RELAZIONE D'UDIENZA
presentata nella causa C-179/88 *

I — Sfondo normativo

A — *La direttiva 76/207/CEE*

La direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE (GU L 39, pag. 40, in prosieguo: la « direttiva »), contempla ai sensi dell'art. 1, n. 1, la messa in atto negli Stati membri del principio della parità di trattamento fra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali, e le condizioni di lavoro.

L'art. 2, n. 1, di detta direttiva definisce il principio della parità di trattamento come l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia.

Al n. 3 di tale articolo si legge tuttavia che la direttiva « non pregiudica le disposizioni relative alla protezione della donna, in particolare per quanto riguarda la gravidanza e la maternità ».

L'art. 5, n. 1, della direttiva precisa che il principio della parità di trattamento così definito si applica per le condizioni di lavoro, ivi comprese le condizioni di licenziamento.

Infine l'art. 9, n. 1, primo comma, prevede che gli Stati membri pongono in vigore le norme legislative regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva nel termine di trenta mesi a decorrere dalla sua notifica, vale a dire dal 12 febbraio 1976, sicché i provvedimenti di cui sopra avrebbero dovuto venire adottati entro il 12 agosto 1978.

B — *Normativa nazionale*

La direttiva è stata trasposta nell'ordinamento giuridico danese mediante la legge 12 aprile 1978, n. 161, relativa alla parità di trattamento fra uomini e donne per quanto riguarda l'impiego, ecc. (in prosieguo: la « legge danese sulla parità di trattamento », « lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m. v. ») e dalla legge 12 aprile 1978, n. 162, che modifica talune disposizioni relative alla parità di trattamento fra uomini e donne per quanto riguarda l'impiego, ecc. (« lov om ændring af forskellige bestemmelser om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m. v. »).

La legge danese sulla parità di trattamento è entrata in vigore il 1° luglio 1978.

Le disposizioni di detta legge rilevanti nella fattispecie sono l'art. 1, nn. 1 e 2, l'art. 4 e l'art. 8 che enunciano quanto segue:

* Lingua processuale: il danese.

« *Art. 1*

1. A norma della presente legge la parità di trattamento fra uomini e donne implica l'assenza di discriminazione in ragione del sesso. Ciò riguarda tanto le discriminazioni dirette quanto le discriminazioni indirette, con particolare riferimento alla gravidanza o allo stato matrimoniale o di famiglia.

2. La legge non impedisce l'adozione di disposizioni relative alla tutela delle donne, specie per quel che riguarda la gravidanza e la maternità.

Art. 4

Qualsiasi datore di lavoro che abbia alle proprie dipendenze uomini e donne dovrà garantire loro le stesse condizioni di lavoro. Lo stesso dicasi per le condizioni di licenziamento.

Art. 8

Le persone i cui diritti sono stati lesi per effetto di un'infrazione agli artt. 2 e 5 della presente legge possono ottenere un risarcimento ».

II — Antefatti e fase scritta

Il 15 luglio 1982 la sig.ra Hertz veniva assunta come cassiera e commessa a tempo parziale presso la Aldi Marked.

Nel giugno 1983 essa ha partorito un figlio dopo una gravidanza travagliata durante la quale, con il consenso del datore di lavoro, si era assentata per malattia.

Alla scadenza del congedo di maternità che, secondo la legge danese in materia è di quattro settimane prima della presunta data del parto e di ventiquattro settimane dopo la nascita, la sig.ra Hertz ha ripreso, alla fine del 1983, il lavoro e fino al giugno 1984 non si è assentata per malattia.

Tra il giugno 1984 e il giugno 1985 essa ha fatto registrare assenze per malattia pari a cento giorni lavorativi.

Con lettera 27 giugno 1985 la Aldi Marked le notificava il licenziamento con il preavviso di quattro mesi previsto dalla legge. Il datore di lavoro precisava poi che il motivo del licenziamento era costituito dalle assenze della sig.ra Hertz e che rientrava nella prassi normale licenziare lavoratori sovente assenti per malattia.

È pacifico tra le parti che la causa delle assenze della sig.ra Hertz tra il giugno 1984 e il giugno 1985 andava ricercata nelle complicazioni conseguenti al suo parto nel giugno 1983.

Con sentenza 14 agosto 1987 il Sø- og Handelsret (Tribunale marittimo e commerciale) di Copenaghen respingeva il ricorso presentato dalla sig.ra Hertz avverso detto licenziamento, ricorso nel quale essa sosteneva, tra l'altro, che il suo licenziamento era incompatibile con gli artt. 1 e 4 della legge sulla parità di trattamento.

La sig.ra Hertz impugnava in appello questa sentenza dinanzi allo Højesteret (Corte suprema) richiamandosi unicamente alla legge sulla parità di trattamento. La lite dinanzi a questo giudice verte sul problema se il licenziamento della sig.ra Hertz da parte della Aldi Marked sia incompatibile con l'art. 1, n. 1, e con l'art. 4 della legge sulla parità di trattamento sicché, in applicazione dell'art. 8 della legge, l'interessata possa pretendere ad un indennizzo giustificato dal licenziamento.

L'appellante sostiene che il suo licenziamento è contrario al divieto di discriminazione indiretta sancito dall'art. 1, n. 1, punto 2, di detta legge. A questo proposito essa si è richiamata ad un parere emesso il 22 dicembre 1986 dal Consiglio danese per la parità delle possibilità, ente creato nel 1978 dal legislatore onde promuovere la parità tra uomini e donne nella società ed emettere pareri in applicazione della legge sulla parità di trattamento, nel quale quest'ultimo riteneva dubbio che un licenziamento per assenze dovute a malattia provocate da un rilassamento del bacino conseguente ad un parto fosse compatibile, tra l'altro, con le disposizioni della legge sulla parità di trattamento.

L'appellata ha osservato inanzitutto che il divieto di discriminazione a motivo del sesso non si applica qualora, come nella fattispecie, il licenziamento sia motivato da un'assenza per malattia che si verifica oltre un anno dopo il parto, indipendentemente dal fatto che sia dovuta o meno a complicazioni connesse al parto. A questo proposito essa si è richiamata in particolare alla circolare n. 155 del ministero delle Finanze del 3 ottobre 1984, relativa ai congedi di maternità e ad altri congedi, il cui contenuto è riprodotto in una lettera del ministero del Lavoro del 20 settembre 1985 menzionata nel succitato parere del 22 dicembre 1986 del Consiglio danese per la parità delle possibilità. Questa enuncia che, allorché si deve decidere circa un eventuale licenziamento per malattia, l'assenza dopo il termine del congedo di maternità contemplato dalla legge è normalmente inclusa nel numero di giorni di malattia quando la dipendente viene dichiarata ammalata, o a motivo della sua gravidanza o della maternità o per qualsiasi altra malattia.

La Aldi Marked ha poi osservato che il problema relativo alla tutela di cui fruiscono le donne in caso di gravidanza o di parto è disciplinato nella legge relativa al congedo di maternità che tratta in modo esauriente, all'art. 3, il problema del licenziamento a motivo della gravidanza o del parto e che va considerata come una tutela speciale delle donne ai sensi dell'art. 2, n. 3, della direttiva 76/207 del Consiglio, che lascia agli Stati membri la cura di stabilire la portata di detta tutela.

Lo Højesteret, ritenendo che la controversia faccia sorgere problemi d'interpretazione della direttiva 76/207 del Consiglio, che possono influire sull'interpretazione della legge danese di trasposizione, con ordinanza 30 giugno 1988, ha sottoposto alla Corte, a norma dell'art. 177 del Trattato CEE, le seguenti questioni pregiudiziali:

« 1) Se il combinato disposto dell'art. 5, n. 1, e dell'art. 2, n. 1, della direttiva del Consiglio 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 ed alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (76/207/CEE), riguardi anche il licenziamento in seguito ad assenza dovuta ad una malattia causata dalla gravidanza o dal parto.

In caso di soluzione affermativa della questione n. 1 si chiede che sia inoltre risolta la seguente questione:

2) Se la tutela contro il licenziamento a seguito di una malattia causata dalla gravidanza o dal parto valga senza limiti di tempo ».

L'ordinanza di rinvio è stata registrata nella cancelleria della Corte il 4 luglio 1988.

Conformemente all'art. 20 del Protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia delle Comunità europee, hanno presentato osservazioni scritte lo Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, (in prosieguo: lo « HK ») che sta in giudizio come mandatario della sig.ra Birthe Vibeke Hertz, appellante nella causa principale, rappresentato dall'avv. L. S. Andersen, del foro di Arhus, e la Dansk Arbejdsgiverforening (in prosieguo: la « DA »), che sta in giudizio come mandataria della Aldi Marked K/S, appellata nella causa principale, rappresentata dall'avv. J. P. Buhl, del foro di Copenaghen, il governo del Regno Unito rappresentato dalla sig.na J. A. Gensmantel del Treasury Solicitor's Department, in qualità di agente, il governo italiano, rappresentato dall'avv. P. G. Ferri, avvocato dello Stato, e la Commissione delle Comunità europee, rappresentata dalla sig.ra I. Langermann, membro del servizio giuridico.

Su relazione del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, il 7 giugno 1989 la Corte ha deciso di passare alla fase orale senza procedere ad istruttoria. Essa ha tuttavia invitato le parti a rispondere ad un quesito ed ha rivolto al governo danese una domanda in forza dell'art. 21, secondo comma, dello statuto CEE, pregandolo di comunicarle il parere emesso il 22 dicembre 1986 dal Consiglio danese per la parità delle possibilità nonché la lettera del ministero del Lavoro del 20 settembre 1985, menzionata in tale parere.

III — Riassunto delle osservazioni scritte presentate alla Corte

Sulla prima questione

L'appellante nella causa principale, lo HK, il governo italiano e la Commissione nonché il governo britannico, quest'ultimo a determinate condizioni, propongono di risolvere affermativamente il primo quesito. L'appellata nella causa principale invece, cioè la DA, propone di risolvere negativamente detto quesito.

a) Lo *HK* fa osservare che una malattia conseguente ad una gravidanza non può implicare un licenziamento per assenze dovute alla malattia stessa senza che tale licenziamento sia incompatibile con gli artt. 2 e 5 della direttiva 76/207 e con le disposizioni correlative di trasposizione della legge danese sulla parità di trattamento, vale a dire l'art. 1, n. 1, e l'art. 4.

Esso si richiama a questo proposito a un parere emesso il 20 settembre 1985 dal Consiglio danese per la parità delle possibilità, nel quale questo ha dichiarato anzitutto che non condivideva il punto di vista del ministero del Lavoro secondo il quale la tutela garantita dalle disposizioni della legge sulla parità di trattamento contro i licenziamenti

a motivo di malattia sopraggiunta durante o in correlazione con una gravidanza o un parto, non sussiste più dopo la scadenza del periodo di congedo per maternità previsto dalla legge e in secondo luogo che il divieto di licenziamento per malattia dovuta a gravidanza si applica in linea di massima indipendentemente dalla durata della malattia, giacché infatti il principio della parità di trattamento non può essere limitato nel tempo dalle disposizioni aleatorie che esistono in materia in ciascuno Stato membro.

Sottolinea che la tutela voluta dalla direttiva all'art. 2, n. 1, ha la stessa portata di quella contemplata dalla legge sulla parità di trattamento all'art. 1, n. 1, anche se quest'ultima disposizione menziona espressamente, inoltre, la gravidanza, che essa colloca sullo stesso piano dello stato matrimoniale o di famiglia.

A suo giudizio questa menzione si limita a precisare la necessità specifica di tutela che esiste in rapporto con la gravidanza, necessità messa in luce dall'art. 2, n. 3, della direttiva 76/207.

b) La *DA* fa osservare anzitutto che il combinato disposto dell'art. 5, n. 1, e dell'art. 2, n. 1, della direttiva 76/207 non riguarda i licenziamenti dovuti ad assenze per malattia causata da gravidanza o da parto.

A suo giudizio, dette disposizioni si limitano a fissare un principio superiore di parità di trattamento. Ne consegue che detto principio può venire invocato per qualsiasi licenziamento, ma che la semplice constatazione di un nesso tra il licenziamento ed una gravidanza o un parto non basta a dimostrare che esso sia stato violato. Le norme applicabili a siffatte situazioni devono venire elaborate rispettando questo principio sul piano nazionale, giacché la direttiva non mira d'altronde a disciplinare nei dettagli la formulazione di dette norme, essendo caratterizzata dall'assenza di indicazione positiva per quanto riguarda il modo di mettere in atto il principio di parità di trattamento, come emerge dai lavori preparatori e dall'esistenza dell'art. 2, n. 3.

Essa sostiene poi che, anche se si dovesse ritenere che le disposizioni in questione della direttiva obbligano gli Stati membri a porre in atto norme di diritto positivo che tutelino le donne per quanto riguarda la gravidanza o la maternità, la portata di queste disposizioni non può essere estesa fino ad inglobarvi la situazione contemplata nella prima questione.

A suo giudizio l'esistenza dell'art. 2, n. 3, della direttiva è rivelatrice del fatto che se la direttiva ha voluto offrire la possibilità di adottare norme speciali, ha evitato invece di fornire orientamenti quanto alla forma precisa di dette norme.

Essa ritiene che la spiegazione di un siffatto stato di cose vada ricercata in una constatazione rilevata dalla Commissione e dal Consiglio economico e sociale nei lavori preparatori della direttiva 76/207, vale a dire che solo una modifica dell'atteggiamento generale dei datori di lavoro nei confronti dei lavoratori di sesso femminile consentirà di mettere in atto, nelle migliori condizioni, il principio superiore della parità di trattamento e che l'applicazione di norme speciali di tutela fondate sull'art. 2, n. 3, può costituire un ostacolo decisivo all'evoluzione positiva ed augurabile dell'atteggiamento dei datori di lavoro nei confronti dei lavoratori di sesso femminile.

Essa sottolinea quindi che, poiché, al momento dell'adozione della direttiva, non si sono soppesate, da un lato, la migliore tutela possibile delle donne incinte e, dall'altro, lo sviluppo, tanto influente sulla parità di trattamento, dell'atteggiamento dei datori di lavoro nei confronti dei lavoratori di sesso femminile, l'adozione e la formulazione di provvedimenti di tutela positiva che contemperassero questi interessi è stata lasciata dalla direttiva alla competenza del legislatore nazionale.

La portata del combinato disposto dell'art. 5, n. 1, e dell'art. 2, n. 1, non può quindi venir estesa al licenziamento per assenze dovute a una malattia causata dalla gravidanza se prima non si mettono a confronto scrupolosamente questi due interessi.

Per le assenze verificatesi prima della scadenza del periodo di congedo di maternità, questo raffronto è stato operato dalla normativa che ciascuno Stato membro ha adottato in materia.

Se, per le assenze posteriori a questo periodo, non si sono soppesati separatamente questi fattori, la direttiva non può aver la conseguenza di estendere l'applicazione delle norme di tutela nazionali a queste ipotesi, per non correre il rischio di frenare l'andamento positivo che sta assumendo l'atteggiamento dei datori di lavoro nei confronti delle lavoratrici.

La *DA* ritiene che si debba quindi lasciare al diritto nazionale il compito di strutturare la tutela contro i licenziamenti dovuti ad assenze conseguenti a malattia causata da gravidanza o parto onde ottenere le migliori condizioni possibili di messa in atto del principio della parità di trattamento.

c) Il *governo italiano* sottolinea che, se la facoltà del datore di lavoro di licenziare un impiegato a causa di un elevato numero di assenze per malattia si applicasse anche all'ipotesi della lavoratrice colpita da una malattia conseguente a gravidanza o a parto, detta lavoratrice perderebbe il posto per un fatto che si ricollega alla maternità, coè ad un elemento tipico della condizione femminile.

Siffatta constatazione non può venire messa a tacere dalla considerazione che la tutela concessa alla lavoratrice per quel che riguarda la maternità trova i suoi limiti nell'applicazione delle disposizioni nazionali adottate in base all'art. 2, n. 3, della direttiva, che disciplinano le assenze dal lavoro durante i periodi che precedono e seguono il parto, di durata variabile a seconda degli Stati membri.

Dette normative disciplinano infatti le ipotesi di maternità con prescrizioni che si riferiscono al procedimento fisiologico della gravidanza e del parto e perseguono una finalità sociale, la tutela della maternità, che non si identifica con la tutela della parità di trattamento fra uomini e donne e che fanno anche astrazione da detto principio nell'ipotesi di congedo di maternità previsto dalla legge.

Il governo italiano ritiene quindi che l'art. 5 della direttiva vada necessariamente applicato nei confronti di una norma di licenziamento la cui applicazione può implicare una discriminazione ai danni delle donne. Nella fattispecie, la discriminazione potenziale del

licenziamento motivato dalla malattia del lavoratore pare esista nella misura in cui la lavoratrice è maggiormente esposta al rischio di perdere l'impiego, perdita che può prodursi per condizioni patologiche inerenti esclusivamente alla donna nel caso di maternità.

d) Secondo il *governo britannico*, il combinato disposto dell'art. 5, n. 1, e dell'art. 2, n. 1, della direttiva vieta di applicare ad una donna che si assenta dal lavoro per malattia causata dalla gravidanza o dal parto un trattamento meno favorevole rispetto all'uomo che si assenta dal lavoro per malattia.

Ne scaturisce che, allorché un datore di lavoro ha licenziato una donna che si trova in questa situazione, mentre non avrebbe licenziato un uomo che si è assentato per malattia durante cento giorni lavorativi in un anno, si deve ritenere che la donna sia stata trattata in modo incompatibile con il principio della parità di trattamento.

Il governo britannico sottolinea che, anche se è questa la sola portata della direttiva 76/207, l'art. 2, n. 3, della stessa consente tuttavia agli Stati membri di avere disposizioni in materia di gravidanza e di parto a vantaggio esclusivo delle donne. Questa disposizione autorizza quindi gli Stati membri ad avere disposizioni di legge che vietano ad un datore di lavoro di licenziare una donna allorché detto licenziamento è la conseguenza di assenze dovute a malattia causata dalla gravidanza o dal parto. Tuttavia se uno Stato membro non ha tali disposizioni, la direttiva non gli impone di adottarne.

e) Dopo aver formulato alcune osservazioni sulla struttura della direttiva, ed in particolare sull'art. 2, n. 3, e negato che detta disposizione possa avere rilevanza nella fattispecie, la *Commissione* sostiene che la questione essenziale consiste nell'accertare se vi sia una discriminazione diretta o indiretta a motivo del sesso ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva ed afferma che le sembra ragionevole, per risolverla, considerare l'assenza della sig. ra Hertz come assenza per malattia e non già per gravidanza e maternità.

Osservando che il licenziamento della sig. ra Hertz si fonda su un principio aziendale secondo il quale i dipendenti sovente assenti per malattia vengono licenziati, la Commissione ritiene che siffatto principio non ricada sotto il divieto di qualsiasi discriminazione diretta in ragione del sesso contemplata dalla direttiva, dato che si ispira ad un parametro che vale indistintamente per i due sessi, vale a dire la frequenza delle assenze per malattia.

Quanto al divieto, contemplato dalla direttiva, di qualsiasi discriminazione indiretta a motivo del sesso, la Commissione, richiamandosi alle sentenze 31 marzo 1981, Jenkins (causa 96/80, Racc. pag. 911), e 13 maggio 1986, Bilka-Kaufhaus (causa 170/84, Racc. pag. 1607) ritiene che, per stabilire se è stata operata una discriminazione di questo tipo, sia opportuno ispirarsi ai tre criteri che seguono:

1) identificare la disposizione, il criterio o la pratica in questione;

2) esaminare se con questo criterio viene toccato un numero molto più alto di donne rispetto agli uomini; (tocca alla persona licenziata dimostrare che ci si può fondare su una presunzione in questo senso);

3) ove la presunzione sia dimostrata, stabilire se il datore di lavoro è in grado di provare che il criterio in questione può comunque giustificarsi con fattori estranei a qualsiasi discriminazione a motivo del sesso ed accertare se i mezzi scelti dal datore di lavoro rispondono ad un'esigenza vera e propria dell'impresa e sono idonei e necessari per la realizzazione della finalità che questa persegue.

Per venire in aiuto al giudice nazionale, unico competente a valutare se, alla luce di questi orientamenti, risulti esistere nella fattispecie una discriminazione indiretta, la Commissione indica inoltre che il criterio in questione, sul quale verte la causa principale, è la norma che contempla il licenziamento allorché il dipendente è sovente malato, nella fattispecie durante cento giorni lavorativi annui.

Essa aggiunge, a proposito del secondo criterio di discriminazione indiretta, anzitutto che nulla consente di supporre che le donne si assentino, più sovente degli uomini dal posto di lavoro per causa di malattia o viceversa, dal momento che la gravidanza non è equiparata ad una malattia e, in secondo luogo, che non dispone di alcun elemento da cui risulti che il licenziamento dopo un certo numero di giorni d'assenza colpisce un numero molto maggiore di donne che non di uomini.

A suo giudizio, il migliore raffronto in una ipotesi come quella della causa principale, nella quale la malattia in questione colpisce solo le donne poiché è connessa con la gravidanza e col parto, andrebbe fatto prendendo in esame, da un lato, le malattie che colpiscono solo le donne, ivi comprese quelle connesse con la gravidanza e col parto, e, dall'altro lato, quelle che colpiscono solo gli uomini.

Se il giudice nazionale considera soddisfatto questo secondo criterio, la Commissione ritiene che la DA dovrà fornire la prova che la norma applicata è obiettivamente giustificata, prova che verterà sulla capacità del datore di lavoro di conservare la propria impresa in attività in caso di lunga malattia dei lavoratori.

Sulla seconda questione: la limitazione eventuale nel tempo della tutela contro i licenziamenti dovuti a una malattia conseguente alla gravidanza

a) Lo *HK* sostiene che la tutela contro i licenziamenti dovuti ad una malattia provocata da una gravidanza è valida senza limiti di tempo.

La necessità di tutelare un dipendente di sesso femminile contro il licenziamento dopo la fine del congedo di maternità, se le complicazioni che sopraggiungono dopo la nascita persistono, è altrettanto importante della necessità di tutela durante la gravidanza o il parto, tanto più che la tendenza dei datori di lavoro a conservare il sostituto o la sostituta in caso di proroga del periodo di maternità aumenta l'esigenza di tutela della dipendente che partorisce.

Inoltre, nulla nei lavori preparatori della legge sulla parità di trattamento né nella legge stessa o nella direttiva indica che la tutela dovrebbe essere garantita solo fino alla scadenza del congedo di maternità.

Pur ammettendo che a prima vista può parere inaccettabile imporre un tale onere al datore di lavoro, lo HK sottolinea che la valutazione, ad opera del giudice nazionale, della legittimità di un licenziamento dopo una malattia conseguente ad una gravidanza o ad un parto serve a determinare l'entità del risarcimento, che può essere chiesto da una dipendente la quale sia stata licenziata.

A suo avviso, l'art. 8 della legge sulla parità di trattamento, che contiene il verbo « può », dimostra che, allorché il giudice effettua una siffatta valutazione, terrà conto per racconto anche degli inconvenienti per il datore di lavoro di dette assenze e potrà eventualmente decidere di non riconoscere un risarcimento alla dipendente.

Esso aggiunge che il fatto che la sig. ra Hertz si sia ristabilita durante il periodo di preavviso di licenziamento e che sia in grado di riprendere eventualmente il rapporto di lavoro potrebbe anche avere importanza in questa valutazione.

b) La *DA* sostiene che le considerazioni espresse a proposito della prima questione militano ancor di più a favore di una soluzione negativa della seconda questione.

Essa sottolinea come una soluzione affermativa delle due questioni in esame abbinerebbe in definitiva all'assunzione di lavoratrici il rischio di una situazione totalmente imprevedibile per il datore di lavoro, situazione che porterebbe un duro colpo all'atteggiamento sempre più assunto dai datori di lavoro nei confronti delle lavoratrici, mentre la Commissione ha riconosciuto che l'evoluzione di questo atteggiamento costituisce il fattore più importante nel processo di realizzazione della parità di trattamento.

c) Secondo il *governo italiano* il problema di una eventuale limitazione nel tempo del divieto di licenziamento insorge per il periodo successivo al parto, dato che può succedere che malattie conseguenti alla maternità vengano diagnosticate e perciò curate in un secondo tempo. A suo avviso, in questo caso la necessità di tutelare il lavoratore contro le discriminazioni va conformata al principio generale della certezza del diritto e degli obblighi che gravano sul datore di lavoro nell'ambito del rapporto di lavoro.

Di conseguenza la tutela non dovrebbe essere illimitata, bensì limitata ad un periodo dopo il parto sufficiente tuttavia a constatare le malattie in questione e a porvi rimedio senza che il periodo detto « congedo di maternità » possa essere considerato a questo proposito come periodo adeguato.

d) Il *governo britannico* sostiene che uno Stato membro la cui normativa vieta ad un datore di lavoro di licenziare una donna allorché il suo licenziamento è dovuto ad assenze per malattia causata dalla gravidanza o dal parto, disposizione consentita dall'art. 2, n. 3, della direttiva, può, se lo ritiene conveniente, limitare nel tempo la tutela che ha istituito contro il licenziamento.

e) Dal canto suo la *Commissione* osserva che emerge dagli elementi che essa ha esposto a proposito della prima questione che la soluzione alla questione se esista una indiscriminazione indiretta a motivo del sesso dipende dalle circostanze concrete ed in particolare dalla durata del periodo di malattia prima del licenziamento della dipendente, dalla base di raffronto, dal problema

se il criterio riguardi di fatto un numero molto maggiore di donne rispetto agli uomini ed infine dalla giustificazione obiettiva eventuale.

Essa ritiene quindi, così stando le cose, che una soluzione generale non possa venire data alla seconda questione, poiché la soluzione dipenderà dalle circostanze concrete in ogni singola fattispecie.

La Commissione propone quindi di risolvere i quesiti come segue:

« Spetta al giudice nazionale stabilire se l'applicazione da parte di un'impresa di una norma che contempli il licenziamento dopo un'assenza prolungata per malattia incide su un numero molto più alto di donne che di uomini. In caso affermativo vi sarà discriminazione indiretta a motivo del sesso, vietata dalla direttiva, salvo che l'impresa non dimostri che detto provvedimento è dettato da fattori obiettivamente giustificati ed estranei a qualsiasi discriminazione a motivo del sesso in quanto risponde ad un'esigenza reale dell'impresa ed è a priori necessario per la realizzazione delle finalità perseguite dalla stessa ».

IV — Risposte alle domande della Corte

Invitato a precisare se un motivo di licenziamento come quello invocato nei confronti della sig.ra Hertz dalla Aldi Marked, vale a dire la frequenza delle assenze per malattia, è contemplato in qualche legge oppure corrisponde ad una prassi diffusa consolidatasi con gli anni grazie alla giurisprudenza dei tribunali del lavoro, lo HK ha risposto come segue:

— La sig.ra Hertz, allorché dipendeva dalla Aldi Marked, era soggetta alla legge danese applicabile agli impiegati, il cui art. 5, n. 1, stabilisce che « se un impiegato non è in grado, per malattia, di svolgere le proprie mansioni, l'irregolarità che ne consegue sarà considerata coperta da un impedimento del dipendente ammesso dalla legge (...) ».

Questa disposizione sancisce quindi il principio che la malattia rappresenta legittimo impedimento;

— l'art. 5 contiene, nel suo n. 2, una deroga ai sensi della quale « nel rapporto individuale di lavoro, si può comunque stipulare convenzionalmente per iscritto che il dipendente può esser licenziato con preavviso di un mese, in modo da allontanarlo dal servizio trascorso un mese, se ha percepito una remunerazione in caso di malattia per un totale di 120 giorni durante un periodo di 12 mesi consecutivi. La validità del licenziamento è subordinata alla condizione che esso sopravvenga subito dopo la scadenza dei 120 giorni di malattia e che in quel momento il dipendente sia ancora in congedo di malattia; essa non è, al contrario, pregiudicata dal fatto che l'impiegato abbia ripreso il lavoro dopo che era scattato il licenziamento »;

— nella fattispecie non era stato stipulato nessun accordo relativo ad un preavviso di più corta durata in caso di licenziamento dopo 120 giorni di malattia, come quello consentito dalla disposizione di cui sopra.

Lo HK precisa inoltre che non vi è alcuna giurisprudenza costante, consolidatasi nel corso del tempo, per quanto riguarda la legittimità del licenziamento di un dipendente a causa di un numero elevato di assenze per malattia.

Esso aggiunge che, se non è inesatto constatare che la dottrina concorda nel ritenere che un licenziamento per malattia di lunga durata o per frequenti assenze per malattia può considerarsi giustificato dalla situazione dell'impresa e non dar diritto al risarcimento per licenziamento abusivo, non è possibile affermare con certezza quando sussista una siffatta situazione. A suo giudizio, la norma dei 120 giorni può costituire un indizio di detta situazione, ma la legittimità del licenziamento dipende anche da altre circostanze tra le quali il carattere pubblico o privato dell'impresa, il numero dei suoi dipendenti, l'onere che costituisce per essa il fatto di venire privata del dipendente in questione, l'anzianità in servizio del dipendente, la circostanza che il ristabilimento sia incerto o che invece le probabilità di guarigione possano essere determinate in modo preciso, ecc.

In risposta alla stessa questione, la DA ha risposto come segue:

Il diritto danese si ispira al principio secondo il quale la risoluzione del contratto di lavoro stipulato fra un datore di lavoro ed un dipendente è libera. Questo principio è enunciato dall'art. 2 della legge sugli impiegati in virtù del quale:

« 1. Non si può porre termine mediante risoluzione ad un contratto di lavoro stipulato fra un datore di lavoro e un dipendente prima che sia scaduto un termine di preavviso conforme alle disposizioni che seguono.

2. La denuncia del contratto da parte del datore di lavoro sarà preceduta

1) (...)

2) da un preavviso non inferiore a tre mesi, con scadenza fissata alla fine del mese, qualora la sua anzianità di servizio sia superiore ai sei mesi.

3. La durata del preavviso stabilita al paragrafo 2, n. 2, è aumentata di un mese per ogni triennio di servizio senza tuttavia poter eccedere i sei mesi ».

Nella fattispecie la sig.ra Hertz, che lavorava da tre anni al momento del licenziamento, è stata licenziata con il preavviso di quattro mesi che le spettava in forza del citato art. 2. La norma sul preavviso è quindi stata rispettata.

La DA precisa poi che emerge dall'art. 5, n. 1, summenzionato, della legge relativa agli impiegati che in linea di massima il datore di lavoro non può por fine al contratto di lavoro mediante licenziamento per malattia del dipendente. Esiste tuttavia una deroga a questa norma, contemplata dall'art. 5, n. 2, già ricordato, della legge relativa agli impiegati.

Su quest'ultimo punto la DA ritiene di dover rettificare le indicazioni fornite dallo

HK quanto ai fatti di causa. Il contratto di lavoro stipulato tra la sig.ra Hertz e la Aldi Marked stabiliva in base all'art. 5, n. 2, la possibilità di licenziamento con preavviso ridotto in caso di malattia. La DA si richiama su questo punto all'estratto del contratto di lavoro del 1° luglio 1982 di cui acclude copia.

Essa sottolinea che è pacifico tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza danese che i 120 giorni contemplati dall'art. 5, n. 2, non corrispondono a 120 giorni di lavoro ma comprendono anche le domeniche, e i giorni festivi e i giorni lavorativi in cui non viene prestato servizio. Nella fattispecie la sig.ra Hertz era stata assente per malattia durante 100 giorni lavorativi nel periodo compreso tra il giugno 1984 e il giugno 1985.

Nonostante l'esistenza della clausola stipulata conformemente all'art. 5, n. 2, la Aldi Marked ha denunciato il contratto di lavoro con un preavviso di quattro mesi come prescritto dall'art. 2 della legge relativa agli impiegati e non già di un mese come contempla detto art. 5, n. 2. La Aldi Marked non ha quindi posto fine al contratto di lavoro a motivo di un'irregolarità commessa dalla sig.ra Hertz, ma si è accontentata di denunciare il contratto di lavoro con il preavviso normale, giacché questa società aveva l'abitudine di licenziare i dipendenti le cui assenze per malattia corrispondevano a quelle della sig.ra Hertz al momento del suo licenziamento.

La DA aggiunge che, nonostante il fatto che il contratto di lavoro si interrompa in forza del licenziamento accompagnato da un preavviso di durata conforme a quella stabilita dalla legge relativa agli impiegati, al dipendente spettano, in taluni casi elencati dall'art. 2 b della stessa legge, indennità speciali che vengono ad aggiungersi agli stipendi dovuti fino al momento della cessazione dal servizio.

Questo articolo 2 b prevede:

« 1. Allorché il licenziamento di un dipendente, di almeno 18 anni, che ha ininterrottamente lavorato per l'impresa per almeno un anno prima del licenziamento, non può considerarsi giustificato dalla situazione dell'impresa o da quella del dipendente, il datore di lavoro versa un'indennità. Questa è stabilita in funzione dell'anzianità del dipendente e delle altre circostanze specifiche della fattispecie, ma non può superare lo stipendio riscosso dal dipendente per un periodo corrispondente alla metà della durata del preavviso di licenziamento spettante all'interessato conformemente all'art. 2, nn. 2 e 3. Tuttavia se il dipendente ha compiuto i 30 anni al momento del licenziamento, l'indennità può venir aumentata senza però superare i tre mesi di stipendio.

2. (...)

3. (...) ».

Secondo la DA allorché un datore di lavoro non si sia ispirato a criteri obiettivi per licenziare un dipendente, può venire concessa a quest'ultimo un'indennità conformemente all'art. 2 b, ma il diritto danese non prevede la revoca del licenziamento.

Essa sottolinea che sono principalmente le disposizioni di detto articolo quelle invocate dalla sig.ra Hertz a sostegno della sua domanda di risarcimento dinanzi al Sø- og Handelsret. L'art. 2 b non precisa tuttavia le ipotesi nelle quali il licenziamento non

potrà considerarsi giustificato dalla situazione dell'impresa o da quella del dipendente.

Nella fattispecie è pacifico tra le parti che il licenziamento era dettato unicamente dalle assenze per malattia della sig.ra Hertz e che non poteva quindi venir attribuito ad un'altra causa reale. La DA sottolinea che né la legislazione né la giurisprudenza danese pubblicata fino ad oggi hanno preso posizione su questa questione, lasciata irrisolta dall'art. 2 b, vale a dire se un licenziamento dovuto alle numerose assenze per malattia possa considerarsi giustificato dalla situazione dell'impresa o da quella del dipendente. La dottrina sarebbe invece concorde nel ritenere che dette assenze possono giustificare il licenziamento di un dipendente e che in questo caso il licenziamento non comporta l'obbligo di versare l'indennità di cui all'art. 2 b. Essa sottolineerebbe in particolare che un licenziamento deciso a norma dell'art. 5, n. 2, già ricordato, non comporterà mai l'obbligo di corrispondere l'indennità contemplata dall'art. 2 b.

La DA ritiene che sia opportuno accostare ciò al fatto che il licenziamento in questione non è stato effettuato in applicazione dell'art. 5, n. 2, con un mese di preavviso, bensì con quattro mesi di preavviso conformemente all'art. 2.

Secondo la DA la conclusione che deve trarsene quindi è che la legislazione danese sancisce il principio secondo il quale il licenziamento può essere deciso liberamente. Il datore di lavoro non deve quindi addurre una causa particolare di licenziamento. Se, come nella fattispecie, si adduce una ragione di licenziamento come la frequenza delle assenze per malattia onde giustificare il licenziamento, l'effetto giuridico che vi si ricollega non può vertere soltanto sul problema del se, conformemente all'art. 2 b della legge sui dipendenti, al dipendente spetta un'indennità dal momento che il licenziamento che gli è stato comunicato non è giustificato dalla situazione dell'impresa o da quella del datore di lavoro. La normativa non ha tuttavia preso posizione sulla questione se siffatto licenziamento potesse considerarsi giustificato dalla situazione dell'impresa o da quella del dipendente e non poteva quindi dar luogo ad una richiesta fondata sull'art. 2 b.

La giurisprudenza danese pubblicata non ha nemmeno preso posizione sul punto di vista teorico espresso dalla dottrina secondo il quale un licenziamento fondato su frequenti assenze per malattia non può dar diritto ad un'indennità in forza dell'art. 2 b. Quanto alla giurisprudenza non pubblicata si dispone della sentenza pronunciata all'unanimità dal Sø- og Handelsret nella presente causa in base alla quale alla sig. ra Hertz non spettava detta indennità dato il licenziamento pronunciato nei suoi confronti. Poiché la questione della concessione di un'indennità in forza dell'art. 2 b non è stata sollevata dinanzi allo Højesteret, questa sentenza non potrà comportare un appello su questo punto.

Gordon Slynn
giudice relatore