CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentate il 21 novembre 2002 [1]

1. L'Arbeitsgericht Lübeck (Tribunale del lavoro di Lubecca, Germania) ha proposto alla Corte di giustizia, a norma dell'art. 234 CE, due questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione della direttiva 76/207/CEE [2], al fine di accertare se una lavoratrice che usufruisce di un congedo parentale, allorché chiede di tornare al lavoro prima di aver portato a termine il suddetto congedo, sia tenuta ad informare il datore di lavoro del fatto che è incinta, tenendo presente che, a motivo della gravidanza, l'interessata si trova nell'impossibilità di svolgere le mansioni inerenti alla sua funzione.

I — Fatti della causa principale

2. La sig. Wiebke Busch, ricorrente nella causa principale, lavora dall'aprile 1998 come infermiera nell'ospedale gestito dalla società convenuta, la Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG.

In occasione della nascita del primo figlio, nel giugno 2000, la sig. Busch ha ottenuto un congedo parentale della durata di tre anni. Nell'ottobre 2000 è rimasta nuovamente incinta; quindi, con lettera 30 gennaio 2001, ha chiesto di tornare al posto di lavoro senza limitazioni di turno. In seguito a ripetute conversazioni telefoniche tra il direttore del personale e la lavoratrice, l'impresa ha deciso di assegnare quest'ultima ad un reparto con 39 posti letto, affidati per ogni turno di lavoro alle cure di tre infermieri, reparto nel quale si era al momento prodotto un posto vacante che doveva essere ricoperto quanto prima.

3. Il 22 marzo 2001 la società convenuta ha acconsentito a porre termine al congedo parentale della sig.ra Busch, senza peraltro chiederle se fosse incinta. Il 9 aprile 2001 l'interessata riprendeva a lavorare come infermiera ed il giorno seguente informava il datore di lavoro di essere incinta di sette mesi. La ragione che aveva spinto la ricorrente a chiedere il ritorno anticipato al lavoro era la possibilità di percepire il sussidio di maternità, più elevato rispetto all'importo corrisposto durante il congedo parentale, e un'integrazione al detto sussidio che viene erogata dal datore di lavoro.

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — 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 e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (GU L 39, pag. 40).

4. In conformità all'art. 3, n. 2, della legge sulla tutela della maternità (Mutterschutzgesetz), il periodo di assenza per maternità doveva iniziare il 23 maggio. Come prima reazione, l'11 aprile la convenuta ha mandato la lavoratrice a casa, ed ha subito dopo impugnato l'atto con cui aveva acconsentito alla reintegrazione della ricorrente, adducendo a motivazione il dolo e l'errore su una qualità essenziale. A causa del divieto di cui all'art. 4, n. 2, della detta legge, la convenuta ritiene che la lavoratrice non costituisse manodopera capace di pieno rendimento.

5. La sig. Busch conferma che fra le mansioni assegnate alle infermiere del suo reparto figurano: sollevare i pazienti impediti perché possano mangiare, lavare i pazienti bisognosi di cure intensive, cambiarli regolarmente di posizione con l'aiuto di una collega, preparare e somministrare iniezioni. Essa aggiunge che durante la prima gravidanza aveva continuato a lavorare nel suo ruolo abituale, sebbene avesse svolto anche mansioni amministrative. Indica inoltre che avrebbe potuto lavorare fino all'inizio del congedo di maternità, e che pertanto non operava alcun divieto di lavoro fino al 23 maggio 2001, giacché nel detto ospedale i letti vengono spinti e trasportati all'interno dell'edificio da un servizio interno specializzato.

La ricorrente chiede il pagamento di un importo lordo di DEM 4 181,77 (EUR 2 138,11), a titolo di retribuzione e un supplemento al sussidio di maternità di DEM 3 258,50 (EUR 1 666,04) netti.

6. L'impresa convenuta rifiuta il pagamento dei detti importi, ritenendo che la dipendente fosse tenuta a comunicarle il suo stato di gravidanza prima di riprendere l'attività lavorativa. Trattandosi di un impiego di durata limitata (dal 9 aprile al 23 maggio 2001), lo stato di gravidanza costituisce una qualità essenziale della lavoratrice e la detta impresa, non essendone a conoscenza, è caduta in errore.

7. Sembra pacifico che nel periodo in questione non vi fosse la possibilità di far svolgere alla sig.ra Busch mansioni amministrative.

II — Normativa nazionale [3]

8. L'art. 3 della legge sulla tutela della maternità stabilisce che le gestanti debbano astenersi dal lavoro nelle sei settimane precedenti la data presunta del parto, salvo che dichiarino espressamente di essere disposte a continuare a lavorare.

3 — Informazione fornita dalla Commissione nelle osservazioni scritte.

Ai sensi dell'art. 4, n. 1, è vietato occupare le future madri in attività che richiedano uno sforzo fisico, o che le espongano agli effetti dannosi di sostanze o radiazioni nocive per la salute, di polveri, gas o vapori, calore, freddo, umidità, vibrazioni o rumore. La disposizione di cui al n. 2 prevede inoltre che non possano essere assegnate alle lavoratrici in stato di gravidanza mansioni per le quali è richiesto normalmente di sollevare, spostare o trasportare a mano, senza ausilio meccanico, pesi superiori a kg 5 oppure, occasionalmente, pesi di oltre kg 10.

L'art. 11 disciplina la retribuzione della lavoratrice gestante cui si applica il divieto di lavoro previsto dalla legge. Nel caso in cui l'interessata non abbia diritto al sussidio di maternità, quando sospende in tutto o in parte la sua attività lavorativa continua a percepire dal datore di lavoro il salario medio che le è stato versato nelle ultime tredici settimane o negli ultimi tre mesi precedenti al mese in cui è rimasta incinta.

Conformemente all'art. 13 le lavoratrici affiliate ad una cassa malattia ricevono un sussidio durante il congedo di maternità, che ammonta a DEM 25 (EUR 12,78) al giorno. In base al disposto di cui all'art. 14, le aventi diritto al sussidio percepiscono contemporaneamente un supplemento, che è a carico del datore di lavoro ed è pari alla differenza tra DEM 25 ed il salario medio giornaliero, al netto delle detrazioni di legge.

9. L'art. 5 della legge federale relativa alla concessione del sussidio e del congedo parentali (Gesetz über die Gewärung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub) fissa a DEM 600[4] (EUR 306, 78) l'importo mensile corrisposto durante il congedo parentale. In applicazione dell'art. 7, dal momento della nascita il sussidio di maternità si imputa al sussidio per congedo parentale.

L'art. 16 impone al lavoratore che intende usufruire di un congedo parentale di inoltrare la relativa richiesta al datore di lavoro almeno quattro settimane prima della data di inizio e di definirne la durata. Il beneficiario può concludere il periodo di congedo in anticipo ovvero prolungarlo, purché il datore di lavoro dia il proprio consenso, atto per il quale gode apparentemente di potere discrezionale[5].

10. L'art. 123 del codice civile tedesco (Bürgerliches Gesetzbuch) prevede che qualsiasi persona possa impugnare la propria dichiarazione di volontà, quando quest'ultima è stata carpita con dolo o estorta con minacce.

4 — A partire dal 1° gennaio 2001 tale importo è fissato, in funzione delle entrate e secondo la preferenza del beneficiario, a DEM 900 (EUR 460,16) per il primo anno di vita del figlio, oppure a DEM 600 per i primi due anni.

5 — Questa disposizione è stata modificata e completata, con effetti dal 1° gennaio 2001, di guisa che, a partire da questa data, il datore di lavoro può opporsi alla decisione di concludere prematuramente il congedo parentale in ragione della nascita di un altro figlio o in caso di estrema necessità unicamente sulla base di motivi imperativi legati al buon funzionamento dell'impresa. Alla lavoratrice non è permesso tuttavia, rinunciare al congedo parentale nel periodo che corrisponde al congedo di maternità. Tali disposizioni non si applicano alla causa principale in forza delle disposizioni transitorie figuranti all'art. 24, n. 1, della citata legge.

In forza dell'art. 119, n. 1, può impugnare la propria dichiarazione di volontà colui che, al momento di renderla, sia incorso in errore sull'oggetto, ovvero chi non l'avrebbe manifestata se fosse stato a conoscenza dei fatti ed avesse valutato la situazione con cognizione di causa. Costituisce un errore, ai sensi del disposto di cui al n. 2, anche l'errore sulle qualità della persona o della cosa considerate essenziali secondo la consuetudine.

2) Nel caso in cui la questione sub 1) venga risolta positivamente, se, nella fattispecie descritta, costituisca un'illecita discriminazione fondata sul sesso ai sensi della citata direttiva il fatto che il datore di lavoro, essendo stato in errore circa lo stato di gravidanza della lavoratrice, abbia il diritto di impugnare la dichiarazione con la quale ha acconsentito ad abbreviare il congedo parentale di quest'ultima».

III — Questioni pregiudiziali

11. L'Arbeitsgericht Lübeck, che deve risolvere la causa principale, ha deciso di sospendere il procedimento e di proporre alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se costituisca un'illecita discriminazione fondata sul sesso ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva 76/207/CEE il fatto che una donna, la quale vuole abbreviare, con il consenso del datore di lavoro, il congedo per allevare i figli di cui ha cominciato ad usufruire, sia obbligata a comunicare al datore di lavoro la sua nuova gravidanza, di cui ella è a conoscenza, prima della conclusione dell'accordo sulla riduzione del detto congedo, quando l'interessata non può svolgere appieno l'attività programmata a causa di un divieto di lavoro, riguardante determinate mansioni, che opera fin dal primo giorno.

IV — Normativa comunitaria

12. Al fine di risolvere le questioni proposte, si rende necessaria l'interpretazione di alcune disposizioni della direttiva 76/207.

Art. 2

«1. 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.

(...)

3. La presente direttiva non pregiudica le disposizioni relative alla protezione della donna, in particolare per quanto riguarda la gravidanza e la maternità».

Art. 5

«1. L'applicazione del principio della parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le condizioni inerenti al licenziamento, implica che siano garantite agli uomini e alle donne le medesime condizioni, senza discriminazioni fondate sul sesso».

V — Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

13. Hanno presentato osservazioni scritte nel presente procedimento, entro i termini a tal fine stabiliti all'art. 20 dello Statuto della Corte di giustizia, le parti nella causa principale, il governo tedesco e la Commissione.

All'udienza del 23 ottobre 2002 erano presenti per svolgere osservazioni orali il rappresentante della convenuta e la Commissione.

VI — Prima questione pregiudiziale

14. Con la prima questione, il giudice nazionale chiede se l'art. 2, nn. 1 e 3, e l'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207 ostino al fatto che una lavoratrice la quale, con il consenso del datore di lavoro, vuole abbreviare il congedo parentale di cui sta usufruendo, debba comunicare al datore di lavoro di essere incinta prima che sia raggiunto un accordo sulla reintegrazione nel posto di lavoro quando, a motivo della gravidanza, l'interessata non può svolgere appieno le funzioni inerenti al posto di lavoro a causa di un divieto di legge che opera fin dal primo giorno.

A — *Posizioni espresse nelle osservazioni*

15. La sig.ra Busch ritiene che l'obbligo di dichiarare la gravidanza prima di tornare al lavoro costituisca una discriminazione fondata sul sesso, in quanto solo ad una donna può venire impedito di eseguire determinate mansioni a causa del suo stato. Il datore di lavoro non può contestare la validità del consenso basandosi sul dolo, perché non le aveva chiesto se era incinta, e d'altra parte, facendo valere un errore sulle qualità essenziali dell'interessata, egli commette una discriminazione, poiché la condizione di non essere incinta non figura nell'elenco delle qualità essenziali di una donna. In realtà, essa avrebbe potuto svolgere la maggior parte delle sue funzio-

ni, in quanto le mansioni colpite dal divieto coprivano solo una minima parte dell'intera giornata di lavoro. Sarebbe stato più consono sollevarla da queste ultime attività piuttosto che vietarle in assoluto di lavorare.

16. L'impresa convenuta nella causa principale sostiene che le mansioni la cui esecuzione da parte della lavoratrice era vietata coprivano una buona parte delle funzioni inerenti al posto. Essa ritiene che la discriminazione non sussista, in quanto non vi è stato recesso dal contratto di lavoro, e inoltre perché un periodo lavorativo di sei settimane sarebbe assimilabile ad un rapporto di lavoro a termine, in cui la lavoratrice risulti inidonea ad eseguire le prestazioni affidatele. Nel rispetto del principio di lealtà nell'esecuzione del contratto di lavoro, del quale, durante il congedo parentale, vengono sospesi solo gli obblighi principali, la sig.ra Busch avrebbe dovuto comunicare che, a motivo della sua condizione, non avrebbe potuto prestare assistenza ai malati. Se mai vi fosse una forma di discriminazione, questa sarebbe comunque giustificata, poiché le disposizioni che limitano le attività della donna in determinate circostanze sono state adottate al fine di tutelare la maternità.

17. Il governo tedesco distingue i casi di discriminazione di una donna incinta riguardo all'accesso all'impiego o al licenziamento, da quelli in cui la lavoratrice usufruisce già di un contratto a tempo indeterminato, la cui validità non è messa in discussione. All'inizio di un rapporto di lavoro non si può chiedere alla lavoratrice di informare il datore di lavoro circa il suo stato, per evitare di penalizzarla. A parere del governo, la sig.ra Busch non sta rivendicando un diritto alla parità di trattamento con gli uomini, bensì pretende di ottenere un vantaggio economico rispetto alla maggioranza delle lavoratrici gestanti che continuano ad usufruire del congedo parentale, ciò che, a suo avviso, si avvicina molto ad un abuso di diritto.

18. Secondo la Commissione, il rifiuto da parte del datore di lavoro di reintegrare una lavoratrice incinta nel suo posto di lavoro prima della scadenza del congedo parentale, a motivo della gravidanza, costituisce una discriminazione fondata sul sesso contraria alla direttiva 76/207. Dato che si tratta di un contratto a tempo indeterminato, non occorre accertare se costituisca un'eccezione al divieto generale di discriminazione il fatto che, nel periodo precedente al congedo di maternità, un divieto di legge impedisca alla dipendente di eseguire tutte le prestazioni inerenti al posto di lavoro. Sul presupposto che la gravidanza non è un criterio di cui il datore di lavoro possa tenere conto, in quanto discriminatorio, è del tutto irrilevante che la lavoratrice gli comunichi il suo stato.

B — *Risposta alla questione pregiudiziale*

19. L'Accordo quadro sul congedo parentale [6] costituisce un impegno delle organiz-

6 — Concluso a Bruxelles, il 14 dicembre 1995.

zazioni interprofessionali a carattere generale (UNICE, CEEP e CES) a porre in atto prescrizioni minime su questo tipo di congedo, inteso quale importante strumento per conciliare la vita professionale e quella familiare, nonché per promuovere la parità di opportunità e di trattamento tra gli uomini e le donne. Tale accordo è stato reso applicabile agli Stati membri, con l'eccezione del Regno Unito, con la direttiva 96/34 [7], adottata il 3 giugno 1996 sulla base dell'art. 4, n. 2, dell'Accordo sulla politica sociale [8], in conformità al quale le parti sociali possono richiedere congiuntamente che gli accordi a livello comunitario siano attuati in base a una decisione del Consiglio su proposta della Commissione. Il termine per recepire nel diritto interno il contenuto dell'Accordo quadro sul congedo parentale è scaduto il 3 giugno 1998 [9].

20. Conformemente alla clausola 1, l'Accordo stabilisce prescrizioni minime volte ad agevolare la conciliazione delle responsabilità professionali e familiari dei genitori che lavorano. La clausola 4 permette agli Stati membri di applicare o introdurre disposizioni più favorevoli di quelle previste dall'Accordo. Il detto testo non limita il godimento del diritto individuale al congedo parentale ai lavoratori il cui rapporto di lavoro abbia durata indeterminata.

21. Ai sensi della clausola 2, punto 7, è affidato agli Stati membri e/o alle parti sociali il compito di definire il regime contrattuale ovvero le modalità del rapporto di lavoro applicabili al periodo del congedo parentale. Risulta chiaro tuttavia che, sebbene il congedo abbia l'effetto di sospendere i principali obblighi vincolanti le parti, il contratto continua ad esistere giacché, alla clausola 2, punto 5, viene stabilito che, al termine del congedo parentale, il lavoratore ha diritto di ritornare allo stesso posto di lavoro o, qualora ciò non sia possibile, ad un lavoro equivalente o analogo.

22. La durata del congedo parentale viene fissata per un periodo che va da un minimo di tre mesi fino ad un'età non superiore a otto anni. Non vi sono disposizioni, tuttavia, circa la reintegrazione del lavoratore nel suo posto di lavoro prima della data prevista per il termine del congedo parentale che gli è stato concesso. Per questa ragione, le condizioni alle quali avviene il ritorno anticipato del lavoratore al posto di lavoro vengono decise in ambito nazionale, con disposizioni di legge o mediante i contratti collettivi.

La legge tedesca regolante la concessione del sussidio e del congedo parentale applicabile ai fatti di cui alla causa principale

7 — Direttiva del Consiglio 3 giugno 1996, concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES (GU L 145, pag. 4).

8 — Accordo sulla politica sociale concluso tra gli Stati membri della Comunità europea ad eccezione del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, allegato al Protocollo n. 14, che è stato inserito nel Trattato che istituisce la Comunità europea con il Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992. Il testo delle disposizioni dell'Accordo sulla politica sociale è stato integrato negli artt. 117-120 del Trattato che istituisce la Comunità europea (divenuti artt. 136 CE-143 CE) con il Trattato di Amsterdam 2 ottobre 1997 che, a sua volta, è entrato in vigore il 1° maggio 1999.

9 — La suddetta direttiva è stata modificata ed estesa al Regno Unito con direttiva del Consiglio 15 dicembre 1997, 97/75/CE (GU 1998, L 10, pag. 24). Il termine impartito a questo Stato membro per l'adattamento del diritto interno alla direttiva è scaduto il 15 dicembre 1999.

consentiva la reintegrazione prima dello scadere del periodo concordato, con la sola condizione che il datore di lavoro desse il suo consenso, rispetto al quale egli godeva di potere discrezionale.

23. La direttiva 76/207 concerne l'applicazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro [10]. In base al disposto di cui all'art. 5 di questa direttiva, l'applicazione del suddetto principio per quanto riguarda le condizioni di lavoro implica che siano garantite agli uomini e alle donne le medesime condizioni, senza discriminazioni fondate sul sesso.

Lo stato di lavoratore comporta il diritto al congedo parentale e, per tutta la durata del congedo, il contratto di lavoro rimane in vigore. Pertanto, le condizioni applicabili alla reintegrazione dell'interessato nel proprio posto di lavoro prima che si concluda il periodo di congedo rientrano fra le condizioni di lavoro e, come tali, sono soggette all'applicazione delle disposizioni di questa direttiva, con la conseguenza che non possono essere differenziate in base al sesso del lavoratore.

24. La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'interpretazione del principio della parità di trattamento di cui alla direttiva 76/207, applicato a fattispecie in cui sono in gioco i diritti delle lavoratrici gestanti che nascono dal rapporto di lavoro, si presenta già piuttosto nutrita. Fino ad oggi, la Corte ha costantemente affermato che costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso la presa in considerazione della gravidanza, da parte del datore di lavoro, come criterio per non assumere una donna [11], per licenziarla [12] o per negarle il rinnovo di un contratto a termine [13]. Risulta parimenti discriminatorio il licenziamento di una lavoratrice gestante a motivo dell'assenza dal lavoro imputabile ad un'incapacità lavorativa provocata dal suo stato [14]. La Corte di giustizia ha sempre negato che tale forma di discriminazione potesse venire giustificata in base a motivi legati al danno finanziario arrecato al datore di lavoro dall'assunzione di una donna incinta, tanto nel periodo di assenza per maternità, quanto durante la gravidanza.

Secondo la giurisprudenza, il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, avendo carattere imperativo, non riguarda soltanto gli atti delle pubbliche autorità, ma vale del pari per le convenzioni che disciplinano in

10 — La direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale (GU L 6, pag. 24), ha precisato il contenuto, la portata e le modalità di applicazione del citato principio in ambito previdenziale.

11 — Sentenze 8 novembre 1990, causa 177/88, Dekker (Racc. pag. I-3941), e 3 febbraio 2000, causa C-207/98, Mahlburg (Racc. pag. I-549).

12 — Sentenze 14 luglio 1994, causa C-32/93, Webb (Racc. pag. I-3567), e 4 ottobre 2001, causa C-109/00, Tele Danmark (Racc. pag. I-6993).

13 — Sentenza 4 ottobre 2001, causa C-438/99, Jiménez Melgar (Racc. pag. I-6915).

14 — Sentenza 30 giugno 1998, causa C-394/96, Brown (Racc. pag. I-4185). Con questa sentenza la Corte, riunita in formazione plenaria, si è espressa in senso contrario rispetto a quanto deciso dalla Sesta Sezione il 29 maggio 1997 nella causa C-400/95, Larsson (Racc. pag. I-2757). V. le conclusioni che ho presentato in queste due cause.

modo collettivo il lavoro subordinato, e per i contratti fra privati [15]. Tale divieto vale altresì per gli atti unilaterali di un datore di lavoro nei confronti del personale alle sue dipendenze [16].

25. È pur vero che nel caso della sig.ra Busch non si tratta né di accesso al lavoro né di licenziamento, bensì delle condizioni che regolano l'esercizio dei diritti e l'adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto di lavoro. Tuttavia, come ho in precedenza rilevato, le disposizioni della direttiva 76/207 ostano al fatto che un datore di lavoro prenda una decisione che pregiudica i diritti derivanti dal rapporto di lavoro di una lavoratrice, basandosi sulla circostanza che la donna è incinta. Di conseguenza, se la gravidanza dell'interessata costituisce il motivo per il quale il datore di lavoro non acconsente al ritorno della stessa al posto di lavoro prima che si esaurisca il periodo di congedo parentale, si verifica una discriminazione diretta fondata sul sesso, contraria all'art. 5, n. 1, della direttiva, in quanto i presupposti per la reintegrazione rientrano fra le condizioni di lavoro che devono essere applicate senza distinzioni agli uomini e alle donne, laddove la gravidanza è uno stato che riguarda soltanto queste ultime.

Dal momento che il datore di lavoro non può tenere conto della gravidanza quando esamina la richiesta di reintegrazione, salvo commettere una discriminazione diretta fondata sul sesso, lo stato della lavoratrice è irrilevante ai fini della decisione del primo, con la conseguenza che la donna non è tenuta a comunicargli di essere incinta.

26. La Corte di giustizia si è pronunciata anche in merito alla gravidanza come causa di cessazione di un contratto di lavoro, che venga dichiarato nullo o risolto sulla base di un errore sulle qualità essenziali della lavoratrice, a causa di un divieto di lavoro notturno previsto dalla legge [17], nonché sul rifiuto di assumere una donna incinta a causa di un divieto di lavoro previsto per legge che ne impedisca l'impiego nel posto cui era destinata [18]. In ambedue i casi, come in quello che riguarda la sig.ra Busch, i suddetti divieti erano previsti dalla legge tedesca per la tutela della maternità.

27. Nelle due cause poc'anzi citate, come la Corte di giustizia ha posto in evidenza, la disparità di trattamento non trovava una giustificazione diretta nella gravidanza della donna, bensì nel divieto di lavoro notturno previsto dalla legge per lo stato interessante; tale divieto è contemplato dal disposto dell'art. 2, n. 3, della direttiva 76/207, in base al quale esso è compatibile con le disposizioni relative alla protezione della donna, in particolare, per quanto riguarda la gravidanza e la maternità.

15 — Sentenze 27 giugno 1990, causa C-33/89, Kowalska (Racc. pag. I-2591, punto 12); 7 febbraio 1991, causa C-184/89, Nimz (Racc. pag. I-297, punto 11), e 9 settembre 1999, causa C-281/97, Krüger (Racc. pag. I-5127, punto 20).

16 — Sentenza 21 ottobre 1999, causa C-333/97, Lewen (Racc. pag. I-7243, punto 26).

17 — Sentenza 5 maggio 1994, causa C-421/92, Habermann-Beltermann (Racc. pag. I-1657).

18 — Sentenza Mahlburg, citata.

Così, nel primo caso, la Corte ha dichiarato che una discriminazione diretta, come quella risultante dalla cessazione di un contratto a tempo indeterminato per gravidanza della dipendente — sia tale cessazione conseguente ad una dichiarazione di nullità o ad un recesso —, non può essere giustificata da un divieto previsto per legge imposto a causa della gravidanza, che impedisce temporaneamente alla dipendente di lavorare nelle ore notturne.

Nel secondo caso, la Corte si è pronunciata nel senso che l'applicazione delle disposizioni relative alla tutela della donna in gravidanza non può comportare un trattamento sfavorevole per quanto riguarda l'accesso al lavoro della donna, di modo che un datore di lavoro non può rifiutare l'assunzione di una candidata incinta per il fatto che un divieto di lavoro dovuto alla gravidanza gli impedirebbe di assegnare la medesima sin dal momento dell'assunzione fino all'inizio del congedo di maternità al posto a tempo indeterminato da coprire. La Corte ha aggiunto che tale rifiuto non può trovare giustificazione in motivi relativi al danno finanziario derivante al datore di lavoro dal fatto che la lavoratrice non possa essere impiegata nel posto di cui trattasi per la durata della gravidanza.

28. Il divieto che colpisce la sig.ra Busch per il fatto di essere incinta è simile, anche se più lieve, a quello che veniva opposto alla sig.ra Habermann-Beltermann ed alla sig.ra Mahlburg: è imposto dalla legge sulla tutela della maternità e ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 2, n. 3, della direttiva 76/207. Questa norma riserva agli Stati membri un potere di valutazione in merito ai provvedimenti sociali che essi adottano al fine di garantire, nell'ambito tracciato dalla direttiva, la protezione della donna per quel che riguarda la gravidanza e la maternità, nonché la compensazione degli svantaggi materiali, riguardo alla conservazione del posto di lavoro, cui la donna è soggetta a differenza dell'uomo [19].

In proposito, la Corte di giustizia ha affermato che l'esercizio dei diritti conferiti alle donne in conformità all'art. 2, n. 3, non può essere oggetto di un trattamento sfavorevole per quanto riguarda l'accesso al lavoro e le condizioni di lavoro, aggiungendo che, sotto questo profilo, la direttiva mira al conseguimento di un'uguaglianza sostanziale e non meramente formale [20].

29. La convenuta nella causa principale sostiene che la reintegrazione della sig.ra Busch nel suo posto di lavoro, nelle circostanze descritte, risulterebbe discriminatoria nei confronti delle altre dipendenti che, pur essendo incinte, continuano ad usufruire del congedo parentale.

30. È difficile condividere questa tesi dopo che la giurisprudenza della Corte di giustizia ha definito la discriminazione come l'applicazione di norme differenti a situa-

19 — Sentenza 12 luglio 1984, causa 184/83, Hofmann (Racc. pag. 3047, punto 27).

20 — Sentenza 30 aprile 1998, causa C-136/95, Thibault (Racc. pag. I-2011, punto 26).

zioni analoghe ovvero come l'applicazione della medesima norma a situazioni dissimili [21].

La dipendente incinta che torna al proprio lavoro prima di aver terminato il congedo parentale recupera la propria posizione attiva ed ha diritto a percepire la retribuzione, oltre al supplemento al sussidio di maternità a carico del datore di lavoro. Al contrario, la lavoratrice che continua ad usufruire del congedo parentale durante la gravidanza fa parte della popolazione inattiva. Poiché le due donne si trovano ad occupare posizioni diverse, conferire loro il medesimo trattamento costituirebbe una violazione del principio di uguaglianza.

31. Nonostante che, nell'ordinanza di rinvio contenente la questione pregiudiziale in esame, il giudice tedesco dimostri di essere al corrente della giurisprudenza di questa Corte in materia di parità di trattamento, sembra che, nel momento in cui tale questione è stata formulata, le sentenze Tele Danmark [22] e Jiménez Melgar [23] non fossero ancora state pronunciate.

32. Questo particolare è interessante poiché il giudice nazionale, facendo leva su alcune sentenze esaminate poc'anzi, che si riferivano a fattispecie riguardanti l'accesso al lavoro o il licenziamento di una donna incinta titolare di un contratto a tempo indeterminato, trae conseguenze che risultano errate dopo l'interpretazione del principio della parità di trattamento data dalla Corte di giustizia in occasione delle suddette pronunce dell'autunno 2001 [24], in cui per la prima volta si è trattato di stabilire se il detto principio fosse parimenti applicabile ad un rapporto di lavoro di durata determinata.

Per esempio, nel capo II, punto 1, lett. b), dell'ordinanza di rinvio, l'Arbeitsgericht Lübeck, avendo citato due sentenze della Corte di giustizia, asserisce che dal testo di queste ultime «risulta che, salvo il caso di instaurazione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, non soltanto il datore di lavoro può informarsi sull'eventuale gravidanza di una candidata, ma quest'ultima è tenuta a rivelare il suo stato anche se non le vengano esplicitamente poste domande in merito». Aggiunge poi che la sig.ra Busch sapeva che avrebbe lavorato solo sei settimane e che, «di conseguenza, per la ricorrente la situazione si presenta[va] come nel caso in cui ella avesse accettato un impiego a tempo determinato».

Alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia, tali conclusioni non potrebbero risultare più errate.

33. Nella causa Tele Danmark si trattava di stabilire se fosse discriminatorio il licen-

21 — Sentenza 14 febbraio 1995, causa C-279/93, Schumacker (Racc. pag. I-225, punto 30); 27 giugno 1996, causa C-107/94, Asscher (Racc. pag. I-3089, punto 40); 14 settembre 1999, causa C-391/97, Gschwind (Racc. pag. I-5451, punto 21), e 3 ottobre 2000, causa C-411/98, Ferlini (Racc. pag. I-8081, punto 51).

22 — Citata supra.

23 — Citata supra.

24 — Sentenze Tele Danmark e Jiménez Melgar, citate supra.

ziamento di una lavoratrice dovuto alla gravidanza, tenendo presente che la donna era stata assunta a tempo determinato senza avere prima informato il datore di lavoro del suo stato, pur essendone a conoscenza al momento dell'assunzione, e che, per motivi legati alla gravidanza, non era in grado di lavorare per gran parte del periodo di durata del contratto.

34. La Corte di giustizia ha in quell'occasione ribadito la dottrina affermata con la sentenza Webb [25], a tenore della quale, se la disponibilità del lavoratore è necessariamente, per il datore di lavoro, un presupposto essenziale della buona esecuzione del contratto di lavoro, la tutela garantita dal diritto comunitario alla donna durante la gravidanza e dopo il parto non può dipendere dalla circostanza che la presenza dell'interessata, nel periodo corrispondente al proprio congedo di maternità, sia indispensabile al buon funzionamento dell'impresa in cui essa lavora; un'interpretazione contraria priverebbe le disposizioni della direttiva 76/207 della loro efficacia pratica.

La Corte ha aggiunto che una tale interpretazione non può essere modificata in considerazione della circostanza che il contratto di lavoro sia stato concluso per una durata determinata. Infatti, poiché il licenziamento di una lavoratrice a motivo del suo stato interessante costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso, quali che siano la natura e l'estensione del danno economico subito dal datore di lavoro a causa dell'assenza legata alla gravidanza, la circostanza che il contratto di lavoro sia stato concluso per una durata determinata o indeterminata non incide sul carattere discriminatorio del licenziamento. In entrambi i casi, l'incapacità della dipendente ad adempiere il contratto di lavoro è dovuta alla gravidanza.

35. Una delle questioni pregiudiziali risolte con la sentenza Jiménez Melgar verteva sul rifiuto di rinnovare ad una dipendente in stato interessante il contratto di lavoro che era stato concluso per una durata determinata. La Corte ha statuito che, sebbene il divieto di licenziamento previsto dall'art. 10 della direttiva 92/85/CEE [26] si applichi tanto ai contratti di lavoro a tempo indeterminato quanto ai contratti a termine, il mancato rinnovo di siffatto contratto, quando esso è giunto alla sua normale scadenza, non può essere considerato alla stregua di un licenziamento vietato dalla detta disposizione. Tuttavia, qualora il mancato rinnovo di un contratto di lavoro a tempo determinato sia motivato dallo stato di gravidanza della lavoratrice, esso costituisce una discriminazione basata sul sesso, incompatibile con gli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, della direttiva 76/207.

36. Innegabilmente, il fatto che la lavoratrice non sia in grado di svolgere tutte le mansioni cui è stata assegnata una volta tornata al lavoro può avere un impatto sull'impresa, dal punto di vista tanto organizzativo quanto economico. Tuttavia, l'art. 5 della direttiva 92/85 offre al datore di lavoro un certo margine di manovra, in quanto gli consente, come prima misura —

25 — Citata supra.

26 — Direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (decima direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 89/391/CEE; GU L 348, pag. 1).

in caso di rischio per la sicurezza o la salute della lavoratrice, nonché di eventuali ripercussioni sulla gravidanza o sull'allattamento —, di modificare temporaneamente le condizioni o l'orario di lavoro dell'interessata; se ciò non fosse possibile, egli dovrà prendere le misure necessarie affinché la lavoratrice sia assegnata ad altre mansioni e, soltanto qualora tali soluzioni fossero impraticabili, il datore di lavoro dovrà dispensarla dal lavoro durante il periodo necessario per la sua protezione.

37. La Corte di giustizia si è pronunciata nel senso che le direttive 76/207 e 92/85 ostano all'applicazione di una normativa nazionale in base alla quale un datore di lavoro, che non può avvalersi di una dipendente incinta, sebbene essa non sia inabile al lavoro, possa obbligarla ad assentarsi dal lavoro senza versarle la retribuzione piena e senza avere preliminarmente esaminato la possibilità di organizzare in modo diverso le condizioni o il tempo di lavoro della lavoratrice, compresa la possibilità di destinarla ad un altro posto [27].

Invece di ricorrere ai mezzi che l'art. 5 della direttiva 92/85 mette a sua disposizione, la convenuta nella causa principale ha deciso di dispensare la dipendente dal lavoro con effetto immediato [28], impugnando l'atto con il quale aveva acconsentito a porre termine al congedo parentale, per dolo ed errore su una qualità essenziale.

38. In ogni caso, come rileva opportunamente la Commissione nelle osservazioni scritte, spetta agli Stati membri definire i costi che devono essere sostenuti dal datore di lavoro e quelli che devono essere posti a carico dell'erario — finanziati mediante gli oneri sociali collettivi —, tenendo sempre presente che la tutela accordata alla gestante non può penalizzare quest'ultima come individuo sul mercato del lavoro.

39. Desidero aggiungere alcune considerazioni che possono interessare l'Arbeitsgericht Lübeck, il quale, pur non avendo chiesto esplicitamente se si configurasse un abuso di diritto da parte della lavoratrice, lascia tuttavia intravedere questa possibilità da alcune osservazioni di cui al capo II, punto 1, lett. b), dell'ordinanza di rinvio.

In primo luogo, la reintegrazione al lavoro prima della scadenza del congedo parentale viene regolata nell'ordinamento tedesco come un diritto del lavoratore.

In secondo luogo, sebbene il datore di lavoro avesse dato il suo consenso al rientro della lavoratrice nel mese di marzo, la relativa richiesta era stata inoltrata in gennaio, talché, se il primo avesse impiegato un minor tempo per dare il suo accordo, la lavoratrice avrebbe potuto mantenersi in attività per un periodo più lungo prima di assentarsi per maternità.

27 — Sentenza 19 novembre 1998, causa C-66/96, Høj Pedersen e a. (Racc. pag. I-7327, punti 58 e 59).

28 — Tuttavia, in udienza, il rappresentante dell'impresa convenuta ha fatto sapere che il personale infermieristico dell'ospedale è composto per la maggior parte da donne e che nel valutare il bisogno di assunzioni vengono sempre tenute presenti eventuali gravidanze.

In terzo luogo, anche se l'intenzione della sig.ra Busch fosse quella di percepire un sussidio di maternità più elevato di quello spettante durante il congedo parentale, più il supplemento erogato dal datore di lavoro, nulla può far presumere che le altre donne in stato interessante che chiedono di tornare al lavoro perseguano lo stesso obiettivo. Diverse ragioni possono spingere una lavoratrice a riprendere il suo posto come, ad esempio, la possibilità di percepire alcuni mesi di retribuzione piena prima del parto, il fatto che non abbia più a carico il figlio per il quale aveva chiesto il congedo parentale, la prospettiva di una promozione o la partecipazione ad un'attività di formazione professionale.

Infine, il divieto di svolgere determinate mansioni durante la gravidanza riguarda solo le donne che, a causa della loro attività, sono esposte a un rischio per la sicurezza o la salute, nel qual caso il datore di lavoro deve provvedere a riorganizzare temporaneamente le condizioni o l'orario di lavoro dell'interessata e, se ciò non fosse possibile, destinarla ad un altro posto, potendo solo come ultima opzione dispensare la dipendente dal lavoro.

40. Per le ragioni esposte, si deve dichiarare che l'art. 2, nn. 1 e 3, e l'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207 ostano al fatto che una lavoratrice la quale, con il consenso del datore di lavoro, intende abbreviare il congedo parentale di cui sta usufruendo, debba comunicare al datore di lavoro di essere incinta prima di giungere ad un accordo sulla reintegrazione benché, a motivo della gravidanza, l'interessata non possa esercitare appieno le funzioni inerenti al posto di lavoro a causa di un divieto di legge che opera fin dal primo giorno.

VII — Seconda questione pregiudiziale

41. Con la seconda questione, il giudice nazionale vuole sapere se costituisca un'illecita discriminazione fondata sul sesso, ai sensi della direttiva 76/207, il fatto che il datore di lavoro possa impugnare la dichiarazione con la quale ha acconsentito a porre termine prima del previsto al congedo parentale, adducendo di essere caduto in errore circa lo stato di gravidanza della lavoratrice.

42. Concordo con la Commissione sul fatto che il giudice nazionale deve interpretare le disposizioni pertinenti del codice civile alla luce del testo e della finalità delle direttive 76/207 e 92/85, con l'obiettivo di raggiungere il risultato prefisso dalla normativa comunitaria.

Mi sembra chiaro che, dato che il datore di lavoro non può far valere lo stato di gravidanza per opporsi alla reintegrazione della lavoratrice nel suo posto di lavoro prima della scadenza del congedo parentale, sarebbe inaccettabile se il primo, dopo aver dato il proprio consenso, potesse conseguire lo stesso risultato mediante il ricorso agli artt. 123 e 119 del codice civile tedesco.

43. Per tale ragione, il fatto che il datore di lavoro abbia il diritto di impugnare la dichiarazione con la quale ha acconsentito a porre termine al congedo parentale di una lavoratrice incinta, adducendo di essere caduto in errore circa lo stato di quest'ultima, costituisce, a mio parere, una discriminazione diretta fondata sul sesso, vietata dalla direttiva 76/207.

VIII — Conclusione

44. In considerazione di quanto precede, propongo alla Corte di giustizia di risolvere le questioni proposte dall'Arbeitsgericht Lübeck nel modo seguente:

«1) L'art. 2, nn. 1 e 3, e l'art. 5, n. 1, della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, ostano al fatto che una lavoratrice la quale, con il consenso del datore di lavoro, intende abbreviare il congedo parentale di cui sta usufruendo, debba comunicare al datore di lavoro di essere incinta prima di giungere ad un accordo sulla reintegrazione benché, a motivo della gravidanza, l'interessata non possa esercitare appieno le funzioni inerenti al posto di lavoro a causa di un divieto di legge che opera fin dal primo giorno.

2) Il fatto che il datore di lavoro abbia il diritto di impugnare la dichiarazione con la quale ha acconsentito a porre termine al congedo parentale di una lavoratrice incinta, adducendo di essere caduto in errore circa lo stato di quest'ultima, costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso, vietata dalla direttiva 76/207».