CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentate il 5 febbraio 1998 *

Indice

I. La controversia dinanzi ai giudici nazionali ..... I -4188

II. Le questioni pregiudiziali ..... I -4190

III. La legislazione comunitaria ..... I -4191

IV. La normativa nazionale ..... I -4192

V. Osservazioni presentate nel procedimento pregiudiziale ..... I -4195

VI. Esame delle questioni pregiudiziali ..... I -4197

A. Osservazioni preliminari ..... I -4197

B. La giurisprudenza della Corte di giustizia in ordine all'applicazione dei diritti lavorativi disciplinati dalla direttiva 76/207 alle lavoratrici gestanti o puerpere ..... I -4201

1) Le sentenze Dekker e Hertz, in cui la Corte ha affermato che era discriminatorio rifiutare di procedere all'assunzione di una donna gestante ma non licenziarla a causa della sua incapacità lavorativa iniziata dopo il congedo per maternità, anche se la malattia sia stata causata dal parto. ..... I -4201

2) La sentenza Habermann-Beltermann, in cui la Corte ha ritenuto discriminatorio il fatto che un contratto di lavoro sia dichiarato nullo o sia risolto come conseguenza del divieto legale di lavoro notturno per le donne gestanti. ..... I -4207

3) La sentenza Webb, in cui la Corte ha ritenuto che la situazione di una donna gestante, impossibilitata a svolgere il lavoro per il quale era stata assunta, non sia paragonabile a quella di un uomo che si trovi nella medesima situazione di incapacità per ragioni di salute o di altra natura. ..... I -4208

4) La sentenza Larsson, con cui la Corte sembra aver ritenuto che non risulta discriminatorio prendere in considerazione, agli effetti del licenziamento, l'incapacità al lavoro della donna provocata dalla gravidanza prima dell'inizio del congedo di maternità ..... I -4209

* Lingua originale: lo spagnolo.

C. Sulla prima questione pregiudiziale sollevata dalla House of Lords: il licenziamento della donna gestante per incapacità lavorativa provocata dalla gravidanza ..... I -4213

D. Sulla seconda questione pregiudiziale sollevata dalla House of Lords: il licenziamento di una gestante durante il periodo in cui, se fosse stata in possesso dei requisiti imposti dalla normativa nazionale, avrebbe potuto assentarsi dal lavoro per gravidanza o per maternità ..... I -4219

VII. Conclusione ..... I -4222

1. Se sia in contrasto col diritto comunitario e, in concreto, con le disposizioni della direttiva 76/207/CEE [1] (in prosieguo: la «direttiva 76/207»), il fatto che un datore di lavoro licenzi una lavoratrice in stato interessante a causa dell'incapacità lavorativa provocata dalla gravidanza, la cui durata abbia superato il periodo di tempo che, in forza delle clausole del contratto di lavoro, comporta il licenziamento dei lavoratori a causa di malattia. Questa è, in termini generali, la questione pregiudiziale sollevata, nella presente causa, dalla House of Lords.

I. La controversia dinanzi ai giudici nazionali

2. I fatti, così come figurano descritti nell'ordinanza di rinvio, sono i seguenti: la signora Brown, ricorrente nella causa principale, prestava attività lavorativa come autista presso la ditta Rentokil Limited, ora divenuta Rentokil Initial UK Limited (in prosieguo: la «Rentokil»), convenuta nella stessa causa. La sua attività principale consisteva, principalmente, nel trasporto e nella sostituzione di unità «Sanitact» in negozi ed altri centri. Nell'agosto 1990, rimasta in stato interessante, ne dava comunicazione alla società.

In seguito, la gravidanza subiva complicazioni per una serie di cause tra loro connesse che non risultano negli atti. A partire dal 16 agosto 1990 ella presentava in successione certificati della durata di quattro settimane ciascuno, in cui venivano via via diagnosticati «sintomi di gravidanza», «emorragie dovute alla gravidanza», o «dolori dorsali provocati dalla gravidanza». Da allora e fino al momento del licenziamento, la ricorrente è rimasta in stato di incapacità lavorativa.

3. La convenuta aveva inserito nel contratto di lavoro una clausola, in forza della quale qualsiasi dipendente, uomo o donna, che rimanesse in stato di incapacità lavorativa ininterrottamente per oltre 26 settimane, sarebbe stato licenziato. Il 9 novembre 1990 la signora Brown aveva un colloquio con due dirigenti della società, che le comunicavano che era già trascorsa la metà di tale periodo e le ricordavano che, se l'8 febbraio dell'anno

1 — 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).

successivo non avesse ripreso il suo lavoro, la società avrebbe considerato risolto il rapporto di lavoro, previa una visita medica da effettuarsi presso un medico indipendente che confermasse la sua idoneità al lavoro. Tali punti le venivano confermati in una lettera in pari data.

La ricorrente non riprendeva il lavoro dopo aver ricevuto tale lettera. Le parti sono concordi nell'asserire che non si è mai prospettata la possibilità che riprendesse l'attività lavorativa prima della scadenza del periodo di 26 settimane.

4. Sulla base della clausola menzionata, la ricorrente veniva licenziata con lettera del 30 gennaio 1991, con effetto dall'8 febbraio successivo, mentre si trovava ancora in gravidanza. Il parto avveniva il 22 marzo 1991.

5. Nell'ordinanza di rinvio, il giudice nazionale precisa che supponendo che il 22 marzo 1991 fosse stata la data prevista per il parto, se la ricorrente avesse potuto vantare due anni di anzianità di servizio al 30 dicembre 1990, ella avrebbe avuto diritto ad assentarsi dal lavoro per gravidanza dall'inizio dell'undicesima settimana precedente il parto [2] e a riprendere il lavoro in qualsiasi momento entro le 29 settimane successive al parto stesso (right to return to work). Dato che la sua anzianità di servizio non lo consentiva, la ricorrente non ha potuto beneficiare di tali diritti. Se non fosse stata licenziata, avrebbe avuto diritto a riscuotere la prestazione di maternità a carico del datore di lavoro.

6. L'Industrial Tribunal respingeva la domanda della ricorrente contro il licenziamento basata sull'esistenza di una discriminazione in base al sesso, affermando che «è evidente che quando, come nel caso di specie, un'assenza sia dovuta a malattia connessa alla gravidanza, ma abbia avuto inizio molto tempo prima dell'applicabilità delle disposizioni relative alla prestazione di maternità e sia perdurata successivamente senza soluzione di continuità con conseguente licenziamento, tale situazione non può essere automaticamente qualificata come discriminatoria in quanto il licenziamento sia stato dovuto alla gravidanza».

7. Con sentenza 23 marzo 1992, l'Employment Appeal Tribunal respingeva l'appello della signora Brown. Tale organo giurisdizionale si è ritenuto vincolato dalla sentenza pronunciata nel 1992 dalla Court of Appeal nella causa Webb/EMO Air Cargo UK Limited e ha dichiarato che il giudice di primo grado era giunto, allo stato attuale del diritto, a conclusioni corrette.

8. Pronunciando la sentenza della sezione straordinaria della Court of Session (Tribunale Superiore di Scozia in materia civile), in

2 — In forza di quanto previsto all'art. 33 dell'Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (legge sulla tutela del lavoro dipendente, versione consolidata).

data 18 gennaio 1995, Lord Allanbridge ha sostenuto che nel caso della signora Brown non sembrava configurarsi, ad un primo esame, una discriminazione ai sensi del Sex Discrimination Act del 1975. Egli ha affermato, più avanti, che la netta distinzione tracciata dalla Corte di giustizia nella sentenza Hertz [3] tra gravidanza e malattie imputabili alla gravidanza risultava applicabile al ricorso proposto dalla signora Brown. Pertanto, la ricorrente, la cui assenza dal lavoro era dovuta ad una malattia, e che era stata licenziata a seguito di tale malattia nel febbraio 1991, non poteva vedere accolto il proprio ricorso, tenuto conto dei fatti che ricorrevano nel caso di specie.

II. Le questioni pregiudiziali

9. Allo scopo di risolvere questa controversia, di cui è stata investita a seguito di ricorso contro la sentenza 18 gennaio 1995, la House of Lords, dopo aver sentito gli argomenti delle parti, ha sollevato dinanzi alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. a) Se il licenziamento di una lavoratrice in stato interessante, in qualsiasi momento durante il periodo di gravidanza, a seguito di assenza dovuta a malattia derivante dalla gravidanza medesima si ponga in contrasto con gli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva 76/207 ("la direttiva sulla parità di trattamento");

b) se, ai fini della soluzione alla questione 1, sub a), rilevi la circostanza che la lavoratrice sia stata licenziata sulla base di una clausola contrattuale che consenta al datore di lavoro di procedere al licenziamento dei dipendenti, indipendentemente dal loro sesso, in caso di assenza continuata al di là di un determinato numero di settimane;

2. a) Se sia contrario agli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva sulla parità di trattamento procedere, a seguito di assenza dovuta a malattia derivante dalla gravidanza, al licenziamento di una lavoratrice che, non avendo prestato attività lavorativa per la durata minima stabilita dalla normativa nazionale, non abbia maturato il diritto di assentarsi dal lavoro per gravidanza o maternità per il periodo previsto dalla normativa nazionale, qualora il licenziamento intervenga in tale periodo;

b) se, ai fini della soluzione alla questione 2, sub a), rilevi la circostanza che la lavoratrice sia stata licenziata sulla base di una clausola contrattuale che consenta al datore di lavoro di procedere al licenziamento dei dipendenti, indipendentemente dal loro sesso, in caso di assenza continuata al di là di un determinato numero di settimane».

3 — Sentenza 8 novembre 1990, causa C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund «Hertz» (Racc. pag. I-3979).

III. La legislazione comunitaria

Le disposizioni comunitarie la cui interpretazione si rende necessaria per risolvere la presente controversia si trovano tutte nella direttiva 76/207 e sono l'art. 2, nn. 1 e 3, e l'art. 5, nn. 1 e 2, il cui tenore è il seguente:

«Articolo 2

1. Ai sensi delle seguenti disposizioni il principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia.

2. (...)

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

«Articolo 5

1. L'applicazione del principio della parità 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.

2. A tal fine, gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché:

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

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

c) (...)».

10. Il 19 ottobre 1992, il Consiglio ha emanato la direttiva 92/85/CEE [4], diretta a tutelare la sicurezza e la salute delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (in prosieguo: la «direttiva 92/85»), che obbliga gli Stati membri ad emanare, entro il 19 ottobre 1994, tra l'altro, le disposizioni necessarie perché le lavoratrici fruiscano di un periodo di congedo di maternità di almeno quattordici settimane ininterrotte, ripartite prima e/o dopo il parto, due delle quali dovranno essere obbligatorie. Stabilisce pure il divieto di licenziamento di lavoratrici gestanti, nei seguenti termini:

«Articolo 10

(...)

1) Gli Stati membri adottano le misure necessarie per vietare il licenziamento delle lavoratrici (...) (gestanti, puerpere o in periodo di allattamento) nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità (...) tranne nei casi eccezionali non connessi al loro stato ammessi dalle legislazioni e/o prassi nazionali e, se del caso, a condizione che l'autorità competente abbia dato il suo accordo;

(...)».

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'art. 16, paragrafo 1, della direttiva 89/391/CEE) (GU L 348, pag. 1).

11. Tuttavia, dato che la signora Brown è stata licenziata all'inizio del 1991, non è necessario interpretare tali disposizioni.

IV. La normativa nazionale

12. Le disposizioni nazionali applicabili alla causa principale figurano nel Sex Discrimination Act 1975 (in prosieguo: la «legge del 1975»), nell'Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (in prosieguo: la «legge del 1978») e nel Social Security Act 1986 (in prosieguo: la «legge del 1986»).

La legge del 1975, stabilisce, agli artt. 1 e 5, che una donna risulta discriminata in base al sesso se, ai fini di detta legge, riceve un trattamento peggiore di quello che riceve un uomo. Il raffronto fra le fattispecie di persone di sesso o di stato civile diversi deve realizzarsi in modo che le circostanze siano in ambo i casi uguali o non siano materialmente diverse.

Riguardo ai diritti attinenti alla gravidanza e alla maternità, la legge del 1978 stabiliva, nel

momento in cui è avvenuto il licenziamento della signora Brown, che una dipendente che rimane assente dal lavoro a causa della gravidanza o del parto ha diritto a tornare al proprio posto, purché ricorrano le seguenti condizioni:

— essa continui ad essere dipendente, prescindendo dal fatto che sia o meno presente in servizio, all'inizio dell'undicesima settimana che precede la data presunta del parto;

— all'inizio di detta undicesima settimana abbia maturato un'anzianità di servizio non inferiore a due anni;

— informi il datore di lavoro, per iscritto, almeno ventun giorni prima di sospendere la sua attività:

— del fatto che la sua assenza sarà dovuta alla gravidanza o al parto,

— del fatto di avere intenzione di tornare al proprio posto,

— della settimana in cui è previsto il parto o, se quest'ultimo è già avvenuto, della data del parto stesso;

— presenti, a richiesta del datore di lavoro, un certificato medico da cui risulti la settimana prevista per il parto.

Per quanto riguarda il licenziamento, la legge del 1978 stabiliva, al momento in cui avvenivano i fatti della causa principale, che una dipendente doveva considerarsi licenziata in modo illecito qualora il motivo diretto o indiretto del licenziamento consistesse nel fatto di essere gestante, a meno che, alla data in cui è divenuto effettivo il licenziamento, ella risultasse incapace, a causa della gravidanza, di effettuare adeguatamente il suo lavoro, ovvero se, a causa della gravidanza, non potesse continuare il lavoro dopo tale data, senza violazione, da parte della lavoratrice o del suo datore di lavoro, di un dovere o di una restrizione imposti da una disposizione di legge. Il giudice nazionale precisa che, al momento in cui si sono verificati i fatti della causa principale, per poter avvalersi del diritto di non essere licenziata in modo illecito, la signora Brown avrebbe dovuto poter vantare due anni ininterrotti di servizio, condizione che non si verificava.

La modifica, intervenuta successivamente, delle disposizioni di detta legge che disciplinano il licenziamento senza giusta causa, al fine di recepire le disposizioni della direttiva 92/85, è entrata in vigore il 10 giugno 1994.

Da ultimo, per quanto rileva nel caso di specie, la legge del 1986 stabilisce che la lavoratrice dipendente avrà diritto a percepire la prestazione di maternità a carico del datore di lavoro, se soddisfa le seguenti condizioni:

— sia rimasta al servizio del datore di lavoro per un periodo minimo di ventisei settimane anteriormente alla quattordicesima settimana che precede la data presunta del parto, qualora sospenda la sua attività, totalmente o parzialmente, a causa della gravidanza o del parto;

— abbia percepito, durante le otto settimane antecedenti alla quattordicesima settimana che precede la data presunta del parto, un salario settimanale non inferiore al salario minimo vigente prima dell'inizio di tale quattordicesima settimana;

— sia giunta all'inizio dell'undicesima settimana precedente la data presunta del parto o abbia partorito prima di tale momento,

— e abbia comunicato al datore di lavoro la sospensione della sua attività lavorativa a causa della gravidanza o del parto.

La prestazione di maternità sarà effettuata per un periodo massimo di diciotto settimane, che inizia, normalmente, nell'undicesima settimana che precede la data presunta del parto, ma non oltre la sesta settimana. Si prevedono due tipi di prestazioni, dette al livello superiore e a livello inferiore. Il livello superiore è pari ai nove decimi del normale salario settimanale della donna nel periodo di otto settimane antecedente alla quattordicesima settimana che precede la data presunta del parto; il livello inferiore, il cui importo è fisso, si applica quando risulta più elevato del livello superiore. La donna che, durante due anni ininterrotti prima dell'inizio della quattordicesima settimana che precede la presunta data del parto, ha lavorato per conto di un datore di lavoro che risulti obbligato a pagarle la prestazione, la percepirà al livello superiore durante le prime sei settimane e al livello inferiore per il resto. La donna vincolata al suo datore di lavoro da un contratto di lavoro che comporti una prestazione lavorativa inferiore a sedici ore settimanali non avrà diritto a percepire la prestazione al livello superiore. La donna che abbia diritto alla prestazione di maternità senza poter pretendere che le sia pagata quella del tipo superiore, la percepirà al livello inferiore.

Secondo quanto risulta agli atti, l'importo della prestazione di maternità al livello inferiore era pari, nel 1996, a 54,55 UKL alla settimana [5].

5 — Social Security Benefits Up-rating Order 1996, SI 1996/599, artt. 1, n. 2, lett. c), e 10, a partire dal 7 aprile 1996. L'importo anteriore era pari a 52,50 UKL [Social Security Benefits Up-rating order 1995, SI 1995/559, art. (10)]. Non risulta dagli atti l'importo vigente all'epoca dei fatti della causa principale.

V. Osservazioni presentate nel procedimento pregiudiziale

13. Hanno presentato osservazioni scritte, entro il termine stabilito all'uopo dall'art. 20 dello Statuto (CE) della Corte di giustizia, nonché all'udienza, difese orali, la ricorrente e la convenuta nella causa principale, il governo del Regno Unito e la Commissione.

14. La ricorrente, sulla base della giurisprudenza di codesta Corte, che esaminerò più avanti, ritiene che il licenziamento di una donna incinta per incapacità lavorativa provocata dalla gravidanza sia contrario alla direttiva 76/207 e costituisca una discriminazione diretta in base al sesso, dato che la gravidanza è una condizione che riguarda solo le donne. Ella ritiene che sia parimenti contrario a detta direttiva licenziare una lavoratrice gestante per incapacità lavorativa dovuta al suo stato, quando non può fruire del diritto ad assentarsi dal lavoro per gravidanza o parto, durante un determinato periodo, per non poter vantare l'anzianità di servizio necessaria, se il licenziamento avviene durante tale periodo. Ella sostiene, da ultimo, che il fatto che il licenziamento sia avvenuto per applicazione di una clausola contrattuale che consente al datore di lavoro di licenziare un lavoratore, indipendentemente dal sesso di questo, quando è rimasto ininterrottamente assente per un determinato numero di settimane, non ha alcuna incidenza su tali valutazioni.

15. La convenuta chiarisce che, se si detraggono undici settimane dalla data prevista per il parto della signora Brown, si ottiene la data in cui dovevano essere valutati i suoi diritti lavorativi. Dato che il 30 dicembre 1990 non poteva dimostrare di aver lavorato per due anni ininterrotti nell'impresa, l'interessata non poteva fruire del diritto di assentarsi dal lavoro per maternità e di tornare al suo posto, né poteva avvalersi delle disposizioni in materia di licenziamento illecito destinate a tutelare le donne gestanti contro il licenziamento motivato dal loro stato. Ella aveva, tuttavia, diritto a percepire la prestazione di maternità al livello inferiore, a carico dello Stato.

Essa asserisce che, date le circostanze nelle quali si trovava la signora Brown, il licenziamento di questa non era dovuto al fatto che era rimasta incinta, bensì alla anormalità che presentava la sua gravidanza, che le ha impedito di lavorare a partire dall'ottava settimana circa. La durata della sua incapacità lavorativa è stata superiore a quella prevedibile in circostanze normali, ricadendo nella sua totalità fuori del periodo che viene concesso perché la donna si assenti dal lavoro per gravidanza o parto. Il motivo del licenziamento risiede nel fatto che la signora Brown si era ammalata durante la sua gravidanza e nel fatto che la sua incapacità lavorativa aveva superato il periodo di ventisei settimane.

Sul fondamento della medesima giurisprudenza sulla quale si basa la ricorrente per giungere alla conclusione contraria, essa sostiene che la clausola che figura nei contratti di lavoro conclusi con i propri dipendenti e che permetteva il licenziamento della signora Brown, al compimento delle ventisei

settimane di assenza, non è discriminatoria. Per dimostrarlo, essa adduce l'esempio del datore di lavoro che assume tre gestanti. La prima, di costituzione forte, non presenta alcuna assenza dal lavoro sino all'inizio del periodo nel quale può assentarsi dal lavoro per gravidanza o parto; la seconda, presenta qualche assenza giustificata da problemi di salute in relazione alla gravidanza, prima di iniziare tale periodo di assenza; la terza sarebbe la signora Brown, la cui incapacità lavorativa provocata dalla gravidanza ha superato le ventisei settimane e che è stata licenziata alle stesse condizioni di un dipendente di sesso maschile che sia stato assente per malattia per un identico periodo di tempo. Perché si dovrebbe qualificare un siffatto comportamento come discriminatorio in base al sesso? Per contro, concedere alla signora Brown un trattamento diverso da quello che si concede alle altre gestanti o ai dipendenti di sesso maschile, equivarrebbe ad introdurre una discriminazione positiva applicabile unicamente ad un certo gruppo di donne gestanti e non alla generalità di esse.

Essa sostiene che si deve distinguere tra una malattia come quella che ha colpito la signora Brown, che le ha impedito di lavorare praticamente per l'intero periodo della gestazione, e i cosiddetti «rischi normali della gravidanza», fra cui cita, a mo' di esempio, le nausee mattutine all'inizio della gravidanza e la stanchezza verso la fine, disturbi che, per di più, non sono propri di tutte le gravidanze. La soluzione da fornire alla House of Lords dovrebbe basarsi, a suo avviso, su questa distinzione.

Riguardo al fatto che la signora Brown è stata licenziata quando, se avesse potuto vantare l'anzianità sufficiente, avrebbe avuto diritto ad assentarsi per la sua imminente maternità, la convenuta ritiene che, conformemente al diritto comunitario vigente all'epoca, spettasse in via esclusiva agli Stati membri stabilire le condizioni alle quali la donna aveva diritto a fruire di un periodo di assenza, come la durata di esso. Esercitando tale prerogativa, la normativa britannica richiedeva un'anzianità di servizio di due anni. Comunque, la signora Brown è stata licenziata per avere accumulato il numero di settimane di assenza per infermità stabilito nel suo contratto di lavoro e non per le sue assenze nel breve periodo nel quale, se avesse avuto il diritto di assentarsi dal lavoro, avrebbe potuto esercitarlo.

16. Il governo del Regno Unito rileva che la durata del periodo in cui la signora Brown si è trovata in stato di temporanea incapacità lavorativa, dovuta alla gravidanza, è nettamente superiore alla durata prevista dal diritto nazionale perché la donna si assenti dal lavoro per gravidanza e parto. Esso asserisce che, per risolvere le questioni pregiudiziali sollevate, si deve distinguere il licenziamento a causa dei rischi normali e degli abituali disturbi che accompagnano la gravidanza e il parto, ad esempio, il fatto di assentarsi dal lavoro per gli esami medici di routine, assenze minori dovute alle nausee mattutine e a quelle che precedono o seguono immediatamente il parto, dal licenziamento di una donna che avvenga per malattia, connessa o meno alla gravidanza. Nel primo caso, il licenziamento costituirà una discriminazione diretta in base al sesso,

mentre, nel secondo, sarà un licenziamento lecito purché un lavoratore di sesso maschile con una incapacità lavorativa di durata analoga non riceva un trattamento più favorevole. A suo parere, spetta al giudice nazionale valutare se il periodo in cui la signora Brown è stata assente sia giustificato da un rischio della gravidanza.

17. La Commissione asserisce che non vi è alcun motivo obiettivo per distinguere, nell'ambito del periodo della gravidanza, al fine di concedere loro un trattamento distinto, il periodo che trascorre prima che la lavoratrice possa assentarsi dal lavoro da quello che va da tale momento fino al parto. Non le sembra neppure giustificato distinguere tra i licenziamenti motivati da una gravidanza e i licenziamenti motivati dalla incapacità lavorativa provocata dalla gravidanza, purché avvengano mentre la lavoratrice è ancora incinta, dato che i problemi di salute provocati dalla gravidanza sono dovuti ad una situazione che riguarda specificamente le donne, tanto prima di assentarsi dal lavoro quanto nel corso del periodo di assenza. L'applicazione alle lavoratrici che si trovino nella situazione della signora Brown della regola applicabile ai lavoratori in generale, in caso di malattia, costituisce una discriminazione nei confronti delle donne, dato che si tratta di situazioni diverse.

Essa aggiunge che questa posizione trova conferma nell'art. 10 della direttiva 92/85, che vieta il licenziamento delle lavoratrici nel periodo che va dall'inizio della gravidanza fino al termine del congedo di maternità. A prescindere dal fatto che non era ancora scaduto il termine perché gli Stati membri recepissero tale direttiva nel proprio ordinamento interno, nel periodo in cui si sono verificati i fatti della causa principale, occorre tener conto delle sue disposizioni nell'interpretare la direttiva 76/207.

VI. Esame delle questioni pregiudiziali

A. *Osservazioni preliminari*

18. Prima di affrontare la problematica sollevata dalle questioni pregiudiziali vorrei fare alcune osservazioni.

19. La prima riguarda l'ordinanza di rinvio, che risulta particolarmente laconica nei dettagli forniti sui fatti della causa principale. Non si dice, ad esempio, da quanto tempo la signora Brown fosse in stato interessante quando ha avuto inizio la sua incapacità lavorativa, né quale fosse la data prevista per il parto, né se la sua fosse una gravidanza a rischio. Ritengo, inoltre, che i motivi che, a quanto pare, risultano nelle successive comunicazioni di assenza, e cioè, «sintomi di gravidanza», «emorragie dovute alla gravidanza» e «dolori dorsali provocati dalla gravidanza», se erano gli unici, siano soprattutto il primo

e il terzo, molto poco convincenti perché un medico certificasse ripetutamente l'assenza della lavoratrice per ventisei settimane ininterrotte. Non risulta neppure che la signora Brown si sia sottoposta all'esame medico indipendente previsto alla fine delle ventisei settimane, né, in caso affermativo, quale ne sia stato l'esito.

Ritengo che la finalità di tale esame risieda nella possibilità, per l'impresa, di disporre di un parere indipendente sulle possibilità di cura del lavoratore in vista della sua reintegrazione nel posto di lavoro in un futuro più o meno immediato, procedendo al suo licenziamento qualora il risultato dell'esame faccia prevedere che tale reintegrazione non possa avvenire a breve né a medio termine. In caso contrario, esso apparirebbe più un licenziamento disciplinare per malattia che un licenziamento giustificato da una eccessiva onerosità sopravvenuta per il datore di lavoro.

Qualora l'incapacità lavorativa della signora Brown fosse stata provocata, effettivamente, dalla gravidanza, e non vi è motivo per ritenere che non sia così, sembra logico supporre che questa incapacità dovesse venir meno al momento del parto. Perché, allora l'interessata è stata licenziata un mese e mezzo prima del parto? Semplicemente perché era rimasta già assente ventisei settimane, o perché invece la legge nazionale non le concedeva neppure il diritto alla reintegrazione dopo il parto, per mancanza del requisito dei due anni di anzianità di servizio?

Si tratta, senza dubbio, di dati di fatto che spetta al giudice nazionale valutare alla luce della interpretazione del diritto comunitario data dalla Corte di giustizia. Devo ammettere, tuttavia, che sarebbe stato utile poterne disporre.

20. La seconda osservazione attiene all'esigenza che vengano delimitati, una volta per tutte, i rispettivi ambiti di applicazione delle direttive 76/207 e 92/85, alla luce del contenuto delle loro disposizioni e della loro finalità [6]. La convenuta nella causa principale asserisce che le ripercussioni della sentenza da pronunciare nella presente causa saranno molto limitate, giacché la direttiva 92/85 impone agli Stati membri l'obbligo di vietare, al più tardi a decorrere dal 19 ottobre 1994, il licenziamento della lavoratrice gestante, in puerperio o in periodo di allattamento. A suo parere, la signora Brown è stata semplicemente sfortunata dato che, quando è stata licenziata, tale direttiva non era stata ancora emanata.

Non posso condividere tale tesi, giacché le disposizioni di entrambe le direttive sono diverse e diverse sono altresì le finalità da esse perseguite.

21. Infatti, la direttiva 76/207, il cui fondamento giuridico risiede nell'art. 235 del

6 — Tale esigenza è stata già rilevata quando la direttiva 92/85 era solo un progetto, da Shaw, J.: «Pregnancy discrimination in sex discrimination», *European Law Review*, 1991, pagg. 313-320, in particolare pag. 318.

Trattato CE, costituisce un'azione della Comunità ritenuta necessaria, a suo tempo, per attuare il principio della parità di trattamento tra uomini e donne, sia per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e promozione professionali, sia per quanto riguarda le altre condizioni di lavoro [7]. Le uniche eccezioni consentite al principio della parità di trattamento figurano all'art. 2, nn. 2, 3 e 4, e consistono, in concreto, nelle attività lavorative, per le quali, in considerazione della loro natura, il sesso rappresenti una condizione determinante; nelle disposizioni relative alla tutela della donna, specialmente per quanto riguarda la gravidanza e il puerperio; nelle misure volte a promuovere la pari opportunità tra uomini e donne al fine, in particolare, di porre rimedio alle disparità di fatto che pregiudicano le opportunità delle donne nelle materie disciplinate dalla direttiva. Si tratta, in ogni caso, di misure la cui disciplina, allo stato attuale del diritto comunitario, spetta agli Stati membri.

22. La direttiva 92/85, invece, prende come base giuridica l'art. 118 A del Trattato, che obbliga il Consiglio a stabilire, mediante direttive, le disposizioni minime per promuovere il miglioramento, in particolare, dell'ambiente di lavoro, per tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori; è la decima direttiva specifica adottata ai sensi dell'art. 16, n. 1, della direttiva 89/391/CEE [8], il cui art. 15 dispone che i gruppi a rischio particolarmente esposti devono essere protetti dagli specifici pericoli che li riguardano.

La finalità della direttiva 92/85 è l'applicazione di misure per promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento. Essa ha quindi un contenuto nettamente di tutela, stabilendo un trattamento differenziato a favore della donna che si trovi in una di queste situazioni. Lo stesso legislatore ammette, nel nono 'considerando' della motivazione, che tale protezione non deve svantaggiare le donne sul mercato del lavoro né pregiudicare la direttive in materia di parità di trattamento tra uomini e donne.

Come già ha affermato la Corte nella sentenza Webb [9], in considerazione dei rischi che un eventuale licenziamento fa pesare sullo stato fisico e psichico delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, ivi compreso il rischio particolarmente grave di spingere la lavoratrice gestante ad interrompere volontariamente la gravidanza, il legislatore comunitario, ai sensi dell'art. 10 della direttiva 92/85, ha previsto una protezione specifica per la donna, sancendo il divieto di licenziamento nel periodo

7 — Terzo 'considerando' della motivazione.

8 — Direttiva del Consiglio 12 giugno 1989, 89/391/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro (GU L 183, pag. 1).

9 — Sentenza 14 luglio 1994, causa C-32/93, Webb (Racc. pag. I-3567, punti 21 e 22).

compreso fra l'inizio della gravidanza ed il termine del congedo di maternità, senza che sia stata prevista alcuna eccezione a tale divieto nel corso di detto periodo, tranne in casi eccezionali non connessi allo stato dell'interessata.

23. È vero che, una volta recepito nel diritto interno degli Stati membri il divieto di licenziamento stabilito dall'art. 10 della direttiva 92/85, non sarà più necessario applicare l'art. 5 della direttiva 76/207, che stabilisce il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento, ai casi in cui la donna sia stata licenziata mentre era incinta.

Tuttavia, il divieto di licenziamento che figura all'art. 10 della direttiva 92/85 non risolve il problema della donna che sia tornata al lavoro del tutto normalmente dopo aver terminato il congedo di maternità e che venga licenziata per essersi trovata in stato di incapacità lavorativa durante l'anno precedente, in modo discontinuo per il numero di settimane stabilito dalla normativa nazionale; in tale caso, la donna viene licenziata alle stesse condizioni di un uomo che è stato ammalato per un ugual numero di settimane, quando alla lavoratrice si computa il periodo in cui ha dovuto rimanere a riposo per prescrizione medica perché, ad esempio, la sua gravidanza presentava un rischio di aborto?

Questo è il motivo per cui l'art. 5 della direttiva 76/207 e la giurisprudenza interpretativa della Corte continueranno ad essere essenziali per chiarire la questione se possano sommarsi i periodi in cui una donna incinta sia stata nell'impossibilità di lavorare a seguito della sua gravidanza, nonché i periodi anteriori alla gravidanza e quelli successivi al congedo per maternità, allo scopo di calcolare le assenze dal lavoro tali da giustificare un licenziamento.

24. La terza osservazione riguarda la giurisprudenza della Corte relativa all'interpretazione del principio della parità di trattamento stabilito dalla direttiva 76/207, quando sono in gioco i diritti lavorativi delle lavoratrici gestanti o puerpere. Può non sembrare, a prima vista, straordinario che le sole quattro sentenze pronunciate in questa materia prima della scadenza del termine per presentare osservazioni scritte nella presente causa e cioè, la sentenza Dekker [10], la sentenza Hertz [11], la sentenza Habermann-Beltermann [12], e la sentenza Webb [13], siano servite alle parti nella causa principale, al governo del Regno Unito e alla Commissione per difendere posizioni tanto contrastanti tra loro. Ciò che è certo ancor più sorprendente, e perfino preoccupante, è il fatto che tutti si basano sugli stessi punti per sostenere le rispettive tesi.

Ritengo quindi che, oltre a risolvere le questioni pregiudiziali proposte dalla House of

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

11 — Citata alla precedente nota 3.

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

13 — Citata alla precedente nota 9.

Lords, la Corte debba chiarire la giurisprudenza esistente, al fine di garantire la certezza del diritto. Da parte mia, passerò in rassegna tali sentenze e proporrò l'interpretazione che, a mio parere, ad esse va data.

B. *La giurisprudenza della Corte di giustizia in ordine all'applicazione dei diritti lavorativi disciplinati dalla direttiva 76/207 alle lavoratrici gestanti o puerpere*

1) Le sentenze Dekker e Hertz, in cui la Corte ha affermato che era discriminatorio rifiutare di procedere all'assunzione di una donna gestante ma non licenziarla a causa della sua incapacità lavorativa iniziata dopo il congedo per maternità, anche se la malattia sia stata causata dal parto.

25. L'8 novembre 1990, la Corte ha pronunciato due sentenze che hanno avuto un grande impatto nell'ambito del diritto sociale comunitario relativo all'applicazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro. Esse sono state le prime ad impostare l'interpretazione della direttiva 76/207 e, più specificamente, del diritto di accesso al lavoro o alla conservazione del posto di lavoro in relazione a situazioni così esclusivamente femminili come la gravidanza e il puerperio. Ambedue illustrano bene la tesi sostenuta da Lucinda M. Finley, che può riassumersi nella seguente affermazione: «*The fact that women bear children and men do not has been the major impediment to women becoming fully integrated into the public world of the workplace*» (Il fatto che la donna partorisca e l'uomo no è stato il maggiore ostacolo alla piena integrazione della donna nel mondo del lavoro) [14].

26. Si tratta delle sentenze Dekker [15] e Hertz [16]. Nella prima, la Corte ha risolto la questione pregiudiziale sottopostale dallo Hoge Raad dei Paesi Bassi, investito di una causa in cui la signora Dekker, candidata ad un posto di insegnante in un centro di formazione per giovani, che aveva informato la commissione incaricata di effettuare la selezione di essere al terzo mese di gravidanza e che era stata proposta da detta commissione come la candidata più idonea per assumere l'incarico, ricorreva contro il rifiuto di assumerla da parte del datore di lavoro per il motivo che era già incinta al momento della presentazione della sua candidatura. Tale rifiuto interveniva dopo che il datore di lavoro aveva accertato che il suo ente assicuratore non gli garantiva il rimborso delle indennità giornaliere che avrebbe dovuto pagare alla lavoratrice durante la sua assenza per gravidanza o parto. Infatti, la legge nazionale vigente concedeva all'ente assicuratore la facoltà di rifiutare, in tutto o in parte, il rimborso delle indennità giornaliere al datore di lavoro nel caso in cui l'incapacità del dipendente di svolgere le sue mansioni fosse intervenuta entro i sei mesi successivi all'assunzione, purché, a tale data, lo stato di salute del lavoratore permettesse di prevedere il verificarsi dell'incapacità entro tale termine.

14 — Finley, L. M.: «Transcending Equality Theory: A Way out of the Maternity and the Workplace Debate», *Columbia Law Review*, Vol. 86: 1118, pag. 1119.

15 — Citata supra, alla nota 10.

16 — Citata supra, alla nota 3.

Poiché nessuna eccezione era stata stabilita per i casi di gravidanza, l'incapacità di svolgere un'attività lavorativa per maternità equivaleva all'incapacità di svolgere un'attività lavorativa per malattia prevedibile.

Il giudice nazionale chiedeva, per quanto rileva nel presente caso, se risultasse contrario al principio della parità di trattamento stabilito nella direttiva 76/207 il rifiuto del datore di lavoro di assumere una lavoratrice in tali circostanze.

27. Nella seconda sentenza, la questione pregiudiziale era stata sollevata dallo Højesteret di Danimarca, al fine di risolvere la controversia dinanzi ad esso pendente tra la signora Hertz e il suo ex datore di lavoro, la Aldi Marked K/S. La lavoratrice era stata assunta nel luglio 1982 come cassiera e commessa a tempo parziale. Nel giugno del 1983, dopo una gravidanza travagliata per lo più trascorsa, col consenso del datore di lavoro, in assenza per malattia, ella partorì. Alla fine del 1983, al termine del suo congedo per maternità, la signora Hertz tornò al suo posto senza più assentarsi fino al giugno 1984. Nel corso dell'anno successivo, ella rimase assente per malattia per cento giorni lavorativi, ragion per cui venne licenziata dalla società che sosteneva che era prassi normale licenziare i lavoratori frequentemente assenti per malattia. Era pacifico tra le parti che le assenze della ricorrente tra il giugno 1984 e il giugno 1985 erano dovute alle conseguenze del parto, avvenuto nel 1983.

Il giudice nazionale chiedeva se il combinato disposto dell'art. 5, n. 1, e dell'art. 2, n. 1, della direttiva 76/207 riguardasse anche il licenziamento in seguito ad assenze dovute ad una malattia causata da una gravidanza o da un parto e, in caso di risposta affermativa, se la tutela contro i licenziamenti a seguito di una malattia causata da una gravidanza o da un parto fosse valida senza limiti di tempo.

28. L'avvocato generale Darmon, che ha presentato conclusioni comuni per ambedue le cause, ha fatto una preziosa riflessione generale sulla maternità e sul posto da riservare ad essa, alla luce del principio della parità di trattamento tra uomini e donne, nella vita economica e sociale delle società europee [17], ancor oggi di attualità. Dopo essersi chiesto se esista un avvenimento che sia più connesso alle particolari caratteristiche della donna, e se possa concepirsi la parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici senza tener conto della maternità, egli ritiene, nella causa Dekker, che il diniego di assumere la candidata data la sua imminente maternità, dal momento che tiene conto di un evento che riguarda esclusivamente le lavoratrici, costituisca una discriminazione diretta basata sul sesso.

29. La causa Hertz, a suo parere, rendeva necessario in modo forse ancora più impellente cercare la difficile conciliazione fra il

17 — Conclusioni dell'avvocato generale Darmon nelle cause Hertz e Dekker, citate supra, alle note 3 e 10, pagg. I-3956 e ss., in particolare pag. I-3960, paragrafi 21 e ss.

principio della parità di trattamento e le esigenze della vita economica. Egli ha poi aggiunto: «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?» [18]. La conclusione a cui egli giunge in questa causa è opposta a quella della causa Dekker, e consiste nell'affermare che il licenziamento di una lavoratrice, al di fuori dei periodi di congedo per maternità, a causa di assenze dovute ad una malattia derivante dalla gravidanza o dal parto non costituisce una discriminazione direttamente basata sul sesso.

30. Devo mettere in chiaro, tuttavia, che questa schietta affermazione è la conseguenza di un ragionamento in cui è sempre presente l'idea che si tratta di assenze della lavoratrice, giustificate da una malattia derivante dalla gravidanza o dal parto, che si verificano *dopo la fine* del congedo per maternità. Infatti, al paragrafo 43, egli riconosce: «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* (...)» [19].

18 — Paragrafo 40.

19 — Il corsivo è mio.

Al paragrafo 45, egli afferma: «(...) 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 (...)». Nel paragrafo 46, egli spiega che «(...) 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».

Nel paragrafo successivo, quando si interroga sui criteri che la Corte potrebbe adottare per definire in quali casi lo stato patologico debba rientrare nella tutela spettante alla maternità, nonché per determinare durante quale periodo detta tutela vada riconosciuta, l'idea sottostante continua ad essere quella dell'applicazione del principio della parità di trattamento dopo che la donna ha terminato il suo periodo di congedo per maternità.

E, al paragrafo 48, egli propone come soluzione una distinzione fra i rischi normali della gravidanza e del parto, che definisce come «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, a suo parere, devono fruire di una tutela comunitaria in quanto rientrano nelle caratteristiche dello status di maternità, e 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», aggiungendo che, «(...) 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* (...). 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 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».

31. Ambedue le sentenze furono pronunciate dal plenum, e la Corte adottò la soluzione proposta dall'avvocato generale. Le udienze si tennero il 3 ottobre 1989 e le conclusioni furono presentate il 14 novembre successivo. Il fatto che le sentenze siano state emanate un anno dopo, è, a mio avviso, un indizio delle difficoltà che si incontravano in queste cause, in special modo nella causa Hertz, come la Corte ammette al punto 7 della sua sentenza, e che possono spiegare la sinteticità del ragionamento che caratterizza ambedue le sentenze.

32. Nella sentenza Dekker, la Corte di giustizia ha affermato che un rifiuto di assunzione dovuto ad una gravidanza può opporsi solo alle donne e rappresenta quindi una discriminazione diretta a motivo del sesso; 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, e che tale 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 di assenza per maternità [20].

33. Il ragionamento e il dispositivo della sentenza Hertz meritano, tuttavia, una particolare attenzione. Ricorderò che le posizioni delle parti, quali esposte nei punti 8 e 9 della sentenza, consistevano nel sostenere, da una parte, che il licenziamento di una dipendente a motivo della sua gravidanza, di un parto o di ripetute assenze dovute ad una malattia causata da una gravidanza o da un parto, indipendentemente dal momento in cui detta malattia sopravviene, è contrario al principio della parità di trattamento, in quanto siffatti disturbi non possono colpire un lavoratore maschio e quindi questi non può venir licenziato per la stessa ragione. Ex adverso si sosteneva che non si può vietare ad un datore di lavoro di licenziare una lavoratrice a causa delle numerose assenze per malattia per il solo motivo che la malattia si ricollega ad una gravidanza o ad un parto. Siffatto divieto, che incomberebbe sul datore di lavoro per vari anni dopo il parto, rischierebbe di comportare non solo difficoltà di gestione e conseguenze inique per il datore di lavoro, ma anche effetti negativi sull'impiego delle donne.

34. Tale sentenza riveste importanza fondamentale nel conciliare il principio della parità di trattamento tra uomini e donne nell'ambito lavorativo ed il ruolo che svolge la donna nel processo riproduttivo. Infatti, al punto 13 si legge che «emerge dalle (...)

20 — Citata supra, alla nota 10, punto 12.

disposizioni della direttiva che il licenziamento di una lavoratrice a motivo della sua gravidanza rappresenta, non diversamente dal rifiuto di assumere una donna incinta, una discriminazione diretta fondata sul sesso (...)». Al punto 14, la Corte afferma: «(...) il licenziamento di una lavoratrice a causa di ripetute assenze per malattia, che non si ricolleghino ad una gravidanza o ad un parto, non rappresenta una discriminazione diretta a motivo del sesso, se tali assenze per malattia provocherebbero, nelle stesse condizioni, il licenziamento anche di un dipendente maschio» e, al punto 15: «(...) la direttiva [76/207] non contempla l'ipotesi della malattia provocata da una gravidanza o da un parto. Tuttavia essa consente di adottare disposizioni nazionali che garantiscano alle donne diritti specifici a motivo della gravidanza e della maternità, come il congedo di maternità. Ne consegue che durante il congedo di maternità, di cui fruisce in forza del diritto nazionale, la donna è tutelata contro i licenziamenti motivati dalla sua assenza. Spetta a ciascuno Stato membro fissare i periodi del congedo di maternità in modo da consentire alle lavoratrici di assentarsi durante il periodo nel corso del quale possono verificarsi disturbi inerenti alla gravidanza ed al parto».

35. Sono i punti 16 e 17 che, a mio avviso, indicano la direzione da prendere nell'interpretare la sentenza. In essi, la Corte ha espressamente affermato:

«Nel caso di una malattia che sopraggiunge dopo un congedo di maternità, non è il caso di distinguere la malattia causata dalla gravidanza o dal parto da qualsiasi altra malattia. Un tale stato patologico rientra quindi nel regime generale applicabile alle ipotesi di malattia.

Infatti i lavoratori di sesso femminile o maschile sono del pari esposti alle malattie. Anche se è vero che taluni disturbi sono specifici dell'uno o dell'altro sesso, l'unico problema è quindi quello di sapere se una donna viene licenziata per le assenze dovute a malattia nelle stesse condizioni di un uomo; se per entrambi valgono le stesse condizioni non vi è discriminazione diretta in ragione del sesso».

36. Tuttavia, la difficoltà che sorge nell'interpretare la portata di tale sentenza consiste nel fatto che la precisazione relativa al momento in cui è apparsa la malattia non figura nel dispositivo, nel quale viene data una soluzione che corrisponde strettamente alla questione pregiudiziale, così come è stata sollevata — e di cui la Corte riprende letteralmente la formulazione —, nei seguenti termini: «(...) Fatte salve le disposizioni del diritto nazionale adottate in applicazione dell'art. 2, n. 3, della direttiva (...) 76/207/CEE (...), il combinato disposto dell'art. 5, n. 1, e dell'art. 2, n. 1, di detta direttiva non vieta il licenziamento per assenze dovute a una malattia causata dalla gravidanza o dal parto».

Quest'apparente incongruenza, che è di facile spiegazione, tenendo conto del fatto che, nei

punti 16 e 17, la Corte tiene particolarmente presenti le circostanze nelle quali è sorta la controversia nazionale, mentre, nel dispositivo, si limita strettamente a risolvere la questione pregiudiziale così come proposta dal giudice nazionale [21], è quella che ha dato origine alle divergenti interpretazioni su cui si basano le tesi delle parti nel presente procedimento.

37. Non ho alcun dubbio che questa sentenza non possa interpretarsi a partire unicamente dal contenuto del dispositivo, ma che si debba tener conto del fatto che, nel punto 16, la Corte vi dichiara con assoluta chiarezza che, nel caso di una malattia che sopraggiunge dopo un congedo di maternità, non è il caso di distinguere la malattia causata dalla gravidanza o dal parto da qualsiasi altra malattia.

Naturalmente questa è la lettura che ne ha fatto la dottrina che si è occupata di commentare tale sentenza, giacché tutti gli autori consultati sottolineano, in modo più o meno critico, che la Corte, quando afferma che il combinato disposto dell'art. 5, n. 1, e dell'art. 2, n. 1, della direttiva 76/207 non osta ai licenziamenti per assenze dovute a una malattia causata dalla gravidanza o dal parto, si riferisce alle assenze della donna che si verificano *dopo* il congedo per maternità [22].

38. Questa è anche l'interpretazione della sentenza Hertz operata dall'avvocato generale Tesauro nelle conclusioni da lui presentate per la sentenza Webb [23]. Nel primo capoverso del paragrafo 13, egli afferma che la Corte di giustizia ha considerato, in detta sentenza, che il licenziamento di una lavoratrice a causa delle ripetute assenze per una malattia che si ricolleghi ad una gravidanza o ad un parto, non costituisce una discriminazione diretta basata sul sesso, se tali assenze sono successive al periodo di congedo per maternità [24], e ha aggiunto, nella nota a piè di pagina n. 12 che accompagna questa affermazione: «La sentenza in questione non può certo essere letta nel senso che la Corte ha

21 — La formulazione della questione era la seguente: «Se il combinato disposto dell'art. 5, n. 1, e dell'art. 2, n. 1, della direttiva (...) (76/207/CEE), riguardi anche il licenziamento in seguito ad assenza dovuta ad una malattia causata dalla gravidanza o dal parto».

22 — Jacqmain, J.: *Chroniques de droit social*, 1991, pagg. 49-50, punto 4; Devos, D.: *Journal des tribunaux du travail*, 1991, pagg. 121-122, punto 3; Shaw, J., op cit., pagg. 313-320, in particolare pag. 317; Traversa, E.: *Revue trimestrielle de droit européen*, 1991, pagg. 425-439, in particolare pag. 436; Kilpatrick, C.: «How long is a piece of string? Regulation of the Post-Birth Period» in *Sex Equality Law in the European Union*, Wiley & Sons 1996, pagg. 81 e ss., in particolare pag. 84; Burrows, N. & Mair, J.: *European Social Law*, Wiley & Sons, 1996, pag. 155; Nielsen, R.: *Common Market Law Review*, 1992, pagg. 160-169, in particolare pag. 164; More, G.: «Reflections on pregnancy discrimination under European Community Law» in *The Journal of Social Welfare and Family Law*, 1992, pagg. 48-56, in particolare pagg. 53 e 54; Bolger, M.: «Discrimination on Grounds of Pregnancy as Sex Discrimination» in *Gazette of the Incorporated Law Society of Ireland*, pag. 383; Rodríguez-Piñero, M.: «Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora» in *Relaciones Laborales*, volume I, 1991, pagg. 3 e ss., in particolare pag. 8; Flynn, L.: «Pregnancy and Dismissal: Rejecting the "Sick Male" comparison» in *Irish Law Times*, November 1994, pag. 257; Van Kraay, F.: «The Difference Between Pregnant Women and Sick Men» in *Law Teacher*, 1995, Vol. 29, pag. 92 e ss., in particolare pag. 93; McGlynn, C. M. S.: «Webb v EMO: a hope for the Future» in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1995, pag. 50 e ss., in particolare pag. 54; Boch, C.: *Common Market Law Review*, 1995, pag. 547 e ss., in particolare pag. 558; Hervey, T.: *Justifications for Sex Discrimination in Employment*, Butterworths 1993, pag. 67; Szyszczak, E.: «Community Law on Pregnancy and Maternity» in *Sex Equality Law in the European Union*, Wiley & Sons 1996, pagg. 51 e ss., in particolare pag. 54, e Bolger, M.: *Irish Law Times and Solicitor's Journal*, 1994, pagg. 65-66.

23 — Conclusioni presentate per la sentenza Webb, citata supra, alla nota 9, Racc. pagg. I-3569 e ss.

24 — L'avvocato generale Tesauro fa la stessa affermazione nelle conclusioni da lui presentate per la sentenza Habermann-Beltermann, citata supra, alla nota 12, Racc. pagg. I-1659 e ss.

riconosciuto lecito (o comunque giustificato) il licenziamento di una donna assente dal lavoro per un motivo (malattia) connesso alla gravidanza. A ben vedere, infatti, la Corte ha considerato determinante la circostanza che la malattia della signora Hertz abbia avuto inizio dopo il suo ritorno al lavoro al termine del congedo di maternità (...)». E insiste, al paragrafo 14, sul fatto che «(...) nella misura in cui risulta dalla sentenza in parola che il licenziamento a causa di assenze dovute ad una malattia, che pure sia ricollegabile alla gravidanza o al parto ma che ha avuto inizio nel periodo successivo alla fine del congedo di maternità, non può essere considerato alla stregua di un trattamento discriminatorio, ne consegue — a maggior ragione — che lo stato di gravidanza non può essere equiparato ad una malattia (...)».

39. La contraddizione tra le sentenze Dekker e Hertz, posta in rilievo da una parte della dottrina [25] consiste nel fatto che, nella prima, la Corte ha qualificato come discriminazione diretta il rifiuto di assumere dovuto alla gravidanza, dato che può opporsi solo alle donne, mentre, nella seconda, essa ha affermato che ai fini del licenziamento, se si verifica dopo il congedo per maternità, non vi è ragione di distinguere la malattia che trae origine dalla gravidanza o dal parto da qualsiasi altra — quando è evidente che unicamente le donne possono essere affette da una malattia che trae origine dalla gravidanza o dal parto —; a mio avviso, questa contraddizione può evitarsi solo se si ritiene che la ragione di questa distinzione risieda nel fatto che, dopo aver partorito e terminato il congedo per maternità, la donna non si trova in una condizione fisiologicamente diversa da quella dei lavoratori di sesso maschile e che, a partire da questo momento, non è più necessario fare distinzioni in relazione all'origine della malattia. Costituirebbe, senza dubbio, un privilegio in contrasto col principio della parità di trattamento che una lavoratrice, per il fatto di aver partorito in qualche momento della sua vita possa rivendicare, per il resto della sua carriera lavorativa, una specie di assicurazione contro il licenziamento, in forza della quale non le si considererebbero, a tali fini, i periodi di incapacità lavorativa successivi al congedo per maternità, l'origine dei quali possa attribuirsi a tale gravidanza o al parto.

2) La sentenza Habermann-Beltermann, in cui la Corte ha ritenuto discriminatorio il fatto che un contratto di lavoro sia dichiarato nullo o sia risolto come conseguenza del divieto legale di lavoro notturno per le donne gestanti.

40. Nella sentenza 5 maggio 1994, Habermann-Beltermann [26], la Corte ha risolto le questioni pregiudiziali sottopostele dall'Arbeitsgericht di Ratisbona, relative ad un contratto di lavoro, a tempo indeterminato, concluso tra un datore di lavoro ed una lavoratrice gestante. Al momento della stipula del contratto, che stabiliva che la prestazione lavorativa doveva effettuarsi di notte,

25 — Jacqmain, J., op. cit., pag. 50; More, G., op. cit., pag. 55; Shaw, J., op. cit., pag. 320; Traversa, E., op. cit., pag. 436; McGlynn, C. M. S., op. cit., pagg. 54-55; Boch, C., op. cit., pag. 559; Kilpatrick C., op. cit., pag. 85; Szyszczak, E., op. cit., pag. 54, e Burrows, N. & Mair, J., op. cit., pag. 155.

26 — Citata nella nota 12 supra.

ambedue le parti ignoravano l'esistenza di tale gravidanza. Il giudice nazionale intendeva accertare se l'art. 2, n. 1, in combinato disposto con l'art. 3, n. 1, e con l'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207 osti, da una parte, a che tale contratto sia dichiarato nullo come conseguenza del divieto del lavoro notturno che si applica, secondo il diritto nazionale, durante la gravidanza e il periodo di allattamento materno e, dall'altro, a che sia risolto dal datore di lavoro, per errore sulle qualità essenziali dell'altra parte contraente al momento della stipula del contratto.

La Corte osserva che, nel caso di un contratto a tempo indeterminato, il divieto del lavoro notturno per le donne in stato di gravidanza produce effetti solo per un periodo limitato in rapporto alla durata totale del contratto, e giunge alla conclusione che, in tali circostanze, sarebbe in contrasto con la finalità della tutela perseguita dall'art. 2, n. 3, della direttiva 76/207 e priverebbe di effetto utile tale disposizione ammettere che il contratto possa essere dichiarato nullo o essere risolto a causa del temporaneo impedimento della dipendente gestante a svolgere il lavoro notturno per il quale era stata assunta.

La soluzione concreta fornita al giudice nazionale è stata nel senso che le disposizioni della direttiva 76/207 ostano a che un contratto di lavoro, a tempo indeterminato, avente ad oggetto una prestazione lavorativa da effettuarsi di notte e concluso tra un datore di lavoro ed una dipendente incinta, entrambi all'oscuro della gravidanza, sia dichiarato nullo a causa del divieto del lavoro notturno applicabile, in forza del diritto nazionale, durante la gravidanza e l'allattamento materno, ovvero sia risolto da parte del datore di lavoro a causa di un errore sulle qualità essenziali della lavoratrice all'atto della conclusione del contratto.

3) La sentenza Webb, in cui la Corte ha ritenuto che la situazione di una donna gestante, impossibilitata a svolgere il lavoro per il quale era stata assunta, non sia paragonabile a quella di un uomo che si trovi nella medesima situazione di incapacità per ragioni di salute o di altra natura.

41. Il 14 luglio 1994, la Corte ha pronunciato la sentenza nella causa Webb [27], risolvendo la questione pregiudiziale sollevata dalla House of Lords sull'interpretazione della direttiva 76/207 per decidere la controversia, ad essa sottoposta, tra un datore di lavoro ed una lavoratrice, assunta a tempo indeterminato, che era stata licenziata quando il datore di lavoro, che sosteneva di averla assunta al fine specifico di sostituire — in un primo momento — un'altra lavoratrice durante il congedo di maternità di quest'ultima, scopriva che era incinta. In tale sentenza, la Corte ha dichiarato che non era possibile porsi come richiedeva il giudice a quo, la questione se la situazione di una donna che si trovi nell'incapacità di svolgere i compiti per i quali era stata assunta, a seguito di una gravidanza rivelatasi subito dopo la stipulazione del contratto di lavoro, possa paragonarsi a quella di un uomo che si trovi nella stessa situazione di incapacità per

27 — Citata supra alla nota 9.

ragioni di salute o di altra natura. Al punto 25, esso afferma: «(...) lo stato di gravidanza non è in alcun modo assimilabile ad uno stato patologico, *a fortiori* a una indisponibilità non derivante da ragioni di salute, situazioni che invece possono motivare il licenziamento di una donna senza che per questo tale licenziamento sia discriminatorio in base al sesso. Nella (...) sentenza Hertz, la Corte ha d'altronde nettamente distinto la gravidanza dalla malattia, anche nel caso di una malattia causata dalla gravidanza *ma che sopraggiunga dopo il congedo di maternità*».

La conclusione a cui è pervenuta la Corte al punto 27 è stata che, in una situazione quale quella della signora Webb, 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.

4) La sentenza Larsson, con cui la Corte sembra aver ritenuto che non risulta discriminatorio prendere in considerazione, agli effetti del licenziamento, l'incapacità al lavoro della donna provocata dalla gravidanza prima dell'inizio del congedo di maternità

42. In tale contesto, la Corte ha pronunciato, il 29 maggio 1997 [28], la sentenza Larsson [29].

28 — Momento in cui già era scaduto il termine per presentare osservazioni nella causa che sto trattando.

29 — Sentenza 29 maggio 1997, causa C-400/95, Larsson (Racc. pag. I-2757).

Alla Corte è stato nuovamente chiesto, questa volta da parte del Sø- og Handelsret, di interpretare gli artt. 5, n. 1, e 2, n. 1, della direttiva 76/207, alla luce del caso di una lavoratrice che era stata licenziata una volta terminato il suo congedo di maternità, a seguito di assenze — coperte da certificato medico — di durata relativamente ampia e provocate dal suo stato, che si erano prodotte, per lo più, durante la gravidanza. Esaminerò con una certa attenzione questa sentenza.

La signora Larsson era stata assunta come impiegata dalla Føtex Supermarked A/S nel marzo 1990. Nell'agosto dell'anno successivo, ella informava il suo datore di lavoro di essere incinta. Durante la sua gravidanza, ella usufruiva del congedo di malattia in due occasioni. Il primo congedo durava diciotto giorni. Il secondo congedo, conseguenza di un prolasso pelvico provocato dalla gravidanza, durava circa quattro mesi e mezzo. Il parto avveniva il 2 aprile 1992. Il periodo di congedo di maternità, di 24 settimane, terminava il 18 settembre 1992. L'interessata usufruiva poi delle ferie annuali fino al 16 ottobre. Durante il congedo di maternità e le ferie la signora Larsson seguiva una terapia per il prolasso pelvico. La stessa continuava ad usufruire del congedo di malattia al termine delle ferie annuali e veniva dichiarata idonea a riprendere il lavoro soltanto il 4 gennaio 1993. Il 10 novembre 1992, vale a dire meno di un mese dopo la fine delle sue ferie annuali, il datore di lavoro le inviava una lettera in cui le comunicava il suo licenziamento a far data dalla fine di dicembre. Il provvedimento di licenziamento era dovuto,

testualmente: «alla Sua lunga assenza nonché al fatto che non è verosimile che Lei sia nuovamente in grado — per motivi di salute — di svolgere il suo lavoro in modo soddisfacente per il futuro (...)».

43. Il giudice proponente chiedeva se le citate disposizioni della direttiva 76/207 riguardassero anche il licenziamento in conseguenza di assenze dopo il congedo di maternità, qualora le assenze fossero dovute a malattia manifestatasi nel corso della gravidanza e protrattasi durante e dopo il congedo di maternità, atteso che il licenziamento era avvenuto dopo il congedo di maternità. Occorre precisare che la questione posta dal giudice nazionale riguardava i licenziamenti basati sulle *assenze successive al congedo di maternità.*

44. Nelle conclusioni da me presentate in tale causa [30] ho proposto alla Corte di dichiarare, sulla base della giurisprudenza stabilita dalle sentenze Hertz, Webb e Habermann-Beltermann, che, al fine di applicare il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento, stabilito dall'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207, si rende necessario tracciare una linea al termine del periodo di congedo di maternità. A partire da questo momento, qualsiasi malattia di cui soffra una donna, sia essa o no di origine ostetrica, rientrerà nel regime generale applicabile a tutti i lavoratori. Viceversa, i periodi di congedo di malattia concessi per problemi di salute provocati dalla gravidanza, prima del parto, non potranno essere equiparati, ai fini di un licenziamento, alle assenze per malattia di un uomo.

La mia proposta ai fini della soluzione della questione sollevata dal giudice nazionale era la seguente: Il combinato disposto dell'art. 5, n. 1, e dell'art. 2, n. 1, della direttiva 76/207 non osta a che una donna sia licenziata a causa di assenze successive al congedo di maternità, qualora tali assenze siano dovute ad una malattia che si è verificata durante la gravidanza ed è proseguita durante il congedo di maternità e oltre detto congedo, sempreché, al momento di calcolare le assenze ai fini del licenziamento, non siano considerati i periodi di congedo di malattia concessi prima del parto per problemi di salute causati dalla gravidanza.

45. Al fine di respingere gli argomenti della ricorrente nella causa principale, che sosteneva che, nella sentenza Hertz, era stata stabilita una distinzione a seconda del momento dell'insorgere o della manifestazione della malattia, la Corte di giustizia ha affermato, nella sentenza Larsson, che, in tale occasione, «(...) essa ha soltanto considerato, nell'ambito fattuale di quella causa, che non si deve, dal punto di vista della parità di trattamento sancito dalla direttiva, distinguere la malattia causata dalla gravidanza o dal parto da qualsiasi altra malattia. Questa interpretazione è corroborata del resto, dalla mancanza, nel dispositivo della sentenza Hertz, di qualsiasi

30 — Conclusioni presentate il 18 febbraio 1997, Racc. pag. I-2759.

riferimento al momento in cui la malattia è apparsa o si è manifestata» [31].

46. Successivamente, veniva ripresa la tesi della ricorrente nella causa principale, del governo danese e della Commissione, secondo la quale era incompatibile col diritto comunitario il fatto che il datore di lavoro potesse tener conto, ai fini del calcolo del periodo che giustifica il licenziamento in base al diritto nazionale, tanto delle assenze avvenute dall'inizio della gravidanza fino all'inizio del congedo di maternità, quanto della durata del congedo di maternità. Infatti, dal fascicolo della causa principale si deduceva che, detraendo tali periodi e le quattro settimane di ferie, la signora Larsson si sarebbe trovata in stato di incapacità lavorativa per meno di quattro settimane quando è stata licenziata.

47. Per quanto riguarda il congedo di maternità di cui fruisce in forza del diritto nazionale, la Corte di giustizia rilevava che la donna è tutelata contro i licenziamenti motivati dalla sua assenza e che l'ammettere che l'assenza durante questo periodo possa essere presa in considerazione per giustificare un licenziamento successivo sarebbe in contrasto con l'obiettivo perseguito dall'art. 2, n. 3, della direttiva, che consente di adottare misure nazionali relative alla tutela della donna, in particolare per quanto riguarda la gravidanza e la maternità, e priverebbe di efficacia pratica la detta disposizione [32]. Al di fuori del periodo di congedo di maternità fissato dagli Stati membri, e in mancanza di norme nazionali o comunitarie che garantiscano alle donne una tutela specifica, la lavoratrice non fruisce, in forza della direttiva 76/207, di una tutela contro il licenziamento per assenze dovute a una malattia causata dalla gravidanza.

48. Da queste affermazioni, la Corte deduceva che «(...) il principio della parità di trattamento sancito dalla direttiva non osta a che l'assenza di una lavoratrice protrattasi dall'inizio della sua gravidanza fino all'inizio del congedo di maternità sia considerata per il calcolo del periodo che giustifica il suo licenziamento in base al diritto nazionale», e risolveva la questione sollevata dal giudice nazionale nel senso che, fatte salve le disposizioni adottate in applicazione dell'art. 2, n. 3, della direttiva, il combinato disposto degli artt. 5, n. 1, e 2, n. 1, di detta direttiva non vieta il licenziamento per assenze dovute ad una malattia causata dalla gravidanza o dal parto, neanche se questa malattia si è manifestata durante la gravidanza e si è protratta durante e dopo il congedo di maternità [33].

49. Confesso che mi risulta francamente difficile conciliare queste affermazioni con la linea giurisprudenziale seguita dalla Corte di giustizia fino al momento in cui ha pronunciato tale sentenza e che figura esposta nei paragrafi precedenti. Nella sentenza Larsson essa sembra sostenere una posizione non

31 — Citata supra, alla nota 29, punto 17.

32 — Ibidem, punto 22.

33 — Ibidem, punti 24 e 26.

solo contrastante con quanto si deduce dalla semplice lettura delle sue precedenti pronunce, ma in diretta contraddizione con l'interpretazione di tali sentenze operata tanto dai suoi avvocati generali quanto dai numerosi autori che le hanno commentate.

Osservo, ancora con una certa preoccupazione, che al punto 20, quando essa afferma che la direttiva non vieta il licenziamento per assenze dovute ad una malattia causata dalla gravidanza o dal parto, neanche se questa malattia si è manifestata durante la gravidanza e si è protratta durante e dopo il congedo di maternità, la Corte non dice in quale momento siano avvenute le assenze.

Inoltre, nemmeno quando, al punto 23, essa afferma che, al di fuori del periodo di congedo di maternità, in mancanza di norme nazionali o comunitarie, la lavoratrice non fruisce, in forza della direttiva 76/207, di una tutela contro il licenziamento per assenze dovute ad una malattia causata dalla gravidanza, la Corte chiarisce in quale momento si siano verificate le assenze.

Analogamente, al punto 24, concludendo che il principio della parità di trattamento sancito dalla direttiva non osta a che l'assenza di una lavoratrice protrattasi dall'inizio della sua gravidanza fino all'inizio del congedo di maternità sia considerata per il calcolo del periodo che giustifica il suo licenziamento, la Corte non indica quali assenze siano state causate da una malattia provocata dalla gravidanza.

Infine, il dispositivo della sentenza non dà una soluzione piena alla questione sollevata dal giudice nazionale, giacché quest'ultima riguardava i licenziamenti dovuti ad *assenze successive al congedo di maternità*, qualora tali assenze siano dovute ad una malattia manifestatasi durante la gravidanza e protrattasi durante e dopo il congedo di maternità, quando questa sia la causa del fatto che *il licenziamento sia avvenuto dopo la fine del congedo di maternità*, mentre la Corte ha risolto la questione dichiarando che le disposizioni della direttiva non vietano il licenziamento per assenze dovute ad una malattia causata dalla gravidanza o dal parto, neanche se questa malattia si è manifestata durante la gravidanza e si è protratta durante e dopo il congedo di maternità. La soluzione non si riferisce, quindi, né al momento in cui si sono verificate le assenze né al momento in cui è avvenuto il licenziamento.

50. A mio parere, alla luce delle carenze da cui è affetta, la sentenza Larsson non è sufficiente per affermare che la Corte di giustizia abbia inteso dare una svolta di 180° alla sua giurisprudenza. Ritengo, pertanto, che sia di grande interesse, in ossequio alla certezza del diritto, che la Corte si pronunci con chiarezza sul principio della parità di trattamento tra uomini e donne applicato ai licenziamenti di lavoratrici che avvengano durante la gravidanza o dopo il congedo di maternità, per i quali si sia tenuto conto dei periodi di incapacità lavorativa provocati dalla gravidanza,

prima dell'inizio del congedo di maternità. Ciò è appunto quanto è avvenuto nel caso della signora Brown.

51. Si tratta, in ultima analisi, del compito che incombe a noi tutti di eliminare gradualmente le tracce della discriminazione di cui è rimasta vittima la donna nel corso dei secoli [34] e in cui le istituzioni dell'Unione Europea sono così seriamente impegnate.

C. *Sulla prima questione pregiudiziale sollevata dalla House of Lords: il licenziamento della donna gestante per incapacità lavorativa provocata dalla gravidanza*

52. Con tale questione, il giudice nazionale intende stabilire se sia contrario al principio della parità di trattamento stabilito dalla direttiva 76/207 licenziare una lavoratrice, mentre è in gravidanza, per assenze dovute a incapacità lavorativa provocata dalla gravidanza stessa, e se influisca in qualche modo sulla soluzione la circostanza che il licenziamento sia avvenuto sulla base di una clausola contrattuale che consenta al datore di lavoro di procedere al licenziamento di un dipendente, indipendentemente dal sesso di questo, in caso di assenza continuata per un determinato numero di settimane.

53. Non vi è dubbio che l'applicazione del diritto comunitario avrebbe impedito il licenziamento della signora Brown se, al momento in cui sono insorte complicazioni nella sua gravidanza, fosse già scaduto il termine per la trasposizione della direttiva 92/85. Tuttavia, quest'ultima non era stata neppure adottata. Il diritto comunitario applicabile consiste, quindi, unicamente nella direttiva 76/207.

54. Ricorderò al riguardo che ai sensi dell'art. 5 della direttiva 76/207 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.

Partendo dal presupposto secondo cui la parità, così come l'ha definita la Corte Costituzionale di uno degli Stati membri, «(...) non è una realtà né un concetto matematico, astratto, ma un trattamento disuguale del disuguale o uguale di ciò che è simile o analogo» [35] e, tenendo conto della costante giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo

34 — A mo' d'esempio, Miguel de Cervantes Saavedra, nel Capitolo LI della Prima Parte della sua opera *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, mentre il capraio racconta la storia di Leandra, fa riferimento alla «(...) naturale indole delle donne che per lo più suole essere dissennata e sconsiderata». Egli segue, poi una via più facile e, secondo lui, più appropriata, quella di «(...) inveire contro la leggerezza delle donne, la loro incostanza, la loro falsità, le loro promesse non mantenute, la loro mancanza di parola, e infine, lo scarso raziocinio nel saper ordinare i loro pensieri e le loro intenzioni». Aguilar, Madrid, 1990, pagg. 831 e 833.

35 — Sentenza della Corte Costituzionale spagnola 6 marzo 1987, n. 29/1987, punto 5, lett. b) (BOE del 24 marzo 1987).

la quale «(...) una discriminazione può consistere solo nell'applicazione di norme diverse a situazioni analoghe ovvero nell'applicazione della stessa norma a situazioni diverse» [36], esaminerò, di seguito, se il licenziamento di una gestante, a causa dell'incapacità lavorativa provocatale dal suo stato, abbia luogo nelle stesse condizioni del licenziamento di un uomo per incapacità lavorativa della medesima durata, provocata da una malattia.

55. A differenza del caso della signora Hertz, la cui incapacità lavorativa provocata dal parto ha avuto inizio qualche tempo dopo la fine del suo congedo di maternità, per quanto riguarda la signora Brown le complicazioni che hanno accompagnato la sua gravidanza e che le hanno impedito di lavorare durante gran parte di tale periodo si sono manifestate molto presto. Dai documenti agli atti risulta che ella era in stato di incapacità lavorativa durante le ventisei settimane che hanno giustificato il suo licenziamento in forza della clausola che l'impresa Rentokil inseriva nei contratti di lavoro e che, successivamente, ha ancora tardato sei settimane nel partorire. Tenendo conto del fatto che la durata media di una gestazione umana è di trentotto settimane, calcolo che l'interessata ha potuto lavorare solo per le prime cinque o sei.

56. Mi chiedo se risulti ancora necessario, a questo punto ribadire una cosa tanto evidente come il fatto che la gravidanza è una situazione che riguarda solo le donne, giacché esse sono le uniche che possono trovarsi in tale stato. La gravidanza è, oltre che una situazione fisiologica riservata esclusivamente alle donne, un periodo, di durata limitata nel tempo, nel corso del quale possono presentarsi non solo i ben noti conati mattutini, ma complicazioni quali un rischio di aborto o contrazioni premature associate allo stress, che possono costringere la donna a restare in stato di riposo assoluto durante periodi che possono andare da due a tre mesi fino a tutta la durata della gestazione.

57. Questa Corte ha affermato, in modo convincente, nella citata sentenza Hertz, che «(...) il licenziamento di una lavoratrice a causa di ripetute assenze per malattia, *che non si ricolleghino ad una gravidanza o ad un parto*, non rappresenta una discriminazione diretta a motivo del sesso, se tali assenze per malattia provocherebbero, nelle stesse condizioni, il licenziamento anche di un dipendente maschio» [37].

58. Si può dire, tuttavia, che il licenziamento di una lavoratrice gestante, a seguito di ripetute assenze per malattia, che si ricolleghino alla gravidanza, avviene nelle stesse condizioni di un uomo che è stato in congedo di malattia per lo stesso periodo di tempo? A mio parere, no.

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

37 — Citata supra, alla nota 3, punto 14.

59. Senza volermi immischiare in questioni che spetta solo ai medici valutare, vorrei rilevare che, sebbene, come ha affermato questa Corte nella sentenza Webb, lo stato di gravidanza non sia in alcun modo equiparabile ad uno stato patologico [38], nessuno ignora l'esistenza delle cosiddette «gravidanze a rischio» che avvengono, a mo' di esempio e senza pretese di tassatività, quando vi sono precedenti di parti prematuri o di aborti, quando la placenta è più in basso della norma, quando la donna è stata sottoposta ad una fecondazione in vitro, e nei casi di cardiopatie e di diabete della donna. Queste gravidanze si caratterizzano non per il fatto di provocare una «malattia» nella donna bensì per il fatto di costringerla, normalmente, a sottoporsi a controllo medico molto rigoroso, e in alcuni dei casi citati, ad osservare un riposo assoluto per vari mesi e talvolta per l'intero corso della gravidanza [39].

Non posso sottoscrivere l'affermazione secondo cui, in situazioni di tal genere, nelle quali la donna non è affetta da malattie di sorta, ma è semplicemente incinta, in caso di licenziamento per assenze ripetute, essa è licenziata alle stesse condizioni nelle quali si licenzia un uomo che sia stato assente per malattia per lo stesso periodo di tempo. Lo stesso ragionamento sarà applicabile quando l'incapacità lavorativa è dovuta al fatto che la gravidanza aggrava una malattia già esistente o produce condizioni che possono qualificarsi come una vera e propria malattia.

60. Infatti, sebbene la situazione della lavoratrice gestante alla quale la gravidanza impedisce di lavorare e quella del lavoratore malato coincidano in quanto né l'una né l'altro può adempiere temporaneamente i suoi obblighi lavorativi, le due situazioni si distinguono per rilevanti differenze: unicamente le donne potranno trovarsi una volta, nel corso della loro vita lavorativa, in una situazione in cui si vedranno impedite di lavorare a seguito dell'incapacità lavorativa causata da una gravidanza, e, nella maggior parte dei casi, l'incapacità lavorativa provocata dalla gravidanza terminerà in una data predeterminata con maggiore o minore esattezza, al momento del parto.

61. Questi fattori sembrano essere stati presi in considerazione dal diritto interno vigente nella maggior parte degli Stati membri all'epoca in cui sono avvenuti i fatti della causa principale, che risultava abbastanza simile e differiva radicalmente dalla normativa vigente nel Regno Unito e in Irlanda.

Così, in Germania esisteva, a favore delle donne, dall'inizio della gravidanza fino a dopo il parto, una specifica tutela consistente nel sottoporre il licenziamento, in tale periodo, ad autorizzazione amministrativa; in Danimarca, il ministero del Lavoro considerava discriminatorio prendere in considerazione, agli effetti del licenziamento, le assenze dovute ad incapacità lavorativa provocata dalla gravidanza, prima del parto; in Francia, il datore di lavoro non poteva licenziare una donna gestante durante il suo congedo di maternità né durante le quattro settimane successive; in Grecia, era proibito il

38 — Citata supra, nota 9, punto 25.

39 — Le donne alle quali la gravidanza provoca una incapacità lavorativa di così ampia durata sono, fortunatamente, poche e si calcola che siano in termini numerici, tra il 10% e il 15%.

licenziamento della lavoratrice gestante e fino a un anno dopo il parto, così come il licenziamento per assenze dovute ad incapacità lavorativa provocata dalla gravidanza o dal parto; in Italia, il divieto di licenziamento si estendeva dall'inizio della gravidanza sino alla fine del primo anno di vita del bambino, mentre, secondo la giurisprudenza, durante tale periodo, la donna non poteva essere licenziata neppure per aver superato il numero massimo di giorni di assenza per malattia; nei Paesi Bassi era proibito il licenziamento della donna durante la gravidanza, il congedo di maternità e le sei settimane successive; in Portogallo era possibile procedere al licenziamento di un lavoratore per incapacità lavorativa solo se essa era assoluta e definitiva e, per quanto riguarda le regole applicabili alle donne gestanti, era proibito il loro licenziamento quando l'incapacità lavorativa di cui soffrivano era causata dalla gravidanza o da una malattia ad essa collegata. Infine, sebbene in Spagna non esistesse una normativa specifica riguardo alla tutela della gestante contro il licenziamento, la giurisprudenza non ammetteva la legittimità di un licenziamento per assenze dovute ad incapacità lavorativa provocata da gravidanze a rischio o da malattie collegate alla gravidanza.

Quanto ai tre nuovi Stati membri, in Austria esisteva, a favore delle donne, dall'inizio della gravidanza fino a dopo il parto, una tutela specifica consistente nel sottoporre il licenziamento, in tale periodo, ad autorizzazione giudiziale; in Finlandia si richiedeva, per procedere al licenziamento di un lavoratore per incapacità lavorativa, che quest'ultima comportasse una sostanziale e permanente riduzione della capacità lavorativa, e, infine, in Svezia, l'incapacità lavorativa per malattia non giustificava il licenziamento ove fosse probabile che il lavoratore sarebbe guarito, e una donna non poteva essere licenziata per una incapacità lavorativa provocata dalla gravidanza.

62. La convenuta nella causa principale sostiene che il licenziamento della signora Brown era dovuto al carattere «anormale» che presentava la sua gravidanza. Essa asserisce che, se, a causa dell'origine della sua incapacità lavorativa, le si concedesse un trattamento diverso da quello riservato alle lavoratrici gestanti la cui gravidanza non impedisce loro di lavorare ed alle dipendenti malate, ciò costituirebbe una discriminazione positiva applicabile solo ad una determinata categoria di donne.

Non posso condividere questo punto di vista per due motivi: in primo luogo, perché deve tenersi presente che la direttiva 76/207 stabilisce il principio della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento, e che, nella ricerca di una base di paragone, non serve stabilire paralleli o differenze tra due donne incinte con gravidanze più o meno facili o problematiche, ma il punto di riferimento continua ad essere il lavoratore di sesso maschile; in secondo luogo, perché, come ho appena accennato al punto precedente, agli effetti del licenziamento la situazione di una donna incinta a cui la gravidanza impedisca di lavorare e quella di uomo malato non sono comparabili, alla luce del principio della parità di trattamento stabilito dalla detta direttiva.

63. Non condivido neppure la posizione del Regno Unito, che propone di distinguere il licenziamento a causa dei rischi normali e dei consueti disturbi che accompagnano la gravidanza e il parto, in ordine ai quali adduce come esempi le assenze dal lavoro per esami medici di routine e le assenze minori dovute alle nausee mattutine, dal licenziamento di una donna che avviene a causa di una malattia, collegata o no con la gravidanza. Ritengo che l'origine di questo tentativo di distinzione si debba far risalire ai paragrafi 47 e 48 delle conclusioni che l'avvocato generale Darmon ha presentato nelle cause Dekker e Hertz, quando trattava, nel quadro della causa Hertz, la possibilità di determinare la durata della tutela spettante alla maternità [40].

64. A mio parere, senza contare il fatto che appare improbabile che una donna venga licenziata a causa delle assenze dal lavoro imputabili ad esami medici di routine, o ad assenze minori dovute alle nausee mattutine [41], la tesi sostenuta dal Regno Unito si basa su un'interpretazione del testo citato che non è pertinente. Come già ho rilevato al paragrafo 30, l'avvocato generale Darmon propone, effettivamente, di distinguere in primo luogo, i rischi normali della gravidanza e del parto, e cioè le normali complicazioni che accompagnano tali eventi, e che talvolta danno luogo alla concessione di un periodo aggiuntivo di congedo di maternità, rischi che devono fruire di una tutela comunitaria in quanto rientrano nelle caratteristiche dello status di maternità e, in secondo luogo, gli stati patologici non corrispondenti ai rischi normali della gravidanza, che devono essere trattati alla stessa stregua delle situazioni di malattia di «diritto comune».

Ora, non si deve dimenticare che la signora Hertz era stata licenziata a causa di una incapacità lavorativa che, sebbene fosse stata provocata dal parto, non le aveva impedito di lavorare fino ad oltre un anno dopo la fine del suo congedo di maternità. A mio modo di vedere, questo è il motivo per cui l'avvocato generale aggiunge, più avanti, che quando la lavoratrice ha esaurito tutte le possibilità legali di congedo di maternità, le assenze per malattia, pur avendo origine nella gravidanza o nel parto, non possono intendersi comprese tra i rischi normali della maternità.

65. Ritengo, quindi, che se si vuole distinguere fra i rischi normali della gravidanza e del parto e gli stati patologici che non corrispondono ai rischi normali della gravidanza, si debba procedere per ordine cronologico: i primi saranno, necessariamente quelli che insorgono mentre la donna si trova in una di queste situazioni e, cioè, mentre è incinta e durante il congedo di maternità, mentre i secondi saranno tutti quelli che si presentano una volta terminato il congedo di maternità, sebbene la loro causa possa risiedere nella gravidanza o nel parto.

40 — Citate supra, alla nota 17.

41 — Gli stessi conati di vomito mattutini possono presentarsi in forma violenta ed estendersi oltre i primi tre mesi potendo rendere necessario, in taluni casi, il ricovero in ospedale.

66. Per i motivi esposti, ritengo che il licenziamento di una donna mentre è incinta, a causa di una incapacità lavorativa provocata dal suo stato di gravidanza, prendendo in considerazione una situazione in cui possono trovarsi solo le donne, costituisca una discriminazione diretta, in contrasto con l'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207.

67. Vorrei specificare che l'interpretazione che propongo è, a mio avviso, l'unica interpretazione possibile del combinato disposto dell'art. 5, n. 1, e dell'art. 2, n. 1, della direttiva 76/207 e dell'orientamento giurisprudenziale seguito dalla Corte di giustizia sino alla sentenza Larsson. Se così non fosse, e il futuro di una donna sul lavoro, quando resta incinta, potesse dipendere dal fatto che la sua gravidanza non presenti eccessive complicazioni, mi vedrei costretto ad affermare, parafrasando Papiniano che, nonostante i secoli trascorsi, «vi sono molti punti nel nostro diritto [comunitario] nei quali la condizione della donna è inferiore a quella dell'uomo» [42].

68. Il giudice nazionale chiede pure se influisca in qualche modo su questa soluzione il fatto che il licenziamento avvenga sulla base di una clausola contrattuale che consente al datore di lavoro di licenziare un lavoratore, indipendentemente dal sesso di questo, dopo un determinato numero di settimane di assenza continuata.

69. A mio parere già dal ragionamento che precede si deduce che il fatto che il licenziamento avvenga sulla base di una clausola contrattuale che consente al datore di lavoro di licenziare un lavoratore, indipendentemente dal sesso di questo, dopo un determinato periodo di assenza per malattia, non incide affatto sulla precedente soluzione

Infatti, tale clausola contrattuale, che si applica allo stesso modo agli uomini e alle donne, equiparando puramente e semplicemente l'incapacità lavorativa provocata dalla gravidanza all'incapacità lavorativa provocata da una malattia, introduce una discriminazione diretta in base al sesso, in quanto applica la stessa norma a situazioni diverse, prendendo in considerazione, per il calcolo dei periodi di incapacità lavorativa che giustificano il licenziamento, un impedimento al lavoro che può riguardare solo le donne.

70. Il fatto che la norma figuri come clausola nel contratto di lavoro è irrilevante a questi fini. Da una parte, l'art. 5, n. 2, lett. b), della direttiva 76/207 impone agli Stati membri l'obbligo di fare il necessario perché siano nulle, possano essere dichiarate nulle o possano essere modificate le disposizioni contrarie al principio della parità di trattamento contenute nei contratti collettivi e nei contratti individuali di lavoro. D'altra parte, la Corte di giustizia ha già precisato che «qualsiasi giudice nazionale, allorché interpreta e applica il diritto nazionale, deve presumere che lo Stato abbia avuto intenzione di adempiere pienamente gli obblighi derivanti dalla direttiva considerata» [43]. Infine, l'obbligo degli Stati membri, derivante da una

42 — *The Digest of Justinian*, University of Pennsylvania Press, Vol I, Book One (Human Status), pag. 16. «*In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum*».

43 — Sentenza 16 dicembre 1993, causa C-334/92, Wagner Miret (Racc. pag. I-6911), punto 20.

direttiva, di raggiungere il risultato che la stessa prevede, così come il loro dovere, in forza dell'art. 5 del Trattato, di adottare tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione del detto obbligo, si impongono a tutte le autorità degli Stati membri, compresi, nell'ambito delle loro competenze gli organi giurisdizionali. Ne consegue che, nell'applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva per conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma, del Trattato [44].

71. A mio parere quindi, vista la soluzione che propongo venga fornita al giudice nazionale in ordine alla prima questione, non è necessario risolvere la seconda. Esaminerò, tuttavia, quest'ultima per il caso in cui la Corte non sia dello stesso parere.

D. *Sulla seconda questione pregiudiziale sollevata dalla House of Lords: il licenziamento di una gestante durante il periodo in cui, se fosse stata in possesso dei requisiti imposti dalla normativa nazionale, avrebbe potuto assentarsi dal lavoro per gravidanza o per maternità*

72. Con la seconda questione pregiudiziale, il giudice nazionale chiede se sia in contrasto col principio della parità di trattamento stabilito dalla direttiva 76/207 il fatto che una lavoratrice che non soddisfi i requisiti imposti dalla normativa nazionale relativamente alla durata del suo rapporto di lavoro per aver diritto ad assentarsi per gravidanza e maternità, sia licenziata per assenze dovute ad una malattia provocata dalla gravidanza, durante il periodo in cui, se avesse avuto tale diritto, avrebbe potuto esercitarlo e se, ai fini della soluzione di tale questione, rilevi la circostanza che la lavoratrice sia stata licenziata in forza di una clausola contrattuale che consente al datore di lavoro di procedere al licenziamento di qualunque dipendente, indipendentemente dal sesso di quest'ultimo, in caso di assenza continuata al di là di un determinato numero di settimane.

73. Dai dati che figurano nell'ordinanza di rinvio deduco che sollevando tale questione il giudice nazionale intende accertare se la direttiva 76/207 debba essere interpretata nel senso che ha imposto agli Stati membri l'obbligo di stabilire, nel proprio ordinamento interno, che le lavoratrici abbiano diritto a fruire di un periodo di assenza dal lavoro per il semplice fatto di partorire, senza che si possano imporre loro altre condizioni.

74. La finalità della direttiva 76/207 consiste nell'applicazione agli Stati membri del principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro. Tuttavia, in forza dell'art. 2, n. 3, della direttiva stessa, le sue disposizioni non ostano alla concessione, da parte degli Stati membri, di

44 — Sentenza 13 novembre 1990, causa C-106/89, Marleasing (Racc. pag. I-4135, punto 8).

diritti specifici alle donne a causa della gravidanza o della maternità. Essa contempla, quindi, solo l'adozione di misure relative alla protezione della donna in tali circostanze come eccezione a tale principio; non obbliga gli Stati membri a legiferare in questo senso e nemmeno specifica quali debbano essere questi diritti né le condizioni che possono essere imposte per il loro esercizio.

75. La Corte ha interpretato l'art. 2, n. 3, della direttiva 76/207 nel senso che, riservando agli Stati membri il diritto di mantenere in vigore o di adottare norme destinate a proteggere la donna per quel che riguarda «la gravidanza e la maternità», esso riconosce la legittimità, in relazione al principio della parità di trattamento, 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 e al parto [45].

76. È importante ricordare, inoltre, che la Corte ha affermato, nella sentenza Hertz, che «(...) la direttiva [76/207] non contempla l'ipotesi della malattia provocata da una gravidanza o da un parto. Tuttavia essa consente di adottare disposizioni nazionali che garantiscono alle donne diritti specifici a motivo della gravidanza e della maternità, come il congedo di maternità. Ne consegue che durante il congedo di maternità, di cui fruisce in forza del diritto nazionale, la donna è tutelata contro i licenziamenti motivati dalla sua assenza. Spetta a ciascuno Stato membro fissare i periodi del congedo di maternità in modo da consentire alle lavoratrici di assentarsi durante il periodo nel corso del quale possono verificarsi disturbi inerenti alla gravidanza ed al parto» [46].

77. La normativa del Regno Unito applicabile all'epoca dei fatti della causa principale riconosceva che una lavoratrice aveva diritto ad assentarsi dal lavoro all'inizio della undicesima settimana precedente la presunta data del parto e a tornare al suo posto di lavoro entro le ventinove settimane successive alla nascita del figlio, se soddisfaceva taluni requisiti, e cioè: se era stata impiegata nell'impresa fino all'inizio di tale undicesima settimana, se, in tale momento, risultava dipendente da almeno due anni ininterrotti, se aveva osservato la procedura stabilita per la comunicazione al datore di lavoro, e se aveva fornito, a richiesta di quest'ultimo, un certificato medico in cui fosse indicata la settimana in cui era previsto il parto [47].

45 — Sentenze 12 luglio 1984, causa 184/83, Hofmann (Racc. pag. 3047, punto 25); Habermann-Beltermann, citata alla precedente nota 12, punto 21, e Webb, citata alla precedente nota 9, punto 20.

46 — Citata alla precedente nota 3, punto 15.

47 — Si tratta di una normativa di una straordinaria complessità, che ha fatto esclamare all'Employment Appeal Tribunal, nella causa *Lavery/Plessey Telecommunications* Ltd [1982] ICR 373, 379: «These statutory provisions [on maternity rights] are of inordinate complexity exceeding the worst excesses of a taxing statute; we find that especially regrettable bearing in mind that they are regulating the every-day rights of ordinary employers and employees. We feel no confidence that, even with the assistance of detailed arguments from skilled advocates, we have now correctly understood them: it is difficult to see how an ordinary employer or employee is expected to do so».
[Queste disposizioni di legge (sui diritti in materia di maternità) sono di una complessità eccessiva, che supera i peggiori eccessi di una legge fiscale; a nostro parere ciò è particolarmente deplorevole se si tiene conto che esse disciplinano i diritti quotidiani di normali lavoratori e datori di lavoro. Non ci sentiamo affatto sicuri, pur con l'aiuto di argomentazioni dettagliate esposte da avvocati esperti, di averle correttamente comprese: è difficile immaginare come ci si attenda tale comprensione da un normale lavoratore o datore di lavoro].

Secondo quanto si desume dagli atti, se la signora Brown avesse lavorato due anni per la impresa Rentokil, all'inizio dell'undicesima settimana anteriore alla presunta data del parto, avrebbe potuto assentarsi dal lavoro per la sua imminente maternità prima che scadesse il termine delle ventisei settimane di assenza che, nel suo caso, provocarono il licenziamento. Si deve quindi supporre che se il suo diritto ad assentarsi non fosse stato subordinato al possesso dei requisiti sopra menzionati, ella avrebbe partorito, e entro le ventinove settimane successive al parto, avrebbe potuto tornare al suo posto di lavoro.

D'altra parte, nel corso del procedimento è apparso che la signora Brown aveva diritto di percepire la prestazione di maternità al livello inferiore, a carico dello Stato.

78. Mi chiedo se si debba ritenere che una donna che si trovi nell'imminenza del parto sia protetta contro i licenziamenti motivati dalla sua assenza in quanto, secondo la normativa nazionale, il suo rapporto di lavoro rimane sospeso durante un determinato periodo di tempo, il che implica, necessariamente, il suo diritto a tornare al suo ultimo posto di lavoro, o se sia sufficiente che possa cessare di lavorare con il diritto di percepire una prestazione a carico dello Stato, senza diritto alla reintegrazione.

79. A mio parere, può essere considerato come «periodo di congedo di maternità» ai sensi della giurisprudenza della Corte, cioè come un periodo nel quale la donna si trova in una situazione specifica che implica che le venga concessa una tutela speciale non equiparabile a quella di un lavoratore di sesso maschile né a quella di una donna effettivamente presente sul posto di lavoro [48] e in cui essa è tutelata contro i licenziamenti motivati dalla sua assenza, solo il periodo previsto dalla normativa nazionale come specifico diritto lavorativo che consente alla donna di cessare di lavorare per un determinato lasso di tempo, col diritto al pagamento totale o parziale della retribuzione o col diritto a percepire determinate indennità sotto forma di prestazione previdenziale, senza che ciò comporti la perdita del posto di lavoro.

80. Tuttavia, il solo diritto della signora Brown o di qualsiasi altra lavoratrice che, alla pari di lei, non avesse soddisfatto le condizioni necessarie per ottenere la sospensione del contratto di lavoro, a percepire, per un periodo massimo di diciotto settimane, una prestazione di maternità a carico dello Stato nel caso in cui cessasse di lavorare per partorire, senza possibilità di reintegrazione, non costituisce, in relazione al principio di parità, un diritto giuslavoristico specifico inteso a tutelare la condizione biologica della donna né le relazioni tra la donna e il figlio nel periodo successivo al parto.

48 — Sentenza 13 febbraio 1996, causa C-342/93, Gillespie e a. (Racc. pag. I-475, punto 17).

Infatti, il diritto a cessare di lavorare per un tempo indeterminato, riscuotendo durante un periodo limitato una prestazione economica a carico dello Stato, non è riservato alle donne e non è nemmeno necessario essere gestanti né aver partorito per esercitarlo.

81. Quindi, il periodo di undici settimane precedenti la data prevista per il parto, in cui, se avesse soddisfatto le condizioni necessarie, la signora Brown avrebbe potuto assentarsi dal lavoro, non può essere considerato, a mio parere, come un periodo in cui ella era protetta contro il licenziamento motivato della sua assenza.

82. D'altra parte, la direttiva 92/85, che stabilisce misure concrete di protezione nell'ambito comunitario a favore delle donne gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, e che obbliga gli Stati membri a prevedere nella propria normativa interna un congedo di maternità di almeno quattordici settimane ininterrotte, di cui due obbligatorie, da ripartire prima o dopo il parto, non era stata adottata all'epoca in cui si sono verificati i fatti della causa principale.

83. Per questi motivi, nel caso in cui ritenga che non risulti discriminatorio licenziare una gestante a motivo delle assenze dovute ad una malattia causata dalla gravidanza, la Corte dovrà concludere che le disposizioni della direttiva 76/207 non ostano a che tale donna gestante, che non soddisfa i requisiti imposti dalla normativa nazionale in ordine alla durata del suo rapporto di lavoro per aver diritto ad assentarsi per gravidanza o parto, sia licenziata durante il periodo in cui, se avesse avuto questo diritto, avrebbe potuto esercitarlo.

84. Infine, vorrei precisare che la circostanza che il licenziamento della lavoratrice avvenga sulla base di una clausola contrattuale che consente al datore di lavoro di procedere al licenziamento di qualsiasi dipendente, indipendentemente dal sesso di quest'ultimo, dopo un determinato numero di settimane di assenza continuata, è ininfluente sulla soluzione che propongo che venga data a tale questione.

VII. Conclusione

Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di giustizia di risolvere nei seguenti termini la prima questione pregiudiziale sollevata dalla House of Lords:

«1) a) Il licenziamento di una gestante, a causa dell'incapacità lavorativa dovuta al suo stato di gravidanza, è in contrasto col combinato disposto dell'art. 5,

n. 1, e dell'art. 2, 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.

b) La circostanza secondo cui il licenziamento avviene sulla base di una clausola contrattuale che consente al datore di lavoro di procedere al licenziamento di un dipendente, indipendentemente dal sesso di quest'ultimo, dopo un determinato numero di settimane di assenza continuata, è ininfluente sulla precedente soluzione».

Nel caso in cui la Corte di giustizia consideri, al contrario, che non sia discriminatorio licenziare una donna incinta a causa della incapacità lavorativa dovuta al suo stato di gravidanza, propongo che la seconda questione pregiudiziale venga risolta nei seguenti termini:

«2) a) Il combinato disposto dell'art. 5, n. 1, e dell'art. 2, 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, non osta a che una gestante, che non soddisfi le condizioni imposte dalla normativa nazionale in ordine alla durata del suo rapporto di lavoro per aver diritto ad assentarsi per gravidanza o parto, sia licenziata durante il periodo in cui, se avesse avuto tale diritto, avrebbe potuto esercitarlo.

b) La circostanza secondo cui il licenziamento della lavoratrice avviene sulla base di una clausola contrattuale che consente al datore di lavoro di procedere al licenziamento di qualsiasi dipendente, indipendentemente dal sesso di quest'ultimo, dopo un determinato numero di settimane di assenza continuata, è ininfluente sulla precedente soluzione».