 del D.Lgs. n. 151/2001, che, si ribadisce, integra la regolamentazione dei rapporti di lavoro di dipendenti pubblici e privati -, sia, in ragione della sola affinità di materia, di per sé applicabile alla medesima platea dei destinatari del preesistente testo normativo.

In proposito, soccorre anche l'argomento *a contrario* tratto dal mancato richiamo, in seno al comma 24 dell'art. 4, al Testo Unico sulla maternità sul quale, pure, la stessa "riforma Fornero" ha espressamente ritenuto, al comma 16, di poco precedente, di dovere incidere.

Per meglio esplicitare la precedente considerazione, va invero rimarcato che il fatto che il Legislatore, nel disciplinare gli istituti introdotti al comma 24 dell'art. 4, non ne abbia previsto l'inserimento nell'insieme delle disposizioni che confluiscono nel Testo Unico sulla maternità - che pure lo stesso Legislatore, in altro punto del medesimo articolo, ha invece deliberatamente inteso novellare - costituisce conferma della piena, reciproca autonomia delle regole via via dettate nel corso del tempo a presidio e sostegno della genitorialità.

Compito dell'esegeta è, a questo punto, quello di verificare se ed in quale misura il nuovo congedo di paternità sia fruibile dai dipendenti pubblici e, più in particolare, dai magistrati ordinari.

L'art. 1, comma 7, della legge n. 92/2010, il cui testo è stato sopra trascritto, stabilisce, sul punto, che, ove non sussistano precise e specifiche indicazioni ("*per quanto da essere non espressamente previsto*"), le disposizioni ivi contenute assumono valenza di "*principi e criteri*" destinati a regolare i rapporti di lavoro dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni.

La più plausibile interpretazione del dettato normativo, a dire il vero non chiarissimo, induce, pertanto, a ritenere che, qualora non sia stabilita in modo univoco l'estensione dell'ambito applicativo della regolamentazione ai rapporti di lavoro del settore pubblico, i precetti e gli istituti contenuti nella legge n. 92/2012 siano destinati a fungere da criteri ispiratori di separata, analoga regolamentazione da dettarsi per quelle categorie di lavoratori.

D'altro canto, la salvezza del disposto dell'art. 3 del medesimo decreto legislativo, che sancisce la sottoposizione al solo diritto pubblico dei rapporti di lavoro propri di talune categorie di dipendenti pubblici, prima tra tutte quella dei magistrati ordinari, ed il riferimento alla coerenza con le previsioni dell'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001, che individua le fonti dei rapporti di lavoro delle Amministrazioni Pubbliche, concorrono a convalidare l'interpretazione secondo cui "*principi e criteri*" tratti da regole destinate, in prima battuta ed in via immediata, al settore privato, potranno essere recepiti dalle categorie del settore pubblico solo in forza di specifici e susseguenti interventi normativi.

Sotto questo profilo, il rinvio, inserito nel comma 8 dell'art. 1 della Legge n. 92/2012, all'iniziativa del Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione, chiamato ad individuare e definire, previa interlocuzione con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle Amministrazioni Pubbliche ed anche mediante iniziative normative, ambiti, modalità e tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle Amministrazioni Pubbliche, non può che afferire alle sole categorie del pubblico impiego c.d. "contrattualizzato".

Il legislatore pare, dunque, avere inteso ribadire - in linea di continuità con la possibile, ma non automatica, estensione delle regole di nuova introduzione ai rapporti di lavoro dei dipendenti appartenenti alle categorie cc.dd. "contrattualizzate" - che i rapporti di lavoro dei magistrati ordinari e delle categorie equiparate (tra le quali i magistrati, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e le Forze di Polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia) continuano ad essere disciplinati dai rispettivi ordinamenti, onde deve concludersi, di conseguenza, che le disposizioni di nuovo conio sono riservate, per il momento, ai dipendenti del settore privato.

F U

Stando così le cose, il precetto legislativo si palesa di cristallina chiarezza nell'escludere la diretta ed immediata applicabilità delle norme contenute nella Legge n. 92/2012, ivi comprese quelle sul c.d. "congedo di paternità", ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001, per come, tra l'altro, ribadito, in risposta a richiesta di chiarimenti avanzata da un'amministrazione locale, dal Capo Dipartimento del Servizio studi e consulenza per il trattamento del personale del Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri nell'allegata nota del 20 febbraio 2013.

Dal punto di vista logico, va viepiù segnalato come non debba stupire che si sia deciso di saggiare l'efficacia e la sostenibilità, anche sotto il profilo finanziario, della misura provvisoriamente introdotta nel campo dei rapporti di lavoro del settore privato e di rimandare ad un secondo momento la decisione in ordine alla sua stabilizzazione ed alla definitiva determinazione dell'ambito dei destinatari.

Una volta acclarato che l'istituto in esame non è, allo stato, applicabile ai dipendenti del settore pubblico c.d. "contrattualizzato", pare agevole addivenire, sotto altro, concorrente aspetto, ad identica conclusione in relazione alla magistratura ordinaria.

Ove pure, infatti, si ritenga, in adesione alla prospettazione di parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa ed in contrasto con quanto, invece, in passato opinato dal C.S.M. e da questo Ufficio Studi, che la magistratura sia ricompresa nel novero del personale delle Amministrazioni Pubbliche elencate dall'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001, residua la necessità che l'estensione ai membri dell'Ordine giudiziario delle regole dettate per la generalità dei dipendenti pubblici operi attraverso il vaglio di compatibilità *ex art. 276, comma 3, R.D. n. 12/1941*.

In forza di tale disposizione, infatti, *"ai magistrati dell'Ordine giudiziario sono applicabili le disposizioni generali relative agli impiegati civili dello Stato, solo in quanto non siano contrarie al presente ordinamento ed ai relativi regolamenti"*.

Presupposto per l'applicazione della norma ai magistrati è, dunque, che essa sia *"relativa agli impiegati civili dello Stato"*, ciò che, nel caso in esame, non può dirsi, giacché si è ancora in attesa della trasposizione al settore pubblico, secondo il meccanismo disegnato dal comma 1 dell'art. 8 della Legge n. 92/2012, di *"principi e criteri"* posti a fondamento dei precetti della legge Fornero e, tra essi, di quelli afferenti al congedo di paternità.

Né, sotto altro profilo, risulta che i medesimi *"principi e criteri"* siano stati, ad oggi, mutuati, a livello di normazione primaria o secondaria, da specifiche disposizioni di Ordinamento giudiziario.

La soluzione esposta in ordine all'applicabilità delle disposizioni *de quibus* ai magistrati ordinari rende, pertanto, superflua ogni ulteriore disamina relativa ai profili di ordine procedurale e burocratico.

Sulla base delle suesposte considerazioni, il Consiglio  
delibera

- di rispondere all'istanza sopra indicata evidenziando che l'istituto dell'astensione dal lavoro ai sensi dell'art. 4, comma 24, della Legge 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. "congedo di paternità") non è ipso iure applicabile ai magistrati ordinari.

OMISSIS

**Le SS.LL. sono pregate di disporre che quanto sopra sia portato a conoscenza di ciascuno dei magistrati in servizio presso i rispettivi uffici.**

**Il Ministro della Giustizia vorrà disporre, altresì, che quanto sopra sia portato a conoscenza di ciascuno dei magistrati collocati fuori del ruolo organico della magistratura, non compresi negli uffici in indirizzo.**

SEGRETARIO GENERALE  
(Paola Piraccini)

Paola Piraccini