CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE ANTONIO SAGGIO

presentate il 7 ottobre 1999 *

1. Con ordinanza del 16 aprile 1998 il Landesarbeitsgericht del Mecleburgo-Pomerania occidentale ha sottoposto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale riguardante l'interpretazione dell'art. 2, n. 1, della direttiva 76/207/CEE [1]. Ciò allo scopo di sapere se il rifiuto di un datore di lavoro di assumere una donna incinta, motivato dal fatto che, sulla base della normativa nazionale di tutela della maternità, essa non potrebbe svolgere fin dall'inizio le mansioni previste per il posto di lavoro, debba essere considerata una discriminazione basata sul sesso incompatibile con il diritto comunitario.

Il quadro normativo comunitario

2. La direttiva del Consiglio del 9 febbraio 1976, 76/207/CEE (in prosieguo: la «direttiva») [2], ha provveduto a dare attuazione, negli Stati membri, al principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, ivi compreso la promozione e l'accesso alla formazione professionale, nonché le condizioni di lavoro e la sicurezza sociale [3].

3. L'art. 2, n. 1, della suddetta direttiva definisce il concetto di parità di trattamento, specificando che esso implica «(...) l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante il riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia».

Il n. 3 dello stesso articolo introduce una sorta di deroga secondo la quale «la presente direttiva non pregiudica le disposizioni relative alla protezione della donna, in particolare per quanto riguarda la gravidanza e la maternità».

4. Ai fini della presente controversia rileva anche quanto è stabilito nell'art. 3 della direttiva, secondo il quale «l'applicazione del principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda le condizioni di accesso, compresi i criteri di selezione, agli impieghi o posti di lavoro qualunque sia il settore o il ramo di attività, e a tutti i livelli della gerarchia professionale».

* Lingua originale: l'italiano.

1 — GU L 39, pag. 40.

2 — Citata.

3 — Art. 1, n. 1.

Il quadro normativo nazionale

5. La normativa nazionale rilevante per il caso oggi in discussione è contenuta anzitutto nell'art. 611a del BGB (codice civile tedesco).

Secondo tale disposizione il datore di lavoro non può sfavorire un dipendente a causa del sesso sia nell'ambito di un accordo o di una disposizione, specialmente al momento della formazione del rapporto di lavoro, sia in caso di promozione professionale oppure nell'ambito di un'istruzione o di un licenziamento. Tuttavia, un trattamento differente può considerarsi legittimo nella misura in cui un determinato sesso costituisca una condizione imperativa per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

6. Sono inoltre importanti gli artt. 3-5 del Mutterschutzgesetz (legge sulla tutela della maternità). L'art. 3 prevede che durante la gravidanza la donna non debba lavorare se risulta accertato da un certificato medico che lo svolgimento di un'attività lavorativa può mettere in pericolo la vita o la salute della madre o del nascituro. In ogni caso, le donne in stato interessante non devono lavorare durante le sei settimane precedenti il parto a meno che esse dichiarino espressamente di voler continuare la loro attività. Tale dichiarazione può essere revocata in ogni momento.

L'art. 4 specifica le mansioni che non possono essere svolte durante la gravidanza. Esse consistono nelle attività fisiche pesanti ed in quelle che comportano l'esposizione della donna agli effetti di sostanze o radiazioni nocive per la salute, alla polvere, a gas o vapori, al calore, al freddo, all'umidità, alle vibrazioni o al rumore. Inoltre, è espressamente vietato far svolgere alle donne incinte, tra le altre cose, dopo il quinto mese di gestazione attività che le costringano a stare costantemente in piedi per più di quattro ore al giorno, nonché affidare loro mansioni che, a causa dello stato di gravidanza, possano esporle ad un rischio maggiore di contrarre una malattia professionale o che comunque, in ragione di questo rischio, rappresentino un pericolo accresciuto per la futura madre od il nascituro.

L'art. 5, n. 1, infine, prevede che la lavoratrice, appena venuta a conoscenza del suo stato di gravidanza, ne dia notizia al datore di lavoro, informandolo anche sulla data presunta del parto.

I fatti ed il quesito pregiudiziale

7. La signora Silke-Karin Mahlburg (in prosieguo: la «ricorrente») è un'infermiera che ha lavorato con un contratto di lavoro a tempo determinato, dal 26 agosto 1994 al 31 agosto 1995, presso la clinica di chirurgia cardiaca dell'ospedale universitario di Rostock.

8. Nel febbraio 1995 la ricorrente chiedeva di essere assunta a tempo indeterminato in detta struttura ospedaliera. Il servizio del personale dell'Università le comunicava, però, che una simile procedura di assunzione non era corretta in quanto era necessaria la presentazione di un atto di candidatura relativo ad un posto previamente messo a concorso.

9. Il 1° giugno 1995 la ricorrente presentava la propria candidatura in merito a due posti, a tempo indeterminato, resisi vacanti nella struttura ospedaliera. Tali posti erano relativi a due impieghi, da occupare immediatamente, per la sala operatoria di chirurgia nel servizio a turno. Le mansioni previste erano di fatto equivalenti a quelle che la ricorrente già svolgeva nell'ambito del suo contratto di lavoro a tempo determinato. Esse consistevano nella preparazione e nel controllo, su indicazione, di tutti gli strumenti sterili e dei medicinali necessari all'operazione e nella presentazione degli strumenti nel corso dell'operazione. Per quanto riguarda i requisiti, uno dei due posti richiedeva una formazione completa di «infermiere di sala/infermiere di sala operatoria», mentre l'altro necessitava di una «formazione professionale completa nell'assistenza ai malati» e di «esperienza in sala operatoria».

10. Nel frattempo la ricorrente si accorgeva di essere incinta. Essendo ancora in corso il contratto a tempo determinato, il 13 luglio 1993 essa provvedeva a comunicare all'Università il suo stato di gravidanza, conformemente a quanto previsto dall'art. 5, primo comma, del Mutterschutzgesetz [4]. In seguito a tale comunicazione, ed in ottemperanza alle disposizioni ugualmente contenute nel Mutterschutzgesetz, la ricorrente non veniva più assegnata alla sala operatoria, bensì impiegata in lavori di ufficio fino alla scadenza del contratto.

11. Come ulteriore conseguenza della suddetta comunicazione, il 18 settembre 1995 l'Università di Rostock informava la ricorrente che la sua candidatura per i due posti disponibili era stata rifiutata. Tale rifiuto era motivato dal fatto che questi posti richiedevano lo svolgimento di attività in sala operatoria vietate alle lavoratrici incinte, ai sensi degli artt. 3-5 del Mutterschutzgesetz.

12. Si deve altresì rilevare che per i due posti di cui si parla era stata presentata, oltre a quella della ricorrente, solo un'altra candidatura proveniente anch'essa da una donna incinta, che egualmente era stata rifiutata. In conseguenza di ciò i due impieghi venivano assegnati solo nell'autunno 1995 dopo lo svolgimento di una selezione aperta anche all'esterno.

4 — V. paragrafo 3 delle presenti conclusioni.

13. In seguito al rifiuto ricevuto, la ricorrente si rivolgeva all'Arbeitsgericht Rostock (Tribunale del lavoro di Rostock) chiedendo che quest'ultimo constatasse che il rapporto di lavoro che la legava all'Università di Rostock continuava ad esistere anche dopo il 31 agosto 1995 (data prevista per la fine del contratto a tempo determinato), oppure, a titolo sussidiario, che condannasse l'Università di Rostock al pagamento in suo favore di un risarcimento.

14. Il giudice adito rigettava il ricorso il 15 aprile 1997. Contro tale decisione la ricorrente presentava appello al Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern (Tribunale regionale del lavoro; in prosieguo: il «LAG») chiedendo a quest'ultimo di constatare che dal 1° settembre 1995 si era venuto a creare un rapporto di lavoro in virtù del quale essa era stata impiegata a tempo indeterminato in qualità di infermiera in sala operatoria. Come si legge nelle osservazioni presentate dalla ricorrente, tale domanda si fonderebbe sulla circostanza che, in seguito alla discriminazione subita a causa del suo sesso, la ricorrente avrebbe acquisito nei confronti dell'Università il diritto ad essere assunta.

15. Secondo quanto risulta dall'ordinanza di rinvio, il LAG parte dalla considerazione che il fatto che la ricorrente abbia o meno diritto all'assunzione dipende dall'interpretazione che si dà all'art. 611a del BGB. Secondo il giudice di rinvio, da quanto emerge dalla giurisprudenza del Bundesarbeitsgericht (Corte federale del lavoro) si può giungere alla conclusione che l'art. 611a non osta a che un datore di lavoro rifiuti l'assunzione di una lavoratrice incinta quando, a causa del suo stato, quest'ultima non è in grado di svolgere il lavoro al quale aspira.

16. Tuttavia, il LAG sostiene anche che il suddetto articolo del codice civile tedesco, in quanto misura di recepimento nell'ordinamento nazionale della direttiva, deve comunque essere interpretato in modo conforme a quest'ultima.

17. Ritenendo che sussistano dei fondati dubbi sul fatto che l'interpretazione dell'art. 611a del GBG appena ricordata sia conforme alla direttiva ed in particolare al suo art. 2, n. 1, il LAG ha posto alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se rappresenti una discriminazione inammissibile fondata sul sesso, ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, il fatto che un datore di lavoro non assuma una candidata di per sé idonea a svolgere l'attività prevista per un posto vacante per il motivo che la candidata stessa che è in stato interessante non può, durante la gravidanza, essere assunta fin dall'inizio sul posto di lavoro

previsto a tempo indeterminato a causa del divieto di impiego in determinate attività sancito dalla legge per la tutela della maternità».

La questione pregiudiziale

18. Ancora una volta la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla questione, già ampiamente affrontata dalla giurisprudenza, dell'attuazione del principio della parità di trattamento tra uomo e donna nel caso particolare di donne in stato interessante.

19. Nella specie il giudice nazionale chiede alla Corte se debba considerarsi una discriminazione basata sul sesso il rifiuto di un datore di lavoro di assumere una donna incinta nel caso in cui tale rifiuto venga motivato con il fatto che quest'ultima non potrebbe svolgere le mansioni richieste per il posto di lavoro durante tutta la gravidanza. Ciò a causa di un divieto in tal senso posto dalla normativa nazionale in materia di tutela della maternità.

20. A tale proposito, anzitutto si deve sottolineare che, come risulta in particolare dalla sentenza Dekker [5], il rifiuto di un datore di lavoro di assumere una donna deve essere considerato un comportamento direttamente discriminatorio a causa del sesso se il suo motivo essenziale vale solo per le lavoratrici e non anche per i lavoratori. In applicazione di tale principio, la Corte ha ripetutamente sottolineato che «(...) un rifiuto d'assunzione per motivo di gravidanza può opporsi solo alle donne e rappresenta quindi una discriminazione diretta a motivo del sesso» [6].

21. Più di recente nella sentenza Brown [7], riguardante la legittimità di un provvedimento di licenziamento adottato nei confronti di una dipendente incinta e motivato da prolungate assenze per malattie connesse alla gravidanza, la Corte ha ulteriormente precisato che «(...) il licenziamento a motivo di gravidanza *o per un motivo basato sostanzialmente su tale stato* può riguardare solo le donne e costituisce quindi una discriminazione fondata direttamente sul sesso». Risulta evidente che con tale pronuncia — pienamente estendibile anche al caso di rifiuto di assunzione [8] — la Corte abbia voluto sottolineare che per considerare direttamente discriminatorio un provvedimento adottato nei confronti di una donna incinta non è necessario che esso abbia come motivazione esplicita lo stato di gravidanza. E'

5 — Sentenza 8 novembre 1990, causa C-177/88, Dekker (Racc. pag. I-3941, punto 10).

6 — Sentenza Dekker, citata, punto 12. V. inoltre le sentenze 8 novembre 1990, causa 179/88, Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund (Racc. pag. I-3979, punto 13); 5 maggio 1994, causa C-421/92, Habermann-Beltermann (Racc. pag. I-1657, punto 15), e 14 luglio 1994, causa C-32/93, Webb (Racc. pag. I-3567, punto 19).

7 — Sentenza 30 giugno 1998, causa C-394/96, Brown (Racc. pag. I-4185, punto 16, corsivo aggiunto).

8 — Mi sembra pacifico che, per quanto riguarda gli aspetti che qui interessano, il rifiuto di assunzione sia equivalente al licenziamento. In entrambi i casi, infatti, ci troviamo di fronte ad un provvedimento con il quale la donna incinta viene privata del posto di lavoro.

sufficiente, infatti, che la motivazione sia sostanzialmente riferibile a tale stato [9].

22. Non mi sembra possa sussistere alcun dubbio sul fatto che, nella causa oggi in discussione, ci troviamo in quest'ultimo caso. E' vero che il rifiuto di prendere in considerazione la candidatura proposta dalla ricorrente è stato giustificato con l'impossibilità per quest'ultima di svolgere fin dall'inizio le mansioni previste per il posto di lavoro. Tuttavia, è altresì evidente che tale situazione è chiaramente riconducibile alla gravidanza e che quindi, almeno in linea di principio, il comportamento dell'Università di Rostock deve ritenersi in contrasto con gli artt. 2, n. 1, e 3 della direttiva.

23. Ciò considerato, è però anche necessario valutare se il suddetto comportamento possa trovare una giustificazione alla luce della normativa nazionale a tutela della maternità contenuta nel Mutterschutzgesetz. Come ho già ricordato [10], infatti, l'Università di Rostock sostiene che tale normativa, vietando alle donne incinte di svolgere durante la gravidanza determinate attività considerate pericolose, determinerebbe un vero e proprio divieto legale di assunzione della ricorrente.

24. Per affrontare tale questione bisogna partire da due premesse. In primo luogo, il Mutterschutzgesetz rappresenta, in Germania, l'attuazione della possibilità di deroga alla parità di trattamento prevista dall'art. 2, n. 3, della direttiva. Come si evince facilmente dal testo [11], tale disposizione autorizza gli Stati membri ad emanare oppure a mantenere in vigore disposizioni nazionali che implicano trattamenti differenti a seconda del sesso, se tali disposizioni sono dirette a proteggere la donna durante il periodo della gravidanza e del puerperio. In secondo luogo, come risulta da una giurisprudenza oramai consolidata [12], quando un giudice nazionale è chiamato a giudicare su una controversia il cui oggetto rientra nell'ambito di applicazione di una direttiva, egli è tenuto ad interpretare il diritto interno alla luce di quest'ultima.

25. Deriva da ciò che, nel caso oggi in discussione, la possibilità di giustificare il rifiuto di assunzione di una donna incinta facendo ricorso al divieto di svolgere determinate mansioni previsto dalla normativa nazionale in materia di tutela della maternità, di fatto, dipende dall'interpretazione dell'art. 2, n. 3, della direttiva. In altri termini, per risolvere la questione posta dal giudice di rinvio è necessario chiedersi se la deroga al principio della parità di trattamento prevista dalla suddetta disposizione comunitaria possa legittimamente applicarsi al caso che ci interessa.

9 — Cfr. a questo proposito le conclusioni dell'avvocato generale Tesauro nella causa Webb, citata, in particolare i paragrafi 9 e 10.

10 — V. paragrafo 11 delle presenti conclusioni.

11 — V. paragrafo 3 delle presenti conclusioni.

12 — In merito v. sentenza 20 maggio 1976, causa 111/75, Mazzalai (Racc. pag. 657, punto 10); sentenza 10 aprile 1984, causa 14/83, Von Colson (Racc. pag. 1891, punto 26), e sentenza 13 novembre 1990, causa C-106/89, Marleasing (Racc. pag. I-4135, punti 7 e 8).

26. A mio parere, la risposta a tale quesito deve essere negativa. Secondo quanto stabilito dalla Corte nella sentenza Hoffman [13], l'art. 2, n. 3 della direttiva, «(...) 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", (...) riconosce la legittimità, in relazione al principio della parità della protezione della donna sotto due aspetti. Si tratta di garantire, in primo luogo, la protezione della condizione biologica della donna durante e dopo la gravidanza, fino al momento in cui le sue funzioni fisiologiche e psichiche si sono normalizzate dopo il parto e, in secondo luogo, la protezione delle particolari relazioni tra la donna ed il bambino, durante il periodo successivo alla gravidanza ed al parto, evitando che queste relazioni siano turbate dal cumulo dei pesi derivanti dal fatto di dover contemporaneamente svolgere un'attività lavorativa».

27. Nella sentenza Thibault [14], inoltre, la Corte ha precisato che «(...) l'esercizio dei diritti conferiti alle donne in conformità dell'art. 2, n. 3, non può essere oggetto di un trattamento sfavorevole per quanto riguarda l'accesso al lavoro e le condizioni di lavoro. Sotto questo profilo, la direttiva mira al conseguimento di un'eguaglianza sostanziale e non formale».

28. Mi sembra che dalla giurisprudenza citata emerga chiaramente che lo scopo principale della disposizione comunitaria di cui si parla è quello di lasciare agli Stati membri la possibilità di porre in essere o mantenere in vigore normative nazionali che, sebbene implicanti trattamenti differenti tra i due sessi, siano necessarie per «compensare» le situazioni svantaggiate nelle quali possono trovarsi le donne a causa della gravidanza. Ciò in modo da raggiungere una reale parità anche in quei casi nei quali una semplice eguaglianza formale, realizzata attraverso trattamenti identici, non sarebbe sufficiente. Si deve ritenere, pertanto, che l'art. 2, n. 3, della direttiva autorizzi deroghe al principio della parità di trattamento solo se ricorrono due condizioni, e precisamente se alla donna viene garantita una maggiore protezione, e quindi un trattamento più favorevole rispetto all'uomo, e se tale trattamento ha lo scopo specifico di realizzare una parità sostanziale altrimenti non raggiungibile.

29. E' evidente che nel caso oggi in discussione queste due condizioni non sussistono. L'eventuale applicazione della normativa nazionale adottata in ottemperanza all'art 2, n. 3, della direttiva, in primo luogo, non offrirebbe alla ricorrente un trattamento più favorevole ma, al contrario, la penalizzerebbe negandole l'accesso all'impiego. In secondo luogo, non avrebbe

13 — Sentenza 12 luglio 1984, causa 184/83, Hofmann (Racc. pag. 3047, punto 25). V., in merito, anche le sentenze Habermann-Beltermann, citata, punto 21; Brown, citata, punto 17; e Webb, citata, punto 20.

14 — Sentenza 30 aprile 1998, causa C-136/95, Thibault (Racc. pag. I-2011, punto 26). V. inoltre, su questo punto, le conclusioni dell'avvocato generale Tesauro nella causa Habermann-Beltermann, citata, in particolare il paragrafo 11.

come conseguenza il raggiungimento di una vera parità, diventando piuttosto essa stessa causa di un comportamento discriminatorio. Ritengo, quindi, che una simile applicazione delle disposizioni del Mutterschutzgesetz si porrebbe in netto contrasto con la *ratio* stessa della normativa comunitaria.

30. In questo senso, peraltro, la Corte si è già pronunciata nella sentenza Habermann-Beltermann [15]. Oggetto della controversia era la presunta natura discriminatoria di un provvedimento con il quale un datore di lavoro aveva risolto un contratto stipulato con una lavoratrice risultata, subito dopo l'inizio dell'attività lavorativa, incinta. Anche tale provvedimento, come quello oggetto del presente caso, era stato motivato dal fatto che, sulla base delle disposizioni contenute sempre nel Mutterschutzgesetz, la suddetta lavoratrice non avrebbe potuto svolgere, durante tutto il periodo della gravidanza e del puerperio, il lavoro notturno previsto dal contratto [16].

In quel caso la Corte ha stabilito che «(...) ammettere che il contratto possa essere dichiarato nullo ovvero risolto a causa dell'impedimento temporaneo della dipendente incinta ad effettuare il lavoro notturno per il quale è stata assunta sarebbe in contrasto con l'obiettivo di tutela perseguito dall'art. 2, n. 3, della direttiva, e priverebbe di efficacia pratica detta norma». Ed ancora che «la cessazione di un contratto a tempo indeterminato a causa della gravidanza della lavoratrice, a prescindere dal fatto che tale cessazione consegua alla nullità ovvero alla risoluzione, non può quindi essere giustificata adducendo che un divieto di legge, imposto a causa della gravidanza, impedisce temporaneamente alla lavoratrice di effettuare un lavoro notturno» [17].

31. Dalla sentenza appena citata emerge anche un ulteriore elemento di particolare rilevanza. Come ho già avuto modo di notare [18], nel caso oggi in discussione i due posti di lavoro per i quali la ricorrente ha presentato domanda di assunzione erano entrambi a tempo indeterminato. Ora, nella sentenza Habermann-Beltermann [19] la Corte ha ritenuto che il comportamento discriminatorio tenuto nei confronti della donna incinta non poteva trovare una giustificazione sulla base dell'art. 2, n. 3, della direttiva, tenuto conto del fatto che «(...) le questioni pregiudiziali fanno riferimento ad un contratto a tempo indeterminato» e che «il divieto di lavoro notturno per le donne incinte ha effetto soltanto per un periodo limitato rispetto alla durata totale del contratto».

15 — Sentenza Habermann-Beltermann, citata.

16 — Le similitudini che tale causa presenta con quella oggi in discussione aumentano notevolmente se si accoglie l'opinione sostenuta dall'avvocato generale Tesauro nelle conclusioni sul caso Habermann-Beltermann, secondo il quale «(...) la dichiarazione di nullità, in quanto produce effetti *ex tunc* e dunque esattamente lo stesso effetto di un contratto mai concluso, equivarrebbe ad un rifiuto di assunzione» (paragrafo 7).

17 — Sentenza Habermann-Beltermann, citata, punti 24 e 25.

18 — V. paragrafo 9 delle presenti conclusioni.

19 — Sentenza Habermann-Beltermann, citata, punto 23.

Tale aspetto ha assunto un'importanza ancora maggiore nella sentenza Webb [20]. In quel caso oggetto del contendere era un provvedimento di licenziamento opposto ad una lavoratrice che, subito dopo l'assunzione, aveva scoperto di essere incinta. La motivazione addotta consisteva, appunto, nel fatto che la lavoratrice, per il periodo corrispondente al congedo di maternità, non avrebbe potuto svolgere il compito principale per il quale era stata assunta: sostituire un'altra impiegata anch'essa incinta. Nonostante tale mansione fosse temporanea, il datore di lavoro aveva chiaramente dato assicurazione alla lavoratrice che il rapporto sarebbe proseguito anche dopo il periodo di sostituzione. Di conseguenza, il posto doveva essere considerato a tempo indeterminato.

Sulla base di questi elementi la Corte ha statuito che «(...) il licenziamento di una donna incinta, assunta per una durata indeterminata, non può trovare fondamento su motivi attinenti all'incapacità dell'interessata a soddisfare una delle condizioni essenziali del suo contratto di lavoro. La disponibilità del lavoratore è necessariamente, per il datore di lavoro, un presupposto essenziale della buona esecuzione del contratto di lavoro. Ma la tutela garantita dal diritto comunitario alla donna durante la gravidanza, e dopo il parto, non può dipendere dalla circostanza che la presenza dell'interessata, nel periodo corrispondente al suo congedo di maternità, sia indispensabile al buon funzionamento dell'impresa in cui essa lavora. Un'interpretazione opposta priverebbe le disposizioni della direttiva della loro pratica efficacia».

La Corte, pertanto, ha concluso che «(...) la risoluzione di un contratto a tempo indeterminato a motivo della gravidanza della lavoratrice non può essere giustificata per il fatto che l'impiegata si trova, in via meramente temporanea, nell'impossibilità di svolgere il lavoro per il quale era stata assunta» [21]. Mi sembra che quanto stabilito nella sentenza appena citata possa essere trasposto nel caso oggi in discussione escludendo, anche da questo punto di vista, l'applicabilità della deroga prevista dall'art. 2, n. 3, della direttiva.

32. Per tutte le considerazioni svolte in precedenza e tenuto conto della giurisprudenza richiamata, ritengo che si debba concludere nel senso che, per quanto riguarda il caso che qui interessa, una normativa nazionale, adottata in applicazione dell'art. 2, n. 3, della direttiva, che impedisce ad una donna incinta di svolgere determinate mansioni considerate pericolose per la sua salute o quella del nascituro non può essere utilmente invocata per giustificare un comportamento direttamente discriminatorio quale un rifiuto di assunzione motivato dal fatto che tale donna temporaneamente non potrebbe svolgere l'attività per la quale verrebbe assunta a tempo indeterminato. Un simile impiego della normativa nazionale sarebbe in netto contrasto con le finalità della

20 — Sentenza Webb, citata.

21 — Sentenza Webb, citata, punti 26 e 27.

disposizione comunitaria di cui rappresenta l'applicazione e priverebbe di qualsiasi efficacia la protezione accordata dalla direttiva alla maternità.

33. Ciò detto, ritengo opportuno fare a questo punto qualche osservazione su una questione sollevata durante l'udienza. Essa riguarda il problema degli oneri, a volte anche ingenti, che i datori di lavoro possono essere costretti a sopportare per assicurare alle donne incinte la parità di trattamento e garantire così la tutela della maternità. A tale proposito, infatti, ci si è chiesti se sia sempre necessario privilegiare il principio di non discriminazione oppure se, in determinate circostanze, possano giustificarsi delle eccezioni dirette a tenere conto anche delle esigenze dei datori di lavoro più deboli.

34. Indubbiamente, il fatto che, spesso, buona parte del peso della tutela della maternità ricada sui datori di lavoro è un problema reale e merita attenzione. Tuttavia, non ritengo che esso possa in qualche modo influenzare le conclusioni alle quali sono giunto in precedenza. La parità di trattamento tra uomo e donna, specie in situazioni come quelle che stiamo trattando, rappresenta un principio fondamentale dell'ordinamento comunitario che non può essere soggetto a restrizioni per la salvaguardia di tale tipo di esigenze.

35. Tra l'altro, almeno per quanto riguarda gli aspetti di natura economica, la giurisprudenza della Corte è molto chiara. La sentenza Dekker prevede espressamente che «(...) un rifiuto di assunzione dovuto alle conseguenze finanziarie di un'assenza per causa di gravidanza deve essere considerato fondato essenzialmente sull'elemento della gravidanza. Siffatta discriminazione non può giustificarsi con il danno finanziario subito dal datore di lavoro, in caso di assunzione di una donna incinta, durante tutto il periodo d'assenza per maternità» [22].

36. A mio parere, quindi, la questione sollevata durante l'udienza dovrebbe trovare risposta in azioni «positive» di tutela delle posizioni dei datori di lavoro più deboli da realizzarsi nell'ambito della politica sociale degli Stati membri; magari con il sostegno di un'attività di coordinamento a livello comunitario. Voglio solo aggiungere, a questo proposito, che la previsione di simili azioni non si porrebbe in necessaria contrapposizione con la tutela della donna. Anzi ritengo che, in tal modo, si rafforzerebbe la posizione di quest'ultima eliminando la ragione d'essere di molti comportamenti discriminatori.

22 — Sentenza Dekker, citata, punto 12.

Conclusioni

37. Sulla base delle considerazioni svolte in precedenza suggerisco alla Corte di rispondere nel modo seguente al quesito proposto dal Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern:

«Deve essere considerato una discriminazione inammissibile fondata sul sesso ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, il fatto che un datore di lavoro non assuma una candidata di per sé idonea a svolgere l'attività prevista per un posto vacante per il motivo che la candidata stessa, che è in stato interessante, durante la gravidanza non può essere assegnata fin dall'inizio al posto di lavoro previsto a tempo indeterminato a causa del divieto di impiego in determinate attività sancito dalla legge per la tutela della maternità».