

Conclusioni dell'avvocato generale Léger del 30 settembre 2003

Michelle K. Alabaster contro Woolwich plc e Secretary of State for Social Security

Domanda di pronuncia pregiudiziale: Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) - Regno Unito

Politica sociale - Lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile - Parità di retribuzione - Retribuzione durante il congedo di maternità - Calcolo dell'importo della retribuzione - Computo di un aumento dello stipendio

Causa C-147/02

raccolta della giurisprudenza 2004 pagina I-03101

1. La presente causa offrirà alla Corte l'occasione di precisare, ovvero di riesaminare, la giurisprudenza Gillespie [\(2\)](#). Detta giurisprudenza riguarda il principio della parità di retribuzione tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, e più precisamente l'importo della retribuzione delle lavoratrici durante il congedo di maternità.

2. Nella fattispecie, la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Regno Unito) [\(3\)](#) chiede se l'art. 119 del Trattato CE (gli artt. 117-120 del Trattato CE sono stati sostituiti dagli artt. 136 CE-143 CE) debba essere interpretato nel senso che un'indennità legale di maternità, nel caso in cui sia calcolata in base allo stipendio medio percepito dalla lavoratrice in dato periodo, deve comprendere gli aumenti di stipendio che si verificano prima o durante il congedo di maternità, ma fuori dal periodo di riferimento prescritto dal diritto interno.

I – Contesto normativo

A – Il diritto comunitario

3. L'art. 119 del Trattato, che stabilisce il principio della parità di retribuzione tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile [\(4\)](#), così recita:

«1. [C]iascuno Stato membro assicura durante la prima tappa, e in seguito mantiene, l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro (...).

2. Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo».

4. Secondo l'art. 1 della direttiva 75/117/CEE [\(5\)](#), il principio della parità delle retribuzioni è volto a eliminare, per uno stesso lavoro o per un lavoro al quale è attribuito un valore uguale, qualsiasi discriminazione basata sul sesso in tutti gli elementi e le condizioni delle retribuzioni.

5. La direttiva 76/207/CEE [\(6\)](#) stabilisce il principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro e le condizioni di lavoro [\(7\)](#). Detto principio mira a eliminare qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia [\(8\)](#).

6. L'art. 2, n. 3, della direttiva 76/207 dichiara che quest'ultima non pregiudica le disposizioni relative alla protezione della donna, in particolare per quanto riguarda la gravidanza e la maternità.

7. Il 19 ottobre 1992 il Consiglio dell'Unione europea ha adottato la direttiva 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) [\(9\)](#). Detta direttiva si basa sull'art. 118 A del Trattato CE (gli artt. 117-120 del Trattato CE sono stati sostituiti dagli artt. 136 CE-143 CE) e doveva essere trasposta entro il 19 ottobre 1994 [\(10\)](#).

8. L'art. 8 della direttiva 92/85 riguarda il congedo di maternità, e così dispone:

«1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le lavoratrici di cui all'articolo 2 fruiscono di un congedo di maternità di almeno quattordici settimane ininterrotte, ripartite prima e/o dopo il parto, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali.

2. Il congedo di maternità di cui al paragrafo 1 deve includere un congedo di maternità obbligatorio di almeno due settimane, ripartite prima e/o dopo il parto, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali».

9. L'art. 11 della direttiva 92/85 riguarda i diritti connessi con il contratto di lavoro. Esso così dispone:

«Per garantire alle lavoratrici di cui all'articolo 2 l'esercizio dei diritti di protezione della sicurezza e della salute riconosciuti nel presente articolo:

(...)

2) nel caso contemplato all'articolo 8 [congedo di maternità], devono essere garantiti:

a) i diritti connessi con il contratto di lavoro delle lavoratrici di cui all'articolo 2, diversi da quelli specificati nella lettera b) del presente punto;

b) il mantenimento di una retribuzione e/o il versamento di un'indennità adeguata alle lavoratrici di cui all'articolo 2;

3)l'indennità di cui al punto 2), lettera b), è ritenuta adeguata se assicura redditi almeno equivalenti a quelli che la lavoratrice interessata otterrebbe in caso di interruzione delle sue attività per motivi connessi allo stato di salute, entro il limite di un eventuale massimale stabilito dalle legislazioni nazionali».

B – Il diritto nazionale

10. Le norme nazionali in materia d'indennità legale di maternità sono contenute nella parte XII del Social Security Contributions and Benefits Act 1992 (legge sui contributi e sulle prestazioni previdenziali; in prosieguo: la «legge»).

11. In base all'art. 164 della legge, una lavoratrice ha diritto all'indennità legale di maternità se, al momento corrispondente alla quindicesima settimana anteriore alla data prevista per il parto, ha lavorato per un periodo ininterrotto di almeno 26 settimane presso il medesimo datore di lavoro, se il suo stipendio settimanale normale oltrepassa un determinato livello, se ha provveduto a preavvisare debitamente il proprio datore di lavoro e se il parto deve aver luogo entro il termine di 11 settimane.

12. In base all'art. 165, n. 1, della legge, il periodo di erogazione dell'indennità legale di maternità copre un periodo non superiore alle 18 settimane.

13. L'art. 166, n. 1, della legge prevede due aliquote di indennità, una «superiore» ed una «inferiore».

14. Ai sensi dell'art. 166, n. 2, della legge, l'aliquota superiore corrisponde ai nove decimi della retribuzione settimanale ordinaria percepita dalla lavoratrice nelle otto settimane che precedono la quattordicesima settimana anteriore alla data presunta del parto, oppure all'indennità inferiore, a seconda dell'importo più elevato fra i due. L'aliquota inferiore corrisponde ad un importo settimanale forfettario.

15. In base all'art. 166, nn. 1 e 4, della legge, la lavoratrice che ha diritto all'indennità legale di maternità all'aliquota superiore la percepisce durante le prime sei settimane all'aliquota superiore e per un periodo di dodici settimane all'aliquota inferiore.

16. L'art. 171, n. 4, della legge dispone che lo stipendio settimanale normale della lavoratrice equivale allo stipendio settimanale medio che le deve essere corrisposto nel periodo di riferimento.

17. Le Statutory Maternity Pay (General) Regulations 1986 (norme generali del 1986 sull'indennità legale di maternità), così come modificate con effetto dal 12 giugno 1996 dallo Statutory Instrument n.1335 del 1996 (in prosieguo: il «regolamento») precisano determinate condizioni d'applicazione della legge relativamente all'indennità legale di maternità.

18. L'art. 21, n. 2, del regolamento definisce la nozione di «data rilevante», come il primo giorno della quattordicesima settimana precedente la data prevista per il parto, ovvero il primo giorno della settimana in cui la lavoratrice ha partorito, a seconda di quale sia la prima di queste due date.

19. L'art. 21, n. 3, stabilisce che il periodo di riferimento ai fini dell'art. 171, n. 4, della legge equivale al periodo che corre tra:

«a) l'ultimo giorno normale di paga prima della data rilevante

e

b) l'ultimo giorno normale di paga che cade almeno otto settimane prima del giorno normale di paga menzionato al sottoparagrafo a), compreso il giorno normale di paga menzionato al sottoparagrafo a), ma escluso il primo giorno menzionato al sottoparagrafo b)».

20. L'art. 21, n. 7, del regolamento, aggiunto dallo Statutory Instrument n. 1335 del 1996 per tener conto della sentenza Gillespie, così dispone:

«In ogni caso, qualora una lavoratrice riceva un aumento salariale retroattivo che comprende un importo relativo ad un periodo di riferimento, lo stipendio settimanale normale è calcolato come se tale importo fosse stato corrisposto durante il periodo di riferimento, anche se percepito dopo tale periodo».

II – Causa principale

21. La sig.ra Michelle K. Alabaster ha lavorato come impiegata della società Woolwich plc (in prosieguo: la «Woolwich») dal dicembre 1987 al 23 agosto 1996.

22. Nel maggio 1995 è rimasta incinta.

23. Essa ha usufruito del congedo di maternità dall'8 gennaio 1996. La data prevista per il parto era l'11 febbraio 1996, ma quest'ultimo è in realtà avvenuto il 2 febbraio 1996.

24. La sig.ra Alabaster ha percepito l'indennità legale di maternità a partire dalla settimana dell'8 gennaio 1996. Detta prestazione le è stata corrisposta all'aliquota superiore non solo per il periodo di sei settimane previsto dalla legge, bensì per ulteriori quattro settimane, ai sensi del suo contratto di lavoro. In seguito, essa ha beneficiato di detta prestazione all'aliquota inferiore per otto settimane.

25. Il 12 dicembre 1995 la sig.ra Alabaster ha ottenuto un aumento di stipendio, con effetto a partire dal 1° dicembre precedente. Tuttavia, il suo aumento di stipendio non è stato ripreso nel calcolo dell'indennità legale di maternità, in quanto intervenuto dopo il periodo di riferimento ai fini del calcolo dello stipendio normale.

26. Infatti, in conformità all'art. 21, n. 3, del regolamento, nel caso della sig.ra Alabaster, il periodo di riferimento è iniziato il 1° settembre 1995 e si è concluso il 31 ottobre seguente.

27. L'art. 21, n. 7, del regolamento non era applicabile nel caso della sig.ra Alabaster, poiché è entrato in vigore solo a partire dal 12 giugno del 1996. Ad ogni modo, la detta disposizione non sarebbe stata applicabile, giacché l'aumento di stipendio di cui ha usufruito la sig.ra Alabaster non aveva un effetto retroattivo estensibile al periodo di riferimento.

28. La sig.ra Alabaster ha proposto un ricorso dinanzi all'Employment Tribunal (commissione per le controversie di lavoro, Regno Unito) contro la Woolwich, sostenendo che il mancato calcolo dell'aumento di stipendio ai fini della determinazione della sua indennità legale di maternità rappresentava una discriminazione basata sul sesso, contraria all'art. 119 del Trattato.

29. Il Secretary of State for Social Security (Ministero della previdenza sociale, Regno Unito) è stato citato in giudizio con ordinanza dell'Employment Tribunal 30 maggio 1997.

30. Con decisione 10 marzo 1999 l'Employment Tribunal, basandosi sulla sentenza Gillespie, ha dichiarato che il mancato calcolo dell'aumento di stipendio della sig.ra Alabaster era contrario all'art. 119 del Trattato.

31. La Woolwich e il Secretary of State for Social Security hanno proposto un ricorso su tale punto dinanzi all'Employment Appeal Tribunal (Regno Unito), che lo ha respinto basandosi anch'esso sulla sentenza Gillespie.

III – Questioni pregiudiziali

32. I convenuti nella causa principale hanno pertanto interposto appello dinanzi alla Court of Appeal, che ha deciso di sospendere la trattazione della causa e di sottoporre alla Corte le tre seguenti questioni pregiudiziali:

«In una situazione in cui

–la parte dell'indennità legale di maternità collegata allo stipendio della lavoratrice viene calcolata sulla base del suo normale stipendio settimanale percepito nelle otto settimane precedenti la quindicesima settimana prima della data prevista per il parto ("il periodo di riferimento"), e

–in un qualsiasi momento tra la fine del periodo di riferimento ai fini del calcolo della parte dell'indennità legale di maternità per la lavoratrice collegata al suo stipendio e la fine del congedo di maternità di quest'ultima, il datore di lavoro concede un aumento di stipendio non retroattivo al periodo di riferimento:

1) se l'art. [119 del Trattato] e la sentenza pronunciata nella causa Gillespie debbano essere interpretati nel senso che la lavoratrice ha il diritto di vedere preso in considerazione tale aumento di stipendio ai fini del calcolo, o del nuovo calcolo, della parte di indennità legale di maternità collegata al suo stipendio;

2) se la soluzione della questione sub 1) sia influenzata dalla circostanza che la data effettiva dell'aumento di stipendio abbia inizio: i) prima dell'inizio del congedo di maternità della lavoratrice; ii) prima della fine del periodo di riferimento ai fini del calcolo della parte dell'indennità legale di maternità collegata al suo stipendio; iii) in qualsiasi altro momento, ed eventualmente in quale.

3) In caso di soluzione affermativa della questione sub 1):

a) in che modo il calcolo, o il nuovo calcolo, dei normali stipendi settimanali del periodo di riferimento debbano tener conto dell'aumento di stipendio;

b) se il periodo di riferimento debba essere modificato;

c) se, ed eventualmente in che misura, si debba tener conto di altri fattori che si verificano nel periodo al quale si riferisce l'aumento di stipendio, come, ad esempio, il numero di ore lavorate o la causa dell'aumento di stipendio;

d) se ne consegua che, in caso di riduzione di stipendio tra la fine del periodo di riferimento e la fine del congedo di maternità della lavoratrice, l'indennità legale di maternità di quest'ultima debba essere calcolata, o ricalcolata, per tener conto della riduzione di stipendio, ed eventualmente in che modo».

IV – Sulla prima questione

33. La prima questione riguarda l'interpretazione dell'art. 119 del Trattato e della sentenza Gillespie.

34. La Court of Appeal chiede se, in forza di detti elementi, un'indennità legale di maternità, calcolata in base allo stipendio medio percepito dalla lavoratrice un determinato periodo, debba comprendere gli aumenti di stipendio che sopravvengano prima o durante il congedo di maternità, ma al di fuori del periodo di riferimento prescritto dal diritto nazionale.

35. La risposta a detta questione dipende dalla portata da attribuire alla sentenza Gillespie. Comincerò pertanto con la disamina della portata di detta sentenza (infra, punto A). Tuttavia, illustrerò anche i problemi che la sentenza Gillespie comporta (infra, punto B) e l'evoluzione della giurisprudenza della Corte in materia (infra, punto C). Questi ultimi due elementi indurranno a domandarsi se il diritto della lavoratrice a farsi riconoscere l'aumento di stipendio nell'indennità legale di maternità non debba trovare il fondamento nella direttiva 92/85 piuttosto che nel principio di parità di trattamento (infra, punto D).

A – Sulla portata della sentenza Gillespie

36. I fatti all'origine della controversia nella causa Gillespie erano simili a quelli della causa di cui trattasi.

37. Durante il 1988 la sig.ra Gillespie e altre sedici lavoratrici avevano fruito di un congedo di maternità. Nel novembre 1988, esse avevano ottenuto aumenti di stipendio con effetto retroattivo, a decorrere dal 1° aprile 1988. Tuttavia, detti aumenti non erano stati compresi nell'importo della loro indennità di maternità a causa del criterio di calcolo previsto dalla pertinente normativa interna.

38. La Court of Appeal in Northern Ireland (Irlanda del Nord) propose alla Corte quattro questioni pregiudiziali. Il giudice nazionale chiedeva in sostanza se il principio della parità delle retribuzioni prescrivesse l'obbligo di conservare la remunerazione integrale delle lavoratrici durante il congedo di maternità o, se del caso, di applicare a loro favore un aumento di stipendio deciso prima o durante il congedo di maternità.

39. La Corte ha risolto dette questioni come segue:

«12 Emerge dalla definizione contenuta nel secondo comma dell'art. 119 che la nozione di retribuzione che compare nelle citate disposizioni comprende tutti i vantaggi pagati direttamente o indirettamente dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo. La natura giuridica di detti vantaggi è irrilevante per l'applicazione dell'art. 119, quando essi vengono attribuiti in ragione dell'impiego (...).

13 Tra i vantaggi che rientrano nella retribuzione vi sono in particolare quelli corrisposti dal datore di lavoro in virtù di norme di legge e a motivo dell'esistenza di rapporti di lavoro subordinato che hanno lo scopo di garantire una fonte di reddito ai lavoratori, pur se questi non svolgono, nei casi specifici previsti dal legislatore, alcuna attività prevista dal contratto di lavoro (...).

14 Essendo fondata sul rapporto di lavoro, la prestazione che il datore di lavoro corrisponde, in virtù della legge o di convenzioni collettive, ad una lavoratrice durante il congedo di maternità costituisce dunque una retribuzione ai sensi dell'art. 119 del Trattato e della direttiva 75/117.

15 L'art. 119 del Trattato e l'art. 1 della direttiva 75/117 non sono quindi conciliabili con una disciplina che consente di versare una retribuzione diversa a seconda del sesso del lavoratore, se si svolge lo stesso lavoro o un lavoro equivalente.

16 A questo proposito, si deve ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, una discriminazione consiste nell'applicazione di norme diverse a situazioni comparabili o nell'applicazione della stessa norma a situazioni diverse (v., in particolare, sentenza 14 febbraio 1995, causa C-279/93, Schumacker, Racc. pag. I-225, punto 30).

17 Nella fattispecie, le donne che fruiscono di un congedo di maternità previsto dalla normativa nazionale si trovano in una situazione specifica che implica che venga loro concessa una tutela speciale, ma che non può venir assimilata a quella di un lavoratore maschio né a quella di una donna effettivamente presente sul posto di lavoro.

18 Quanto al problema se il diritto comunitario imponga l'obbligo di conservare la retribuzione integrale delle lavoratrici durante il loro congedo di maternità o prescriva criteri specifici per determinare l'importo della prestazione spettante durante il congedo di maternità, si deve (...) ricordare che la direttiva (...) 92/85/CEE (...) prevede varie misure onde tutelare in particolare la sicurezza e la salute della lavoratrice, specie prima e dopo il parto. Tra di esse figura, specie per quel che riguarda i diritti connessi al contratto di lavoro (...) e la conservazione di una retribuzione e/o il versamento di una prestazione adeguata (...).

19 Tuttavia detta direttiva non si applica *ratione temporis* alle circostanze della causa principale, sicché spettava al legislatore nazionale fissare l'importo della prestazione corrisposta durante il congedo di maternità, (...).

20 Poiché esiste questa facoltà, si deve concludere che, al momento dei fatti sui quali verte la causa principale, né l'art. 119 del Trattato CEE né l'art. 1 della direttiva 75/117 prescrivevano l'obbligo di conservare la retribuzione integrale delle lavoratrici durante il loro congedo di maternità. Dette disposizioni non fissavano criteri specifici per determinare l'importo delle prestazioni loro spettanti durante detto periodo (...).

21 Quanto al problema se le lavoratrici in congedo di maternità debbano fruire di un aumento di stipendio deciso prima o durante detto periodo, esso va risolto affermativamente.

22 Poiché la prestazione corrisposta durante il congedo di maternità equivale ad uno stipendio settimanale calcolato in base allo stipendio medio che la lavoratrice ha riscosso ad un momento determinato allorché era realmente presente sul posto di lavoro e che le è stato versato ogni settimana come a tutti gli altri lavoratori, il principio di non discriminazione impone che la lavoratrice che permane dipendente durante il congedo di maternità fruisca, anche in modo retroattivo, di un aumento di stipendio deciso tra l'inizio del periodo remunerato con lo stipendio di riferimento e la fine del congedo di maternità, al pari di qualunque altro lavoratore. Infatti, escludere la lavoratrice da detto aumento durante il congedo di maternità la discriminerebbe unicamente come lavoratore poiché, se non fosse stata incinta, la donna avrebbe normalmente fruito dell'aumento.

(...).

40. La Corte ha dunque dichiarato che il principio di parità delle retribuzioni, stabilito dall'art. 119 del Trattato, non imponeva l'obbligo di conservare la retribuzione integrale delle lavoratrici durante il congedo di maternità e che esso non prescriveva criteri specifici per determinare l'importo dell'indennità di maternità spettante alle lavoratrici. Essa ha invece statuito che il principio di non discriminazione richiedeva che l'indennità di maternità prendesse in considerazione gli aumenti di stipendio decisi fra l'inizio del periodo di riferimento e la fine del congedo di maternità.

41. Nel caso di specie, gli intervenienti non concordano sulla portata da attribuire alla sentenza Gillespie.

42. Secondo il Regno Unito, detta sentenza dev'essere limitata alle circostanze della fattispecie, ossia al caso in cui l'aumento dello stipendio retroagisce al periodo di riferimento.

43. Infatti il Regno Unito sottolinea che, nella causa Gillespie, gli aumenti di stipendio, benché fossero stati decisi prima o durante il congedo di maternità delle ricorrenti, retroagivano al periodo di riferimento. Pertanto, in detta sentenza, la Corte si sarebbe semplicemente limitata a constatare che un aumento di stipendio di tal fatta doveva essere compreso nell'importo dell'indennità di maternità. La Corte non avrebbe invece stabilito il principio secondo il quale qualsiasi aumento di stipendio, sopravvenuto prima o durante il periodo di maternità, ma al di fuori del periodo di riferimento, va preso in considerazione ai fini dell'indennità di maternità. Il Regno Unito ritiene che, se la sentenza Gillespie dovesse essere interpretata nel significato da ultimo riportato, cagionerebbe una considerevole incertezza giuridica e una moltitudine di problemi di ordine pratico.

44. La sig.ra Alabaster si oppone ad una simile interpretazione della sentenza Gillespie. Essa osserva che in detta sentenza nulla fa pensare che gli aumenti dello stipendio avessero un effetto retroattivo al periodo di riferimento. Essa ritiene che in ogni caso la formulazione della sentenza Gillespie sia chiara: il principio di non discriminazione impone di tener conto di ogni aumento dello stipendio deciso prima o durante il congedo di maternità, anche se tale aumento si colloca al di fuori del periodo di riferimento. La sig.ra Alabaster aggiunge che le difficoltà di ordine pratico dedotte dal Regno Unito non possono rimettere in discussione tale conclusione.

45. La Commissione condivide l'analisi della sig.ra Alabaster. Essa precisa che, a partire dal momento in cui uno Stato membro sceglie un sistema nel quale l'indennità di maternità si basa sullo stipendio della lavoratrice, detto sistema dev'essere conforme all'art. 119 del Trattato. Ciò comporta, coerentemente con quanto affermato nella sentenza Gillespie, che l'indennità di maternità debba comprendere gli aumenti di stipendio sopravvenuti prima o durante il congedo di maternità della lavoratrice.

46. Da parte mia, ritengo che la portata della sentenza Gillespie sia chiara. A mio parere la Corte ha stabilito il principio secondo il quale l'indennità legale di maternità, nel caso in cui sia calcolata sulla base dello stipendio medio percepito dalla lavoratrice in un determinato periodo, deve comprendere tutti gli aumenti di stipendio che sopravvengono tra l'inizio del periodo di riferimento e la fine del congedo di maternità.

47. Infatti, come ha sottolineato dalla sig.ra Alabaster, nella sentenza Gillespie non vi è alcun elemento che consenta d'affermare che gli aumenti di stipendio controversi avessero un effetto retroattivo al periodo pertinente.

48. La sentenza Gillespie si limita a indicare che «[d]urante il 1988, le attrici nelle cause principali hanno fruito di un congedo di maternità» (11); che «[n]el novembre 1988, negoziati (...) si sono risolti in aumenti di stipendio con effetto retroattivo, a decorrere dal 1° aprile 1988» (12), e che «le attrici nelle cause principali non hanno potuto fruire di detto aumento» (13).

49. Inoltre, taluni elementi della sentenza Gillespie tendono persino a indicare che gli aumenti di stipendio controversi retroagissero a una data collocata al di fuori del periodo di riferimento.

50. Infatti, al punto 6 di detta sentenza, la Corte ha sostenuto che gli aumenti di stipendio delle attrici non erano stati ricompresi nelle loro indennità di maternità per le seguenti ragioni:

«(...) come emerge dalla sentenza dell'Industrial Tribunal, alla quale fa richiamo la domanda pregiudiziale, la prestazione in contanti da versarsi durante il congedo di maternità è fissata in base allo stipendio settimanale medio, che è calcolato (...) in base ai due ultimi stipendi (in prosieguo: gli "stipendi di riferimento") riscossi dalle interessate nei due mesi precedenti la settimana di riferimento. Quest'ultima è definita come la quindicesima settimana precedente l'inizio della settimana nella quale è previsto il parto. *Non era previsto aumento dello stipendio di riferimento in caso di un successivo aumento di stipendio*» 14 –Il corsivo è mio..

51. Quest'ultima frase sembra dunque indicare che la ragione per la quale le attrici non hanno fruito dell'aumento del loro stipendio consiste nel fatto che detto aumento è sopravvenuto al di fuori del periodo di riferimento definito dalle pertinenti disposizioni nazionali.

52. Ritengo pertanto che non sia dimostrato che gli aumenti di stipendio delle attrici nella causa Gillespie avessero un effetto retroattivo al periodo pertinente.

53. Ad ogni modo, ritengo che la formulazione della sentenza Gillespie non consenta di limitare la valutazione della Corte alla sola fattispecie in questione.

54. Infatti, i punti 21 e 22 della sentenza Gillespie sono redatti in termini chiari e generali. Il punto 21 indica che «il problema se le lavoratrici in congedo di maternità debbano fruire di un aumento di stipendio deciso prima o durante detto periodo (...) va risolto affermativamente». Allo stesso modo, il punto 22 dispone che «la lavoratrice (...) [deve] frui[re] (...) di un aumento di stipendio deciso tra l' inizio del periodo remunerato con lo stipendio di riferimento e la fine del congedo di maternità (...)». Infine, il dispositivo della sentenza Gillespie enuncia, in maniera chiara e generale, che: «(...) se il calcolo di dette prestazioni [di maternità] si fonda sullo stipendio riscosso dalla lavoratrice prima (...) del congedo di maternità, il loro importo dovrà comprendere, dal momento della loro entrata in vigore, gli aumenti di stipendio decisi tra l'inizio del periodo retribuito con gli stipendi di riferimento e la fine del congedo di maternità».

55. Ne consegue che non vi è alcun elemento che consenta di limitare il principio stabilito dalla sentenza Gillespie ai soli casi in cui l'aumento dello stipendio abbia un effetto retroattivo al periodo di riferimento.

56. Sulla base di detti elementi, occorre pertanto risolvere affermativamente la prima questione pregiudiziale. La Corte potrebbe quindi dichiarare che, in forza della sentenza Gillespie, un'indennità legale di maternità, il cui calcolo si fonda sullo stipendio medio riscosso dalla lavoratrice per un periodo determinato, deve comprendere gli aumenti di stipendio che sopravvengono prima o durante il congedo di maternità, ma al di fuori del periodo di riferimento prescritto dalla normativa nazionale.

57. Tuttavia, al pari del Regno Unito ritengo che la sentenza Gillespie comporti una serie di problemi. Alla luce di questi ultimi, e dell'evoluzione della giurisprudenza, proporrò alla Corte di non confermare la sentenza Gillespie. Infatti, vedremo che, allo stato attuale del diritto comunitario, il diritto della lavoratrice a fruire del proprio aumento di stipendio dovrebbe fondarsi sulla direttiva 92/87 anziché sul principio della parità di trattamento.

B – Sui problemi posti dalla sentenza Gillespie

58. È pacifico che il principio di non discriminazione impone che la lavoratrice non subisca alcun trattamento sfavorevole a causa della gravidanza o del congedo di maternità (15). Ciò implica che la lavoratrice, che rimane vincolata al suo datore di lavoro durante il congedo di maternità, deve continuare a poter fruire del beneficio delle condizioni lavorative previste, che si applicano sia ai lavoratori di sesso femminile sia ai lavoratori di sesso maschile (16).

59. Nella sentenza Gillespie (17), La Corte ha dedotto da detto principio che una lavoratrice in congedo di maternità deve poter fruire immediatamente, al pari di qualunque altro lavoratore presente sul posto di lavoro, di un aumento di stipendio, anche se quest'ultimo sopravviene al di fuori del periodo di riferimento o durante il congedo di maternità. Detta esigenza implica che l'aumento di stipendio sia preso in considerazione nell'importo della retribuzione o dell'indennità che viene corrisposta alla lavoratrice durante il congedo di maternità.

60. Tuttavia, la particolarità della sentenza Gillespie risiede nel fatto che, agendo in tal modo, la Corte ha applicato il principio di non discriminazione alla lavoratrice in congedo di maternità e, più precisamente, alla retribuzione che detta lavoratrice percepisce in tale periodo.

61. Orbene, mi pare che detta applicazione particolare del principio di parità di trattamento sia tale da comportare due serie di problemi.

62. In primo luogo, ritengo che vi sia una certa contraddizione tra il principio sancito dalla sentenza Gillespie (18) e i punti 16-20 della sentenza stessa.

63. Infatti, ai punti 16-20 della sentenza Gillespie, la Corte ha stabilito che l'art. 119 non si applica alle donne che si trovano in congedo di maternità. La ragione di detta esclusione è che il divieto posto dall'art. 119 del Trattato presuppone l'esistenza di una discriminazione tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile. Orbene, secondo la Corte, la donna che fruisce di un congedo di maternità si trova in una situazione specifica, che implica che le venga concessa una tutela speciale, ma che non può venir assimilata ad alcuna altra situazione. La Corte da ciò ha dedotto che l'art. 119 del Trattato non prescrive l'obbligo di conservare la retribuzione integrale delle lavoratrici durante il loro congedo di maternità e che non fissa criteri specifici per determinare l'importo delle prestazioni di maternità.

64. Orbene, la Corte ha affermato allo stesso tempo, ai punti 21 e 22, che il principio di non discriminazione impone che un'indennità legale di maternità, calcolata sulla base dello stipendio percepito dalla lavoratrice, tenga conto degli aumenti decisi prima o durante il congedo di maternità. La ragione di tale esigenza è che, in caso contrario, la lavoratrice sarebbe discriminata a causa della gravidanza o del congedo di maternità.

65. Va riconosciuto che questi due principi sembrano relativamente contraddittori. Infatti, è difficile comprendere come il principio di non discriminazione, che non si applica durante il congedo di maternità e che pertanto non stabilisce alcun criterio per il calcolo della prestazione di maternità, possa simultaneamente imporre

l'obbligo di tener conto di determinati aumenti di stipendio allorché viene calcolata la prestazione di maternità. In altre parole, non si capisce come il principio di non discriminazione, che non è applicabile durante il congedo di maternità, possa avere un'incidenza sull'importo della prestazione corrisposta alla lavoratrice durante il congedo di maternità.

66. In definitiva, sembra che la sentenza Gillespie si trovi a metà strada fra due logiche, che avrebbero dovuto essere percorse fino in fondo. La prima logica consiste nell'escludere l'applicazione del principio di non discriminazione durante il congedo di maternità. Tuttavia, in tale ipotesi, detto principio non può imporre l'obbligo di ricomprendere un aumento dello stipendio nella prestazione di maternità. La seconda logica consiste nell'applicare il principio di non discriminazione alla donna che si trova in congedo di maternità. In questo caso, tuttavia, l'art. 119 del Trattato impone che le donne percepiscano integralmente il loro stipendio durante tutta la durata del congedo di maternità.

67. In secondo luogo, ritengo che il principio sancito dalla sentenza Gillespie possa avere conseguenze negative per le lavoratrici.

68. Come hanno sottolineato la Court of Appeal (19) e il Regno Unito (20), il fatto di applicare il principio di non discriminazione alla donna che si trova in congedo rischia di nuocere alla protezione di cui essa beneficia in detto periodo.

69. Infatti, la sentenza Gillespie impone che una lavoratrice in congedo di maternità sia trattata al pari di qualunque altro lavoratore presente sul posto di lavoro (21). Si è visto che ciò comporta che, se la donna fruisce di un aumento di stipendio prima o durante il congedo di maternità, tale aumento deve avere ripercussioni immediate nell'importo della prestazione di maternità.

70. Tuttavia, un'applicazione corretta del principio di non discriminazione richiede che si prendano in considerazione anche gli elementi *negativi* che sopravvengono prima o durante il congedo di maternità. Così, nel caso in cui la lavoratrice dovesse subire una riduzione o una perdita della retribuzione prima o durante il congedo di maternità, il principio di non discriminazione imporrebbe che detta riduzione o detta perdita di retribuzione si ripercuota allo stesso modo sull'importo della prestazione di maternità. Decidere altrimenti equivarrebbe a effettuare un'applicazione a geometria variabile del principio di non discriminazione, la qual cosa sarebbe incompatibile con i dettami del principio di certezza del diritto.

71. Ne consegue che l'applicazione del principio stabilito dalla sentenza Gillespie potrebbe causare una diminuzione dell'importo della prestazione corrisposta alle lavoratrici durante il congedo di maternità.

72. Una simile conseguenza sarebbe ancor più incresciosa in quanto, nel Regno Unito, il periodo di riferimento sembra avere come finalità quella di proteggere la lavoratrice dagli eventi negativi che accadono prima o durante il congedo di maternità. Infatti, il Regno Unito ha affermato che detto periodo è stato prescelto per calcolare il salario medio della lavoratrice in un momento della gravidanza (tra il quarto e sesto mese) in cui, generalmente, raramente si verificano problemi correlati al suo stato.

73. Orbene, così come ha sottolineato il Regno Unito, la sentenza Gillespie, imponendo di tener conto dell'insieme degli elementi sopravvenuti prima del congedo di maternità, si risolve nello spostare il periodo di riferimento verso la fine della gravidanza, ovvero al momento in cui, statisticamente, le donne sono meno in grado di lavorare normalmente.

74. Di conseguenza, non si può escludere che la sentenza Gillespie abbia come effetto quello di diminuire l'importo della prestazione corrisposta alle lavoratrici durante il congedo di maternità (22).

C – Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte

75. D'altro canto, sembra che il principio stabilito dalla sentenza Gillespie non sia più da annoverare fra la giurisprudenza attuale in materia di protezione dei diritti connessi alla gravidanza e alla maternità.

76. Infatti, in forza della giurisprudenza attuale, la Corte applica il principio della parità delle retribuzioni e il principio della parità di trattamento solo al di fuori del periodo del congedo di maternità.

77. In tal senso, la Corte ha statuito che il principio di non discriminazione osta al rifiuto di assumere una donna a motivo della sua gravidanza (23), al licenziamento di una lavoratrice per la stessa ragione (24), al licenziamento di una lavoratrice a seguito di assenze provocate da una malattia che trova la sua origine nella gravidanza (25), al rifiuto del datore di lavoro di reintegrare nel suo posto una lavoratrice che abbia omesso di informare quest'ultimo del proprio stato di gravidanza prima della firma del contratto di lavoro (26), così come ad una normativa che priva una donna del diritto di ricevere il suo rapporto informativo per il fatto che si è assentata dal posto di lavoro per un congedo di maternità (27).

78. Allo stesso modo, la Corte ha statuito che il principio della parità delle retribuzioni osta a che un datore di lavoro, nel concedere una gratifica natalizia, tenga conto, così da ridurre in modo proporzionale la prestazione, dei periodi di tutela della maternità (28). La Corte ha anche rilevato che lo stesso principio impone di mantenere la retribuzione piena alla lavoratrice che, prima dell'inizio del congedo di maternità, sia inabile al lavoro a causa di uno stato patologico collegato alla gravidanza, laddove lo stesso diritto è riconosciuto ai lavoratori di sesso maschile che siano inabili al lavoro (29).

79. Risulta chiaramente che questi vari eventi – l'assunzione, il licenziamento, il reintegro, il rapporto informativo, la concessione di una gratifica, l'assenza provocata da malattia – si sviluppano al di fuori del periodo coperto dal congedo di maternità.

80. In compenso, nel caso in cui la donna si trovi in congedo di maternità, la Corte cessa di applicare il principio della parità delle retribuzioni e il principio della parità di trattamento. Sembra invece che essa esamini la controversia alla luce delle sole disposizioni della direttiva 92/85.

81. Ad esempio, nella sentenza Boyle e a. (30), la controversia verteva sulla clausola di un contratto di lavoro che consentiva alla lavoratrice di percepire, durante il congedo di maternità, una retribuzione più elevata di quella prevista dalla normativa nazionale, a condizione che essa si impegnasse a riprendere l'attività lavorativa dopo il parto per almeno un mese, dovendo in caso contrario rimborsare la differenza tra l'importo della retribuzione erogata e quello delle indennità dovute in forza delle disposizioni di legge. La Corte ha rilevato che l'art. 119 del Trattato non ostava all'applicazione di una simile clausola, in ragione del fatto che: «(...) la lavoratrice gestante, puerpera o in periodo di allattamento si trova in una situazione specifica di vulnerabilità che

comporta il diritto al congedo di maternità ma che, in particolare durante tale congedo, non può essere equiparata a quella di un lavoratore di sesso maschile né a quella di un lavoratore di sesso femminile assente dal lavoro per malattia» [\(31\)](#).

82. La Corte ha pertanto esaminato la controversia in riferimento alle sole disposizioni di cui alla direttiva 92/85 [\(32\)](#).

83. Allo stesso modo, nella sentenza Høj Pedersen e a., citata, la controversia riguardava una normativa nazionale in base alla quale una donna incinta, in una situazione di inabilità al lavoro a causa di uno stato patologico collegato alla gravidanza, non aveva diritto al versamento della retribuzione piena durante il periodo di inabilità. Era tuttavia accertato che il lavoratore di sesso maschile in stato di inabilità al lavoro conservava l'integralità del proprio stipendio. Per giustificare tale differenza, i convenuti nelle cause a quibus avevano dedotto che l'art. 11 della direttiva 92/85 consente agli Stati membri di prevedere un limite massimo per le prestazioni che le lavoratrici possono percepire in caso di gravidanza [\(33\)](#).

84. La Corte ha respinto detto argomento rilevando che l'art. 11 direttiva 92/85 si applica solo alle retribuzioni o prestazioni erogate alle lavoratrici nell'ambito del congedo per maternità [\(34\)](#). Dal momento che, nella fattispecie, la controversia era riferita ad un'inabilità al lavoro intervenuta *prima* dell'inizio del congedo di maternità, la Corte ha dichiarato che l'art. 119 del Trattato impone il mantenimento della retribuzione piena anche nel caso di inabilità al lavoro della lavoratrice [\(35\)](#).

85. Infine, nella sentenza Lewen, citata [\(36\)](#), la Corte ha dichiarato che una gratifica natalizia, erogata a titolo volontario dal datore di lavoro come incentivo per le prestazioni lavorative future, non poteva costituire una retribuzione ai sensi dell'art. 11, punto 2, lett. b), della direttiva 92/85, non essendo intesa a garantire alla lavoratrice un livello di reddito adeguato durante il congedo di maternità.

86. Emerge da dette sentenze che, a seguito dell'entrata in vigore della direttiva 92/85, la Corte opera una distinzione fra due periodi determinati: un primo periodo, che copre la gravidanza fino all'inizio del congedo di maternità, e un secondo periodo, che copre il congedo di maternità. Orbene, la Corte applica l'art. 119 del Trattato e il principio della parità di trattamento solamente per il primo periodo. Invece, la situazione della donna è esaminata alla luce delle sole disposizioni della direttiva 92/85, allorquando essa si trovi in congedo di maternità. Ciò significa che se la lavoratrice è oggetto di un trattamento sfavorevole durante il congedo di maternità, tale trattamento sarà vietato solo nel caso in cui sia contrario alle disposizioni di cui alla direttiva 92/85 [\(37\)](#).

87. In tali condizioni, ritengo che il principio sancito dalla sentenza Gillespie non rientri più nell'ambito della giurisprudenza attuale. Come si è detto, in detta sentenza la Corte ha applicato il principio di non discriminazione al secondo periodo summenzionato, e, più in particolare, alla retribuzione della lavoratrice durante il congedo di maternità.

88. Tenuto conto dei problemi suesposti e dell'evoluzione della giurisprudenza, propongo alla Corte di non confermare il principio posto dalla sentenza Gillespie. Ritengo che il diritto della lavoratrice a usufruire dell'aumento di stipendio debba ormai fondarsi sulla direttiva 92/85.

D – Sul fondamento del diritto riconosciuto alla lavoratrice

89. Come è noto la direttiva 92/85 è stata adottata sulla base dell'art. 118 A del Trattato al fine di concedere una protezione speciale alle lavoratrici durante la gravidanza e il congedo di maternità. Il legislatore comunitario ha ritenuto che le lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento dovessero essere considerate, sotto molti punti di vista, come un gruppo esposto a rischi specifici e che dovessero essere adottati provvedimenti per quanto riguarda la protezione della loro sicurezza e salute [\(38\)](#). Esso ha pertanto stabilito una serie di misure di protezione, quali il divieto di licenziamento delle lavoratrici durante la gravidanza e il congedo di maternità o la dispensa dal lavoro per esami prenatali.

90. Fra le suddette misure, la direttiva 92/85 stabilisce che le lavoratrici debbano fruire di un congedo di maternità di almeno quattordici settimane ininterrotte, di cui due obbligatorie. Inoltre, l'art. 11, punto 2, della direttiva 92/85 dispone che, durante il congedo di maternità, devono essere garantiti i seguenti elementi:

«a)

i diritti connessi con il contratto di lavoro (...) diversi da quelli specificati nella lettera b);

b)

il mantenimento di una retribuzione e/o il versamento di un'indennità adeguata (...).

91. Orbene, ritengo che la lett. a) di cui sopra potrebbe essere interpretata nel senso che ricomprende gli aumenti di stipendio che intervengono prima o durante il congedo di maternità. Infatti, la possibilità, per un lavoratore, di fruire immediatamente di un aumento di stipendio che gli è concesso può essere considerata come un «diritto connesso con il contratto di lavoro» dell'interessato [\(39\)](#).

92. Una simile interpretazione consentirebbe di evitare i problemi che ho richiamato in precedenza.

93. Da un lato, essa sarebbe coerente con il principio secondo cui la donna che fruisce di un congedo di maternità si trova in una situazione specifica, che implica che le venga concessa una tutela speciale, ma che non può venir assimilata ad alcuna altra situazione [\(40\)](#). Infatti, l'interpretazione proposta consisterebbe nell'applicare alla donna che si trova in congedo di maternità le misure che sono state adottate al fine specifico di assicurarne la protezione. Inoltre, essa garantirebbe alla lavoratrice l'inclusione del proprio aumento di stipendio nella prestazione di maternità senza che si debba comparare la sua situazione a quella di una donna realmente presente sul posto di lavoro [\(41\)](#).

94. D'altro lato, ritengo che il ricorso alla direttiva 92/85 permetterebbe di escludere taluni elementi negativi durante il congedo di maternità [\(42\)](#).

95. Infatti, si ricorderà che la direttiva 92/85 si prefigge di assicurare una protezione speciale alle lavoratrici durante il congedo di maternità. Inoltre, l'art. 1, n. 3, della direttiva 92/85 racchiude l'idea secondo cui l'applicazione di detta direttiva non può avere per effetto un abbassamento del livello di protezione delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento. Su questi due elementi si potrebbe fondare la tesi secondo cui, durante il congedo di maternità, la lavoratrice non potrebbe subire alcuna riduzione o perdita di stipendio.

96. Detta tesi sarebbe confermata dalla lettera dell'art. 11, punto 2, lett. a), della direttiva 92/85. Infatti, se la possibilità di fruire immediatamente di un aumento di stipendio verificatosi prima o durante il congedo di maternità può costituire un «diritto» connesso con il contratto di lavoro, è difficile sostenere che una riduzione o una perdita di retribuzione costituisca un tale «diritto». In altri termini, la nozione di «diritti connessi con il contratto di lavoro» imporrebbe di tener conto degli aumenti di stipendio che sopravvengano prima o durante il periodo di congedo di maternità della lavoratrice, ma escluderebbe le riduzioni o le perdite di retribuzione occorse durante detto congedo. Riduzioni o perdite di stipendio siffatte potrebbero verificarsi soltanto dopo la fine del congedo di maternità della lavoratrice.

97. Infine, l'interpretazione proposta s'inserirebbe nel quadro della giurisprudenza attuale in materia di protezione dei diritti relativi alla gravidanza e alla maternità (43). Infatti, essa consiste nell'applicare solamente le disposizioni della direttiva 92/85 alle lavoratrici in congedo di maternità e, in particolare, alla retribuzione da queste percepita durante detto periodo.

98. Di conseguenza, ritengo che il diritto della lavoratrice potrebbe ormai basarsi sulle disposizioni di cui all'art. 11, punto 2, lett. a), della direttiva 92/85.

99. Propongo pertanto alla Corte di risolvere la prima questione pregiudiziale nel senso che l'art. 119 del Trattato e il principio di non discriminazione non impongono che un'indennità legale di maternità, calcolata sulla base dello stipendio medio percepito dalla lavoratrice in un determinato periodo, ricomprenda gli aumenti di stipendio sopravvenuti prima o durante il congedo di maternità, ma al di fuori del periodo di riferimento. L'obbligo di ricomprendere i detti aumenti nell'importo dell'indennità di maternità risulta dall'art. 11, punto 2, lett. a), della direttiva 92/85.

V – Sulla seconda questione

100. Con la seconda questione, la Court of Appeal chiede se la soluzione della prima questione sia influenzata dalla circostanza che l'aumento di stipendio abbia effetto prima dell'inizio del congedo di maternità della lavoratrice, prima della fine del periodo di pagamento della parte dell'indennità legale di maternità collegata al suo stipendio o, eventualmente, in qualsiasi altro momento.

101. Le considerazioni esposte in occasione dell'esame della prima questione permettono di rispondere al quesito del giudice del rinvio. Infatti, è evidente che, a prescindere dal fondamento giuridico adottato, l'importo dell'indennità legale di maternità collegato allo stipendio della lavoratrice dovrà ricomprendere ogni aumento di stipendio sopravvenuto fra l'inizio del periodo di riferimento e la fine del congedo di maternità.

VI – Sulla terza questione

102. L'ultima questione pregiudiziale si articola in quattro parti, che esamineremo in ordine successivo.

103. Le prime due parti si riferiscono alle modalità di applicazione del principio sancito dalla sentenza Gillespie. Il giudice del rinvio vuole sapere in che modo il calcolo del normale stipendio della lavoratrice durante il periodo di riferimento debba tener conto dell'aumento di stipendio, e se il periodo di riferimento, prescritto dalla normativa nazionale, debba essere modificato.

104. È evidente che dette questioni rivestono un'importanza determinante per i datori di lavoro del Regno Unito. A seguito dell'emananda sentenza, dovranno procedere al calcolo, o al riesame, delle indennità di maternità dell'insieme delle lavoratrici che hanno fruito di un aumento dello stipendio prima o durante il congedo di maternità. Tenuto conto della moltitudine delle fattispecie e dei possibili problemi, il giudice del rinvio chiede, al pari del convenuto nella causa principale (44), precisazioni sulle modalità di detta operazione.

105. Tuttavia, ritengo che le questioni debbano essere trattate solamente alla luce del rispetto del principio dell'autonomia procedurale (45). Infatti, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro stabilire le modalità di applicazione dell'emananda sentenza, ivi comprese le eventuali misure d'applicazione immediata.

106. Le ultime due parti si riferiscono alle conseguenze eventuali della sentenza Gillespie, nell'ipotesi in cui la sentenza in questione imponga di tener conto, ai fini dell'indennità legale di maternità, di aumenti di stipendio decisi prima o durante il congedo di maternità, ma al di fuori del periodo di riferimento. La Court of Appeal chiede se, in questo caso, l'art. 119 del Trattato imponga di tener conto degli altri elementi sopravvenuti prima o durante il congedo di maternità e, in particolare, di una riduzione o di una perdita della retribuzione.

107. Come si è visto, detta questione – quantunque presenti nella fattispecie un carattere ipotetico – è particolarmente pertinente. Infatti, l'applicazione logica del principio sancito dalla sentenza Gillespie imporrebbe che l'indennità legale di maternità ricomprendesse non soltanto gli aumenti di stipendio sopravvenuti prima o durante il congedo di maternità, ma anche le riduzioni e le perdite di retribuzione intervenute in detto periodo (46). Tuttavia, si è visto che il ricorso alla direttiva 92/85 permetterebbe d'evitare una parte delle suddette conseguenze negative (47).

VII – Conclusione

108. Pertanto, sulle base delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di risolvere le questioni pregiudiziali sollevate dalla Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) come segue:

«1) L'art. 119 del Trattato CE (gli artt. 117-120 del Trattato CE sono stati sostituiti dagli artt. 136 CE-143 CE) e il principio di non discriminazione devono essere interpretati nel senso che un'indennità legale di maternità, nel caso in cui sia calcolata in base allo stipendio medio percepito dalla lavoratrice in un dato periodo, non deve ricomprendere gli aumenti di stipendio sopravvenuti prima o durante il congedo di maternità della lavoratrice interessata, ma al di fuori del periodo di riferimento prescritto dal diritto nazionale.

2) Per contro, l'art. 11, punto 2, lett. a), della 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) impone che un'indennità legale di maternità, calcolata in base allo stipendio medio percepito dalla lavoratrice in un dato periodo, ricomprenda gli aumenti di stipendio sopravvenuti prima o durante il congedo di maternità della lavoratrice interessata.

3) In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta a ciascuno Stato membro stabilire le modalità in base alle quali gli aumenti di stipendio di cui al punto 2), supra, devono essere ricompresi nell'importo dell'indennità legale di maternità di una lavoratrice».

1 –Lingua originale: il francese.

2 –Sentenza 13 febbraio 1996, causa C-342/93, Gillespie e a. (Racc. pag. I-475; in prosieguo: la «sentenza Gillespie»).

3 –Altrimenti denominata la «Court of Appeal».

4 –Altrimenti denominato il «principio della parità di retribuzione».

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

6 –Direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (GU L 39, pag. 40).

7 –Altrimenti denominato il «principio della parità di trattamento» o il «principio di non discriminazione».

8 –Art. 2, n. 1.

9 –GU L 348, pag. 1.

10 –In applicazione del suo art. 14, n. 1.

11 –Punto 3.

12 –Punto 5.

13 –Idem. Si può aggiungere che le conclusioni che ho presentato in relazione alla causa Gillespie non contengono neanche l'indicazione sulle date in cui si situavano i periodi di riferimento delle attrici nelle cause principali.

14 –Il corsivo è mio.

15 –V., in particolare, sentenza 30 aprile 1998, causa C-136/95, Thibault (Racc. pag. I-2011, punto 26).

16 –Ibidem (punto 29).

17 –Punti 21 e 22.

18 –Giova precisare che, con l'espressione «principio sancito dalla sentenza Gillespie», io mi riferisco alla valutazione della Corte secondo cui il principio di non discriminazione impone che un'indennità legale di maternità, calcolata sulla base dello stipendio percepito dalla lavoratrice durante un periodo determinato, comprende gli aumenti sopravvenuti prima o durante il congedo di maternità della lavoratrice interessata (v. sentenza Gillespie, punto 22).

19 –V. sentenza di rinvio 26 febbraio 2002 (punti 16 e 17), e la terza questione pregiudiziale, iii) e iv).

20 –V., in particolare, le osservazioni scritte del Regno Unito (punti 26 e 27).

21 –V. sentenza Gillespie (punto 22).

22 –Il Regno Unito ha anche evocato un'altra conseguenza negativa della sentenza Gillespie. Esso ha ricordato che gli Stati membri, con riferimento ai redditi delle lavoratrici durante il congedo di maternità, sono liberi di scegliere, in forza della direttiva 92/85, tra la corresponsione di una retribuzione proporzionale allo stipendio del lavoratore o il versamento di una prestazione fissa a livello forfettario (per esempio EUR 50 alla settimana). Esso ha anche spiegato che, nel Regno Unito, è il datore di lavoro ad essere tenuto al calcolo dell'importo della prestazione di maternità e che più del 70% dei datori di lavoro sono a capo di piccole o medie imprese, il che comporta che non hanno le risorse necessarie per procedere a calcoli frequenti e complessi. Tenuto conto di tali elementi, il Regno Unito ha affermato che il principio stabilito dalla sentenza Gillespie rappresenta un «incubo amministrativo per i datori di lavoro» poiché li obbliga a tener conto dell'insieme degli aumenti di stipendio sopravvenuti prima o durante il congedo di maternità, indipendentemente dal loro livello. Il Regno Unito ha quindi spiegato che la sentenza Gillespie potrebbe condurre determinati Stati membri ad abbandonare il sistema della retribuzione proporzionale per scegliere un sistema di retribuzione forfettaria. Da parte mia, ritengo che il

rischio di assistere ad un simile cambiamento sia reale, tenuto conto della pressione che, in un modo o nell'altro, i datori di lavoro potrebbero esercitare presso le autorità competenti. Inoltre, un cambiamento di tale natura avrebbe conseguenze negative per le lavoratrici, giacché, nella maggior parte dei casi, il sistema forfettario è meno equo di quello della retribuzione proporzionale. Tuttavia, a mio parere, non è assodato che gli Stati membri possano procedere a un cambiamento siffatto. Infatti, l'art. 1, n. 3, della direttiva 92/85 dispone espressamente che «[l]a presente direttiva non può avere per effetto un abbassamento del livello di protezione delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento rispetto alla situazione esistente in ogni Stato membro alla data della sua adozione». Detta disposizione potrebbe dunque ostare a che gli Stati membri si richiamino alla facoltà accordata dalla direttiva 92/85 per giustificare un cambiamento di regime che implichi una diminuzione della protezione di cui fruiscono le lavoratrici durante il congedo di maternità nello Stato interessato.

[23](#) –Sentenze 8 novembre 1990, causa C-177/88, Dekker (Racc. pag. I-3941, punto 14), e 3 febbraio 2000, causa C-207/98, Mahlburg (Racc. pag. I-549, punto 30).

[24](#) –Sentenze 8 novembre 1990, causa C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, detta «Hertz» (Racc. pag. I-3979, punto 13); 5 maggio 1994, causa C-421/92, Habermann-Beltermann (Racc. pag. I-1657, punto 26); 14 luglio 1994, causa C-32/93, Webb (Racc. pag. I-3567, punto 29), e 4 ottobre 2001, causa C-109/00, Tele Danmark (Racc. pag. I-6993, punto 34).

[25](#) –Sentenza 30 giugno 1998, causa C-394/96, Brown (Racc. pag. I-4185, punto 28). Con tale sentenza, la Corte ha riesaminato la sua giurisprudenza precedente, ossia la sentenza Hertz, cit. in precedenza (punto 19), e la sentenza 29 maggio 1997, causa C-400/95, Larsson (Racc. pag. I-2757, punto 26).

[26](#) –Sentenza 27 febbraio 2003, causa C-320/01, Busch (Racc. pag. I-2041, punto 47).

[27](#) –Sentenza Thibault, cit. (punto 33).

[28](#) –Sentenza 21 ottobre 1999, causa C-333/97, Lewen (Racc. pag. I-7243, punto 51).

[29](#) –Sentenza 19 novembre 1998, causa C-66/96, Høj Pedersen e a. (Racc. pag. I-7327, punto 41).

[30](#) –Sentenza 27 ottobre 1998, causa C-411/96 (Racc. pag. I-6401).

[31](#) –Ibidem (punto 40).

[32](#) –Ibidem (punti 29-36).

[33](#) –Punto 38.

[34](#) –Punto 39.

[35](#) –Punti 35-37.

[36](#) –Punti 22-24.

[37](#) –V. anche, in tal senso, D. Ghailani «La protection des droits liés à la grossesse et à la maternité dans l'ordre juridique communautaire», *Revue belge de sécurité sociale*, 2002, pag. 367 e segg. (pag. 383 e 386), così come K. Berthou e A. Masselot «Égalité de traitement et maternité. Jurisprudence récente de la CJCE», *Droit social*, 1999, pagg. 942-947 (pag. 946).

[38](#) –Direttiva 92/85 (ottavo 'considerando').

[39](#) –Sembra invece più difficile basare il diritto della lavoratrice sulle disposizioni di cui all'art. 11, punto 2, lett. b), della direttiva 92/85. Infatti, dette disposizioni mirano ad assicurare alle lavoratrici un livello di retribuzione «adeguata» durante il congedo di maternità (v., al riguardo, sentenze cit. in precedenza Boyle e a., punti 33 e 34, e Lewen, punti 22 e 23). Pertanto, allorché le autorità o gli interessati assicurano il versamento di una retribuzione e/o di una prestazione di livello adeguato, essi danno corretta attuazione all'art. 11, n. 2, lett. b), della direttiva 92/85. Detta disposizione, inoltre, non impone loro di integrare gli aumenti di stipendio della lavoratrice nella retribuzione o nella prestazione di maternità.

[40](#) –V. paragrafi 62-66 delle presenti conclusioni.

[41](#) –V. sentenza Gillespie (punto 22).

[42](#) –V. paragrafi 67-74 delle presenti conclusioni.

[43](#) –V. paragrafi 75-87 delle presenti conclusioni.

[44](#) –V. osservazioni scritte della Woolwich (punto 8).

[45](#) –Su detto principio, v., in particolare, le mie conclusioni nella causa Preston e a. (sentenza 16 maggio 2000, causa C-78/98, Racc. pag. I-3201, paragrafi 38 e segg.).

[46](#) –V. paragrafi 67-74 delle presenti conclusioni.

[47](#) –V. paragrafi 94-96 delle presenti conclusioni.