Il volume approfondisce i temi della tutela contro le discriminazioni e delle pari opportunità sul lavoro, partendo dall'analisi dei casi che l'Ufficio della Consigliera Regionale di Parità della Calabria ha affrontato negli ultimi otto anni. Ne emerge un quadro dove ancora oggi la maternità rappresenta il primo fattore di discriminazione verso le donne, sopratutto nell'accesso al pubblico impiego, dove la PA si dimostra disattenta alle questioni di genere. L'obiettivo è quello di capire dove e perché il mercato del lavoro sia ancora ostile alle donne e immaginare un percorso di superamento degli ostacoli per il conseguimento di una reale parità. Le pronunce dei tribunali calabresi rappresentano, quindi, lo spunto per una riflessione più ampia sulle politiche di genere grazie agli autorevoli contributi degli autori, che spaziano dalla riforma del pubblico impiego sino alla quanto mai attuale questione della rappresentanza politica.
Dalla Calabria all'Italia per affrontare con lucidità la questione del lavoro femminile.

Maria Stella Ciarletta avvocata, madre di due ragazze, è consigliera regionale di Parità della Calabria dal 2006. Consulente per la Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di fondi strutturali e pari opportunità, ha coordinato un progetto sperimentale nazionale sulla formazione degli avvocati che difendono le donne contro la violenza di genere. È componente della Commissione Nazionale di Studi sulle Pari opportunità del Consiglio Nazionale Forense.

ISBN 978-88-498-4142-8

€ 14,00

REGIONE CALABRIA
Ufficio della
Consigliera Regionale di Parità

Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali

Diritto antidiscriminatorio e pari opportunità nel lavoro pubblico e privato

L'esperienza della Consigliera Regionale di Parità in Calabria

a cura di Maria Stella Ciarletta

Rubbettino

Diritto antidiscriminatorio e pari opportunità nel lavoro pubblico e privato

L'esperienza della Consigliera Regionale di Parità in Calabria

a cura di Maria Stella Ciarletta

Rubbettino

Indice

SUSANNA PISANO
Prefazione p. 9

STELLA CIARLETTA
Nota introduttiva. Dalla parte delle donne 11

MANUELA ALBANESE e MARIA AUSILIA BARBARO
Analisi dei casi e osservazioni 15

CRISTINA ALESSI
La giurisprudenza in materia di discriminazioni e il ruolo della Consigliera di Parità: una rassegna della giurisprudenza calabrese in materia di discriminazioni di sesso 35

CARMELA SALAZAR
Le norme statutarie regionali sulle pari opportunità tra i sessi: dai giudici amministrativi alla Corte costituzionale e ritorno 55

FRANCESCO VERBARO
Le pari opportunità nella Pubblica Amministrazione nell'ambito dei processi di modernizzazione 81

CONCETTINA (TITTY) SICILIANO
Divieto di discriminazione di genere e principi di bilanciamento e ragionevolezza come criteri di buona amministrazione 93

ROSA LACAVA
Come provare la discriminazione? L'inversione (parziale) dell'onere della prova. Profili critici e difficoltà applicative 113

denti a qualifiche inferiori rispetto a quelle cui potrebbero aspirare, con livelli di inquadramento retributivo conseguentemente più bassi e con difficoltà di progressione nella carriera che aumentano in misura direttamente proporzionale laddove maggiori sono le difficoltà di conciliazione dei tempi di vita familiare con quelli di lavoro.

Non resta da fare che un'ultima considerazione: qualunque sia stato il contesto di provenienza delle lavoratrici discriminate, in tutti i casi trattati, sia quelli che hanno riguardato discriminazioni di carattere individuale, sia quelli relativi a fenomeni discriminatori di natura collettiva, e qualunque ne sia stato l'esito, le principali protagoniste sono state sempre donne dotate di grande personalità e di grande forza d'animo, che hanno deciso di ribellarsi a un sistema di prevaricazione e di radicati pregiudizi, per lungo tempo rimasto impunito. Donne che hanno sentito il dovere, oltre che la necessità, di scrollarsi di dosso quel senso di rassegnazione e vittimismo che ancora oggi attanaglia questo territorio, andando al di là degli stereotipi di genere e dimostrando anche per questo l'importanza del valore aggiunto della presenza femminile nel mercato del lavoro.

La giurisprudenza in materia di discriminazioni e il ruolo della Consigliera di Parità: una rassegna della giurisprudenza calabrese in materia di discriminazioni di sesso

DI CRISTINA ALESSI*

L'analisi delle sentenze pronunciate in questi anni dai Tribunali ordinari e amministrativi calabresi in materia di discriminazioni di sesso offre lo spunto per alcune osservazioni di carattere generale.

In primo luogo, le controversie in materia di discriminazione vedono spesso la presenza della figura della Consigliera di parità, sia come ricorrente principale, sia come interveniente *ad adiuvandum* in una causa promossa da altri.

Com'è noto, la legittimazione attiva della Consigliera di parità, riconosciuta fin dalla legge n. 125/1991, poi riconfermata dal d.lgs. n. 196/2000, è attualmente disciplinata dagli artt. 36 e 37 del T.U. in materia di parità e pari opportunità (d.lgs. n. 198/2006); la Consigliera può ricorrere in giudizio su delega della persona che ha interesse ad agire, oppure intervenire nei giudizi promossi dalla medesima. La consigliera ha inoltre una legittimazione autonoma all'azione in giudizio per le discriminazioni di carattere collettivo[1]. Si tratta di una legittimazione che non richiede particolari accertamenti; stupisce dunque che in alcune delle cause nelle quali la Consigliera di parità è presente sia stata sollevata la questione, sia pure sulla base del presunto difetto della qualità di lavoratrice della ricorrente[2]. Nella questione affrontata nel caso di specie, infatti, si trattava del ricorso promosso dalle Consigliere di parità regionale e provinciale contro il provvedimento con il quale sono stati approvati gli atti del concorso per l'assunzione di un istruttore amministrativo. Sul merito si tornerà più avanti; per ora è sufficiente osservare, da un lato, che l'art. 36 del d.lgs. n. 198/2006 non parla affatto di «lavoratrice» o «lavoratore», ma semplicemente di «chi intende agire in giudizio» e, dall'altro, che la norma

* Professoressa Associata di Diritto del Lavoro, Università di Brescia.

1. Sul ruolo della consigliera di parità nelle controversie in materia di discriminazioni si v. C. Calvanelli, V. Candidi Tommasi, *La Consigliera di Parità e il giudizio antidiscriminatorio*, Milano, Angeli, 2005; F. Amato, *L'azione individuale e l'azione collettiva*, in M. Barbera, a cura di, *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità. Commentario al d.lgs. 23 maggio 2000, n. 196*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2003, pp. 757 e ss.

2. Il riferimento è alla sentenza del TAR Calabria, 21 luglio 2011, n. 622.

prevede espressamente il ricorso avverso le discriminazioni nell'accesso al lavoro. Anche l'art. 37 del medesimo d.lgs., pur facendo espresso riferimento alle «lavoratrici» o ai «lavoratori», utilizza il termine in senso ampio, dal momento che ricomprende tutte le ipotesi di discriminazioni, ivi comprese quelle nell'accesso al lavoro, nella formazione professionale e nell'accesso alle prestazioni previdenziali. *Nulla quaestio*, dunque, sulla legittimazione della Consigliera; del resto, lo stesso TAR liquida rapidamente l'eccezione sollevata in proposito dal controinteressato.

In secondo luogo, le sentenze di cui si parlerà in queste pagine riguardano soprattutto il lavoro alle dipendenze di una pubblica amministrazione. Alcune delle pronunce hanno a oggetto, in particolare, i requisiti richiesti per l'assunzione dai bandi di concorso, mentre le altre si occupano dei diritti collegati alla maternità. Questo fatto, che rispecchia in realtà ciò che avviene anche a livello nazionale, dimostra che l'effettività della normativa antidiscriminatoria dipende, da un lato, dalla stabilità del rapporto di lavoro e, dall'altro, forse in misura anche maggiore, dalla disponibilità di mezzi di prova. Nel caso dell'accesso al lavoro pubblico, l'accertamento della natura discriminatoria di un atto è reso più agevole dalla pubblicità del bando e degli atti della procedura, nonché dalla possibilità di annullare i provvedimenti contrastanti con il divieto di discriminazione. Nel lavoro alle dipendenze di un datore di lavoro privato, com'è noto, le procedure di assunzione sono spesso informali, i criteri di selezione non vengono esplicitati (se non negli annunci pubblicati sui giornali) e, pertanto, l'accertamento della natura discriminatoria di un atto è più complessa. Se a ciò si aggiunge che il giudice, anche nel caso in cui si raggiunga la prova della mancata assunzione per ragioni discriminatorie, non arriva mai a imporre la costituzione autoritativa del rapporto di lavoro, si comprende per quale ragione i repertori di giurisprudenza non contengano molte sentenze in argomento[3]. Un incremento del contenzioso in materia di discriminazioni si avrà senz'altro, nei prossimi anni, in seguito alla modifica dell'art. 18 dello statuto dei Lavoratori, che ha riservato al solo licenziamento per ragioni discriminatorie la tutela reintegratoria piena, ma si tratterà, per l'appunto, di un contenzioso limitato al profilo della cessazione del rapporto di lavoro. Per queste ragioni, è importante che le Consigliere di parità continuino a utilizzare la prerogativa a esse riconosciuta dalla legge. L'azione in luogo dell'interessata/o oppure su sua delega ha la funzione di sostenere e coadiuvare un soggetto che si trova in una situazione di debolezza, anche rispetto alla disponibilità dei mezzi di prova, e che potrebbe per questa ragione non contestare un comportamento discriminatorio; l'azione autonoma contro le discriminazioni di carattere collettivo è utile a reagire a prassi e comportamenti discriminatori diffusi e spesso non contrastati. Ciò serve a creare anche nei giudici una maggiore attenzione al diritto antidiscriminatorio e alle sue regole che, come risulterà dall'analisi delle sentenze calabresi, sono poco conosciute e comprese, specie quando si tratta di discriminazioni indirette.

3. Sulla scarsa applicazione giurisprudenziale della normativa antidiscriminatoria si v., da ultimo, C. Cominato, *Divieti di discriminazione di genere nella giurisprudenza nazionale*, in L. Calafà, D. Gottardi, a cura di, *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, Ediesse, 2009, pp. 157 e ss.; in riferimento alla l. n. 125/1991, si v. F. Amato, *op. cit.*, pp. 757 e ss. e, sulla prassi applicativa della l. 903/77, C. Rapisarda Sassoon, *La tutela dei soggetti discriminati. Azione individuale, azione pubblica, tentativo di conciliazione*, in T. Treu, M.V. Ballestrero, a cura di, *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro. Commentario sistematico alla l. 10 aprile 1991, n. 125*, in *Nuove leggi Civ. Comm.*, 1994, pp. 73 e ss.

1. LE DISCRIMINAZIONI NELL'ACCESSO ALL'IMPIEGO NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI. REQUISITI E CRITERI DI VALUTAZIONE INDIRETTAMENTE DISCRIMINATORI

1.1 *Agenti di polizia municipale e possesso della patente «A»*

Come si è accennato nella premessa, alcune sentenze riguardano l'accesso all'impiego nelle pubbliche amministrazioni.

La prima sentenza riguarda il caso di un concorso bandito dal Comune di Reggio Calabria per la copertura di 21 posti di agente di polizia municipale. Il bando richiedeva, per la partecipazione al concorso, il possesso della patente di tipo A, oltre a quella di tipo B. Com'è noto, la patente di tipo A è richiesta per la guida di motocicli, non essendo più sufficiente a tal fine (come avveniva prima del 1988) il possesso della patente di tipo B.

La questione del possesso di una tipologia di patente diversa dalla patente B per l'accesso a un impiego che richiede la guida di veicoli di un certo tipo non è nuova. Il caso più conosciuto è certamente quello del concorso per l'assunzione di conducenti di autobus per il trasporto urbano indetto dal Comune di Bologna per il quale è stato richiesto, all'epoca, il possesso della patente di tipo D oppure E, oltre al certificato di abilitazione professionale al trasporto di persone. Senza ripercorrere qui interamente la complessa vicenda, si può segnalare come in quel caso il tribunale di Bologna abbia considerato illegittima la richiesta del possesso del requisito *alla data della presentazione della domanda di partecipazione al concorso*, imponendo all'amministrazione di riaprire il bando e di richiedere il possesso del requisito solo al momento dell'effet-

tiva assunzione presso l'azienda di trasporti municipali[4]. Tra le osservazioni svolte nella sentenza, merita di essere ricordata quella secondo la quale il Pretore, pur riconoscendo la natura essenziale del requisito ai fini dello svolgimento dell'attività, ravvisa la discriminazione sulla base del sesso nella richiesta del possesso della patente al momento della presentazione della domanda di ammissione al concorso, non ritenendo sufficienti le giustificazioni fornite dall'amministrazione in ordine all'urgenza di disporre di personale da adibire immediatamente all'attività predetta, una volta chiusa la procedura. Secondo il Pretore, infatti, «tale specifica ragione di urgenza [...] non può legittimare la violazione del più essenziale diritto di consentire l'accesso al lavoro delle donne; nemmeno le comprensibili ragioni di economia dei costi aziendali legittimano il comportamento discriminatorio». Si tratta di un'affermazione di grande rilievo, proprio perché richiede il contemperamento delle ragioni datoriali, pur considerate del tutto legittime, con le esigenze di rispetto del principio di eguaglianza. Del resto, che il contemperamento sia doveroso in presenza di criteri che svantaggiano in maniera maggiore un sesso rispetto all'altro è confermato dalla giurisprudenza in materia di requisiti di altezza e di forza fisica richiesti per l'assunzione[5].

Una simile posizione, tuttavia, non sembra essere stata compresa dalla giurisprudenza più recente, né, tantomeno, dalla sentenza del TAR calabrese. Una delle pochissime pronunce in argomento, la sentenza del TAR di Cagliari del 2008, aveva invero fatto sperare che la logica delle pari opportunità avesse, infine, fatto breccia anche nella giustizia amministrativa; detta pronuncia, infatti, aveva ritenuto illegittimo, per violazione del diritto delle donne a partecipare a un pubblico concorso in condizione di perfetta parità, un bando di concorso per la copertura di posti di agente di polizia municipale che prevedeva tra i requisiti di ammissione, il possesso della patente di categoria A, senza prevedere, in alternativa, l'obbligo, per i soggetti utilmente collocati in graduatoria, di conseguire tale tipo di patente al momento dell'assunzione definitiva[6]. Secondo la sentenza citata, infatti, il fatto che le donne in possesso della patente A fossero in proporzione molto meno degli uomini (il 10%), secondo i dati pubblicati dal Ministero dei Trasporti, doveva considerarsi un dato del tutto sufficiente per far ritenere indirettamente discriminatorio il requisito adottato; a questo punto, il Comune avrebbe dovuto riformulare il bando, richiedendo ai partecipanti alla selezione di acquisire entro un congruo termine la patente di tipo A quale condizione per l'assunzione definitiva. La conclusione appare del tutto condivisibile; del resto, se il requisito del possesso della patente A è indispensabile per lo svolgimento delle mansioni di vigile urbano, si può ritenere che la riduzione o l'azzeramento degli effetti discriminatori della richiesta di tale requisito possano essere ottenuti attraverso strumenti che riequilibrino la possibilità di uomini e donne di partecipare alla selezione. Del resto, strumenti di questo genere sono stati utilizzati in altri casi, come nelle ipotesi dei bandi che richiedevano requisiti di forza fisica o di altezza. La sentenza del TAR di Cagliari si poneva perfettamente in linea con questa giurisprudenza; a chiudere però la questione, con le conseguenze che si vedranno tra poco, è intervenuta la sentenza del Consiglio di Stato del 2010[7] che, con una motivazione alquanto stringata, ha ritenuto che l'interesse pubblico del «celere e sicuro reclutamento di otto agenti di polizia municipale idonei ad espletare in modo ottimale le mansioni professionali» imponesse «la certezza dell'immediata idoneità dei vincitori». Secondo il Consiglio di Stato, dunque, la natura discriminatoria del requisito non incide sulla legittimità del bando, essendo il possesso della patente A necessario allo svolgimento delle mansioni, né appare possibile soddisfare l'interesse pubblico sopra ricordato con strumenti come quello ipotizzato dal TAR.

È in quest'ottica che si pone anche la sentenza del TAR di Reggio Calabria del 2010, con una motivazione che lascia però trapelare un approccio formale, per non dire vagamente retrò, ai profili dell'eguaglianza di opportunità tra uomini e donne. Si legge infatti nella sentenza che lo squilibrio tra uomini e donne nel possesso della patente A sarebbe dovuto alla «fisiologica diversità di interessi che contraddistingue in via tendenziale i soggetti di sesso opposto»; una simile posizione, a prima vista condivisibile, trascura di considerare che spesso la «fisiologica diversità di interessi» è indotta da discriminazioni pregresse, e che il diritto antidiscriminatorio ha la funzione di rimediare proprio alle differenze di questo genere. Al contrario, dare per scontato che una simile

4. Pret. Bologna 29 giugno 1998, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, II, pp. 215 e ss., con nota di L. Calafà, *Le aporie processuali e l'assestamento sostanziale delle leggi sulla parità in una recente controversia in tema di discriminazione collettiva indiretta. Il caso Gloria Bassi.*

5. A proposito del requisito della forza fisica, si segnala la sentenza del Consiglio di Stato 27 aprile 2012, n. 2472, con la quale si afferma la natura indirettamente discriminatoria del criterio della forza fisica in quanto formulato in maniera che non tenga conto delle differenze di genere; in altre parole, il giudicante ha ritenuto legittima l'attribuzione alla prova di forza fisica per l'accesso alle forze armate dello stesso punteggio assegnato alle altre prove, ma ha ritenuto illegittima la previsione di punteggi identici per entrambi i sessi «sia in termini assoluti che con riguardo all'individuazione della "soglia" minima che gli aspiranti dovevano superare [...] per non essere giudicati inidonei». Per il commento alla sentenza si rinvia a M. Militello, *Forze armate e divieto di discriminazione. Abbattuta l'ultima trincea?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, pp. 697 e ss.

6. TAR Cagliari 25 novembre 2008, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2008, pp. 823 e ss., con nota di E. Mastinu, *Abilitazione alla guida, pubblico concorso e discriminazioni collettive di genere.*

7. Consiglio di Stato 10 maggio 2010, n. 2754, in *Foro Amm., C.d.S.*, 2010, 5, pp. 1039 e ss.

sproporzione tra uomini e donne rispetto al possesso di un dato requisito sia frutto semplicemente di una scelta «che liberamente i soggetti hanno compiuto», oltre che essere legato a una confusione concettuale[8], rischia di falsare tutto il ragionamento successivo. E infatti il TAR prosegue sostenendo che se l'obiettivo della procedura concorsuale è quello di garantire «alle amministrazioni pubbliche l'efficace selezione dei più bravi e capaci, nel pieno rispetto del principio di imparzialità», non può farsi carico alle stesse amministrazioni «della statistica delle libere scelte compiute in precedenza, in funzione formativa o abilitativa, dagli appartenenti ai due sessi, apportando correttivi che riverberano negativamente sull'efficacia delle procedure concorsuali». Secondo il TAR è stato proprio il legislatore a prevedere questo risultato negando la sussistenza di una discriminazione indiretta «quando v'è un obiettivo legittimo ed i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari».

In realtà, mentre l'obiettivo (avere a disposizione agenti in grado di svolgere efficacemente tutte le funzioni richieste) è senz'altro legittimo, non si può ritenere che i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano «necessari», non possano cioè essere sostituiti da uno strumento con un impatto meno discriminatorio. La richiesta del possesso del requisito al momento di presentazione della domanda, infatti, non tiene conto del tempo che trascorre da quel momento a quello dello svolgimento delle prove e dell'approvazione degli atti, nonché della possibilità di adottare una graduatoria a scorrimento, per cui il mancato possesso del requisito abilitante al momento dell'effettiva assunzione avrebbe consentito all'amministrazione di passare al candidato successivo e così via. A ben vedere, poi, qualche dubbio può essere sollevato anche sull'essenzialità del requisito del possesso della patente A in aggiunta alla patente di tipo B, come del resto è stato sostenuto, a quanto consta, dalla Consigliera di parità, dal momento che non tutte le attività di vigilanza urbana richiedono necessariamente l'utilizzo di motoveicoli. Insomma, sulla questione del possesso della patente di un certo tipo per l'accesso al lavoro pubblico, se è consentita una battuta, c'è ancora molta strada da fare, specie per contrastare l'idea che uomini e donne siano ineluttabilmente detentori di inclinazioni diverse che, in quanto presunte naturali, dovrebbero giustificare e perpetuare le differenze di trattamento[9].

8. Riprendo qui la valutazione di D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, Napoli, Jovene, 2005, p. 138, nota 192, che denuncia l'errore concettuale di ritenere che «il divieto di discriminazioni indirette consentirebbe di censurare le conseguenze svantaggiose dell'utilizzo di criteri di scelta imperniati soltanto su caratteristiche naturali e immodificabili delle persone, e non anche ascrivibili a scelte volontarie».

9. Per l'analisi di come le differenze tra i sessi considerate «naturali» abbiano portato la giurisprudenza a una «sistematica svalutazione delle capacità del genere femminile» si v. M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 40 e ss.

1.2 *Servizio militare e valutazione dei titoli*

Quanto osservato con riferimento al possesso del requisito della patente offre lo spunto per discutere della seconda sentenza del TAR di Reggio Calabria[10] in tema di procedure concorsuali, sentenza che si occupa di un profilo strettamente collegato a quello dei requisiti di accesso, ovvero i criteri di valutazione dei titoli. Nel caso di specie si trattava del punteggio assegnato al servizio militare di leva, svolto da uno dei candidati quale ufficiale di complemento, che era risultato, alla fine, decisivo per l'individuazione del vincitore del concorso. Stando a quanto risulta dalla lettura della sentenza, la ricorrente aveva avuto un punteggio più elevato nelle prove scritte (con un vantaggio di 4 punti), ma si era poi collocata al secondo posto in seguito all'assegnazione al servizio di leva svolto dal resistente di un punteggio piuttosto elevato (4 punti) come titolo di servizio. Il ricorso delle Consigliere di Parità ha denunciato la natura indirettamente discriminatoria dell'operato della commissione giudicatrice del concorso nella valutazione di un titolo che la ricorrente non poteva possedere, essendo fino al 2000 il servizio militare di leva riservato esclusivamente agli uomini.

La questione della valutazione del servizio militare di leva come titolo attributivo di punteggi nei pubblici concorsi è piuttosto delicata e oggetto, ancora oggi, di acceso dibattito. Si pensi, per fare un esempio, alla questione, di grande attualità, della considerazione del servizio militare svolto dal personale docente non di ruolo ai fini della formazione delle graduatorie per le supplenze nella scuola; secondo la giurisprudenza prevalente, il servizio militare deve essere sempre valutato nelle graduatorie scolastiche «ancorché non prestato in costanza di nomina»[11]. Detta conclusione si ricaverebbe, secondo alcune sentenze, dal divieto di discriminazione tra personale a tempo determinato e personale a tempo indeterminato, di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro europeo sul lavoro a termine[12], mentre, secondo altra giurisprudenza, deriverebbe proprio dall'applicazione del principio di parità di trattamento tra

10. TAR Reggio Calabria 21 luglio 2011, n. 622.

11. La questione si è posta perché il d.m. 12 maggio 2011, n. 44, come in precedenza il d.m. n. 27/2007, sull'aggiornamento delle graduatorie a esaurimento per il personale docente ed educativo, ha stabilito che il servizio militare di leva e i servizi sostitutivi assimilati per legge sono valutati solo se prestati in costanza di nomina. Le previsioni hanno sollevato un considerevole contenzioso, che ha condotto la prevalente giurisprudenza a riconoscere che il servizio militare prestato dopo il conseguimento del titolo di studio necessario per l'accesso all'insegnamento debba essere valutato come titolo, anche se svolto non in costanza di nomina. Si v., tra le altre, TAR Lazio 23 dicembre 2010, n. 38564, in *Foro Amm.*, TAR, 2010, 12, pp. 3922 e ss.

12. Tribunale Velletri 20 dicembre 2013, inedita a quanto consta.

uomini e donne, perché la considerazione del servizio militare come servizio effettivo solo qualora esso venga svolto in costanza di nomina (come da Decreto Ministeriale n. 44/2011) svantaggerebbe gli uomini rispetto alle donne e agli esonerati di sesso maschile che, non essendo tenuti a svolgere il servizio militare, potrebbero giovarsi del punteggio conseguito nel medesimo periodo[13]. La posizione ora riportata sembra, di nuovo, dimenticare che l'accesso alle forze armate, pur essendo aperto a uomini e donne, vede ancora oggi una preponderante partecipazione maschile; considerare perciò il mero svolgimento del servizio militare come equivalente alla prestazione di attività di docenza svantaggia certamente in misura nettamente maggiore le donne. Il fatto che si tratti di una scelta «volontaria» non incide, come si è visto, sulla portata discriminatoria della soluzione, accolta pure da molti tribunali, ordinari e amministrativi[14].

La sentenza del TAR calabrese che si commenta sembra porsi, invece, in un'ottica diversa e decisamente più condivisibile. Dopo aver ricordato che la prestazione del servizio militare non deve pregiudicare la posizione di lavoro del cittadino, il TAR conclude però che il servizio di leva debba essere considerato utile ai fini dell'ammissibilità ai concorsi purché svolto «in pendenza di rapporto di lavoro», secondo quanto stabilito dal Codice dell'ordinamento militare. Così facendo l'amministrazione, sempre secondo il TAR, ha equiparato illegittimamente il servizio di leva al servizio prestato negli impieghi civili, attribuendogli il massimo punteggio previsto dal regolamento comunale, mentre avrebbe dovuto, più correttamente, inquadrare detto servizio in una diversa categoria di titoli o considerarlo quale elemento del *curriculum* professionale del candidato, ove pertinente. Secondo il TAR, infatti, «la natura obbligatoria per la sola popolazione maschile del servizio prestato» non può condurre alla totale irrilevanza di un periodo in cui il candidato «ha accumulato esperienze e conoscenze rilevanti per il futuro datore di lavoro». In verità, anche questa affermazione potrebbe essere contestata proprio alla luce della portata del divieto di discriminazione sulla base del sesso; la valutazione come titolo di un'attività alla quale le donne non potevano, fino a qualche anno fa, accedere neppure volontariamente induce una disparità di trattamento non giustificata, a maggior ragione quando la suddetta attività, per le modalità con le quali viene svolta, può assumere rilievo ai fini della valutazione della professionalità del candidato a un'assunzione. Occorre segnalare, tuttavia, che la questione è molto controversa. La stessa Corte di giustizia UE, nelle rare occasioni in cui si è trovata a valutare la conformità al divieto di discriminazione sulla base del sesso della considerazione del servizio militare o civile di leva ai fini dell'accesso al lavoro, ha mostrato un atteggiamento piuttosto permissivo. Pur considerando la previsione della legge tedesca che accorda preferenza nell'accesso al tirocinio per le professioni legali a chi ha svolto il servizio di leva una discriminazione indiretta, infatti, la Corte ha poi ritenuto che essa non contrasti con il divieto di discriminazioni perché sorretta da ragioni obiettive e ispirata soltanto dalla «volontà di contribuire a compensare il ritardo che deriva dall'assolvimento del servizio militare o civile obbligatorio»[15]. Secondo una sentenza successiva, tuttavia, «il ritardo nella carriera professionale dei chiamati alla leva è una conseguenza inevitabile della scelta compiuta dallo Stato membro in materia di organizzazione militare» e non obbliga lo Stato a introdurre misure compensative[16]; tanto più che detto ritardo potrebbe essere visto come un «vantaggio specifico per le donne, che compensi in parte i periodi di interruzione del lavoro collegati alla maternità e all'educazione dei figli»[17]. Nella stessa sentenza, del resto, la Corte osserva che proprio il servizio di leva può offrire vantaggi ulteriori, come una formazione complementare o l'accesso alla carriera militare, che di per sé possono essere considerati sufficienti a compensare il ritardo suddetto; aggiungere a questo anche la considerazione del servizio militare *in sé e per sé* come titolo preferenziale per l'accesso all'impiego pubblico sembra costituire dunque una discriminazione nei confronti delle donne.

13. Tribunale Varese 4 giugno 2013, inedita a quanto consta.

14. Oltre alle sentenze citate nelle due note precedenti, si v. TAR Lazio 18 gennaio 2010, n. 325, in *Foro Amm.*, TAR, 2010, I, pp. 197 e ss.

1.3 *Richiesta di occuparsi di allieva disabile e discriminazione sulla base del sesso*

Un caso interessante è quello affrontato di recente dal Tribunale di Catanzaro[18] in ordine a una presunta discriminazione collettiva posta in essere da un dirigente scolastico. I fatti sono i seguenti: in una scuola, il dirigente scolastico aveva chiesto ai soli collaboratori scolastici di sesso femminile la disponibilità a occuparsi di un'alunna disabile. A fronte del rifiuto opposto dalla dipendente della sede interessata e della disponibilità invece manifestata da una collaboratrice addetta a una sede diversa, il dirigente scolastico dispone il trasferimento della prima nella sede della seconda e viceversa.

15. In questo senso CGCE 7 dicembre 2000, C-79/99, *Schnorbus c. Land Essen*, in *Foro It.*, 2001, V, cc. 62 e ss.

16. Così CGCE 11 marzo 2003, C-186/01, *Dory*, in *Foro It.*, 2003, IV, cc. 148 e ss (punti 40 e 41 della sentenza).

17. In questo senso si era espresso il Verwaltungsgericht Stuttgart nel sollevare la questione pregiudiziale poi decisa dalla Corte di giustizia CE nella sentenza *Dory*, citata nella nota precedente.

18. Trib. Catanzaro 17 luglio 2013, inedita.

Secondo la lavoratrice trasferita, la richiesta del dirigente scolastico alle sole lavoratrici integra gli estremi della discriminazione indiretta sulla base del sesso, dal momento che nulla vieterebbe agli uomini di occuparsi dell'alunna disabile, così come discriminatorio è da considerarsi il trasferimento disposto in seguito al rifiuto opposto dalla dipendente.

Al di là dei sentimenti che suscita una simile questione, occorre chiedersi se una richiesta di questo genere, cui è conseguito il trasferimento ad altra sede, possa essere considerata una discriminazione diretta, ovvero se la necessità di accudire un'alunna disabile possa essere considerata un'eccezione al divieto di discriminazione diretta sulla base del sesso. Ad avviso di chi scrive, infatti, il corretto inquadramento della fattispecie deve essere quello della discriminazione *diretta* sulla base del sesso, mentre non si può accettare la prospettiva della ricorrente, poi accolta anche dal TAR, secondo cui la richiesta rivolta solo alle lavoratrici donne costituirebbe una discriminazione *indiretta* sulla base del sesso. La nozione di discriminazione indiretta, come evidenziata dalla sentenza, implica la presenza di un atto, un comportamento, una prassi *apparentemente neutri* che mettono o possono mettere in una posizione di particolare svantaggio i lavoratori di un sesso rispetto ai lavoratori dell'altro, salvo il fatto che riguardano requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa. Ora, l'inquadramento come discriminazione *indiretta* della richiesta del dirigente falsa poi il ragionamento successivo del Tribunale, che va alla ricerca del particolare svantaggio, derivante per le donne dalla richiesta del dirigente, e non lo trova, «trattandosi di tutelare la dignità personale e il decoro di un'alunna disabile». Un'impostazione di questo genere potrebbe essere liquidata rapidamente come un (grossolano) errore di prospettiva, se non fosse che essa denuncia una scarsa dimestichezza dei nostri giudici con le nozioni di discriminazione e, più in generale, con il diritto antidiscriminatorio. Una lacuna che non si può giustificare a fronte della ricchezza degli studi e delle elaborazioni dottrinali in materia e, ancor di più, della natura particolarmente avanzata della nostra legislazione antidiscriminatoria.

Detto questo, però, per affrontare correttamente la questione posta dalla sentenza in esame occorre scinderla in due parti. Un primo problema riguarda la legittimità della richiesta alle sole donne della disponibilità ad assistere un'alunna disabile, giustificata sulla base del sesso dell'alunna e della necessità di salvaguardare la riservatezza e il decoro della medesima. Sulla risposta affermativa alla questione non sembra si possa dubitare, pur non esistendo precedenti particolarmente significativi in giurisprudenza, sicché il caso in esame ben potrebbe essere utilizzato come riferimento in situazioni simili. Si tratta, in questo caso, di un'ipotesi in cui il sesso costituisce una condizione essenziale e determinante per lo svolgimento di una data attività, tanto da giustificare una deroga al principio di parità di trattamento.

Per cercare di inquadrare correttamente il problema, pare opportuno partire dalla definizione di discriminazione diretta come «qualsiasi disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento, nonché l'ordine di porre in essere un atto o un comportamento, che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga»[19]. In questo caso, non sembra che la richiesta di assistere un'alunna disabile consista in un «trattamento meno favorevole», sempre che, ovviamente, si tratti di un'attività che rientra nelle mansioni che possono essere attribuite a una collaboratrice scolastica.

Se è così, come sembra, non pare che la richiesta del dirigente scolastico integri gli estremi della discriminazione diretta sulla base del sesso, trattandosi di esercizio del potere di specificazione delle mansioni della lavoratrice, ed essendo la scelta di una donna giustificata da ragioni, come si è detto, collegate alla particolare delicatezza dell'attività in questione. È ben vero che il divieto di discriminazione vale anche rispetto ai provvedimenti di assegnazione delle mansioni, ma anche qualora si volesse ritenere che in questo caso detta assegnazione si concretizzi in un trattamento meno favorevole, trattandosi (come sottolinea la ricorrente) di mansioni particolarmente gravose, si dovrebbe concludere per la legittimità della richiesta sulla scorta dell'osservazione per cui il sesso, in questo caso, rappresenta una condizione determinante per lo svolgimento dell'attività richiesta dal datore di lavoro. Le eccezioni al divieto di discriminazione diretta sono, com'è noto, limitate[20], ma la giurisprudenza europea ha ritenuto ammissibile la deroga al principio di parità di trattamento prevista per la professione di levatrice dalla legislazione del Regno Unito, sulla scorta della considerazione che per quell'attività «il rispetto della sensibilità della paziente è assolutamente necessario»[21]. Il

19. Sulle nozioni di discriminazione diretta e indiretta, a partire dalla l. n. 125/1991, si v. M. Barbera, *La nozione di discriminazione*, in T. Treu, M.V. Ballestrero, a cura di, *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro. Commentario sistematico alla l. 10 aprile 1991, n. 125*, in *Nuove leggi Civ. Comm.*, 1994, pp. 46 e ss.; D. Izzi, *Eguaglianza e differenze...*, cit., pp. 58 e ss., nonché le Autrici citate nella nota successiva.

20. Sul punto si vv. M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza...*, cit., p. 201 ss.; D. Izzi, *Eguaglianza e differenze...*, cit., pp. 58 e ss.; L. Guaglianone, *Le discriminazioni basate sul genere*, in M. Barbera, a cura di, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffré, 2007, spec. pp. 259 e ss.; per l'analisi della nozione di discriminazione diretta e delle relative eccezioni dopo le modifiche al Codice delle pari opportunità introdotte dal d.lgs. n. 5/2010 si v. L. Calafà, *Il codice delle pari opportunità dopo il recepimento della dir. 2006/54/CE: profili sostanziali*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2010, N. 3, spec. pp. 560 e ss.

21. CGCE 8 novembre 1983, C-165/82, *Commissione vs Regno Unito*, in *Racc.*, 1983, I, pp. 3431 e ss. In dottrina si v. S. Burri, *Come interpretare il concetto di requisiti determinanti per l'esercizio dell'attività lavorativa?*, reperibile sul sito www.era-comm.eu.

punto più delicato, per questo aspetto, è se l'eccezione rappresentata dai casi in cui il riferimento al sesso costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività, prevista espressamente solo per le selezioni pubbliche e private dall'art. 27, comma 5, del Codice in materia di pari opportunità, abbia invece carattere generale, come del resto ritiene la dottrina maggioritaria e come sembra potersi ricavare dalla formulazione della direttiva comunitaria[22]. Se è così, si deve ritenere che l'eccezione possa essere invocata anche per l'assegnazione di mansioni che, come in questo caso, debbano essere svolte necessariamente da persone appartenenti a un sesso, per tutelare il diritto alla riservatezza e all'intimità della persona coinvolta.

Un approccio parzialmente diverso deve essere svolto in relazione al trasferimento disposto in seguito al rifiuto della ricorrente di assumere l'incarico proposto dal dirigente. In questo caso, da quanto emerge dalla sentenza, la scelta del dirigente è stata determinata dal fatto che una collaboratrice assegnata a una sede diversa si era detta disponibile a occuparsi dell'alunna disabile, il che rendeva necessario il trasferimento della suddetta collaboratrice e la sua sostituzione con altra collaboratrice (o altro collaboratore) operante presso la sede dell'alunna. Il fatto, cioè, che la scelta sia ricaduta sulla ricorrente è stato determinato unicamente dal rifiuto di quest'ultima, ma non appare necessitato dall'esigenza organizzativa che la cura dell'alunna disabile aveva posto: in altre parole, la soluzione adottata dal dirigente sembra corretta, ma la scelta non necessariamente doveva ricadere sulla ricorrente.

Ciò che non è chiaro, in questa vicenda, è il legame tra il rifiuto di occuparsi della studentessa e il trasferimento. Dalla lettura del provvedimento, tuttavia, sembra emergere che il potere del dirigente sia stato esercitato in questo modo per garantire la presenza in ciascun plesso scolastico di almeno una donna tra i collaboratori. A quanto è dato di capire, la ricorrente era l'unica addetta donna della sede di partenza e la «sostituta» l'unica presente nella sede di destinazione, il che escluderebbe la riconduzione a una discriminazione (e anche alla ritorsione) dell'operato del dirigente. Sul punto, però, si possono sollevare alcune perplessità: mentre la scelta di una donna per l'assistenza dell'alunna disabile può ritenersi giustificata, come si è osservato, nel caso del trasferimento conseguente al rifiuto occorreva almeno porsi la questione della conformità al principio di parità della scelta della ricorrente, nonché della natura punitiva e ritorsiva dell'atto dirigenziale.

22. È opportuno ricordare che fino all'approvazione del Codice in materia di pari opportunità le eccezioni al divieto di discriminazione diretta riguardavano i settori della moda e dello spettacolo, secondo le previsioni della l. n. 903/1977. Sul carattere di previsione generale dell'art. 27, comma 5, del d.lgs. 198/2006, si v. le osservazioni di P. Chieco, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, I, pp. 575 e ss.; L. Calafà, *Il codice...*, cit., p. 562; L. Guaglianone, *op. cit.*, pp. 273 e ss.; D. Izzi, *op. cit.*, pp. 126 e ss.

3. DISCRIMINAZIONI E DIRITTI LEGATI ALLA MATERNITÀ

Un altro gruppo di sentenze della magistratura calabrese riguarda le discriminazioni sulla base della maternità e il riconoscimento dei diritti e delle agevolazioni collegate alla maternità/paternità. Anche in questo caso le pronunce che si illustreranno nel prosieguo del lavoro risultano significative, così come significativa è la partecipazione al giudizio della Consigliera di parità.

3.1 *Maternità e partecipazione alle prove di concorso*

La prima sentenza che si commenta riguarda un caso praticamente di scuola in materia di discriminazioni sulla base della maternità[23]. In un concorso per un posto di dirigente biologo presso l'Agenzia Regionale Protezione Ambiente una partecipante, avendo superato la prova scritta, chiede di poter posticipare la prova orale, prevista in una data di poco precedente quella inizialmente prevista per il parto. La Commissione, facendo leva su una norma regolamentare secondo la quale il differimento della prova orale è possibile solo per gravi e comprovati motivi e solo quando la prova è programmata in più giorni, nega alla candidata il posticipo della prova, ma le comunica che potrà sostenerla, sempre il medesimo giorno, in una sede diversa. La candidata accetta, ma il giorno della prova comunica la sua impossibilità a presentarsi, avendo partorito il giorno prima. Nonostante ciò, la Commissione esclude la candidata e procede con l'approvazione degli atti del concorso.

La candidata ricorre dunque contro il provvedimento di approvazione degli atti del concorso; la causa vede l'intervento *ad adiuvandum*, secondo le previsioni dell'art. 36 del d.lgs. n. 198/2006, della Consigliera di parità.

La sentenza del TAR è estremamente sintetica, proprio perché il caso è di quelli che non richiedono un approfondimento particolare. L'operato della Commissione, cioè, è così palesemente illegittimo che ciò che stupisce non è tanto la conclusione cui arriva la Corte, bensì il fatto che l'ente abbia provveduto tranquillamente all'approvazione degli atti del concorso[24], senza porsi

23. Di «caso evidente di discriminazione» parla M. Ranieri nel commentare la stessa sentenza. Si v. TAR Calabria 10 giugno 2010, n. 1134, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, II, pp. 138 e ss., con nota di M. Ranieri, *Tutela della maternità e concorso pubblico: un caso evidente di discriminazione*.

24. In tal senso mi sembrano anche andare le osservazioni di M. Ranieri, *op. cit.*, spec. pp. 144 e ss.

neppure il problema della violazione del divieto di discriminazione sulla base della maternità che il suo operato comportava.

Come esattamente osservato dal tribunale amministrativo, «la situazione della gravidanza impone alla p.a. di 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». In questo caso, poi, il differimento di qualche giorno della prova orale non avrebbe comportato alcun pregiudizio all'interesse della p.a. al corretto e celere svolgimento delle procedure concorsuali, a nulla ostando la previsione del regolamento dell'ente che non può certamente porsi in contrasto con i principi costituzionali e con le norme di legge ordinaria che assicurano la parità tra i sessi nell'accesso al lavoro. Tra l'altro, la possibilità di differimento delle prove orali di un concorso in ragione di «gravi e comprovati motivi», tra i quali rientra senz'altro la maternità, è da tempo ammessa anche in giurisprudenza[25]. In particolare, secondo la giurisprudenza, pur non essendovi alcuna norma che imponga alla commissione di un concorso il differimento delle prove d'esame di un candidato, non c'è neppure nessuna norma che lo vieti; perciò, spetta alla commissione stessa valutare l'opportunità di un rinvio della prova qualora sussistano gravi motivi e quando il differimento non pregiudichi l'interesse al buon andamento della p.a.[26]. Occorre segnalare, in proposito, che la giurisprudenza ammette la possibilità (se non, come nel caso in commento, la doverosità) di differimento esclusivamente con riguardo alle prove orali, mentre per le prove scritte sembra prevalere l'interesse della p.a. al buon andamento, nonché il principio di imparzialità, che impongono lo svolgimento contemporaneo delle selezioni concorsuali[27]. Di recente, tuttavia, in una selezione interna per il passaggio dall'area funzionale «B» all'area «C», è stato consentito, con l'avallo del Consiglio di Stato, lo svolgimento di prove suppletive per le concorrenti in astensione obbligatoria per maternità e per coloro che non avevano potuto partecipare alla selezione per «gravi e comprovati motivi»[28]. Si tratta di una possibilità che deve essere considerata positivamente, nell'ottica del rispetto della parità di opportunità nell'accesso al lavoro pubblico e nella progressione di carriera. Si può perciò auspicare che una prassi di questo genere abbia una diffusione maggiore, una volta che si verifichi, come è avvenuto nel caso di specie, che il differimento delle prove scritte non incide sul buon andamento e sulle esigenze di imparzialità della p.a.

25. In relazione al differimento delle prove orali a causa della gravidanza si v. Trib. Roma 16 luglio 2003, in *Giur. Romana*, 2004, pp. 67 e ss.

26. TAR Bari 14 maggio 2003, n. 1939, in *Foro Amm.*, *T.A.R.*, 2003, p. 1754.

27. In questo senso si esprime Cons. Stato 3 dicembre 2002, n. 2155, in *Foro Amm.*, *C.d.S.*, 2003, pp. 271 e ss.

28. La notizia si ricava dalla sentenza Cons. Stato 21 ottobre 2013, n. 5107, inedita a quanto consta, reperibile sul sito del Consiglio di Stato, all'indirizzo www.giustizia-amministrativa.it, relativa al caso di una procedura selettiva nell'ambito della quale l'Amministrazione aveva fissato due prove scritte, svoltesi regolarmente, e una sessione di recupero.

3.2 *Maternità e proroga del contratto a tempo determinato*

Il caso affrontato recentemente dal Tribunale di Crotone riguarda il mancato rinnovo del contratto a tempo determinato di una lavoratrice in gravidanza[29]. Si tratta di un caso che ha qualche precedente, anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia, perché la questione del rifiuto di assumere a tempo determinato una donna in gravidanza viene spesso motivata con ragioni di carattere organizzativo. Nel caso di specie, la ricorrente era stata assunta dall'ASP di Crotone, con contratto a tempo determinato, dal 6.10.2010 fino al 31.10.2010 come farmacista dirigente per il servizio farmaceutico territoriale. Subito dopo l'assunzione, la dipendente aveva chiesto e ottenuto l'astensione anticipata dal lavoro; dal 15 novembre 2010 la stessa aveva fruito dell'astensione obbligatoria dal lavoro (il congedo di maternità) fino al 30 aprile 2011.

Nel frattempo, l'ASP di Crotone, adducendo necessità di riduzione dei costi, decise di rinnovare solo due dei quattro contratti a termine scaduti alla fine di dicembre del 2010 (uno per il servizio ospedaliero e uno per il servizio farmaceutico) e conseguentemente escluse la ricorrente. Nel sostenere la legittimità della propria scelta, l'ASP ha fatto leva sulla natura discrezionale del potere organizzativo della pubblica amministrazione come datore di lavoro «sia nel ridurre il personale che nell'organizzare il piano lavorativo», sicché l'esercizio di detto potere non potrebbe essere sindacato sotto il profilo della violazione dei divieti di discriminazione.

Anche in questo caso il ricorso viene promosso dalla Consigliera di Parità, in rappresentanza della lavoratrice discriminata; si tratta, in particolare, di un ricorso ex art. 38 del Codice per le pari opportunità, che riprende il procedimento già previsto dall'art. 15 della l. n. 903/77 e dall'art. 4 della l. n. 125/1991; un procedimento particolarmente rapido, con cognizione sommaria nella prima fase[30]. La sentenza che si commenta chiude la fase di opposizione al decreto che aveva accolto il ricorso. Il Tribunale conferma il decreto emesso contro l'ASP di Crotone, che aveva dichiarato discriminatoria la con-

29. Trib. Crotone 20 marzo 2013, n. 866, inedita a quanto consta.

30. Per l'analisi delle azioni in giudizio previste dal codice per le pari opportunità si v. L. Curcio, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in M. Barbera, a cura di, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffré, 2007, pp. 529 e ss.

dotta dell'ente, condannandolo al risarcimento del danno alla lavoratrice, danno commisurato alle retribuzioni che ella avrebbe percepito se fosse stato prorogato il contratto.

La conclusione è senz'altro corretta; nella motivazione il giudice sottolinea come la discrezionalità di cui certamente gode la pubblica amministrazione (come qualunque altro datore di lavoro) nelle scelte organizzative non è affatto illimitata, dovendo «fare i conti» con i divieti di discriminazione. I divieti di discriminazione, infatti, operano come limiti esterni al potere direttivo e organizzativo del datore di lavoro, che non può dispiegarsi in contrasto con essi[31]. Se così non fosse, peraltro, se cioè il datore di lavoro potesse addurre sempre ragioni di carattere organizzativo per giustificare la violazione dei divieti di discriminazione, l'effettività dei suddetti divieti sarebbe pressoché nulla.

Tornando poi alla questione centrale della controversia, si può ricordare che la stessa Corte di giustizia dell'UE aveva già avuto modo di segnalare come il mancato rinnovo del contratto di lavoro a tempo determinato, motivato dallo stato di gravidanza della lavoratrice, costituisse una discriminazione diretta basata sul sesso, come tale incompatibile con le previsioni della direttiva n. 76/207/CE[32]. Il mancato rinnovo del contratto, secondo la Corte, deve essere considerato come «un rifiuto di assunzione per motivo di gravidanza di una lavoratrice pur giudicata idonea a svolgere l'attività di cui trattasi»[33], rifiuto che ricade nel divieto previsto dalla citata direttiva.

La questione del possibile diniego di assunzione in ragione dell'inutilizzabilità della lavoratrice in gravidanza è stata affrontata da tempo dalla Corte di giustizia, che aveva ritenuto contrario al diritto comunitario il rifiuto di assumere una donna incinta a causa di un divieto previsto dalla legge nazionale che impediva di adibire la lavoratrice al lavoro dall'inizio e per tutta la durata della gravidanza[34]. La Corte precisa, sulla scorta della giurisprudenza precedente[35], che il rifiuto di assunzione a causa dello stato di gravidanza «non può trovare

31. Sui divieti di discriminazione come limiti ai poteri del datore di lavoro si v. M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit., pp. 51 e ss.; in generale sui limiti al potere direttivo si v. A. Perulli, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Padova, Cedam, 1992, spec. pp. 155 e ss.

32. CGCE 4 ottobre 2001, C-438/99, *Jimenez Melgar*, in *Foro It.*, 2001, IV, cc. 37 e ss.

33. CGCE 4 ottobre 2001, C-438/99, *Jimenez Melgar*, cit., punto 46 della sentenza.

34. CGCE 3 febbraio 2000, C-207/99, *Mahlburg*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, p. 499, con nota di L. Corazza.

35. CGCE 8 novembre 1990, C-177/88, *Dekker*, in *Cons. Stato*, 1992, II, pp. 751 e ss. Nella sentenza la Corte ha affermato che il rifiuto di stipulare un contratto di lavoro con una donna in gravidanza costituisce una discriminazione diretta sulla base del sesso «nel caso in cui detto rifiuto si basi sulle eventuali conseguenze, dannose per il datore di lavoro, dell'assunzione di una

giustificazione in motivi relativi al danno finanziario a carico del datore di lavoro [...] causato dal fatto che la donna incinta non possa occupare, durante il periodo della sua gravidanza, il posto in questione». L'inutilizzabilità temporanea della prestazione di lavoro della lavoratrice dovuta allo stato di gravidanza non legittima dunque il datore di lavoro a rifiutare l'assunzione, neppure se il contratto è a tempo determinato; in questo senso, del resto, è orientata anche la nostra giurisprudenza. Secondo le pronunce più recenti, il rifiuto della p.a. di stipulare un contratto a termine con una candidata risultata idonea in base alla graduatoria, rifiuto determinato dallo stato di gravidanza, costituisce una discriminazione diretta sulla base del sesso e apre la strada al risarcimento del danno, generalmente quantificato sulla base dell'importo delle retribuzioni che la lavoratrice avrebbe ricevuto se il rapporto di lavoro fosse stato instaurato[36]. Peraltro, sempre secondo la giurisprudenza nazionale, dalle clausole generali di correttezza e buona fede non si può ricavare nessun obbligo in capo alla lavoratrice di avvertire il datore di lavoro del proprio stato di gravidanza prima dell'assunzione, neppure quando si tratti di assunzione a tempo determinato[37]. La conclusione che si ricava dall'analisi di questa giurisprudenza è che il costo e l'eventuale disagio organizzativo collegato all'assenza per gravidanza non possono essere invocati a sostegno di un rifiuto di assunzione né, tantomeno, del recesso anticipato del datore di lavoro da un contratto a termine[38].

Il caso esaminato dal Tribunale di Crotone si pone nel solco della giurisprudenza appena illustrata; assimilando il mancato rinnovo del contratto al diniego di assunzione, è giocoforza poi desumerne l'illegittimità sulla base della violazione del divieto di discriminazione (diretta) sulla base del sesso. In questo caso, tra l'altro, la novità della sentenza in commento deriva dal fatto che l'ASP non aveva semplicemente negato il rinnovo alla ricorrente, ma aveva scelto di rinnovare il contratto a un'altra farmacista, sulla base della decisione di riduzione dei costi che imponeva (stando a quanto sostenuto dall'ente) di stipulare un solo contratto in luogo dei due precedenti. Anche la scelta tra le due possibili titolari del contratto deve essere esente da ogni discriminazione sulla base del sesso e poiché, secondo il Tribunale, la ricorrente aveva fornito sufficienti indizi dell'esistenza di una discriminazione diretta sulla base del sesso, spetta al datore di lavoro dimostrare che il suo comportamento non è di-

donna incinta, che scaturiscono dalle norme che equiparano l'impedimento a svolgere un'attività per gravidanza e parto all'impedimento a svolgere un'attività per malattia».

36. In questo senso Trib. Prato 10 settembre 2010, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2010., pp. 1063 e ss., con nota di L. Amoriello.

37. Cass. 6 luglio 2002, n. 9864, in *Lav. Giur.*, 2002, pp. 1066 e ss., con nota di A. Piovesana.

38. Trib. Pavia 28 aprile 2011, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2011, pp. 96 e ss.

scriminatorio. La conclusione è corretta e conforme alla ricostruzione del principio di parità come limite agli atti discrezionali del datore di lavoro. La sentenza è importante proprio per questi profili, perché contribuisce a chiarire la portata dei divieti di discriminazione e la loro incidenza sugli atti datoriali, portata non sempre esattamente compresa dalla giurisprudenza.

3.3 *Maternità e assegnazione a sede diversa*

L'ultimo provvedimento sul quale vale la pena di svolgere alcune osservazioni è una decisione non recentissima[39], ma indubbiamente interessante per il tema trattato, del Tribunale di Crotone in materia di provvedimenti di trasferimento per ragioni familiari. La sentenza è interessante perché di nuovo si pone un problema di contemperamento delle esigenze familiari con le esigenze organizzative della p.a.

Il caso è, nelle sue linee essenziali, abbastanza semplice. Una dipendente della Direzione Territoriale del Lavoro (d'ora in avanti DTL) di Crotone chiede di essere assegnata alla DTL di Cosenza ai sensi dell'art. 42-*bis* del d.lgs. n. 151/2001, che prevede la possibilità per il dipendente pubblico con figli minori fino a tre anni di età di essere assegnato temporaneamente a una sede di servizio collocata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa, a condizione che nella sede di destinazione vi sia un posto vacante e disponibile corrispondente alla posizione professionale del richiedente e che le amministrazioni di provenienza e destinazione prestino il proprio assenso. Di fronte al diniego opposto dalla p.a. alla richiesta, la dipendente propone un ricorso ex art. 700 c.p.c.[40]; nel corso del giudizio svolgeva intervento *ad adiuvandum* la Consigliera di parità. Il ricorso si conclude con l'ordinanza di rigetto sul presupposto della mancanza delle condizioni richieste dall'art. 42-bis per la concessione dell'assegnazione temporanea, in particolare la condizione di disponibilità del posto vacante, che risulta essere decisiva per l'effettività del diritto riconosciuto dalla previsione.

Si deve osservare, preliminarmente, che la dottrina appare divisa sulla qualificazione della posizione giuridica del dipendente come interesse legittimo o diritto soggettivo[41], proprio per il fatto che, pur essendo l'assegnazione temporanea subordinata alla presenza di presupposti ben precisi, resta sempre ferma la discrezionalità della p.a. nell'accettare o meno la richiesta del dipendente. Tuttavia, sembra più condivisibile la riconduzione di detta posizione al diritto soggettivo, sia pure sottoposto a limiti e condizioni, secondo la ricostruzione in tal senso svolta dalla giurisprudenza[42].

Come si è accennato, in particolare, le condizioni «oggettive» alle quali è subordinato il diritto in questione sono la vacanza del posto nell'amministrazione di destinazione e la disponibilità dello stesso. Secondo la giurisprudenza formatasi in argomento, la disponibilità del posto si ha quando la p.a. manifesta la volontà di ricoprire il posto vacante, ad esempio attraverso un bando di concorso. In assenza di detta manifestazione di volontà, deve escludersi la sussistenza in capo al dipendente del diritto previsto dalla norma citata[43].

A ciò si deve aggiungere che la p.a., anche in presenza dei presupposti oggettivi di applicazione della norma, gode di un margine di discrezionalità nella decisione, che deve essere espressamente comunicata al dipendente[44]. La norma richiede infatti il consenso della p.a. (sia di provenienza che di destinazione) e la motivazione del dissenso; la giurisprudenza ha sottolineato, in proposito, che nella decisione sulla richiesta del dipendente occorre operare un «bilanciamento tra l'interesse del lavoratore a realizzare l'unità familiare e l'interesse dell'Amministrazione all'efficienza ed efficacia del servizio di pari rango costituzionale», sicché deve ritenersi sufficientemente motivato il diniego quando l'amministrazione faccia valere che nella sede di appartenenza del dipendente vi è una situazione di carenza di organico tale per cui il trasferimento, sia pure temporaneo, creerebbe difficoltà operative[45]. In altre parole, attraverso il provvedimento di rigetto dell'istanza, l'amministrazione fa valere le esigenze di corretta e funzionale organizzazione degli uffici di appartenenza del dipendente, sulle quali la giurisprudenza non esercita, a quanto sembra, un controllo di merito. Le (poche) sentenze finora pronunciate sullo specifico punto dimostrano che una volta che l'organico di provenienza del dipendente non è sovrabbondante, la giustificazione della p.a. circa la possibile compromissione del regolare svolgimento del servizio derivante dall'assenza del/della

39. Trib. Crotone 9 ottobre 2008, inedita.

40. La giurisprudenza ammette, in questo caso, l'utilizzazione del procedimento di urgenza proprio perché il periodo necessario per far valere il diritto in via ordinaria potrebbe frustrare l'interesse del dipendente, dato che il suddetto diritto è riconosciuto per i primi tre abbi di vita del bambino.

41. Si v. in proposito, per l'inquadramento come interesse legittimo, S. Castiglione, *Assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti di amministrazioni pubbliche*, in *Altalex*, 22 settembre 2005, http://www.altalex.com/index.php?idnot=481; in senso diverso A. Greco, *Ricongiungimento familiare e art. 42 bis legge 151/2001*, in www.laleggepertutti.it.

42. Trib. Reggio Emilia 9 novembre 2005, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2006, pp. 397 e ss., con nota di M. Ferretti, *Assegnazione temporanea di dipendenti nelle pubbliche amministrazioni: previsione a tutela della maternità e paternità.*

43. Trib. Milano 19 luglio 2012, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pp. 1359 e ss., con nota di S. Di Stasi, *Assegnazione provvisoria del lavoratore: presupposti per la fruizione del beneficio e potere discrezionale della p.a.*, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

44. Per la necessità di una risposta espressa della p.a. si v. TAR Lazio, Roma, 4 aprile 2011, n. 2931, in *Foro Amm.*, T.A.R., 2011, 4, p. 1236; TAR Lazio, Latina, 29 agosto 2008, n. 1006, in *Foro Amm.*, T.A.R., 2008, p. 2107.

dipendente è sufficiente a legittimare il diniego[46]. Vi sono, a dire il vero, alcune pronunce di segno diverso che, mettendo in evidenza il particolare rilievo dell'interesse perseguito dall'art. 42-bis, sottolineano come l'amministrazione debba «analizzare con particolare attenzione la situazione dell'ufficio di provenienza onde verificare, dandone specificamente conto in motivazione, se ed in che termini l'accoglimento della domanda della ricorrente porterebbe all'ufficio di appartenenza un concreto, effettivo ed irrimediabile disagio, tale da indurre a ritenere che le esigenze di servizio debbano avere priorità rispetto alla tutela della maternità costituzionalmente sancita»[47].

Una simile posizione sembra essere la più corretta, alla luce degli interessi in gioco e del loro rilievo costituzionale; proprio la giurisprudenza amministrativa, del resto, aveva messo in luce come il fondamento del diritto in esame nella previsione dell'art. 29 Cost. ne imponesse l'interpretazione più ampia possibile. In quest'ottica, l'art. 42-bis è stato ritenuto applicabile, da un lato, anche al personale in regime di diritto pubblico (e non solo al personale civile delle pubbliche amministrazioni)[48] e, dall'altro, ai trasferimenti interni alla stessa amministrazione (e non solo ai trasferimenti tra amministrazioni diverse, come una prima lettura della norma aveva fatto supporre)[49].

Certo, in questo caso l'assenza del requisito della disponibilità del posto vacante è risultata decisiva per il rigetto dell'istanza; si tratta di una condizione particolarmente restrittiva che, tenuto conto della temporaneità del trasferimento, potrebbe forse ritenersi superabile dalla pubblica amministrazione, alla quale è riconosciuto un notevole margine di discrezionalità nella valutazione dell'istanza medesima.

45. TAR Lazio, Latina, 1 ottobre 2009, n. 884, in *Il Civilista*, 2010, 6, pp. 82 e ss.

46. Si v. in termini TAR Calabria, Reggio Calabria, 12 maggio 2008, n. 249, secondo cui «la sufficienza della motivazione emerge dalla considerazione logica che se un certo organico è richiesto per assicurare il regolare svolgimento del servizio, la sua riduzione ne determina la compromissione; il che vale a dire, in altri termini, che se un certo numero di unità lavorative è sufficiente (e non eccessivo) per lo svolgimento dei compiti di ufficio, la mancanza di un dipendente rende l'organico insufficiente e giustifica gli effetti negativi sul regolare svolgimento del servizio, senza che a ciò sia necessario aggiungere altro sotto il profilo della esplicazioni delle ragioni giustificative».

47. TAR Friuli Venezia-Giulia 26 aprile 2005, n. 240, inedita a quanto consta.

48. Sull'applicabilità dell'art. 42 bis alle Forze Armate si v. da ultimo Cons. Stato 16 dicembre 2013, n. 6016 e Cons. Stato 22 novembre 2013, inedite; in senso contrario, però, si v. Cons. Stato 13 giugno 2012, n. 2294, in *Foro Amm.*, *CdS*, 2012, 6, p. 1670. Per l'applicabilità della previsione anche ai magistrati TAR Lazio, Roma, 14 febbraio 2008, n. 1349, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2008, 4, pp. 439 e ss.

49. TAR Lazio, Roma, 4 febbraio 2013, n. 1155, in *Foro Amm.*, TAR, 2013, 2, pp. 481 e ss.; in senso contrario si v. Cons. Stato 30 settembre 2011, in *Foro Amm.*, *CdS*, 2011, 9, p. 2904.

Le norme statutarie regionali sulle pari opportunità tra i sessi: dai giudici amministrativi alla Corte costituzionale e ritorno*

DI CARMELA SALAZAR**

1. PREMESSA

La discussione sulle azioni positive in favore delle donne si è infittita, nel nostro Paese, in seguito alla modifica «in due tempi» delle norme costituzionali sull'uguaglianza tra i sessi, condotta dapprima attraverso l'inserimento dell'art. 117, c. 7, nel tessuto della riforma del Titolo V (l. cost. n. 3/2001) e, poi, mediante la revisione del c. 1 dell'art. 51 (l. cost. n. 1/2003). Dinanzi all'attribuzione alle leggi regionali del compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono la piena parità degli uomini e delle donne nei diversi ambiti della vita pubblica e all'affidamento alla Repubblica della promozione delle pari opportunità tra gli uni e le altre quale presupposto per l'accesso in condizioni di uguaglianza agli uffici pubblici e alle cariche elettive, restano pochi dubbi circa la speciale attenzione che la Carta rivolge alle «questioni di genere»[1].

Le ragioni che hanno indotto il Parlamento ad arricchire le disposizioni fondamentali sulla parità tra uomini e donne – e a introdurre norme analoghe negli statuti speciali: v. l. cost. n. 2/2001 – possono essere variamente ricostruite. Di certo, un ruolo importante va ascritto al *pressing* costante dell'Unione europea verso l'eliminazione del *gap* tra i sessi, come può desumersi dalla circostanza che anche altri Stati membri hanno varato riforme analoghe in un arco di tempo molto vicino[2]; né vanno sottovalutati gli obblighi scaturen-

* Il saggio è destinato agli Scritti in onore di Antonio D'Atena.

** Professoressa di Diritto Costituzionale presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria.

1. Per tutti, v. Aa. Vv., *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, 2002.

2. Revisioni costituzionali in tema di uguaglianza tra i sessi si sono susseguite nel 1994 in Germania, nel 1997 in Portogallo, nel 1999 in Francia e nel 2002 in Belgio. In Gran Bretagna, sempre nel 2002, sono state introdotte modifiche alla legislazione elettorale, mentre in Spagna è stata approvata, a Costituzione invariata, l'ampia *ley organica* n. 3/2007. In argomento, v. M. Caielli, *Le azioni positive in materia elettorale nell'ordinamento francese*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, pp. 1448 e ss.; M. Mazza, *Francia: modifiche della legislazione elettorale*, *ivi*, 2000, pp. 1034 e ss.; A. Deffenu, *La parità tra i sessi nella legislazione elettorale di alcuni Paesi europei*, in *Dir. pubbl.*, 2001, pp. 626 e ss.; M. Montalti, *La rappresentanza dei sessi in politica diviene una*