

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

CHRISTINE STIX-HACKL

presentate il 10 novembre 2005<sup>1</sup>

**I — Introduzione**

1. La presente causa verte essenzialmente sulla questione se una donna in congedo di maternità si trovi in una situazione sfavorevole — da valutarsi alla luce del diritto comunitario — qualora la legge nazionale faccia dipendere il conseguimento dello status di dipendente pubblico, e le conseguenze giuridiche che ne derivano, dall'effettiva entrata in servizio.

**II — Contesto normativo**

*A — Diritto nazionale*

2. Il giudice del rinvio ha descritto come segue le norme nazionali rilevanti: secondo le norme spagnole in materia di assegnazione di posti di dipendente pubblico, requisito per

l'acquisizione dello status di dipendente pubblico è l'entrata in servizio. Lo Estatuto de personal no sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias (Statuto del personale non sanitario a servizio degli Enti sanitari), approvato con decreto 5 luglio 1971, non prevede eccezioni a questo proposito.

3. Il punto 9 della decisione 3 dicembre 1997 dell'Instituto Nacional de la Salud (in prosieguo: l'«Insalud»), mediante la quale sono stati pubblicati il concorso generale e i criteri comuni per le prove di selezione per l'aggiudicazione di posti vacanti di diverse categorie presso gli enti sanitari dipendenti dall'Insalud, al n. 2 del comma relativo alla nomina e all'entrata in servizio stabilisce che i candidati nominati dispongono del termine di un mese, calcolato a partire dal giorno successivo a quello della pubblicazione della decisione, per prendere servizio; al n. 3 enuncia che il candidato o la candidata, qualora non prenda servizio entro il termine indicato, perde tutti i diritti derivanti dalla sua partecipazione al concorso, salvo giusta causa valutata dall'ente organizzatore.

<sup>1</sup> — Lingua originale: il tedesco.

4. Secondo quanto osservato dal giudice del rinvio tale normativa sui concorsi applica quanto disposto dal Real Decreto 25 gennaio 1991, n. 118, che all'art. 12, n. 5, dispone che coloro che entro il termine fissato non abbiano presentato la loro documentazione non possono essere nominati, salvo casi di forza maggiore.

7. Per quanto riguarda il congedo di maternità, la direttiva 92/85 garantisce, all'art. 8, il diritto ad un congedo di maternità di almeno quattordici settimane ininterrotte, che deve includere un periodo obbligatorio di almeno due settimane. Essa prevede inoltre, all'art. 11, che durante il congedo di cui all'art. 8 debbano essere garantiti il mantenimento di una retribuzione e/o il diritto ad un'adeguata prestazione sociale nonché gli altri diritti connessi con il contratto di lavoro.

## B — Diritto comunitario

5. La direttiva del Consiglio 76/207/CEE<sup>2</sup> (in prosieguo: la «direttiva 76/207») è diretta ad eliminare qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda le condizioni sia di lavoro sia di accesso agli impieghi o posti di lavoro a tutti i livelli della gerarchia professionale, senza però pregiudicare le disposizioni relative alla protezione della donna, in particolare per quanto riguarda la gravidanza e la maternità.

6. Inoltre, la direttiva del Consiglio 92/85/CEE<sup>3</sup> (in prosieguo: la «direttiva 92/85») stabilisce alcune condizioni minime in materia di protezione delle donne che si trovino in una delle predette situazioni.

## III — Fatti, procedimento e questioni pregiudiziali

8. Il 12 settembre 2003 Carmen Sarkatzis Herrero (in prosieguo: la «sig.ra Sarkatzis Herrero» o la «ricorrente nel procedimento principale») proponeva una domanda di accertamento e di risarcimento contro l'Instituto Madrileño de la Salud (in prosieguo: l'«Imsalud»), con cui chiedeva che ai fini dell'anzianità di servizio le fosse riconosciuta la data della sua nomina e non quella dell'entrata in servizio presso il detto ente.

9. La sig.ra Sarkatzis Herrero prestava già servizio come dipendente a tempo determinato per l'ente pubblico convenuto, vale a dire dapprima presso l'Insalud, poi presso l'Imsalud, in conseguenza di una procedura di trasferimento di competenze e servizi

2 — Direttiva 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 (GU L 39, pag. 40).

3 — Direttiva 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (GU L 348, pag. 1).

sanitari, assieme al personale ad essi adibito, effettuata dall'Amministrazione centrale dello Stato a favore della Comunidad Autónoma di Madrid, trasferimento avvenuto il 1° gennaio 2002.

10. Con decisione 3 dicembre 1997, allorché la sig.ra Sarkatzis Herrero era ancora a servizio dell'Insalud, venivano indetti diversi concorsi per esami per assunzioni in pianta stabile nello stesso ente.

11. La sig.ra Sarkatzis Herrero partecipava alle selezioni, ottenendo un posto di ausiliario amministrativo, ai termini di una decisione 20 dicembre 2002. Nella stessa decisione le veniva attribuito un posto determinato per l'entrata in servizio nel quale disponeva del termine di un mese.

12. Il 27 novembre 2002 la ricorrente nel procedimento principale, ormai prossima al parto, si rivolgeva all'ente pubblico presso il quale prestava servizio con contratto a tempo determinato (in quel momento già l'Insalud) chiedendo informazioni in merito alla sua situazione amministrativa, in relazione all'entrata in servizio e al prevedibile congedo di maternità in pari data. Il 9 dicembre 2002 l'Insalud la informava che, qualora si fosse trovata in congedo di maternità al momento della pubblicazione dell'avviso di posto vacante, avrebbe dovuto far presente la propria situazione, affinché fosse autorizzata a suo favore una proroga all'entrata in servizio per tutto il periodo del congedo di maternità. Conformemente alle informazioni fornite alla ricorrente nel pro-

cedimento principale quest'ultima avrebbe ottenuto il posto, una volta terminato il congedo di maternità; a tal proposito viene rinviato ad una determinata decisione dell'Insalud 3 dicembre 1997, in cui apparentemente sarebbero fissati i criteri da seguire in simili casi.

13. Il 20 dicembre 2002 la sig.ra Sarkatzis Herrero chiedeva la proroga per l'entrata in servizio, conformemente a quanto indicato; contemporaneamente, chiedeva che le venissero contabilizzati i giorni di congedo di maternità ai fini dell'anzianità di servizio, richiamandosi alla legislazione spagnola sulla conciliazione della vita familiare e professionale dei lavoratori. Con comunicazione dell'8 gennaio 2003, la proroga richiesta le veniva concessa, senza riferimenti alla seconda istanza.

14. Partendo dal presupposto che la ricorrente nel procedimento principale viene svantaggiata, quanto alla carriera e all'anzianità di servizio, per essersi avvalsa del congedo di maternità, il giudice del rinvio ha presentato alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. Se le disposizioni comunitarie in materia di congedo di maternità e di parità di

trattamento tra uomo e donna nell'accesso al lavoro debbano essere interpretate nel senso che una donna che benefici del congedo di maternità e che in tale situazione ottenga un posto nel pubblico impiego debba godere degli stessi diritti di cui godono gli altri candidati che hanno superato il concorso di accesso ai pubblici uffici.

con gli altri candidati che abbiano ottenuto un posto, a prescindere dal fatto che, ai sensi delle norme di diritto interno applicabili, l'esercizio dei diritti connessi all'effettiva prestazione del servizio possa rimanere eventualmente in sospeso fino all'inizio reale della prestazione».

2. Se, indipendentemente da ciò che può accadere nel caso di una dipendente che acceda per la prima volta all'impiego, qualora il rapporto di lavoro sia in corso, benché sospeso in virtù del godimento del congedo di maternità, l'accesso allo status di dipendente di ruolo o a tempo indeterminato rappresenti uno dei diritti di promozione nell'impiego il cui carattere effettivo non può essere pregiudicato dal fatto che la persona si trovi in congedo di maternità.

#### IV — Analisi giuridica

##### *A — Osservazioni preliminari sulle questioni pregiudiziali e sul metodo dell'esame*

3. Se concretamente, nell'applicare le citate disposizioni, in particolare quelle relative alla parità di trattamento tra uomo e donna nell'accesso al lavoro o una volta ottenuto quest'ultimo, la dipendente con contratto a tempo determinato che si trovi in congedo di maternità nel momento dell'ottenimento del posto definitivo abbia diritto a prendere servizio in tale posto e ad acquisire lo status di dipendente di ruolo, con i diritti inerenti a tale status, tra cui quello relativo all'inizio della carriera professionale e al calcolo dell'anzianità, tutto a partire da quello stesso momento e a parità di condizioni

15. Con la prima questione pregiudiziale il giudice del rinvio chiede se dal principio comunitario della parità di trattamento e dalle disposizioni comunitarie relative al congedo di maternità derivi che una donna che benefici del congedo di maternità e che in tale situazione ottenga un posto nel pubblico impiego debba godere degli stessi diritti di cui godono gli altri candidati che hanno superato il concorso di accesso al pubblico impiego.

16. Tale prima questione è di ordine molto generale e la sua soluzione si evince diretta-

mente dalla giurisprudenza della Corte. Nella sentenza 18 novembre 2004, nella causa Sass<sup>4</sup>, la Corte di giustizia ha affermato che «una lavoratrice è tutelata, nel suo rapporto di lavoro, contro ogni trattamento sfavorevole motivato dal fatto che essa usufruisce o ha usufruito di un congedo di maternità»<sup>5</sup>, senza distinguere a tal proposito se il trattamento sfavorevole riguarda un rapporto lavorativo in corso oppure uno iniziato solo alla fine del congedo di maternità.

17. La Corte, a tal proposito, ha ricordato che «una donna che subisca un trattamento sfavorevole a causa di un'assenza per congedo di maternità è vittima di una discriminazione che ha origine nella sua gravidanza e nel detto congedo. Un comportamento del genere costituisce una discriminazione direttamente fondata sul sesso ai sensi della direttiva 76/207»<sup>6</sup>.

18. Anche se la ricorrente nel procedimento principale fa valere formalmente un trattamento sfavorevole nell'accesso al nuovo impiego e non nell'ambito del rapporto di lavoro esistente, sulla cui base è stato concesso il congedo di maternità, come, ad esempio, nella causa Sass, occorre considerare che avrebbe in ogni caso subito un trattamento sfavorevole quanto all'accesso al suo nuovo rapporto di pubblico impiego,

come sostenuto dalla medesima, «a causa di un'assenza per congedo di maternità», per cui sembra prima facie concepibile, in linea di principio, la trasposizione della soluzione contenuta nella sentenza Sass.

19. La prima questione pregiudiziale tuttavia è stata concretizzata dal giudice del rinvio nella terza questione pregiudiziale in relazione agli eventuali diritti concreti della ricorrente nel procedimento principale. In tale questione il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se il diritto comunitario osti al requisito dell'effettiva entrata in servizio per l'accesso alla carriera di pubblico dipendente secondo il diritto nazionale in quanto conduce ad un trattamento sfavorevole, meglio precisato nella domanda di pronuncia pregiudiziale, di donne che non possono entrare in servizio a causa di un congedo di maternità. Per poter fornire una soluzione utile al giudice del rinvio occorre esaminare il divieto di discriminazione con riferimento al concreto trattamento sfavorevole descritto dal giudice nazionale, per cui la prima e la terza questione possono essere trattate congiuntamente.

20. Tuttavia occorre chiarire preliminarmente alla luce di quali disposizioni del diritto comunitario vadano esaminate tali questioni. Nella prima questione pregiudiziale

4 — Causa C-284/02 (Racc. pag. I-11143).

5 — Punto 35.

6 — Punto 36.

ziale si fa riferimento a tal proposito solo a «disposizioni comunitarie in materia di congedo di maternità e di parità di trattamento tra uomo e donna nell'accesso al lavoro», mentre nella terza questione vengono evidenziate le disposizioni relative a tale ultimo punto. La seconda questione pregiudiziale riguarda le disposizioni rilevanti del diritto comunitario nella parte in cui il giudice del rinvio con tale questione vuole essenzialmente sapere se la posizione della ricorrente nel procedimento principale vada considerata come accesso ad un nuovo impiego o invece come promozione all'interno di un rapporto di lavoro già esistente.

21. Va tuttavia osservato al riguardo che la seconda questione pregiudiziale viene formulata come questione ipotetica in quanto il giudice del rinvio pone la questione «indipendentemente da ciò che può accadere nel caso». La questione presenta ciò nonostante uno stretto collegamento con la causa principale in quanto — come già indicato — essa è diretta, in ultima analisi, a sapere se l'assunzione in ruolo della ricorrente nel procedimento principale in un servizio in cui la medesima lavorava già, prima del congedo di maternità, come dipendente con contratto a tempo determinato, vada tutto sommato considerata come prosecuzione di un'attività professionale nell'ambito di un rapporto di lavoro esistente o al contrario — proprio a causa delle fondamentali modifiche della sua posizione giuridica — come accesso ad una nuova attività professionale.

22. Poiché la seconda questione pregiudiziale costituisce in tal modo il presupposto per la risoluzione della prima e della terza questione, sembra opportuno definire prima il contesto giuridico e risolvere già in questo contesto la seconda questione pregiudiziale.

#### B — *Sulla normativa applicabile*

23. Il giudice del rinvio nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale fa ripetutamente riferimento alla direttiva del Consiglio 3 giugno 1996, 96/34/CE, concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES<sup>7</sup> (in prosieguo: la «direttiva 96/34»). Esso sottolinea in particolare che questa direttiva in linea di principio conferirebbe il diritto di tornare allo stesso posto di lavoro o ad uno equivalente al termine del congedo parentale. Il giudice del rinvio cita anche il n. 6 della clausola 2 della parte II dell'allegato dell'accordo quadro sulla direttiva 96/34, secondo cui «i diritti acquisiti o in via di acquisizione alla data di inizio del congedo parentale restano immutati fino alla fine del congedo parentale, al cui termine tali diritti si applicano con le eventuali modifiche derivanti dalla legge, dai contratti collettivi o dalle prassi nazionali».

<sup>7</sup> — GU L 145, pag. 4.

24. A tal proposito va tuttavia osservato che la ricorrente nel procedimento principale al momento in cui sarebbe dovuta entrare in servizio si trovava in congedo di maternità e non in congedo parentale, per cui la direttiva 96/34, come sostenuto anche dalla convenuta nel procedimento principale, dal governo spagnolo e dalla Commissione, non può essere considerata rilevante ai fini della decisione.

25. Nella parte in cui fa riferimento alle «disposizioni comunitarie in materia di congedo di maternità» il giudice del rinvio chiede chiaramente un'interpretazione della direttiva 92/85. Se tale direttiva sia applicabile al caso di specie dipende d'altro canto dalla circostanza se il trattamento sfavorevole fatto valere dalla ricorrente nel procedimento principale si riferisca a diritti rientranti nella protezione concessa mediante la direttiva 92/85<sup>8</sup>.

26. In tale contesto appare importante la circostanza che la ricorrente nel procedimento principale abbia beneficiato del congedo di maternità in quanto dipendente a tempo determinato. La medesima non ha

tuttavia fatto valere che i suoi diritti derivanti dalla direttiva 92/85<sup>9</sup> erano stati violati per quanto riguarda il rapporto di lavoro esistente. La reintegrazione della giovane madre nel rapporto di lavoro esistente non viene espressamente disciplinata dalla direttiva 92/85. Solo la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2002/73/CE<sup>10</sup>, che ha ripreso le disposizioni principali della direttiva 92/85 e le ha integrate nella direttiva 76/207, prevede un diritto a tornare allo stesso posto di lavoro o ad uno equivalente e le condizioni perché ciò avvenga non possono comportare un peggioramento della posizione dell'interessata. L'art. 2 della direttiva 76/207 nella versione della direttiva 2002/73 prevede infatti che «[a]lla fine del periodo di congedo per maternità, la donna ha diritto di riprendere il proprio lavoro o un posto equivalente secondo termini e condizioni che non le siano meno favorevoli, e a beneficiare di eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro che le sarebbero spettati durante la sua assenza.

Ai sensi della presente direttiva un trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità ai sensi della direttiva 92/85/CEE costituisce una discriminazione».

8 — A tale punto va ricordato lo scopo di protezione del congedo di maternità ai sensi della direttiva 92/85: «[Il diritto al congedo di maternità] è volto alla protezione della condizione biologica della donna durante e dopo la gravidanza nonché alla protezione delle particolari relazioni tra la donna e il bambino durante il periodo successivo alla gravidanza e al parto» — v. sentenza 18 marzo 2004, causa C-342/01, Merino Gómez, (Racc. pag. I-2605, punto 32) con ulteriori riferimenti alle sentenze 12 luglio 1984, causa 184/83, Hofmann (Racc. pag. 3047, punto 25), 30 aprile 1998, causa C-136/95, Thibault (Racc. pag. I-2011, punto 25), e 27 ottobre 1998, causa C-411/96, Boyle e a. (Racc. pag. I-6401, punto 41).

9 — Si tratta del diritto al mantenimento di una retribuzione e/o al versamento di un'adeguata prestazione sociale nonché degli altri diritti connessi con il contratto di lavoro. Va inoltre fatto riferimento alla protezione contro il licenziamento.

10 — Direttiva 23 settembre 2002, che modifica la direttiva 76/207/CEE del Consiglio relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (GU L 269, pag. 15). Poiché il termine per la trasposizione di tale direttiva è scaduto solo il 1° ottobre 2005, tale direttiva non è direttamente applicabile alla causa principale.

27. Ma anche senza tale chiarimento sulla base della direttiva 2002/73 il ritorno di una giovane madre nel posto di lavoro dopo il congedo di maternità sembra direttamente collegato con il diritto al congedo di maternità. Senza il diritto al ritorno senza trattamento sfavorevole il diritto ad un congedo di maternità sarebbe illusorio poiché la possibilità di una «pausa» sarebbe gravata dal rischio di un peggioramento delle condizioni di lavoro, circostanza che molto probabilmente potrebbe trattenere le donne dal prendere un congedo di maternità.

28. La costituzione di un nuovo rapporto di lavoro ovvero, come nella fattispecie, di un rapporto di pubblico impiego in stretto collegamento temporale con il congedo di maternità si distingue tuttavia nettamente dal ritorno al posto di lavoro precedente o ad uno equivalente al termine del congedo di maternità. L'assunzione in ruolo fonda un nuovo rapporto di lavoro. Sia la convenuta nel procedimento principale sia il governo spagnolo rinviano alle fondamentali differenze tra la situazione giuridica di un dipendente con contratto a tempo determinato e quella di un pubblico dipendente di ruolo, che a loro avviso sussisterebbero nel diritto nazionale, per cui secondo gli stessi il nuovo rapporto di lavoro non può essere considerato una prosecuzione di quello precedente<sup>11</sup>. Anche se l'interpretazione del diritto comunitario non può essere orientata in funzione del diritto nazionale, tali osservazioni spiegano tuttavia la «rot-

tura» che si deve presupporre tra la precedente e la nuova occupazione, tanto più che l'assunzione in ruolo può avvenire solo in seguito ad una procedura di concorso, e alla susseguente nomina, e mai in base ad una promozione rispetto ad un rapporto di lavoro precedente.

29. La circostanza che il rapporto di lavoro nella fattispecie sia stato costituito per lo stesso servizio in cui la ricorrente era già impiegata come dipendente con contratto a tempo determinato non può essere rilevante. La questione di un eventuale trattamento sfavorevole derivante dal requisito di un'effettiva entrata in servizio si sarebbe posta ugualmente qualora la ricorrente nel procedimento principale avesse cambiato servizio, circostanza che a sua volta evidenzia che nella fattispecie non si tratta di un ritorno al posto di lavoro precedente, ma dell'accesso ad un nuovo impiego.

30. Dalla giurisprudenza della Corte emerge inoltre che rifiutare di costituire un rapporto di lavoro con una donna incinta non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 92/85. Nella sentenza 4 ottobre 2001, nella causa Jiménez Melgar<sup>12</sup>, la Corte ha in particolare accertato che il mancato rinnovo di un contratto di lavoro a tempo determinato non rientra nell'ambito di applicazione della protezione contro il licenziamento ai sensi dell'art. 10 della direttiva 92/85; parimenti ha evidenziato che «il mancato rinnovo (...) qualora sia motivato dallo stato

11 — Ciò non riguarda tuttavia l'eventuale presa in considerazione di occupazioni precedenti ai fini della classificazione o del calcolo dell'anzianità di servizio.

12 — Causa C-438/99 (Racc. pag. I-6915).



di gravidanza della lavoratrice, costituisce una discriminazione diretta basata sul sesso, incompatibile con gli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, della direttiva 76/207». Nella sentenza 3 febbraio 2000 nella causa *Mahlburg*<sup>13</sup>, la Corte era già giunta alla conclusione che «l'art. 2, n. 1, della direttiva (...) 76/207/CEE (...) osta al rifiuto di assumere una donna in stato interessante per un posto a tempo indeterminato a causa di un divieto di lavoro previsto dalla legge in connessione a tale stato che ne impedisca, fin dall'inizio e per la durata della gravidanza, l'impiego in detto posto». Il rifiuto di assumere una donna a causa della sua gravidanza<sup>14</sup> va quindi esaminato alla luce del principio della parità di trattamento della direttiva 76/207.

31. Se la direttiva 92/85 non si applica al rifiuto di assumere una donna incinta o in congedo di maternità, ciò deve valere a maggior ragione nel caso in cui vi è assunzione ma a condizioni tali da far ritenere che vi sia una disparità di trattamento in base al sesso. Nella presente fattispecie alla sig.ra *Sarkatzis Herrero* non è stata negata l'assunzione in quanto, in particolare, la sua domanda di proroga della sua entrata in servizio ha avuto risposta positiva<sup>15</sup>. La medesima fa tuttavia valere un

trattamento sfavorevole in quanto la proroga dell'entrata in servizio a causa del congedo di maternità potrebbe porla in una situazione svantaggiosa quanto alla carriera futura e all'anzianità di servizio. In ogni caso, dunque, la direttiva 92/85 non è applicabile ad un tale tipo di trattamento sfavorevole nell'ambito di una nuova occupazione.

32. Nella fattispecie, la questione giuridica essenziale è dunque quella se gli artt. 2, nn. 1 e 3, e 3 della direttiva 76/207 vietino di far dipendere l'inizio della carriera di un pubblico dipendente e il calcolo dell'anzianità di servizio dall'effettiva entrata in servizio.

33. È vero che la fattispecie riguarda l'accesso al pubblico impiego; tuttavia la Corte già nella sentenza 21 maggio 1985, nella causa *Commissione/Germania*<sup>16</sup>, ha accertato, con riferimento alla «portata generale» dei principi stabiliti dalla direttiva 76/207, che «la direttiva n. 76/207 — come peraltro anche la direttiva n. 75/117 — si applica ai rapporti di lavoro nel settore pubblico»<sup>17</sup>.

13 — Causa C-207/98 (Racc. pag. I-549).

14 — Il rifiuto di assumere una donna che si trova in congedo di maternità appare paragonabile a tal proposito al rifiuto di assunzione a causa di una gravidanza, in quanto la gravidanza dà origine al congedo di maternità.

15 — La circostanza che, secondo il diritto nazionale, si tratta manifestamente di una decisione discrezionale, nel caso di un rifiuto difficilmente potrebbe essere compatibile con il divieto di discriminazione della direttiva 76/207 e con lo scopo di protezione della direttiva 92/85; tale questione non si pone tuttavia nella fattispecie.

16 — Causa 248/83 (Racc. pag. 1459).

17 — Punto 16.

*C — Il divieto di discriminazione secondo il diritto comunitario*

34. L'art. 2, n. 1, della direttiva 76/207 vieta qualsiasi discriminazione in base al sesso, e gli art. 3 e segg. della direttiva 76/207 definiscono i settori in cui non vi può essere discriminazione. Secondo la medesima sono vietate discriminazioni dirette e indirette nei seguenti casi: ove si tratti dei criteri (compresi i criteri di selezione e assunzione) per l'accesso al lavoro, dell'accesso a tutti i tipi e a tutti i livelli di orientamento, di formazione, di perfezionamento e di aggiornamento professionali nonché di esperienze lavorative pratiche, delle condizioni di lavoro e della partecipazione a organizzazioni di lavoratori o simili.

35. Dalla giurisprudenza della Corte emerge che la mancata assunzione di una donna a causa della sua gravidanza rientra nel divieto di discriminazione di cui agli artt. 2, nn. 1 e 3, e 3 della direttiva 76/207<sup>18</sup>. Nella causa *Mahlburg*<sup>19</sup> il convenuto aveva tentato di giustificare la mancata assunzione tra l'altro con la circostanza che vi era un divieto di lavorare a tutela delle donne incinte. A tal proposito la Corte ha osservato che «(...) l'applicazione delle disposizioni relative alla tutela delle donne incinte non può comportare un trattamento sfavorevole per quanto

riguarda l'accesso al lavoro di una donna incinta, dimodoché impedisce ad un datore di lavoro di rifiutare l'assunzione di una candidata incinta per il fatto che un divieto di lavoro dovuto a tale stato di gravidanza gli impedirebbe di assegnarla, fin dall'inizio e per il periodo di gravidanza, al posto a tempo indeterminato da coprire».

36. La particolare protezione conferita alle donne incinte o alle giovani madri, la cui legittimità è espressamente riconosciuta dall'art. 2, n. 3, della direttiva 76/207 con riferimento al principio di non discriminazione, non può tradursi in uno svantaggio per le medesime, come la Corte ha già sottolineato nella sentenza *Thibault*<sup>20</sup> in cui ha accertato che «l'esercizio dei diritti conferiti alle donne in conformità dell'art. 2, n. 3, della direttiva non può essere oggetto di un trattamento sfavorevole per quanto riguarda l'accesso al lavoro e le condizioni di lavoro e che, sotto questo profilo, la direttiva mira al conseguimento di un'uguaglianza sostanziale e non formale»<sup>21</sup>.

37. Fanno parte delle disposizioni particolari relative alla protezione delle donne ai sensi dell'art. 2, n. 3, della direttiva 76/207 le

18 — Sentenza *Mahlburg* (cit. alla nota 13), punto 30.

19 — Sentenza cit. alla nota 13.

20 — Cit. alla nota 8.

21 — Punto 26.

norme sul congedo di maternità<sup>22</sup>. Nella sentenza pronunciata nella causa Sass<sup>23</sup> per quanto riguarda il calcolo dei periodi di congedo di maternità per poter accedere ad un livello di retribuzione più alto, la Corte, ricollegandosi alla sua giurisprudenza e, in particolare, alla causa Thibault, ha osservato che «una lavoratrice è tutelata, nel suo rapporto di lavoro, contro ogni trattamento sfavorevole motivato dal fatto che essa usufruisce o ha usufruito di un congedo di maternità»<sup>24</sup>. La Corte ha aggiunto la seguente spiegazione: «una donna che subisce un trattamento sfavorevole a causa di un'assenza per congedo di maternità è vittima di una discriminazione che ha origine nella sua gravidanza e nel detto congedo. Un comportamento del genere costituisce una discriminazione direttamente fondata sul sesso ai sensi della direttiva 76/207»<sup>25</sup>. La Corte ha infine affermato che l'avvalersi di un congedo di maternità, «da un lato, non interromp[e] né il rapporto di lavoro della donna interessata né l'attuazione dei diritti connessi e, dall'altro, non p[uò] provocare un trattamento sfavorevole di quest'ultima»<sup>26</sup>.

38. La causa Sass si distingue tuttavia dalla presente in quanto in essa il congedo di maternità conduceva ad un trattamento sfavorevole in un rapporto di lavoro esistente, come correttamente rilevato dal governo del Regno Unito.

39. Se invece la direttiva 76/207 è diretta ad «un'uguaglianza sostanziale e non formale», i suoi artt. 2, nn. 1 e 3, e 3 vanno interpretati nel senso che essi vietano qualsiasi trattamento sfavorevole della donna interessata in base o in relazione alla fruizione di un congedo di maternità in quanto congedo legale di protezione, senza che rilevi a tal proposito se il trattamento sfavorevole riguardi un rapporto di lavoro esistente o uno nuovo. Ciò emerge anche dal principio formulato al punto 48 della sentenza Sass dove la Corte distingue, da una parte, l'interruzione del rapporto di lavoro sussistente nonché l'attuazione dei diritti connessi e, dall'altra, il trattamento sfavorevole della donna.

40. Le norme nazionali devono quindi essere formulate in modo tale che la fruizione di un congedo di maternità non si ripercuota negativamente sui diritti di una donna in occasione della sua assunzione in ruolo.

41. Il giudice del rinvio descrive il trattamento sfavorevole che la ricorrente avrebbe subito come segue: la ricorrente al momento in cui sarebbe dovuta entrare in servizio si trovava in congedo di maternità<sup>27</sup>. Poiché le è stata concessa una proroga dell'entrata in

22 — V. già sentenza Thibault (cit. alla nota 8), punto 24.

23 — Cit. alla nota 4.

24 — Punto 35.

25 — Punto 36.

26 — Punto 48.

27 — Un mese a partire dal 20 dicembre 2002.

servizio, la medesima è effettivamente entrata in servizio il 5 aprile 2003. Il diritto nazionale ricollega tuttavia evidentemente<sup>28</sup> diverse conseguenze giuridiche, relative, da un lato, alla costituzione di un rapporto di pubblico impiego, e dall'altro, ai diritti<sup>29</sup> che ne derivano, all'effettiva entrata in servizio. Poiché nella fattispecie la fruizione del congedo di maternità ha condotto ad un ritardo nell'entrata in servizio, il collegamento effettuato dal diritto nazionale con tale effettiva entrata in servizio comporta che la carriera inizi solo a partire da tale momento e che anche l'anzianità di servizio — salvo la presa in considerazione di occupazioni precedenti nel pubblico impiego in conformità con quanto asserito dal governo spagnolo<sup>30</sup> — venga calcolata a partire da tale istante, con conseguenze corrispondenti per la concessione di elementi retributivi dipendenti dall'anzianità di servizio e per la possibilità di promozione. Tenendo conto delle premesse del giudice del rinvio la fruizione del congedo di maternità conduce quindi certamente ad un trattamento sfavorevole della donna interessata.

42. È vero che si potrebbe sostenere che la ricorrente non ha subito alcuna discriminazione basata sul sesso in quanto non è stata trattata in modo più sfavorevole di un collega di sesso maschile che è effettivamente entrato in servizio alla medesima data<sup>31</sup>; tuttavia, in tal modo, non si tiene conto del fatto che il momento dell'effettiva entrata in servizio è influenzato proprio dalla fruizione del congedo di maternità in quanto il diritto nazionale non riconosce un'entrata in servizio «fittizia», ad esempio mediante sottoscrizione di un documento, per cui non sembra utile qui un paragone con la situazione di un collega di sesso maschile.

28 — Occorre fare riferimento alla circostanza che l'interpretazione del diritto nazionale è riservata esclusivamente al giudice nazionale [v. già sentenza 13 ottobre 1976, causa 32/76, Saieva, (Racc. pag. 1523, punto 7)]. Nella parte in cui il governo spagnolo contesta l'interpretazione del diritto nazionale del giudice del rinvio con riferimento alla rilevanza dell'entrata in servizio ai fini del calcolo dell'anzianità di servizio, riferendosi essenzialmente al fatto che secondo la Ley 70/1978 tutti i periodi di servizio nel pubblico impiego vengono riconosciuti, indipendentemente dall'occupazione concreta, tale tesi appare irrilevante, poiché la Corte, in linea di principio, deve basarsi su quanto indicato nella domanda di pronuncia pregiudiziale.

29 — Secondo gli atti si tratta da una parte di diritti a retribuzione e a prestazioni di previdenza sociale e dall'altra del calcolo dell'anzianità di servizio, che si ripercuote, in ultima analisi, sulla retribuzione in base agli scatti di anzianità. Quanto alla nozione di «trienios», v. anche la causa pendente C-205/04 (Commissione/Spagna).

30 — Dalle osservazioni scritte del governo spagnolo non emerge, in ogni caso, in che misura il calcolo dell'anzianità di servizio secondo il diritto nazionale tenga conto del congedo di maternità (ad esempio mediante riconoscimento come periodo di servizio).

43. Va infine osservato che spetta al giudice nazionale determinare, mediante un'interpretazione del diritto nazionale conforme al diritto comunitario, il dies a quo della carriera di pubblico dipendente in modo tale che una donna che si trovi in congedo di maternità non subisca un trattamento più sfavorevole, per quanto riguarda l'accesso al pubblico impiego, rispetto ad altri candidati vincitori di un concorso.

31 — V., a tal proposito, sentenza Sass (cit. alla nota 4), punto 58. La Corte paragona la situazione di una donna che si è avvalsa del congedo di cui trattasi con la situazione di un collega di sesso maschile che ha iniziato a lavorare lo stesso giorno della donna.

## V — Conclusione

44. In base alle considerazioni che precedono propongo alla Corte di risolvere come segue le questioni del giudice del rinvio:

Gli artt. 2, nn. 1 e 3, e 3 della direttiva del Consiglio 76/207/CEE vanno interpretati nel senso che una dipendente temporanea che si trovi in congedo di maternità al momento in cui ottiene un impiego permanente, ha diritto di accesso alla carriera di pubblico dipendente, con tutti i diritti che vi sono direttamente ed indirettamente collegati, alle stesse condizioni di altri candidati che hanno ottenuto un posto contemporaneamente alla medesima, senza che possa essere effettuata una distinzione in funzione della data di effettiva entrata in servizio risultante dal congedo di maternità.

Spetta al giudice nazionale determinare, mediante un'interpretazione del diritto nazionale conforme al diritto comunitario, il dies a quo della carriera di pubblico dipendente in modo tale che una donna che si trovi in congedo di maternità non subisca un trattamento più sfavorevole, per quanto riguarda l'accesso al pubblico impiego, rispetto ad altri candidati vincitori di un concorso.