



Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

Consiglio di Stato
Tribunali Amministrativi Regionali

News n. 130 del 18 dicembre 2023
a cura dell'Ufficio del massimario

Va retrodatata la nomina in ruolo, da parificarsi a quella dei colleghi vincitori dello stesso concorso, della vice-ispettrice di polizia penitenziaria, che abbia dovuto posporre la frequentazione del corso di formazione, a causa della sopraggiunta maternità

Corte costituzionale 4 dicembre 2023, n. 211; Pres. Barbera, Red. D'Alberti.

Polizia penitenziaria – Reclutamento nel ruolo ispettori - Ammissione a corso di formazione successivo causa maternità – Retrodatazione della nomina in ruolo ai fini giuridici – Mancata previsione– Incostituzionalità.

Sono incostituzionali, in riferimento agli artt. 3, 31 e 37 Cost., gli 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 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. (1)

(1) I - La q.l.c., relativa alle norme citate in massima, era stata sollevata dall'ordinanza del Cons. Stato, sez. II, 18 gennaio 2023, n. 12, nella parte in cui dette disposizioni non prevedevano 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, comma 1°, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, agli artt. 2, paragrafo 2, lett. c), e 14, paragrafo 1, lett. 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.

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».

II - Questo in sintesi il percorso motivazionale della Corte:

- a) nell'ordinamento del personale del Corpo di Polizia penitenziaria, stabilito dal d.lgs. 30 ottobre 1992, n. 443, 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);
- b) l'art. 28, al comma 4, d.lgs. n. 443 del 1992 stabilisce 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;
- c) l'art. 27, comma 2, d.lgs. n. 443 del 1992 regola gli effetti dei periodi di assenza dal lavoro previsti dalle disposizioni sulla tutela delle lavoratrici madri e consente alle allieve, assenti dal corso di formazione per maternità, di partecipare al primo corso successivo ai periodi di assenza dal lavoro;
- d) il richiamo all'assenza determinata da maternità, contenuto nella disposizione citata, deve intendersi riferito agli istituti puntualmente disciplinati dal d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 ("Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità [...]");
- e) il d.lgs. n. 151 del 2001 succ. mod. 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, lett. *a*, *b* e *c*). È inoltre prevista la cd. interdizione anticipata dal lavoro (art. 17, comma 2), 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;

- f) in effetti, pur consentendo la partecipazione al corso di formazione successivo al periodo di assenza, la disciplina posta dalle disposizioni censurate non consentiva 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;
- g) in merito, va ricordato che la giurisprudenza amministrativa, con orientamento costante, ha stabilito che la retrodatazione della nomina ha carattere eccezionale e, pertanto, non è suscettibile di interpretazioni estensive (Cons. Stato, sez. II, sentenze 29 agosto 2022, n. 7498, e 22 luglio 2022, n. 6463; sez. IV, 27 novembre 2020, n. 7504; T.a.r. per il Lazio, sez. I-quater, 29 maggio 2023, n. 9056, e 7 maggio 2019, n. 5723); dunque, la retrodatazione richiede, ai fini della sua applicabilità, una norma espressa, che non si rinviene nel caso in esame;
- h) in particolare, l’art. 39, comma 1, lett. *b*), d.lgs. 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* all’art. 44 d.lgs. n. 95 del 2017; questa disposizione ha riconosciuto, *pro futuro*, 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;
- i) nella fattispecie concreta, dedotta in giudizio, 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; dunque, il ritardo nell’immissione in ruolo si riflette nella discriminazione delle vincitrici assenti dal corso per 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;

- j) 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 costituzionale 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»* (Corte cost. 22 novembre 2012, n. 257, in *Foro it.*, 2013, I, 33, in *Giur. cost.*, 2013, 1, 490, con nota di PESSI; Corte cost. 14 ottobre 2005, n. 385, in *Lav. giur.*, 2006, 870, con nota di LACARBONARA, in *Dir. relaz. ind.*, 2006, 4, 1139, con nota di FORTI, in *Giur. cost.*, 2005, 3793 con nota di CHIRULLI, in *Dir. e giust.*, 2005, 42, 18, con nota di DI MAOLO; Corte cost. 21 aprile 1993, n. 179, in *Foro it.*, 1993, I, 1333, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1419, 2317, con nota di BONAMORE, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 642, con nota di PINTO, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 143, con nota di SAETTA, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 625, con nota di DITTA);
- k) a tal 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, lett. c), direttiva 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, lett. a) e b), direttiva cit.). I principi posti da questa direttiva sono stati recepiti nel nostro ordinamento dal d.lgs. 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 d.lgs. 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»*;
- l) 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 (così: Corte di giustizia UE, sez. I, 6 marzo 2014, C-595/12, Napoli).

III - In ultimo, per completezza, può rammentarsi:

- m) sempre sulla discriminazione di genere, nel reclutamento del personale della Polizia penitenziaria, cfr. News UM n. 126 dell'11 dicembre 2023 (ivi una ampia casistica relativa anche alle Forze armate), concernente Cons. Stato, sez. I, parere 8

novembre 2023, n. 1449, secondo cui: “È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 44, commi 7, 8, 9 e 10 del d.lgs. n. 95 del 2017 e della allegata tabella 37, per contrasto con gli artt. 3 e 117, comma 1, della Costituzione, nella parte in cui distingue il numero dei posti messi a concorso per l’accesso alla qualifica iniziale di ispettore in base al sesso dei concorrenti”;

- n) in dottrina, per un commento alle scelte operate dalla codificazione militare con riguardo alla tutela antidiscriminatoria in generale, e femminile in particolare, v., in relazione al reclutamento, M. POLI, in *Commentario all’ordinamento militare*, a cura di R. DE NICTOLIS-V. POLI-V. TENORE, Roma, 2011, vol. IV, t. I, 194 ss.; in relazione alla posizione femminile in ambito militare, M. POLI, *ibid.*, 401 ss.

