CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE MARCO DARMON

presentate il 14 novembre 1989 *

Signor Presidente,
Signori Giudici,

1. Con due gruppi di questioni pregiudiziali, lo *Hoge Raad* dei Paesi Bassi e lo *Højesteret* della Danimarca vi invitano ad effettuare un esame di insieme sulla maternità e sul posto che è opportuno attribuirle, sotto il profilo del principio comunitario della parità di trattamento fra i lavoratori dei due sessi, nella vita economica e sociale dell'attuale società europea.

2. Gli antefatti della causa C-177/88 si possono riassumere come segue. Nel giugno 1981 la sig.ra Dekker si candidava ad un posto di educatore presso il centro di formazione per giovani Plus di Wormer nei Paesi Bassi (in prosieguo: il « centro di formazione »). Il 15 giugno 1981, ella informava la commissione esaminatrice di essere incinta di tre mesi. La stessa commissione proponeva la sig.ra Dekker alla direzione del centro come la candidata più idonea a svolgere le mansioni in questione. Tuttavia, il 10 luglio 1981, la sig.ra Dekker riceveva una lettera del centro nella quale veniva avvisata che l'amministrazione aveva deciso di soprassedere all'assunzione in quanto, dopo aver consultato il fondo d'assicurazione contro i rischi inerenti alle prestazioni sociali dell'insegnamento speciale (*Risicofonds Sociale Voorzieningen Bijzonder Onderwijs*, in prosieguo: il « Risicofonds »), era stata informata che non le sarebbero state rimborsate le indennità giornaliere da corrispondersi in caso di maternità e che non avrebbe quindi potuto assumere un supplente durante il congedo di maternità.

3. Infatti, gli impiegati del centro di formazione non sono soggetti alla legge generale sull'assicurazione contro le malattie (la *Ziektewet*), in quanto il loro rapporto è disciplinato contemporaneamente da un decreto reale del 19 dicembre 1967 [1] (in prosieguo: il « decreto ») e da un regolamento in materia d'indennità giornaliere di malattia (lo *Ziekengeldreglement*) (in prosieguo: il « regolamento »), che può contemplare disposizioni derogatorie. Tuttavia i diritti conferiti ai lavoratori da questa disciplina non devono essere minori di quelli che scaturirebbero a loro vantaggio dall'applicazione del decreto [2]. Orbene l'art. 3, primo comma, del decreto assimila ad un impedimento a svolgere un'attività lavorativa per causa di malattia l'impedimento costituito dalla gravidanza e dal puerperio. D'altro canto il regolamento dispone all'art. 6 che « la direzione (del Risicofonds) ha facoltà di rifiutare integralmente o parzialmente il versamento delle indennità giornaliere di malattia ad un affiliato nel caso in cui un assicurato venga colpito da incapacità di svolgere le proprie mansioni nei sei mesi successivi all'entrata in vigore dell'assicurazione, se al momento di detta entrata in vigore lo stato di salute dell'interessato lasciava chiaramente prevedere il verificarsi di detta incapacità nei sei mesi successivi ». In questo caso il datore di lavoro, che deve versare le indennità giornaliere [3] ai dipendenti durante il congedo di malattia, salva restando la sua

* Lingua originale: il francese.

1 — *Staatsblad* n. 683 adottato in virtù dell'*Algemene Burgerlijke Pensioenwet*, (legge generale sulle pensioni civili di vecchiaia dei pubblici dipendenti).

2 — Art. 14 del regio decreto.

3 — Stipendio non decurtato durante diciotto mesi, in seguito ridotto all'80%: art. 4 dello *Ziekengeldreglement*.

facoltà di chiedere un rimborso al Risicofonds, non ottiene alcun rimborso da parte di quest'ultimo e il versamento delle indennità va interamente a suo carico.

4. È assodato che, anche se il Risicofonds poteva discrezionalmente accettare o rifiutare di accollarsi le indennità giornaliere che il centro di formazione avrebbe dovuto corrispondere alla sig.ra Dekker durante il congedo di maternità, aveva già rifiutato in precedenza di accollarsi quest'onere in circostanze simili. Il provvedimento di rinvio pregiudiziale rileva d'altro canto che il centro non ha, a quanto pare, commesso illecito dando per scontato, qualora avesse assunto la sig. ra Dekker, che il Risicofonds avrebbe rifiutato il rimborso delle indennità giornaliere che l'istituto avrebbe dovuto versare alla dipendente.

5. I due primi giudici (l'*Arrondissementsrechtbank* di Haarlem ed il *Gerechtshof* di Amsterdam) hanno l'uno dopo l'altro ritenuto che il rifiuto d'assunzione opposto dal centro di formazione fosse incompatibile con la legge olandese sulla parità di trattamento tra i due sessi [4] destinata a conformare il diritto olandese alle disposizioni della direttiva del Consiglio 76/207/CEE [5] (in prosieguo: la « direttiva »). Questi giudici sembrano tuttavia aver ritenuto che le difficoltà finanziarie che avrebbe incontrato il centro di formazione assumendo la sig. ra Dekker rappresentavano un motivo di deroga che privava il rifiuto d'assunzione di qualsiasi carattere illecito.

4 — *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen* del 1° marzo 1980, che inserisce un nuovo articolo 1637ij nel *Burgerlijk Wetboek* (Stbl. 1980, n. 86).

5 — 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).

6. Investito dalla controversia, lo *Hoge Raad* vi ha sottoposto quattro questioni pregiudiziali che mirano in sostanza ad ottenere l'interpretazione degli artt. 2 e 3 della direttiva per determinare, da un lato, la liceità di un rifiuto d'assunzione per causa di gravidanza sotto il profilo del principio della parità di trattamento in materia d'accesso all'impiego e, d'altro canto, le conseguenze di un'eventuale infrazione al principio comunitario sotto il profilo delle norme di diritto nazionale in materia di responsabilità civile.

7. La soluzione della presente controversia presuppone tuttavia che vengano preventivamente superate alcune difficoltà che la Commissione ha rilevato nelle sue osservazioni scritte. In sostanza questa ritiene che la direttiva non sia stata trasposta correttamente nel diritto olandese poiché vi è una legge frutto della « trasposizione », ma nel diritto nazionale di questo Stato membro sussistono ancora disposizioni regolamentari contraddittorie. Di conseguenza, tenuto conto della vostra sentenza Marshall [6], si dovrebbe sollevare il quesito se al centro di formazione possano effettivamente venir opposte le disposizioni della direttiva, tenuto conto dell'insussistenza di effetti « orizzontali » [7].

8. Incontriamo qui una delle difficoltà che inevitabilmente insorgono vista l'ambiguità della situazione del diritto nazionale sul quale verte la presente causa. Infatti, la coesistenza della legge olandese in materia di parità di trattamento fra i due sessi per quanto riguarda l'accesso all'impiego e del regio decreto, il cui art. 3, assimilando la maternità alla malattia potrebbe per l'appunto essere incompatibile con la direttiva, determina per i singoli, secondo l'espressione da voi usata nella sentenza Commissione/Francia,

6 — Sentenza 26 febbraio 1986 (causa 152/84, Racc. pag. 723).

7 — Osservazioni scritte della Commissione, pagg. 14 e 15 della versione francese.

« con il mantenere uno stato di incertezza circa la possibilità di far appello al diritto comunitario, una situazione di fatto ambigua per gli interessati » [8].

9. Un siffatto conflitto di norme di diritto interno di valore diverso mi pare possa giustificare, se del caso, un'azione di inadempimento da parte della Commissione conformemente alla vostra giurisprudenza summenzionata. Se si intende concepire in modo unitario la nozione di trasposizione erronea, si deve quindi considerare che la semplice esistenza di una norma regolamentare specifica, incompatibile con una legge più generale che ha trasposto una direttiva, induce a dichiarare che la direttiva non è stata correttamente trasposta. Indubbiamente se la Corte ha precisato, nella sentenza Kolpinghuis Nijmegen che:

« il problema di sapere se le disposizioni di una direttiva possono essere fatte valere, come tali, dinanzi ad un giudice nazionale si pone solo qualora lo Stato membro di cui trattasi non abbia attuato entro i termini la direttiva e non l'abbia attuata correttamente » [9],

non ha mai definito la nozione di trasposizione erronea. Comunque sia siffatta nozione non potrebbe venir definita diversamente a seconda che la Corte sia investita di un ricorso per inosservanza oppure debba risolvere una questione pregiudiziale.

10. Ritenendo che nella fattispecie vi sia stata trasposizione erronea, la Commissione ne trae la conseguenza che, conformemente alla sentenza Marshall, la direttiva può venir invocata solo nei confronti dello Stato e degli enti che sono la sua longa manus. Siffatta deduzione mi pare però si fondi su un'inversione dei fattori. Infatti la Corte ha già sottolineato come rappresenti una garanzia minima il diritto conferito agli amministrati di far valere dinanzi al giudice una direttiva nei confronti di uno Stato membro carente [10]. La vostra giurisprudenza comunemente definita dell'« efficacia immediata delle direttive » è solo un'ultima ratio destinata a palliare nei limiti del possibile la mancanza di trasposizione oppure una trasposizione erronea di una direttiva. Di conseguenza, se una diversa tecnica del diritto comunitario consente di far spiegare tutto il suo effetto all'art. 189, terzo comma, del Trattato, si deve anzitutto ricorrere a questo mezzo prima di esaminare la questione di un'eventuale « efficacia diretta ».

11. Orbene la vostra giurisprudenza, circa l'*interpretazione del diritto nazionale* conformemente alle prescrizioni del diritto comunitario, mi pare particolarmente adatta a una situazione come quella della fattispecie. Infatti, come ha diverse volte ricordato la Corte,

« nell'applicare il diritto nazionale e in particolare la legge nazionale espressamente emanata per l'attuazione della direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto interno alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato contemplato dall'art. 189, terzo comma » [11].

e ciò indipendentemente dal fatto che sia scaduto o meno il termine fissato per la trasposizione della direttiva [12].

8 — Sentenza 4 aprile 1974, Commissione/Francia, punto 41 della motivazione (causa 167/73, Racc. pag. 359).

9 — Sentenza 8 ottobre 1987, punto 15 della motivazione (causa 80/86, Racc. pag. 3969).

10 — Sentenza 6 maggio 1980, Commissione/Belgio, punto 12 della motivazione (causa 102/79, Racc. pag. 1473).

11 — Sentenza 80/86, già citata, punto 12 della motivazione; v. anche sentenza 10 aprile 1984, Von Colson (causa 14/83, Racc. pag. 1891); sentenza 4 febbraio 1988, Murphy (causa 157/86, Racc. pag. 673).

12 — Sentenza 80/86, già citata, punto 15 della motivazione.

12. Siffatta invocabilità non è limitata nei confronti degli Stati membri e degli enti che in un senso più o meno ampio ne rappresentano la longa manus, poiché la norma giuridica di cui si fa applicazione rimane la legge nazionale, in un certo senso chiarita da un'interpretazione ormai conforme al diritto comunitario [13].

13. In altri termini, se uno Stato membro non ha correttamente trasposto una direttiva, nonostante l'adozione di una norma di « trasposizione », ma ha lasciato in vigore altre norme di diritto nazionale di orientamento opposto, ciò non toglie che il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto, specie le disposizioni della legge « traspositiva », in modo conforme alle prescrizioni della direttiva.

14. Nella sentenza Mazzalai avete d'altro canto disatteso un'eccezione di incompetenza avanzata dal governo di uno Stato membro dichiarando che:

« a norma dell'art. 177, la Corte è competente a statuire, in via pregiudiziale, sull'interpretazione degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie, indipendentemente dal fatto che essi abbiano o meno efficacia diretta » [14].

15. È opportuno osservare che la mie conclusioni portano — ma questa è una conseguenza della vostra giurisprudenza — ad una distinzione che poche volte è stata sottolineata, tra l'invocabilità di una direttiva, in caso di insussistenza di norme nazionali che consentano di perseguire i suoi obiettivi, per fruire direttamente dell'*applicazione delle sue disposizioni* (teoria detta dell'« effetto diretto » [15]) e l'invocabilità di una direttiva al solo scopo di far *interpretare il diritto nazionale* e in particolare le norme interne destinate a trasporre la norma comunitaria (teoria detta dell'« interpretazione conforme »). Mentre la prima è limitata alle sole disposizioni delle direttive sufficientemente precise e tassative e non può, secondo la vostra giurisprudenza, estendersi alla disciplina dei rapporti fra singoli, la seconda è molto generale, *indipendentemente dall'effetto, diretto o meno,* della direttiva ed indipendentemente dalle parti interessate.

16. La questione pregiudiziale va quindi intesa nel senso che è limitata all'interpretazione della direttiva e la sua redazione ambigua non può venire intesa nel senso che il giudice a quo abbia voluto sottoporvi la questione dell'efficacia diretta.

17. L'interpretazione che il giudice a quo dovrà dare delle norme di legge olandesi applicabili nella fattispecie dipende quindi dal modo in cui interpreterete la direttiva in questione.

18. Gli antefatti della causa C-179/88 potranno essere scorsi più rapidamente. La sig.ra Hertz è stata assunta il 15 luglio 1982 come dipendente della Aldi Marked. Essa ha partorito un figlio nel giugno 1983 ed ha ripreso la sua attività alla scadenza del congedo di maternità. Dal giugno 1984 al giugno 1985 è stata assente per congedo di ma-

13 — V., su questo punto, Galmot, Yves, e Bonichot, Jean-Claude: « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national » in *Revue française de droit administratif,* gennaio-febbraio 1988, ove si dichiara: « Il sistema di interpretazione conforme al diritto comunitario consente quindi di conferire alle direttive il loro pieno effetto nell'ipotesi per l'appunto in cui non sussistano le condizioni prescritte affinché vengano direttamente applicate nell'ordinamento interno ».

14 — Sentenza 20 maggio 1976, punto 7 della motivazione (causa 111/75, Racc. pag. 657).

15 — V. le riserve di Pierre Pescatore sull'espressione in « L'effet des directives communautaires: une tentative de démythification », Dalloz Sirey, 1980, *Chronique XXV,* pag. 171.

lattia durante cento giorni lavorativi. Con lettera del 27 giugno 1985 le è stato mandato un preavviso di licenziamento a causa delle sue reiterate assenze per malattia.

19. Secondo l'ordinanza del giudice di rinvio, è pacifico che i congedi di malattia della sig. ra Hertz tra il giugno 1984 e il giugno 1985 sono da ricollegare al parto.

20. Lo *Højesteret* della Danimarca, investito dalla causa, vi ha sottoposto due questioni pregiudiziali che miravano in sostanza a far stabilire, da un lato, se le disposizioni della direttiva e in particolare l'art. 5 vadano interpretate nel senso che vietano il licenziamento di una donna in ragione di una malattia conseguente alla gravidanza e al puerperio, dall'altro, in caso di soluzione affermativa, se questo divieto sia o meno limitato nel tempo.

21. Come ho già lasciato intendere, in queste due cause vertenti su questioni di principio la Corte è chiamata a stabilire quale spazio vada riservato nella nostra società europea alla maternità.

22. Per molto tempo la vita economica, settore riservato agli uomini, non è stata obbligata a tener conto delle differenze fisiologiche tra i due sessi. Ma oggi è diverso. Si deve quindi operare la difficile conciliazione fra le esigenze della vita professionale e quelle della maternità.

23. Sollevare il problema significa talvolta risolverlo. Vi è un evento più connesso alle particolari caratteristiche della donna? È possibile riconoscere la parità di trattamento tra i lavoratori dei due sessi senza tener conto della maternità?

24. Questa esigenza non è d'altronde sfuggita al legislatore danese poiché, mentre la direttiva all'art. 2, n. 1, contempla « qualsiasi discriminazione fondata sul sesso (...) in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia », le leggi danesi n. 161 e n. 162 del 12 aprile 1978 sulla parità di trattamento fra uomini e donne in materia di impiego contemplano le discriminazioni « in relazione particolarmente alla *gravidanza* o allo stato matrimoniale o di famiglia » [16].

25. Di conseguenza nella causa Dekker mi pare che un diniego di assunzione data l'imminente maternità, dal momento che tiene conto di un evento che può riguardare solo le dipendenti di sesso femminile, costituisca una discriminazione *diretta* fondata sul sesso. Non mi pare possibile infatti applicare in questa sede la vostra giurisprudenza Jenkins [17], Bilka [18] e Rinner-Kühn [19] in materia di discriminazioni indirette, che ha sempre trovato motivo di applicazione solo allorché sussistevano elementi che potevano in astratto riguardare i due sessi — ad esempio la qualità di lavoratore ad orario ridotto —, ma che si rivelavano in concreto nella maggior parte dei casi legati alla situazione della donna piuttosto che a quella dell'uomo. La maternità — perdonatemi se sono lapalissiano — è di stretta competenza femminile; sbandierarla come giustificazione per rifiutare l'assunzione è quindi di per sé una discriminazione diretta fondata sul sesso.

16 — Il corsivo è mio.
17 — Sentenza 31 marzo 1981 (causa 96/80, Racc. pag. 911).
18 — Sentenza 13 maggio 1986 (causa 170/84, Racc. pag. 1607).
19 — Sentenza 13 luglio 1989 (causa 171/88, Racc. pag. 2743).

26. Invano si sosterrebbe che siffatta posizione potrebbe solo rientrare nella sfera dell'art. 2, n. 3, della direttiva, che stabilisce che quest'ultima « non pregiudica le disposizioni relative alla protezione della donna, in particolare per quanto riguarda la gravidanza e la maternità ». Questo articolo mira solo a consentire agli Stati membri di adottare provvedimenti incompatibili con il pricipio della parità di trattamento in modo da accordare una tutela particolare alle lavoratrici, ad esempio riservando loro il godimento di taluni diritti. In altri termini, si tratta in particolare dell'istituto conosciuto in diritto americano con il nome di « *affirmative action* ». D'altra parte, proprio basandosi su questo articolo la Corte, nella sentenza Hofmann [20], ha riconosciuto la compatibilità di una direttiva con la normativa che conferiva alle sole donne il diritto ad un congedo di maternità senza consentire ai padri di fruire di un congedo analogo. Al contrario, si tratta ora di ottenere la perfetta parità tra maschi e femmine sul piano del lavoro affinché non venga preso in considerazione, allorché si presentano sul mercato del lavoro, un evento che colpisce solamente le lavoratrici.

27. Devo ancora precisare che siffatto principio non influisce sulla facoltà degli Stati membri di stabilire, in materia di indennità giornaliere per il congedo di maternità, condizioni di durata di assicurazione o di lavoro. Le due cose sono distinte. Il datore di lavoro non può rifiutare l'assunzione. Ove la dipendente non soddisfi la condizione posta dalla legge sulla durata di assicurazione o del lavoro, il principio della parità di trattamento implica però che essa venga trattata alla pari dei colleghi maschi in situazione analoga e che non riscuota, se del caso, indennità giornaliere.

20 — Sentenza 12 luglio 1984 (causa 184/83, Racc. pag. 3047).

28. La difficolta è piuttosto costituita — e la causa Dekker lo dimostra ad abundantiam — dall'esistenza di normative che pongono a carico dei datori di lavoro il versamento parziale delle indennità giornaliere durante il congedo di maternità. Infatti mentre in Spagna, in Italia, in Francia, in Portogallo e in Lussemburgo le indennità sono corrisposte dagli enti previdenziali ed i datori di lavoro si limitano a versare contributi ai vari sistemi previdenziali, negli altri Stati, il datore di lavoro si assume l'onere di una parte dell'indennità. Ad esempio nella Repubblica federale di Germania, se l'assicurazione malattia versa un'indennità di maternità [21], il supplemento va corrisposto dal datore di lavoro [22]. In Belgio la lavoratrice conserva a carico del datore di lavoro, all'inizio del periodo del congedo di malattia, il diritto al suo stipendio garantito settimanale o mensile [23]. In Danimarca l'amministrazione municipale versa il 90% dello stipendio quattro settimane prima della data presunta del parto e fino a ventiquattro settimane dopo il parto; il datore di lavoro versa tuttavia la metà dello stipendio durante cinque mesi, ma viene surrogato nei diritti della dipendente nei confronti dell'amministrazione municipale [24]. Nel Regno Unito le indennità [25] sono versate dal datore di lavoro che viene rimborsato dallo Stato [26].

29. Nel diritto olandese mi limiterò ad esaminare la situazione particolare dei dipendenti dell'insegnamento speciale, che fa sorgere le difficoltà sulle quali verte la causa Dekker. A questo proposito come ho già detto, l'art. 3, n. 1, del regio decreto assi-

21 — *Mutterschaftgeld*, paragrafo 200 RVO, 25 DM come massimo giornaliero.

22 — *Arbeitgeberzuschuß*, paragrafo 14 MuSchG.

23 — Artt. 55 e 75 della legge 3 luglio 1978 sul contratto di lavoro.

24 — *Lovbekendtgorelse* 23 dicembre 1986, n. 949, art. 33, e 23 luglio 1987, n. 516, art. 7.

25 — *Statutory Maternity Pay*.

26 — Social Security Act 1975, Social Security Act 1986, sections 46-50.

mila all'incapacità di lavoro per causa di malattia l'incapacità di lavoro per gravidanza e parto. D'altro canto, come ho già sottolineato, l'art. 6 del regolamento relativo alle indennità giornaliere di malattia consente al Risicofonds di rifiutare il rimborso al datore di lavoro delle indennità giornaliere allorché l'assicurato non è più in grado di svolgere le proprie mansioni nei sei mesi successivi all'entrata in vigore dell'assicurazione, sempreché in quel momento lo stato di salute dell'assicurato desse adito a giustificati dubbi circa il sopravvenire di detta incapacità.

30. Non contesto il fatto che il centro di formazione, se avesse assunto la sig. ra Dekker, avrebbe probabilmente incontrato difficoltà finanziarie poiché il Risicofonds non intendeva assumere a proprio carico le indennità eventualmente spettanti all'interessata. Tuttavia non mi pare che il principio della parità di trattamento, come suggerisco d'intenderlo, debba cedere il passo dinanzi a queste difficoltà che scaturiscono essenzialmente dall'equiparazione della gravidanza alla malattia, equiparazione tecnicamente giustificata allorché si parla di calcolo dell'importo delle indennità giornaliere, ma perfettamente criticabile allorché sfocia in un diniego d'assunzione.

31. Per garantire il pieno effetto della direttiva e l'efficacia del principio comunitario della parità di trattamento in materia d'accesso all'impiego, spetta agli Stati membri adottare tutte le misure utili affinché l'obbligo imposto ai datori di lavoro di assumere una donna incinta — specie se è la più competente, fatto fuori discussione nella causa C-177/88 — non li collochi, data l'applicazione delle disposizioni di diritto nazionale particolarmente in materia previdenziale, in una situazione meno favorevole di quella in cui si sarebbero trovati se avessero assunto un maschio.

32. Vi propongo quindi di risolvere la prima questione dichiarando che gli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, della direttiva devono essere interpretati nel senso che il diniego opposto da un datore di lavoro all'assunzione di una lavoratrice in quanto la lavoratrice è in stato di gravidanza rappresenta una discriminazione fondata direttamente sul sesso, indipendentemente dalle conseguenze finanziarie che possano scaturire dall'assunzione nei confronti del datore di lavoro.

33. Il motivo che mi induce a proporvi questa soluzione mi porta anche a suggerirvi di risolvere la seconda questione nel senso che è indifferente il fatto che vi siano o meno candidati maschi al momento dell'assunzione.

34. La terza e la quarta questione riguardano l'eventuale applicazione delle norme di diritto nazionale in materia di responsabilità civile. Il giudice a quo vi chiede in sostanza se, di fronte ad una discriminazione commessa da un datore di lavoro in ispregio della direttiva, possano applicarsi le disposizioni di diritto nazionale che esigono la sussistenza di un comportamento colposo e che prevedono eventualmente circostanze esimenti. Ci troviamo dinanzi a difficoltà classiche di ripartizione di competenze tra l'ordinamento giuridico comunitario e l'ordinamento giuridico nazionale. La Corte nelle sentenze Von Colson e Kamann [27], Harz [28] e Commissione/Germania [29] ha già affrontato queste difficoltà per quanto riguarda le

27 — Sentenza 10 aprile 1984 (causa 14/83, Racc. pag. 1891).
28 — Sentenza 10 aprile 1984 (causa 79/83, Racc. pag. 1921).
29 — Sentenza 21 maggio 1985 (causa 248/83, Racc. pag. 1459).

sanzioni contro gli autori di discriminazioni vietate dalla direttiva. Si tratta ora di sapere se l'inosservanza delle prescrizioni del diritto comunitario possa rimanere impunita quando il datore di lavoro può eccepire la mancanza di colpa oppure può allegare circostanze esimenti previste dal diritto nazionale.

35. A questo proposito mi pare che si frenerebbe l'effetto utile delle disposizioni della direttiva se si esigesse, di fronte ad una discriminazione che infrange la norma comunitaria, di dover anche dimostrare che vi è una colpa *distinta* del datore di lavoro. Indubbiamente il diritto « classico » in materia di responsabilità civile presuppone che vi sia un comportamento colposo, un pregiudizio e un nesso causale tra il comportamento colposo ed il pregiudizio. Mi sembra tuttavia che in questo caso il comportamento colposo sia costituito dalla infrazione stessa della norma comunitaria, vale a dire dall'atto o dal comportamento discriminatorio.

36. Analogamente, ammettere l'efficacia delle circostanze esimenti, forzatamente diverse a seconda degli ordinamenti degli Stati membri, diminuirebbe notevolmente l'effetto utile del principio comunitario della parità di trattamento nonché l'unità d'applicazione della norma comunitaria. Se una lavoratrice ha dimostrato di aver subito una discriminazione e di averne patito un pregiudizio, non mi pare che alcuna causa esimente prevista dal diritto nazionale possa venirle opposta dal datore di lavoro; spetterà quindi al giudice nazionale garantire che il comportamento lesivo venga punito in base alle norme del diritto nazionale, poiché la direttiva ha lasciato questa materia alla discrezionalità degli Stati membri con l'unica riserva, posta dalla vostra giurisprudenza, che le sanzioni « siano sufficientemente efficaci per conseguire lo scopo della direttiva » [30].

30 — Sentenze 14/83 e 79/83, già citate.

37. Vi propongo quindi di risolvere la terza questione dichiarando che è incompatibile con gli artt. 2 e 3 della direttiva, allorché è dimostrato che vi è stata infrazione al principio della parità di trattamento, esigere per di più la prova di una colpa distinta del datore di lavoro o ammettere la possibilità per quest'ultimo di invocare una causa esimente prevista dal diritto nazionale, salve restando evidentemente le disposizioni dei nn. 2-4 dell'art. 2.

38. Non è quindi il caso di risolvere la quarta questione.

39. La causa Hertz rende necessario in modo forse ancora più impellente cercare la difficile conciliazione fra il principio della parità di trattamento e le esigenze della vita economica.

40. Come considerare i periodi di malattia sopraggiunti dopo il congedo di maternità, ma che sono direttamente connessi al fenomeno della gravidanza e del puerperio? Si deve o non si deve applicare il regime, in un certo senso « di diritto comune », delle assenze per ragioni di salute?

41. I diritti degli Stati membri differiscono ampiamente sotto questo aspetto. Infatti in numerosi Stati l'origine della malattia non viene presa in considerazione, ma le normative prescrivono comunque nella maggior parte dei casi un termine prima di consentire al datore di lavoro di licenziare per causa di malattia. Così in Irlanda l'*Unfair Dismissals Act* consente ai datori di lavoro di licenziare un dipendente a motivo delle frequenti assenze per causa di malattia che lo pongono nell'incapacità di ricoprire il suo impiego. In Lussemburgo il datore di lavoro può denun-

ciare il contratto di lavoro alla scadenza del termine di tre mesi a decorrere dal mese successivo a quello nel quale è sopraggiunta la malattia e, per gli operai, alla scadenza di un termine di ventisei settimane [31]. Infine in Francia il datore di lavoro non può denunciare il contratto di lavoro durante il periodo di sospensione del contratto nonché durante le quattro settimane successive a detto periodo [32]. In seguito può licenziare il dipendente per ripetute assenze a causa di malattia.

42. Il diritto italiano invece stabilisce che il datore di lavoro non può risolvere il contratto di lavoro in caso di complicazioni susseguenti al congedo di maternità, conseguenti alla gravidanza e al puerperio, [33] e ciò in base all'art. 2110 del codice civile, durante un periodo fissato dai contratti collettivi in base all'anzianità [34]. È del pari vietato licenziare una lavoratrice durante il periodo che va dall'inizio della gravidanza fino al termine del primo anno di vita del fanciullo. Nel diritto ellenico il legislatore distingue tra il caso specifico di una malattia connessa al puerperio, che non può giustificare un provvedimento di licenziamento, salvo che il datore di lavoro dimostri l'esistenza di un « grave motivo », [35] ed i casi di malattia « di diritto comune », per i quali il licenziamento è giustificato dal semplice superamento dei periodi stabiliti dalla legge per il congedo di malattia.

43. Sono stato tentato — perché negarlo? — di proporvi una soluzione nella quale gli stati patologici che sono conseguenza immediata, certa e preponderante della gravidanza o del parto fruirebbero di una specie di immunità nel senso che il principio della parità di trattamento si opponga alla possibilità per il datore di lavoro, durante un periodo ragionevole a decorrere dall'evento preso in considerazione, di licenziare la dipendente. Ma mi pare, da un lato, che allo stato attuale il diritto comunitario non implichi un tale divieto e, dall'altro, che questa soluzione apparentemente seducente comporterebbe numerosi effetti negativi ai quali sarebbe difficile porre rimedio.

44. Infatti, ho ricordato che la direttiva, nell'art.2, n. 3, ha lasciato agli Stati membri la facoltà di adottare disposizioni adeguate « relative alla protezione della donna in particolare per quanto riguarda la gravidanza e la maternità ». Questa disposizione mi pare segni il limite dell'intervento del diritto comunitario nel suo stato attuale. La direttiva prescrive la stretta parità di trattamento tra i lavoratori maschi e femmine, vale a dire nella fattispecie il divieto di trattare gli stati patologici conseguenti alla maternità meno favorevolmente di quelli di origine diversa; non prescrive affatto agli Stati membri l'obbligo di contemplare *discriminazioni positive* trattando meglio gli uni o gli altri, ma ne lascia loro semplicemente la facoltà.

45. D'altro canto una siffatta soluzione non va esente da serie difficoltà. Infatti, se le complicazioni conseguenti al puerperio sono molto gravi, la lavoratrice potrà rimanere inabile al lavoro per molti anni e il datore di lavoro non potrà licenziarla; ed è qui evidente che stiamo affrontando le difficoltà

31 — Art. 8 della legge 12 novembre 1971 e art. 8 della legge 24 giugno 1970.

32 — Artt. L 122-25 e successivi del code du travail.

33 — Legge 30 dicembre 1971 sulla maternità.

34 — La giurisprudenza sembra applicare « generosamente » questa disposizione prescrivendo l'osservanza di un termine ragionevole prima di un eventuale licenziamento alla scadenza del periodo summenzionato.

35 — Art. 15 della legge n. 1483/84.

della seconda questione sollevata dal giudice a quo. Siffatta conseguenza è già grave allorché ha l'unico effetto di obbligare il datore di lavoro a mantenere l'interessata in organico, senza dover contribuire al versamento di un'indennità di congedo di malattia o, più tardi, di una pensione di invalidità. Infatti, il buon funzionamento dell'impresa potrà venir compromesso dalla difficoltà di assegnare il posto in questione immediatamente ad un sostituto. Ma soprattutto le difficoltà più gravi sorgono nel caso in cui il datore di lavoro, al quale è tolta la facoltà di licenziare la dipendente, sia tenuto per legge a contribuire, anche se parzialmente, direttamente o meno, al versamento delle prestazioni di previdenza sociale che le spettano, come è stabilito dalle legislazioni previdenziali di taluni Stati membri. Ad esempio, nella Repubblica federale di Germania il datore di lavoro continua a corrispondere lo stipendio alla dipendente in congedo di malattia durante sei settimane [36]. In Italia l'indennità giornaliera di malattia è in linea di massima corrisposta dagli enti previdenziali [37], ma i contratti collettivi possono obbligare i datori di lavoro a versare integrazioni secondo le aliquote prescritte dalla legge [38]. Nei Paesi Bassi sembra che il datore di lavoro sia obbligato ad accollarsi il versamento delle indennità giornaliere solo in circostanze particolari — ed in ispecie, come dimostra la causa Dekker per quanto concerne l'insegnamento speciale — qualora abbia dimostrato negligenza assumendo un dipendente la cui malattia era prevedibile.

46. Mi pare inoltre che le eventuali difficoltà finanziarie che dovrà fronteggiare il datore di lavoro obbligato a mantenere nell'organico della propria impresa una dipendente inabile al lavoro per effetto della maternità rischia di indurre molti datori di lavoro a rifiutare, probabilmente trovando dei pretesti, l'assunzione di donne incinte o addirittura a non assumere donne la cui età lascia prevedere maternità a breve scadenza. Siffatti comportamenti sono evidentemente incompatibili con il principio della parità di trattamento, ma non è certo che possano venire agevolmente accertati e puniti. In questa occasione si può constatare come una soluzione che tutela qualsiasi donna che abbia gravi difficoltà postpuerperali — vale a dire in termini statistici una soluzione che vale per una percentuale fortunatamente bassissima di situazioni — rischia di sfavorire tutte le donne che intendono accedere al mercato del lavoro.

47. Infine i criteri che la Corte potrebbe adottare per definire in quali casi lo stato patologico deve rientrare nella tutela spettante alla maternità — esistenza di un nesso causale diretto, certo e preponderante — nonché per determinare durante quale periodo detta tutela va riconosciuta — ricorso ad una nozione di termine ragionevole difficile da definire — mi sembrano tali da poter mettere in imbarazzo tanto i giudici nazionali quanto i datori di lavoro. Non sarà facile per i datori di lavoro stabilire se una determinata dipendente possa o meno venire licenziata. Ci si rende allora conto di come detta soluzione — di cui non contesto d'altro canto l'opportunità — richieda l'intervento di un legislatore, comunitario o nazionale, che possa stabilirne con esattezza le modalità, in particolare per quel che riguarda la durata della tutela e l'addossamento del relativo onere finanziario.

36 — Paragrafo 47 SGB V.

37 — Artt. 15-18 della legge n. 1204 del 30 dicembre 1971.

38 — Garofalo: *Indennità di malattia e maternità*, Milano, 1986; Riva-Sanseverino: *Libro quinto*, « Del lavoro », commentario del codice civile, Bologna/Roma, 1986, pagg. 499-503 e 515-516.

48. La soluzione va piuttosto ricercata, a mio avviso, nella distinzione fra, da un lato, i rischi normali della gravidanza e del parto, le complicazioni che di regola sopravvengono in queste circostanze e talvolta fanno sorgere il diritto ad un prolungamento in via eccezionale del congedo per maternità, rischi che devono fruire di una tutela comunitaria in quanto rientrano nelle caratteristiche dello status di maternità, e, d'altro canto, gli stati patologici che non rientrano nei rischi normali della gravidanza e che devono quindi essere trattati alla stessa stregua delle situazioni di malattia « di diritto comune ». È la normalità del rischio connesso alla maternità che ci pare debba ispirare la Corte in questo caso. In altre parole se non vi sono disposizioni di diritto nazionale che concedono una tutela particolare alla donna, il datore di lavoro deve poter licenziare la dipendente al termine del congedo di maternità, ed eventualmente d'altro canto alla scadenza del congedo supplementare. Di conseguenza allorché la lavoratrice ha esaurito le sue spettanze ai vari tipi di congedo di maternità, le assenze per causa di malattia, anche se la malattia scaturisce dalla gravidanza o dal parto, non possono rientrare nei rischi normali di maternità e devono quindi considerarsi alla stessa stregua di quelli incombenti su qualsiasi altro lavoratore, salvo che il legislatore nazionale istituisca una tutela specifica in base all'art. 2, n. 3, della direttiva.

49. In modo più generale, mi pare che il principio della parità di trattamento tra i lavoratori maschi e femmine debba mirare a che si faccia fronte alle difficoltà specifiche del sesso femminile inevitabilmente connesso allo stato di gravidanza. Ma la necessità di adeguare le norme che disciplinano il mercato del lavoro può sussistere solo se il rischio della maternità conserva un carattere di « normalità » nel corso della vita. Mi pare che la soluzione vada ricercata nella coesistenza di questi due principi.

50. Di conseguenza le donne devono poter accedere ad un lavoro senza subire alcun pregiudizio dalla loro maternità prossima che impedirà loro momentaneamente di dedicarsi in pieno alla loro attività professionale. Quindi la conservazione del rapporto lavorativo non deve venir pregiudicata dalla loro indisponibilità, dato che l'indisponibilità fa parte dei rischi normali della gravidanza. Per converso, allorché una situazione non si ricollega più a questi rischi normali, ma scaturisce da una vera patologia, non si può dedurre dal principio della parità di trattamento una tutela particolare che potrebbe essere garantita solo da una discriminazione positiva, compatibile eventualmente con il diritto comunitario in base all'art. 2, n. 3, della direttiva.

51. Concludo quindi proponendovi di dichiarare che:

— nella causa C-177/88:

1) gli artt. 2, n. 1, e 3, 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 for-

mazione e alla promozione professionali, e le condizioni di lavoro, vanno interpretati nel senso che il diniego opposto da un datore di lavoro all'assunzione di una lavoratrice in quanto detta lavoratrice è in stato di gravidanza rappresenta una discriminazione direttamente fondata sul sesso;

2) la soluzione della prima questione non varia a seconda che vi siano o meno canditati di sesso maschile all'impiego vacante;

3) gli artt. 2 e 3, della direttiva summenzionata ostano, allorché è accertata un'infrazione al principio della parità di trattamento in essi enunciato, a che la sanzione di detta infrazione venga subordinata alla prova di un illecito distinto commesso dal datore di lavoro o all'inesistenza di motivi d'esonero tratti dal diritto nazionale, diversi da quelli elencati all'art. 2, nn. 2-4;

4) è superfluo risolvere la quarta questione;

— nella causa C-179/88:

1) gli artt. 2, n. 1, e 5 della stessa direttiva vanno interpretati nel senso che, salvo l'applicazione dell'art. 2, n. 3, il licenziamento di una lavoratrice, fuori dai periodi di congedo di maternità, per assenze dovute ad una malattia connessa alla gravidanza o al puerperio, non costituisce una discriminazione direttamente fondata sul sesso;

2) è superfluo risolvere la seconda questione.