

CORTE DI CASSAZIONE, sez. lav., ordinanza 13 giugno 2023, n. 16785 – Pres. Manna – Est. Bellé – R.C. (avv. De Girolamo) c. Azienda USL (avv. Barsanti).
Conferma App. Roma sent. n. 111/2017

Gravidanza – Nullità del contratto – Contratto di lavoro a tempo determinato – Pubblico impiego – Divieto di adibizione al lavoro – Discriminazione di genere.

Il contratto di lavoro a tempo determinato sottoscritto da una lavoratrice che, a causa del divieto di adibizione al lavoro di cui all'art. 7, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, si trovi con tutta probabilità nell'impossibilità di svolgere effettivamente la prestazione per l'intera durata del rapporto è da considerarsi radicalmente nullo per un vizio che si pone all'intersezione tra l'ipotesi di una sostanziale impossibilità giuridica dell'oggetto ed un'illiceità della causa in concreto.

Divieti di adibizione al lavoro: la prestazione della madre non è impossibile, ma potenzialmente pericolosa

Matteo Attanasio

Dottorando di ricerca International, Private and Labour Law nell'Università degli Studi di Padova

SOMMARIO: 1. I fatti di causa. – 2. La prospettiva antidiscriminatoria. – 3. La prospettiva di diritto comune – 4. Osservazioni e spunti di riflessione.

Sinossi: A partire dall'analisi di un'ordinanza della Corte di Cassazione che ha dichiarato la nullità di diritto comune di un contratto di lavoro a tempo determinato sottoscritto da una lavoratrice in stato di gravidanza e che, in applicazione del divieto di adibizione al lavoro di cui all'art. 7, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, non avrebbe probabilmente potuto svolgere effettivamente la prestazione per tutta la durata del rapporto, il contributo approfondisce il rapporto non sempre lineare tra la tutela di maternità ed il diritto antidiscriminatorio.

Abstract: Starting from the analysis of an order of the Court of Cassation which declared the nullity of a fixed-term employment contract signed by a pregnant worker under common law and which, in application of the prohibition of assignment to work pursuant to art. 7, of Legislative Decree no. 151 of 26 March 2001, would probably not have been able to effectively perform the service for the entire duration of the relationship, the

contribution deepens the not always linear relationship between maternity protection and anti-discrimination law.

1. I fatti di causa

Un caso deciso lo scorso anno dalla Corte di Cassazione fornisce l'occasione per approfondire quelle che sono da tempo definite le ambiguità ancora presenti in tema di tutela di maternità, ambiguità la cui origine è stata ricondotta ai riferimenti contenuti nell'art. 37, comma 2, Cost. alla «essenziale funzione familiare» della madre ed alla «speciale adeguata protezione» da garantire a lei e al bambino¹.

Oggetto del giudizio in questione era l'annullamento in autotutela da parte di un'AULS di un contratto a tempo determinato sottoscritto da una psichiatra individuata con determinazione dirigenziale per sostituire un altro medico assente dal lavoro.

A seguito del superamento della visita di idoneità all'impiego e della firma del contratto, la dottoressa aveva infatti palesato al datore di lavoro il proprio stato di gravidanza prima di cominciare l'attività, facendo quindi presente che, in ragione del divieto previsto dall'art. 7 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, non avrebbe potuto iniziare ad esercitare le sue mansioni per un periodo che avrebbe, *probabilmente*, coperto l'intero arco temporale della sostituzione a lei assegnata.

Appresa la circostanza e dopo alcune interlocuzioni tra le parti, l'AUSL aveva ritenuto di procedere all'annullamento unilaterale della determina dirigenziale di conferimento dell'incarico e del conseguente contratto, motivandola con l'inidoneità della psichiatra alle mansioni. La lavoratrice ricorreva contro la decisione, ma sia avanti al Tribunale che in Corte d'appello i giudici reputavano del tutto legittima la scelta dell'Amministrazione a causa proprio del disposto di cui al richiamato art. 7, d.lgs. n. 151/2001. In sede d'appello veniva altresì sottolineato come la dottoressa avesse di fatto tratto in errore l'AUSL non rivelando il proprio stato interessante alla visita di idoneità.

La lavoratrice impugnava la decisione appellandosi non solo ai noti principi in tema di privatizzazione del pubblico impiego – che avrebbero dovuto precludere all'Amministrazione di porre unilateralmente nel nulla un contratto già sottoscritto per un vizio proprio dell'atto e non della procedura (art. 5 d.lgs. n. 165/2001) –, ma richiamandosi altresì alle disposizioni in tema di cessazione del rapporto pubblico, che avrebbero dovuto far qualificare come meramente annullabile, e non nullo, il contratto quand'anche si fosse voluto

¹ Per un'analisi generale del tema, cfr. ALES, (*voce*) *Maternità e congedi parentali*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, 2016, 531 ss. Cfr. altresì MILITELLO, *Questo non è un Paese per genitori (lavoratori)*, in *LD*, 2, 2023, 388 ss., che sottolinea come la contraddittorietà delle tutele di maternità emerga chiaramente dall'assetto di quelle previste per i casi di adozione e affidamento, dove è comunque la madre ad essere individuata quale destinataria della protezione.

ritenerlo contrario ad una norma sostanziale, o effetto di falsità dichiarative della lavoratrice (art. 63 e 55-*quater* d.lgs. 165/2001). Soprattutto, la ricorrente stigmatizzava la discriminatorietà di una nullità contrattuale direttamente ed esclusivamente connessa ad uno stato di gravidanza che, come tale, non avrebbe potuto in nessun caso riguardare un uomo. La difesa sottolineava inoltre che la decisione di eliminare in radice il contratto avrebbe poi finito per aggirare anche il divieto di licenziamento di cui all'art. 54, del d.lgs. 151/2001, evidentemente non applicabile se non ad un rapporto ritenuto quantomeno esistente. I giudici di legittimità non condividevano le tesi della lavoratrice e rigettavano integralmente il ricorso, condannando altresì alle spese la ricorrente.

A tenore della pronuncia, infatti, nessuna norma speciale in tema di licenziamento sarebbe venuta in rilievo nel caso di specie, posta la nullità di diritto comune dalla quale era affetto il contratto stipulato in violazione dell'art. 7, del d.lgs. n. 151/2001. In definitiva, i giudici ritenevano di dover procedere ad una mera pronuncia dichiarativa per un vizio che, dunque, aveva legittimato l'AULS a rifiutare l'esecuzione del contratto sottoscritto.

La qualificazione di nullità di diritto comune, ai sensi dell'art. 1418 c.c., si basava, a dire dei giudici, sugli accertamenti di fatto svolti nei gradi di merito, accertamenti che avrebbero reso palese la violazione di un divieto che i magistrati ricordavano però chiaramente posto «a tutela della gestante e del feto». Sempre in fatto, il periodo di interdizione dal lavoro (che, ai sensi dell'art. 6 d.lgs. n. 151/2001, decorreva dal momento in cui la lavoratrice aveva informato il datore di lavoro e si sarebbe protratto fino ai sette mesi successivi alla nascita) sarebbe poi stato tale da coprire l'intero svolgimento di un rapporto instaurato, come detto, per esigenze sostitutive, senza che peraltro l'elevata professionalità della lavoratrice ne potesse consentire l'adibizione ad altre mansioni, anche inferiori.

Dalle menzionate circostanze la Corte deduceva che, interamente vanificato il programma negoziale dalla necessità per l'Amministrazione di reiterare il contratto con altro lavoratore, il vizio radicale e insanabile dell'atto si sarebbe dovuto porre «all'intersezione tra l'ipotesi di una sostanziale impossibilità giuridica dell'oggetto (la prestazione non poteva infatti essere resa) ed al contempo di un'illiceità della causa in concreto (perché l'attuazione di quello scambio si sarebbe posta in contrasto con il divieto di legge), in ogni caso ipotesi tutte destinate ad integrare la nullità ai sensi dell'articolo 1418 c.c., comma 2 (...) in forza di ragioni di tutela inderogabile che valgono ben oltre la persona del lavoratore estendendosi, a tutela rafforzata anche del neonato, fino al settimo mese dopo il parto e dunque al di là delle ordinarie regole di astensione obbligatoria del rapporto».

L'ordinanza escludeva invece qualsiasi vizio del consenso, stabilendo che la lavoratrice non fosse obbligata ad informare del proprio stato di gravidanza il datore di lavoro al momento della stipula. Ciononostante, i giudici non rinvenivano profili di discriminatorietà nella condotta datoriale, non potendosi in alcun modo parlare di rifiuto di assunzione o licenziamento a causa di dati obiettivi da cui derivava, a dire della Corte, la nullità del rapporto.

Di più, così argomentando, i giudici escludevano implicitamente anche l'applicazione al caso *de quo* dell'art. 2126 c.c. Non ne era infatti impiegabile né il suo comma primo, che prevede un'esecuzione non verificatasi nel caso concreto, né il secondo, posto che, in caso di nullità

per violazione di norme di tutela del prestatore, è prevista la sola garanzia di un diritto retributivo non ancora maturato nella fattispecie in ragione del mancato avvio delle attività².

Così ricostruita la vicenda processuale, si può passare ad analizzarla.

Due sono le prospettive che vengono in rilievo: la prima, già accennata e che avrebbe permesso una ricostruzione lineare della vicenda, quella del diritto antidiscriminatorio; la seconda, quella seguita dalla Corte guardando alle nullità civilistiche, sulla quale però, proprio per la particolarità del caso, si tenterà di focalizzare l'attenzione.

Come si dirà, da un punto di vista generale, la pronuncia pare non solamente aver deviato da principi di diritto antidiscriminatorio che possono oramai dirsi più che consolidati³, ma anche non integralmente applicato le norme di diritto comune in tema di nullità, pur recessive nell'ambito della tutela antidiscriminatoria⁴.

Al di là della decisione in sé, il provvedimento pare ben evidenziare come l'auspicato cambio culturale nei confronti della genitorialità, seppur anche da ultimo rimarcato a livello europeo con l'adozione della Dir. 2019/1158/UE, stenti a farsi strada nel nostro ordinamento⁵.

Ma procediamo con ordine.

2. La prospettiva antidiscriminatoria

Come anticipato e sostenuto anche in dottrina⁶, una lettura in chiave antidiscriminatoria del divieto di adibizione delle donne al lavoro nei periodi di congedo (obbligatorio o, come nel nostro caso, esteso) avrebbe reso del tutto coerente la ricostruzione della vicenda, impedendo di concludere per una soluzione che, di fatto, ha favorito il datore di lavoro

² Inoltre, ai sensi dell'art. 2126, comma 1, l'illiceità dell'oggetto o della causa avrebbero comunque impedito l'effetto non retroattivo della nullità o del contratto di lavoro (DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2022, 483).

³ Annotando proprio la sentenza in questione, parla di «*chiaro caso di licenziamento discriminatorio, fondato sul motivo della gravidanza*» MILITELLO, *La maternità come «ostacolo» per le donne lavoratrici e il divieto di discriminazione (non) preso sul serio*, in *RIDL*, 2023, II, 748.

⁴ In questo senso DONINI, *L'art. 15 e oltre. La nullità nel diritto antidiscriminatorio*, in *LD*, 2020, n. 4, 611; TOPO, (*voce*) *Lavoratore*, in *Enc. Dir.*, VI, 2023, 755.

⁵ Con riferimento alla trasposizione della direttiva operata dal d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105, scrive TINTI, *Il posto della cura. Note su conciliazione dei tempi e flessibilità*, in FERRARA, MILITELLO, SCARPONI, TINTI, *Sesso, genere, discriminazioni: riflessioni a più voci (Parte Quarta) LD*, 2023, n. 2, 399 di «Un'occasione non colta (...) [che] non ha segnato nel diritto del lavoro italiano quel mutamento di approccio alla materia della conciliazione dei tempo e quel riassetto normativo, su cui, in vista della scadenza, si erano formulati convinti auspici, anche alla luce della maggior consapevolezza forzosamente acquisita in un biennio di pandemia (...) per cogliere, di una normativa europea pur esitante nelle soluzioni concrete, l'aspirazione ambiziosa ad accogliere una visione di conciliazione ampia e degna della complessità del tema: orientata alla condivisione di genere dei compiti di cura; allargata nella destinazione oltre i confini della genitorialità oltreché – timidamente – aperta all'omogenitorialità; diversificata negli strumenti volti alla ricerca di un equilibrio dei tempi non più legato a doppio filo con la riduzione di quelli del lavoro».

⁶ Cfr. MILITELLO, *op. cit.*

e penalizzato gravemente la lavoratrice in termini non soltanto retributivi, ma altresì di carriera⁷.

Del resto, già il considerando n. 9 della Dir. 92/85/CEE, 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, specifica che «*la protezione della salute delle lavoratrici gestanti (...) non deve svantaggiare le donne sul mercato del lavoro*». Il richiamato considerando, peraltro, non sembra che la sintesi di approdi giurisprudenziali già raggiunti sia a livello europeo⁸, che interno⁹, da ultimo ribaditi ulteriormente anche dalla Dir. 2006/54/CE (considerando n. 23, art. 2, par. 2, lett. c, art. 14, par. 1, lett. a).

Non bastasse tutto quanto sopra a far ritenere palesemente discriminatoria la condotta tenuta dall'Amministrazione, merita di aggiungersi come, in nessun caso, un'asserita impossibilità dell'oggetto contrattuale si sarebbe potuta contestare ad una lavoratrice a tempo indeterminato con la finalità di far slittare in avanti rispetto alla data concordata la presa effettiva di servizio e tutti i diritti che ne conseguono¹⁰. Con il che, dunque, si aggiunge alla discriminazione diretta fondata sul sesso, il dubbio di una possibile disparità di trattamento (art. 25 d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81; art. 4 Dir. 1999/70).

Come si è brevemente cercato di dimostrare, se analizzato nell'ottica del diritto antidiscriminatorio, il caso si presta quindi ad una soluzione piana.

Pacifica l'assenza di obblighi comunicativi in capo alla dipendente in fase di stipula¹¹, l'aver posto nel nulla il contratto sottoscritto a causa della gravidanza – pur a fronte di una

⁷ Senza entrare in più complesse questioni, basti qui ricordare che l'art. 5, comma 4, lett. d) del d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487, specifica che l'aver prestato lodevole servizio a qualunque titolo, per non meno di un anno, nell'amministrazione che ha indetto il concorso costituisca causa di preferenza a parità di titoli e di merito fra i partecipanti ad una procedura concorsuale. Per un'analisi generale del problema della discriminazione e delle pari opportunità cfr. M. BARBERA, *Discriminazione e pari opportunità*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, 2014, 377 ss.

⁸ Si ricorda a questo proposito C. giust., 8 novembre 1990, causa c-177/88, *Dekker*, in Racc. 1990, I-03941 che ha stabilito come un rifiuto di assunzione basato sulla condizione di gravidanza costituisca discriminazione diretta basata sul sesso posta la sua opponibilità solo alle donne; la decisione ha altresì precisato che il principio è poi valido indipendentemente dall'entità di qualsivoglia danno possa derivarne al datore di lavoro (nello stesso senso, ma con specifico riferimento ai lavoratori a termine, anche C. giust., 4 ottobre 2001, causa c-109/00, *Tele Danmark* in Racc. 2001, I-06993. Cfr. anche C. giust., 11 novembre 2010, causa c-232/09, *Danosa*, in Racc. 2010, I-11405, con riferimento all'irrelevanza dell'eventuale essenzialità della presenza in servizio della lavoratrice per la buona esecuzione del contratto di lavoro sottoscritto).

⁹ V. C. cost., 30 giugno 1999, n. 271, reperibile all'indirizzo https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2000:271 che ha specificato come la maternità non debba essere causa di perdite retributive. Vale anche ricordare C. cost., 8 febbraio 1991, n. 271, reperibile all'indirizzo https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:1991:61 con cui la Corte ha precisato come si debba evitare che intervengano, in relazione al rapporto di lavoro, comportamenti che possano turbare ingiustificatamente la condizione della donna ed alterare il suo equilibrio psico-fisico durante la gravidanza.

¹⁰ In questo senso C. giust., 3 febbraio 2000, causa C-207/98, *Mahlburg*, Racc. 2000, I-549, che ha chiaramente stabilito (punto 27) che «*l'applicazione delle disposizioni relative alla tutela della donna incinta non può comportare un trattamento sfavorevole per quanto riguarda l'accesso al lavoro di una donna incinta, e impedisce quindi 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*».

¹¹ Sono gli stessi giudici a ricordare che per incontestata giurisprudenza non sussiste alcun obbligo per la lavoratrice di comunicare l'inizio di una gravidanza proprio per non frustrare l'obiettivo protettivo delle disposizioni in tema di maternità

piena idoneità professionale della lavoratrice (attestata dal positivo superamento della selezione abilitante) – avrebbe dovuto essere qualificato come palesemente discriminatorio e nullo avrebbe dovuto essere dichiarato l'atto di autotutela e non il contratto di lavoro. Per conseguenza il datore avrebbe dovuto ripristinare il rapporto e risarcire (quantomeno¹²) le indennità di maternità perse a partire dalla data di inizio lavoro concordata dalle parti e fino alla scadenza del termine; ciò, s'intende, anche in assenza integrale della prestazione. Del resto, già in un ormai datato precedente riguardante identica fattispecie, la Cassazione aveva ritenuto che lo stato di maternità andasse considerato irrilevante ai fini della costituzione del rapporto di lavoro e che le tutele indennitarie fossero dovute alla lavoratrice anche in assenza di una prestazione effettiva, così dimostrando l'assoluta incompatibilità con l'ordinamento della perdita di occasioni lavorative per causa di maternità¹³.

Più di recente, la giurisprudenza ha ritenuto discriminatoria – in presenza dei presupposti in tema di allegazione della condotta datoriale (art. 40 d.lgs n. 198/2006) – la mancata proroga o rinnovo di un contratto a termine¹⁴, la mancata stabilizzazione di un'apprendista¹⁵ e la mancata assunzione di personale qualificato in gravidanza al momento dello svolgimento delle procedure di reclutamento¹⁶.

Di tutto ciò la pronuncia non ha tenuto conto, concentrando la propria analisi su di uno scrutinio del caso secondo i tradizionali canoni di valutazione della validità del contratto, trascurando così integralmente il differente approccio della tutela antidiscriminatoria, orientato in chiave sostanziale più che formale¹⁷.

(v. Cass., 6 luglio 2002, n. 9864, in *MGL*, 2002, 654, con nota di GOTTARDI). Più recentemente, ha richiamato il principio anche Cass. 3 luglio 2015, n. 13692 in *FI*, 2015, 1, 9, 2708. Ricava l'insussistenza di qualsivoglia obbligo di *disclosure* in tema di gravidanza, a partire dall'art. 8 della L. 20 maggio 1970, n. 300, anche BACCHINI, *Salute e sicurezza delle lavoratrici gestanti e puerpere*, in *Igiene e Sicurezza del Lavoro*, 5, 2007, 250.

¹² Come noto, nel procedimento sommario antidiscriminatorio di cui all'art. 38 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, è infatti prevista, a richiesta, anche la risarcibilità del danno non patrimoniale in caso di violazione delle tutele a protezione dei soggetti portatori dei fattori di rischio previsti dalla legge.

¹³ Cfr. Cass., 09 ottobre 1997, n. 9800, in *MGI*, 1997. Con la pronuncia la Corte sottolineava come «la legge n. 1204 del 1971 è ispirata al principio che la lavoratrice non debba subire alcuno svantaggio a causa del suo stato di gestante o partoriente o puerpera. Detta finalità non sarebbe certamente perseguita se la tutela delle lavoratrici madri si limitasse a collocare i periodi di astensione dal lavoro, con corresponsione dell'indennità economica, all'interno di un rapporto di lavoro già iniziato con effettive prestazioni e non si spingesse fino al punto di ricomprendere anche il caso nel quale - a contratto di lavoro concluso - la prestazione lavorativa non sia possibile per effetto di un' interdizione anticipata dal lavoro, disposta dall'Ispettorato del Lavoro». In Cass., 12 dicembre 1997, n. 12604, in *GC*, 2012, 1, I, 150, – in un caso relativo all'assunzione di un tredicenne – i giudici di legittimità hanno poi sottolineato come una tale assunzione non sia da ritenersi viziata da illiceità della causa e che, anzi, dalla stessa derivi comunque l'instaurazione del rapporto assicurativo obbligatorio.

¹⁴ Trib. Milano, 12 giugno 2023, in *RIDL*, 2023, II, 534, con nota di PERUZZI; Cass., 26 febbraio 2021, n. 5476, in *RIDL*, 2021, II, 472, con nota di ORTIS; C. giust., 4 ottobre 2001, causa c-438/99, *Melgar*, in Racc. 2001I-06915.

¹⁵ Cass., 03 febbraio 2023, n. 3361 in *LG*, 2023, 5, 522, con nota di GUARNIERI.

¹⁶ App. Roma, 6 febbraio 2024, n. 475, reperibile all'indirizzo <https://www.lpo.it/wp-content/uploads/2024/02/C.-App.-RM-06.02.2024-n.-475.pdf>.

¹⁷ In questo senso anche DONINI, *op. cit.*, 620, che ricorda come i modelli teorici e pratici delle nullità e del diritto antidiscriminatorio risultano del tutto diversi e quasi opposti, con questi ultimi volti a creare rimedi che puntano maggiormente sulla tempestività ed efficacia della tutela piuttosto che sulla tecnica demolitoria nell'interesse generale fondante la teoria delle nullità.

Preso atto di quanto avvenuto in giudizio pare comunque utile approfondire questa diversa prospettiva.

3. La prospettiva di diritto comune

Nonostante l'evidente coerenza della ricostruzione fondata sul diritto antidiscriminatorio, i giudici hanno invece propeso per una valutazione di diritto comune basata sulla nullità prevista dall'art. 1418 c.c., in combinato disposto con il divieto di cui al già menzionato art. 7 del d.lgs. n. 151/2001.

Nel fare ciò, oltre che del diritto antidiscriminatorio¹⁸, anche le peculiarità del divieto di adibizione al lavoro parrebbero essere rimaste troppo sullo sfondo della decisione.

Oltre al dato formale – che specifica come tale proibizione¹⁹ riguardi la mera esigibilità della prestazione e non determini alcuna impossibilità sopravvenuta ma il diritto invece ad accedere alla tutela di maternità, addirittura anche per i periodi esorbitanti dalla durata del contratto a termine che li legittimi (artt. 24 e 57 d.lgs. n. 151/2001) – non appare irrilevante porre l'attenzione sul meccanismo mediante il quale il divieto di adibizione acquista efficacia.

Al fine di attivare pienamente le tutele del capo II, rubricato «Tutela della salute della lavoratrice», l'art. 6 del d.lgs. n. 151/2001, infatti, in coerenza con le disposizioni di cui all'art. 2 della Dir. 92/85/CEE, attribuisce valore decisivo al fatto che la lavoratrice abbia informato della propria condizione il datore di lavoro.

Se ne desume che, prima di questo momento lasciato integralmente alla disponibilità della madre, la prestazione non è solo materialmente, ma anche giuridicamente possibile. La circostanza sembra perciò idonea a sollevare qualche dubbio sulla possibilità di una qualificazione di nullità che trova il suo fondamento su di un divieto che diventa tale solo ove sia la destinataria della protezione ad informarne la controparte.

Inoltre, anche la necessità, testualmente prevista, di ricercare per le lavoratrici impiegate in lavori pericolosi, faticosi e insalubri altre mansioni (anche inferiori) prima di arrivare ad

¹⁸ Del quale è stata però condivisibilmente sottolineata la mancanza di pieno raccordo con la disciplina in tema di maternità, pur a fronte di un espresso richiamo nel testo unico sulla genitorialità (art. 3 d.lgs. n. 151/2001). Ancora MILITELLO, *op. cit.*, 744, parla di «*mai del tutto risolto nodo della incomunicabilità tra le norme dettate a protezione della lavoratrice in gravidanza e il diritto antidiscriminatorio, testimoniata per lungo tempo dal mancato raccordo tra le relative discipline e anche da un approccio della giurisprudenza che ha difeso la specialità dei sistemi normativi*».

¹⁹ Assistita da sanzione penale, evidentemente a carico del solo datore di lavoro. Si v. però C. conti, sez. giur. Reg. Trentino Alto Adige, 21 aprile 2008, n. 21, reperibile nella banca dati One Legale Wolters Kluwer, per un caso, a dire il vero molto particolare, in cui una lavoratrice è stata invece attinta da responsabilità amministrativa proprio per aver violato l'obbligo anticipato di astensione certificato dal medico svolgendo, in quel periodo, un tirocinio previsto all'interno di un corso abilitante alle funzioni di segretario comunale. Il fatto che la condanna per danno erariale sia intervenuta solo per il periodo di astensione anticipata, palesemente concesso per ragioni di salute, e non per il periodo di tirocinio svolto durante il successivo periodo di congedo obbligatorio pare però sottolineare come il divieto di adibizione al lavoro non precluda le attività della gestante, ma sia solo diretto ad impedire al datore di lavoro di sfruttarne le prestazioni.

un'interdizione da parte dei servizi ispettivi del Ministero (art 7, commi 3, 4, 5 e 6), pare suscitare qualche ulteriore riserva sulla coerenza sistematica di una qualificazione di nullità, quantomeno nell'accezione comune fatta propria dalla Corte.

Ancora, è poi l'indimostrato assunto che la gravidanza avrebbe coperto l'intera durata del contratto a termine a sollevare perplessità circa la soluzione data al caso di specie. La stessa sembra infatti valida alla sola condizione che la gravidanza giunga a buon esito, o comunque si protragga fino al rientro del lavoratore sostituito. In caso contrario, effettivamente, l'art. 16, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 151/2001 prevede la possibilità di immediata ripresa del lavoro da parte della lavoratrice, sempre che il medico specialista del Servizio Sanitario lo ritenga compatibile con le sue condizioni e venga concesso un preavviso al datore di lavoro. Dunque, nell'inausta ipotesi di un'interruzione di gravidanza avvenuta prima della scadenza del termine fissato dalle parti²⁰, la sanzione della nullità – oltre ad aver precluso l'inizio del rapporto – priverebbe la lavoratrice anche della possibilità di eseguire il contratto in un momento in cui nessun divieto glielo impedirebbe.

Insomma, parrebbe che, anche attraverso un'analisi basata sul diritto comune e sui divieti espressi di legge, la (forte) soluzione individuata dai giudici contrasti con l'assetto delle tutele di maternità e non sia quindi condivisibile²¹.

Al di là di quanto finora detto, quello che sembra velatamente trasparire dal provvedimento è una visione della donna in gravidanza come soggetto che, in ragione di tale condizione, vada rigidamente dequalificato nella sua soggettività giuridica²². Sintomatico di un tale approccio appare proprio l'inconferente richiamo a cause di decadenza proprie di interdizioni di tutt'altro tipo e che, queste sì, impediscono a determinati soggetti di concludere validamente contratti di lavoro²³.

Certo, il parallelismo con queste gravi incompatibilità soggettive all'impiego non nasce dal nulla, ma è insito anche nel linguaggio adottato dal Testo Unico ove il termine «interdizione» compare numerose volte nelle parti relative ai congedi di maternità²⁴.

²⁰ Si noti bene, interruzione di gravidanza che potrebbe anche essere volontaria, concretando – nel caso si ritenesse di propendere per la ricostruzione che fa discendere dallo stato di gravidanza in sede di costituzione del rapporto, di lavoratori peraltro precari, un insanabile vizio di nullità – proprio quel rischio particolarmente grave di spingere la lavoratrice gestante ad interrompere volontariamente la gravidanza che le tutele di maternità hanno da sempre voluto contrastare. Il principio è stato espresso da C. giust., 11 novembre 2010, causa c-232/09, *Damosa*, cit., con riferimento alla protezione contro il licenziamento, ma sembra poter valere anche per ipotesi di atti discriminatori in fase preassuntiva, tanto più nel caso si stia trattando di lavoratori non stabilizzati.

²¹ Del resto, sembrerebbe effettivamente difficile ipotizzare di applicare la medesima sanzione di nullità per casi teorici nei quali la gravidanza sia scoperta o comunicata dopo uno, o soli pochi giorni dall'inizio dell'effettiva prestazione. Anche a ritenerlo possibile, poi, la soluzione lascerebbe comunque aperto il rilevante problema di stabilire il periodo di esecuzione decorso il quale l'invalidità non possa più essere dichiarata dal giudice. Viene dunque da chiedersi se i giudici avrebbero giudicato nel medesimo senso fattispecie del tipo di quelle appena prospettate.

²² In questo senso ALES, *op. cit.*, 541.

²³ I giudici richiamano infatti un precedente (Cass., 11 luglio 2019, n. 18699, in *GI*, 2019, 12, 2700, nota di CANGEMI) in cui si trattava di un'omissione dichiarativa relativa ad una precedente condanna penale, condanna peraltro poi rivelatasi di per sé inidonea a porre nel nulla il rapporto di lavoro oggetto di giudizio.

²⁴ Sulla tematica del linguaggio giuridico di genere cfr. BALLESTRERO, *Uno statuto lungo cinquant'anni*, in *RGL*, 2020, I, 20 ss.;

Ma la donna nel periodo di maternità non può associarsi a chi abbia commesso reati di rilevante gravità, né può esserne posta in dubbio la piena capacità di agire, paragonandola così al minore in una prospettiva che la Corte di giustizia ha da tempo nettamente superato²⁵.

Se è vero che, come sostenuto da sempre attuale dottrina, la capacità di agire «non è una qualità generale che viene conferita al soggetto in un determinato momento e per la quale non si dia luogo che a limitazioni di carattere eccezionale[,] costituendo invece una qualità relativa riconosciuta di volta in volta al soggetto per una determinata categoria di atti giuridici»²⁶, quella ricostruzione mirava a consolidare il superamento di una concezione della capacità giuridica fondata su *status* legittimanti l'agibilità giuridica dei singoli²⁷, superamento che – grazie anche alla chiarificazione del concetto di capacità di legittimazione come sinonimo di soggettività giuridica generale di tutte le persone – portava alla modifica dell'art. 2 c.c. ed all'abrogazione 3 c.c.²⁸.

È allora in questa prospettiva – che la legislazione a tutela della maternità sembra non aver pienamente fatto propria quando, come nel caso in commento, l'applicazione di norme di protezione comporta conseguenze negative proprio in capo ai soggetti protetti – che anche i divieti possono essere ripensati.

Di una tale rimediazione il legislatore si è in parte già fatto carico, dapprima aprendo, con il Testo Unico, alla flessibilità del congedo obbligatorio (art. 20 d.lgs. n. 151/2001) e, più di recente, estendendo l'utilizzo di tale facoltà per la donna, con l'aggiunta del co. 1.1 all'art. 16 da parte dell'art. 1, comma 485, l. 30 dicembre 2018, n. 145.

IORATTI, *Linguaggio giuridico e genere*, in SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere, Analisi interdisciplinare e comparata*, Cedam-Wolters Kluwer, 2014, 51 ss.; PACELLA, *Il linguaggio giuridico di genere: la rappresentazione sessuate dei soggetti nel diritto e nella regolamentazione lavoristica*, in LD, 2016, 481 ss.

²⁵ Ci si riferisce a C. giust., 25 luglio 1991, causa C-345/89, *Alfred Stoeckel*, Racc. 1991, I-04047, con cui la Corte dichiarava l'obbligo di non stabilire come principio legislativo il divieto del lavoro notturno delle donne, pur se temperato da possibili deroghe, in un caso in cui un datore di lavoro era stato penalmente perseguito per aver adibito le proprie dipendenti al lavoro notturno in adempimento di un accordo collettivo stipulato al fine di evitare riduzioni del personale.

²⁶ Così FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, 1939, 108.

²⁷ In questo senso TOPO, *op. cit.*, 755, che – in tema di lavoro dei minori – ricorda altresì come la nullità possa non essere in questi casi di disciplina di protezione una sanzione indispensabile «*perché è l'apparato sanzionatorio complessivo che dovrebbe tutelare gli interessi non esclusivi del lavoratore ma generali della società*».

²⁸ Per un approfondimento del concetto di capacità giuridica, naturale e di lavoro si veda SUPPIEJ, (voce) *Capacità di lavoro*, in *Enc. Dir.*, VI, 1960, 48 ss. Per una ricostruzione che invece ammette che certe condizioni di indisponibilità personale del lavoratore al concreto esercizio dell'attività lavorativa, se intervenute nel momento costitutivo del rapporto, possano dare luogo ad un'impossibilità oggettiva della prestazione o ad un'illiceità dell'oggetto, impedendo così la validità della stipula v. invece GRANDI, (voce) *Rapporto di lavoro*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXVIII, 1987, 338, con cui sembra concordare anche SUPPIEJ, *op. cit.*, 52. *Contra* TOPO, *op. cit.*, 749, la quale ricorda invece come i rischi per i diritti fondamentali della persona si annidino anche nella fase prodromica alla stipula. La validità di quest'ultima conclusione è peraltro ben testimoniata dalla recente sentenza del Tribunale di Busto Arsizio, 4 giugno 2024, n. 395, di cui, a quanto consta, non sono ancora state pubblicate le motivazioni ed il cui dispositivo è reperibile all'indirizzo <https://www.dirittoantidiscriminatorio.it/assumo-solo-donne-over-40/>, con la quale, su ricorso di un'associazione, una società è stata condannata per alcune dichiarazioni pubbliche della sua amministratrice che aveva sostenuto di «puntare per ricoprire le posizioni "importanti" della società su uomini o, altrimenti, su donne solo sopra i quaranta anni».

Alla luce di un *gender pay gap* che – in uno proprio con la rigidità dei congedi di maternità e il ruolo solo sostitutivo-alternativo dei padri rispetto al lavoro di cura neonatale²⁹ – pare sbarrare il percorso verso una reale condivisione dei ruoli genitoriali, sembra quindi possibile avviare un ragionamento anche sulla natura e sulla forma del divieto di adibizione al lavoro.

4. Osservazioni e spunti di riflessione

L'analisi che si è sin qui svolta lascia aperto un interrogativo di fondo sul come sia stato possibile che i giudici abbiano potuto applicare una nullità sancita a protezione della lavoratrice madre in netto contrasto con il suo altrettanto evidente interesse al mantenimento del contratto.

La domanda risulta ancor più incalzante tenendo presente che, in altri rami del nostro ordinamento, sono da tempo presenti nullità c.d. di protezione che, pur mantenendo fermo l'interesse generale tipico delle invalidità radicali dei contratti (o di loro specifiche parti), predispongono una tutela che guarda all'efficacia sostanziale più che alla rigida e formalistica eliminazione di ogni effetto giuridico dei contratti affetti da nullità insanabili.

In queste particolari nullità, infatti, pur permanendo l'interesse superindividuale ed il carattere della rilevabilità d'ufficio tipico delle invalidità radicali tradizionali, «[l']intento protettivo a favore del contraente-consumatore si realizza con l'ausilio di strumenti che tendono ad assicurare il mantenimento del contratto piuttosto che la sua demolizione, sempreché il nuovo assetto risponda all'interesse della parte cui si dirige la protezione», creando «norme di ordine pubblico che non tutelano un interesse generale della collettività ma che, al contrario, tutelano solo alcuni soggetti giuridici in quanto appartenenti a ceti o a gruppi sociali, caratterizzati da una situazione di particolare debolezza e vulnerabilità e che, conseguentemente, necessitano di una specifica protezione da parte del legislatore»³⁰. Un'impostazione quindi totalmente differente da quella delle nullità tradizionali, che permette un «controllo di meritevolezza funzionalizzato ai valori dell'equità, dell'equilibrio e della giustizia»³¹, e che impedisce al giudice di procedere all'applicazione pedissequa del regime dell'invalidità, obbligandolo, al contrario, all'attivazione di un contraddittorio con il

²⁹ Pur essendo comunque da valutare positivamente la stabilizzazione all'interno del Testo Unico anche del congedo di paternità obbligatorio (art. 2 d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105), la limitata misura dell'astensione imposta ai padri e l'assenza di qualsivoglia sanzione per il caso di mancata fruizione sembrano poca cosa rispetto al necessario cambio culturale sul tema della genitorialità.

³⁰ Così FREDA, *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul dovere-potere di rilevazione ufficiosa*, in *Ricerche giuridiche*, 2, 2013, Università Ca' Foscari, Venezia, 589-590, reperibile all'indirizzo <http://doi.org/10.14277/2281-6100/Ri-2-2-13-8>.

³¹ L'espressione è ancora di FREDA, *op. cit.*, 603.

soggetto che potrebbe valersi della nullità di protezione per valutarne l'effettivo e concreto interesse³².

Ad aumentare ulteriormente quelle che sembrano incongruenze sintomatiche di un'evoluzione comunque in corso (e che sempre più mette quantomeno in discussione il tradizionale e stereotipato atteggiamento nei confronti della maternità) si aggiunge poi la considerazione per la quale se su di una tale fattispecie si sono dovuti esprimere i giudici è solamente perché la lavoratrice in questione era stata assunta con un contratto di lavoro subordinato. Se invece – come avrebbe ben potuto essere in ragione del tipo di prestazione – si fosse trattato di una psichiatra ingaggiata all'esito di una procedura comparativa per il conferimento di incarichi libero-professionali (art. 7, c. 6, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), la questione non si sarebbe nemmeno prospettata. Come noto, infatti, le indennità di maternità previste per lavoratori autonomi e liberi professionisti (art. 66 e 70 d.lgs. n. 151/2001) non impediscono la prosecuzione effettiva dell'attività lavorativa, prima e dopo il parto, concedendosi inoltre alla lavoratrice autonoma – ai sensi dell'art. 14, c. 2 della L. 22 maggio 2017, n. 81 – addirittura la possibilità di farsi sostituire, o affiancare, da altri lavoratori autonomi di fiducia in possesso dei prescritti requisiti professionali³³.

I limiti di questo scritto non permettono di approfondire ulteriormente l'argomento, ma seppur sia stato affermato che, fino a qualche anno fa, non sembrava praticabile nel nostro Paese «l'ipotesi di trasformazione dell'astensione obbligatoria o, meglio, dell'obbligo datoriale di non utilizzare la lavoratrice pre e *post partum*, in diritto della stessa ad astenersi dal lavoro[,] trasformazione che riproporrebbe la questione, sempre aperta, della libera espressione di volontà da parte della lavoratrice e del lavoratore»³⁴, non per questo non si può comunque tentare di individuare soluzioni innovative per attenuare le rigidità del sistema di tutela delle madri, spesso penalizzante per il lavoro femminile.

Ferma restando l'inesigibilità assoluta da parte del datore di lavoro delle prestazioni nei periodi corrispondenti a quello che è oggi il congedo, appunto, obbligatorio (anche anticipato), non risulta impossibile pensare ad ipotesi che rimettano alla lavoratrice una maggiore – seppur sempre limitata ed assistita dal divieto di licenziamento – disponibilità delle proprie scelte di lavoro rispetto all'attuale. Si potrebbe, ad esempio, valutare di trasformare le mensilità di astensione in mensilità disponibili alla coppia di genitori, o di lasciare alla scelta della lavoratrice di monetizzarle ed aggiungerle alla retribuzione in godimento, sotto

³² Così hanno stabilito a riguardo Cass. SS.UU., 04 settembre 2012, n. 14828, in *GI*, 2013, 2, 299, nota di RIZZUTI e Cass. SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, in *GI*, 2015, 1, 71, nota di PAGNI. Per una declinazione del tema nell'ambito del diritto del lavoro v. ancora DONINI, *op. cit.*, 617.

³³ La disposizione appena citata accomuna peraltro – in maniera tecnicamente non corretta – questa possibilità di sostituzione con quella, prevista specificamente per i lavoratori subordinati, di cui all'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 151/2001. Non si ha in questa sede che l'opportunità di accennare alla tematica, ma sembra di potersi condividere quando sostenuto in dottrina circa il fatto che «Il diritto della sicurezza sociale (...) [sia] un osservatorio privilegiato dell'approssimarsi della situazione giuridica dei lavoratori subordinati e degli autonomi» (così SUPIOT, *Lavoro Subordinato e Lavoro Autonomo*, in *DRI*, 2, 2000, 217).

³⁴ Così ALES, *op. cit.*, 531.

stretta autorizzazione medica e, magari, davanti ad un'apposita sede protetta di maternità che coinvolga la Consigliera Provinciale e, ove presente, anche il padre ed il suo datore di lavoro al fine di attivare potenziali sinergie sia a livello familiare che imprenditoriale. In questo scenario, sia che fosse il padre a decidere di fruire del congedo al posto della madre in ragione del più alto indennizzo che la sovente presenza di integrazioni al trattamento di maternità presenti nei contratti collettivi gli consentirebbe³⁵, sia che fosse la libera e certificata volontà della madre a decidere per la monetizzazione del congedo ultra-minimale, in entrambi i casi il lavoro della donna ne potrebbe uscire rafforzato.

La distinzione tra diritto ed obbligo al congedo di maternità sancita dal considerando n. 14 e dall'art. 8 Dir. 92/85/CEE sembrerebbe lasciare spazio per valutare soluzioni diverse da quelle attualmente in vigore nell'ottica di individuare misure che permettano di realizzare quella «ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne» di cui, in un contesto sociale certamente più sensibile alla tematica della parità, parla la Dir. 2019/1158/UE (considerando n. 6 e 19).

I limiti di questo scritto non consentono, appunto, di poter sviluppare oltre suggestioni sulle quali sembrerebbe però utile una riflessione più approfondita.

Certo, anche solo l'accennare a proposte di questo tipo richiede la massima cautela, come ricordato da chi evidenzia la potenziale pericolosità che le recenti tendenze lavoristiche ad una «soggettivazione regolativa» ed all'ampliarsi degli spazi lasciati all'autonomia individuale nella definizione delle condizioni contrattuali possono comportare³⁶. La stessa dottrina ha però anche ricordato come, pur davanti alla estenuante difficoltà di affrontare il tema della parità, non bisognerebbe interrompere il percorso per mettere a fuoco correttamente la conciliazione tra i tempi di vita e quelli del lavoro.

Sembra quindi di poter concludere dicendo che, al di là del caso specifico analizzato – nel quale l'attività medico-psichiatrica era già legislativamente valutata rischiosa – più in generale, ci si dovrebbe proporre di tendere ad un miglioramento che possa portarci a condividere che adibire le donne al lavoro non debba necessariamente essere impossibile, pur ricordandoci di quanto possa però, in certi contesti, essere ancora decisamente pericoloso.

³⁵ Salvi, beninteso, i limiti biologici ricordati anche dalla Dir. 92/85/CEE che, all'art. 8, par. 2, impone in ogni caso almeno due settimane di congedo obbligatorio.

³⁶ L'espressione ed il concetto sono di TINTI, *Il posto della cura. Note su conciliazione dei tempi e flessibilità*, 404-405.