CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentate il 10 luglio 1997 *

1. Il Sø- og Handelsret, Tribunale marittimo e commerciale della Danimarca, ha sottoposto a questa Corte di giustizia, a norma dell'art. 177 del Trattato CE, una questione pregiudiziale nella quale sono contemplate varie situazioni ipotetiche, al fine di risolvere quattro controversie davanti ad esso pendenti, nelle quali si discute sui diritti delle lavoratrici dipendenti durante la gravidanza.

Prima di rispondere alla questione, procederò ad illustrare la normativa nazionale pertinente ed i fatti relativi ai quattro procedimenti a quibus, seguendo le indicazioni contenute nell'ordinanza di rinvio.

La normativa nazionale

A — *La legge 23 luglio 1987, n. 516, recante disciplina dei rapporti giuridici fra i datori di lavoro e i lavoratori dipendenti*

2. Il rapporto di lavoro delle attrici è soggetto all'applicazione della legge 23 luglio 1987, n. 516, recante disciplina dei rapporti giuridici fra datori di lavoro e lavoratori dipendenti (in prosieguo: la «legge sui lavoratori dipendenti»), che riguarda una notevole percentuale dei lavoratori del commercio e del terziario e che disciplina, tra le altre materie di diritto del lavoro, il licenziamento, le indennità di fine rapporto, l'inadempimento degli obblighi da parte dei datori di lavoro e dei dipendenti, le assenze per malattia, la tutela della gravidanza e il congedo di maternità.

La situazione giuridica delle lavoratrici dipendenti in caso di malattia o inabilità al lavoro per gravidanza e puerperio è regolata inoltre dalla legge 17 luglio 1992, n. 639, sulla parità delle retribuzioni fra gli uomini e le donne, che ha attuato nell'ordinamento danese la direttiva 75/117/CEE [1] (in prosieguo: la «direttiva 75/117»), dalla legge 19 aprile 1989, n. 244, sulla parità di trattamento degli uomini e delle donne per quanto riguarda, tra l'altro, l'attività lavorativa e il congedo di maternità, che ha adeguato il diritto danese alla direttiva 76/207/CEE [2] (in prosieguo: la «direttiva 76/207»), e dalla legge 20 dicembre 1989, n. 852, relativa alle

1 — Direttiva del Consiglio 10 febbraio 1975, 75/117/CEE, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile (GU L 45, pag. 19).

2 — 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 (GU L 39, pag. 40).

* Lingua originale: lo spagnolo.

indennità giornaliere in caso di malattia o parto (in prosieguo: la «legge sulle indennità giornaliere»).

3. Nella legge sui lavoratori dipendenti, che, secondo quanto risulta dall'ordinanza di rinvio, è stata applicata alle attrici nelle cause a quibus, l'inabilità al lavoro per malattia e le relative conseguenze sono regolate dall'art. 5, il cui n. 1 recita: «Qualora a causa di malattia il dipendente si trovi nell'impossibilità di svolgere le proprie mansioni, l'inadempimento che ne consegue è considerato giustificato purché la malattia, nel corso del rapporto di lavoro, non sia stata contratta a causa di dolo o colpa grave, ovvero all'atto dell'assunzione il dipendente non abbia taciuto dolosamente di averla già contratta».

La nozione di malattia comprende qualsiasi stato patologico o affezione fisica o mentale ovvero qualsiasi infermità che, secondo un parere medico, comporti che il dipendente non possa svolgere la sua attività lavorativa. In caso di malattia, il dipendente percepisce la retribuzione piena ed il datore di lavoro ha diritto al rimborso delle indennità giornaliere, prestazione previdenziale che sarebbe spettata al dipendente.

4. L'art. 7 della legge sui lavoratori dipendenti regola la posizione lavorativa delle dipendenti durante la gravidanza ed il congedo di maternità. La dipendente è tenuta a comunicare al datore di lavoro, non più tardi dei tre mesi precedenti la data prevista per il parto, il momento in cui intende iniziare il congedo di maternità.

La prima frase dell'art. 7, n. 2, stabilisce che «il datore di lavoro è tenuto, in caso di gravidanza di una dipendente, a pagarle la metà della retribuzione durante un periodo massimo di cinque mesi compreso tra i tre mesi precedenti il parto e i primi tre mesi successivi a quest'ultimo». La seconda frase aggiunge: «Il datore di lavoro è soggetto allo stesso obbligo, anche se la dipendente non sia inabile al lavoro, quando non ritenga di poter continuare ad avvalersi della sua attività lavorativa».

B — *La legge sulle indennità giornaliere*

5. I lavoratori subordinati hanno diritto alle indennità giornaliere in vari casi, vale a dire:

— art. 5: «indennità giornaliere per malattia», versate nel caso in cui il lavoratore sia totalmente inabile al lavoro a causa di malattia;

— art. 12, n. 1: «indennità giornaliere per maternità», versate al lavoratore di sesso femminile dal momento in cui si ritiene che manchino quattro settimane al parto;

— art. 12, n. 2: «indennità di maternità anticipate», che vengono versate prima di tale data qualora:

1) da un parere medico risulti che la gravidanza ha un decorso patologico, che in caso di prosecuzione dell'attività lavorativa comporterebbe rischi per la salute della donna o del feto, ovvero

2) la particolare natura dell'attività lavorativa comporti rischi per il feto, ovvero la gravidanza impedisca alla donna, in forza delle vigenti disposizioni legislative, di proseguire la sua attività lavorativa ovvero il datore di lavoro non le abbia offerto un'idonea attività di altro tipo.

In caso di assenza dal lavoro a causa di gravidanza, puerperio o adozione, le indennità giornaliere vengono versate dai Comuni.

6. Il giudice nazionale precisa che l'inabilità al lavoro a causa di gravidanza o puerperio non conferisce gli stessi diritti di retribuzione che spettano al lavoratore di sesso femminile in caso di inabilità al lavoro per malattia. In pratica, l'inabilità al lavoro della donna incinta può dar luogo alle seguenti situazioni:

— se l'inabilità al lavoro non è causata dalla gravidanza e sopravviene prima dell'inizio del congedo di maternità, si applica l'art. 5 della legge sui lavoratori dipendenti e la lavoratrice ha diritto alla piena retribuzione;

— se l'inabilità al lavoro è causata dalla gravidanza e sopravviene prima dei tre mesi antecedenti il parto, la lavoratrice non ha diritto alla retribuzione, bensì alle indennità giornaliere;

— se l'inabilità al lavoro sopravviene nei tre mesi antecedenti la data prevista per il parto, il datore di lavoro deve, a norma dell'art. 7, n. 2, prima frase, della legge sui lavoratori dipendenti, pagarle la metà della retribuzione.

Esso aggiunge che la lavoratrice è tenuta, su richiesta del datore di lavoro, a provare la

propria inabilità al lavoro mediante un documento giustificativo rilasciato da un medico. Essa non è tenuta a fornire indicazioni particolareggiate sulla causa dell'inabilità, ma deve dichiarare se quest'ultima è connessa alla gravidanza.

I lavoratori dipendenti godono dei diritti loro attribuiti dalla legge sulle indennità giornaliere in aggiunta ai diritti conferiti dalla legge sui lavoratori dipendenti.

C — *La circolare 27 ottobre 1994, n. 191, della Sociale Ankestyrelse, relativa alle indennità di malattia e maternità*

7. La circolare 27 ottobre 1994, n. 191, relativa alle indennità di malattia e maternità (in prosieguo: la «circolare n. 191»), contiene al capitolo 8, e specificamente ai punti 171, 172 e 175 [3], una serie di disposizioni di attuazione che regolano l'erogazione delle indennità giornaliere prima dell'inizio del periodo di quattro settimane precedenti la data presunta del parto. Le suddette disposizioni stabiliscono, per quanto di interesse nel presente procedimento:

«171. Il diritto alle indennità giornaliere nel periodo di quattro settimane precedenti il parto è subordinato ad un parere medico che attesti che la gravidanza ha un decorso patologico il quale, in caso di prosecuzione dell'attività lavorativa, comporti rischi per la salute della donna o del feto. Come esempi di situazioni che possono dar diritto all'indennità di maternità si citano:

— minaccia di aborto,

— gravidanza multipla qualora aumenti il rischio di aborto o di parto prematuro,

— tossiemia della gravidanza con ipertensione, proteinuria e/o edemi,

— casi particolari di vomito incoercibile, che incidono sullo stato generale e comportano inabilità al lavoro,

— emorragia vaginale,

— distacco prematuro della placenta,

— rilassamento dei legamenti sacroiliaci,

— gravi turbe psichiche collegate alla gravidanza, fra cui i casi di sindrome da stress con manifestazioni di tale gravità da poter essere ricollegate alla nozione di malattia».

Il giudice nazionale precisa che tale disposizione corrisponde alla terza ipotesi figurante nella questione pregiudiziale.

«172. Sono erogate le indennità di maternità qualora la donna sia totalmente inabile al lavoro in caso di

3 — Nell'ordinanza di rinvio il giudice nazionale afferma che, dal punto di vista del contenuto, i succitati punti corrispondono ai punti 90, 91 e 93 della circolare n. 5 del 22 marzo 1990.

— gravidanza che aggravi notevolmente una malattia (ad esempio affezioni alla schiena, al cuore, ai polmoni o ai reni) per il resto non connessa alla gravidanza, ovvero

— cura della malattia resa impossibile dalla gravidanza».

Le indennità sono altresì versate in caso di assenza dovuta ad inabilità al lavoro per aborto, fra cui anche l'aborto provocato.

Il giudice nazionale precisa che tale disposizione corrisponde alle ipotesi sub 1) e 2) riportate nella questione pregiudiziale.

«175. Nelle seguenti situazioni non sussiste diritto a indennità giornaliere:

— disturbi usuali dovuti alla gravidanza (ad esempio nausea, indisposizioni, vomito, leggera anemia, leggera ipertensione) in una gravidanza dal decorso normale, che non sia causa di inabilità al lavoro,

— assenza dal lavoro in base ad un certificato medico da cui non risulti un vero e proprio stato patologico o rischi particolari per il feto».

Il giudice nazionale rileva che la detta disposizione corrisponde alle ipotesi sub 4) e 5) figuranti nella questione pregiudiziale.

8. Il giudice nazionale segnala che è controversa fra le parti sociali l'interpretazione delle disposizioni della legge sui lavoratori dipendenti che regolano l'inabilità al lavoro per causa di malattia e l'inabilità al lavoro dovuta alla gravidanza. Le organizzazioni dei lavoratori sostengono al riguardo che, in forza della normativa comunitaria in tema di parità di trattamento tra uomini e donne, si deve interpretare la legge danese sui lavoratori dipendenti nel senso che essa garantisca alle donne la piena retribuzione anche nei casi in cui l'assenza dal lavoro sia connessa alla gravidanza. Le organizzazioni dei datori di lavoro sostengono invece che non sarebbe in contrasto con il diritto comunitario interpretare la suddetta legge nel senso che le lavoratrici non abbiano diritto alla piena retribuzione in caso di inabilità al lavoro dovuta alla gravidanza, mentre dovrebbero invece essere loro erogate le indennità giornaliere.

I fatti all'origine delle cause pendenti davanti al Sø- og Handelsret

9. Le controversie che hanno dato origine alla questione pregiudiziale sono quattro. Le attrici sono tutte lavoratrici subordinate, il cui rapporto di lavoro rientra nell'ambito di

applicazione della legge sui lavoratori dipendenti. Esse hanno avuto tutte una gravidanza dal decorso irregolare e sono state tutte oggetto di dichiarazione medica di inabilità al lavoro totale o parziale, prima dei tre mesi antecedenti la data presunta del parto. Tre di esse sono state autorizzate all'astensione dal lavoro senza diritto a percepire alcuna retribuzione dal datore di lavoro (prima, seconda e quarta causa), mentre la quarta, a cui l'inabilità parziale avrebbe consentito di lavorare ad orario ridotto, era stata sospesa dal lavoro ed il datore di lavoro aveva cessato il pagamento della retribuzione in quanto non riteneva di poter continuare ad avvalersi della sua attività lavorativa. I certificati medici indicavano un rilassamento dei legamenti sacroiliaci (prima causa), *abortus imminens* con rischi per la salute dell'attrice o per il feto (seconda e terza causa) e *hyperemesis gravidarum* (quarta causa).

10. I fatti relativi alla prima causa indicati nell'ordinanza di rinvio sono i seguenti: l'attrice, signora Berit Høj Pedersen, era stata assunta nel dicembre del 1990 in qualità di commessa presso la convenuta, che fa parte di una catena di supermercati a livello nazionale. Le sue mansioni consistevano principalmente nel riordino delle merci, nel riempimento degli scaffali e in altre attività a carattere generico connesse all'esercizio commerciale.

Nel maggio del 1992 l'attrice rimaneva incinta. Essa rimaneva inabile al lavoro dal 26 giugno 1992 sino al parto, avvenuto nel febbraio dell'anno seguente, con la diagnosi di rilassamento dei legamenti sacroiliaci. La convenuta, considerando che l'assenza dal lavoro era connessa alla gravidanza e non dovuta a malattia vera e propria, cessava il pagamento della retribuzione dal momento della presentazione del primo certificato medico.

Prima dei tre mesi precedenti la data prevista per il parto, l'attrice ha percepito soltanto le indennità giornaliere di maternità anticipate previste dall'art. 12, n. 2, della legge sulle indennità giornaliere. In seguito, sino ad un mese prima della data prevista per il parto, percepiva, in aggiunta, la metà della retribuzione, versata dal datore di lavoro in conformità dell'art. 7 della legge sui lavoratori dipendenti. Durante l'ultimo mese prima della data prevista del parto, l'attrice percepiva la piena retribuzione a norma del contratto collettivo al quale era assoggettata.

11. Nella seconda controversia descritta dal giudice nazionale, l'attrice, signora Bettina Andresen, era stata assunta il 1° agosto 1991 come assistente presso lo studio dentistico del dott. Bagner. Il 25 agosto 1993 l'attrice, che in quel momento era incinta ed il cui parto era previsto per il 24 aprile 1994, veniva dichiarata inabile al lavoro a causa di una minaccia di aborto (*abortus imminens*). Nei certificati medici rilasciatile si precisava che in caso di prosecuzione dell'attività lavorativa vi sarebbero stati rischi per la salute dell'attrice o per il feto. Nel settembre del 1993 il convenuto sospendeva il pagamento

della retribuzione e invitava l'attrice a richiedere l'erogazione delle indennità di maternità anticipate.

12. Nella terza causa l'attrice, signora Tina Pedersen, era stata assunta come tirocinante presso lo studio dentistico del dott. Rasmussen il 1° settembre 1984. Dopo aver compiuto il tirocinio veniva assunta in pianta stabile presso lo studio, in una posizione disciplinata dalla legge sui lavoratori dipendenti. Nell'ambito della gravidanza, con parto previsto per il 5 giugno 1994, il medico curante dichiarava l'attrice parzialmente inabile al lavoro il 4 febbraio 1994, a causa di una minaccia di aborto (*abortus imminens*). Il medico curante dell'attrice dichiarava che in caso di prosecuzione dell'attività lavorativa vi sarebbero stati rischi per la salute dell'attrice e/o per il feto.

L'attrice comunicava telefonicamente al convenuto la propria situazione, dichiarando di avere intenzione di riprendere la propria attività ad orario ridotto. Il convenuto dichiarava che non era disposto ad avvalersi della sua attività lavorativa a tempo parziale e che avrebbe dovuto assumere un sostituto a tempo pieno in quanto, a suo parere, l'attrice non avrebbe potuto svolgere le sue mansioni in modo normale. Successivamente, il convenuto comunicava all'attrice di aver assunto a tempo pieno un sostituto per la durata del congedo di maternità e che non intendeva continuare a versare la retribuzione all'attrice, invitandola pertanto a richiedere l'erogazione delle indennità di maternità anticipate.

13. Nella quarta causa l'attrice, signora Pia Sørensen, era entrata al servizio della convenuta, la Hvitfeldt Guld og Sølv Aps, il 1° agosto 1989, in qualità di apprendista. Concluso l'apprendistato, veniva assunta a tempo indeterminato come commessa, in un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge sui lavoratori dipendenti. A metà del mese di gennaio 1994 l'attrice constatava, in seguito a forti nausee, di essere incinta. Con certificato medico 25 gennaio 1994 l'attrice veniva dichiarata inabile al lavoro per una durata di quattro settimane a causa delle forti nausee e dei vomiti, cui si aggiungeva un rapido dimagrimento, per i quali veniva ricoverata. Il 4 marzo 1994 le veniva diagnosticata una *hyperemesis gravidarum*, con rischi per la salute della madre e del feto, e veniva dichiarata inabile al lavoro per una durata di quattro mesi e mezzo a causa della sua gravidanza. La convenuta sospendeva il pagamento della retribuzione dal mese di febbraio del 1994.

La questione pregiudiziale

14. Il Sø- og Handelsret ha ritenuto necessario sospendere la trattazione delle suddette cause e sottoporre a questa Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 177 del trattato CE, la seguente questione pregiudiziale:

«Se il diritto comunitario, in particolare l'art. 119 del Trattato CE, la direttiva 75/117/CEE, la direttiva 76/207/CEE e

la direttiva 92/85/CEE [4] [in prosieguo: la "direttiva 92/85"], osti a una normativa nazionale la quale dispensi il datore di lavoro dal pagamento della retribuzione alle lavoratrici gestanti qualora

1) l'assenza dal lavoro sia dovuta al fatto che la gravidanza ha notevolmente aggravato una malattia, la quale peraltro non è collegata alla gravidanza,

2) l'assenza sia dovuta ad una malattia causata dalla gravidanza,

3) l'assenza sia dovuta al decorso patologico della gravidanza e ai rischi che la continuazione dell'attività lavorativa comporterebbe per la salute della donna o del feto,

4) l'assenza sia dovuta ai disturbi abituali di una gravidanza dal decorso normale, e non vi sia per il resto inabilità al lavoro,

5) l'assenza sia autorizzata da un parere medico volto alla tutela del feto, ma che tuttavia non attesti un vero e proprio stato patologico o rischi particolari per il feto,

6) l'assenza sia dovuta al fatto che la gravidanza costituisce già di per sé un motivo sufficiente per il datore di lavoro per ritenere di non poter continuare ad avvalersi delle prestazioni della lavoratrice gestante sebbene quest'ultima non sia inabile al lavoro,

e qualora, nelle situazioni sub 1), 3) e 6), lo Stato garantisca alla lavoratrice gestante le stesse prestazioni che le erogherebbe in caso di malattia, mentre, nelle situazioni sub 4) e 5), tali prestazioni non vengano erogate e il datore di lavoro sia peraltro tenuto, ai sensi della normativa nazionale, al pagamento della retribuzione piena in caso di malattia».

La normativa comunitaria applicabile

15. L'art. 119 del Trattato recita:

«Ciascuno Stato membro assicura (...) l'applicazione del principio della parità delle retribuzioni fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro.

4 — Direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, 92/85/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (decima direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1 della direttiva 89/391/CEE) (GU L 348, pag. 1).

Per retribuzione deve essere inteso, ai sensi del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo.

(...)».

16. L'art. 1 della direttiva 75/117 così dispone:

«Il principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, previsto dall'art. 119 del trattato (...) implica, per uno stesso lavoro o per un lavoro al quale è attribuito un valore uguale, l'eliminazione di qualsiasi discriminazione basata sul sesso in tutti gli elementi e le condizioni delle retribuzioni.

(...)».

17. L'art. 2 della direttiva 76/207, relativa all'attuazione, negli Stati membri, 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, stabilisce quanto segue:

«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.

(...)».

L'art. 5 della medesima direttiva così dispone:

«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 mede-

sime condizioni, senza discriminazioni fondate sul sesso.

(...)».

18. La direttiva 19 ottobre 1992, 92/85, il cui scopo è 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, avrebbe dovuto essere attuata nell'ordinamento interno degli Stati membri, al più tardi, entro due anni dalla sua adozione, vale a dire entro il 19 ottobre 1994.

A mio parere, la summenzionata direttiva non è applicabile, *ratione temporis*, ai fatti di cui alle cause a quibus in quanto, secondo quanto risulta dall'ordinanza di rinvio del giudice nazionale, le rivendicazioni delle lavoratrici sono limitate al periodo della gravidanza, e tutte hanno partorito prima del 19 ottobre 1994. Non risulta neppure se la normativa danese fosse a quel tempo già stata adeguata.

19. Hanno presentato osservazioni scritte, entro i termini prescritti dall'art. 20 dello Statuto (CE) della Corte di giustizia, le attrici ed i convenuti nelle cause a quibus, che le hanno formulate congiuntamente, il governo francese, il governo del Regno Unito e la Commissione. All'udienza sono comparsi i patrocinanti delle parti ed i rappresentanti del governo francese e della Commissione.

20. Le attrici, che analizzano ciascuna delle sei ipotesi indicate nella questione pregiudiziale, sostengono che:

— qualora l'inabilità al lavoro della donna, attestata da un certificato medico, sia dovuta al fatto che la gravidanza aggravi notevolmente una malattia che non sia a questa collegata (prima ipotesi), ovvero ad una malattia causata dalla gravidanza (seconda ipotesi), situazioni nelle quali lo Stato garantisce alla lavoratrice l'erogazione di indennità giornaliere per un ammontare pari a quello che l'interessata riceverebbe in caso di assenza per malattia, il fatto che la normativa nazionale esoneri il datore di lavoro dall'obbligo di versarle la piena retribuzione risulta in contrasto con il diritto comunitario, in particolare con l'art. 119 del Trattato, tenuto conto del fatto che le attrici avrebbero avuto tale diritto, ove la loro inabilità non fosse stata connessa alla gravidanza;

— qualora l'inabilità al lavoro sia dovuta al decorso patologico della gravidanza e ai rischi che la continuazione dell'attività lavorativa comporterebbe per la salute della donna e/o del feto (terza ipotesi), situazione, anche questa, in cui lo Stato

garantisce alla lavoratrice l'erogazione di indennità giornaliere per un importo pari a quello che l'interessata percepirebbe in caso di assenza per malattia, il fatto che le lavoratrici possano percepire soltanto le suddette indennità risulta in contrasto con il diritto comunitario, posto che in caso di malattia agli altri lavoratori viene garantita la retribuzione piena e che la gravidanza riguarda esclusivamente le lavoratrici;

— qualora l'assenza sia dovuta ai disturbi abituali di una gravidanza dal decorso normale che non provochino inabilità al lavoro (quarta ipotesi) o sia autorizzata da un parere medico che raccomandi un periodo di riposo, ma che tuttavia non attesti un vero e proprio stato patologico o rischi particolari per il feto (quinta ipotesi), situazioni in cui le lavoratrici non hanno diritto alle indennità giornaliere, essa deve essere assimilata ad una malattia, anche in assenza di un vero e proprio stato patologico, mentre è contraria al diritto comunitario una disposizione di diritto nazionale la quale consenta che, nelle suddette condizioni, la dipendente non percepisca né la retribuzione né le indennità giornaliere;

— qualora l'assenza della lavoratrice sia dovuta al fatto che la gravidanza costituisca già di per sé un motivo sufficiente per il datore di lavoro per ritenere di non poter continuare ad avvalersi delle prestazioni della lavoratrice, sebbene quest'ultima non sia inabile al lavoro (sesta ipotesi), situazione nella quale lo Stato garantisce l'erogazione di indennità giornaliere per un importo pari a quello che la lavoratrice percepirebbe in caso di assenza per malattia, risulta in contrasto con il diritto comunitario il fatto che una disposizione di diritto nazionale obblighi una dipendente non inabile al lavoro ad accettare una retribuzione inferiore a quella che le spetterebbe, essendo questa una situazione che riguarda esclusivamente i lavoratori di sesso femminile.

All'udienza, il patrocinante della Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, che agiva in rappresentanza delle signore Høj Pedersen, Andresen e Pedersen, attrici rispettivamente nella prima, seconda e terza causa a qua, ha comunicato alla Corte di giustizia che le suddette controversie erano state sottoposte al consiglio nazionale dei medici legali, organo supremo specializzato in questioni mediche riguardanti i privati, il quale, successivamente alla proposizione della questione pregiudiziale, avrebbe accertato che le sue tre clienti erano state assenti dal lavoro per una causa connessa alla gravidanza, che poteva essere considerata alla stregua di una malattia.

21. I convenuti nelle cause a quibus sostengono che le dipendenti inabili al lavoro a causa di gravidanza non possono essere considerate in malattia e che per tale motivo i relativi diritti alla retribuzione non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 119 del Trattato. Poiché solo le donne potrebbero richiedere integrazioni retributive per le assenze dal lavoro dovute alla gravidanza, non potrebbe effettuarsi un raffronto con il diritto alla retribuzione degli uomini in una situazione corrispondente; non si potrebbe quindi parlare di discriminazione per quanto riguarda la retribuzione.

In subordine, essi aggiungono che il fatto che le attrici non abbiano diritto alla retribuzione piena è obiettivamente giustificato, in quanto la normativa danese persegue una ripartizione equa e adeguata dei rischi e degli oneri economici connessi alla gravidanza fra le lavoratrici, i datori di lavoro e la società; il fatto che le lavoratrici non abbiano diritto alla piena retribuzione in caso di gravidanza non costituirebbe una discriminazione, ma rispecchierebbe il fatto che, nell'ambito del mercato del lavoro, la gravidanza sarebbe una situazione straordinaria che non potrebbe essere posta totalmente a carico del datore di lavoro. Essi affermano inoltre che occorre considerare che la gravidanza costituisce uno stato che di solito la dipendente ha provocato intenzionalmente, e quindi le assenze dovute a tale stato non potrebbero essere equiparate a quelle dovute ad una malattia non provocata.

22. Il governo francese analizza la questione se la retribuzione percepita in caso di inabilità al lavoro causata dalla gravidanza costituisca retribuzione ai fini dell'art. 119, n. 2, del Trattato. Sia il tenore della disposizione sia la giurisprudenza della Corte conducono a una soluzione affermativa. Partendo dall'ipotesi che le indennità giornaliere percepite dalla lavoratrice gestante, la cui inabilità al lavoro sia causata dalla gravidanza, siano inferiori alla retribuzione che ella percepirebbe qualora l'inabilità al lavoro fosse riconducibile ad una malattia non connessa alla gravidanza, il governo francese conclude che la disparità di trattamento stabilita dalla normativa danese è contraria al principio della parità delle retribuzioni e che non sussiste alcuna circostanza oggettiva che giustifichi tale disparità di trattamento in pregiudizio delle lavoratrici gestanti.

23. Il governo del Regno Unito ritiene che si debba distinguere tra due situazioni: da un lato, l'assenza dal lavoro della donna durante il congedo di maternità previsto dalla legge nazionale; dall'altro, l'assenza al di fuori di tale periodo.

Se l'assenza avviene durante il congedo di maternità, momento nel quale normalmente si verificano i disturbi abituali della gravidanza e del parto, né l'art. 119 del Trattato né le direttive 75/117 e 76/207 garantirebbero alla donna il diritto alla piena retribuzione, né a una indennità di importo identico a quello della prestazione erogata per inabilità al lavoro, né a un livello determinato di retribuzione. L'unica preserizione che si ricaverebbe dalle succitate norme sarebbe che la retribuzione o la prestazione percepita dalla lavoratrice nel periodo in questione non sia talmente esiguo da impedirle di esercitare il diritto al congedo di maternità; tuttavia la quantificazione dell'importo che la donna deve percepire in tali circostanze rientrerebbe nella competenza del legislatore nazionale.

Per converso, la donna che si assenti dal lavoro per una malattia causata dalla gravidanza, al di fuori del periodo di congedo per maternità, dovrebbe ricevere il medesimo trattamento riservato a qualunque altro dipendente in situazione di inabilità al lavoro, sia esso uomo o donna.

Il governo del Regno Unito conclude che una disposizione nazionale in forza della quale una donna che si assenti dal lavoro in ragione di una malattia connessa alla gravidanza, al di fuori del congedo di maternità, percepisce una retribuzione inferiore a quella versata ad un uomo in stato di malattia, o a quella percepita da una donna la cui malattia non è connessa alla gravidanza, si pone in contrasto con l'art. 119 del Trattato e con le direttive 75/117 e 76/207.

24. La Commissione propone di dare una risposta congiunta alle ipotesi sub 1), 2) e 3) per varie ragioni, vale a dire, perché esse riguarderebbero tutte un'inabilità al lavoro certificata con dichiarazione medica, perché tale inabilità sarebbe riconducibile ad una malattia connessa alla gravidanza o da questa aggravata, perché lo Stato garantirebbe alle donne che si trovano in una delle suddette situazioni indennità giornaliere di importo identico a quello che spetterebbe loro in caso di assenza per malattia, e perché la legge sui lavoratori dipendenti esonerebbe il datore di lavoro dal versamento della retribuzione piena nei casi i cui l'inabilità al lavoro sia connessa alla gravidanza.

A questo riguardo, la Commissione afferma, innanzi tutto, che la retribuzione che il datore di lavoro corrisponde ad un dipendente in malattia, a norma dell'art. 5 della legge sui lavoratori dipendenti, o ad una dipendente incinta, a norma dell'art. 7 della medesima legge, rientra nella nozione di retribuzione di cui all'art. 119 del Trattato, quale risulta dall'interpretazione della Corte di giustizia. In secondo luogo, le ipotesi sub 1), 2) e 3) sarebbero comparabili a quelle nelle quali un lavoratore, indipendentemente dal sesso, deve interrompere la propria attività per causa di malattia. Posto che soltanto le donne possono rimanere incinte, l'art. 7, n. 2, della legge sui lavoratori dipendenti, obbligando il datore di lavoro a pagare soltanto la metà della retribuzione per un determinato periodo alle donne alle quali una malattia connessa alla gravidanza impedisca di lavorare, opererebbe una discriminazione diretta, consistente nell'applicare norme diverse a situazioni analoghe, e risulterebbe pertanto in contrasto con l'art. 119 del Trattato, anche nell'ipotesi in cui lo Stato corrisponda le indennità giornaliere, tenuto conto del fatto che l'art. 5 della medesima legge obbliga il datore di lavoro a corrispondere ai lavoratori, in caso di assenza per malattia, la retribuzione piena.

Riguardo alle ipotesi sub 4) e 5), la Commissione osserva che non si tratta di vera e propria inabilità al lavoro né di malattia certificata con dichiarazione medica, bensì di situazioni che potrebbero essere equiparate all'assenza dal lavoro della donna durante il congedo di maternità. Poiché la situazione di una lavoratrice non è in questi casi paragonabile a quella di un lavoratore in malattia, il fatto che alla donna venga negato il diritto alla retribuzione non costituirà una violazione della disposizione del disposto dell'art. 119 del Trattato.

Con riferimento all'ipotesi sub 6), la Commissione afferma, innanzi tutto, che la disposizione di cui all'art. 7, n. 2, della legge sui lavoratori disponibili, in forza della quale il datore di lavoro può licenziare una dipendente incinta anche se non sia inabile al lavoro, qualora ritenga di non poter continuare ad avvalersi della sua attività lavorativa, con l'unico obbligo di corrisponderle la

metà della retribuzione per un periodo limitato, opera una discriminazione diretta in materia di condizioni di lavoro, contraria agli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva 76/207; in secondo luogo, la Commissione sostiene che la succitata disposizione non può essere considerata come una norma volta alla tutela della donna in ragione della gravidanza o della maternità ai sensi dell'art. 2, n. 3, e che la decisione viene presa dal datore di lavoro unilateralmente e nel proprio interesse.

Infine, con riguardo alla direttiva 92/85, la Commissione rileva che le controversie di cui conosce il giudice a quo paiono anteriori alla trasposizione delle disposizioni delle suddetta direttiva nel diritto danese. Essa aggiunge che, in ogni caso, l'art. 7, n. 2, della legge sui lavoratori dipendenti, riconoscendo al datore di lavoro il diritto di decidere se continuare o no ad avvalersi dell'attività di una lavoratrice incinta durante la gravidanza di questa, è incompatibile con le disposizioni della suddetta direttiva.

Analisi della questione pregiudiziale

25. Prima di passare all'esame della questione pregiudiziale, è necessario porre in evidenza come il giudice nazionale, che ha sospeso la trattazione di quattro cause, abbia sottoposto una questione nella quale sono contemplate sei ipotesi. Desidero fare al riguardo alcune precisazioni:

1) Innanzi tutto, le ipotesi sub 4) e 5) non hanno alcuna relazione con le quattro controversie pendenti, giacché nessuna delle attrici si è trovata in una delle situazioni in esse descritte. Per tale ragione, proporrò alla Corte di valutare l'ammissibilità dei suddetti punti 4) e 5) della questione pregiudiziale.

2) In secondo luogo, la risposta relativa all'ipotesi sub 6), che corrisponde ai fatti oggetto della terza causa, deve essere formulata alla luce del principio della parità di trattamento per quanto riguarda l'accesso al lavoro e le condizioni di lavoro stabilito dalla direttiva 76/207, in quanto, a mio parere, il rifiuto di versare la retribuzione altro non è se non la conseguenza del rifiuto di avvalersi della prestazione lavorativa.

3) In terzo luogo, confrontando i fatti di cui alle altre tre cause con le ipotesi sub 1), 2) e 3), si osserva come le diagnosi rilasciate alle attrici coincidano con le ipotesi sub 2) e 3), ma non con l'ipotesi sub 1). Ciononostante ritengo, concordemente con la Commissione, che queste tre ipotesi possano e debbano ricevere una risposta congiunta, formulata alla luce del principio della parità delle retribuzioni quale sancito dall'art. 119 del Trattato e specificato dalla direttiva 75/117, una volta raggruppate in funzione delle caratteristiche

comuni, vale a dire il fatto che l'assenza della lavoratrice sia dovuta ad un'inabilità al lavoro attestata con certificato medico, che tale inabilità sia causata dalla gravidanza, che, per tale ragione, il datore di lavoro sia autorizzato a sospendere il pagamento della retribuzione e che, in caso di inabilità riconducibile ad una malattia non connessa alla gravidanza, il datore di lavoro sia tenuto a corrispondere la retribuzione piena.

Prenderò quindi in esame, nell'ordine, l'ammissibilità dei punti 4) e 5) della questione pregiudiziale, la risposta da dare ai punti 1), 2) e 3) e, infine, quella da dare al punto 6).

A — *Sull'ammissibilità dei punti 4) e 5) della questione pregiudiziale*

26. Queste due ipotesi corrispondono, rispettivamente, all'assenza della donna dal lavoro a causa dei disturbi abituali di una gravidanza dal decorso normale che non determinino inabilità al lavoro e all'assenza autorizzata da un parere medico, che prescriva un periodo di riposo non motivato dall'esistenza di un vero e proprio stato patologico o di rischi particolari per il feto. In entrambi i casi il datore di lavoro è esentato dall'obbligo di corrispondere la retribuzione e le dipendenti non hanno diritto alle indennità giornaliere a carico dello Stato.

27. Dall'ordinanza di rinvio emerge, tuttavia, che nessuna delle attrici nei quattro procedimenti a quibus ha avuto una gravidanza dal decorso normale e che a tutte è stato rilasciato un certificato medico nel quale le si dichiarava parzialmente o totalmente inabili al lavoro. Pertanto, nessuna delle attrici si è trovata nelle situazioni indicate dai suddetti punti.

Si tratta di ipotesi teoriche formulate dal giudice a quo, al fine di coprire tutte le possibilità considerate dalla circolare n. 191, che tuttavia non hanno alcuna relazione con le quattro cause a cui si fa riferimento nell'ordinanza di rinvio. Lo stesso giudice afferma infatti che le ipotesi sub 4) e 5) figuranti nella questione pregiudiziale corrispondono alla disposizione di cui al punto 175 della suddetta circolare, che prevede per l'appunto queste due situazioni.

28. Esiste una giurisprudenza ben consolidata in merito ai compiti attribuiti, rispettivamente, ai giudici nazionali e alla Corte di giustizia nell'ambito del procedimento di cooperazione previsto dall'art. 177 del Trattato, secondo la quale il giudice nazionale, che è l'unico ad avere conoscenza diretta dei fatti della causa, è nella situazione più idonea per valutare, tenuto conto delle peculiarità di questa, la necessità di una decisione pregiudiziale per poter emettere la sentenza, così come la pertinenza delle questioni sottoposte

alla Corte di giustizia [5], mentre a quest'ultima spetta, al fine di verificare la propria competenza, esaminare le condizioni in cui essa viene adita dal giudice nazionale. Lo spirito di collaborazione al quale dev'essere informato il funzionamento del rinvio pregiudiziale implica altresì che il giudice nazionale debba a sua volta tener presente la funzione di cui è investita la Corte, che è quella di contribuire all'amministrazione della giustizia negli Stati membri e non di esprimere pareri su questioni generali o ipotetiche [6].

29. In considerazione di tale funzione, la Corte ha ritenuto di non potersi pronunciare su una questione pregiudiziale sottoposta da un giudice nazionale quando l'interpretazione o la valutazione dell'efficacia di una norma comunitaria non abbia alcuna relazione con l'effettività o l'oggetto della causa principale [7], o quando sia stata chiamata a decidere in merito ad un problema di carattere ipotetico senza disporre degli elementi di fatto e di diritto necessari per risolvere in modo proficuo le questioni che le sono state sottoposte [8].

A tale riguardo, la Corte ha aggiunto che è indispensabile che il giudice nazionale chiarisca i motivi per i quali esso ritiene necessaria la soluzione delle questioni ai fini della definizione della controversia, per verificare se la richiesta interpretazione del diritto comunitario presenti una relazione con l'effettività e l'oggetto della controversia nella causa principale. Laddove risulti che la questione posta non è manifestamente pertinente per la soluzione di tale controversia, la Corte deve dichiarare il non luogo a provvedere [9].

30. Alla luce di tale giurisprudenza, e posto che nessuna delle attrici nelle cause pendenti avanti al giudice nazionale si è trovata nelle situazioni prospettate nei punti 4) e 5) della questione pregiudiziale — in quanto nessuna ha avuto una gravidanza dal decorso normale e tutte sono state dichiarate parzialmente o totalmente inabili al lavoro con certificato medico —, ritengo che una risposta della Corte, interpretativa del diritto comunitario applicabile alle suddette ipotesi, non sarebbe di alcuna utilità per il giudice nazionale al fine di risolvere le controversie di cui è chiamato a conoscere. Per tale ragione, propongo alla Corte di giustizia di dichiarare inammissibili i punti 4) e 5) della questione pregiudiziale.

B — *Sui punti 1), 2) e 3) della questione pregiudiziale*

31. Le ipotesi sub 1), 2) e 3) fanno riferimento alla disposizione contenuta nella prima frase dell'art. 7, n. 2, della legge danese

5 — Sentenze 29 novembre 1978, causa 83/78, Pigs Marketing Board (Racc. pag. 2347, punto 25); 28 novembre 1991, causa C-186/90, Durighello (Racc. pag. I-5773, punto 8); 16 luglio 1992, causa C-343/90, Lourenço Dias (Racc. pag. I-4673, punto 15).

6 — Sentenze 16 dicembre 1981, causa 244/80, Foglia (Racc. pag. 3045, punti 18 e 20); 3 febbraio 1983, causa 149/82, Robards (Racc. pag. 171, punto 19), e Lourenço Dias, citata supra alla nota 5, punto 17.

7 — Sentenze 16 giugno 1981, causa 126/80, Salonia (Racc. pag. 1563, punto 6); Durighello, citata supra alla nota 5, punto 9; 28 marzo 1996, causa C-129/94, Ruiz Bernáldez (Racc. pag. I-1829, punto 7), e 12 dicembre 1996, causa C-104/95, Kontogeorgas (Racc. pag. I-6643, punto 11).

8 — Sentenza 16 luglio 1992, causa C-83/91, Meilicke (Racc. pag. I-4871, punti 32 e 33 della motivazione).

9 — Sentenza Lourenço Dias, citata supra alla nota 5, punti 19 e 20.

sui lavoratori dipendenti, che stabilisce per l'inabilità al lavoro connessa alla gravidanza, certificata con dichiarazione medica, un trattamento meno favorevole. Si tratta della norma che ha consentito ai datori di lavoro delle attrici, signore Høj Pedersen (prima causa), Andresen (seconda causa) e Sørensen (quarta causa) — alle quali nel corso della gravidanza sono stati diagnosticati, rispettivamente, rilassamento dei legamenti sacroiliaci, *abortus imminens* e *hyperemesis gravidarum*, e che hanno dovuto cessare le loro attività lavorative — di sospendere il pagamento della retribuzione, invitando le interessate a richiedere l'erogazione delle indennità di maternità anticipate.

32. Dal modo in cui è formulata la questione pregiudiziale e dalla motivazione che la sorregge, deduco che il giudice nazionale desidera sapere, per queste tre ipotesi, se l'art. 119 del Trattato e la direttiva 75/117 ostino ad una disposizione nazionale la quale preveda che, qualora l'inabilità al lavoro di una donna incinta, attestata mediante certificato medico, sia connessa alla gravidanza, il datore di lavoro è tenuto a pagarle soltanto la metà della retribuzione durante un periodo massimo di cinque mesi compreso tra i tre mesi precedenti il parto e i tre mesi successivi a quest'ultimo, tenendo conto del fatto che, qualora si tratti invece di inabilità al lavoro non connessa alla gravidanza, il datore di lavoro deve corrispondere la piena retribuzione.

33. È' necessario fare una precisazione preliminare riguardo alla normativa comunitaria di cui si chiede l'interpretazione. L'ordinanza di rinvio richiama sia l'art. 119 del Trattato sia la direttiva 75/117. Ebbene, questa Corte ha affermato che la direttiva 75/117, il cui scopo è determinare le condizioni necessarie per attuare il principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, non incide affatto sul contenuto o sulla portata di detto principio, quale risulta dall'art. 119 del Trattato [10].

Pertanto, qualsiasi conclusione in ordine all'applicabilità alle ipotesi prospettate della nozione di retribuzione quale risulta dall'art. 119 del Trattato varrà allo stesso modo per la direttiva 75/117.

34. È' indubbio che il principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per lavori identici, sancito dall'art. 119 del Trattato, costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità [11]. Questo articolo fornisce una definizione ampia del concetto di retribuzione, dovendosi considerare come tale «(...) il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo». Tale definizione è stata integrata dalla giurisprudenza della Corte, che sin dal 1971 ha incluso in questa nozione le prestazioni

10 — Sentenze 11 marzo 1981, causa 69/80, Worringham e Humphreys (Racc. pag. 767, punto 21); 31 marzo 1981, causa 96/80, Jenkins (Racc. pag. 911, punto 22); 3 dicembre 1987, causa 192/85, Newstead (Racc. pag. 4753, punto 20), e 17 maggio 1990, causa C-262/88, Barber (Racc. pag. I-1889, punto 11).

11 — Sentenza 8 aprile 1976, causa 43/75, Defrenne (Racc. pag. 455, punto 12).

«attuali e future» [12] e nel 1990 ha aggiunto che le prestazioni corrisposte dal datore di lavoro ad un lavoratore in ragione del rapporto di lavoro sono comprese nel concetto di retribuzione «(...) a prescindere dal fatto che siano corrisposte in forza di un contratto di lavoro, di disposizioni di legge o volontariamente» [13].

Da quel momento, a titolo esemplificativo e senza pretese di esaustività, la Corte ha considerato rientranti nel concetto di retribuzione: le agevolazioni di viaggio attribuite da un'impresa di trasporti ferroviari ai propri dipendenti, ed estese ai familiari di questi, al momento della collocazione a riposo [14], le prestazioni corrisposte al lavoratore in occasione del licenziamento e le pensioni versate dai regimi professionali privati [15], la compensazione corrisposta da un datore di lavoro ai membri di una commissione interna di impresa sotto forma di congedo retribuito o di retribuzione per ore di straordinario, in occasione della partecipazione a corsi di formazione che impartiscono le cognizioni necessarie per l'attività nelle commissioni interne, anche se per la durata dei suddetti corsi essi non svolgono l'attività prevista dal contratto di lavoro [16], il diritto ad essere iscritto ad un regime pensionistico aziendale [17], la salvaguardia della retribuzione del lavoratore in caso di malattia [18] e la prestazione che il datore di lavoro corrisponde, in virtù della legge o di convenzioni collettive, ad una lavoratrice durante il congedo di maternità [19].

35. Il divieto di discriminazioni tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile, enunciato all'art. 119, osta ad una disciplina che consenta di versare una retribuzione diversa a seconda del sesso del lavoratore, ove si svolga lo stesso lavoro o un lavoro equivalente [20]. La Corte di giustizia ha riconosciuto che il primo comma dell'art. 119 del Trattato è direttamente applicabile, senza necessità di disposizioni d'attuazione di carattere comunitario o nazionale, a qualsiasi forma di discriminazione diretta e palese, che possa venir rilevata con l'ausilio dei soli criteri di identità del lavoro e parità di retribuzione indicati dal detto articolo [21].

36. A partire dalla sentenza di questa Corte nella causa Rinner-Kühn [22], la salvaguardia

12 — Sentenza 25 maggio 1971, causa 80/70, Defrenne (Racc. pag. 445, punto 6).

13 — Sentenza Barber, citata supra alla nota 10, punto 20.

14 — Sentenza 9 febbraio 1982, causa 12/81, Garland (Racc. pag. 359, punto 9).

15 — Sentenza Barber, citata supra alla nota 10, punti 20 e 30.

16 — Sentenze 4 giugno 1992, causa C-360/90, Bötel (Racc. pag. I-3589, punti 14 e 15), e 6 febbraio 1996, causa C-457/93, Lewark (Racc. pag. I-243, punto 23).

17 — Sentenze 13 maggio 1986, causa 170/84, Bilka (Racc. pag. 1607, punto 22); 28 settembre 1994, causa C-57/93, Vroege (Racc. pag. I-4541, punto 15), e causa Fisscher C-128/93 (Racc. pag. I-4583, punto 12).

18 — Sentenza 13 luglio 1989, causa 171/88, Rinner-Kühn (Racc. pag. 2743, punto 7).

19 — Sentenza 13 febbraio 1996, causa C-342/93, Gillespie e a. (Racc. pag. I-475, punto 14).

20 — Loc. cit., punto 15.

21 — Sentenze Defrenne, citata supra alla nota 11, punto 18; 27 marzo 1980, causa 129/79, Macarthys (Racc. pag. 1275, punto 10), e Worringham e Humphreys, punto 23, e Jenkins, punto 17, citate supra alla nota 10.

22 — Citata supra alla nota 18. Si trattava della legge tedesca sulla salvaguardia della retribuzione in caso di malattia, ai sensi della quale il datore di lavoro deve continuare a corrispondere al lavoratore il quale, dopo l'entrata in servizio, sia nell'impossibilità di lavorare per inabilità al lavoro, senza propria colpa, la retribuzione durante il periodo di inabilità al lavoro, fino ad un massimo di sei settimane, una parte della quale viene rimborsata dagli enti previdenziali ai datori di lavoro che non abbiano più di venti dipendenti.

della retribuzione del lavoratore durante l'assenza per malattia rientra senza alcun dubbio nella nozione di retribuzione di cui all'art. 119 del Trattato. Si tratta ora di esaminare se anche la salvaguardia della retribuzione di una lavoratrice gestante, la cui inabilità al lavoro è dovuta alla gravidanza, rientri in tale nozione.

37. Ai sensi della disposizione danese controversa, l'obbligo retributivo del datore di lavoro è limitato al pagamento di metà della retribuzione durante un periodo massimo di cinque mesi compreso tra i tre mesi precedenti il parto e i primi tre mesi successivi a quest'ultimo. Alla luce della definizione di retribuzione di cui all'art. 119, emerge che si tratta di una parte di retribuzione che il datore di lavoro versa direttamente al dipendente in ragione del rapporto di lavoro ed in virtù di una disposizione di legge. Ritengo inoltre che la salvaguardia della retribuzione rientri, in questo caso, nella suddetta nozione di retribuzione. La questione da risolvere è quindi limitata al punto se una donna incinta, la cui inabilità al lavoro sia causata dalla gravidanza, abbia diritto al medesimo trattamento retributivo spettante ad un uomo che sia temporaneamente inabile al lavoro a causa di malattia.

38. Questa Corte si è pronunciata in varie occasioni sull'applicazione del principio di parità di trattamento tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile allorché sono in discussione i diritti delle lavoratrici gestanti. Tuttavia, sino ad ora tutte le cause hanno riguardato l'accesso al lavoro e le condizioni di lavoro, quali sono regolati dalla direttiva 76/207 [23].

39. D'altra parte, nella sentenza *Gillespie* [24], la Corte ha ritenuto che il principio della parità delle retribuzioni era applicabile alla prestazione erogata alla lavoratrice in congedo di maternità. In quella sentenza la Corte ha affermato che «(...) le donne che fruiscono di un congedo di maternità previsto dalla normativa nazionale si trovano in una situazione specifica che implica che venga loro concessa una tutela speciale, ma che non può venir assimilata a quella di un lavoratore maschio né a quella di una donna effettivamente presente sul posto di lavoro» e che, non essendo la direttiva 92/85 applicabile *ratione temporis* alle circostanze della causa principale, «(...) né l'art. 119 del Trattato CEE né l'art. 1 della direttiva 75/117 prescrivevano l'obbligo di conservare la retribuzione integrale delle lavoratrici durante il loro congedo di maternità» [25].

40. Prendendo le mosse da questa interpretazione è chiaro che, durante il congedo di maternità, le attrici non potevano basarsi né sull'art. 119 del Trattato né sulla direttiva 75/117 per rivendicare il diritto alla

23 — Si tratta delle sentenze 8 novembre 1990, causa C-177/88, Dekker (Racc. pag. I-3941); 5 maggio 1994, causa C-421/92, Habermann-Beltermann (Racc. pag. I-1657); 14 luglio 1994, causa C-32/93, Webb (Racc. pag. I-3567), e 29 maggio 1997, causa C-400/95, Larsson (Racc. pag. I-2757).

24 — Citata supra alla nota 19.

25 — Loc. cit., punti 17, 19 e 20.

retribuzione integrale, in quanto la situazione specifica in cui si trovavano in quel momento non poteva essere equiparata a quella di un uomo effettivamente presente sul posto di lavoro.

41. Il problema che si pone è se si debba ritenere che l'inabilità al lavoro della donna incinta causata dalla gravidanza debba essere equiparata ad un congedo per maternità «anticipato», anche se nemmeno in questo caso si potrebbero invocare le disposizioni sopra citate per far valere il diritto alla retribuzione integrale.

A mio parere, la risposta deve essere negativa, per diverse ragioni: innanzi tutto perché la durata del congedo di maternità è stabilita a priori ed è indipendente dal tempo effettivamente necessario all'interessata per rimettersi dal parto, mentre la durata dell'inabilità al lavoro della donna incinta, causata dalla gravidanza, è unicamente funzione del tempo ritenuto necessario per il ristabilimento della lavoratrice; in secondo luogo, perché per beneficiare del congedo di maternità non si richiede che la donna sia in malattia, mentre per la donna incinta l'esistenza di un grave problema di salute è *conditio sine qua non* per il rilascio del certificato medico di inabilità al lavoro, e, infine, perché durante il congedo di maternità la donna non solo è esentata dal lavoro, ma anche da qualsiasi altra obbligazione derivantele dal contratto di lavoro, mentre la donna incinta dichiarata inabile al lavoro, indipendentemente dall'origine di tale inabilità, è tenuta a contribuire alla propria guarigione sottoponendosi al trattamento terapeutico prescritto dal medico.

42. Tuttavia, occorre chiedersi in che cosa, durante la gravidanza e prima dell'inizio del congedo di maternità, l'inabilità al lavoro di una donna causata dalla gravidanza si differenzi dall'inabilità di un uomo causata da una malattia.

Devo riconoscere che, confrontando le due situazioni, non vedo alcuna differenza tra l'inabilità al lavoro della donna incinta causata dalla gravidanza e quella di un uomo causata da una malattia. In effetti, tanto la prima quanto il secondo sono affetti da una malattia la cui esistenza è attestata da un certificato medico; entrambi sono temporaneamente inabili a svolgere le proprie mansioni per causa di malattia e, mentre si trovano in situazione di inabilità al lavoro, esiste la ragionevole aspettativa che sia la donna il cui stato di salute è alterato dalla gravidanza sia l'uomo in malattia si ristabiliscano e vengano reintegrati nel loro posto di lavoro, e che il periodo di inabilità termini normalmente con l'avvenuta guarigione del lavoratore in seguito alla cura.

43. In conclusione, dal punto di vista dei suoi diritti e obblighi, una donna incinta che si trova in una situazione di inabilità al lavoro causata dalla gravidanza, attestata con certificato medico, si trova in una posizione

del tutto diversa da quella della donna che usufruisce del congedo di maternità e sostanzialmente identica, invece, a quella dell'uomo inabile al lavoro a causa di malattia.

44. Tuttavia, la normativa nazionale controversa stabilisce una differenza di trattamento retributivo sulla base della causa della malattia e, in pratica, i diritti alla retribuzione della donna incinta, in situazione di inabilità al lavoro, saranno inferiori o uguali a quelli riconosciuti ad un uomo in malattia, a seconda che la malattia della lavoratrice sia o meno connessa alla gravidanza. Trattandosi di un criterio di distinzione che tiene conto di una circostanza che, per definizione, è riferibile alle sole donne, esso costituisce una discriminazione diretta basata sul sesso, contraria all'art. 119 del Trattato e quindi del tutto ingiustificabile.

45. Per tali ragioni, propongo che ai punti 1), 2) e 3) della questione pregiudiziale si risponda che il principio della parità della retribuzione, sancito dall'art. 119 del Trattato e specificato dall'art. 1 della direttiva 75/117, osta a una normativa nazionale che imponga ai datori di lavoro di versare alle lavoratrici gestanti, la cui inabilità al lavoro, certificata mediante dichiarazione medica, sia connessa alla gravidanza, soltanto la metà della retribuzione durante un periodo massimo di cinque mesi compreso tra i tre mesi precedenti il parto e i primi tre mesi successivi a quest'ultimo, tenendo conto del fatto che, laddove si tratti invece di un'inabilità al lavoro non connessa alla gravidanza, il datore di lavoro è tenuto a versare la retribuzione integrale.

C — *Sull'ipotesi di cui al punto 6) della questione pregiudiziale*

46. Ritengo che il giudice nazionale, formulando questa ipotesi, intenda accertare se il 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, sancito dalla direttiva 76/207, osti ad una disposizione nazionale del tenore della seconda frase dell'art. 7, n. 2, della legge sui lavoratori dipendenti, in forza della quale il datore di lavoro sia tenuto, in caso di gravidanza di una dipendente, a pagarle la metà della retribuzione per un periodo massimo di cinque mesi compreso tra i tre mesi precedenti il parto e i tre mesi successivi a quest'ultimo, qualora ritenga, sebbene la dipendente non sia inabile al lavoro, di non poter continuare ad avvalersi della sua attività lavorativa.

In base a tale disposizione, la signora Pedersen, attrice nella terza causa a qua, che ha lavorato dal 1° settembre 1981 presso lo studio dentistico del dott. Rasmussen e che era stata dichiarata parzialmente inabile al lavoro con certificato medico del 4 febbraio 1994 a causa di minaccia di aborto (*abortus imminens*), con parto previsto per il 5 giugno, è stata sospesa dal lavoro e dal pagamento della retribuzione, non avendo il datore di lavoro accolto la sua richiesta di lavorare a tempo parziale.

Come già rilevato al punto 2) del paragrafo 25, nonostante vi sia anche in questo caso un rifiuto da parte del datore di lavoro di versare la retribuzione alla lavoratrice, ritengo che questa ipotesi non possa trovare soluzione applicando il principio della parità della retribuzione, ma che debba invece essere esaminata alla luce delle disposizioni della direttiva 76/207, poiché il rifiuto di versare la retribuzione è solo la conseguenza del rifiuto di avvalersi dell'attività lavorativa.

47. Il giudice a quo afferma nell'ordinanza di rinvio che, alla luce delle disposizioni della legge sui lavoratori dipendenti, la decisione se avvalersi o meno dell'attività lavorativa di una dipendente incinta è lasciata alla discrezionalità del datore di lavoro. Egli osserva che le ragioni sottese a tale disposizione consistono nel fatto che verosimilmente il datore di lavoro, tenendo conto del tipo di impiego, può esigere una capacità lavorativa tale da giustificare che la dipendente cessi la sua attività in un momento anteriore ai tre mesi prima del parto e che il datore di lavoro deve poter dimostrare che il congedo della dipendente di cui trattasi è necessario, senza che vi sia peraltro chiarezza sui requisiti di tale dimostrazione.

48. Il principio della parità di trattamento stabilito dalla direttiva 76/207 non pregiudica, secondo il disposto dell'art. 2, n. 3, le disposizioni relative alla protezione della donna, in particolare per quanto riguarda la gravidanza e la maternità. Questa disposizione costituisce il fondamento giuridico delle misure di protezione adottate dagli Stati membri, quali la concessione alle sole donne di un congedo di maternità.

Al riguardo la Corte ha ritenuto che, riservando agli Stati membri il diritto di mantenere in vigore o di istituire norme destinate a proteggere la donna per quel che riguarda la gravidanza e la maternità, l'art. 2, n. 3, della direttiva 76/207 riconosce la legittimità, in relazione al principio di parità, da un lato, della protezione della condizione biologica della donna durante e dopo la gravidanza, e, dall'altro, della protezione delle particolari relazioni tra la donna e il bambino, durante il periodo successivo alla gravidanza ed al parto [26].

Pertanto le misure di protezione, per rientrare nell'ambito di applicazione di questa eccezione, devono essere volte direttamente a proteggere la donna che si trovi in una delle suddette situazioni.

49. Ebbene, la disposizione danese controversa, che rimette alla discrezionalità del datore di lavoro la decisione se continuare o meno ad avvalersi delle prestazioni lavorative di una dipendente incinta, per il solo fatto che essa si trova in tale condizione — e posto che non si richiede che la dipendente sia stata dichiarata inabile al lavoro —, non può rientrare nell'ambito di applicazione dell'eccezione di cui all'art. 2, n. 3, della direttiva 76/207 in quanto, invece di tutelare la donna incinta, prevede la possibilità di sospenderla temporaneamente dal lavoro a mera scelta discrezionale del datore di lavoro.

26 — Sentenza 12 luglio 1984, causa 184/83, Hofmann (Racc. pag. 3047, punto 25).

Occorre quindi esaminare la suddetta norma alla luce delle altre disposizioni della direttiva, che prescrivono una rigorosa parità di trattamento tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, e specificamente dell'art. 5, n. 1, a norma del quale 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.

50. Conformemente alla costante giurisprudenza della Corte, «(...) una discriminazione può consistere solo nell'applicazione di norme diverse a situazioni analoghe ovvero nell'applicazione della stessa norma a situazioni diverse» [27]. La Corte ha ritenuto che tanto il rifiuto di assumere una donna incinta [28] quanto il licenziamento di una lavoratrice a motivo della sua gravidanza [29] costituiscono discriminazioni dirette basate sul sesso.

51. La disposizione danese controversa concede al datore di lavoro la possibilità di rinunciare temporaneamente alle prestazioni lavorative di una lavoratrice incinta, a prescindere dal fatto che questa non sia inabile al lavoro, quando ritenga di non potersene avvalere. Tale possibilità non si presenta, tuttavia, nel caso di un lavoratore di sesso maschile che non sia stato dichiarato inabile al lavoro e, essendo l'una e l'altro in grado di lavorare, si potrà rinunciare soltanto alle prestazioni lavorative della donna incinta.

Di conseguenza, una disposizione nazionale siffatta, che introduce una disparità di trattamento tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile che non si sono assentati dal lavoro per ragioni mediche e si trovano pertanto in condizione di poter lavorare, adottando come criterio discriminante uno stato in cui possono trovarsi soltanto le donne, stabilisce una discriminazione diretta basata sul sesso, contraria all'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207.

52. Per le ragioni sopra esposte, ritengo che al punto 6) della questione pregiudiziale si debba rispondere che il principio della parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le condizioni inerenti al licenziamento, sancito dall'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207, osta ad una normativa nazionale che, prima del momento del parto di una dipendente che non è stata dichiarata inabile al lavoro, rimetta alla discrezionalità del datore di lavoro la decisione se avvalersi o meno delle prestazioni di questa, con l'unico obbligo di pagarle la metà della retribuzione per un periodo non superiore a cinque mesi compreso tra i tre mesi precedenti il parto e i tre mesi successivi a quest'ultimo.

27 — Sentenza 14 febbraio 1995, causa C-279/93, Schumacker (Racc. pag. I-225, punto 30).

28 — Sentenza Dekker, citata supra alla nota 23.

29 — Sentenze Habermann-Beltermann e Webb, citate supra alla nota 23.

Conclusioni

In ragione delle considerazioni sopra svolte, propongo alla Corte di giustizia di:

1) dichiarare inammissibili i punti 4) e 5) della questione pregiudiziale sottoposta dal Sø- og Handelsret;

2) rispondere ai punti 1), 2), 3) e 6) della medesima questione nel modo seguente:

«a) Il principio della parità delle retribuzioni, sancito dall'art. 119 del Trattato e specificato dall'art. 1 della direttiva del Consiglio 10 febbraio 1975, 75/117/CEE, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, osta ad una disposizione nazionale la quale obblighi il datore di lavoro a pagare ad una lavoratrice incinta, la cui inabilità al lavoro, attestata con certificato medico, sia connessa alla gravidanza, soltanto la metà della retribuzione durante un periodo massimo di cinque mesi compreso tra i tre mesi precedenti il parto e i primi tre mesi successivi a quest'ultimo, mentre in caso di inabilità al lavoro non connessa alla gravidanza il datore di lavoro sia tenuto a versare la retribuzione integrale.

b) 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, osta ad una disposizione nazionale la quale rimetta alla discrezionalità del datore di lavoro, prima del parto di una dipendente che non è stata dichiarata inabile al lavoro, la decisione se continuare o meno ad avvalersi delle prestazioni lavorative di questa, con il solo obbligo di pagarle la metà della retribuzione durante un periodo non superiore a cinque mesi compreso fra i tre mesi precedenti il parto e i tre mesi successivi a quest'ultimo».