

Conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 18 febbraio 1997

Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, che agisce per conto di Helle Elisabeth Larsson contro Dansk Handel & Service, che agisce per conto della Føtex Supermarked A/S

Domanda di pronuncia pregiudiziale: Sø- og Handelsretten – Danimarca

Parità di trattamento fra uomini e donne - Direttiva 76/207/CEE - Condizioni di licenziamento - Assenza dovuta a una malattia causata da gravidanza o parto - Assenza durante la gravidanza e dopo il parto

Causa C-400/95

raccolta della giurisprudenza 1997 pagina I-02757

Conclusioni dell'avvocato generale

1 La questione pregiudiziale sulla quale deve pronunciarsi la Corte di giustizia nella causa in esame è stata presentata dal Sø- og Handelsret di Copenaghen, che chiede un'interpretazione di alcune disposizioni 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 (1) (in prosieguo: la «direttiva 76/207»).

2 Tale questione pregiudiziale è stata sollevata nella causa pendente dinanzi a detto organo giurisdizionale e che oppone lo Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, che agisce per conto della signora Helle Elisabeth Larsson, alla Dansk Handel & Service, la quale a sua volta agisce per conto della Føtex Supermarked A/S, rispettivamente ricorrente e convenuta.

3 Dall'esposizione dei fatti figurante nell'ordinanza di rinvio emerge che la signora Larsson è stata assunta come impiegata dall'impresa Føtex nel marzo 1990. Nell'agosto dell'anno seguente essa comunicava al suo datore di lavoro di essere incinta.

Durante la gravidanza la signora Larsson usufruiva del congedo di malattia in due occasioni. Il primo congedo durava diciotto giorni (dal 7 al 24 agosto 1991). Il secondo congedo, conseguenza di un prolasso della pelvi causato dalla gravidanza, durava approssimativamente quattro mesi e mezzo (dal 4 novembre 1991 al 15 marzo dell'anno seguente). Successivamente cominciava il congedo di maternità, e il parto avveniva il 2 aprile 1992.

4 Il periodo di congedo di maternità cui la ricorrente aveva diritto, avente durata di ventiquattro settimane, terminava il 18 settembre 1992. La stessa usufruiva poi delle ferie annuali fino al 16 ottobre.

Durante il congedo di maternità e le ferie annuali alla signora Larsson veniva applicata una terapia per il prolasso della pelvi. La stessa continuava a usufruire del congedo di malattia oltre le ferie annuali e veniva dichiarata abile a riprendere il lavoro soltanto il 4 gennaio 1993.

5 Il 10 novembre 1992, vale a dire meno di un mese dopo la fine delle ferie annuali della signora Larsson, l'impresa le inviava una lettera in cui le comunicava che era licenziata, con effetto a partire 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 (...)».

6 La signora Larsson proponeva un ricorso contro detto licenziamento, adducendo che esso era in contrasto con la legge nazionale relativa alla parità di trattamento, e chiedendo un indennizzo di 172 602 DKR corrispondente alla retribuzione di settantotto settimane. La convenuta si opponeva facendo valere che, fatte salve le norme di diritto interno, la direttiva 76/207 non osta a che una donna sia licenziata una volta terminato il periodo di congedo di maternità, in conseguenza di assenze dovute ad una malattia causata dalla gravidanza o dal parto, e che la legislazione danese, dal canto suo, non stabilisce norme specifiche che conferiscono una speciale tutela alla donna che si trovi in tali circostanze.

7 Le parti chiedevano al Sø- og Handelsret di sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207. L'organo giurisdizionale nazionale considerava in un'ordinanza 4 aprile 1995 che, alla luce della giurisprudenza formulata nella sentenza Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (2) (in prosieguo: la «sentenza Hertz»), non occorre sollevare tale questione.

Nelle osservazioni presentate la convenuta prendeva atto di tale punto di vista, mentre la ricorrente, con lettera 6 luglio 1995, chiedeva nuovamente che la questione venisse sottoposta alla Corte di giustizia, sostenendo che la sentenza invocata richiede che si effettui una distinzione fra le malattie che si verificano durante il periodo di congedo di maternità e quelle che si manifestano successivamente e sono causate dalla gravidanza o dal parto.

8 Nella pronuncia 16 agosto 1995 il Sø- og Handelsret respingeva la domanda di rinvio pregiudiziale, in quanto non vi era alcun motivo di ritenere che, nella sua risposta, la Corte di giustizia avrebbe modificato la tesi che aveva adottato nella sentenza succitata. La ricorrente ha interposto appello avverso detta pronuncia dinanzi allo Højesteret, che ha accolto il suo ricorso.

In ottemperanza alla pronuncia dello Højesteret, il Søg- og Handelsret ha emesso, il 19 dicembre 1995, una nuova ordinanza con la quale ha sottoposto alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale:

«Se 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, riguardi anche il licenziamento in conseguenza di assenze dopo il congedo di maternità, qualora le assenze siano dovute a malattia manifestatasi nel corso della gravidanza e protrattasi durante e dopo il congedo di maternità, atteso che il licenziamento è avvenuto dopo il congedo di maternità».

9 L'art. 1 della direttiva 76/207 dispone:

«1. Scopo della presente direttiva è l'attuazione negli Stati membri del principio della parità di trattamento fra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, ivi compresa la promozione, e l'accesso alla formazione professionale, nonché le condizioni di lavoro e, alle condizioni di cui al paragrafo 2, la sicurezza sociale. Tale principio è denominato qui appresso "principio della parità di trattamento".

2. (...)».

10 Ai sensi dell'art. 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.

4. (...)».

11 Infine, a tenore dell'art. 5:

«1. L'applicazione del principio della parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le condizioni inerenti al licenziamento, implica che siano garantite agli uomini e alle donne le medesime condizioni, senza discriminazioni fondate sul sesso».

12 Hanno presentato osservazioni scritte, entro il termine impartito dall'art. 20 dello Statuto (CE) della Corte di giustizia, la ricorrente e la convenuta nella causa principale, il Regno Unito, il governo olandese e la Commissione. Hanno presentato osservazioni orali all'udienza la ricorrente e la convenuta nella causa principale, il governo danese, il Regno Unito e la Commissione.

13 La ricorrente afferma che la sentenza emessa dalla Corte nella causa Hertz dev'essere interpretata nel senso che si deve distinguere fra, da un lato, le malattie che, essendo conseguenza della gravidanza o del parto, si manifestano durante la gravidanza o il periodo di congedo di maternità, e per le quali la terapia prosegue dopo la fine di detto periodo e, dall'altro, quelle che si manifestano dopo la fine del congedo di maternità. In caso contrario, la questione di accertare se la tutela di cui fruisce una lavoratrice affetta da malattia risponda o meno ai principi del diritto comunitario dipenderebbe unicamente dalla durata del congedo di maternità che è fissata da ciascun Stato membro.

Aggiunge che, nel caso di specie, l'unico congedo di malattia che possa essere preso in considerazione è quello che è iniziato verso la metà dell'ottobre 1992, vale a dire dopo la fine del periodo tutelato, il quale comprende la gravidanza e il congedo di maternità, e dopo la fine delle ferie annuali. Il 10 novembre, quando le fu notificato il licenziamento, la ricorrente si trovava in congedo di malattia da meno di quattro settimane, assenza manifestamente brevissima che in nessun caso avrebbe dato luogo al licenziamento di un uomo.

14 La convenuta assicura che, al momento in cui ha notificato il licenziamento alla ricorrente, ignorava le ragioni esatte per le quali questa aveva usufruito di un congedo di malattia durante la gravidanza e una volta terminato il congedo di maternità. Sostiene che, alla luce del testo delle disposizioni della direttiva 76/207 - la cui interpretazione viene chiesta dal giudice nazionale -, dei lavori preparatori che hanno portato alla sua approvazione e della sentenza Hertz, nonché delle conclusioni dell'avvocato generale Darmon nella stessa causa, la questione pregiudiziale deve essere risolta negativamente. Adduce che il fatto che la signora Larsson fosse affetta - durante la gravidanza, il congedo di maternità e dopo la fine di quest'ultimo - da un disturbo causato dalla gravidanza non la situa in una situazione giuridica diversa da quella in cui si trovava la ricorrente nella causa Hertz, in quanto entrambe sono state licenziate una volta terminato il congedo di maternità conformemente alla legge danese, la quale tutela la donna unicamente contro il licenziamento causato da assenze dal posto di lavoro dovute alla gravidanza e al parto per un periodo che termina, al massimo, ventiquattro settimane dopo il parto.

15 All'udienza il governo danese ha incentrato il suo esame su due aspetti della causa in esame. In primo luogo, ha posto in rilievo le differenze fra i fatti che hanno portato al licenziamento della signora Hertz e le circostanze nelle quali si è verificato il licenziamento della signora Larsson. Infatti, la signora Hertz si è ammalata qualche mese dopo avere ripreso il suo posto di lavoro, e si è trovata in congedo di malattia durante cento giorni lavorativi nel corso di un anno, mentre la signora Larsson è stata malata durante la gravidanza e non ha avuto occasione di riprendere il lavoro dopo il parto, essendo stata licenziata prima che trascorressero quattro settimane dal giorno in cui avrebbe dovuto farlo. In secondo luogo, ha esposto la necessità di ripartire l'assenza dal posto di lavoro della signora Larsson in quattro periodi distinti, vale a dire: il periodo dovuto alla malattia causata dalla gravidanza prima del parto; il congedo di maternità; le ferie annuali ed infine il congedo di malattia concesso dopo le ferie perché essa era affetta da una malattia causata dalla gravidanza. Solo quest'ultimo periodo di assenza potrebbe essere preso in considerazione contro di lei per il suo licenziamento.

Suggerisce alla Corte di giustizia di risolvere la questione pregiudiziale sollevata nel senso che le disposizioni della direttiva 76/207 ostano al licenziamento di una lavoratrice, al termine del congedo di maternità, se tale licenziamento è dovuto alla sua assenza dal posto di lavoro mentre era incinta, dovuta ad una malattia causata dalla gravidanza, e/o alla sua assenza durante il congedo di maternità.

16 Il Regno Unito osserva che non si devono effettuare distinzioni a seconda che la malattia della persona interessata si sia manifestata per la prima volta durante il congedo di maternità o successivamente. A suo avviso, questo è il principio che è alla base della sentenza Hertz: la direttiva prescrive che le donne debbano essere protette contro un trattamento sfavorevole a causa della gravidanza e dei rischi e delle conseguenze inerenti a tale stato. Tale tutela implica il riconoscimento da parte degli Stati membri di un congedo di maternità la cui durata consenta di far fronte alle normali conseguenze della gravidanza, senza che la direttiva 76/207 preveda un'ulteriore tutela, mentre gli Stati membri, in base all'art. 2, n. 3, della stessa, possono concedere una protezione maggiore, se lo desiderano, senza però essere obbligati a farlo.

Di conseguenza, una donna che sia affetta da una malattia di origine ostetrica al di fuori del congedo di maternità concesso dal diritto interno deve ricevere lo stesso trattamento di qualsiasi altro occupato affetto da malattia, indipendentemente dal suo sesso, essendo a questi effetti irrilevante il fatto che la malattia della donna si sia manifestata o meno durante il congedo di maternità. Detto governo suggerisce di risolvere la questione pregiudiziale nel senso che, fatte salve le disposizioni di diritto interno adottate in forza dell'art. 2, n. 3, della direttiva 76/207, l'art. 5, n. 1, e l'art. 2, n. 1, di detta direttiva non ostano al licenziamento di una donna dovuto alle sue assenze dal posto di lavoro al di fuori del congedo di maternità contemplato dal diritto interno, anche se le assenze sono dovute ad una malattia di origine ostetrica, purché il periodo di congedo di maternità sia sufficiente per consentire di far fronte alle normali conseguenze della gravidanza, e a condizione che sarebbe stato licenziato anche un uomo il quale si fosse trovato in una situazione di congedo di malattia per un periodo analogo, al di fuori della durata del congedo di maternità.

17 Il governo olandese considera che, poiché si tratta di assenze dal posto di lavoro a causa di malattia dovuta alla gravidanza o al parto, che si sono verificate dopo la fine del congedo di maternità, il licenziamento non può essere in contrasto con il combinato disposto dell'art. 5, n. 1, e dell'art. 2, n. 1, della direttiva 76/207. Ricorda che gli Stati membri, in base all'art. 2, n. 3, di detta direttiva, possono adottare misure che attribuiscono alle donne una tutela speciale in materia di gravidanza o di parto, senza però che ciò costituisca un obbligo. Aggiunge che, in forza dell'art. 10, n. 1, della direttiva 92/85/CEE (3) (in prosieguo: la «direttiva 92/85»), gli Stati membri sono tenuti ad adottare, entro il 19 ottobre 1994, i provvedimenti necessari per vietare il licenziamento delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento durante il periodo che va dall'inizio della loro gravidanza fino al termine del congedo di maternità, salvo nei casi eccezionali non collegati al loro stato, consentiti dalle legislazioni nazionali e, se del caso, purché la competente autorità l'abbia consentito.

Ad avviso di detto governo, detto periodo è il periodo che il legislatore comunitario considera sufficiente per garantire alle lavoratrici la tutela necessaria contro i licenziamenti a causa di assenze dal posto di lavoro dovute alla gravidanza o al parto, senza che si imponga agli Stati membri l'obbligo di garantire loro una tutela più estesa. Per tale motivo, lo stesso governo suggerisce di risolvere negativamente la questione pregiudiziale.

18 La Commissione deplora la mancanza di elementi precisi relativi tanto alla legislazione nazionale quanto alle disposizioni di origine contrattuale applicabili al rapporto di lavoro in esame e, in particolare, l'assenza di dati che indichino se i periodi di congedo di malattia durante la gravidanza possano cumularsi a quelli che si verificano dopo il congedo di maternità, al fine di calcolare la durata di un'assenza dal posto di lavoro per motivi di salute.

A suo avviso, la soluzione della questione pregiudiziale implica che si prenda posizione su due aspetti: in primo luogo, si dovrà precisare se la giurisprudenza formulata nella sentenza Hertz si applichi anche quando la malattia si è già verificata durante la gravidanza ed è proseguita durante il congedo di maternità, e la cura ha avuto luogo dopo la fine del congedo di maternità; in secondo luogo, si dovrà interpretare se risulti in contrasto con il diritto comunitario il fatto che il datore di lavoro prenda in considerazione, per calcolare il periodo di assenza dal posto di lavoro che può giustificare il licenziamento in base al diritto nazionale, tanto le assenze che si verificano dopo l'inizio della gravidanza fino all'inizio del congedo di maternità quanto la durata di quest'ultimo. A questo proposito, segnala il fatto che il licenziamento della signora Larsson fu motivato dalla sua «lunga assenza». Tuttavia, se si tiene conto del fatto che il suo congedo di maternità terminò il 18 settembre 1992 e che successivamente essa ha usufruito di un mese di ferie, al momento in cui le era stato notificato il licenziamento essa era stata assente per motivi di malattia meno di un mese.

19 Secondo la Commissione, il datore di lavoro, se avesse computato la durata del congedo di maternità come assenza agli effetti del licenziamento, avrebbe effettuato una discriminazione diretta a causa del sesso poiché, in tal caso, il licenziamento sarebbe basato su una circostanza che riguarda soltanto le donne. Quanto al licenziamento per assenze dovute a malattia durante la gravidanza, il diritto comunitario, prima dell'entrata in vigore della direttiva 92/85, non impediva il licenziamento di una donna a condizione che in circostanze analoghe gli uomini fossero licenziati. Al contrario, trattandosi di una malattia causata dalla gravidanza che si manifesta prima dell'inizio del congedo di maternità, la Commissione, dopo aver esaminato le varie possibili soluzioni, propende a ritenere, in base alla giurisprudenza della Corte, che risulta in contrasto con le disposizioni della direttiva 76/207 il fatto che il datore di lavoro prenda in considerazione, per giustificare un licenziamento, i periodi di congedo di malattia di una donna incinta, purché la malattia sia stata causata dalla gravidanza. In tal senso, essa ritiene che il divieto di licenziamento di una donna durante il periodo che va dall'inizio della gravidanza fino alla fine del suo congedo di maternità, stabilito dall'art. 10, n. 1, della direttiva 92/85, non sia nient'altro che la consacrazione legislativa di una situazione giuridica preesistente.

La Commissione suggerisce alla Corte di risolvere la questione pregiudiziale nel senso che il combinato disposto dell'art. 5, n. 1, e dell'art. 2, n. 1, della direttiva 76/207 non osta al licenziamento di una donna, a causa di malattia dovuta alla gravidanza o al parto, dopo la fine del suo congedo di maternità, salvo se il licenziamento sia motivato, in tutto o in parte, da assenze dal posto di lavoro durante la gravidanza o il congedo di maternità.

20 Nelle osservazioni presentate alla Corte, tanto le parti nella causa principale quanto il Regno Unito, il governo olandese e la Commissione hanno sottolineato la somiglianza fra la questione sollevata e risolta nella sentenza Hertz e quella che è formulata nel caso di cui trattasi. Sono d'accordo sul fatto che entrambe le cause presentano alcune somiglianze; tuttavia esse sono diverse fra loro per una differenza fondamentale, che esaminerò approfonditamente.

21 Nella causa Hertz i fatti erano i seguenti. La signora Hertz era stata assunta il 15 luglio 1982 come cassiera e commessa ad orario ridotto in un supermercato. Un anno dopo, al termine di una gravidanza travagliata che, con il consenso del datore di lavoro, trascorse per la maggior parte in situazione di congedo di malattia, partoriva un figlio. Alla scadenza del suo congedo di maternità, della durata di ventiquattro settimane dopo il parto, la signora Hertz riprendeva il lavoro alla fine del 1983 e non ebbe alcun problema di salute fino al giugno del 1984. A partire da tale momento fino al giugno 1985 doveva assentarsi per malattia durante cento giorni lavorativi. Era pacifico fra le parti che la malattia era uno strascico della gravidanza e del parto.

Nel giugno 1985 il datore di lavoro le comunicava che risolveva il contratto di lavoro con il preavviso di quattro mesi previsto dalla legge, precisando che il licenziamento era dovuto alle sue ripetute assenze e che rientrava nella prassi licenziare i lavoratori in tal caso.

22 L'organo giurisdizionale nazionale investito di detto procedimento chiedeva alla Corte di giustizia d'interpretare l'art. 5, n. 1, in combinato disposto con l'art. 2, n. 1, della direttiva 76/207, per stabilire se dette disposizioni riguardassero i licenziamenti in seguito ad assenza dovuta ad una malattia causata dalla gravidanza o dal parto e, in caso di soluzione affermativa, se la tutela contro i licenziamenti a seguito di una malattia di detto tipo valesse senza limiti di tempo.

23 La Corte affermava nella sentenza 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. Un tale stato patologico rientra quindi nel regime generale applicabile alle ipotesi di malattia» (4). Risolveva quindi le questioni sollevate nel senso che, fatte salve le disposizioni del diritto nazionale adottate in applicazione dell'art. 2, n. 3, della direttiva 76/207, il combinato disposto dell'art. 5, n. 1, e dell'art. 2, n. 1, di detta direttiva, non vieta il licenziamento per assenze dovute ad una malattia causata dalla gravidanza o dal parto.

24 Confrontando le due cause fra loro, noto alcune somiglianze poiché tanto la signora Hertz quanto la signora Larsson furono licenziate dai loro rispettivi datori di lavoro al termine del loro congedo di maternità e in quanto in entrambi i casi il motivo del licenziamento era costituito dalle assenze dal posto di lavoro a causa di una malattia collegata alla gravidanza o al parto.

25 Se l'unica differenza fra le due cause consistesse nel fatto che, nel caso della signora Hertz, la malattia si manifestò dopo la fine del congedo di maternità, mentre nel caso della signora Larsson la malattia si manifestò già durante la gravidanza, credo che la soluzione debba essere nuovamente la stessa. Infatti, come ha considerato la Corte nella sentenza Hertz «(...) i lavoratori di sesso femminile e maschile sono dei 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» (5).

26 Credo tuttavia che la Corte non debba limitarsi a risolvere in questi termini la questione pregiudiziale sollevata e che debba esaminare ulteriori aspetti di tale causa, poiché questa non è, a mio avviso, l'unica differenza. Confrontando ancora una volta le due cause fra loro, si nota che nel caso della signora Hertz i congedi di malattia che motivarono il suo licenziamento hanno avuto una durata complessiva di cento giorni lavorativi ripartiti nel corso di un anno e si sono verificati tutti dopo la fine del congedo di maternità. Per contro, alla signora Larsson venne notificato il licenziamento prima che fosse trascorso un mese dalla data in cui essa avrebbe dovuto riprendere il lavoro, una volta che la stessa aveva usufruito del periodo di congedo di maternità e delle ferie.

Per tale motivo credo che sia necessario esaminare la possibilità se, per motivare il licenziamento della signora Larsson, si sia preso in considerazione nel suo caso non solo detto periodo, ma anche i cinque mesi circa durante i quali si trovava in situazione di congedo di malattia durante la gravidanza. Credo che si debba esaminare inoltre se ciò sia compatibile col principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto attiene alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento, sancito dall'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207.

27 Sarebbe stato opportuno se l'organo giurisdizionale che ha sollevato la questione pregiudiziale avesse fornito più dati sul diritto danese che si applica ai licenziamenti per assenze dal lavoro e, più in particolare, sui licenziamenti dovuti a periodi di congedo di malattia. In ogni caso, a prescindere dal contenuto di tale legislazione che l'organo giurisdizionale è tenuto ad applicare, è evidente che in materia di licenziamento i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile dovranno ricevere lo stesso trattamento, senza discriminazioni basate sul sesso.

28 Al fine di far sì che la risposta al giudice nazionale sia la più completa possibile, esaminerò, in primo luogo, le situazioni nelle quali possa trovarsi una lavoratrice che ha partorito recentemente in relazione alle assenze dal lavoro dovute a motivi di salute.

Successivamente, nell'ipotesi in cui per il licenziamento della signora Larsson si siano calcolati i cinque mesi circa nei quali essa si trovava in una situazione di congedo di malattia durante la gravidanza, esaminerò - alla luce della giurisprudenza della Corte formulata per l'interpretazione della direttiva 76/207 e tenendo conto delle opinioni dell'avvocato generale Darmon (6) e dell'avvocato generale Tesouro (7), da me condivise, secondo cui la rigorosa parità fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile vieta di prendere in considerazione, rispetto al momento dell'accesso al lavoro e durante i rapporti di lavoro, un evento che, per definizione, riguardi unicamente le donne - se detto licenziamento soddisfi le condizioni imposte dal principio della parità di

trattamento o se, al contrario, il datore di lavoro ha commesso una discriminazione diretta a causa del sesso avendo preso in considerazione una circostanza che poteva riferirsi soltanto alle donne.

I congedi di malattia successivi al congedo di maternità

29 Come ho già rilevato al paragrafo 25, ritengo che si debba applicare la giurisprudenza affermata nella sentenza Hertz ai periodi di congedo di malattia accordati dopo la scadenza del congedo di maternità, indipendentemente dal momento in cui la malattia si sia manifestata e anche se questa è di origine ostetrica. Nel caso della signora Larsson, il periodo di congedo di malattia accordatole dopo le sue ferie deve essere preso in considerazione ai fini del suo licenziamento, come nei confronti di un lavoratore di sesso maschile.

II periodo di congedo di maternità

30 E' noto che, anteriormente al 19 ottobre 1994, data in cui scadeva il termine per recepire le disposizioni della direttiva 92/85 nei diritti nazionali, l'adozione di misure a tutela della donna per quanto attiene alla gravidanza e alla maternità rientrava nella competenza assegnata agli Stati membri dall'art. 2, n. 3, della direttiva 76/207, concernente - non va dimenticato - il principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto attiene, fra l'altro, le condizioni di lavoro. Il congedo di maternità che, in base alle norme danesi sul lavoro, fu di ventiquattro settimane nel caso della signora Larsson, costituisce l'esempio più caratteristico di misure di tutela della donna adottate dagli Stati membri sulla base di detta disposizione.

Poiché si tratta di una deroga al principio della parità di trattamento, che persegue lo scopo di dispensare la donna che ha partorito dai suoi obblighi di lavoro durante un periodo determinato, ritengo non solo che la stessa non possa essere licenziata durante detto periodo, ma che anche la sua assenza dal posto di lavoro non possa essere presa in considerazione nei suoi confronti ai fini di un licenziamento successivo. Tale interpretazione s'impone, alla luce di quanto affermato dalla Corte nella sentenza Hertz: «(...) la direttiva (...) 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 (...)» (8).

I congedi di malattia durante la gravidanza

31 Tale materia non è stata disciplinata dalla normativa comunitaria né al riguardo vi è una giurisprudenza della Corte. Per tale motivo, in mancanza di normativa da parte di ciascuno Stato membro, che istituisca un trattamento differenziato in base all'art. 2, n. 3, della direttiva 76/207, la questione dei congedi di malattia durante la gravidanza deve essere risolta in base all'art. 5, n. 1, della stessa direttiva, il quale garantisce l'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto attiene alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento.

32 E' evidente che l'art. 10 della direttiva 92/85 impone agli Stati membri l'obbligo di vietare il licenziamento delle lavoratrici durante il periodo compreso fra l'inizio della loro gravidanza e la fine del loro congedo di maternità; tuttavia, a mio avviso, tale disposizione non risolve il problema che sto esaminando per vari motivi.

In primo luogo, poiché la signora Larsson non fu licenziata durante la gravidanza né durante il congedo di maternità, ma solo dopo la fine di quest'ultimo (tralascio il fatto che il termine per recepire le disposizioni della direttiva nel diritto interno scadeva dopo i fatti che sto esaminando).

In secondo luogo, poiché la direttiva 92/85, avente un contenuto nettamente di tutela, istituisce un trattamento differenziato a favore delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento con lo scopo specifico di promuovere il miglioramento della loro sicurezza e della loro salute sul posto di lavoro. Lo stesso legislatore riconosce, al nono `considerando', che tale protezione non deve sfavorire le donne sul mercato del lavoro e fa salve le direttive in materia di parità di trattamento fra gli uomini e le donne.

Infine, poiché anche nell'ipotesi in cui risultasse applicabile alla causa in esame il detto divieto di licenziamento per un periodo limitato, divieto giustificato dal fatto che il rischio di essere licenziati per motivi collegati al proprio stato può avere conseguenze pregiudizievoli sulla salute fisica e psichica della lavoratrice (9), sarebbe sempre dubbio se si possano sommare i congedi di malattia durante la gravidanza a quelli precedenti e/o successivi alla stessa, qualora si tratti di calcolare la durata delle assenze che giustificano un licenziamento effettuato dopo il congedo di maternità.

33 Per stabilire se i periodi di congedo di malattia durante la gravidanza possano essere calcolati come assenze che diano luogo ad un licenziamento conforme al principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne si deve distinguere a seconda della causa della malattia. Non vedo alcuna ragione obiettiva che giustifichi che le assenze dal lavoro di una donna incinta, dovute a malattia, non siano calcolate nei suoi confronti, ai fini del licenziamento, allo stesso modo di un uomo, anche se, successivamente al 19 ottobre 1994, per licenziare la donna il datore di lavoro deve attendere che termini il suo congedo di maternità. Inoltre, credo che per l'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne i detti periodi debbano essere presi in considerazione.

34 Sorge pertanto la questione se possano essere considerati allo stesso modo i congedi di malattia di una donna incinta qualora la malattia sia provocata dalla gravidanza.

La soluzione di detta questione dev'essere negativa, per due motivi.

35 Il primo motivo si basa sulla giurisprudenza della Corte. Anche se la Corte non si è ancora pronunciata su tale questione, essa ha affermato molto chiaramente come debba essere qualificato il licenziamento di una donna per il fatto di essere incinta. Si tratta della giurisprudenza formulata in sede d'interpretazione della direttiva 76/207 e che, per la parte che qui rileva, può essere riassunta come segue:

- il licenziamento di una lavoratrice a motivo della sua gravidanza rappresenta una discriminazione diretta fondata sul sesso, mentre 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 di sesso maschile (10);

- lo stato di gravidanza non è in alcun modo assimilabile ad uno stato patologico, a fortiori ad un'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 (11); e

- la cessazione di un contratto a tempo indeterminato a causa della gravidanza della lavoratrice non può essere giustificata adducendo che un divieto di legge, imposto a causa della gravidanza, impedisce temporaneamente alla lavoratrice di effettuare un lavoro notturno, né può basarsi su motivi relativi alla sua incapacità a soddisfare una delle condizioni essenziali del suo contratto di lavoro (12).

36 Alla luce di tale giurisprudenza, credo che sia contraddittorio affermare, da un lato, che il licenziamento di una donna a causa della gravidanza costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso, che la gravidanza non può essere paragonata ad una malattia o che il licenziamento di una donna incinta non può essere giustificato per il fatto che essa si trova nell'incapacità di soddisfare una delle condizioni essenziali del suo contratto di lavoro e, al tempo stesso, accettare che i periodi durante i quali la donna incinta sia stata costretta a prendere un congedo di malattia a causa di una malattia dovuta alla sua gravidanza possano essere presi in considerazione, ai fini di un licenziamento che avverrebbe dopo la fine del suo congedo di maternità.

37 Il secondo motivo si basa sull'applicazione del principio della parità di trattamento, enunciato dall'art. 5, n. 1, della direttiva. Tale principio richiede che, all'atto di effettuare un licenziamento, si garantiscano agli uomini e alle donne le stesse condizioni, senza discriminazioni basate sul sesso.

38 Come ho già rilevato in precedenza, la signora Larsson fu licenziata dopo la fine del suo congedo di maternità e, secondo l'espressione del suo datore di lavoro, a causa della sua «lunga assenza». Tuttavia, è pacifico che il licenziamento le fu notificato prima che fosse trascorso un mese dalla data in cui avrebbe dovuto riprendere a lavorare, dopo la fine del periodo di congedo di maternità e delle ferie.

Al momento della notifica del licenziamento, l'assenza dell'interessata dal suo posto di lavoro può essere considerata lunga solo se, per il suo calcolo, sono stati presi in considerazione almeno i cinque mesi circa durante i quali essa si è trovata in congedo di malattia prima che iniziasse il suo congedo di maternità, cinque mesi di cui quattro e mezzo corrispondono al prolasso della pelvi dovuto alla gravidanza, e forse, ma non necessariamente, il periodo di congedo di maternità. Non credo che il periodo di ferie sia stato preso in considerazione.

39 Al fine di stabilire se un licenziamento effettuato in tali circostanze soddisfi le condizioni richieste dal principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne, oppure se si tratti di un licenziamento discriminatorio, si deve tener conto, come ho già rilevato al paragrafo 28, che l'uguaglianza sostanziale fra i lavoratori e le lavoratrici richiede che non si prenda in considerazione, né al momento dell'accesso al lavoro, né durante il rapporto di lavoro, una situazione che per definizione può riguardare soltanto le donne.

40 La gravidanza costituisce uno stato, di durata limitata nel tempo, che riguarda soltanto le donne. Essa non le riguarda in modo astratto, ma in modo estremamente concreto. La gravidanza può causare loro problemi che si possono considerare lievi, oppure veri e propri problemi di salute, che obbligano alcune donne ad assentarsi dal loro posto di lavoro durante periodi di tempo più o meno lunghi e dolorosi per poter portare a termine la gestazione.

41 Mi pare evidente che, poiché la gravidanza costituisce una situazione in cui possono trovarsi soltanto le donne, i problemi di salute provocati da detto stato non potranno rientrare nel regime generale in vigore per le donne e per gli uomini in caso di malattia.

Infatti, se al momento di motivare un licenziamento, i periodi di congedo di malattia concessi alla donna incinta per problemi di salute dovuti alla gravidanza sono equiparati alle assenze di un uomo dovute a malattia, la stessa norma sul calcolo di periodi di congedo di malattia che possono dar luogo ad un licenziamento si applicherebbe a situazioni diverse - vale a dire la gravidanza e la malattia - e ciò costituirebbe una discriminazione diretta a causa del sesso a danno della donna.

42 Per i detti due motivi, ritengo che, per l'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne quanto alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento, principio sancito dall'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207, occorra individuare il momento in cui termina il periodo di congedo di maternità. A partire da tale momento qualsiasi malattia di cui soffre una donna, indipendentemente dal fatto che essa abbia o meno un'origine ostetrica, rientrerà nell'ambito del regime generale in vigore per tutti i lavoratori. Al contrario, i periodi di congedo di malattia concessi a causa di problemi di salute dovuti alla gravidanza, prima del parto, non potranno essere equiparati, ai fini di un licenziamento, alle assenze per malattia di un uomo.

Alla luce delle precedenti considerazioni, suggerisco alla Corte di giustizia di risolvere la questione sollevata dal Sø- og Handelsret come segue:

«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 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, sempre che, 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».

(1) - GU L 39, pag. 40.

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

(3) - 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 speciale ai sensi dell'art. 16, n. 1, della direttiva 89/391/CEE) (GU L 348, pag. 1).

(4) - Citata supra (nota 2), punto 16.

(5) - Ibidem, punto 17.

(6) - Conclusioni presentate nella causa 177/88, sentenza 8 novembre 1990, Dekker (Racc. pag. I-3941, in particolare pag. I-3961, punto 26).

(7) - Conclusioni presentate nella causa C-32/93, sentenza 14 luglio 1994, Webb (Racc. pag. I-3567, in particolare pag. I-3573, punto 8).

(8) - Sentenza Hertz, citata supra (nota 2), punto 15. Il corsivo è mio.

(9) - Quindicesimo `considerando`.

(10) - Sentenza Hertz, citata supra (nota 2), punti 13 e 14.

(11) - Sentenza Webb, citata supra (nota 7), punto 25.

(12) - Sentenza 5 maggio 1994, causa C-421/92, Habermann-Beltermann (Racc. pag. I-1657, punto 25), e sentenza Webb, citata supra (nota 7), punto 26.