

IL FORO AMMINISTRATIVO

C.d.S.

RIVISTA MENSILE DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Vol. II - Aprile 2003

4

13

ISSN: 1722- 2400

DIRETTA DA

GIORGIO GIOVANNINI, ALBERTO ROMANO

Si segnalano all'attenzione del lettore

C. cost. 1° aprile 2003 n. 104: <i>in materia di riposi parentali.</i>	1223
Cons. St., sez. V, 2 aprile 2003 n. 1698: <i>notifica della sentenza di primo grado, poteri del giudice dell'ottemperanza.</i>	1306
Cons. St., sez. V, 17 aprile 2003 n. 2079: <i>sui limiti della rinnovabilità di un appalto di servizi.</i>	1319
Cons. St., sez. V, 28 aprile 2003 n. 2128: <i>sulla prevalenza delle regole in materia di concorrenza su quelle di protezione delle cooperative sociali.</i>	1324
Cons. St., sez. V, 29 aprile 2003 n. 2194: <i>gli effetti della riforma del titolo V della Costituzione sulla disciplina delle conseguenze dell'annullamento di elezioni regionali con sentenza non ancora passata in giudicato.</i>	1329
Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2003 n. 1716: <i>in materia di gare d'appalto.</i>	1346
Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2003 n. 1746: <i>sulla possibilità di aderire anche oralmente allo spostamento della causa presso altro Tar.</i>	1349
Cons. St., sez. VI, 4 aprile 2003 n. 1768: <i>sulla affermazione della giurisdizione amministrativa esclusiva sui danni da occupazione c.d. appropriativa, e sulla loro quantificazione.</i>	1352
Cons. St., sez. VI, 11 aprile 2003 n. 1929: <i>sul divieto di pubblicità dei prodotti da fumo.</i>	1391
Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2003 n. 1945: <i>sulla risarcibilità della c.d. perdita di chances (v. anche sez. VI n. 1775, che definisce i criteri di quantificazione del danno risarcibile subito da impresa esclusa da una gara di appalto).</i>	1392
Cons. St., sez. VI, 16 aprile 2003 n. 1979: <i>sulla rilevanza della c.d. informativa antimafia atipica, per il diniego di affidamento di un appalto.</i>	1397
Cons. St., sez. VI, 16 aprile 2003 n. 1990: <i>raro caso di definizione di che cosa l'estensione al merito del sindacato giurisdizionale sulle ordinanze sindacali contingibili e urgenti aggiunge all'ordinario sindacato di legittimità.</i>	1398
Cons. St., sez. VI, 17 aprile 2003 n. 2083: <i>sul riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice tributario, a proposito del riconoscimento delle spese per il restauro di un immobile vincolato, ai fini della loro deducibilità fiscale.</i>	1398
C. conti, sez. riun., 4 aprile 2003 n. 9/QM: <i>sull'appellabilità delle sentenze di condanna nel giudizio contabile senza più il preesistente limite d'importo.</i>	1417
C. conti, sez. riun., 23 aprile 2003 n. 10/QM: <i>sul danno all'immagine e delle p.a., la sua collocazione sistematica, l'allegazione delle conseguenze dannose delle relative prove, il riparto dell'onere probatorio, i parametri esclusi e quelli ammessi ai fini della liquidazione del danno.</i>	1419
C. conti, sez. III d'appello, 16 aprile 2003 n. 175: <i>sulla incompatibilità per il direttore amministrativo e quello sanitario di un'azienda ospedaliera pubblica dello svolgimento di attività lavorativa libero professionale e sull'irrelevanza, ai fini della sussistenza della responsabilità amministrativa, del raggiungimento degli obiettivi prefissati.</i>	1438



DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

Spedizione in a.p. - 45% - art. 2 comma 20/b legge 662/96 - Filiale di Varese

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

Utente: . LEGANCE-AVOCATI ASSOCIATI - www.iusexplorer.it - 19.03.2018

con decreto i requisiti minimi e i criteri generali per il riconoscimento dei laboratori di analisi non annessi alle industrie alimentari utilizzabili in sede di autocontrollo, in quanto, premesso che il decreto del Ministero della sanità deve ritenersi limitato alle sole norme tecniche, nei limiti di esigenze unitarie, aventi carattere meramente esplicativo strettamente vincolato e di dettaglio, in stretta dipendenza con i criteri generali per il funzionamento dei laboratori esterni di cui al comma 1 e con le procedure operative standard richiamate nel precedente comma 4, deve escludersi che esso costituisca esercizio di potere normativo o che contenga principi nuovi vincolanti per le Regioni e le Province autonome, o preveda un potere di direttiva, avendo esso piuttosto valore di atto di recepimento materiale.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 3 bis comma 7, d.lg. 26 maggio 1997 n. 155, introdotto dall'art. 10, l. 21 dicembre 1999 n. 526, nella parte in cui si applica alle Province autonome di Trento e di Bolzano. Premesso che l'igiene e la sanità rientrano nella competenza delle Province autonome e che il d.P.R. 19 novembre 1987 n. 526 ha attribuito alle stesse Province i controlli e la vigilanza in materia, la prevista attribuzione al Ministero della sanità del potere di effettuare sopralluoghi per la verifica della sussistenza dei requisiti minimi per il riconoscimento dei laboratori di analisi non annessi alle industrie alimentari, viola il principio di cui all'art. 4 del d.lg. 16 marzo 1992 n. 266, il quale, nelle materie di competenza della Regione o delle Province autonome, prevede che la legge statale non può attribuire ad organi statali funzioni amministrative, comprese quelle di vigilanza, di polizia amministrativa e di accertamento di violazioni amministrative, diverse da quelle attribuite allo Stato in base allo statuto speciale e relative norme di attuazione. Né l'attribuzione di quel potere può trovare giustificazione nell'esigenza di intervento statale di vigilanza sull'adempimento di pretesi obblighi comunitari, giacché questi, in mancanza di un verificato inadempimento da parte delle Province autonome, non possono toccare, per questa parte, la ripartizione di competenze tra Stato e Regione.

Non è fondata, in riferimento agli artt. 9 n. 10, e 16 d.P.R. 31 agosto 1972 n. 670 e alle relative norme di attuazione (d.P.R. 19 novembre 1987 n. 526 e d.lg. 16 marzo 1992 n. 266), la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3-bis comma 5, d.lg. 26 maggio 1997 n. 155, introdotto dall'art. 10, l. 21 dicembre 1999 n. 526, il quale prevede che il Ministro della sanità determini con decreto le modalità dei sopralluoghi di cui al comma 7, in quanto, a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 3 bis comma 7 (v. massima 3), per questa parte il decreto ministeriale non trova applicazione nell'ambito delle Province autonome di Trento e di Bolzano.

104 - 1° aprile 2003 — Pres. Chiappa — Red. Amirante — Rigo — Regione Friuli-Venezia Giulia — INPS — Bersano — Presidenza Consiglio dei ministri (*).

[5124/408] Lavoro (rapporto di) - Donne e fanciulli - Lavoratrici madri - Diritto a permessi giornalieri - Fruibilità, in caso di adozione e affidamento, nel primo anno di vita del bambino (anziché a partire dalla data di effettivo ingresso del minore nella famiglia adottiva o affidataria) - Intervenuta abrogazione delle norme censurate - Difetto di motivazione in ordine alla persistente rilevanza della questione oltretutto carenza di elementi relativi alla fattispecie in giudizio - Inammissibilità. (Cost., artt. 3 e 37; l. 30 dicembre 1971 n. 1204, art. 10; l. 9 dicembre 1977 n. 903, art. 6; d.lg. 26 marzo 2001 n. 151, art. 45 comma 1).

[5124/408] Lavoro (rapporto di) - Donne e fanciulli - Lavoratrici madri - Diritto a permessi giornalieri - Fruibilità, in caso di adozione e affidamento, nel primo anno di vita del bambino - Ritenuta introduzione *ex novo* della norma censurata nel nuovo decreto delegato, in contrasto con i principi e criteri della legge di delega - Carenza di motivazione sul punto - Inammissibilità della questione. (Cost., art. 76; l. 8 marzo 2000 n. 53, art. 15 comma 1 lett. c; d.lg. 26 marzo 2001 n. 151, art. 45 comma 1).

[5124/408] Lavoro (rapporto di) - Donne e fanciulli - Lavoratrici madri - Diritto a permessi giornalieri

(*) Segue nota di L. GENINATTI SATÈ, *Termini e modi dell'estensione dei riposi parentali ai genitori adottivi*, *infra*, 1228.

- Fruibilità, in caso di adozione e affidamento, entro il primo anno di vita del bambino, anziché entro il primo anno dall'ingresso del minore nella famiglia - Intrinseca irragionevolezza nonché contrasto con il principio di eguaglianza, per deteriore trattamento dei genitori adottanti o affidatari e dei minori adottati o affidati, rispetto a quello dei genitori e dei figli naturali - Illegittimità costituzionale in parte qua - Assorbimento di altri profili.

(Cost., artt. 3, 29, 30, 31 e 37; d.lg. 26 marzo 2001 n. 151, art. 45 comma 1).

È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, l. 30 dicembre 1971 n. 1204, e dell'art. 6 l. 9 dicembre 1977 n. 903, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 97 cost., nella parte in cui, in caso di adozione o di affidamento, non consentono ai genitori adottivi o affidatari di fruire dei permessi giornalieri, previsti per il primo anno di vita del bambino, dalla data di effettivo ingresso del minore nella famiglia, in quanto il rimettente ha ommesso di indicare un dato essenziale ai fini della rilevanza, ossia la data di effettivo ingresso nella famiglia dei minori destinatari dell'affidamento preadottivo, e, pur mostrando di conoscere la nuova normativa in materia, non ha fornito alcuna motivazione sulla ragione che lo ha indotto a sottoporre all'esame di costituzionalità norme espressamente abrogate (ord. n. 204 del 2002).

È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 45 comma 1, d.lg. 26 marzo 2001 n. 151, sollevata, in riferimento all'art. 76 cost., in quanto la norma censurata, nello stabilire il limite del primo anno di vita del bambino per la fruizione dei permessi giornalieri anche per i genitori adottivi e per gli affidatari, avrebbe oltrepassato i limiti della delega legislativa, di cui all'art. 15 comma 1 lett. c), l. 8 marzo 2000 n. 53. Infatti il rimettente prospetta il vizio di eccesso di delega nel convincimento che il limite in questione non fosse già esistente nella previgente normativa e sia stato quindi introdotto ex novo illegittimamente dalla norma censurata, senza però fornire alcuna motivazione in proposito.

È costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3 cost., l'art. 45 comma 1, d.lg. 26 marzo 2001 n. 151, nella parte in cui prevede che i riposi giornalieri di cui agli artt. 39, 40 e 41 dello stesso decreto si applichino, anche in caso di adozione e di affidamento, entro il primo anno di vita del bambino anziché entro il primo anno dall'ingresso del minore nella famiglia. Infatti è irragionevole e lesivo del principio di uguaglianza applicare agli adottanti ed agli affidatari la stessa formale disciplina sui riposi giornalieri prevista per i genitori naturali, in quanto l'estensione alla filiazione adottiva e all'affidamento delle misure volte a soddisfare i bisogni affettivi e relazionali del minore al fine dell'armonico e sereno sviluppo della sua personalità, impone di considerare non tanto l'età del minore, quanto piuttosto il momento del suo ingresso nella nuova famiglia, in considerazione delle difficoltà che tale ingresso comporta sia riguardo alla personalità in formazione del minore, soggetta al trauma del distacco dalla madre naturale o a quello del soggiorno in istituto, sia per i componenti della famiglia adottante o affidataria. Restano assorbiti gli altri profili di censura (sent. n. 1 del 1987, 332 del 1998, 341 del 1991 e 179 del 1993).

CONSIDERATO IN DIRITTO. — 1. Il Tribunale di Trieste ed il Tribunale di Ivrea sottopongono all'esame della Corte due questioni che, quantunque aventi ad oggetto disposizioni diverse (*ratione temporis*), sono nella sostanza di identico contenuto.

In particolare, il Tribunale di Trieste dubita della legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 37 della Costituzione, dell'art. 10 della legge 30 dicembre 1971 n. 1204 (Tutela delle lavoratrici madri), e dell'art. 6 della legge 9 dicembre 1977 n. 903 (Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro); il Tribunale di Ivrea, invece, solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 45 (comma 1) del decreto legislativo 26 marzo 2001 n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000 n. 53), in riferimento agli artt. 3, 29, 30, 31, 37 e 77 della Costituzione.

Fondamento di entrambe le questioni è il dubbio riguardante la fruizione dei permessi giornalieri in favore dei genitori adottivi e degli affidatari, che la legislazione vigente limita al primo anno di vita del bambino, così come per i figli biologici. Ad avviso dei Tribunali remittenti, invece, in caso di adozione o di affidamento tali permessi dovrebbero essere fruibili a partire dalla data di effettivo ingresso del minore nella famiglia, pur rimanendo

fermo l'attuale limite annuale, sussistendo altrimenti violazione sotto vari profili dei menzionati parametri costituzionali.

2. Le due questioni si differenziano sostanzialmente soltanto da un punto di vista di cronologia delle norme impugnate, perché le leggi n. 1204 del 1971 e n. 903 del 1977 sono state trasfuse, assieme a molte altre, nel testo unico di cui al d.lg. n. 151 del 2001; il Tribunale di Trieste ha impugnato le norme previgenti, mentre quello di Ivrea ha impugnato l'art. 45 del testo unico. Le questioni, pertanto, possono essere riunite e decise con una sola pronuncia.

3. La questione proposta dal Tribunale di Trieste è inammissibile per un duplice ordine di ragioni.

Da un lato, infatti, il giudice *a quo* non ha descritto in modo adeguato la fattispecie sottoposta al suo esame; in particolare, ha ommesso di indicare una dato essenziale ai fini della rilevanza, ossia la data di effettivo ingresso nella famiglia della ricorrente dei due bambini destinatari dell'affidamento preadottivo; d'altro canto, poi, egli, pur mostrando di conoscere la legge n. 53 del 2000 ed il d.lg. n. 151 del 2001, non ha tuttavia fornito alcuna motivazione sulla ragione che lo ha indotto a sottoporre all'esame della Corte due norme espressamente abrogate dall'art. 86 del decreto da ultimo menzionato. In tal modo il giudice remittente ha dimenticato che, secondo pacifica giurisprudenza di questa Corte (v. da ultimo l'ordinanza n. 204 del 2002), lo scrutinio di legittimità costituzionale avente ad oggetto norme abrogate prima della rimessione della questione è possibile solo a condizione che si dia conto delle ragioni per le quali tale scrutinio mantiene la sua rilevanza nel giudizio principale.

Né, d'altronde, per sopperire alle suddette lacune dell'ordinanza, è possibile fare ricorso alle allegazioni delle parti.

4. La questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Ivrea va esaminata, logicamente, innanzitutto sotto il profilo preliminare dell'eccesso di delega; ad avviso del giudice *a quo*, infatti, poiché il testo unico di cui al d.lg. n. 151 del 2001 non avrebbe potuto avere contenuto innovativo — in forza dei criteri direttivi contenuti nell'art. 15 comma 1, lettera c), della legge delega n. 53 del 2000 — l'art. 45 impugnato, nello stabilire il limite del primo anno di vita del bambino anche per i genitori adottivi e per gli affidatari, avrebbe oltrepassato i limiti della delega stessa.

Questa censura è inammissibile.

Il giudice remittente prospetta infatti il vizio di eccesso di delega nel convincimento che il limite di un anno dalla nascita del bambino non fosse già previsto dall'art. 10 della legge n. 1204 del 1971 e sia stato quindi introdotto *ex novo* illegittimamente dalla norma censurata, ma di tale convincimento il Tribunale di Ivrea non fornisce alcuna motivazione, con la conseguenza che la questione, sotto il profilo qui esaminato, è inammissibile.

5. La questione prospettata dal Tribunale di Ivrea è invece fondata per violazione dell'art. 3 della Costituzione sia sotto il profilo dell'eguaglianza, perché la norma censurata assoggetta a eguale trattamento situazioni diverse, sia sotto quello della intrinseca irragionevolezza.

Si premette che l'istituto dei riposi giornalieri, senza indugiare sulla normativa anteriore alla Costituzione, aveva la sua originaria disciplina nell'articolo 9 della legge 26 aprile 1950 n. 860, ed era regolato come strumento finalizzato esclusivamente all'allattamento. La norma richiamata attribuiva il diritto a tali permessi soltanto alle madri che allattavano direttamente i propri bambini, prevedendo le pause in funzione di quell'unica necessità, tanto che la predisposizione, da parte del datore di lavoro, delle cosiddette camere di allattamento e dell'asilo nido obbligava le lavoratrici ad allattare in sede, senza possibilità di uscire dai locali aziendali.

I riposi giornalieri erano quindi concepiti come complementari alle altre misure dirette alla protezione della maternità biologica oltre che parzialmente sostitutivi dell'astensione dal lavoro *post partum*.

Il successivo art. 10 della legge n. 1204 del 1971 dimostra già un cambiamento di prospettiva. Infatti, la fruizione dei riposi risulta non più strettamente connessa all'esigenza puramente fisiologica dell'allattamento, tanto che la norma non obbliga più la lavoratrice ad

utilizzare le strutture eventualmente predisposte dal datore di lavoro, quali le camere di allattamento e gli asili nido, e comincia a dare rilievo all'aspetto affettivo e relazionale del rapporto madre-figlio.

È indubbio, quindi, che gli istituti a protezione della maternità nascono e vivono per un certo tempo in un contesto sociale e ordinamentale nel quale da un canto l'adozione, ed in particolare quella dei minorenni, ha scarsa applicazione e svolge una funzione ben diversa da quella che avrebbe successivamente assunto, dall'altro il ruolo del padre nella società e nella famiglia è ancora concepito come del tutto secondario riguardo alla crescita e alla educazione dei figli nei primi anni della loro vita, sicché ciò che ha preminente rilievo è pur sempre la maternità biologica.

In tale periodo è soltanto la giurisprudenza ordinaria che, non senza oscillazioni e contrasti, estende ai genitori adottivi i benefici previsti per i genitori naturali.

6. Il quadro muta radicalmente a partire dagli anni settanta per effetto di una serie di leggi di riforma (diritto di famiglia, parità di trattamento tra uomo e donna in materia di lavoro, adozione dei minori) e di alcune decisioni di questa Corte.

Limitando l'indagine a ciò che più specificamente riguarda la questione in esame, l'art. 6 della legge n. 903 del 1977 ha esteso alle madri adottive o affidatarie gli istituti dell'astensione dal lavoro obbligatoria e facoltativa e l'art. 7 ha attribuito anche al padre lavoratore il diritto all'astensione facoltativa, ma solo a determinate condizioni.

Ciò che occorre soprattutto sottolineare è che la legge, stabilendo che i benefici potevano essere goduti, in caso di adozione o affidamento, nel primo anno d'ingresso del bambino nella famiglia dell'adottante o dell'affidatario, anche se limitatamente all'ipotesi che il bambino non avesse superato i sei anni di età, ha attribuito rilievo alla diversità di esigenze del bambino adottato rispetto a quelle proprie del bambino che vive con i genitori naturali o con almeno uno di questi.

7. Questa Corte è stata più volte chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle norme disciplinanti gli istituti a protezione della maternità e dei minori, in particolare sotto il profilo della loro mancata o non totale estensione al padre lavoratore oppure ai genitori legali (adottanti o affidatari).

Per effetto di una serie di decisioni, tutte di accoglimento, il diritto all'astensione obbligatoria ed ai riposi giornalieri, a determinate condizioni, è stato esteso al padre lavoratore (sentenza n. 1 del 1987); il diritto all'astensione facoltativa è stato riconosciuto alla madre affidataria provvisoria e quello all'astensione obbligatoria alla madre affidataria in preadozione (sentenza n. 332 del 1988); il diritto all'astensione nei primi tre mesi dall'ingresso del bambino nella famiglia è stato attribuito al padre lavoratore affidatario di minore per i primi tre mesi successivi all'ingresso del bambino nella famiglia in alternativa alla madre (sentenza n. 341 del 1991); il diritto ai riposi giornalieri, infine, è stato esteso, in via generale ed in ogni ipotesi, al padre lavoratore in alternativa alla madre consenziente, per l'assistenza al figlio nel suo primo anno di vita (sentenza n. 179 del 1993).

8. Da quanto sinteticamente esposto risulta che gli istituti dell'astensione dal lavoro, obbligatoria e facoltativa, ora denominati congedi, e quello dei riposi giornalieri oggi non hanno più l'originario necessario collegamento con la maternità naturale e non hanno più come esclusiva funzione la protezione della salute della donna ed il soddisfacimento delle esigenze puramente fisiologiche del minore, ma sono diretti anche, come questa Corte ha già più volte affermato nelle motivazioni delle sentenze suindicate, ad appagare i bisogni affettivi e relazionali del bambino per realizzare il pieno sviluppo della sua personalità.

Ciò che più rileva, ai fini della soluzione della presente questione, è la piena coincidenza tra la *ratio* delle decisioni di questa Corte appena richiamate e l'attività del legislatore. Questi, nel momento in cui ha esteso misure previste in caso di filiazione naturale alla filiazione adottiva ed all'affidamento ha avvertito che l'età del minore diveniva un elemento, se non trascurabile, certamente secondario, mentre veniva in primo piano il momento dell'ingresso del minore nella famiglia adottiva o affidataria, in considerazione delle difficoltà che tale ingresso comporta sia riguardo alla personalità in formazione del minore, soggetta al trauma del distacco dalla madre naturale o a quello del soggiorno in istituto, sia per i componenti della famiglia adottante o affidataria.

9. Il d.lg. n. 151 del 2001, il cui articolo 45 è censurato dal Tribunale di Ivrea, ha coordinato e razionalizzato tutta la disciplina di tutela delle lavoratrici e dei lavoratori connessa alla maternità e paternità dei figli naturali, adottivi e in affidamento, nonché le misure di sostegno economico alla maternità e alla paternità (art. 1), ribadendo, nei casi di adozione e di affidamento, la rilevanza del momento dell'ingresso del minore nella famiglia per quanto concerne la fruizione dei congedi (v. art. 26 comma 2; art. 31; art. 36 comma 2, del medesimo decreto).

Le difese della Presidenza del Consiglio e dell'INPS, pur convenendo sull'evoluzione e sul mutamento di funzioni che gli istituti a sostegno della maternità e della paternità hanno avuto nel corso degli ultimi decenni, sostengono che quello dei riposi giornalieri conserva pur sempre un collegamento con le necessità connesse alla prima età del minore, come sarebbe dimostrato dall'art. 41 del d.lg. n. 151 del 2001, secondo cui la durata dei riposi è raddoppiata in caso di parto plurimo.

Tale tesi non può essere accolta.

I riposi giornalieri, una volta venuto meno il nesso esclusivo con le esigenze fisiologiche del bambino, hanno la funzione, come si è detto, di soddisfare i suoi bisogni affettivi e relazionali al fine dell'armonico e sereno sviluppo della sua personalità. Essi, pertanto, svolgono una funzione omogenea a quella che assolvono i congedi e, più specificamente, i congedi parentali. Ora, per questi il legislatore ha ritenuto rilevante, in caso di adozione o di affidamento, il momento dell'ingresso del minore nella famiglia, considerando l'età del minore, peraltro diversamente disciplinata a seconda delle varie ipotesi di adozioni o affidamenti (per l'adozione internazionale v. gli artt. 27 e 37 del d.lg. n. 151 del 2001), esclusivamente come un limite alla fruizione dei benefici. Ne consegue che restringere il diritto ai riposi per gli adottanti e gli affidatari al primo anno di vita del bambino non soltanto è intrinsecamente irragionevole, ma è anche in contrasto con il principio di eguaglianza, perché l'applicazione agli adottanti ed agli affidatari della stessa formale disciplina prevista per i genitori naturali finisce per imporre ai primi ed ai minori adottati o affidati un trattamento peggiore, attesa la peculiarità della loro situazione.

Né può indurre a diversa conclusione la richiamata disposizione sulla disciplina dei riposi in caso di parto plurimo, poiché non solo le esigenze fisiche ma anche quelle affettive richiedono un tempo maggiore quando debbono essere soddisfatte riguardo a più persone.

Deve essere, quindi, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 45 del d.lg. n. 151 del 2001, per contrasto con l'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui non prevede che i riposi giornalieri di cui agli articoli 39, 40 e 41 dello stesso decreto si applichino, in caso di adozione o di affidamento, entro il primo anno dall'ingresso effettivo del minore nella famiglia.

Rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire eventualmente dei limiti alla fruizione dei riposi correlati all'età del minore adottato o affidato.

Restano assorbiti gli altri profili di censura.

P.Q.M. — riuniti i giudizi,

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 45 comma 1, del decreto legislativo 26 marzo 2001 n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000 n. 53), nella parte in cui prevede che i riposi di cui agli artt. 39, 40 e 41 si applichino, anche in caso di adozione e di affidamento, « entro il primo anno di vita del bambino » anziché « entro il primo anno dall'ingresso del minore nella famiglia »;

dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 della legge 30 dicembre 1971 n. 1204 (Tutela delle lavoratrici madri), e dell'art. 6 della legge 9 dicembre 1977 n. 903 (Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro), sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 37 della Costituzione, dal Tribunale di Trieste con l'ordinanza di cui in epigrafe.

[5124/408] Termini e modi dell'estensione dei riposi parentali ai genitori adottivi.

Le questioni di legittimità costituzionale decise dalla sentenza in epigrafe prendono avvio da analoghe situazioni di fatto. Si tratta di due casi in cui un genitore adottivo lavoratore ha chiesto ed ottenuto in sede cautelare l'ammissione a fruire dei periodi di riposo che la legge riconosce ai genitori entro il primo anno di vita del bambino; il provvedimento, concesso dal giudice cautelare sulla base del presupposto che il citato termine annuale dovesse decorrere, in caso di affidamento preadottivo e adozione, non dalla nascita ma dall'ingresso effettivo del minore in famiglia, è stato però oggetto di reclamo da parte del datore di lavoro, ed il tribunale, nell'accogliere l'opposizione fondata sull'interpretazione letterale e restrittiva del termine annuale, ha dubitato della legittimità costituzionale delle norme che limitano la fruizione dei menzionati periodi di riposo al solo primo anno di vita del bambino anche quando si tratti di figli adottivi che, assai spesso, entrano nelle famiglie quando già hanno compiuto il primo anno di età.

Occorre ricordare che un'ordinanza del tribunale di Milano, successiva alla l. n. 53 del 2000 ma precedente al d.lg. n. 151 del 2001, aveva riconosciuto il diritto ai riposi giornalieri ritenendo, in sintonia con le argomentazioni alla base della concessa misura cautelare nei casi in esame, che « il richiamo al primo anno di vita del bambino previsto legislativamente in caso di filiazione biologica non può che tradursi nel caso di adozione in un richiamo al primo anno successivo all'ingresso in famiglia, dal momento che è con l'ingresso in famiglia che inizia la relazione parentale, analogamente a quanto avviene con la nascita per il figlio biologico » (Trib. Milano, 24 gennaio 2001, in *Guid. lav.*, 2001 n. 7, 10, con nota di GOTTARDI, *La prima sentenza post legge 53/2000: i riposi giornalieri in caso di adozione*).

Nella pronuncia qui in commento la Corte ha anzitutto ritenuto inammissibili due delle questioni di legittimità costituzionale per difetto assoluto di motivazione: la prima, sollevata dal tribunale di Trieste, in quanto priva dell'indicazione circa la data dell'effettivo ingresso in famiglia dei figli in affidamento (elemento essenziale per definire la fattispecie oggetto della questione), ed in quanto riferita a disposizioni ora abrogate (gli artt. 10, l. 30 dicembre 1971 n. 1204, e 6, l. 9 dicembre 1977 n. 903) senza espressamente motivare in ordine alla ragioni per le quali lo scrutinio di disposizioni non più vigenti mantiene la sua rilevanza nel giudizio principale (v., al riguardo, C. cost. 22 maggio 2002 n. 204; 15 dicembre 2000 n. 590; 19 maggio 1999 n. 162); la seconda, segmento iniziale ma autonomo della questione di legittimità costituzionale sollevata dal tribunale di Ivrea, in quanto dubita della illegittimità costituzionale per eccesso di delega del t.u. di cui al d.lg. 26 marzo 2001 n. 151, sulla base del presupposto che esso, in violazione del divieto di contenuto innovativo derivante dalla delega, avrebbe introdotto il limite del primo anno di vita per la fruizione dei periodi di riposo anche nei riguardi dei genitori adottivi, limite invece non originariamente previsto dalle precedenti normative confluite nel testo unico. Di quest'ultima circostanza, argomentabile solo mediante espressa esegesi della normativa previgente, il Tribunale remittente omette però di fornire adeguata motivazione, da cui l'inammissibilità della questione.

Lo scrutinio della Corte costituzionale si concentra in tal modo sull'art. 45 comma 1 d.lg. 26 marzo 2001 n. 151. *Thema decidendum* è se la limitazione a fruire dei riposi soltanto entro il primo anno di vita del bambino comporti, in

quanto applicabile anche ai genitori adottivi, violazione del principio di uguaglianza, sia sotto il profilo dell'indebita assimilazione di trattamento di situazioni diverse, sia sotto quello della intrinseca irragionevolezza. La Corte ritiene sussistenti tali violazioni, ed assorbenti le restanti censure sollevate dal tribunale remittente (che assumeva a parametri anche gli artt. 29, 30, 31 e 37 cost.).

L'argomentazione sviluppata dalla Corte a sostegno del giudizio di (ir)ragionevolezza muove dalla ricostruzione della *ratio* dell'istituto dei riposi giornalieri: viene quindi seguita la tecnica argomentativa che si fonda sulla determinazione dei parametri del giudizio a partire da principi eterofondati rispetto all'ordinamento giuridico *positum*. Nel caso in questione, in particolare, il Giudice delle Leggi addiuvato a rilevare che « una norma appare contraddittoria rispetto al fine che il legislatore, implicitamente o esplicitamente, dichiara di voler perseguire (incoerenza teleologica) » (così, DOGLIANI, *Il ruolo della Corte costituzionale nel processo di deformalizzazione dell'ordinamento giuridico*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari — Quaderno n. 11*, Torino, 2001, 156; cfr. anche, in argomento, LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Esposito*, Padova, 1973, 1580 ss.; ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 147, e ID., *La dottrina del diritto vivente*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale* (Autori vari), Milano, 1988, 179 ss., 190).

Al riguardo la Corte rileva l'evoluzione di tale *ratio*, sottolineando il passaggio dalla concezione dei riposi giornalieri « come complementari alle altre misure dirette alla protezione della maternità biologica » a quella di istituti diretti anche « ad appagare i bisogni affettivi e relazionali del bambino per realizzare il pieno sviluppo della sua personalità ».

In argomento, sul tema dei riposi giornalieri e della loro funzione v. soprattutto, in dottrina, GOTTARDI, *La tutela della maternità e della paternità*, in *Trattato di diritto di famiglia, VI. Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia* a cura di LENTI, Milano, 2002, 544-548; ID., *Congedi parentali*, in *D. disc. priv. agg.*, Torino, 2000; DEL PUNTA, GOTTARDI, *I nuovi congedi*, Milano, 2001; SCARPONI, *Il lavoro delle donne fra produzione e riproduzione: profili costituzionali e « citizenship »*, in *Lav. dir.*, 2001; SUPPIES, *La tutela della paternità e della maternità nel Testo unico*, in *Guid. lav.*, 2001 n. 19; CALAFÀ, GOTTARDI, *Maternità, paternità e lavoro: recenti linee di ineludibile riforma*, in *Dir. merc. lav.*, I, 1999, II, 2000; BALLESTRERO, *Maternità*, in *D. disc. priv.*, IV, Torino, 1993, 340 ss., e già ID., *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro della donna*, Bologna, 1979; DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare*, in *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 1992, sub. artt. 2110-2111, 715 ss.

Ricostruita la *ratio* dell'istituto, la Corte rileva conseguentemente che restringere il diritto ai riposi per gli adottanti e gli affidatari al primo anno di vita del bambino risulta: 1) anzitutto intrinsecamente irragionevole, e ciò in quanto, data la funzione dell'istituto di « soddisfare i bisogni affettivi e relazionali [del bambino] al fine dell'armonico e sereno sviluppo della sua personalità », esso assolve ad esigenze omogenee a quelle dei congedi parentali, per i quali il legislatore ha ritenuto rilevante, in caso di adozione o affidamento, il momento dell'ingresso del minore nella famiglia. In questo modo, la Corte censura la c.d. « incoerenza sistemica » della norma impugnata, per cui essa appare irriducibile al sistema legislativo in cui dovrebbe inserirsi; 2) in secondo luogo in contrasto con il principio di eguaglianza, perché l'applicazione agli adottanti ed agli affidatari

della stessa formale disciplina prevista per i genitori naturali ne comporta un trattamento deteriore, attesa la peculiarità della loro situazione. In questo modo la Corte censura la disparità di trattamento in quanto « irrazionalità rispetto al valore » della norma impugnata. Non sembrano pertanto potersi accogliere quelle critiche che ritengono impossibile fondare un giudizio di illegittimità costituzionale sul solo art. 3 cost. in quanto, si afferma, norma puramente relazionale.

Viene quindi dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 45 comma 1 d.lg. 26 marzo 2001 n. 151, nella parte in cui prevede che i riposi di cui agli artt. 39, 40 e 41 si applichino, anche in caso di adozione e affidamento, « entro il primo anno di vita del bambino » anziché « entro il primo anno dall'ingresso del minore nella famiglia ».

Questa pronuncia manipolativa sostitutiva aggiunge quindi un ulteriore tassello al quadro normativo interessante la tutela della maternità e paternità adottive, già segnato da precedenti interventi della Corte.

V., in tal senso, soprattutto C. cost. 30 marzo 1988 n. 332, con cui è stato riconosciuto il diritto all'astensione facoltativa alla madre affidataria provvisoria e quello dell'astensione obbligatoria alla madre affidataria in preadozione; C. cost. 24 luglio 1991 n. 341, con cui è stato attribuito il diritto all'astensione nei primi tre mesi dall'ingresso del bambino nella famiglia al padre affidatario di minore per i primi tre mesi successivi all'ingresso del bambino nella famiglia (in alternativa alla madre).

Sulla portata dell'uguaglianza sostanziale a tutela del legame familiare, ed in particolare sull'esplicarsi dei diritti che ne conseguono in relazione al legame verticale genitori-figli, v. GIORGIS, GENINATTI SATÈ, *I diritti all'uguaglianza sostanziale a tutela del legame familiare*, in *La tutela della maternità e della paternità*, in *Trattato di diritto di famiglia, VI, Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, cit., 405 ss.

LUCA GENINATTI SATÈ

121/o. - 10 aprile 2003 — Pres. Chieppa — Red. Marini — Miculan INPDAP — Presidenza del Consiglio.

[4044/936] Impiegati comunali, provinciali e regionali - Istituti di assistenza e previdenza - Riscatto di periodi di studio a fini pensionistici - Corso universitario coincidente con il servizio militare - Richiesta continuità del periodo da riscattare - Conseguente arbitraria riduzione del periodo riscattabile - Lamentata disparità di trattamento in relazione alla nuova normativa in materia e rispetto alla generalità dei dipendenti statali, nonché lesione del diritto previdenziale - Manifesta infondatezza della questione.

(Cost., artt. 3 e 38; r.d.l. 3 marzo 1938 n. 680, art. 69 comma 3).

È manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3 e 38 cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69 comma terzo, r.d.l. 3 marzo 1938 n. 680, nella parte in cui stabilisce che la durata dei corsi universitari o equiparati — valutabile per il riscatto ai fini pensionistici, per i dipendenti degli enti locali cessati dal servizio prima dell'entrata in vigore del d.lg. 30 aprile 1997 n. 184 — si considera "continuativa", con una riduzione del periodo riscattabile nel caso in cui tale periodo venga a coincidere con quello della prestazione del servizio militare, in quanto, premesso che in materia di anzianità convenzionale, deve riconoscersi al legislatore una ampia discrezionalità, con il solo limite, sicuramente non violato nella specie, della non arbitrarietà e a prescindere da ogni valutazione circa l'esattezza dell'interpretazione della norma di cui all'art. 2 comma 2, del predetto d.lg. n. 184 del 1997, non applicabile ratione