

La Corte europea dei diritti dell'uomo esclude che possa considerarsi discriminatoria l'esclusione dell'indennità giudiziaria speciale (di cui all'articolo 3, comma 1, della legge n. 27 del 1981) nei confronti di un magistrato ordinario donna che abbia usufruito del congedo di maternità obbligatorio.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, sentenza 22 maggio 2018 - Cristaldi

Ordinamento giudiziario – Indennità giudiziaria – Astensione obbligatoria per maternità – Esclusione

Se, da un lato, il congedo di maternità mira a permettere alla madre di riprendersi dal parto e di allattare il neonato se lo desidera e che, dunque, per la sua stessa natura, è specifico delle donne e legato al sesso femminile, dall'altro lato, tuttavia, durante la fruizione di detto congedo, la lavoratrice (magistrato ordinario) non deve sostenere gli oneri che sono legati all'effettivo esercizio delle funzioni giudiziarie, con la conseguenza che, in tal caso, non configura una discriminazione legata al sesso il mancato riconoscimento dell'indennità giudiziaria speciale (prevista dall'art. 3 della legge n. 127 del 1981) che è dalla legge condizionata proprio all'effettivo sostenimento di detti oneri. (1)

(1) I. – Con la sentenza in rassegna la Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) pone la parola definitiva su una delicata questione in tema di discriminazione tra i sessi che era stata decisa, a livello nazionale, dapprima dal T.a.r. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, e poi, in appello, dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Sicilia, peraltro aderendo alla soluzione già prospettata dagli organi di giustizia amministrativa italiani.

Una donna, magistrato ordinario, in occasione della nascita del proprio figlio, era stata posta in astensione obbligatoria dal lavoro, secondo quanto previsto dall'(allora vigente) art. 4 della legge n. 1204 del 1971 (*"Tutela delle lavoratrici madri"*). Durante tale periodo aveva, però, continuato a percepire per intero il trattamento economico, compresa l'indennità giudiziaria speciale prevista dall'art. 3 della legge n. 27 del 1981 (*"Provvidenze per il personale di magistratura"*). Successivamente l'amministrazione ha agito per il recupero delle somme versate a tale titolo, sulla scorta di quanto (all'epoca) prevedeva la legge, posto che l'erogazione dell'indennità era espressamente esclusa per i periodi di astensione obbligatoria (solo a partire dal 2005, invero, con la novella introdotta dall'art. 1, comma 325, della legge n. 311 del 2004, l'indennità è stata riconosciuta per il periodo di astensione obbligatoria, rimanendo esclusa solo in caso di astensione facoltativa).

Impugnati gli atti di recupero dinnanzi al Giudice amministrativo, nell'ambito del giudizio di primo grado il T.a.r. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, aveva – per prima cosa – sollevato questione di costituzionalità del menzionato art. 3 della legge n. 27 del 1981, nella parte in cui (all'epoca) escludeva la corresponsione, durante i periodi di astensione

obbligatoria per maternità, della speciale indennità (ordinanza 24 giugno 2005, n. 267). La questione è stata però respinta con ordinanza di manifesta infondatezza della Corte costituzionale (ord. n. 290 del 14 luglio 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 1353) nella quale la Consulta ha richiamato la propria precedente giurisprudenza (inaugurata dalla sentenza n. 15 del 1995, in *Cons. Stato*, 1995, II, 21, 179, con nota di TENORE) di segno negativo, sostenendo che la stessa non potesse ripensarsi neanche alla luce dell'entrata in vigore, *medio tempore*, di una nuova disciplina organica della materia concernente la tutela ed il sostegno della maternità e della paternità (di cui al testo unico approvato con d.lgs. n. 151 del 2001), non presentando quest'ultimo caratteri di novità rispetto alla disciplina previgente, e ribadendo, in particolare – quanto al parametro della parità di trattamento della donna lavoratrice, *ex art. 37 Cost.* – che *“la mancata erogazione dell'indennità giudiziaria durante il periodo di astensione obbligatoria non vale a far considerare il trattamento complessivamente assicurato alla donna magistrato come insufficiente ai fini della tutela imposta dalla norma costituzionale”* (con richiamo alla propria sentenza n. 407 del 1996, in *Giust. civ.*, 1997, I, 593).

Riassunto il giudizio dinnanzi al T.a.r., quest'ultimo ha quindi respinto il ricorso della dipendente (sentenza n. 361 del 2009), richiamando *“il dato testuale dell'originario art. 3 della L. n. 27/1981 [il quale] non consente di accogliere la domanda”* e riferendosi pure ad altre e coeve pronunzie della stessa Corte costituzionale, recanti anch'esse rigetto della medesima questione di costituzionalità (si tratta, in particolare, delle ordinanze nn. 137 e 346 del 2008, entrambe in *Giur. cost.* 2008, 1710 ss. e 3830 ss. – la prima annotata da R. FABOZZI, *Astensione obbligatoria del personale di magistratura ed indennità giudiziaria* – secondo le quali, in particolare, nessuna disparità potrebbe dirsi sussistente neppure per la circostanza che altre donne magistrato, o avvocato dello Stato, possano percepire l'indennità dopo l'entrata in vigore della nuova normativa del 2004, *“atteso che rientra nella discrezionalità del legislatore derogare o meno al principio di irretroattività della legge”*). In punto di dedotto contrasto con i principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nonché del Trattato CEE, peraltro, il T.a.r. ha osservato che, nella fattispecie, *“non viene in rilievo il principio della ‘parità retributiva tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore”*, escludendo, per l'effetto, la sussistenza di una discriminazione legata al sesso.

In sede di appello, il C.g.a (sentenza n. 991 del 2012) – precisato che la novella del 2004 *“non ha natura di interpretazione autentica della norma precedentemente in vigore e, pertanto, è insuscettibile di produrre effetto retroattivo”*, con conseguente inapplicabilità alla fattispecie di causa – ha confermato il giudizio di primo grado richiamando, di nuovo, la giurisprudenza della Corte costituzionale sul tema e ponendo l'accento, in particolare, sulla *“specialità dell'indennità in questione, connessa ai particolari oneri che i magistrati incontrano nello svolgimento della loro attività e implicante, quindi, un rigoroso collegamento con il servizio effettivamente prestato”*: a tale stregua, il *“fattore determinante”* è stato rinvenuto nella *“mancata*

prestazione di effettivo servizio”, analogamente, peraltro, a quanto accade “anche durante il periodo di aspettativa per infermità, derivante da riconosciuta causa di servizio”, situazione in cui “l’emolumento in questione non viene corrisposto e ciò in quanto l’insieme degli oneri, in relazione ai quali tale indennità è stata in origine istituita, viene meno quando il servizio, per qualsiasi causa, non è concretamente prestato”.

La ricorrente, allora, si è rivolta alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, riproponendo le proprie argomentazioni già respinte dalla giustizia italiana, in specie quella facente leva sulla discriminazione indiretta basata sul sesso.

II. – Con la pronunzia in rassegna anche la CEDU ha respinto la domanda della dipendente, all’esito di un percorso argomentativo costruito sulla falsariga di quello dei giudici amministrativi italiani. In particolare, secondo la Corte:

- a) va anzitutto ricordato che l’art. 14 della Convenzione (recante il principio di divieto di discriminazioni, secondo cui *“Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere garantito senza alcuna distinzione di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di appartenenza a una minoranza nazionale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione”*) non vieta a uno Stato membro di trattare dei gruppi in maniera differenziata per correggere eventuali *“ineguaglianze di fatto”* tra gli stessi: *“in alcune circostanze, è anche l’assenza di un trattamento differenziato per correggere una ineguaglianza che può, senza una giustificazione oggettiva e ragionevole, comportare una violazione della disposizione in questione”* (con richiamo, tra le altre, alla propria sent. n. 6 del 23 luglio 1968, reperibile in *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, 2006); inoltre, nell’esercitare la propria prerogativa di vigilare sul *“rispetto delle esigenze della Convenzione”* (anche in punto di effettivo rispetto, da parte degli Stati contraenti, del principio di non discriminazione), la Corte *“deve tuttavia tenere conto dell’evoluzione della situazione negli Stati contraenti e reagire, ad esempio, al consenso che può manifestarsi per quanto riguarda le norme su cui intervenire”* (viene qui citata, tra le altre, la decisione *Stec e altri c. Regno Unito*, n. 65731 del 12 aprile 2006, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 995), con la precisazione che *“dei riferimenti alle tradizioni, dei presupposti di ordine generale o delle attitudini sociali maggioritarie in atto in un determinato paese non bastano a giustificare una disparità di trattamento basata sul sesso”*;
- b) con riferimento, in particolare, alle discriminazioni indirette, il ricorrente deve fornire la prova di effetti pregiudizievoli sproporzionati su un gruppo determinato, facendo così nascere una *“presunzione di discriminazione indiretta”*; spetterà, quindi, allo Stato convenuto *“confutare tale presunzione dimostrando che la disparità di trattamento è il risultato di fattori oggettivi non legati al fattore indicato dal*

ricorrente” (cfr. decisione *D.H. e altri c. Repubblica ceca*, n. 57325 del 13 novembre 2007, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 322);

- c) nel caso di specie – premesso che il congedo di maternità “*mira a permettere alla madre di riprendersi dal parto e di allattare il neonato se lo desidera, e dunque per la sua stessa natura è specifico delle donne e legato al sesso femminile e pertanto le donne e gli uomini non si trovano in una situazione analoga*” (cfr. decisione *Konstantin Markin c. Russia*, n. 30078/06) – l’indennità giudiziaria speciale è subordinata all’esercizio effettivo delle funzioni giudiziarie, in quanto destinata a compensare gli oneri che i magistrati ordinari incontrano nell’esercizio della loro attività professionale: durante la fruizione del congedo obbligatorio la ricorrente si è trovata in una situazione non comparabile con quella “*dei suoi colleghi, uomini e donne, che lavoravano a tempo pieno e dovevano sostenere gli oneri legati all’esercizio delle loro funzioni giudiziarie*”, dovendosi quindi ritenere che, “*in questo particolare contesto, la perdita di detta indennità speciale durante l’assenza dal lavoro, indipendentemente dal tipo di assenza, non sarebbe di natura tale da causare una perdita reale per l’interessata*”, non avendo peraltro la ricorrente prodotto alcun elemento avente “*valore di prova del fatto che essa abbia subito un reale effetto discriminatorio*”;
- d) di conseguenza, secondo la Corte, deve concludersi che non vi è stata, nella specie, alcuna discriminazione contraria all’art. 14 della Convenzione, sicché il ricorso viene dichiarato “*manifestamente infondato*”.

III. – Per completezza, si segnala quanto segue:

- e) nel nostro ordinamento interno si ha una “*discriminazione indiretta*”, nell’ambito del lavoro, tutte le volte in cui “*una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell’altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell’attività lavorativa, purché l’obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari*” (così l’art. 25, comma 2, del d.lgs. n. 198 del 2006, recante il codice delle pari opportunità tra uomo e donna, che riprende la definizione già adottata dall’art. 4, comma 2, della legge n. 125 del 1991): si tratta di una nozione che viene individuata secondo i termini della teoria nord-americana del c.d. impatto differenziato (*disparate impact*), la quale tiene conto degli effetti comparativamente sfavorevoli che l’adozione di determinati criteri, di per sé neutri, produce sugli appartenenti ad un determinato gruppo (così, in argomento, F. LUNARDON, *Principio di uguaglianza, discriminazioni indirette ed azioni positive nella L. n. 125/1991*, in *Giur. it.*, 1992, 5). Ci si trova, quindi, di fronte ad una “*discriminazione indiretta*”, ad esempio, quando l’applicazione di un

provvedimento, pur formulato in modo neutro, di fatto sfavorisce un numero molto più alto di donne che di uomini. Per un caso recente esaminato dalla giurisprudenza comunitaria, cfr. Corte di giustizia UE, sez. I, 18 ottobre 2017, C-409/16, *Ypourgos Esoterikon e altri* (in *Arg. dir. lav.*, 2018, 1, 295, con nota di F. MALZANI, *La statura come requisito concorsuale. L'ennesimo caso di discriminazione indiretta fondata sul sesso*), relativa all'accesso ad un concorso pubblico, per il quale era richiesto indistintamente, ai candidati di entrambi i sessi, un determinato requisito di statura minima: in tale occasione la Corte di Lussemburgo ha dichiarato che *“Le disposizioni della direttiva 76/207/CEE 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, come modificata dalla direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, vanno interpretate nel senso che ostano alla normativa di uno Stato membro che subordina l’ammissione dei candidati al concorso per l’arruolamento alla scuola di polizia di detto Stato membro, indipendentemente dal sesso di appartenenza, a un requisito di statura minima di m. 1,70, ove tale normativa svantaggi un numero molto più elevato di persone di sesso femminile rispetto alle persone di sesso maschile e non risulti idonea e necessaria per conseguire il legittimo obiettivo che essa persegue, ciò che spetta al giudice del rinvio verificare”*;

- f) secondo la giurisprudenza comunitaria – sviluppatasi sulla scorta del principio di pari opportunità e di parità di trattamento fra uomini e donne, in materia di occupazione e impiego (di cui alla direttiva n. 2006/54/CE) – le discriminazioni, dirette o indirette, devono considerarsi vietate per quanto riguarda le condizioni di accesso al lavoro, ivi compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, l'accesso a tutti i tipi e a tutti i livelli di orientamento professionale, formazione, perfezionamento e riqualificazione professionali, nonché l'esperienza professionale, le condizioni di occupazione e di lavoro e la partecipazione ad un'organizzazione rappresentativa di lavoratori o simili: cfr., in tal senso, la sentenza della Corte di Giustizia UE del 6 marzo 2014, *N. c. Min. Giustizia* (in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 936, con nota di S. BUOSO, *La Corte di giustizia si pronuncia sull’esclusione della lavoratrice in congedo di maternità dal corso di formazione funzionale alla progressione di carriera*), con cui si è rilevato il contrasto con il diritto comunitario di una normativa nazionale (si trattava dell’art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 146 del 2000, in materia di frequenza dei corsi di formazione per l’accesso alla carriera dei funzionari del Corpo di Polizia penitenziaria) che, per motivi di interesse pubblico, esclude una donna in congedo di maternità da un corso di formazione professionale inerente al suo impiego ed obbligatorio per poter ottenere la nomina definitiva in ruolo e

beneficiare di condizioni d'impiego migliori, pur garantendole il diritto di partecipare a un corso di formazione successivo, del quale tuttavia resta incerto il periodo di svolgimento;

- g) sul fronte interno, con sentenza n. 295 del 2012 (in *Foro it.*, 2013, I, 444) la Corte costituzionale è tornata ad occuparsi della legittimità costituzionale dell'art. 3 della legge n. 27 del 1981 (denunciata come disparità di trattamento, derivante dall'applicazione non retroattiva della novella del 2004), ribadendo che, con la menzionata novella del 2004, *"il legislatore non ha inteso porre rimedio ad alcun profilo di illegittimità costituzionale della precedente disciplina, costituendo piuttosto la novella la manifestazione della discrezionalità del legislatore nel collocare nel tempo le innovazioni normative"*; è da rimarcare che, in tale occasione, la Corte ha rigettato anche un ulteriore profilo di disparità, dal rimettente argomentato previo raffronto tra il magistrato che è collocato in maternità obbligatoria (per il quale, come visto, anteriormente al 2005 non è dovuta l'indennità) ed il magistrato che, invece, è collocato fuori ruolo per incarichi extra-giudiziari (per il quale, invece, quell'indennità risulta dovuta): secondo la Corte costituzionale, infatti, *"Lo status dei magistrati collocati fuori ruolo, utilizzato dal rimettente come termine di raffronto, è del tutto disomogeneo rispetto alla fattispecie disciplinata dalla norma in esame. Invero, mentre l'astensione obbligatoria per maternità determina la sospensione della prestazione lavorativa da parte del magistrato, seppur giustificata da validi motivi, il collocamento fuori ruolo per lo svolgimento di funzioni non giudiziarie non produce l'effetto di alcuna sospensione delle prestazioni lavorative e professionali del magistrato, ma determina la mera sostituzione dell'ordinaria attività giurisdizionale con funzioni diverse"*;
- h) sulla novella introdotta con l'art. 1, comma 325, della legge n. 311 del 2004 (che, come già detto, ha esteso anche ai casi di fruizione della maternità obbligatoria la percezione dell'indennità giudiziaria speciale, escludendo ormai solo i casi di maternità facoltativa), cfr. C.g.a., sentenza 4 giugno 2013, n. 555 (in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013), secondo cui tale novella non ha natura di interpretazione autentica della norma precedentemente in vigore e, pertanto, è priva di efficacia retroattiva ed opera soltanto limitatamente ai casi successivi alla modifica entrata in vigore a partire dal 2005; per una delicata questione di diritto intertemporale, cfr. anche T.a.r. per la Lombardia, sez. III, sentenza 31 gennaio 2007, n. 161 (in *Giur. merito*, 2007, 10, 2723, con nota di M.C. QUILIGOTTI, *La c.d. indennità giudiziaria dei magistrati donna in astensione obbligatoria per maternità. Evoluzione normativa e giurisprudenziale*), secondo cui *"L'art. 3 comma 1 l. 19 febbraio 1981, n. 27, nel testo novellato dall'art. 1 comma 325 l. 30 dicembre 2004, n. 311, nella parte in cui prevede il diritto del personale di magistratura alla corresponsione della c.d. indennità giudiziaria nei periodi di congedo obbligatorio per maternità (di cui agli artt. 16 e 17 d.lg.*

26 marzo 2001, n. 151, che hanno sostituito l'art. 4 l. 30 dicembre 1971 n. 1204, abrogato ai sensi dell'art. 86 comma 2) trova applicazione quale *jus superveniens* anche nei giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della norma che ha dettato il nuovo assetto normativo”;

- i) quanto alla *ratio* dell'istituto dell'indennità giudiziaria, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 18 dicembre 2008, n. 6366 (in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2008, 12, 3338), secondo cui l'indennità giudiziaria, spettante a tutti coloro che partecipano alla funzione giudiziaria a qualsiasi livello, è per sua stessa definizione un'indennità speciale, dovuta se e nella misura in cui l'attività di specie viene concretamente esercitata, e non una voce ordinaria della retribuzione personale; cfr., analogamente, Cons. Stato, sez. IV, n. 2646 del 2010 (in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2010, 1008), nonché, più di recente, T.a.r. per la Puglia, Lecce, sez. I, n. 2032 del 30 luglio 2014 (in *Foro amm.*, 2014, 2185), secondo cui “È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 comma 1, l. 19 febbraio 1981 n. 27 nella parte in cui nega al magistrato l'indennità giudiziaria nel caso di aspettativa volontaria per malattia, trattandosi di indennità speciale, dovuta se e nella misura in cui l'attività lavorativa viene concretamente esercitata, e non una voce ordinaria della retribuzione personale; né rileva che la norma concede tale indennità nel caso di astensione obbligatoria per maternità, avendo il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità, ritenuto di attribuire rilievo dominante — nel giudizio di bilanciamento di valori costituzionali di cui si è sopra discorso — all'esigenza, del pari dotata di rilievo costituzionale (art. 37 Cost.), di tutelare lo specialissimo rapporto che si crea tra la madre e il bambino nei primissimi mesi di vita di quest'ultimo, e di garantire in particolare modo l'armonico dispiegamento della personalità del neonato, personalità che proprio in quelle fasi cruciali inizia a formarsi”. In dottrina, per ogni opportuno approfondimento, si rinvia alla trattazione di L. CASO, in *Il pubblico impiego privatizzato, I, Magistrati e avvocati dello Stato*, a cura di CARINCI – TENORE, Milano, 2007, 282 ss.;
- j) ancora in tema di indennità giudiziaria speciale, si segnala T.a.r. per il Lazio, sez. I, sentenza 17 febbraio 2010, n. 2301, secondo cui la speciale indennità giudiziaria non pensionabile non spetta nei periodi di congedo straordinario o di aspettativa, anche per malattia, per espressa previsione dell'art. 3, comma 1, della legge n. 27 del 1981, non potendo, a tal fine, assumere rilievo neanche la circostanza che il magistrato, in posizione di congedo o aspettativa, abbia provveduto a redigere presso la propria abitazione provvedimenti giurisdizionali riferibili a udienze svolte in precedenza, posto che ciò che assume rilievo è l'effettività della prestazione del servizio, nella globalità dei compiti ad esso connessi, in primo luogo costituiti dalla partecipazione alle udienze e dalle conseguenti incombenze relative alla trattazione delle cause.