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, se rifiuta di stipulare un contratto di lavoro con una candidata che aveva giudicato idonea a svolgere l'attività in questione, allorché detto rifiuto di assunzione è fondato sulle eventuali conseguenze, dannose per il datore di lavoro, dell'assunzione di una donna incinta, che scaturiscono dalle norme che, emanate dalle pubbliche autorità in materia di inabilità al lavoro, equiparano l'impedimento a svolgere un'attività per gravidanza e parto all'impedimento a svolgere un'attività per malattia. Il fatto che nessun candidato di sesso maschile si sia presentato per occupare il posto vacante non è tale da modificare la soluzione della prima questione.

2. Nonostante la direttiva 76/207/CEE lasci agli Stati membri, per punire l'inosservanza del divieto di discriminazione, la libertà di scelta tra le varie soluzioni idonee a perseguire il suo oggetto, essa implica tuttavia che, allorché uno Stato membro opta per una sanzione che rientra in un regime di responsabilità civile, qualsiasi infrazione al divieto di discriminazione è sufficiente per coinvolgere da sola la responsabilità totale dell'autore dell'atto, senza che possano essere prese in considerazione le cause esimenti previste dal diritto nazionale.

RELAZIONE D'UDIENZA
presentata nella causa C-177/88 *

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 »), ha per scopo, a tenore dell'art. 1, n. 1, l'attuazione negli Stati membri del principio di 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, della direttiva così recita:

« Ai sensi delle seguenti disposizioni il principio della parità di trattamento implica 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 par-

* Lingua processuale: l'olandese.

ticolare per quanto riguarda la gravidanza e la maternità ».

Ai sensi dell'art. 3, n. 1, il principio di parità di trattamento così definito si applica alle condizioni di accesso, compresi i criteri di selezione, agli impieghi o posti di lavoro qualunque sia il settore o il ramo di attività. Gli Stati membri sono tenuti, in forza del n. 2 dello stesso articolo, a prendere le misure necessarie affinché:

« a) siano soppresse le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative contrarie al principio della parità di trattamento;

b) siano nulle, possano essere dichiarate nulle o possano essere modificate le disposizioni contrarie al principio della parità di trattamento contenute nei contratti collettivi o nei contratti individuali di lavoro, nei regolamenti interni delle imprese nonché negli statuti delle professioni indipendenti;

c) (...) ».

Infine, l'art. 9, n. 1, primo comma, impone agli Stati membri, per quanto riguarda le disposizioni dianzi richiamate, di far entrare in vigore le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva entro trenta mesi a decorrere dalla sua notifica, vale a dire entro il 12 agosto 1978.

B — *Normativa nazionale*

La « Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen » (legge olandese sulla parità di trattamento tra uomini e donne, 1° marzo 1980, Staatsblad 1980, pag. 86) si propone di adeguare la normativa olandese alle prescrizioni della direttiva 76/207/CEE. L'art. 1 inserisce ex novo nel « Burgerlijke Wetboek » (codice civile olandese) un articolo 1637ij del seguente tenore:

« È fatto divieto al datore di lavoro di operare, direttamente o indirettamente, qualsiasi discriminazione tra uomini e donne, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia al momento dell'assunzione, nell'ambito della formazione professionale o in relazione alle condizioni di lavoro (...).

Il disposto del n. 1, prima frase, del presente articolo, non si applica in caso di norme relative alla protezione della donna, segnatamente in materia di gravidanza e maternità.

Esso non si applica, inoltre, in caso di norme intese a eliminare le ineguaglianze di fatto ponendo in situazione più favorevole i lavoratori di un determinato sesso.

(...) ».

Ai sensi dell'art. 3, n. 1, di questa stessa legge:

« È vietata, negli annunci relativi a offerte di lavoro o in sede di esame delle candidature per posti vacanti, qualsivoglia distinzione tra uomini o donne, diretta o indiretta, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia. Tale divieto non si applica ai casi in cui l'appartenenza a un sesso costituisce un elemento essenziale ».

In forza dell'art. B2 della « Algemene Burgerlijke Pensioenwet » [legge generale olandese sulle pensioni civili di vecchiaia nel pubblico impiego (in prosieguo: l'« ABPW ») 6 gennaio 1966, Stbl. 6], i dipendenti degli istituti speciali di insegnamento sono considerati pubblici dipendenti ai sensi della suddetta legge (pur essendo il loro statuto per i restanti aspetti quello degli impiegati del settore privato).

Il regio decreto 19 dicembre 1967 (Stbl. 683), adottato in forza dell'art. B13 dell'ABPW, disciplina i diritti di talune categorie di dipendenti ai sensi della stessa legge in caso di impedimento al lavoro a causa di malattia o invalidità.

In forza dell'art. 2, n. 1, « il dipendente che versi nell'impossibilità di svolgere le proprie mansioni per motivi di salute ha diritto all'intero stipendio nel mese di calendario durante il quale l'impedimento si è verificato nonché nell'anno successivo a tale mese. In seguito, egli ha diritto all'80% della retribuzione ».

Ai sensi dell'art. 3 del medesimo decreto, come modificato dal regio decreto 24 dicembre 1975 (Stbl. 767):

« 1. Ai fini dell'applicazione del presente decreto, all'impedimento al lavoro a causa di malattia sono equiparati l'impedimento al lavoro a causa di gravidanza e puerperio nonché l'inabilità al lavoro a causa d'invalidità.

2. La lavoratrice gestante si presume in ogni caso inabile al lavoro a causa di gravidanza a decorrere dalla sesta settimana precedente la data presunta del parto, indicata in un certificato rilasciato da un medico o da un ostetrico (levatrice).

3. La lavoratrice puerpera si presume in ogni caso inabile al lavoro a causa di parto per almeno sei settimane dalla data del parto ».

A norma dell'art. 14 dello stesso decreto:

« Le disposizioni del presente decreto non si applicano ai lavoratori del pubblico impiego statale, provinciale o comunale, sottoposti ad una normativa che già attribuisce diritti in caso di inabilità al lavoro per malattia o invalidità; inoltre non si applicano ai dipendenti di enti il cui sistema specifico di diritti statutari in caso di inabilità al lavoro a causa di malattia o invalidità riconosca a detti lavoratori diritti equivalenti a quelli di cui godrebbero in applicazione del presente decreto ».

Risulta dall'ordinanza di rinvio che il rischio dell'astensione dal lavoro a causa di malattia dei lavoratori del Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (in prosieguo: il « VJV », « Centro di formazione per i giovani ») viene obbligatoriamente assunto da un fondo, il « Risicofonds Sociale Voorzieningen Bijzonder Onderwijs » (Fondo di copertura dei rischi inerenti a prestazioni sociali negli istituti speciali di insegnamento, in prosieguo: il « Risicofonds »). Detto fondo rimborsa gli assicuranti (i singoli datori di lavoro) nel caso in cui un assicurato risulti « in malattia » e soddisfi le condizioni prescritte dal suo regolamento interno in ordine alle indennità giornaliere per malattia (« Ziekengeldreglement »). L'art. 6 dello Ziekengeldreglement (« Diniego di pagamento delle indennità »), così dispone:

« La direzione può rifiutare in tutto o in parte il versamento delle indennità giornaliere a un assicurante nei seguenti casi:

a) se l'assicurato non era in condizioni di prestare servizio alla data di decorrenza dell'assicurazione obbligatoria;

b) se l'assicurato è divenuto inabile a prestare servizio entro i sei mesi successivi alla data di decorrenza dell'assicurazione obbligatoria allorché già in tale data il suo stato di salute lasciava prevedere il verificarsi di detta inabilità al lavoro nei sei mesi seguenti;

(...) ».

Va rilevato che il disposto dell'art. 6 dello Ziekengeldreglement si discosta da quello dell'art. 44 della Ziektewet (legge olandese sull'assicurazione obbligatoria di malattia), che disciplina il regime assicurativo generalmente applicabile agli impiegati del settore privato, in forza del quale la sig.ra Dekker era assicurata nell'impiego svolto prima di candidarsi al posto dichiarato vacante dal VJV. Sebbene l'art. 44, n. 1, lett. a), primo e secondo trattino, della Ziektewet consti di disposizioni analoghe a quelle dell'art. 6 dello Ziekengeldreglement, esso dispone, alla lett. b), che:

« In caso di gravidanza occorsa anteriormente alla data di decorrenza dell'assicurazione obbligatoria, o di parto sopravvenuto nei sei mesi successivi a tale data, le disposizioni di cui alla lett. a) non si applicano se l'assicurazione obbligatoria, ivi comprese le precedenti assicurazioni dell'assicurato, non è stata interrotta per più di 60 giorni durante la gestazione (...) ».

Stante la formulazione della terza questione deferita dallo Hoge Raad, è altresì opportuno menzionare gli artt. 1401 e 1402 del codice civile olandese. Il primo stabilisce che « ogni atto umano illecito che arrechi ad altri un danno obbliga chi ne è responsabile al risarcimento », mentre il secondo precisa che « ciascuno è responsabile del danno causato non soltanto per fatto proprio, ma anche per negligenza o imprudenza ».

II — Antefatti e procedimento

Nel giugno 1981, la sig.ra Dekker presentava la propria candidatura ad un posto di insegnante presso il centro di formazione per i giovani gestito dal VJV. Il 15 giugno, informava la commissione giudicatrice di es-

sere al terzo mese di gravidanza. Nonostante la suddetta commissione avesse comunque segnalato la sig. ra Dekker alla direzione del VJV come la candidata più idonea all'esercizio delle mansioni, all'interessata veniva comunicato, con successiva lettera 10 luglio 1981, che non sarebbe stata assunta.

Nella missiva si indicava come motivo del diniego la circostanza che la candidata era già incinta al momento della candidatura e si precisava che il VJV era stato indotto a prendere questa decisione da considerazioni di carattere economico in quanto era stato informato che non avrebbe ottenuto il rimborso delle indennità giornaliere da versarsi all'interessata durante il periodo di congedo per gravidanza e puerperio e che sarebbe perciò stato costretto a corrispondere alla sig. ra Dekker l'intera ultima retribuzione nel primo anno e l'80% della stessa nel secondo, senza vedersi rimborsare tali somme dal Risicofonds. Il VJV si sarebbe perciò trovato nell'impossibilità finanziaria di ricorrere a un supplente, cosa che avrebbe potuto provocare, inoltre, una diminuzione degli effettivi.

Rimasta soccombente nelle azioni proposte in primo e in secondo grado, rispettivamente dinanzi all'Arrondissementsrechtsbank e al Gerechtshof di Amsterdam, per essere indennizzata dei danni conseguenti al mancato guadagno, la sig. ra Dekker ricorreva in cassazione avverso la sentenza del Gerechtshof.

Ritenendo che la controversia sollevasse problemi relativi all'interpretazione della direttiva del Consiglio 76/207/CEE, tali da condizionare l'interpretazione della legge olandese di attuazione e della normativa anteriore, lo Hoge Raad, con ordinanza 24 giugno 1988, ha sottoposto alla Corte di giustizia, a norma dell'art. 177 del Trattato CEE, le seguenti questioni pregiudiziali:

« 1) Se un datore di lavoro, direttamente o indirettamente, agisca in contrasto col principio di parità di trattamento di cui agli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, della direttiva (del Consiglio 3 febbraio 1976, 76/207/CEE, 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 professionale e le condizioni di lavoro), nel negare l'assunzione ad una candidata, pure dallo stesso ritenuta idonea alle mansioni da svolgere, a causa delle conseguenze a lui pregiudizievoli che la gravidanza della candidata al momento della candidatura rende inevitabili, stante l'equiparazione che la normativa statale in materia di inabilità al lavoro opera tra l'impedimento ad esercitare un'attività lavorativa per malattia e quello per gravidanza o puerperio.

2) Se una diversa soluzione s'imponga nell'ipotesi che non vi siano candidature maschili.

3) Se sia compatibile con gli artt. 2 e 3 la circostanza che:

a) ove risulti violato il principio della parità di trattamento nei riguardi della candidata non assunta, occorre

l'elemento della colpa imputabile al datore di lavoro per l'accoglimento del ricorso basato sulla violazione di detto principio;

oppure

b) posto che sussista l'infrazione in parola, il datore di lavoro può a sua volta invocare una circostanza esimente da responsabilità, senza che ricorrano i presupposti di cui all'art. 2, nn. 2-4.

4) Qualora sia necessario l'elemento della colpa imputabile al datore di lavoro, come intesa al punto 3, o sia possibile invocare circostanze esimenti, se sia sufficiente per eliminare la colpa del datore di lavoro, o per la rilevabilità di una causa esimente da responsabilità, la circostanza che il datore di lavoro corre i rischi esposti nella parte in fatto della presente ordinanza o se debbano gli artt. 2 e 3 esser interpretati nel senso che egli deve sopportare tali rischi, a meno che non abbia acquisito l'assoluta certezza che le indennità per inabilità al lavoro verrebbero negate e che si verificherebbe la perdita di effettivi, e sempreché abbia fatto tutto il possibile per evitare una simile evenienza »

L'ordinanza dello Hoge Raad è stata registrata nella cancelleria della Corte il 30 giugno 1988.

Conformemente all'art. 20 del Protocollo sullo Statuto (CEE) della Corte di giustizia, hanno presentato osservazioni scritte: la sig.ra Dekker, ricorrente in cassazione, con l'avv. Van Dijk, del foro dell'Aia; il VJV, resistente in cassazione, con l'avv. J. L. de Vijkerslooth, landesadvocaat; il governo del Regno Unito, rappresentato dalla sig.ra J. A. Gensmantel, del Treasury Solicitor's Department, in qualità di agente; il governo olandese, rappresentato dal sig. E. F. Jacobs, segretario generale presso il ministero degli Affari esteri, in qualità di agente, e la Commissione delle Comunità europee, rappresentata dalla sig.ra K. Banks e dal sig. B. J. Drijber, membri del servizio giuridico, in qualità di agenti.

Su relazione del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, la Corte ha disposto, il 7 giugno 1989, il passaggio alla fase orale senza far luogo ad istruttoria, invitando tuttavia per iscritto il governo olandese a fornirle, entro il 15 luglio 1989, copia integrale dello Ziekengeldreglement.

III — Osservazioni scritte presentate alla Corte

Sulla prima questione (esistenza di una discriminazione diretta o indiretta)

La *sig.ra Dekker* sostiene che entrambi i giudici di merito hanno ravvisato l'esistenza in linea di principio di un'infrazione alla legge sulla parità di trattamento tra uomini e donne, in primo grado rilevandosi violazione dell'art. 1637ij del codice civile olandese (inseritovi dall'art. 1 di detta legge) e, in grado di appello, violazione dell'art. 3 di questa stessa legge. Questi giudici di merito

hanno nondimeno respinto l'azione di risarcimento in quanto il datore di lavoro aveva opposto una circostanza esimente in base alla quale la violazione di legge perdeva il carattere di illecito. Orbene, la circostanza che norme imperative equiparano l'impedimento all'esercizio di un'attività a causa di malattia all'inabilità al lavoro a causa di gravidanza e puerperio non toglie che il richiamo fatto dal datore di lavoro alla gestazione della candidata sia connesso al sesso di quest'ultima. Le norme dei regolamenti non fanno infatti altro che attribuire precisamente diritti analoghi ai lavoratori che, per motivi diversi, si trovino nell'impossibilità di esercitare la loro attività lavorativa.

In caso di impedimento a causa di malattia, il rifiuto del Risicofonds può riguardare tanto gli uomini quanto le donne. Il danno derivante dal denegato versamento delle indennità gionaliere per gravidanza o puerperio è un danno che possono patire solo le lavoratrici. Il datore di lavoro che non riconosca tale impedimento oppone quindi un motivo di rifiuto che può verificarsi solo per un sesso e commette dunque una discriminazione vietata dalla direttiva.

La sig.ra Dekker osserva che i giudici nazionali non si sono pronunciati sul punto se il riferimento alla gravidanza comporti una discriminazione diretta o indiretta. Sebbene la dottrina lo consideri discriminazione indiretta, così come l'esempio menzionato dalla direttiva di discriminazione indiretta mediante riferimento allo stato di famiglia, la sig.ra Dekker è del parere che tale riferimento costituisca discriminazione diretta. Nella fattispecie, infatti, non si tratta esattamente di situazioni familiari sorte successivamente alla gestazione, bensì di situazione del tutto legata al sesso quale è l'impossibilità di esercitare un'attività lavorativa a causa di congedo per gravidanza e puerperio.

Ove si accogliesse la tesi secondo cui il riferimento alla gravidanza va considerato costitutivo di una discriminazione indiretta, non potrebbe ammettersi, prosegue la sig.ra Dekker, che la discriminazione commessa dal datore di lavoro fosse obiettivamente giustificata, atteso che quest'ultimo ha immediatamente eliminato la candidata dopo aver appreso che il Risicofonds poteva rifiutare di sostenere l'onere delle prestazioni, e ciò in contrasto con i principi di necessità e proporzionalità sanciti dal diritto comunitario. Del resto nulla ha intrapreso il datore di lavoro per verificare se tale facoltà di diniego sarebbe stata esercitata, né si è adoperato per cautelarsi previamente dall'esercizio di tale facoltà o dalle sue eventuali conseguenze pregiudizievoli.

Infine, sostiene la sig. ra Dekker che le conseguenze che il datore di lavoro paventava non erano così gravi da rendere necessario sacrificare l'interesse della ricorrente al rispetto del principio di parità di trattamento.

Il *VJV* ritiene per contro che la prima questione sottoposta alla Corte dallo Hoge Raad debba risolversi negativamente. Dopo aver fornito alcuni chiarimenti circa la nozione di « ora di prestazione » nei Paesi Bassi e il suo rapporto col numero di effettivi di un'organizzazione come il VJV, nel senso di numero di posti in organico, il VJV rileva che, per quanto lo riguarda, il rifiuto di concludere un contratto con una candidata non costituisce discriminazione diretta o indiretta ai sensi della direttiva per il semplice fatto che si tratti di candidatura fem-

minile. Anche qualora una candidata possegga i requisiti attitudinali necessari per il posto cui aspira, un datore di lavoro può avere motivi perfettamente legittimi per non assumerla (allorché, per esempio, sia preteso uno stipendio troppo alto). Soltanto nel caso in cui il rifiuto del datore di lavoro si fondi esclusivamente o precipuamente sul fatto che questi non desidera che una donna occupi il posto dichiarato vacante, e ciò senza un valido motivo che lo giustifichi, può parlarsi di discriminazione diretta o indiretta. La necessità di prendere in esame la motivazione fornita dal datore di lavoro è confermata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia: v. sentenze 31 marzo 1981, Jenkins (causa 96/80, Racc. pag. 911), 13 maggio 1986, Bilka (causa 170/84, Racc. pag. 1607), 11 giugno 1987, Teuling (causa 30/85, Racc. pag. 2497) e 15 maggio 1986, Johnston (causa 222/84, Racc. pag. 1651).

Nella specie, la mancata attribuzione del posto alla sig.ra Dekker non dipende dal sesso della candidata né dal suo stato di gravidanza, quanto dalla circostanza che l'ente assicuratore del VJV aveva preavvertito che, in caso di congedo per maternità e di successiva inabilità al lavoro eventualmente connessa alla gravidanza e al puerperio, esso poteva rifiutare qualsiasi indennità. Conseguenza ne sarebbe stata che il VJV non avrebbe potuto avvalersi di un supplente, cosa che avrebbe potuto, stante l'applicazione della normativa sulle sovvenzioni, compromettere gravemente la continuità della sua attività nonché delle possibilità di lavoro da esso procurate.

Elemento determinante era pertanto l'alea finanziaria che il VJV avrebbe dovuto correre assumendo la sig.ra Dekker. Se è pur vero che sussiste un nesso tra lo stato di gravidanza della ricorrente e la decisione di non assumerla, tale nesso costituisce per il VJV un dato che esula totalmente dalla propria sfera decisionale.

D'altra parte il VJV non ha invocato pretesti per impedire l'assunzione di una donna (gestante), constando agli atti dello Hoge Raad che esso era disposto ad accettare l'assenza della sig.ra Dekker durante il congedo per maternità. L'unico problema che si poneva era quello se potesse procedersi per tale periodo alla retribuzione di un supplente della sig.ra Dekker.

Il *governo olandese* premette di essere alquanto critico sull'interpretazione della normativa vigente da cui sembrano muovere entrambe le parti nella causa principale. A suo parere, non potendo i regimi come quello apprestato dal Risicofonds avere per risultato che i lavoratori godano di diritti minori di quelli che si vedrebbero riconoscere dal regime previdenziale di applicazione generale, il diniego delle indennità giornaliere alla sig.ra Dekker opposto dal Risocofonds sarebbe rimasto inoperante. Soggiunge quindi che l'equiparazione della gravidanza all'impedimento all'esercizio di un'attività a causa di malattia vale solo per quanto riguarda il diritto alle prestazioni.

Quanto alla soluzione della prima questione pregiudiziale, il governo olandese è del parere che la mancata assunzione di una donna perché gravida equivale a una disparità di trattamento tra uomini e donne. Per giunta, tale disparità di trattamento per motivi connessi allo stato di gravidanza presenta una tale connessione al sesso da potersi considerare discriminazione diretta.

Il *governo britannico* osserva che il combinato disposto degli artt. 3, n. 1, e 2, n. 1, della direttiva vieta di precludere l'accesso al lavoro ad una donna perché non in condi-

zioni di prestare lavoro o perché cesserà di esserlo, se per il medesimo motivo tale accesso al lavoro non sarebbe stato precluso a un uomo. La portata della direttiva non va oltre tale principio, né impone, in particolare, di accordare un trattamento più favorevole ad una donna, perché gestante o in attesa di congedo per gravidanza o puerperio, rispetto a quello che sarebbe stato riservato a un uomo in circostanze analoghe. Tuttavia, se è vero che la direttiva non prescrive un trattamento più favorevole, l'art. 2, n. 3, autorizza nondimeno gli Stati membri a tutelare specificamente le donne in caso di gravidanza o parto, rendendo in tal modo possibile una deroga all'obiettivo generale della direttiva, consistente nell'attuare il principio della parità di trattamento. Il governo britannico propone pertanto di risolvere come segue la prima questione pregiudiziale:

« Un datore di lavoro che si rifiuta di assumere una candidata ritenuta idonea all'esercizio delle mansioni da svolgere dopo aver appreso che la stessa non è o non sarà più in condizioni di prestar lavoro a causa della sua gravidanza, viola il principio della parità di trattamento, di cui agli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, della direttiva, soltanto se non avrebbe rifiutato l'assunzione di un candidato di sesso maschile dopo aver appreso che questi non è in condizioni di prestar lavoro o cesserà di esserlo a causa di malattia. Nondimeno, l'art. 2, n. 3, autorizza gli Stati membri a vietare ai datori di lavoro di rifiutare l'assunzione di una candidata perché non è in condizioni di prestare lavoro o cesserà di esserlo a causa del suo stato di gravidanza. Simili disposizioni non necessitano di un riesame ai sensi dell'art. 5, n. 2, della direttiva. La direttiva 76/207/CEE, tuttavia non fa obbligo di adottarle allo Stato membro che non preveda simili disposizioni ».

La *Commissione*, dopo aver richiamato gli antefatti nonché lo svolgimento del procedimento dinanzi ai giudici nazionali e dopo aver commentato la normativa nazionale di cui trattasi, osserva anzitutto che le questioni deferite dallo Hoge Raad sono direttamente riconducibili all'art. 1401 del codice civile olandese. Affinché sorga una responsabilità extracontrattuale, infatti, è soprattutto necessario il sussistere di un atto illecito, quale è ad esempio una violazione della legge sulla parità di trattamento tra uomini e donne. Se sussista tale violazione è questione che dipende dalla interpretazione di questa legge, la quale, costituendo attuazione della direttiva, va interpretata alla luce di quest'ultima (v. sentenze 11 aprile 1984, Von Colson e Kamann, causa 14/83, Racc. pag. 1891, e 10 aprile 1984, Harz, causa 79/83, Racc. pag. 1921).

La Commissione si chiede, tuttavia, se nel caso di specie si abbia veramente a che fare con una questione di diritto comunitario. Dagli accertamenti di fatto risulta che il VJV ha rinunciato ad assumere la sig. ra Dekker in quanto la normativa nazionale, da un lato, equipara la gravidanza alla malattia e, dall'altro, attribuisce al Risicofonds la facoltà di rifiutare il versamento di indennità per malattia quando un lavoratore sia colpito da impedimento al lavoro nei sei mesi dall'assunzione in conseguenza di una « malattia » prevedibile al momento in cui ha preso effetto l'assicurazione obbligatoria.

Ne consegue, secondo la Commissione, che la normativa nazionale, o quantomeno la sua applicazione all'epoca dei fatti controversi, non era conforme al principio della parità di trattamento sancito dalla direttiva. Poiché solo le donne possono trovarsi in stato di gravidanza, la regola dei sei mesi colpisce più le donne che gli uomini. Inoltre, ricorrendosi a tale regola precipuamente nelle ipotesi di nuove assunzioni non precedute da impieghi tutelati dal medesimo regime assicurativo, è lecito ritenere che essa colpisca soprattutto giovani lavoratori, per i quali, se sono di sesso femminile, più probabile è la maternità in considerazione dell'età. Che si tratti o no, nella specie, di discriminazione diretta, la normativa opera in ogni caso come una discriminazione indiretta, in contrasto con l'obbligo che incombe ai Paesi Bassi in forza dell'art. 3, n. 2, prima frase, lett. a), della direttiva. Ne discende che, nel caso di specie, la questione vera e propria attiene allo stesso diritto nazionale e non agli atti compiuti dal datore di lavoro.

Quanto agli obblighi incombenti al datore di lavoro in forza della direttiva, la Commissione osserva che la normativa nazionale non impone a costui un obbligo determinato, lasciandolo libero di tener conto o meno dei suoi principi e tuttavia imponendogli un onere finanziario qualora egli, a dispetto delle norme vigenti, rispetti il divieto di discriminazioni fondate sul sesso.

Ci si può domandare, quindi, se si possa esigere dal datore di lavoro che ingnori puramente e semplicemente tale normativa nazionale discriminatoria o che la impugni per incompatibilità con la direttiva o con la legge sulla parità di trattamento tra uomini e donne. A parte la larga incertezza del risultato di una simile procedura, ciò che maggiormente importa è che pretendere quanto sopra si risolverebbe nell'imporre al datore di lavoro un compito che spetta allo Stato. Ciò risulterebbe in contrasto con le conclusioni cui la Corte è giunta nella sentenza 26 febbraio 1986, Marshall (causa 152/84, Racc. pag. 723), in quanto al datore di lavoro si verrebbero ad imporre obblighi diretti.

La Commissione ritiene che spetti in definitiva al giudice nazionale stabilire se il motivo invocato dal datore di lavoro per derogare al principio di parità di trattamento possa effettivamente ricondursi all'inadempienza dello Stato per non avere dato integrale e corretta attuazione alla direttiva.

Sulla seconda questione (rilevanza della mancanza di candidature maschili)

La *sig.ra Dekker* assume che nel suo caso si sia commessa una discriminazione arbitraria in quanto il riferimento al suo stato di gravidanza è direttamente connesso al suo sesso. Il motivo di rifiuto opposto dal datore di lavoro alla sua assunzione non avrebbe pertanto mai potuto riguardare un uomo. Orbene, la direttiva vieta qualsiasi criterio distintivo suscettibile di riguardare, al momento dell'assunzione o della selezione sul mercato del lavoro, esclusivamente (discriminazione diretta) o quasi esclusivamente (discriminazione indiretta) uno dei sessi. Pretendere poi come requisito indispensabile la presenza di candidati dell'altro sesso creerebbe insormontabili complicazioni sul piano probatorio, dal momento che tale accertamento dipenderebbe interamente da informazioni che dovrebbero essere fornite dalla parte avversa.

Secondo il VJV, la seconda questione merita una soluzione affermativa, non trattandosi del carattere discriminatorio di una decisione in abstracto, sibbene di un provvedimento concreto di un datore di lavoro con cui si rifiuta di assumere un determinato candidato. Poiché gli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, della direttiva vietano ogni discriminazione fondata sul sesso, ne consegue che se un datore di lavoro effettua, per coprire un determinato posto, una selezione tra candidati di sesso solo femminile, tale scelta non può costituire discriminazione fondata sul sesso. In siffatta ipotesi, un datore di lavoro si affiderà nella sua scelta soltanto a considerazioni di carattere economico o gestionale. La consapevolezza che una determinata candidata sarà assente dal lavoro senza possibilità di sostituzione, mentre ciò non si verificherebbe prescegliendo un'altra candidata, può far sì che la preferenza venga accordata a questa seconda candidata, con ciò esulandosi da qualsiasi discriminazione fondata sul sesso.

Il *governo olandese* sostiene che la mancanza di candidature maschili è irrilevante. La motivazione del rifiuto (basata sul sesso dell'interessata) costituisce di per sé violazione del divieto di disparità di trattamento a prescindere dalle circostanze di fatto del caso concreto, rilevanti solo per stabilire se si tratti di disparità di trattamento indiretta.

Il *governo britannico* ritiene irrilevante la circostanza che non vi fossero candidati di sesso maschile, a condizione che la candidata sia in grado di dimostrare che un candidato di sesso maschile avente requisiti attitudinali analoghi avrebbe goduto di un trattamento più favorevole.

Secondo la *Commissione*, nulla cambia se le candidature sono solo femminili, essendo determinante la motivazione della decisione del datore di lavoro. Il rifiuto opposto a una candidata di sesso femminile a causa del suo stato di gravidanza costituisce, nei confronti di tale candidata, una discriminazione fondata sul sesso, essendo evidente che tale rifiuto può essere opposto solo a candidate di sesso femminile.

Sulla terza questione (necessità eventuale di prendere in considerazione la colpa del datore di lavoro o l'esistenza di cause esimenti in suo favore)

La *sig.ra Dekker* argomenta dal testo della direttiva che, vietando il principio di non discriminazione un trattamento più sfavorevole delle donne rispetto agli uomini, è inammissibile che i datori di lavoro continuino a compiere discriminazioni invocando come pretesto le conseguenze troppo svantaggiose di tale principio. Quest'ultimo comporta invece che il rischio di dover sopportare oneri finanziari grava sul datore di lavoro, così che è compito di quest'ultimo, semmai, cautelarsi dalle conseguenze pregiudiziali che ne derivano.

Il *VJV*, a sua volta, sostiene che la soluzione della terza questione non è agevole, dal momento che la distinzione fattavi tra il punto a) e il punto b) è in parte legata al diritto nazionale applicabile alla fattispecie, diritto che distingue tra cause esimenti (che fanno venir meno l'illiceità dell'atto) e motivi di non imputabilità (che escludono la responsabilità civile e l'obbligo al risarcimento), mentre la direttiva non contiene una simile distinzione. La direttiva consente solo la determinazione se una violazione del principio di parità di trattamento può giustificarsi in

un determinato caso, indipendentemente dal se una simile giustificazione costituisca, rispetto alle norme nazionali, motivo di non imputabilità ovvero causa esimente.

L'art. 2, nn. 2-4, delimita le competenze normative degli Stati membri, senza tuttavia escludere che un singolo datore di lavoro possa avvalersi di un motivo di deroga al principio di parità di trattamento che esuli dai casi previsti in tali disposizioni. Non è in buona fede ammissibile che un singolo datore di lavoro sopporti le conseguenze di una normativa in vigore nei Paesi Bassi, in forza della quale malattia e maternità vengono equiparate ai fini delle prestazioni, allorché tali conseguenze siano atte a compromettere gravemente la continuità dell'attività nonché le possibilità di lavoro che egli offre.

Secondo il *governo olandese*, per accogliere un ricorso per violazione del principio di parità di trattamento non è necessaria la colpa del datore di lavoro né, eventualmente, l'insussistenza di circostanze esimenti. La direttiva non contiene alcuna indicazione in tal senso e ammettere la necessità di tali elementi significherebbe compromettere gravemente il conseguimento dei suoi obiettivi.

Secondo il *governo britannico*, se è accertata la violazione del principio di parità di trattamento commessa ai danni della candidata eliminata, non è necessario che vi sia anche una colpa imputabile al datore di lavoro per ammettere la fondatezza della relativa domanda di risarcimento danni. Altrettanto dicasi circa l'esistenza di circostanze esimenti invocata dal datore di lavoro. Non sussiste, per contro, violazione alcuna del principio di parità di trattamento ove ricorra una delle ipotesi menzionate nell'art. 2, nn. 2-4, della direttiva.

La *Commissione* osserva che, a suo parere, se il datore di lavoro disattende il principio di parità di trattamento, è in contrasto con la direttiva che la sua responsabilità venga subordinata a un'ulteriore condizione. O la violazione del principio in parola sussiste (nel qual caso il diritto nazionale deve comminare adeguate sanzioni) oppure non sussiste (e allora non v'è bisogno di sanzioni).

Quanto al motivo d'indole economica che può eventualmente scagionare il datore di lavoro, occorre stabilire, prosegue la Commissione, se il danno economico effettivo o eventuale per il datore di lavoro costituisca per costui motivo per derogare al principio della parità di trattamento, punto sul quale la Corte, esaminando la direttiva de qua, non ha ancora avuto occasione di pronunciarsi. Richiamando la giurisprudenza della Corte sulla direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento fra uomini e donne in materia di sicurezza sociale (GU L 6, pag. 24)(v. sentenza 11 giugno 1987, Teuling, citata) nonché le pronunce emesse in tema di parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e femminile (v., in particolare, sentenze 21 marzo 1981, Jenkins, citata, e 13 maggio 1986, Bilka, citata), la Commissione ne desume che motivi riconducibili a fattori obiettivamente giustificati ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso non sono in contrasto con il principio di parità di trattamento per quanto riguarda l'accesso al lavoro, e ciò nonostante che il divieto di discriminazioni basate sul sesso faccia parte dei diritti fondamentali tutelati dal diritto comunitario (v. sentenza 15 giugno 1978, Defrenne, causa 149/77, Racc. pag. 1365).

Secondo la Commissione, la questione se la decisione del datore di lavoro soddisfi tali criteri è rimessa all'apprezzamento del giudice nazionale.

Sulla quarta questione (entità dei rischi che si presumono gravanti sul datore di lavoro)

La *sig.ra Dekker* fa rilevare come tale questione presupponga una soluzione affermativa della terza questione, il che equivarrebbe soltanto ad ammettere la possibilità di invocare situazioni specifiche di forza maggiore. Orbene, quest'ultima dev'essere tale che la costituzione di un rapporto di lavoro sarebbe stata un atto privo di senso. Seppur vi fosse stata certezza che le conseguenze temute dal datore di lavoro si sarebbero effettivamente prodotte, ciò non varrebbe ad escludere la sua responsabilità, dal momento che il datore di lavoro è tenuto a sopportarle. Una diversa conclusione condurrebbe a riversare sui lavoratori singolarmente considerati le conseguenze, onerose sul piano pratico e patrimoniale, del principio della parità di trattamento.

A parere del *VJV*, il fondamento per una soluzione della quarta questione può rinvenirsi nella sentenza della Corte 15 maggio 1986, Johnston, citata, spettando al giudice nazionale accertare se i motivi sui quali il VJV si è basato siano effettivamente fondati e giustifichino la decisione concretamente adottata, nonché vegliare all'osservanza del principio di proporzionalità e verificare se il rifiuto di assunzione poteva essere evitato. Il VJV osserva però che la suddetta sentenza si spinge troppo oltre nella sua generosità, in quanto esige che il datore di lavoro abbia acquisito l'assoluta certezza che il rimborso della indennità sarà rifiutato e che si verificherà una perdita di posti e abbia fatto tutto il possibile per evitare simili conseguenze. Il VJV propende piuttosto per imporre al datore di lavoro soltanto l'obbligo di assumere le dovute informazioni presso l'ente assicuratore e di verificare correttamente il contenuto delle norme sui finanziamenti, in considerazione anche del fatto che egli è tenuto ad espletare una procedura di assunzione con una certa diligenza, sia nell'interesse dei candidati sia in quello della propria organizzazione.

Il *governo olandese* non ha preso posizione espressamente sulla soluzione da dare a tale questione, mentre il *governo britannico* si limita a rilevare che la questione diviene superflua se si accoglie la soluzione da esso suggerita per la terza questione.

La *Commissione* ritiene che la soluzione della quarta questione possa in linea di principio desumersi dai criteri enunciati dalla Corte nella citata sentenza Bilka. Nella fattispecie può ritenersi che il rifiuto di un datore di lavoro di stipulare un contratto di lavoro con una candidata ritenuta idonea e della cui gravidanza è venuto a conoscenza non comporti violazione del principio di parità di trattamento ove detto rifiuto sia obiettivamente giustificato e il giudice nazionale accerti la presenza di un interesse economico preminente dell'impresa per il quale tale rifiuto si rende necessario. Quanto al primo elemento, si deve tener conto degli interessi dell'impresa come entità economica, interessi che possono comprendere quelli degli (altri) lavoratori. Circa il secondo elemento, si tratta di stabilire se lo stesso scopo non poteva conseguirsi in modo meno radicale, condizione questa che costituisce enunciazione del principio di proporzionalità.

Sulla scorta delle considerazioni sopra richiamate, la Commissione suggerisce alla Corte di risolvere la quarta questione sottoposta dallo Hoge Raad nel seguente modo:

« Un datore di lavoro privato non commette violazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne sancito dagli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, della direttiva del Consiglio 76/207/CEE, allorché lo Stato membro interessato non abbia correttamente attuato la suddetta direttiva nell'ordinamento interno e l'atto del datore di lavoro, avverso il quale una candidata a un posto invochi tutela giurisdizionale facendo valere tale principio, sia riconducibile all'omissione dello Stato membro ».

Gordon Slynn
giudice relatore