

I

CASSAZIONE, ord., 13 giugno 2023, n. 16785 - MANNA *Pres.* - BELLE *Est.* - R.C.
c. Azienda USL Roma.

**Contratto a tempo determinato - Lavoratrice in gravidanza al momento dell'assunzione
- Divieto legale esplicito allo svolgimento delle mansioni - Annullamento del
contratto - Legittimità.**

E legittimo l'annullamento da parte della Pubblica Amministrazione del contratto a tempo determinato, stipulato per esigenze sostitutive, della lavoratrice che, al momento dell'assunzione, si trovava in stato di gravidanza, dato il divieto esplicito di cui all'art. 7 Allegato A punto L del d.lgs. n. 151/2001 che avrebbe impedito lo svolgimento delle mansioni di assunzione per l'intero periodo di lavoro. (1)

II

CORTE COSTITUZIONALE 4 dicembre 2023, n. 211 - BARBERA *Pres.* - D'ALBERTI *Est.*
Giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 27, co. 2 e 28, co. 4 del d.lgs. n. 443/1992.

**Maternità - Concorso per vice ispettori di Polizia Penitenziaria - Assenza per maternità
- Immissione in ruolo con decorrenza diversa rispetto agli altri vincitori - Incostituzionalità.**

Sono incostituzionali gli artt. 27, co. 2 e 28, co. 4 del d.lgs. n. 443/1992 nella parte in cui non prevedono che le vincitrici del concorso per vice ispettori del Corpo di polizia penitenziaria — che abbiano ottenuto l'idoneità al servizio a seguito della partecipazione al primo corso di formazione successivo all'assenza dal lavoro per maternità — siano immesse in ruolo con la medesima decorrenza, ai fini giuridici, attribuita agli altri vincitori del medesimo concorso. (2)

(1-2) La nota di M. MILITELLO segue il testo dei provvedimenti.

(2) La nota di C. ALESSI segue il testo dei provvedimenti.

I

Omissis. — 1. R.C., medico psichiatra, in data 31.1.2012 è stata individuata dalla ASL (*Omissis*) (ora Azienda USL (*Omissis*), di seguito AUSL) quale destinataria di contratto a tempo determinato con apposita determinazione dirigenziale in pari data, seguita lo stesso giorno dalla sottoscrizione del contratto, in cui si dava atto dell'avvenuta favorevole sottoposizione della medesima alla visita di idoneità all'impiego, il tutto per il servizio da svolgere presso il (*Omissis*), in sostituzione di medico assente e ciò dal (*Omissis*) al (*Omissis*) e comunque non oltre la data di rientro del titolare;

successivamente, in data 8.2.2012, la R. aveva palesato all'Azienda il proprio stato di gravidanza, a seguito di ultima mestruazione del (*Omissis*);

in esito a confronti e contestazioni tra le parti, il Direttore delle Risorse Umane aveva dapprima comunicato alla R. che essa non avrebbe dovuto prendere servizio il giorno iniziale stabilito nel contratto, perché lo stato di gravidanza impediva di farlo, stante il divieto di cui al D.Lgs. n. 151 del 2011, art. 7 Allegato A punto L;

in data (*Omissis*) la AUSL ha quindi disposto l'annullamento della Det. Dirig. di nomina della R. e del conseguente contratto di lavoro in ragione della inidoneità della stessa alle mansioni;

2. la R. ha agito giudizialmente chiedendo, *in primis*, previa qualificazione come licenziamento della risoluzione posta in essere dalla AUSL, l'annullamento dello stesso con reintegra e con le conseguenze di cui alla L. n. 300 del 1970, art. 18 e, in subordine, comunque, l'accertamento dell'illegittimità della delibera posta in essere in autotutela dalla AUSL, con immediata riammissione in servizio e condanna alle retribuzioni non percepite;

3. la domanda è stata disattesa in primo grado e la pronuncia del Tribunale di Tivoli ha trovato conferma attraverso la reiezione, da parte della Corte d'Appello di Roma, del gravame interposto dalla R.;

4. la Corte d'Appello ha ritenuto che nel caso di specie si fosse avuto un legittimo esercizio di autotutela da parte della P.A. rispetto alla delibera di conferimento dell'incarico, rimarcando come le ragioni poste a base dell'annullamento di essa e del conseguente contratto di lavoro fossero risultate anche in concreto sussistenti, stante il disposto dell'art. 7, All. A, lettera L cit. che avrebbe impedito lo svolgimento delle mansioni di assunzione per l'intero periodo di lavoro, senza contare il fatto che il comportamento del medico aveva tratto in errore la controparte, avendo fatto riferimento, in sede di visita, alla regolarità del ciclo mestruale, nonostante il risalire dell'ultima mestruazione a più di tre mesi prima ed avendo in sostanza celato lo stato di gravidanza;

5. R.C. ha proposto ricorso per cassazione sulla base di quattro motivi, poi illustrati da memoria e resistiti dalla AUSL.

Omissis. — 1. Il primo motivo di ricorso denuncia la violazione e falsa applicazione (art. 360 c.p.c., n. 3) del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 5 e con esso si sostiene che la Corte territoriale avrebbe erroneamente ritenuto che la P.A. potesse sottrarsi unilateralmente, in via di autotutela, all'osservanza del rapporto di lavoro esistente per effetto del contratto stipulato, non potendosi ritenere ammissibile che quest'ultimo venisse risolto sulla base dell'annullamento della fase c.d. pubblicistica di individuazione del contraente o che l'autotutela pubblicistica potesse costituire un espediente per raggiungere un tal scopo;

il secondo motivo è indirizzato a censurare la sentenza impugnata per violazione e falsa applicazione (art. 360 c.p.c., n. 3) del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63 e dell'art. 1418 c.c.;

la ricorrente argomenta, per un verso, sul disposto dell'art. 63 cit., nella parte in cui stabilisce che, in caso di assunzione avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali, la sentenza del giudice abbia effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro, dal che dovrebbe desumersi la necessità della pronuncia giudiziale per l'assicurazione dei predetti effetti, che dunque non potrebbero conseguire automaticamente in ragione dell'accertamento dell'illegittimità della scelta pubblica, dovendosi affermare che il legislatore abbia inteso volutamente escludere un tal effetto automatico e che la patologia del contratto, in tali casi sarebbe non la nullità, ma l'annullabilità;

il ragionamento è poi condotto richiamando anche la disciplina del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 55-*quater* il quale, in caso di falsità documentali o dichiarative, commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro, stabilisce che la sanzione sia quella del licenziamento, a riprova della necessità, in tali casi, comunque di un atto di recesso, non bastando ritenere sufficiente che la P.A. possa considerare tout court come mai sorto il vincolo;

infine, con riferimento all'art. 1418 c.c., la ricorrente fa leva sul fatto che l'ordinamento regola esplicitamente svariate ipotesi di nullità di contratti di lavoro stipulati dalla P.A., ai sensi del secondo (*rectius*, terzo) comma della citata disposizione codicistica, il che sarebbe non comprensibile se, per svincolare la P.A. dalle corrispondenti pattuizioni bastasse già l'art. 1418 c.c., comma 1;

il terzo motivo fa ancora riferimento all'art. 1418 c.c., in relazione al D.Lgs. n. 198 del 2006, art. 1 ed al D.Lgs. n. 151 del 2001, art. 7 di cui nel complesso sostiene la violazione e falsa applicazione (art. 360 c.p.c., n. 3), affermando che un contratto con un lavoratore che, al momento della sua sottoscrizione, non avesse più i requisiti per svolgere l'incarico di dirigente medico per il solo fatto di trovarsi in gravidanza, non avrebbe potuto essere considerato nullo, determinandosi altrimenti una palese discriminazione di genere, stante il fatto che un uomo non si troverebbe mai in una condizione analoga, con violazione anche del principio di pari opportunità di accesso al mondo del lavoro (D.Lgs. n. 198 del 2006, art. 1), erroneamente altresì essendosi ritenuta l'ostatività della condizione di gravidanza

con il lavoro, in quanto l'art. 7 cit. prevedeva semmai l'allocazione in altre mansioni;

il quarto ed ultimo motivo di ricorso denuncia la violazione e falsa applicazione (art. 360 c.p.c., n. 3) del D.Lgs. n. 151 del 2001, art. 54, comma 3, lett. A sul presupposto che la decisione assunta dalla Corte territoriale avrebbe finito per aggirare il divieto di licenziamento previsto da tale norma per il caso in cui il lavoratore avesse omesso di rendere noto al proprio datore di lavoro il proprio particolare stato, ipotesi che, per giurisprudenza di questa S.C. non potrebbe integrare una giusta causa di risoluzione;

2. I motivi, da esaminare congiuntamente secondo la loro connessione logica, sono infondati;

2.1. il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 2, prevede in effetti che se l'assunzione sia avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali, le sentenze del giudice ordinario hanno anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro;

tale norma non può tuttavia essere intesa nel senso di escludere le comuni regole riguardanti la nullità dei rapporti di lavoro, quando esistente, la quale, stante la sottoposizione al diritto privato comune, mantiene le proprie caratteristiche di invalidità destinata ad operare di diritto e senza necessità di pronuncia costitutiva, sicché in tali casi la statuizione ha natura meramente dichiarativa e la parte, anche prima ed al di fuori del giudizio, ha diritto a rifiutare l'esecuzione del contratto nullo;

la norma va dunque intesa, in linea con i principi e tenendo conto del fine da essa perseguito di coordinare i poteri del giudice ordinario nei riguardi di atti e comportamenti comunque riferibili, dal punto di vista soggettivo, ad una Pubblica Amministrazione, nel senso di attestare la possibilità di emettere, qualora si renda necessaria, anche una pronuncia costitutiva nei confronti dell'ente pubblico non economico, così evitandosi ogni dubbio di interferenza della disciplina di cui alla L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, escluso dall'espresso riconoscimento del possibile esercizio di tali poteri rispetto ai rapporti contrattuali instaurati;

ciò evidentemente non significa però che, se non vi sia necessità di pronuncia costitutiva, non valgano gli ordinari principi sulla natura del vizio invalidante e pertanto, rispetto alla nullità, valgono le comuni regole sull'operatività di pieno diritto e sulla portata di mero accertamento della pronuncia giudiziale;

2.2. quanto alle modalità di individuazione dei vizi di nullità dei contratti di lavoro con la P.A., non vi è poi alcuna contraddizione tra le previsioni legali speciali che sanciscono un tale effetto e l'art. 1418 c.p.c., comma 1, in quanto semmai quelle previsioni speciali sono tali da sollevare l'interprete dall'onere di individuare l'imperatività cui l'art. 1418 c.c., comma 1 riconnette la sanzione di nullità;

ma non è poi neppure quello il punto, perché nel caso di specie quella emersa

non è una nullità “speciale”, ma è ipotesi riportabile, come si dirà, all’art. 1418 c.c., comma 2.

2.3. in proposito, va intanto richiamato quanto già chiarito da questa S.C. rispetto al disposto del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 55-*quater*, lett. *d*), nel senso che l’assunzione sulla base di dati non veridici è causa di decadenza, con conseguente nullità del contratto, allorquando ciò comporti la carenza di un requisito che avrebbe in ogni caso impedito l’instaurazione del rapporto di lavoro con la P.A., mentre è solo nelle altre ipotesi che le produzioni o dichiarazioni false effettuate in occasione o ai fini dell’assunzione possono comportare, una volta instaurato il rapporto, il licenziamento, ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 55-*quater*, lett. *d*), in esito al relativo procedimento disciplinare ed a condizione che, valutate tutte le circostanze del caso concreto, la misura risulti proporzionata rispetto alla gravità dei comportamenti tenuti (Cass. 11 luglio 2019, n. 18699);

2.3.1. non vi è dunque a parlare di licenziamento o recesso datoriale, se il rapporto sia viziato ab origine da un vizio di nullità ed in tali casi, l’atto con il quale l’amministrazione revochi un’assunzione o un incarico “equivale alla condotta del contraente che non osservi il contratto stipulato ritenendolo inefficace perché affetto da nullità, trattandosi di un comportamento con cui si fa valere l’assenza di un vincolo contrattuale” (Cass. 18699 cit; Cass. 8 gennaio 2019, n. 194; Cass. 1 ottobre 2015, n. 19626; Cass. 8 aprile 2010, n. 8328), ovverosia, secondo un più risalente ma pur sempre valido precedente, la decadenza in questi casi va apprezzata “semplicemente in termini di rifiuto dell’amministrazione scolastica di continuare a dare esecuzione al rapporto di lavoro a causa della nullità del contratto per violazione di norma imperativa” (Cass. 5 giugno 2006, n. 13150);

2.4. l’inquadramento del vizio, in questo caso, sulla base degli accertamenti di fatto svolti dalla Corte territoriale e previa parziale integrazione dell’argomentazione giuridica da essa svolta, va svolto muovendo dal dato normativo per cui vi è divieto durante la gravidanza all’assegnazione a certe mansioni (D.Lgs. n. 151 del 2000, art. 7), a tutela della gestante e del feto;

tra queste mansioni rientra quelle di “assistenza e cura degli infermi nei sanatori e nei reparti... per malattia nervose e mentali” e ciò “durante la gestazione e per i setti mesi dopo il parto” (All. A, all’art. 7, lett. *L*);

a ciò va associata la considerazione, sempre svolta dalla Corte di merito, per cui quel divieto sarebbe stato tale da coprire l’intero periodo del rapporto a termine per esigenze sostitutive instaurato; è chiaro che, a fronte di un contratto a termine per esigenze sostitutive di uno specifico lavoratore, su un incarico con tratti di spiccata professionalità quale è uno psichiatra, non può esservi luogo a ragionare in termini di allocazione altrove della gestante che sia stata assunta a tempo determinato e proprio e solo per quello specifico fine;

quello per cui vi era stata l’assunzione era chiaramente un incarico infungibile, sicché non si poteva rimediare spostando la R. ad altro incarico e adibendo un altro lavoratore già in forza a quelle funzioni, ma si sarebbe dovuto ricorrere

ad una reiterazione del medesimo contratto con altro sostituto, il che significherebbe piena vanificazione del programma negoziale, inevitabilmente rigido data la natura dell'incarico;

il ricorrere fin dal primo giorno di lavoro di quell'impedimento e divieto, destinato a perdurare per tutta la durata del rapporto, porta a ravvisare nell'accaduto un difetto originario e radicale del contratto, impossibilitato ad essere attuato, secondo il programma negoziale in esso incorporato, per tutta la sua durata;

la fattispecie di pone all'intersezione tra l'ipotesi di una sostanziale impossibilità giuridica dell'oggetto (la prestazione resa non poteva infatti essere resa) ed al contempo di una illiceità della causa in concreto (perché l'attuazione di quello scambio si sarebbe posta in contrasto con il divieto di legge), in ogni caso ipotesi tutte destinate ad integrare la nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c., comma 2;

impossibilità giuridica ed illiceità della causa che operano — si badi bene — in forza di ragioni di tutela inderogabile che va ben oltre la persona del lavoratore, estendendosi, a tutela rafforzata anche del neonato, fino al settimo mese dopo il parto e dunque al di là delle ordinarie regole di astensione obbligatoria dal rapporto di lavoro;

a fronte di tale nullità la P.A. ha giustamente ritenuto di non far iniziare il lavoro e poi di rifiutare l'attuazione del contratto, per i medesimi principi sopra riepilogati al punto 2.3.1;

2.5. il ragionamento qui non ruota attorno ad un vizio del consenso datoriale, che presupporrebbe un obbligo della gestante di denunciare la propria condizione e che potrebbe comportare una disparità di trattamento tra generi, secondo quanto già ritenuto da questa S.C. nell'escludere "un siffatto obbligo di informazione — che, peraltro, non può essere desunto dai canoni generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. o da altri generali principi dell'ordinamento", in quanto esso "finirebbe per rendere inefficace la tutela della lavoratrice madre ed ostacolerebbe la piena attuazione del principio di parità di trattamento, garantito costituzionalmente e riaffermato anche dalla normativa comunitaria (Direttive CEE n. 76/207 e 92/85)" (v. Cass. 6 luglio 2002 n. 9864);

è poi vero che, secondo Corte giustizia 4 ottobre 2001, *Tele Danmark*, "il licenziamento di una lavoratrice a motivo del suo stato interessante costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso, quali che siano la natura e l'estensione del danno economico subito dal datore di lavoro a causa dell'assenza legata alla gravidanza" e che "la circostanza che il contratto di lavoro sia stato concluso per una durata determinata o indeterminata non incide sul carattere discriminatorio del licenziamento", stante il fatto che "in entrambi i casi, l'incapacità della dipendente ad adempiere il contratto di lavoro è dovuta alla gravidanza";

entrambe le predette statuizioni non si attagliano tuttavia al caso di specie, perché ciò che in questo caso rileva, nel convergere del divieto e dell'estendersi di esso a tutta la durata del rapporto quale specificamente voluta e calibrata rispetto

all'assenza del medico da sostituire, non è la conoscenza che il datore di lavoro avesse o meno di quella condizione della puerpera, ma il fatto obiettivo che il regolamento negoziale, su quella base di fatto, non potesse proprio trovare attuazione e fosse anzi vietato dalla legge;

ogni questione su disparità di trattamento tra generi o su interferenze rispetto al diritto della gestante, a tutela delle proprie chances, di non rilevare la propria condizione al momento dell'assunzione non hanno dunque rilievo, in quanto quelle condizioni di fatto nel caso di specie rilevano come dato obiettivo e impeditivo per legge, con la forza del divieto, dell'instaurazione di un valido rapporto, i cui difetti genetici lo rendono nullo di pieno diritto;

per analoghe ragioni è mal posto il richiamo al divieto di licenziamento (D.Lgs. n. 151 del 2001, art. 54) o alla valorizzazione di profili di colpa della gestante (comma 3, lett. *a* della norma), proprio perché qui non di licenziamento si tratta, come sopra spiegato, né a fondare la decisione stanno addebiti mossi nei riguardi della R., ma solo i dati obiettivi da cui deriva la nullità del rapporto;

3. il ricorso va dunque rigettato e le spese del grado restano regolate secondo soccombenza. — *Omissis*.

II

Omissis. — 1. Con ordinanza del 18 gennaio 2023, iscritta al n. 12 del registro ordinanze 2023, il Consiglio di Stato, sezione seconda, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 27, comma 2, e 28, comma 4, del decreto legislativo 30 ottobre 1992, n. 443 (Ordinamento del personale del Corpo di polizia penitenziaria, a norma dell'art. 14, comma 1, della legge 15 dicembre 1990, n. 395), nella parte in cui tali disposizioni non prevedono che le vincitrici del concorso per vice ispettori del Corpo di Polizia penitenziaria — ammesse a partecipare al primo corso di formazione successivo all'assenza dal lavoro per maternità — siano immesse in ruolo con medesima decorrenza giuridica attribuita agli altri vincitori del medesimo concorso.

Le questioni sono sollevate in riferimento agli artt. 3,31,37 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, agli artt. 2, paragrafo 2, lettera *c*), e 14, paragrafo 1, lettera *a*), della direttiva n. 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione), nonché all'art. 11 della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (*Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women - CEDAW*), adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 14 marzo 1985, n. 132.

1.1. La prima delle disposizioni censurate, l'art. 27, comma 2, disciplina i casi di dimissione dal corso di formazione per la nomina a vice ispettore di Polizia penitenziaria. Nel testo vigente *ratione temporis*, questa disposizione prevedeva che «[g]li allievi ispettori di sesso femminile, la cui assenza oltre novanta giorni è stata determinata da maternità, sono ammessi a partecipare al primo corso successivo ai periodi di assenza dal lavoro previsti dalle disposizioni sulla tutela delle lavoratrici madri».

La seconda disposizione censurata è dedicata al procedimento di nomina a vice ispettore a seguito di concorso interno e, nel testo vigente *ratione temporis*, stabiliva che «[i]l corso semestrale di cui al comma 2 può essere ripetuto una sola volta. Gli allievi che abbiano superato gli esami finali del corso conseguono l'idoneità per la nomina a vice ispettore. Gli allievi che non abbiano superato i predetti esami sono restituiti al servizio d'istituto e sono ammessi alla frequenza del corso successivo».

1.2. Il giudice *a quo* dubita della legittimità costituzionale delle disposizioni richiamate innanzitutto in riferimento all'art. 3 Cost., per la discriminazione delle donne in ragione della maternità, che deriverebbe dal differimento dell'immissione in ruolo rispetto agli altri vincitori dello stesso concorso, nonché per la disparità di trattamento rispetto ai vincitori ammessi a ripetere il corso per infermità, rispetto ai quali l'art. 18, comma 5, dello stesso d.lgs. n. 443 del 1992 prevede la retrodatazione della nomina ai soli effetti giuridici.

Il Consiglio di Stato denuncia, inoltre, la violazione degli artt. 31 e 37 Cost. che tutelano la maternità, l'infanzia e il lavoro femminile. Ad avviso del giudice rimettente, il differimento dell'immissione in ruolo rispetto agli altri vincitori dello stesso concorso determinerebbe un «effetto distorsivo e penalizzante per la carriera delle allieve vice ispettrici», tale da costituire un disincentivo alla partecipazione delle donne al concorso, nonché alla maternità.

Sarebbe altresì violato l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 23 CDFUE; agli artt. 2, paragrafo 2, lettera c), e 14, paragrafo 1, lettera a), della direttiva n. 2006/54/CE, nonché all'art. 11 CEDAW.

2. Nel giudizio *a quo*, il Consiglio di Stato è chiamato a decidere sull'appello proposto da un'ispettrice del Corpo di Polizia penitenziaria per la riforma della sentenza con cui il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha respinto il ricorso volto a ottenere l'annullamento dell'atto con cui il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ha stabilito la decorrenza dell'immissione in ruolo della ricorrente come vice ispettore in prova dal 18 dicembre 2014, al pari degli altri partecipanti al corso di formazione successivo a quello cui la ricorrente non aveva potuto partecipare.

Il giudice *a quo* riferisce che il 9 luglio 2001 l'appellante era stata dichiarata vincitrice del concorso pubblico per allievi vice ispettori e che — in considerazione dell'astensione obbligatoria dal lavoro per le condizioni della gravidanza, ai sensi dell'art. 17, comma 2, lettera a), 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) — era stata ammessa a partecipare al primo corso di formazione successivo all'assenza dal lavoro. Tuttavia, questo corso veniva attivato solo dodici anni più tardi, l'11 novembre 2013, per i vincitori del concorso successivo.

Dopo avere superato gli esami finali di questo corso di formazione, con il provvedimento impugnato l'appellante veniva finalmente immessa nel ruolo dei vice ispettori del Corpo di Polizia penitenziaria, a decorrere dalla data del giuramento, al pari di coloro che avevano frequentato lo stesso corso.

2.1. Quanto alla rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale, il giudice *a quo* osserva, in primo luogo, che l'amministrazione avrebbe correttamente applicato le disposizioni censurate ai fini dell'ammissione dell'appellante al primo corso successivo al periodo di assenza obbligatoria dal lavoro. Questa disciplina, tuttavia, non prevede la retrodatazione della nomina: pertanto, nel caso in esame, la decorrenza degli effetti giuridici è stata stabilita dalla data del giuramento, anziché da quella precedente, stabilita per gli altri vincitori dello stesso concorso cui aveva partecipato l'appellante.

D'altra parte, la possibilità di una lettura costituzionalmente orientata sarebbe esclusa sia dal chiaro tenore letterale delle disposizioni censurate, sia dal raffronto con la differente disciplina prevista dall'art. 18, comma 4 (*recte*: comma 5), per i concorrenti dimessi dal corso per infermità contratta durante il corso o dipendente da causa di servizio, ai quali è riconosciuta la retrodatazione, ai soli effetti giuridici, della decorrenza nella qualifica. Tuttavia, questa previsione non sarebbe applicabile alle vincitrici assenti per maternità, sebbene entrambe le categorie di personale considerate abbiano diritto a partecipare al primo corso successivo.

Il Consiglio di Stato ritiene, inoltre, che le disposizioni censurate siano incompatibili anche con il diritto dell'Unione europea e che ciò renda opportuno un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte (a questo riguardo, sono richiamate le sentenze n. 112, n. 63 e n. 20 del 2019 e l'ordinanza n. 117 del 2019).

2.2. Quanto alla non manifesta infondatezza delle questioni, l'ordinanza di rimessione riporta ampi passaggi della motivazione della sentenza del Consiglio di Stato, sezione seconda, 24 dicembre 2021, n. 8578, che ha ritenuto illegittima l'esclusione di una candidata in stato di gravidanza dal concorso per allievi finanziari, ritenendola in contrasto sia con il quadro normativo di riferimento, sia con i principi elaborati sul punto dalla giurisprudenza, volti ad evitare ogni forma di discriminazione fondata sul sesso e a garantire la parità di trattamento tra uomo e donna anche con riferimento all'accesso al lavoro.

2.3. Il giudice *a quo* fa inoltre rilevare che, nella sentenza 16 febbraio 2006, in causa C-294/04, Sarkatzis Herrero, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha ritenuto che il differimento dell'entrata in servizio come dipendente di ruolo conseguente al congedo di maternità costituisce un trattamento sfavorevole

vietato, poiché in contrasto con la direttiva CEE n. 76/207 del Consiglio del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro.

Il giudice rimettente richiama, altresì, la sentenza della CGUE 6 marzo 2014, in causa C-595/12, Napoli, che ha ritenuto non conforme al principio di proporzionalità l'esclusione automatica dal corso di formazione per vice commissario di Polizia penitenziaria, senza tenere conto né della fase del corso in cui si verifica l'assenza per congedo di maternità, né della formazione già acquisita. Infatti, nel caso sottoposto all'esame della CGUE, la disciplina statale italiana si limitava a riconoscere alla donna che avesse fruito del congedo per maternità il diritto di partecipare a un corso di formazione organizzato in data successiva ma incerta, non essendo le autorità competenti obbligate a organizzare detto corso secondo cadenze prestabilite.

2.4. Con riferimento al caso in esame, il giudice *a quo* osserva che le disposizioni censurate, pur consentendo la partecipazione al primo corso di formazione successivo ai periodi di assenza per maternità, tuttavia non temperano l'effetto distorsivo e penalizzante per la carriera delle allieve vice ispettrici, derivante dal differimento dell'immissione in ruolo rispetto ai vincitori del loro stesso concorso. Ad avviso del Consiglio di Stato, tale disciplina — oltre a costituire un disincentivo rispetto alla partecipazione delle donne al concorso, nonché alla maternità — non garantirebbe l'uguaglianza e la parità di trattamento tra uomo e donna con riferimento all'accesso al lavoro e comporterebbe una discriminazione delle donne a causa della maternità.

D'altra parte, non potrebbe essere invocata, in senso opposto, la discrezionalità del legislatore nel contemperamento dei valori costituzionali, poiché la limitata tutela assicurata dalla disciplina in esame non sarebbe rispettosa del principio di proporzionalità, come interpretato dalla giurisprudenza della CGUE.

Il giudice *a quo* sottolinea, infine, che la retrodatazione degli effetti giuridici della nomina in ruolo alla stessa data di decorrenza attribuita agli idonei del corso di formazione originario è già prevista per i vincitori assenti dal corso per infermità, indipendentemente dall'epoca in cui gli stessi, in concreto, abbiano potuto ripetere il corso (art. 18, comma 5, del d.lgs. n. 443 del 1992).

3. Si è costituita in giudizio la parte appellante nel giudizio *a quo*, chiedendo l'accoglimento delle questioni sollevate dal Consiglio di Stato.

La parte fa rilevare che le disposizioni censurate — pur consentendo alla donna di partecipare al corso di formazione successivo — determinano tuttavia il differimento degli effetti giuridici della nomina rispetto ai colleghi di sesso maschile. Ciò si risolverebbe in un trattamento discriminatorio nei confronti delle donne, in ragione dello stato di maternità, ponendosi in contrasto sia con i principi costituzionali, sia con quelli del diritto europeo. Le disposizioni produrrebbero effetti disincentivanti e discriminatori per le donne rispetto all'accesso ai mede-

simi ruoli, in quanto solo loro risulterebbero penalizzate nella progressione in carriera.

La discriminazione denunciata sarebbe ravvisabile non solo rispetto agli altri vincitori del medesimo concorso, ma anche rispetto a coloro che, nell'ambito della stessa procedura selettiva, non abbiano partecipato al corso di formazione per infermità. Rispetto ad essi, infatti, l'art. 18, comma 5, dello stesso d.lgs. n. 443 del 1992 prevede — sia pure ai soli effetti giuridici — l'immissione nei ruoli con la medesima decorrenza ai fini giuridici attribuita agli altri idonei del corso. — *Omissis*.

Omissis. — 1. Con l'ordinanza indicata in epigrafe, il Consiglio di Stato, sezione seconda, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 27, comma 2, e 28, comma 4, del d.lgs. n. 443 del 1992, nella parte in cui tali disposizioni non prevedono che le vincitrici del concorso per vice ispettori del Corpo di Polizia penitenziaria — ammesse a partecipare al primo corso di formazione successivo all'assenza dal lavoro per maternità — siano immesse in ruolo con la medesima decorrenza giuridica attribuita agli altri vincitori del medesimo concorso.

Le questioni sono sollevate in riferimento agli artt. 3,31,37 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 23 CDFUE, agli artt. 2, paragrafo 2, lettera c), e 14, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/54/CE, nonché all'art. 11 CEDAW.

2. Occorre premettere che nell'ordinamento del personale del Corpo di Polizia penitenziaria, stabilito dal d.lgs. n. 443 del 1992, i vincitori del concorso per vice ispettori sono nominati allievi vice ispettori e devono frequentare un apposito corso di formazione (art. 25, comma 1), al termine del quale gli allievi che abbiano superato gli esami e le prove pratiche e abbiano così ottenuto il giudizio di idoneità al servizio sono immessi in ruolo con la qualifica di vice ispettore (art. 25, comma 4).

L'immissione in ruolo dei vincitori del concorso interno avviene secondo analoghe modalità. L'art. 28, al comma 4, stabilisce infatti che i vincitori del concorso interno che abbiano superato gli esami finali del corso semestrale conseguono l'idoneità per la nomina a vice ispettore, secondo l'ordine della graduatoria finale.

L'art. 27, comma 2, regola gli effetti dei periodi di assenza dal lavoro previsti dalle disposizioni sulla tutela delle lavoratrici madri e consente alle allieve ispettrici, assenti dal corso di formazione per maternità, di partecipare al primo corso successivo ai periodi di assenza dal lavoro.

Il richiamo alla «assenza determinata da maternità» contenuto nella disposizione censurata deve intendersi riferito agli istituti disciplinati dal d.lgs. n. 151 del 2001. Esso pone il divieto di adibire al lavoro le donne durante i due mesi precedenti la data presunta del parto — ovvero, ove il parto avvenga oltre tale

data, anche per il periodo intercorrente tra la data presunta e la data effettiva del parto — nonché durante i tre mesi dopo il parto (art. 16, comma 1, lettere *a*, *b* e *c*). E inoltre prevista l'interdizione anticipata dal lavoro, di cui all'art. 17, comma 2, dello stesso d.lgs. n. 151 del 2001, che prevede per le lavoratrici in stato di gravidanza un ulteriore periodo di astensione dal lavoro, che si va ad aggiungere a quello di congedo obbligatorio per maternità, in caso di gravi o particolari motivi, valutati dal servizio ispettivo del Ministero del lavoro, avvalendosi dei competenti organi del Servizio sanitario nazionale.

Al fine di contemperare il diritto della donna in maternità di conservare la posizione di vincitrice del concorso con le esigenze della *par condicio*, della completezza della formazione degli allievi, nonché dell'ordinato e sollecito svolgimento della procedura selettiva, la disposizione censurata riconosce dunque alle allieve ispettrici assenti per maternità la possibilità di partecipare al corso di formazione immediatamente successivo ai periodi di assenza. Essa è volta ad evitare che si rifletta in danno delle vincitrici del concorso un evento, quale la maternità, attinente alla sfera personale, che impedisce la frequenza del corso di formazione propedeutico all'immissione in ruolo e all'avanzamento in carriera.

2.1. In effetti, pur consentendo la partecipazione al corso di formazione successivo al periodo di assenza, la disciplina posta dalle disposizioni censurate non consente alle vincitrici del concorso per vice ispettore, nel caso di loro congedo per maternità, la possibilità di essere immesse in ruolo nella stessa data degli altri vincitori del medesimo concorso.

Al riguardo, va evidenziato che la giurisprudenza amministrativa, con orientamento costante, ha stabilito che l'istituto della retrodatazione della nomina ha carattere eccezionale e pertanto non è suscettibile di interpretazioni estensive (Consiglio di Stato, sezione seconda, sentenze 29 agosto 2022, n. 7498, e 22 luglio 2022, n. 6463; sezione quarta, 27 novembre 2020, n. 7504; TAR Lazio, sezione prima-quater, 29 maggio 2023, n. 9056, e 7 maggio 2019, n. 5723). Dunque, esso richiede, ai fini della sua applicabilità, una norma espressa, che non si rinviene nel caso in esame.

2.2. Va inoltre sottolineato che, in tempi più recenti, il legislatore ha avvertito l'esigenza di introdurre nello stesso ordinamento della Polizia penitenziaria un meccanismo come quello invocato dal giudice *a quo*. Per le candidate in maternità è stata infatti prevista — oltre all'ammissione al corso di formazione successivo — anche la retrodatazione degli effetti giuridici dell'immissione in ruolo.

In particolare, l'art. 39, comma 1, lettera *b*), del decreto legislativo 27 dicembre 2019, n. 172 (Disposizioni integrative e correttive, a norma dell'articolo 1, commi 2 e 3, della legge 1° dicembre 2018, n. 132, al decreto legislativo 29 maggio 2017, n. 95, recante: «Disposizioni in materia di revisione dei ruoli delle Forze di polizia, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lettera *a*), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche»), ha

introdotto il comma 14-*bis* dell'art. 44 del d.lgs. n. 95 del 2017. Questa disposizione riconosce il meccanismo della retrodatazione ai fini giuridici dell'immissione in ruolo a beneficio delle vincitrici dei concorsi per tutti i ruoli e per tutte le qualifiche della Polizia penitenziaria.

Tale misura si aggiunge a quelle previste dalla prima parte dello stesso comma 14-*bis*, rappresentate, da un lato, dalla possibilità di rinviare i prescritti accertamenti di idoneità ed efficienza fisica alla prima sessione successiva alla cessazione dell'impedimento e, dall'altro lato, dall'ammissione al primo corso di formazione utile, in aggiunta ai relativi partecipanti. Ancorché l'intervento normativo in esame non sia applicabile *ratione temporis* al caso oggetto del giudizio *a quo*, la novità che esso introduce rappresenta una significativa evoluzione dell'ordinamento della Polizia penitenziaria nella direzione dell'attuazione del diritto antidiscriminatorio in ambito lavorativo.

2.3. Così ricostruita, la disposizione censurata si pone in contrasto con i principi costituzionali di cui agli artt. 3,31 e 37 Cost.

Come si è visto, per le vincitrici del concorso a vice ispettore, assenti al corso di formazione a causa della maternità, l'immissione in ruolo viene posticipata sino alla conclusione del successivo corso. Ciò determina il ritardo nella progressione in carriera e la definitiva perdita di *chances*. Si tratta, peraltro, di un ritardo che potrebbe anche protrarsi per molto tempo, come avvenuto nel caso oggetto del giudizio *a quo*, in cui il successivo corso di formazione è stato attivato a distanza di dodici anni da quello originario.

L'art. 3 Cost. è violato poiché la piena realizzazione del diritto fondamentale alla parità di trattamento tra uomini e donne non risulta adeguatamente garantita dal solo riconoscimento del diritto a partecipare a un corso di formazione organizzato in una data successiva e incerta, non essendo l'amministrazione vincolata ad attivare tale corso secondo scadenze prestabilite. Il ritardo nell'immissione in ruolo si riflette nella discriminazione delle vincitrici assenti dal corso in considerazione della maternità rispetto agli altri vincitori del medesimo concorso. Né può considerarsi rispettato dalle disposizioni censurate il principio di ragionevolezza, non essendo giustificabile il pregiudizio derivante dalla negazione del diritto di essere tempestivamente immesse in ruolo, al pari degli altri vincitori del medesimo concorso.

Al contempo, questa disciplina viola i principi di cui agli artt. 31 e 37 Cost., che tutelano la maternità e, con essa, l'interesse primario dei minori. La giurisprudenza di questa Corte ha da tempo riconosciuto che «gli istituti nati a salvaguardia della maternità non hanno più, come in passato, il fine precipuo ed esclusivo di protezione della donna, ma sono destinati anche alla garanzia del preminente interesse del minore, che va tutelato non soltanto per quanto attiene ai bisogni più propriamente fisiologici ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo, collegate allo sviluppo della sua personalità»

(sentenza n. 257 del 2012; nello stesso senso, sentenze n. 385 del 2005 e n. 179 del 1993).

A questo riguardo, va sottolineato che alla progressiva affermazione dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento tra uomo e donna, anche in ambito lavorativo, si è accompagnato il divieto di «qualsiasi trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità» (art. 2, paragrafo 2, lettera c, della direttiva n. 2006/54/CE) e qualsiasi discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso per quanto attiene, non solo all'accesso al lavoro, ma anche alla formazione professionale (art. 14, lettere a e b, della direttiva citata). I principi posti da questa direttiva sono stati recepiti nel nostro ordinamento dal decreto legislativo 25 gennaio 2010, n. 5 (Attuazione della direttiva 2006/54/CE relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego), che ha ricompreso nell'ambito applicativo del divieto di discriminazioni dirette e indirette, di cui all'art. 25 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246), «ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti».

Proprio con riguardo agli effetti del congedo per maternità, la CGUE ha ritenuto non conforme al diritto dell'Unione europea la disciplina italiana concernente i corsi di formazione per la nomina a vice commissario della Polizia penitenziaria, nella parte in cui tale normativa si limitava a riconoscere alla donna che avesse fruito del congedo per maternità il diritto di partecipare a un corso di formazione organizzato in data successiva ma incerta, non essendo le autorità competenti obbligate a organizzare detto corso secondo scadenze prestabilite (CGUE, prima sezione, sentenza 6 marzo 2014, in causa C-595/12, Napoli).

E inoltre significativo che nei sistemi giuridici di altri Stati membri dell'Unione europea — tra i quali Spagna, Francia e Germania — l'esigenza di preservare la parità di trattamento nell'accesso alla carriera è soddisfatta attraverso meccanismi che tengono conto, sia pure con sfumature differenti, anche dei periodi di assenza per maternità ai fini dell'accesso e della progressione in carriera, allo scopo di evitare ricadute negative sulla posizione giuridica e lavorativa delle donne.

2.4. In riferimento agli effetti del congedo obbligatorio di maternità sul diritto all'immediata assunzione in servizio, la giurisprudenza di questa Corte ha già ravvisato la violazione dei principi posti dagli artt. 3,31 e 37 Cost. nella disciplina regionale che determinava una «discriminazione in ragione dello stato di gravidanza e di maternità, che si sostanzia nella perdita di *chance*, collegata a un effettivo ingresso in ambito lavorativo» (sentenza n. 200 del 2020).

Il meccanismo della retrodatazione della decorrenza degli effetti giuridici dell'immissione in ruolo è volto proprio a eliminare la penalizzazione delle donne

assenti dal corso di formazione per maternità, attraverso il riallineamento, ai soli fini giuridici, della loro data di nomina a quella degli altri vincitori del medesimo concorso.

Deve pertanto ritenersi che — nel differire l'immissione in ruolo delle vincitrici del concorso assenti per maternità — le disposizioni censurate determinano un'ingiustificata disparità di trattamento delle donne in ragione della maternità, in contrasto con i principi di cui agli artt. 3,31 e 37 Cost., poiché compromettono il tempestivo accesso delle donne all'impiego e comportano il rischio di disincentivare la partecipazione al concorso e persino la scelta della maternità.

3. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Consiglio di Stato devono pertanto essere accolte. Gli artt. 27, comma 2, e 28, comma 4, del d.lgs. n. 443 del 1992 devono essere dichiarati costituzionalmente illegittimi per violazione degli artt. 3,31 e 37 Cost., nella parte in cui non prevedono che le vincitrici del concorso per vice ispettori del Corpo di Polizia penitenziaria — che abbiano ottenuto l'idoneità al servizio a seguito della partecipazione al primo corso di formazione successivo all'assenza dal lavoro per maternità — siano immesse in ruolo con la medesima decorrenza, ai fini giuridici, attribuita agli altri vincitori del medesimo concorso.

3.1. Restano assorbite le questioni relative agli altri parametri evocati dal rimettente. — *Omissis*.

MATERNITÀ E PROGRESSIONE IN CARRIERA. UN RAPPORTO (ANCORA) DIFFICILE (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Le discriminazioni sulla base della maternità. — 3. Maternità e progressione in carriera.

1. La sentenza della Corte costituzionale n. 211 del 2023 risulta di particolare interesse, al di là del caso specifico, per l'inquadramento, alla luce del diritto antidiscriminatorio, delle ipotesi in cui l'assenza per maternità incide sul riconoscimento di diritti collegati all'attività di lavoro. Sul punto, in effetti, un chiarimento non guasta, dal momento che, come si vedrà, la nostra giurisprudenza, sulla base peraltro di una legislazione non sempre conforme al principio di non discriminazione, in molte ipotesi non attribuisce a quest'ultimo il rilievo che merita, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia europea.

Un simile atteggiamento è segno di un approccio ancora improntato a stereotipi e pregiudizi rispetto al ruolo della donna nell'assunzione delle

(*) Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo a doppio cieco.

responsabilità genitoriali e di cura e, in secondo luogo, rispetto alla maternità come causa di sospensione del rapporto di lavoro, equiparata in alcuni casi alla malattia, senza tener conto delle peculiarità di detta situazione e della tutela offerta dalle norme antidiscriminatorie. Da questo punto di vista, la sentenza della Corte, pur criticabile per alcuni profili, offre una ricostruzione della struttura e degli effetti del divieto di discriminazione sulla base della maternità che induce a riflettere anche su situazioni analoghe, rinvenibili sia nella legislazione che nella contrattazione collettiva.

La vicenda alla base della pronuncia è, tutto sommato, abbastanza semplice. A seguito del superamento del concorso come vice ispettrice del Corpo di Polizia Penitenziaria, una lavoratrice non ha potuto frequentare, in ragione dell'assenza dovuta a congedo di maternità, il corso di formazione immediatamente successivo, il cui superamento costituisce condizione necessaria al conseguimento dell'idoneità alla nomina. La norma applicabile al tempo del concorso (art. 27, comma 2, d. lgs. n. 443/1992) prevedeva per l'ipotesi di assenza superiore a novanta giorni (1) l'ammissione della lavoratrice al primo corso successivo al periodo di gravidanza, con differimento dell'immissione in ruolo. Il corso successivo, tuttavia, è stato attivato solo undici anni dopo, con un grave pregiudizio per la carriera della lavoratrice rispetto agli altri vincitori del medesimo concorso. La questione, sollevata dal Consiglio di Stato, che già in passato si era pronunciato in senso favorevole in casi analoghi (2), verte dunque sulla discriminatorietà sulla base della maternità di detta previsione. La scelta del Consiglio di Stato, che avrebbe potuto forse disapplicare la norma in questione sulla base dei principi che regolano il rapporto tra le norme interne e quelle europee (3), può spiegarsi con l'intenzione di segnalare una pluralità di situazioni nelle quali è opportuna una presa di posizione alla luce delle norme costituzionali, come del resto emerge dal richiamo all'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato che, ritenendo le norme censurate incompatibili sia con la Costituzione che con il diritto UE, sollecita «un intervento con effetti *erga omnes*» della Corte.

(1) La previsione originaria è stata modificata dall'art. 6, comma 2, lettera d), d. l. n. 92/2014, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 117/2014 e successivamente dall'articolo 37, comma 4, lettera d), punto 2), d. lgs. n. 95/2017, che hanno elevato da 90 a 120 giorni la durata dell'assenza che comporta non la dimissione dal corso, ma l'ammissione a quello successivo.

(2) C. Stato 24 dicembre 2021, n. 8578, che ha ritenuto discriminatoria l'esclusione di una lavoratrice dalla graduatoria degli idonei non vincitori dei concorsi per allievi finanziari a causa dell'impossibilità, dovuta alla gravidanza, di accertamento dei requisiti psico-fisici entro la data di chiusura del bando.

(3) In questo senso il commento di M. MILITELLO, *La maternità come "ostacolo" per il lavoro delle donne e il divieto di discriminazione (non) preso sul serio*.

La maternità, infatti, continua ad essere un ostacolo alla partecipazione al lavoro in posizione di parità con gli uomini, non solo sul piano sociologico, a causa degli stereotipi e dei pregiudizi ad essa collegati, ma anche per via della non perfetta identità delle posizioni dei genitori lavoratori derivante dalla stessa legislazione (4). Al di là delle norme che sottendono, accanto alla finalità di cura, l'obiettivo di tutela della salute della lavoratrice madre, la legge non dovrebbe distinguere le posizioni dei genitori rispetto all'accesso a congedi, flessibilità del lavoro e, in generale, a tutti gli strumenti che consentono di conciliare tempi di lavoro e tempi di vita. In questo senso, del resto, si muove la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, che ha più volte ribadito come la tutela riservata in via esclusiva alla madre debba essere strettamente collegata alla salvaguardia della salute, mentre i benefici che sono collegati alla cura del bambino devono essere riconosciuti anche al padre (oggi al genitore equivalente, secondo la direttiva 2019/1158/UE (5)), anche qualora la madre non sia lavoratrice subordinata (6). Così non è, come dimostra il caso sottoposto allo scrutinio della Corte, il che dimostra come l'idea per la quale delle responsabilità di cura si debbano occupare le donne, a prescindere dalle ricadute sui percorsi di carriera, è ancora salda nella nostra legislazione (7).

Per questi aspetti, la sentenza della Corte costituzionale è un passaggio importante, tanto per la corretta ricostruzione delle discriminazioni sulla base della maternità, quanto per le conseguenze dell'applicazione del principio di parità nel rapporto di lavoro.

2. Secondo la Corte, le previsioni in questione si pongono in contrasto con gli artt. 3, 31 e 37 Cost. Nell'ottica della Corte, in particolare, le norme che tutelano la maternità non riguardano più esclusivamente la protezione della salute della donna, ma sono rivolte anche a garantire «il preminente interesse del minore», per quanto attiene tanto «ai bisogni più propriamente fisiologici», quanto «alle esigenze di carattere relazionale e affettivo, collegate allo sviluppo della sua personalità». La posizione della Corte, affermata anche nelle pronunce precedenti richiamate in motiva-

(4) Si v. sul punto ancora M. MILITELLO, *Questo non è un Paese per genitori (lavoratori)*, *LD*, 2023, 389 ss.

(5) Sulle novità introdotte dalla dir. 2019/1158/CE si vedano i contributi di C. ALESSI, O. BONARDI, L. CALAFA, M. D'ONGHIA, M. MILITELLO, P. SARACINI, M.L. VALLAURI, in *Diritto di conciliazione*, *DLM*, Quaderno n. 14/2022.

(6) La giurisprudenza della Corte UE sul punto è ormai consolidata. Si v., ad esempio, C. giust. 30 settembre 2010, C-104/09, *Roca Alvarez*.

(7) Per queste considerazioni si v. E. ALES, voce *Maternità e congedi parentali*, *Enc dir*, Annali IX, 2016, 532.

zione (8), deve essere inquadrata nel percorso che ha portato alla progressiva parificazione, da questo punto di vista, dei genitori nell'accesso alle tutele collegate alla nascita, all'adozione o all'affidamento di un figlio, e ciò sia nel caso di lavoro subordinato che di lavoro autonomo, nelle sue diverse articolazioni (9). Una parificazione, tuttavia, non ancora completata, come dimostra la vicenda della spettanza dell'indennità in caso di adozione o affidamento per i lavoratori autonomi liberi professionisti (10).

Con riguardo poi alla struttura del divieto di discriminazione, la Corte richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, che ha avuto modo più volte, nel corso degli anni, di vagliare la legislazione nazionale (non solo italiana) in materia, alla luce dei principi ricavabili dalle norme del Trattato, dalla direttiva 76/207/CE e dalla direttiva 2006/54/CE. Le disparità di trattamento fondate sulla gravidanza, a partire dal celeberrimo caso *Dekker* (11), devono essere considerate discriminazioni *divette*, dal momento che esse possono riguardare solo le donne; in quanto tali, dunque, non possono essere giustificate (12). Diverso è il caso delle differenze di trattamento fondate sulla genitorialità, di cui all'art. 3 del d. lgs. 151/2001, n. 151 (Testo Unico in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, d'ora in avanti TUMP), che la giurisprudenza italiana ha inquadrato tra le discriminazioni indirette, poiché volte a svantaggiare i genitori rispetto alla generalità degli altri lavoratori e lavoratrici (13). In questi casi, com'è noto, il provvedimento datoriale ha carattere neutro e può essere giustificato; si può però segnalare come la giurisprudenza più recente sottoponga a uno scrutinio rigoroso le ragioni giustificative addotte dal datore di lavoro, arrivando a toccare anche gli atti datoriali tradizionalmente ritenuti assolutamente

(8) C. cost. 22 novembre 2012, n. 257; C. cost. 14 ottobre 2005, n. 385; C. cost. 21 aprile 1993, n. 179.

(9) Si v. L. CALAFA, *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53 (D. legisl. 26 marzo 2001, n. 151)*, in *Commentario Breve al Diritto di Famiglia*, Cedam, 2020, 2 ss.

(10) L. CALAFA, *Testo unico delle disposizioni legislative cit.*, 61 ss.; M.L. VALLAURI, *Commento al D.Lgs 26 marzo 2001, n. 151*, in *Codice commentato del lavoro*, a cura di R. DEL PUNTA - F. SCARPELLI, Wolters Kluwer, 2020, 1678 ss.

(11) C. giust. 8 novembre 1990, C-177/88, *Dekker*. Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte sul punto si v. D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, Jovene, 2005, 71 ss.

(12) Si v. C. giust. 20 settembre 2007, C-116/06, *Kiiski*, punto 55; C. giust. 18 novembre 2004, C-284/02, *Sass*, punto 36; C. giust. 30 aprile 1998, C-136-95, *Thibault*, punto 32.

(13) T. Bologna 31 dicembre 2021, *q. Riv.*, 2022, II, 247 ss., nt. PERUZZI, *Orario di lavoro e discriminazione per genitorialità: la soluzione giurisprudenziale prima della l. n. 162/2021*, 265 ss. Più di recente, si v. T. Catanzaro (ord.) 9 dicembre 2023, reperibile all'indirizzo <https://www.italianequalitynetwork.it/archivio?id=106>, con commento di COLABRARO.

discrezionali, come quelli che riguardano l'organizzazione dell'orario di lavoro (14).

Tornando alle discriminazioni sulla base della maternità, come si è accennato, la Corte di giustizia UE ha più volte sottolineato che la tutela della lavoratrice madre implica che le donne non possano «costituire oggetto di un trattamento sfavorevole per quanto riguarda l'accesso al lavoro e le condizioni di lavoro delle stesse» (15) e che l'esercizio dei diritti collegati alla maternità, in particolare il diritto al congedo, non possa incidere sui requisiti richiesti perché una donna possa «accedere ad un livello superiore della gerarchia professionale» (16). Da questo punto di vista, dunque, i periodi di congedo di maternità devono essere equiparati al periodo di lavoro effettivo, anche quando eccedano la durata minima prevista dalla direttiva 92/85/CE. In questo senso, peraltro, si muove la nostra legislazione nazionale, là dove prevede che «i periodi di congedo di maternità devono essere computati nell'anzianità di servizio a tutti gli effetti» e che «gli stessi periodi sono considerati, ai fini della progressione in carriera, come attività lavorativa» (art. 22 TUMP, commi 3 e 5) (17). L'effettiva portata di detto principio, anche alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, sembra tuttavia sfuggire alle disposizioni censurate, almeno nella loro originaria formulazione, che non consentiva, secondo il Consiglio di Stato, un'interpretazione conforme alle previsioni europee (18). Anche se oggi la questione specifica può considerarsi superata dall'introduzione del comma 14-*bis* all'art. 44, d.lgs. n. 95/2017, che consente nel caso *de quo* la retrodatazione della nomina, l'intervento della Corte costituzionale risulta particolarmente opportuno anche per indirizzare l'interpretazione di norme analoghe.

3. La Corte costituzionale, nel risolvere la questione sottoposta dal Consiglio di Stato, si pone nel solco della giurisprudenza della Corte di giustizia, alla quale rinvia pressoché integralmente, che aveva già avuto modo di censurare la normativa italiana in materia. Per questa ragione la

(14) Oltre alle pronunce citate alla nota precedente, si v. T. Firenze 22 ottobre 2019, *q. Riv.*, 2020, II, 659 ss., nt. IZZI, *Discriminazioni verso i genitori e risarcimento dei danni in funzione sanzionatoria*, 665 ss. Si v. anche I.C. MAGGIO, *Il divieto di discriminazioni delle lavoratrici madri. Una rassegna della più recente giurisprudenza*, *RCP*, 2021, 1122 ss.

(15) C. giust. 16 febbraio 2006, C-294/04, *Sarkatzis Herrero*, punto 37.

(16) C. giust. 18 novembre 2004, C-284/02, *Sass*, punto 34.

(17) Sulla portata della previsione si v. L. CALAFA, *Testo unico delle disposizioni legislative cit.*, 21 ss.

(18) Nella motivazione della sentenza C. giust. 6 marzo 2014, C-595/12, *Napoli*, si legge che il TAR Lazio, nel sollevare la questione pregiudiziale, ha specificato che la norma applicabile al caso di specie non poteva essere interpretata in modo conforme alla Costituzione e al diritto dell'Unione (punto 18).

motivazione risulta molto succinta. Nella sentenza *Napoli* (19), che ha probabilmente dato origine alla modifica normativa sopra cennata, la Corte di giustizia sottolinea come il rinvio dell'accesso al corso di formazione che consente l'immissione piena nel ruolo della Polizia penitenziaria si risolve in un grave pregiudizio per la lavoratrice, non rispettoso del principio di proporzionalità, anche a fronte dell'assoluta incertezza circa la data del successivo corso di formazione, che l'Amministrazione non è tenuta a organizzare in tempi brevi. Su questo aspetto, la Corte si spinge a suggerire una soluzione che consentirebbe di contemperare le esigenze dell'Amministrazione con quelle della lavoratrice madre, ad esempio «predisponendo, per la lavoratrice che rientra da un congedo di maternità, corsi paralleli di recupero equivalenti a quelli inizialmente dispensati, di modo che la lavoratrice possa essere ammessa, in tempo utile, all'esame che le consentirà di accedere il prima possibile a un livello superiore di carriera» (20). In effetti, soluzioni di questo genere potrebbero considerarsi prospettabili anche in altri casi, spesso oggetto di contestazioni in sede amministrativa, sui quali tuttavia la nostra giurisprudenza interna sembra avere un atteggiamento di eccessivo rigore. Nella sentenza del Consiglio di Stato che ha ritenuto discriminatoria la norma che non consentiva l'accertamento dell'idoneità psico-fisica di un'allieva della Guardia di Finanza in un periodo successivo alla chiusura del bando, si legge che il differimento delle prove scritte non potrebbe invece considerarsi una soluzione accettabile, dal momento che esso «pregiudicherebbe in via definitiva la *par condicio* dei concorrenti e il buon andamento dell'amministrazione, vanificando la stessa finalità della procedura» (21). Una simile impostazione sembra trascurare che il divieto di discriminazione sulla base della maternità è funzionale proprio a garantire la parità di opportunità di tutti i concorrenti, che risulta violata là dove la condizione di gravidanza impedisca la partecipazione a una prova concorsuale. Un'apertura si registra invece rispetto al differimento delle prove orali richiesto dalla lavoratrice in stato di gravidanza, là dove la giurisprudenza amministrativa ha invece ritenuto doveroso per la p.a. «adottare tutte quelle misure che tutelino la donna e la maternità e garantiscano la partecipazione al concorso in condizioni di effettiva parità con gli altri candidati» (22).

(19) C. giust. 6 marzo 2014, C-595/12, *Napoli*.

(20) C. giust. 6 marzo 2014, C-595/12, *Napoli*, punto 38.

(21) C. Stato 24 dicembre 2021, n. 8578, cit.; si v. anche C. Stato, sez. III, Parere 3 dicembre 2002, n. 2155.

(22) TAR Catanzaro, sez. II, 10 giugno 2010, n.1134, *q. Riv.*, 2011, II, 138 ss., nt. RANIERI, *Tutela della maternità e concorso pubblico: un caso evidente di discriminazione*. Sul punto si rinvia altresì a C. ALESSI, *La giurisprudenza in materia di discriminazioni e il ruolo*

Sulla questione del rinvio del corso di formazione, la Corte costituzionale sottolinea che l'immissione in ruolo posticipata «determina il ritardo nella progressione di carriera e la definitiva perdita di *chances*», trattandosi peraltro di un ritardo che «potrebbe protrarsi per molto tempo», risolvendosi dunque nella violazione dell'art. 3 della Cost. in quanto impedisce «la piena realizzazione del diritto fondamentale alla parità di trattamento». Nello stesso senso, come si è detto, si muove la sentenza *Napoli*, là dove afferma a chiare lettere che una previsione del genere si configura come un «trattamento sfavorevole ai sensi dell'art. 15 della direttiva 2006/54/CE» (punto 33). Del resto, la Corte di giustizia si era pronunciata nello stesso senso in un caso analogo, pure richiamato dalla Corte costituzionale, riguardante il differimento dell'entrata in servizio di una lavoratrice al termine del periodo di maternità obbligatoria (23). In entrambe le pronunce, la Corte di giustizia sottolinea che l'assenza dovuta alla maternità si configura, diversamente da quanto avviene nel caso di congedo parentale, come una situazione protetta dalla direttiva 76/207/CE, prima, e 2006/54/CE, poi, in maniera particolarmente intensa. Ciò comporta, da un lato, che eventuali eccezioni al principio di parità di trattamento devono essere riguardate con rigore (24) e, dall'altro, che a nulla rileva che assenze dovute ad altre ragioni (come quella per malattia) siano trattate allo stesso modo (25). Inoltre, la Corte ha più volte precisato che la tutela accordata dal diritto europeo si applica alle assenze dovute al congedo di maternità anche laddove il diritto interno preveda un periodo di sospensione del rapporto di lavoro più lungo di quello garantito dalla direttiva 92/85/CEE (corrispondente a 14 settimane ininterrotte e inclusivo di 2 settimane di astensione obbligatoria) (26).

Ciò che emerge dalla giurisprudenza appena richiamata, dunque, è che il periodo di maternità non deve incidere in alcun modo sulla progressione di carriera della lavoratrice. Su questo profilo, la Corte costituzionale precisa che la retrodatazione dell'immissione in ruolo della lavoratrice «è volto proprio a eliminare la penalizzazione delle donne assenti dal corso di formazione per maternità, attraverso il riallineamento, *ai soli fini giuridici*, della loro data di nomina a quella dei vincitori dello stesso concorso» (corsivo dell'A.). La conclusione, tuttavia, non

della Consigliera di Parità: una rassegna della giurisprudenza calabrese in materia di discriminazioni di sesso, in *Diritto antidiscriminatorio e pari opportunità nel lavoro pubblico e privato*, a cura di S. CIARLETTA, Rubettino, 2014, 47 ss.

(23) C. giust. 16 febbraio 2006, C-294/04, *Sarkatzis Herreró*.

(24) C. giust. 6 marzo 2014, C-595/12, *Napoli*, punto 35.

(25) C. giust. 16 febbraio 2006, C-294/04, *Sarkatzis Herreró*, punto 46.

(26) C. giust. 18 novembre 2004, C-284/02, *Sass*, punto 44.

sembra conforme al principio di parità, dal momento che la lavoratrice, in questo caso, non ha svolto l'attività corrispondente al ruolo che avrebbe potuto acquisire, al pari degli altri lavoratori, proprio in ragione della violazione da parte dell'Amministrazione del divieto di discriminazione sulla base della maternità. Nella fattispecie sottoposta al vaglio della Corte, in altre parole, non si tratta solo di equiparare l'assenza per maternità al lavoro effettivo (27), come prevede l'art. 22, comma 5, del TUMP, bensì di rimuovere tutti gli effetti negativi per la lavoratrice connessi alla mancata equiparazione, ivi compresi quelli economici, ove presenti. In casi analoghi, del resto, la giurisprudenza ha correttamente riconosciuto alla lavoratrice discriminata al rientro dalla maternità il diritto al risarcimento del danno (28). Il percorso per il pieno riconoscimento del periodo di maternità come lavoro a tutti gli effetti, dunque, appare ancora tortuoso.

CRISTINA ALESSI
*Ordinaria di diritto del lavoro
nell'Università di Brescia*

LA MATERNITÀ COME «OSTACOLO» PER LE DONNE LAVORATRICI E IL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE (NON) PRESO SUL SERIO (*)

SOMMARIO: 1. L'incomunicabilità tra la tutela della lavoratrice in gravidanza e il diritto antidiscriminatorio. — 2. La Corte di Cassazione non «vede» la discriminazione nell'annullamento del contratto a tempo determinato di una lavoratrice in gravidanza... — 3. ... e la Corte costituzionale dimentica il principio del primato del diritto europeo.

1. Dire che la maternità per le donne rappresenta ancora un enorme ostacolo sul cammino della parità di trattamento al lavoro è sicuramente una affermazione poco originale ma non per questo infondata. Le due decisioni in commento ne sono una chiara dimostrazione e si connotano per essere in qualche modo quasi due atti della stessa vecchia storia: a causa della maternità ancora oggi, una donna può perdere il lavoro (§ 2) e rimanere indietro rispetto ai colleghi uomini (§ 3); e tutto questo non già *contra legem*, ma come risultato dell'applicazione di precise disposizioni giuridiche. E nonostante esistano un divieto di discriminazione fondato

(27) L'equiparazione, tuttavia, può essere subordinata a particolari requisiti dal contratto collettivo: si v. in materia Cass. 20 giugno 2014, n. 14110.

(28) Si v., ad esempio, T. Milano 16 gennaio 2024, reperibile all'indirizzo <https://www.w.wkilabour.it/segnalazioni/rapporto-di-lavoro/tribunale-di-milano-16-gennaio-2024>.

(*) Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo a doppio cieco.

