

**TAR LAZIO Roma – Sez. I, Sent. del 05/12/2007**

*omissis*

**FATTO**

1. Con ricorso notificato in data 31.3.2006, depositato il successivo 20.4.2006, la dott.ssa X, magistrato ordinario in servizio presso il Tribunale di X, premettendo di aver adottato un minore straniero e di aver pertanto fruito di tre mesi a titolo di congedo per maternità ex artt. 16, lett. c), e 26 d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, ha chiesto: a) l'annullamento del provvedimento con cui il Consiglio superiore della magistratura ha respinto la domanda intesa ad ottenere la concessione di un ulteriore mese di congedo della medesima natura, fruendo della stessa norma di favore che consente alle madri biologiche di astenersi dal lavoro solo a partire dal mese precedente la data presunta del parto (art. 20 d.lgs. cit.); b) l'accertamento del suo diritto a godere del congedo di maternità per la durata massima di quattro mesi.

A sostegno del gravame la ricorrente ha dedotto il vizio di violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili, evidenziando altresì l'illegittimità costituzionale della normativa primaria di riferimento se interpretata nel senso sostenuto dal C.s.m..

Si sono costituite in resistenza le intime amministrazioni.

Successivamente, depositate dalle parti ulteriori memorie, all'udienza del 5 luglio 2007, il ricorso è stato assunto in decisione.

**DIRITTO**

1. Il ricorso in esame è del tutto analogo a quello definito dalla Sezione con sentenza n. 9051 del 21.9.1996. Da tale pronuncia non vi è ragione di discostarsi, giacché la difesa erariale, nelle proprie memorie, non introduce elementi nuovi rispetto a quelli a suo tempo valutati.

1.1. Il Consiglio superiore della magistratura ha respinto l'istanza presentata dalla dott.ssa X, giudice del Tribunale di X, volta ad ottenere la fruizione di un ulteriore mese di astensione obbligatoria per maternità, oltre i tre mesi già goduti a far tempo dall'ingresso in Italia del minore straniero da lei adottato, ai sensi dell'art. 20, 1° comma, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (c.d. Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità).

A mente di questa disposizione, “ferma restando la durata complessiva del congedo di maternità, le lavoratrici hanno la facoltà di astenersi dal lavoro a partire dal mese precedente la data presunta del parto e nei quattro mesi successivi al parto, a condizione che il medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro”.



La norma, disciplinante l'astensione c.d. flessibile (istituto introdotto nel corpus della l. 30 dicembre 1971, n. 1204, legge generale in materia di tutela della lavoratrice madre, dall'art. 12 l. 8 marzo 2000, n. 53, recante disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità), consente alla lavoratrice madre di scegliere il momento in cui iniziare a fruire del congedo, potendo astenersi a partire da due mesi prima del parto (con prosecuzione per i tre mesi successivi ex art. 16, 1° comma, lett. c, d.lgs. cit.) ovvero a far tempo dal mese antecedente (con prosecuzione per i successivi quattro mesi), purché in questa seconda ipotesi sia comprovata l'insussistenza di potenziali danni alla salute del gestante e/o del nascituro.

Dal momento che la determinazione negativa del C.s.m., assunta sulla scorta di un parere dell'Ufficio studi del 27.6.2002, è motivata unicamente con riferimento alla ritenuta incompatibilità dell'istituto con la maternità non biologica, la soluzione della presente controversia riposa sulla verifica della fondatezza in diritto di tale assunto.

2. Secondo l'Organo di autogoverno della magistratura, gli artt. 26 e 27 d.lgs. n. 151/2001, contemplanti l'estensione del congedo di maternità alle ipotesi di adozione o di affidamento preadottivo (nazionale e internazionale), non permetterebbero il prolungamento dell'astensione obbligatoria oltre i "tre mesi successivi all'effettivo ingresso del bambino nella famiglia della lavoratrice", per ragioni testuali (alla luce del richiamo effettuato all'art. 16, 1° comma, lett. c) e logico-sistematiche (la fruizione dell'astensione secondo la modalità un mese-quattro mesi riguarderebbe soltanto la maternità biologica, essendo subordinata al rilascio di apposito parere medico sui rischi alla salute di gestante e nascituro).

La tesi è infondata.

Reputa infatti il Collegio di condividere il nucleo di fondo delle argomentazioni dell'istante, incentrate sull'equiparazione tra maternità biologica e adottiva disposta dalla l. 9 dicembre 1977, n. 903, e più volte sancita anche dalla giurisprudenza costituzionale.

Nell'arco degli ultimi tre decenni si è assistito, nel diritto del lavoro, a una profonda modificazione delle forme di tutela della maternità.

La filosofia complessiva del sistema di protezione è oggi ispirata, secondo quanto correttamente evidenziato dalla ricorrente, alla prevalenza, sulle ragioni della produzione, delle ragioni e del consolidamento del legame familiare nella più critica fase iniziale, con il conseguente superamento della concezione meramente "biologica" delle astensioni e dei riposi e la valorizzazione della loro funzione di mezzo per consentire che si stringano rapporti affettivi indispensabili per lo sviluppo della personalità del bambino, sia nella famiglia naturale che in quella adottiva, venendo in primo piano l'interesse costituzionale alla tutela del minore (C. cost. 19 gennaio 1987, n. 1).

Si spiega allora la pregnanza del principio di piena equiparazione ai genitori biologici dei genitori adottivi o degli affidatari, che si evince dall'art. 1 del d.lgs. n. 151/01 (il testo unico è infatti diretto a disciplinare "i congedi, i riposi, i permessi e la tutela delle lavoratrici e dei lavoratori connessi alla maternità e paternità di figli naturali, adottivi e in affidamento, nonché il sostegno economico alla maternità e alla paternità") e dalle numerose norme di tale provvedimento che estendono i vari istituti previsti a tutela del genitore e della prole anche ai genitori di bambini in adozione.



In questa ottica, è evidente che l'astensione obbligatoria post partum non assolve all'unica funzione di favorire il recupero psico-fisico della partoriente, ma è diretta a consentire alla madre di attendere ai bisogni del figlio, in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettive collegate allo sviluppo della personalità del bambino, sicché la flessibilità di cui al citato art. 20 può essere considerata alla stregua di uno strumento attraverso il quale alla madre è consentito di allocare la disponibilità del suo tempo laddove ritiene che ve ne sia maggior bisogno.

Quanto detto consente di disattendere l'argomento del C.s.m. fondato sulla necessaria acquisizione dell'"autorizzazione" sanitaria ai fini dell'esercizio della facoltà in questione.

Il baricentro della norma in esame va infatti ravvisato nella concessione alla donna di una sfera di autodeterminazione in merito al dies a quo del congedo di maternità e, dunque, nel correlato riconoscimento della facoltà di ripartire il tempo stabilito per l'astensione obbligatoria secondo le esigenze derivanti dal rapporto di filiazione, mentre su un diverso piano si colloca la prescritta necessità di acquisizione del parere sanitario.

Quanto all'argomento testuale evidenziato dal C.s.m., è sufficiente considerare che, ferma restando l'assenza di espresse preclusioni all'opinione qui condivisa, il testo unico del 2001 costituisce un'opera di consolidamento legislativo le cui eventuali imperfezioni (o difetti di coordinamento) non sono comunque tali da incidere sulla effettiva portata delle norme in esso contenute.

Occorre infine precisare che l'opzione interpretativa fatta propria dalla resistente, intesa a limitare l'applicabilità dell'istituto della flessibilità alla sola famiglia naturale, pone i problemi di costituzionalità evidenziati nell'atto introduttivo in relazione ai principi desumibili dagli artt. 3 e 31 Cost. e va per questo ulteriormente riacquisita.

3. Per quanto appena argomentato, il ricorso deve essere accolto.

Vertendosi in materia di diritti soggettivi, non vi è luogo a provvedere sulla domanda di annullamento dell'atto impugnato.

Va pertanto accertato il diritto della ricorrente a godere del congedo di maternità per quattro mesi decorrenti dall'entrata in Italia del figlio, sicché il periodo di astensione di un mese, dichiaratamente fruito a decorrere dal 30.7.2005, va considerato quale congedo di maternità, con tutte le inerenti conseguenze di tipo giuridico ed economico.

Sembra equo, in considerazione della novità della questione, disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione prima, definitivamente pronunciando, così provvede:



- a) accoglie il ricorso e, per l'effetto, accerta il diritto della ricorrente a godere del congedo di maternità per quattro mesi, nei sensi di cui in motivazione;
- b) dichiara integralmente compensate le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 5.12.2007.

*omissis*