

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
GIUSEPPE TESAURO

presentate il 27 gennaio 1994 *

*Signor Presidente,
Signori Giudici,*

2. Una breve sintesi del contesto normativo comunitario e nazionale è necessaria per comprendere i termini della questione.

1. I quesiti pregiudiziali sottoposti a questa Corte dall'Arbeitsgericht di Ratisbona vertono sull'interpretazione di talune 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 lavoro¹ (nel prosieguo: la «direttiva»).

Il giudice nazionale, in particolare, intende stabilire se, ai sensi e per gli effetti di tale direttiva, sia incompatibile con il principio della parità di trattamento l'applicazione di una normativa nazionale che, vietando lo svolgimento di attività lavorativa notturna nel corso della gravidanza, consenta di considerare viziato da nullità o comunque di risolvere il contratto di lavoro concluso tra un datore di lavoro ed una dipendente incinta, entrambi inconsapevoli, all'atto della conclusione del contratto, di tale circostanza.

Ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva, «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». L'applicazione di tale principio concerne, in particolare, «le condizioni di accesso, compresi i criteri di selezione, agli impieghi o posti di lavoro» (art. 3, n. 1), nonché «le condizioni di lavoro, comprese le condizioni inerenti al licenziamento» (art. 5, n. 1). Infine, va ricordato che l'art. 2, n. 3, della direttiva precisa che essa «non pregiudica le disposizioni relative alla protezione della donna, in particolare per quanto riguarda la gravidanza e la maternità».

Tra le pertinenti disposizioni nazionali tedesche, va in primo luogo ricordato l'art. 8, n. 1, del Mutterschutzgesetz (legge in materia di tutela della maternità), in base al quale «non è consentito destinare donne in stato interessante (...) al lavoro notturno tra le ore 20 e le ore 6 (...)». Ai fini che qui rilevano, va poi richiamato l'art. 119 del codice civile tedesco, secondo cui «chiunque, nel compiere una dichiarazione di volontà, sia incorso in errore quanto al suo contenuto

* Lingua originale: l'italiano.

1 — GU L 39, pag. 40.

(...), può impugnare tale dichiarazione ove risulti che non l'avrebbe compiuta se avesse avuto conoscenza della situazione di fatto e avesse valutato la questione con cognizione di causa» (primo comma); e «costituisce pari-menti errore sul contenuto della dichiara-zione l'errore inerente alle qualità della per-sona (...) ove queste debbano considerarsi, secondo gli usi, essenziali» (secondo comma). Infine, ricordo il disposto dell'art. 134, in base al quale «qualsiasi atto giuridico contrario ad un divieto disposto per legge è nullo salvo che la legge non disponga diversamente».

3. Veniamo ora ai fatti all'origine della pre-sente causa. Il 23 marzo 1992 la signora Habermann, aiuto medico diplomata in geriatria, veniva assunta dall'Ar-beiterwohlfahrt, Bezirksverband Nieder-bayern/Oberpfalz (nel prosieguo: l'«Ar-beiterwohlfahrt»), come guardia medica notturna in una casa di riposo. Il relativo contratto di lavoro, in base al quale la Habermann doveva svolgere esclusivamente lavoro notturno, prendeva effetto il 1° aprile. Da un certificato medico del 29 maggio 1992 risultava che la Habermann, che aveva inter-rotto l'attività lavorativa a causa di malattia dal precedente 29 aprile, era in stato interes-sante. La gravidanza, secondo quanto accer-tato dal giudice nazionale, aveva avuto inizio l'11 marzo 1992, dunque dodici giorni prima della firma del contratto di lavoro.

Richiamandosi all'art. 8, n. 1, della legge in materia di tutela della maternità, che fa divieto alle lavoratrici incinte di svolgere lavoro notturno, l'Arbeiterwohlfahrt infor-mava la Habermann, con lettera del 4 giu-

gno 1992, di ritenere nullo il contratto di lavoro concluso il 23 marzo 1992.

4. Emerge dall'ordinanza di rinvio che la dottrina e la giurisprudenza tedesche sono concordi nel ritenere che la violazione del divieto di lavoro notturno determina, in mancanza di apposita deroga, la nullità del contratto ai sensi dell'art. 134 del codice civile tedesco. Nella stessa ordinanza è inol-tre evidenziato che la ricordata lettera del 4 giugno 1992 potrebbe anche essere interpre-tata come risoluzione del contratto di lavoro, atteso che, in base all'art. 119, secondo comma, del codice civile tedesco, il contratto può essere impugnato dal datore di lavoro, con conseguente cessazione dello stesso, in ragione dell'errore relativo all'esistenza dello stato di gravidanza al momento della conclu-sione del contratto, errore concernente una qualità della persona considerata essenziale.

Nutrendo dubbi quanto alla compatibilità con il principio della parità di trattamento, quale sancito dalla direttiva comunitaria, della prassi giurisprudenziale che fa discen-dere dal divieto di lavoro notturno per le donne incinte la nullità del contratto di lavoro o comunque ne consente la risoluzi-one, il giudice nazionale ha ritenuto oppor-tuno operare un rinvio pregiudiziale a questa Corte.

5. Più precisamente, egli chiede:

«1) Se i principi affermati dalla Corte nella sentenza 8 novembre 1990, relativa alla causa C-177/88, concernente l'interpretazione della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE (GU L 39, pag. 40), e il principio della parità di trattamento di cui all'art. 2, n. 1, della direttiva medesima, relativa all'attuazione del principio di 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, debbano essere interpretati nel senso che il contratto di lavoro concluso tra un datore di lavoro ed una dipendente in stato interessante, ove entrambi ignorino la sussistenza della gravidanza, non sia viziato da nullità per effetto del divieto di svolgimento di attività lavorativa (lavoro notturno) derivante dalla gravidanza.

2) Se, in particolare, sia incompatibile con il principio della parità di trattamento sancito dagli artt. 3, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva 76/207:

a) il fatto di ritenere nullo il contratto di lavoro stipulato con la dipendente in stato interessante a causa della violazione del divieto di svolgimento di attività lavorativa (lavoro notturno) vigente durante la gravidanza a tutela della lavoratrice incinta;

b) il fatto che il datore di lavoro possa risolvere il contratto di lavoro facendo valere l'errore sull'esistenza di uno stato di gravidanza all'atto della stipula del contratto, con conseguente cessazione del contratto stesso».

Come si evince agevolmente dalla loro formulazione, i due quesiti appena riportati non richiedono due distinte risposte, atteso che il primo pone in termini più generali gli interrogativi poi specificati nel secondo. Ritengo pertanto che è qui sufficiente limitarsi all'esame di quest'ultimo, nella misura in cui esso pone il problema della compatibilità con il principio della parità di trattamento sia della possibilità di considerare il contratto di lavoro (stipulato con una donna incinta che, al momento della stipula, era all'oscuro della gravidanza) viziato da nullità ai sensi dell'art. 134 del codice civile (ipotesi sub a); sia della possibilità per il datore di lavoro, conformemente all'art. 119 dello stesso, di impugnare il contratto in questione e chiederne la risoluzione (ipotesi sub b).

6. Ciò precisato, è necessario soffermarsi preliminarmente su una questione di principio sollevata dall'Arbeiterwohlfahrt, il quale fa valere che la soluzione della controversia principale non potrebbe farsi dipendere dalla direttiva 76/207/CEE, atteso che si tratta di una controversia tra due soggetti privati e che la Corte ha sinora escluso l'efficacia diretta orizzontale delle direttive.

Ora, considerato che, come si è già detto, la possibilità di invocare la nullità del contratto di lavoro in un caso come quello che ci occupa dipende dall'interpretazione che le supreme giurisdizioni tedesche hanno fornito (anche) delle stesse norme adottate in applicazione della direttiva 76/207/CEE (che, per quanto qui risulta, è stata correttamente traspuesta), non mi sembra sia corretto porre il problema in termini di «effetti orizzontali» della direttiva.

Rilevo infatti che nel caso che ci occupa il giudice nazionale è chiamato a stabilire se esista o meno un diritto della donna a conservare il posto di lavoro in virtù del principio della parità di trattamento, quale sancito dalla direttiva 76/207/CEE, e dunque delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della stessa. In una situazione di questo tipo, come la Corte ha già da tempo chiarito, «prescindendo (...) dall'efficacia della direttiva, la sua interpretazione (...) può costituire per il giudice nazionale un utile criterio orientativo al fine di garantire l'interpretazione e l'applicazione della legge interna di attuazione in senso conforme ai dettami del diritto comunitario»².

A ciò si aggiunga che, come la stessa Corte ha precisato, nell'applicare il diritto nazionale «il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma, del Trattato»³.

In definitiva, in un caso quale quello che ci occupa, non si pone un problema di effetti «orizzontali» della direttiva in questione, essendo il giudice nazionale tenuto, nell'applicare le rilevanti norme nazionali, ed in particolare l'art. 8 della legge in materia di tutela della maternità, ad interpretarle alla luce della lettera e delle finalità perseguite dalla direttiva.

7. E passiamo al merito. Lo stesso giudice nazionale rileva come la circostanza di considerare nullo il contratto di lavoro con una lavoratrice incinta, per il fatto che per la durata della gravidanza questa non può effettuare la prestazione lavorativa cui è tenuta per contratto, potrebbe essere tale da impedire alle donne, in ragione del loro sesso, già l'accesso a determinate occupazioni, poiché la gravidanza esistente (ancorché sconosciuta) al momento della stipula del contratto ne comporterebbe la nullità. A causa della gravidanza, dunque, alle donne verrebbe vietato l'accesso a determinati posti di lavoro, anche se solo provvisoriamente la prestazione lavorativa non può essere svolta.

In tale prospettiva, la dichiarazione di nullità, in quanto produce effetti *ex tunc* e dunque esattamente lo stesso effetto di un contratto mai concluso, equivarrebbe ad un rifiuto di assunzione. La risoluzione del contratto, effettuata in ragione dell'errore quanto all'esistenza dello stato di gravidanza, determinando la cessazione del rapporto di lavoro con effetti *ex nunc*, andrebbe invece assimilata al licenziamento.

2 — Sentenza 20 maggio 1976, causa 111/75, Mazzalai (Racc. pag. 657, punto 10).

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

8. È ben vero che, al di là della qualificazione giuridica formale, entrambi i casi determinano, di fatto, la perdita del posto di lavoro per la donna interessata. Ritengo tuttavia necessario esaminare il problema, così come richiesto dal giudice nazionale, rispetto ad entrambe le ipotesi.

Riguardo all'ipotesi di rifiuto di assunzione, la norma pertinente è l'art. 3, n. 1, della direttiva, che sancisce il principio della parità di trattamento in relazione alle condizioni di accesso al lavoro, compresi i criteri di selezione. Nella sentenza Dekker, cui ha fatto riferimento lo stesso giudice nazionale nel suo primo quesito, la Corte, pronunciandosi sull'interpretazione di tale disposizione, ha affermato che «un rifiuto di assunzione per motivo di gravidanza può opporsi solo alle donne e rappresenta quindi una discriminazione diretta a motivo del sesso»⁴, come tale incompatibile con la direttiva. Lo stato di gravidanza, dunque, non può essere preso in considerazione per negare l'assunzione: e ciò, all'evidenza, indipendentemente dal tipo di attività.

9. Vero è che il caso che ci occupa differisce dal caso Dekker, quantomeno a prima vista, per il fatto che il rifiuto di assunzione non costituisce una conseguenza diretta ed immediata della gravidanza bensì del divieto di lavoro notturno per le donne incinte, che è, esso sì, imposto in funzione della gravidanza. Sarebbe dunque l'inosservanza del divieto di lavoro notturno a determinare, quale ulte-

riore conseguenza, il vizio originario del rapporto di lavoro.

Atteso che la prosecuzione del lavoro notturno costituirebbe violazione di una norma penale, è stato pertanto sostenuto, nel corso della procedura, che in un caso del genere non potrebbe parlarsi di discriminazione diretta fondata sul sesso, tanto più che l'art. 2, n. 3, della stessa direttiva lascia agli Stati membri la facoltà di adottare o mantenere in vigore misure destinate a proteggere la donna per quanto riguarda «la gravidanza e la maternità».

10. È bene a questo punto precisare che, rispetto all'art. 2, n. 3, della direttiva, la legittimità della normativa tedesca che vieta il lavoro notturno alle donne incinte è assolutamente pacifica. Trattasi infatti di una normativa che accorda una particolare tutela alle lavoratrici che si trovano in tale situazione e che pertanto è compresa sicuramente tra le deroghe previste dalla direttiva.

Ai fini che qui rilevano, occorre tuttavia chiedersi se la deroga in questione possa legittimamente essere applicata in modo tale da consentire la dichiarazione di nullità o comunque la risoluzione di un contratto di lavoro concluso con una lavoratrice incinta. È questa la questione di principio posta dal caso che ci occupa.

⁴ — Sentenza 8 novembre 1990, causa C-177/88, Dekker (Racc. pag. I-3941, punto 12).

11. Al riguardo, osservo anzitutto che, come sottolineato dalla stessa Corte ⁵, è la specifica condizione della donna nel periodo precedente e immediatamente successivo al parto che è oggetto di speciale tutela e, per tale via, della possibile disparità di trattamento. A ben vedere, poi, le disposizioni adottate in applicazione dell'art. 2, n. 3, della direttiva non possono se non impropriamente essere definite deroghe al principio di parità, in quanto esse tendono piuttosto ad assicurare l'effettività sostanziale del principio di parità, consentendo quelle «diseguaglianze» che siano necessarie per realizzarla. Trattasi, in definitiva, di ipotesi in cui si consente o si impone un diverso trattamento, a favore ed a protezione delle donne lavoratrici, al fine di pervenire ad una parità sostanziale e non formale, che sarebbe invece la negazione dell'eguaglianza.

Questa essendo incontestabilmente la *ratio* della norma, a me sembra da escludersi, quantomeno in via di principio, che «discriminazioni» consentite per tener conto della maternità, dunque a protezione delle donne, possano essere attuate in modo tale da escludere le stesse dal mercato del lavoro. È fin troppo evidente, infatti, che, se si dovesse pervenire ad una tale conclusione, ne risulterebbe completamente tradita sia la finalità della direttiva (garantire la parità di trattamento uomo-donna), che quella della deroga (ammettere disparità di trattamento a favore delle donne incinte per tutelare la specificità di tale condizione). La sostanziale parità uomo-donna sul piano del lavoro esige infatti che non venga preso in considera-

zione, neppure rispetto al momento dell'accesso al lavoro, un evento che — per definizione — colpisce unicamente le donne. E, giova ripeterlo, sarebbe paradossale che il riconoscimento della funzione sociale della maternità, e la conseguente tutela delle donne incinte, avvenisse attraverso l'esclusione delle stesse dal mercato del lavoro.

12. Quanto precede mi induce alla conclusione che il divieto di lavoro notturno, in sé legittimo, non può essere applicato in modo tale da compromettere la validità di un contratto di lavoro notturno con una donna incinta, ma unicamente come divieto di svolgimento effettivo di attività lavorativa notturna ⁶. In altre parole, l'impossibilità temporanea di svolgere un lavoro notturno, conseguenza della particolare tutela accordata alle donne incinte, non può essere invocata per giustificare un rifiuto di assunzione né può avere l'effetto di impedire la valida costituzione di un rapporto di lavoro.

In definitiva, il principio della parità di trattamento, quale sancito dall'art. 3, n. 1, della direttiva, esclude che possa essere preso in considerazione al fine di negare l'assunzione, anche per un lavoro notturno, lo stato di gravidanza. Ciò implica altresì che la cono-

5 — Sentenza 12 luglio 1984, causa 184/83, Hofmann (Racc. pag. 3047, punto 25).

6 — La stessa norma nazionale, peraltro, prevede il divieto di «destinare» le donne incinte ad un lavoro notturno e non il divieto di assumere donne che si trovano in tale situazione.

scenza di tale condizione, al momento della costituzione del rapporto di lavoro, è del tutto irrilevante; e che *a fortiori* non può ritenersi legittima la risoluzione di un contratto di lavoro concluso quando l'interessata non era a conoscenza del suo stato.

le donne potranno trovarsi in tale situazione⁸. Peraltro, la stessa legge tedesca in materia di tutela della maternità, come sottolineato dal giudice a quo nell'ordinanza di rinvio, esclude l'ipotesi di licenziamento a motivo della gravidanza (art. 9).

13. Rispetto all'ipotesi di risoluzione del contratto viene altresì in rilievo l'art. 5, n. 1, della direttiva, disposizione che impone l'assenza di discriminazioni basate sul sesso per quel che concerne le condizioni inerenti al licenziamento. Al riguardo, la Corte ha precisato nella sentenza "Hertz" che «il licenziamento di una lavoratrice a motivo della sua gravidanza rappresenta, non diversamente dal rifiuto di assumere una donna incinta, una discriminazione diretta fondata sul sesso»⁷. Anche il licenziamento in ragione della gravidanza della lavoratrice è stato dunque considerato dalla Corte come discriminazione diretta basata sul sesso e dunque incompatibile con la direttiva.

Ora, la risoluzione di un contratto di lavoro per il solo fatto che la lavoratrice in questione è incinta non può che costituire, quantomeno in via di principio, una discriminazione diretta basata sul sesso: ciò che è particolarmente evidente nel caso che ci occupa. Al riguardo, basti infatti rilevare che il consentire la risoluzione del contratto in ragione dell'errore relativo ad una qualità essenziale inerente alla persona, laddove la qualità in questione è appunto lo stato di gravidanza, implica necessariamente che solo

14. La 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 allattamento⁹, è altresì significativa al riguardo. Essa prevede infatti che ad una donna in stato interessante che svolga lavoro notturno deve essere riconosciuto il diritto ad essere destinata al lavoro diurno ovvero ad un periodo di congedo (art. 7), senza che ciò possa in nessun caso implicare la perdita del posto di lavoro (art. 10).

Sebbene tale direttiva non sia ancora entrata in vigore (la trasposizione negli ordinamenti interni dovrà essere assicurata entro ottobre 1994), le disposizioni appena richiamate confermano l'interpretazione qui fornita dell'art. 5, n. 1, della direttiva: e cioè che non è consentita la risoluzione del contratto di lavoro in ragione dello stato di gravidanza, anche in presenza di un divieto legale di lavoro notturno.

7 — Sentenza 8 novembre 1990, causa C-179/88, Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund (Racc. pag. I-3979, punto 13).

8 — Al riguardo, non è inutile ricordare che, proprio riferendosi alla citata sentenza "Hertz", il Bundesarbeitsgericht ha considerato, ritornando così sulla sua precedente giurisprudenza, che un datore di lavoro non può ottenere la risoluzione del contratto di lavoro stipulato con una donna incinta fondandosi sull'art. 119, secondo comma, del codice civile, facendo cioè valere di essere stato indotto intenzionalmente in errore quanto all'esistenza dello stato di gravidanza (sentenza del 15 ottobre 1992, 2 AZR 227/92).

9 — GU L 348, pag. 1.

15. È stato pure sostenuto, nel corso della procedura, che la dichiarazione di nullità del contratto di lavoro o il licenziamento non dovrebbero, in un caso come quello che ci occupa, essere considerati discriminazioni dirette basate sul sesso, in quanto motivati da un elemento (divieto legale di un certo tipo di attività) che determinerebbe le stesse conseguenze in relazione ad un lavoratore di sesso maschile che si trovasse in pari condizione.

Dirò subito che una tale tesi appare priva di fondamento e che non mi sembra possa essere utilmente invocata, al riguardo, la sentenza "Hertz" ¹⁰, in cui la Corte ha considerato che il licenziamento di una lavoratrice a causa delle ripetute assenze per malattia, malattia che pure si ricolleggi ad una gravidanza o ad un parto, non costituisce una discriminazione diretta basata sul sesso, se tali assenze sono successive al periodo di congedo per maternità e provocherebbero, nelle stesse condizioni, il licenziamento anche di un dipendente di sesso maschile. In tal caso, infatti, le stesse condizioni (un certo numero di assenze in un certo lasso di tempo) erano applicabili ai lavoratori di entrambi i sessi. Nel caso che ci occupa, invece, la cessazione del rapporto di lavoro è dovuta ad una condizione (lo stato di gravidanza) sicuramente applicabile alle sole donne.

16. E' appena il caso di sottolineare, poi, che neppure può essere invocato, per giustificare l'accertata discriminazione, il danno finanziario subito dal datore di lavoro per il fatto di avere alle sue dipendenze una persona in congedo durante tutto il periodo della gravidanza, pur dovendosi riconoscere che il mantenimento del rapporto di lavoro, in una situazione quale quella che ci occupa, determina un aggravio degli oneri finanziari, che possono rivelarsi particolarmente sensibili per i piccoli imprenditori.

La Corte, che si è già pronunciata su un tale aspetto nella sentenza Dekker, ha infatti stabilito che «un rifiuto di assunzione dovuto alle conseguenze finanziarie di un'assenza per causa di gravidanza deve esser considerato fondato essenzialmente sull'elemento della gravidanza. Siffatta discriminazione non può giustificarsi con il danno finanziario subito dal datore di lavoro, in caso di assunzione di una donna incinta, durante tutto il periodo di assenza per maternità» ¹¹. Tali considerazioni valgono ugualmente per il caso che ci occupa, attesa l'irrelevanza, in tale ottica, della circostanza che gli esborsi finanziari, essendo più lungo il periodo di assenza dal lavoro, saranno maggiori.

17. Infine, neppure mi sembra assuma una qualche rilevanza l'argomento dell'*Arbeiterwohlfaht*, secondo cui la soluzione qui accolta potrebbe portare ad abusi da parte delle donne. Va da sé, infatti, che neppure è possibile parlare di abusi ove si

10 — Sentenza 8 novembre 1990, citata, in particolare punti 14-17.

11 — Sentenza 8 novembre 1990, citata, punto 12.

riconosca che le donne incinte non perdono — per questo solo fatto — il diritto di essere assunte e di mantenere il posto di lavoro.

Peraltro, ove si parta dal presupposto che una donna addirittura «programmi» l'evento della nascita di un figlio in funzione di una possibilità lavorativa notturna, dovrebbe esserle altresì riconosciuta la capacità di fare i

calcoli in modo tale da ritrovarsi incinta solo *dopo* la firma del contratto: ciò che le eviterebbe i problemi affrontati dalla signora Habermann. È appena il caso, infatti, di richiamare l'attenzione sulla circostanza che sarebbe stato sufficiente che la gravidanza fosse iniziata non l'11, ma il 24 marzo, giorno successivo a quello della firma del contratto, per essere al riparo da ogni contestazione. Insomma, non mi pare si possa risolvere il problema giuridico che ci occupa sulla base di una remota ed improbabile possibilità di abusi.

18. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo pertanto di rispondere come segue ai quesiti posti dall'Arbeitsgericht di Ratisbona:

- «1) Gli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, della direttiva 76/207/CEE ostano ad un'interpretazione del diritto nazionale che comporti la nullità di un contratto di lavoro concluso con una donna incinta, allorché tale nullità è conseguenza solo del divieto, imposto a tutela delle donne incinte, di svolgere lavoro notturno.
- 2) Gli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva 76/207/CEE vanno interpretati nel senso che ostano alla risoluzione di un contratto di lavoro concluso con una donna incinta, in ragione dell'errore quanto all'esistenza di una gravidanza».