VPB 61.59

(Decisione della Commissione federale di ricorso in materia di personale federale del 16 dicembre 1996)

Art. 61 Abs. 2bis BO 1. Mutterschaftsurlaub bei Adoption.

- Überprüfung der gesetzlichen Regelung in bezug auf die Urlaubsgewährung. Im Gegensatz zu der Gesetzgebung der Kantone Genf und Tessin sehen weder das eidgenössische Beamtenrecht noch die diversen Regelungen des Beamtenverhältnisses einen Anspruch auf Urlaub bei Adoption vor (E. 3).

- Vorliegen einer echten oder einer unechten Lücke. Im vorliegenden Fall liegt keine echte Lücke vor. Die geltende gesetzliche Regelung ist zwar unbefriedigend, doch ist es allein Sache des Gesetzgebers, diesen Mangel durch ausdrückliche Regelung eines Urlaubsanspruchs für Adoptiveltern zu beheben (E. 4). Die geltende Regelung ist auch nicht rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB (E. 5).

- Durch die Gewährung eines bezahlten Urlaubs von zwei Monaten in analoger Anwendung von Art. 61 Abs. 2bis BO 1 hat die Behörde ihr Ermessen weder überschritten noch missbraucht. Diese Lösung ist im übrigen auf die Umstände des konkreten Falls abgestimmt (E. 6).

Art. 61 al. 2bis RF 1. Congé de maternité en cas d'adoption.

- Examen des dispositions légales concernant les congés. Contrairement aux législations des cantons de Genève et du Tessin, ni le Statut fédéral des fonctionnaires, ni les différents règlements des fonctionnaires ne prévoient l'octroi d'un congé en cas d'adoption (consid. 3).

- Existence d'une lacune pure ou impropre. En l'espèce, il n'y a pas de lacune pure. Les dispositions légales en vigueur ne sont certes pas satisfaisantes, mais seul le législateur peut remédier à ce défaut de la norme en instituant un congé spécifique en faveur des parents adoptifs (consid. 4). Le régime prévu par la loi n'est pas non plus constitutif d'un abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC (consid. 5).

- En octroyant un congé payé de deux mois par application analogique de l'art. 61 al. 2bis RF 1, l'autorité n'a pas commis un excès ou un abus de son pouvoir d'appréciation. La solution choisie est par ailleurs adaptée aux circonstances du cas concret (consid. 6).

Art. 61 cpv. 2bis RF 1. Congedo di maternità in caso d'adozione.

- Verifica delle disposizioni legali riguardo alla concessione del congedo. Contrariamente alla legislazione dei Cantoni di Ginevra e Ticino, né l'ordinamento federale dei funzionari né i differenti regolamenti dei funzionari prevedono un diritto al congedo d'adozione (consid. 3).

- Presenza di una lacuna pura o impropria. Nel caso presente non si tratta di una lacuna pura. Il disciplinamento legale vigente è invero insoddisfacente, ma soltanto il legislatore può porre rimedio a questa lacuna normativa istituendo un diritto al congedo per genitori adottivi (consid. 4). Il disciplinamento vigente non costituisce inoltre un abuso di diritto ai sensi dell'art. 2 cpv. 2 CC (consid. 5).

- Con la concessione di un congedo pagato di due mesi in applicazione per analogia dell'art. 61 cpv. 2bis RF 1, l'autorità non ha ecceduto o abusato del potere di apprezzamento. La soluzione adottata è peraltro adeguata alle concrete circostanze del caso (consid. 6).

Riassunto dei fatti:

A. M. è entrata alle dipendenze della Confederazione il 1° ottobre 1986 quale collaboratrice responsabile presso la Sezione (...).

B. Con scritto del 13 dicembre 1993, M. chiedeva al capo del personale dell'Ufficio competente un congedo di maternità per adozione: essa motivava tale richiesta adducendo la necessità di doversi recare in Colombia per sbrigare le relative pratiche e riportare l'adottando in Svizzera, nonchè il desiderio di disporre in seguito di un certo periodo di tempo per occuparsi del bambino e facilitare la sua integrazione nel nuovo ambiente.

A seguito di questo scritto, le parti convenivano di prorogare l'emanazione della decisione sino al momento in cui M. avesse proceduto all'adozione.

C. La decisione formale veniva presa, in seguito a richiesta telefonica della richiedente, il 17 aprile 1996. Con questa decisione il Dipartimento federale competente concedeva a M. un congedo pagato di due mesi, per il periodo compreso fra il 15 aprile e il 14 giugno 1996, in applicazione analogica dell'art. 61 cpv. 2bis del Regolamento dei funzionari (1) del 10 novembre 1959 (RF 1, RS 172.221.101), e le riconosceva l'assegno unico per la nascita di un figlio in applicazione analogica dell'art. 43 cpv. 2 dell'Ordinamento dei funzionari del 30 giugno 1927 (OF, RS 172.221.10). L'autorità federale toglieva inoltre l'effetto sospensivo ad un eventuale ricorso conformemente all'art. 55 cpv. 2 della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA, RS 172.021).

D. M. è insorta contro la predetta decisione dinanzi alla Commissione di ricorso in materia di personale federale (CRP), postulando il riconoscimento di un congedo di maternità per adozione della durata di quattro mesi e, in via provvisionale, il conferimento dell'effetto sospensivo, ossia la concessione del richiesto congedo per una durata massima di quattro mesi. Dei motivi si dirà, se necessario, in seguito.

E. Il Dipartimento competente ha presentato le sue osservazioni il 23 maggio 1996, proponendo la reiezione del gravame e quella della domanda di provvedimenti cautelari con relativa conferma della decisione impugnata. Esso ha rilevato in modo particolare che la decisione rispetta le disposizioni riguardanti la concessione di un congedo d'adozione, emanate d'intesa con l'Ufficio federale del personale.

F. Con decisione incidentale del 31 maggio 1996, il Presidente della CRP ha respinto la domanda provvisionale di conferimento dell'effetto sospensivo. Questa decisione non è stata impugnata.

Dai considerandi:

1. Il ricorso di M. è tempestivo (art. 50 PA) ed è ricevibile in ordine giusta l'art. 47 cpv. 1 lett. b PA e l'art. 58 cpv. 2 lett. b n. 3 OF in comb. con l'art. 100 lett. e della legge federale del 16 dicembre 1943 sull'organizzazione giudiziaria (OG, RS 173.110).

Con il rimedio esperito, la ricorrente può far valere la violazione del diritto federale, compreso l'eccesso o l'abuso del potere di apprezzamento, l'accertamento inesatto o incompleto dei fatti giuridicamente rilevanti e l'inadeguatezza della decisione impugnata (art. 49 PA). In particolare, la CRP può verificare d'ufficio le costatazioni di fatto e può controllare liberamente l'applicazione del diritto, non essendo vincolata né dai considerandi della decisione impugnata, né dai motivi invocati dalle parti (art. 62 cpv. 4 PA; DTF 113 Ib 371 consid. 1c). Principio inquisitorio e applicazione d'ufficio del diritto non dispensano comunque le parti dal dovere di collaborare e da quello di articolare le loro censure (DTF 110 V 52/53 consid. 4a).

2. Con la decisione impugnata, il Dipartimento competente, richiamandosi alle disposizioni emanate d'intesa con l'Ufficio federale del personale, ha riconosciuto alla ricorrente un congedo d'adozione pagato di due mesi: esso ha fatto capo per analogia all'art. 61 cpv. 2bis RF 1, applicabile ai funzionari del Dipartimento competente in virtù dell'art. 1 cpv. 2 dello stesso regolamento. Questa disposizione - emanata dal Consiglio federale in base agli art. 45 cpv. 5 e art. 50 cpv. 2 OF - conferisce alla funzionaria il diritto a un congedo maternità pagato di quattro mesi, se il giorno del parto essa ha maturato il suo secondo anno di servizio, e di due mesi in tutti gli altri casi, stabilendo altresì che, ove lo desideri, la funzionaria può prendere al massimo un mese del suo congedo immediatamente prima del parto. A mente del Dipartimento competente, il congedo suddetto è stato concesso per motivi di mera equità, dal momento che l'ordinamento dei funzionari federali non conferisce alcun diritto all'ottenimento di un congedo pagato in caso d'adozione.

3.a. Alcuni Cantoni hanno già disciplinato il congedo di adozione. Il regolamento d'applicazione della legge generale relativa al personale dell'amministrazione del Canton Ginevra, del 7 dicembre 1987 (RL B.5.1), dispone ad esempio che l'adozione è trattata analogamente alla maternità (16 settimane di congedo), a condizione però che il bambino adottato non abbia un'età superiore ai dieci anni (art. 31 cpv. 7). Il Tribunale federale, statuendo sull'applicazione di una disposizione del tutto analoga prevista dallo statuto del personale degli enti ospedalieri dello stesso Cantone, ha avuto modo di rilevare che tale disposizione non istituisce un congedo di maternità, ma un congedo parentale, e che il rifiuto di concedere codesto congedo al padre adottivo sarebbe pertanto incompatibile con l'art. 4 cpv. 2 Cost. (sentenza inedita del 2 novembre 1990 in re B.; cfr. inoltre la sentenza dell'11 febbraio 1994 in re X., apparsa in: Bernische Verwaltungsrechtsprechung [BVR] 1995 pag. 109 segg., 116 consid. 4c ).

Parimenti, la nuova legge ticinese sull'ordinamento degli impiegati dello Stato e dei docenti, del 15 marzo 1995 (LORD - RL 2.5.4.1), stabilisce che, in caso di adozione di bambini estranei alla famiglia di età non superiore ai cinque anni, il dipendente, per giustificati motivi, ha diritto a un congedo pagato fino ad un massimo di otto settimane, ritenuto inoltre che egli può in tal caso anche beneficiare di un congedo totale o parziale non pagato per un massimo di nove mesi, estensibile per i docenti fino al termine dell'anno scolastico (art. 48). L'introduzione di un periodo di congedo pagato per i casi di adozione di bambini in tenera età ed estranei alla famiglia è stato giustificato per il valore sociale dell'adozione stessa e il notevole impegno, soprattutto di tempo, che i genitori adottivi debbono spesso affrontare per espletare le relative pratiche (messaggio 12 agosto 1994, n. 4279, del Consiglio di Stato, pag. 21 ad art. 47).

b. L'ordinamento dei funzionari federali non prevede il congedo di adozione né lo disciplina altrimenti, richiamando per analogia le norme sul congedo di maternità. D'altra parte, neppure le direttive del Dipartimento federale delle finanze concernenti i presupposti per la concessione dei congedi - adottate il 21 novembre 1990 in applicazione dell'art. 61 cpv. 4 RF 1, dell'art. 85 cpv. 4 RF 3 e dell'art. 71 cpv. 4 del Regolamento degli impiegati del 10 novembre 1959 (RI, RS 172.221.104) - contemplano in qualche modo il congedo di adozione: esse riservano invece esplicitamente (art. 5 cpv. 2 lett. i) le istruzioni che reggono il congedo di maternità secondo l'art. 61 cpv. 2bis RF 1 e che sono state emanate dall'Ufficio federale del personale il 19 settembre 1989. Certo, il tema del congedo di adozione è stato discusso il 21 settembre 1993 dalla Conferenza dei servizi centrali del personale. Tuttavia, in quella sede s'è semplicemente constatato che il diritto vigente non contempla un siffatto congedo, e i servizi centrali si sono opposti all'emanazione di una regolamentazione generale da parte dell'Ufficio federale del personale.

Alla luce di queste circostanze, si tratta pertanto di stabilire se l'ordinamento dei funzionari federali contiene una lacuna che l'autorità amministrativa o giudiziaria deve colmare per non cadere nel diniego di giustizia.

4. Dottrina e giurisprudenza distinguono notoriamente fra lacune autentiche o pure e lacune improprie. Una legge comporta una lacuna autentica, ovverosia non voluta dal legislatore, quando non fornisce una risposta ad una questione che la sua applicazione pone ineluttabilmente: a questa lacuna l'autorità amministrativa o giudiziaria deve porre rimedio secondo la regola generale dell'art. 1 cpv. 2 CC. A differenza delle lacune pure, che inibiscono l'applicazione di una norma, le lacune improprie consistono nella mancanza di una regola che sarebbe opportuno o persino necessario introdurre: in tal caso, l'autorità giudiziaria o amministrativa non può colmare la lacuna, poiché essa si sostituirebbe al legislatore disattendendo il principio della separazione dei poteri (André Grisel, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, pag. 95 e 127; Adelio Scolari, Diritto amministrativo ticinese 1991, n. 99).

a. L'Ordinamento dei funzionari federali ha segnatamente demandato al Consiglio federale il compito di disciplinare il diritto allo stipendio, all'indennità di residenza e agli assegni in caso di assenza dal servizio e quello di regolare le condizioni per la concessione dei congedi (art. 45 cpv. 5 lett. a, art. 50 cpv. 2 lett. c OF). Nel Regolamento dei funzionari (1), il diritto allo stipendio in caso d'assenza per malattia o infortunio è retto dall'art. 55 e la concessione dei congedi dall'art. 61. Ora, nel testo originale del 10 novembre 1959 (RU 1959 1137), il'RF 1 non disciplinava l'assenza dal servizio in caso di maternità e di parto: il diritto allo stipendio durante la relativa assenza era assicurato (verosimilmente) dalla norma che regolava l'assenza per malattia o infortunio. In effetti, il diritto allo stipendio per la durata di due mesi in caso di assenza a causa di parto è stato introdotto con ordinanza del 20 dicembre 1972 (RU 1973 135), proprio attraverso una completazione dell'art. 55 cpv. 1 RF 1, che disciplinava e disciplina tuttora il diritto allo stipendio in caso d'assenza dal servizio per malattia o infortunio. Questa completazione dell'art. 55 cpv. 1 RF 1 (ultima frase) è stata abrogata con la
modificazione del 19 giugno 1989 del medesimo regolamento (RU 1989 1217), che ha istituito appunto uno specifico congedo d maternità pagato con l'aggiunta del nuovo cpv. 2bis dell'art. 61. Ora, la primitiva collocazione della norma, la sua evoluzione e il suo tenore letterale dimostrano che il diritto allo stipendio in caso d'assenza per causa di parto, dapprima, e quello al congedo di maternità pagato, dappoi, sono stati istituiti per motivi d'ordine biologico legati al parto e possono essere riconosciuti - in linea di principio - soltanto alla madre naturale (cfr. sentenza 11 febbraio 1994 del Tribunale federale, già citata, in BVR 1995 pag. 109

segg.; sentenza inedita 28 giugno 1995 del Tribunale amministrativo del Cantone di Basilea Campagna in re V. T., consid. 2).

b. L'adozione era già disciplinata dal testo originale del CC del 1907 (parte seconda, titolo settimo, capo terzo, art. 264 segg.) ed è poi stata parificata alla filiazione con la modifica del 30 giugno 1972 (RU 1972 2653). In effetti, con l'adozione sorge il rapporto d filiazione, analogamente a quel che avviene fra la madre e il figlio con la nascita e fra il padre e il figlio attraverso il matrimonio cor la madre o per riconoscimento o sentenza del giudice (art. 252 CC), e l'adottato acquista non solo lo stato giuridico di figlio dei genitori adottivi, ma anche la loro cittadinanza (art. 267 e 267a CC). Il nuovo diritto si basa infatti sul presupposto che l'adozione rappresenta un'istituzione educativa e di assistenza, di cui possono beneficiare i bambini che non hanno famiglia, e che la relazione psicologica e sociale fra i genitori adottivi e l'adottato è ormai ritenuta come una base idonea ed equivalente alla discendenza per la creazione di un vincolo di filiazione (Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 4a ed., Berna 1983, pag. 72).

c. Alla luce di queste considerazioni è giocoforza dedurre che il Consiglio federale - in base alla competenza conferitagli dall'art. 45 cpv. 5 e dall'art. 50 cpv. 2 OF, che esso ha esercitato l'ultima volta, per quanto attiene al congedo di maternità, il 19 giugno 1989 - non ha prospettato l'introduzione di una specifica regolamentazione per la madre adottiva o i genitori adottivi e che la legge non lascia irrisolta una questione che la sua applicazione pone inevitabilmente. Così stando le cose, non si è quindi in presenza di una lacuna pura o autentica, ma piuttosto di un difetto della normativa applicabile, che non disciplina affatto o comunque in modo soddisfacente il caso dell'adozione e che sarebbe, semmai, opportuno correggere. Ne consegue che l'autorità amministrativa e quella giudiziaria non possono colmare una simile lacuna e che soltanto il legislatore, ovverosia in casu il Consiglio federale, potrebbe porre rimedio al difetto della norma, istituendo un congedo specifico a favore dei genitori adottivi.

5. Vero è che, se le circostanze di fatto si sono modificate dopo l'emanazione di una legge, di guisa che, sotto il profilo della politica legislativa, di certe realtà sociali o anche di esigenze puramente etiche, le disposizioni determinanti non appaiono più soddisfacenti, la loro applicazione può essere persino costitutiva di un abuso di diritto ai sensi dell'art. 2 cpv. 2 CC: in questo caso, l'art. 2 CC può assumere una funzione correttiva e consentire al giudice di correggere la legge o di completarla e di colmare in sostanza anche una lacuna impropria (DTF 120 III 134 consid. 3b; Henri Deschenaux, Le titre préliminaire du Code civil, Traité de droit civil suisse, vol. II, Friburgo 1969, pag. 94).

Ora, se è vero che la mancanza di una regola specifica sul congedo di adozione, voluta dal legislatore, può apparire oggi poco soddisfacente, avuto riguardo al ruolo sociale che questo istituto ha assunto e all'assimilazione del figlio adottivo al figlio legittimo o naturale, non si può comunque affermare che la soluzione tuttora consacrata dalla legge sia addirittura costitutiva di un abuso di diritto. Del resto, anche in base alla normativa vigente, ed in particolare all'art. 61 RF 1 e alle disposizioni analoghe degli art. 81 RF 2, 85 RF 3 e 71 RI, il genitore adottivo potrebbe richiedere un congedo pagato di trenta giorni civili o di un mese civile al massimo oppure un congedo di maggior durata non pagato, al cui ottenimento egli non avrebbe comunque diritto, non potendo vantare a tal fine alcuna pretesa giuridica. In queste circostanze una correzione o una completazione di codesta normativa nell'ambito delle condizioni d'applicazione dell'art. 2 CC, peraltro eccezionali, appare manifestamente esclusa.

6. Nella concreta fattispecie, il Dipartimento competente ha nondimeno applicato per analogia l'art. 61 cpv. 2bis RF 1 ed ha poi rilevato, nella risposta al ricorso, che il congedo era stato concesso alla ricorrente in base al libero apprezzamento dell'autorità, non sussistendo infatti - giusta le disposizioni legali vigenti - alcun diritto al riconoscimento di un congedo d'adozione. In concreto, il Dipartimento competente ha quindi concesso alla ricorrente un congedo pagato di due mesi, tenendo peraltro conto del tempo necessario che essa ha dovuto investire per recarsi nel Paese dell'adottando, esperirvi le relative pratiche amministrative ed ottenere le autorizzazioni per l'entrata in Svizzera.

Ora, avuto riguardo alla natura della lacuna che la legge contiene e al potere d'apprezzamento che dev'essere pertanto riconosciuto all'autorità, sia sul principio del congedo che sulla sua durata, la soluzione adottata in casu dal Dipartimento non appare certo insostenibile: in particolare, essa non comporta eccessi o abusi di codesto potere di apprezzamento e non risulta nemmeno inadeguata avuto riguardo alle concrete circostanze del caso.

a. Innanzitutto, e contrariamente a quel che la ricorrente assevera, il riconoscimento di principio di un congedo di adozione, per applicazione analogica dell'art. 61 cpv. 2bis RF 1, non impone affatto la concessione di un congedo di pari durata, vale a dire in concreto di quattro mesi (lett. a). Come già s'è detto, la durata del congedo di maternità è giustificata anche da ragioni d'ordine biologico legate al parto: la madre naturale, che per tal motivo può prendere un mese di congedo immediatamente prima del parto, è infatti costretta ad una degenza in clinica e ad un periodo di convalescenza ed è poi spesso confrontata con le necessità dell'allattamento. Se si può convenire che un bambino adottato, specie se in tenera età, ha bisogno anch'egli di cure ed assistenza e pone sovente problemi maggiori soprattutto dal profilo psicologico, non si deve invece dimenticare che l'adozione non è una nascita e non comporta quegli aspetti biologici che sono indissolubilmente legati alla gravidanza e al parto.

In queste circostanze, il riconoscimento di un congedo d'adozione di durata inferiore a quella del congedo di maternità appare sorretto da motivi obiettivi e tiene debitamente conto delle differenze esistenti tra l'adozione e la nascita per la madre adottiva e per la madre naturale. Un trattamento giuridico differenziato tra congedo di adozione (8 settimane) e congedo di maternità (16 settimane) è stato del resto introdotto dal legislatore ticinese, con la nuova LORD del 1995 (art. 47 e 48), ed è pure previsto da un avamprogetto di nuovi articoli 329f e 329g CO che accompagna quello della legge federale sull'assicurazione maternità posta in consultazione dal DFI il 28 giugno 1994: in base a questo progetto, il congedo maternità ha infatti una durata di sedici settimane e quello d'adozione di quattro.

b. Altrettanto ininfluenti risultano peraltro in questo specifico contesto le argomentazioni che la ricorrente trae dal principio della parità di trattamento, riferendosi ad un caso deciso dal Dipartimento competente nel 1993 e che non sarebbe assolutamente equiparabile al suo. Basti osservare che il principio della parità di trattamento impone all'autorità amministrativa o giudiziaria di trattare alla stessa maniera due situazioni non alla condizione che esse siano assolutamente identiche in tutti i loro elementi di fatto, ma allorquando esse sono uguali negli elementi di fatto che sono rilevanti per la decisione da prendere (DTF 117 Ia 101 consid. 3a, 112 Ia 196 consid. 2b). Ora, in concreto, il congedo è stato concesso in ambo i casi per l'adozione di un bambino estraneo alla famiglia, proveniente da Paesi lontani. Poco importa, a tal riguardo, che l'adozione sia in un caso congiunta e nell'altro singola (art. 264a e 264b CC): del resto, anche ai fini del congedo di

maternità, la normativa applicabile non fa alcuna distinzione fra una ragazza madre e una donna sposata, ancorché quest'ultima possa beneficiare anch'essa dell'aiuto supplementare del marito per le cure e la sorveglianza del neonato.

c. Vero è, per contro, che nel caso già deciso dal Dipartimento competente la madre adottiva era alle dipendenze della

Confederazione da meno di due anni: secondo la ricorrente, l'applicazione analogica dell'art. 61 cpv. 2bis lett. a e b RF 1 imporrebbe quindi in concreto il riconoscimento di un congedo d'adozione di quattro mesi. Questa argomentazione non può essere condivisa.

In base alla libertà d'apprezzamento che compete all'autorità nella fissazione della durata del congedo, essa poteva legittimamente prescindere dagli anni di servizio della richiedente ed appoggiarsi ad altri criteri, fondati sulle difficoltà specifiche della procedura d'adozione, in ossequio alle direttive emanate al riguardo dal servizio centrale del personale del Dipartimento competente. Certo, queste direttive - che riconoscono un congedo massimo di due mesi soltanto per l'adozione di bambini che provengono da Paesi lontani o che richiedono il disbrigo di pratiche particolarmente dispendiose - potrebbero anche apparire opinabili, ove si consideri che qualsiasi adozione di un bambino in tenera età estraneo alla famiglia comporta spesso difficoltà psicologiche ed affettive di non poco conto. Ma tale questione - indubbiamente delicata - non merita qui maggiore approfondimento, poiché il congedo di due mesi accordato alla ricorrente non appare comunque lesivo del principio della parità di trattamento, né costitutivo di un abuso di potere, né ancor meno inadeguato nelle concrete circostanze del caso.

7. Da quanto sopra discende che il ricorso dev'essere respinto e che la decisione impugnata dev'essere confermata.

In base alla sua costante prassi, la CRP non preleva spese né tassa di giustizia.

Dokumente der PRK