

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
PHILIPPE LÉGER

presentate il 6 giugno 1995 *

1. Con ordinanza 25 giugno 1993, la Court of Appeal nell'Irlanda del Nord (in prosieguo: la «Court of Appeal») ha sottoposto quattro questioni pregiudiziali sull'interpretazione dell'art. 119 del Trattato CEE e di talune disposizioni della direttiva del Consiglio 10 febbraio 1975, 75/117/CEE, 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 femminile¹, nonché 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 lavoro².

3. Conformemente alle disposizioni convenzionali⁴ che disciplinavano la loro retribuzione durante il congedo, durante questo periodo hanno riscosso:

— lo stipendio settimanale integrale per quattro settimane;

— i nove decimi dello stipendio per due settimane;

I fatti della controversia

2. Nel 1988, diciassette lavoratrici, tra le quali la signora Gillespie (in prosieguo: le «ricorrenti nella causa principale»), dipendenti di diversi Health Boards pubblici dell'Irlanda del Nord³ (in prosieguo: i «convenuti nella causa principale»), hanno fruito di un congedo di maternità.

— la metà dello stipendio per dodici settimane.

4. Nel novembre 1988, negoziati con i servizi sanitari si sono conclusi con aumenti di stipendio retroattivi a decorrere dal 1° aprile 1988.

* Lingua originale: il francese.

1 — GU L 45, pag. 19.

2 — GU L 39, pag. 40.

3 — Servizi sanitari irlandesi.

4 — Più vantaggiose del regime contemplato dalla legge.

5. Il metodo di calcolo della retribuzione delle ricorrenti nella causa principale durante il congedo di maternità, come stabilito dalla legge nazionale, avrebbe comportato:

- una riduzione dello stipendio;
- la perdita parziale delle spettanze di aumento.

6. Ritenendo che qualsiasi riduzione salariale e qualsiasi esclusione dal diritto agli aumenti durante il periodo del congedo di maternità fossero incompatibili con il principio della parità di retribuzione, sancito dagli artt. 119 del Trattato e 1 della direttiva 75/117, nonché con il principio della parità di trattamento, sancito dalla direttiva 76/207, le ricorrenti nella causa principale hanno chiesto di fruire delle condizioni del nuovo accordo salariale ed hanno impugnato la pronuncia del 10 giugno 1991 dell'Industrial Tribunal che respingeva la loro richiesta.

7. A questo punto la Court of Appeal vi ha sottoposto quattro questioni pregiudiziali:

- «1) Se le seguenti disposizioni, o qualcuna di esse, e precisamente (i) l'art. 119 del

Trattato di Roma, (ii) la direttiva sulla parità di retribuzione (75/117/CEE), o (iii) la direttiva sulla parità di trattamento (76/207/CEE) (in prosieguo: le "disposizioni pertinenti"), richiedano che, mentre una donna è assente dal lavoro durante il congedo di maternità previsto dalla normativa nazionale in materia o dal suo contratto di lavoro, le spetti l'intera retribuzione cui avrebbe avuto diritto se, nel corso di quel periodo, avesse prestato la normale attività per il datore di lavoro.

- 2) In caso di soluzione negativa della prima questione, se le disposizioni pertinenti richiedano che la retribuzione spettante a una donna che si trova in congedo di maternità vada determinata con riferimento ad alcuni specifici criteri.
- 3) In caso di soluzione positiva della seconda questione, quali siano i suddetti criteri.
- 4) In caso di soluzione negativa della prima e della seconda questione, se debba concludersi che nessuna delle disposizioni pertinenti si applichi o produca effetto in ordine alla determinazione della retribuzione cui ha diritto la donna che si trovi in congedo di maternità».

8. Dette questioni pregiudiziali di interpretazione sono strettamente connesse tra loro. Con la prima questione vi si chiede se le norme comunitarie prescrivono che le donne, durante il congedo di maternità, percepiscano l'intero stipendio come se avessero lavorato normalmente durante detto periodo. Risponderò anzitutto a questo quesito. La terza questione precisa la seconda. In caso di soluzione negativa della prima questione vi si chiede, in sostanza, se le stesse norme consentano di determinare i criteri di riduzione di detto stipendio. In caso di soluzione negativa della prima e della seconda questione si chiede se l'importo dello stipendio della donna durante il congedo di maternità non è stato disciplinato dal legislatore comunitario. Questi punti saranno trattati in una seconda parte. A quanto mi risulta, è la prima volta che dovete pronunciarsi su questioni del genere.

Soluzione della prima questione: il diritto comunitario osta a che la lavoratrice, durante il congedo di maternità, percepisca tutto lo stipendio come se avesse lavorato normalmente?

9. Per risolvere questo punto è necessario delimitare la portata del principio di parità delle retribuzioni sancito dagli artt. 119 del Trattato e 1 della direttiva 75/117 (II) e quello della legittimità del diritto alla tutela della lavoratrice incinta contemplato dalla direttiva 76/207 (III), dopo aver esposto le disposizioni nazionali e comunitarie pertinenti (I).

I — Lo sfondo giuridico

A — *Il regime di legge nazionale e il regime pattizio in materia di congedo di maternità*

10. Nell'Irlanda del Nord, il *regime di legge* è costituito dal Social Security (Northern Ireland) Order 1986 e dalle Statutory Maternity Pay (General) Regulations (Northern Ireland) 1987. Quanto al *regime pattizio* è contenuto nel Council Handbook, adottato dai Joint Councils for the Health and Personal Social Services (Northern Ireland).

11. Il regime di legge e il regime convenzionale *coincidono sui seguenti punti:*

1) *sempreché sussistano le condizioni prescritte*⁵ che facciano sorgere la spettanza di stipendio durante il congedo di maternità, la lavoratrice avrà diritto a diciotto settimane di congedo di maternità remunerate;

5 — Dette condizioni — *che non elencherò in quanto esulanti dalla materia del contendere o delle questioni pregiudiziali* — sono diverse nel regime disciplinato dalla legge e in quello convenzionale.

2) lo stipendio settimanale spettante durante il congedo di maternità (in prosieguo: lo «SSCM») si calcola secondo il metodo previsto all'art. 21 del regime del 1987, cioè:

a) somma degli stipendi lordi della dipendente durante il bimestre precedente la settimana di riferimento ⁶ (in prosieguo: gli «SL»),

b) moltiplicata per sei,

c) divisa per cinquantadue;

$$\text{oppure: SSCM} = \frac{SL \times 6}{52}$$

12. Lo SSCM servirà come base di calcolo ⁷ della retribuzione versata alla dipendente durante il congedo di maternità.

6 — La settimana di riferimento si determina in funzione dell'inizio della settimana prevista per il parto. È la quindicesima settimana che precede l'inizio della settimana in cui è previsto il parto.

7 — O di nuovo calcolo dello SSCM in caso di aumento di stipendio durante il congedo per maternità.

13. L'importo di detto stipendio è *diverso a seconda che viga il regime convenzionale o il regime di legge*.

14. Il *regime prescritto dalla legge stabilisce che alla lavoratrice spettano:*

a) i nove decimi dello SSCM per sei settimane, più

b) un'indennità forfettaria di 47,95 UKL durante dodici settimane.

15. Il regime convenzionale invece è più favorevole, giacché le concede:

a) lo SSCM integrale per quattro settimane;

b) i nove decimi dello SSCM durante due settimane;

c) la metà dello SSCM per dodici settimane.

Per retribuzione deve essere inteso, ai sensi 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.

16. È incontestabile che l'applicazione di detti regimi, di legge e convenzionale, implica una riduzione dell'importo degli stipendi versati alle lavoratrici irlandesi durante il loro congedo di maternità.

La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica:

B — *Le norme comunitarie*

a) che la retribuzione accordata per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura,

17. Le ricorrenti nella causa principale fondano la loro azione su tre norme comunitarie: l'art. 119 del Trattato e alcune disposizioni delle direttive 75/117 e 76/207.

b) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per un posto di lavoro uguale».

18. L'art. 119 del Trattato recita:

19. L'art. 1 della direttiva 75/117 enuncia che:

«Ciascuno Stato membro assicura durante la prima tappa, e in seguito mantiene, l'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro.

«Il principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, previsto dall'articolo 119 del Trattato, denominato in appresso "principio della parità delle retribuzioni", implica, per uno stesso lavoro o per un lavoro al quale è attribuito un valore uguale, l'eliminazione di

qualsiasi discriminazione basata sul sesso in tutti gli elementi e le condizioni delle retribuzioni.

donna, in particolare per quanto riguarda la gravidanza e la maternità».

In particolare, qualora si utilizzi un sistema di classificazione professionale per determinare le retribuzioni, questo deve basarsi su principi comuni per i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile ed essere elaborato in modo da eliminare le discriminazioni basate sul sesso».

«Articolo 5

20. Le disposizioni pertinenti della direttiva 76/207 sono contenute negli artt. 2, nn. 1 e 3, e 5, nn. 1 e 2, lett. c):

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.

«Articolo 2

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

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

(...)

(...)

3. La presente direttiva non pregiudica le disposizioni relative alla protezione della

c) siano riesaminate quelle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative contrarie al principio della parità di trattamento, originariamente ispirate da motivi di protezione non più giustificati; per le disposizioni contrattuali di analoga natura, le parti sociali siano sollecitate a procedere alle opportune revisioni».

II — Il principio di parità delle retribuzioni sancito all'art. 119 del Trattato e all'art. 1 della direttiva 75/117 implica l'obbligo di continuare a versare l'intero stipendio alla lavoratrice in congedo di maternità?

Per risolvere questo punto è necessario esaminare contenuto e portata di detto principio.

21. Se è evidente — e non è contestato — che lo stipendio corrisposto alle ricorrenti nella causa principale, a norma della disciplina nazionale già ricordata, costituisce retribuzione ai sensi dell'art. 119 del Trattato e dell'art. 1 della direttiva 75/117⁸, si può trarre argomento dal fatto che il tenore di dette norme comunitarie non faccia riferimento allo stato di gravidanza delle dipendenti per sostenere che questa categoria di lavoratori è esclusa dalla sfera d'applicazione di detta disciplina? La soluzione di tale questione richiede lo studio della ratio legis delle norme comunitarie così invocate.

22. Dal 1974⁹ il legislatore comunitario constatata che il principio di parità tra gli uomini e

le donne in materia di retribuzioni¹⁰ nonché in materia di accesso all'impiego, alla formazione e alla promozione professionali, alle condizioni di lavoro¹¹, è sovente formale¹². Dal momento che considera fondamentale questo principio, si ripropone di perseguire una finalità prioritaria¹³, vale a dire dotarsi di strumenti giuridici che permettano di adeguare i fatti al diritto. Richiamandosi all'art. 2 del Trattato CE, annuncia un futuro programma di azioni sociali. Indica pure che detto programma di azioni sociali positive, miranti a coordinare le normative nazionali, sarà messo in opera *progressivamente*. Si doterà dunque di strumenti giuridici specifici onde tutelare la donna nella sua vita professionale contro qualsiasi disparità di trattamento di cui possa essere vittima in pratica.

23. Tra le misure sociali positive che consentono di realizzare questo obiettivo, annuncia una proposta di direttiva sulla messa in opera del principio di parità delle retribuzioni tra uomini e donne. È la direttiva 75/117, che costituisce dunque la prima misura di azione sociale condotta dal Consiglio. La finalità di detta direttiva è quella di conferire valore positivo al principio di parità di remunerazione tra uomini e donne, come è enunciato nell'art. 119 del Trattato¹⁴.

8 — Pur se, a quanto mi risulta, non avete mai dovuto pronunciarvi su questo punto, mi pare fuori di dubbio che nella fattispecie seguirete la falsanga della sentenza 13 luglio 1989, causa 171/88, Rinner-Kühn (Racc. pag. 2743, punto 7). In detta sentenza avete riconosciuto che è retribuzione lo stipendio versato durante una malattia, pur se parte dello stipendio è rimborsata al datore di lavoro dalla cassa di previdenza contro le malattie.

9 — Risoluzione del Consiglio 21 gennaio 1974 relativa ad un programma di azione sociale (GU C 13, pag. 1).

10 — Detto anche «principio della parità di retribuzione».

11 — Detto anche «principio della parità di trattamento».

12 — Risoluzione del Consiglio summenzionata (nota 9), «Realizzazione del pieno e del miglior impiego nella Comunità», quarto trattino, pag. 2.

13 — *Ibidem*, pag. 3, paragrafo 4.

14 — Primo 'considerando' della direttiva 75/117.

24. Le misure destinate a tutelare la lavoratrice incinta sono applicazioni concrete e speciali delle norme generali applicabili alle donne.

25. All'art. 1 della direttiva 75/117 non si parla di lavoratrici incinte ma, dal momento che solo le donne possono dare alla luce figli, questa differenza biologica tra donna e uomo non deve costituire un fattore di discriminazione in materia di retribuzioni.

26. Non si può dunque trarre argomento dal fatto che una donna è incinta per ridurre il suo stipendio in quanto la sua produttività è diminuita, in quanto il suo stato di gravidanza richiede particolari trattamenti che giustificano la decurtazione dello stipendio. Di conseguenza, conformemente alle disposizioni dell'art. 119 del Trattato e dell'art. 1 della direttiva 75/117, lo stato di gravidanza di una donna è irrilevante sotto il profilo della retribuzione dell'interessata allorché lavora, cioè *prima* che inizi il congedo di maternità. Una legislazione in senso diverso costituirebbe indubbiamente una discriminazione diretta fondata sul sesso.

27. Per questo motivo, l'art. 1 della direttiva 75/117, che dispone — ricordo — che «il principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, previsto dall'articolo 119 del Trattato, denominato in appresso "principio della parità delle retribuzioni" implica, per uno

stesso lavoro o per un lavoro al quale è attribuito un valore uguale, l'eliminazione di qualsiasi discriminazione basata sul sesso in tutti gli elementi e le condizioni delle retribuzioni», va interpretato nel senso che la donna incinta, allorché lavora, va trattata esattamente come era trattata prima di trovarsi in questo nuovo stato, cioè prima di concepire. *Il legislatore comunitario non fornisce alcuna indicazione sull'importo minimo di stipendio da garantire. La competenza a fissare detto minimo è lasciata alle autorità nazionali.* Ricorda tuttavia che il principio fondamentale di parità tra i sessi impone di corrispondere la stessa retribuzione per lo stesso lavoro o per un lavoro di valore equivalente, sia esso svolto da un uomo o da una donna.

28. Per chiarire il mio punto di vista, alla luce dei fatti della causa in esame, ricorderò che il principio della parità delle retribuzioni impone che la lavoratrice incinta che inizia il congedo di maternità dopo il mese di aprile deve fruire di uno stipendio integrale maggiorato prima del suo congedo di maternità, cioè nei mesi nei quali ha effettivamente lavorato. Quindi la lavoratrice che smette di lavorare in luglio dovrà fruire di un arretrato di stipendio, tenendo conto dell'intero aumento concesso in novembre, per le mensilità aprile-luglio. Facendo il contrario si contravverrebbe alle disposizioni dell'art. 119 del Trattato e dell'art. 1 della direttiva 75/117.

29. Ma, nella causa che ci interessa, le ricorrenti nella causa principale contestano l'im-

porto degli stipendi riscossi durante il loro congedo di maternità, cioè *in un periodo nel quale non lavoravano*. In base al principio della parità di retribuzioni sancito dall'art. 119 del Trattato e alla direttiva 75/117, sostengono che spetta loro lo stipendio che avrebbero percepito continuando a lavorare.

30. Come abbiamo visto, la messa in atto di questo principio presuppone l'esistenza di una discriminazione fondata sul sesso. Sulla nozione di discriminazione, la vostra giurisprudenza costante è chiara e decisamente orientata¹⁵. Ancora recentemente lo avete affermato nella sentenza 14 febbraio 1995, Schumacker, confermando questo orientamento:

«una discriminazione può consistere solo nell'applicazione di norme diverse a situazioni analoghe ovvero nell'applicazione della stessa norma a situazioni diverse»¹⁶.

31. Orbene, nella sentenza 14 luglio 1994, Webb¹⁷, avete affermato che la situazione di una lavoratrice che è indisponibile per ragioni di gravidanza, costituisce una situazione sui generis che non può affatto equipararsi a quella di un lavoratore che non può

prestare la sua opera per motivi di salute o di altra natura: «(...) lo stato di gravidanza non è in alcun modo assimilabile ad uno stato patologico, a fortiori a 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».

32. A maggior ragione sarebbe giuridicamente erroneo voler raffrontare la situazione di un lavoratore in servizio a quella di una lavoratrice in congedo di maternità. Quindi le disposizioni degli artt. 119 del Trattato e 1 della direttiva 75/117 non sono pertinenti nella fattispecie.

33. Tuttavia, prima di iniziare l'ultima parte dell'esame del primo argomento, si deve osservare che il fascicolo processuale non mi consente di escludere radicalmente una delle pretese delle ricorrenti nella causa principale (fruizione retroattiva dell'aumento di stipendio¹⁸). Infatti, il principio di parità delle retribuzioni che scaturisce dalle summenzionate disposizioni comunitarie osterebbe a che, per effetto congiunto del metodo previsto dalla legge per il nuovo calcolo dello SSCM maggiorato¹⁹ e del regime per il riconoscimento dell'aumento di stipendio stabilito dai convenuti nella causa principale²⁰, il gruppo particolare delle lavoratrici incinte sia essenzialmente escluso dalla fruizione del-

15 — V., in particolare, sentenza 13 novembre 1984, causa 283/83, Racke (Racc. pag. 3791, punto 7).

16 — Causa C-279/93 (Racc. pag. I-225, punto 30).

17 — Causa C-32/93 (Racc. pag. I-3567, punto 25).

18 — V. paragrafo 6 delle presenti conclusioni.

19 — V. paragrafi 11-15 delle presenti conclusioni.

20 — V. paragrafo 4 delle presenti conclusioni.

l'aumento di stipendio così concesso. Comunque sia, spetta al giudice a quo effettuare questa verifica.

III — Il principio del diritto incontestabile di tutela della donna incinta insito nella direttiva 76/207 implica l'obbligo di conservare inalterato lo stipendio della lavoratrice in congedo di maternità?

Anche la soluzione di questo punto richiede un'analisi del contenuto e della portata di detto principio.

34. Ritengo che, in base alla direttiva 76/207, si debba risolvere negativamente detta questione pregiudiziale per tre motivi essenziali: la lettera della norma comunitaria in questione, la sua ratio legis e la vostra giurisprudenza.

35. *In primo luogo*, la direttiva 76/207 non contiene alcuna disposizione né alcuna indicazione sull'importo della remunerazione da corrispondere alla lavoratrice durante il congedo di maternità. Ai sensi dell'art. 2, nn. 1 e 3, e 5, n. 1, detta direttiva sancisce il principio della legittimità del diritto a tutela della lavoratrice incinta. Di conseguenza, detta norma autorizza, in subordine, gli Stati membri ad adottare misure specifiche di

tutela nei confronti delle donne, *ma non mira ad un'armonizzazione in questo settore. Questa materia, cioè la determinazione dell'importo dello stipendio della lavoratrice durante il suo congedo di maternità, rientra quindi nella competenza esclusiva degli Stati membri.*

36. L'unica misura di armonizzazione contemplata dalla direttiva 76/207 — *come risulta dal combinato disposto del n. 1 degli artt. 2 e 5* — sta nel divieto di licenziamento durante il periodo del congedo di maternità. D'altro canto vi siete sempre pronunciati in questo senso dichiarando che un licenziamento di questa fatta costituisce una misura discriminatoria direttamente fondata sul sesso²¹. Avete pure equiparato ad un licenziamento di questo tipo il rifiuto di assunzione motivato dalla gravidanza²².

37. *In secondo luogo*, la ratio legis di questa direttiva è chiaramente esposta nel preambolo mediante richiamo alla risoluzione del Consiglio 21 gennaio 1974. Essa rientra nel programma di azioni sociali annunciato dal legislatore comunitario fin dal 1974. La sua finalità è quella di estendere l'applicazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne all'accesso all'impiego e *alle condizioni di lavoro diverse da quelle inerenti alla retribuzione*²³. Infatti la direttiva 76/207 non ha né lo scopo di armonizzare le

21 — In tal senso, le vostre sentenze 5 maggio 1994, causa C-421/92, Habermann-Beltermann (Racc. pag. I-1657, punto 26), e Webb (citata alla nota 17), punto 17.

22 — In tal senso, la vostra sentenza 8 novembre 1990, causa C-177/88, Dekker (Racc. pag. I-3941, punti 12 e 14).

23 — Ciò risulta dall'esame del secondo e del terzo 'considerando' della direttiva 76/207.

norme in materia di retribuzioni — per questo scopo è stata specialmente adottata la direttiva 75/117²⁴ — né quello di instaurare un regime comunitario specifico di tutela a favore delle lavoratrici incinte. La direttiva 76/207 mira a ristabilire la parità tra i due sessi «(...) ponendo rimedio alle disparità di fatto che pregiudicano le opportunità delle donne nei settori di cui all'articolo 1, paragrafo 1»²⁵. Essa legittima le deroghe al rigoroso principio di parità tra i sessi onde ridurre o eliminare le conseguenze discriminatorie che derivano dalla condizione biologica della donna durante questo periodo molto particolare. In altri termini, per dirla con la dottrina, questa direttiva, che sancisce il diritto a tutela della donna in caso di gravidanza e di maternità «(...) riservando alle donne il godimento di taluni diritti, o anche vietando loro l'esercizio di talune attività nocive, ha lo scopo di ripristinare concretamente una parità che la rigida uniformità delle norme giuridiche falserebbe inevitabilmente»²⁶. Su questo punto il mio orientamento coincide con quello dell'avvocato generale Tesaurò nelle conclusioni 6 aprile 1995 nella causa Kalanke, tuttora pendente²⁷.

38. *In terzo luogo*, l'esame della vostra giurisprudenza mi consente inoltre di sostenere che nessuna disposizione della direttiva 76/207 induce a risolvere affermativamente le questioni sottopostevi dalla Court of Appeal.

24 — Ibidem. Ciò però non significa ancora armonizzazione dell'importo delle retribuzioni.

25 — Art. 2, n. 4, della direttiva 76/207.

26 — Darmon, M. e Huglo, J. G.: «L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: un univers en expansion», *RTDE* (1) gennaio-marzo 1992, pag. 10.

27 — Causa C-450/93 (paragrafo 17).

39. Anzitutto vi siete pronunciati sulla ratio legis di questa direttiva nella sentenza 12 luglio 1984, Hofmann:

«(...) la direttiva non ha lo scopo di disciplinare questioni attinenti all'organizzazione della famiglia o di modificare la ripartizione delle responsabilità all'interno della coppia»²⁸.

«Occorre inoltre precisare, per quel che riguarda in particolare il n. 3, che, riservando agli Stati membri il diritto di mantenere in vigore o di istituire norme destinate a proteggere la donna per quel che riguarda "la gravidanza e la maternità", la direttiva riconosce la legittimità, in relazione al principio della parità, della protezione della donna sotto due aspetti. Si tratta di garantire, in primo luogo, la protezione della condizione biologica della donna durante e dopo la gravidanza, fino al momento in cui le sue funzioni fisiologiche e psichiche si sono normalizzate dopo il parto e, in secondo luogo, la protezione delle particolari relazioni tra la donna e il bambino, durante il periodo successivo alla gravidanza ad al parto, evitando che queste relazioni siano turbate dal cumulo dei pesi derivanti dal fatto di dover contemporaneamente svolgere un'attività lavorativa»²⁹.

40. Avete dunque riconosciuto agli Stati membri la possibilità di porre in vigore

28 — Causa 184/83 (Racc. pag. 3047, punto 24).

29 — Ibidem, punto 25.

norme derogative a favore delle donne incinte, ma avete posto limiti alla discrezionalità che avete loro conferito.

loro specifiche, come quella di lavoratore anziano o di genitore.

41. Avete perciò affermato, in una sentenza 15 maggio 1986, Johnston³⁰, che l'art. 2, n. 3, della direttiva 76/207 va interpretato restrittivamente:

«(...) al pari del n. 2, dell'art. 2 della direttiva, il n. 3 dello stesso, che determina del pari la portata dell'art. 3, n. 2, lett. c), va interpretato in senso restrittivo. Dall'espressa menzione della gravidanza e della maternità emerge che la direttiva mira a garantire la protezione della condizione biologica della donna e delle relazioni particolari tra la donna e il figlio. La suddetta disposizione della direttiva non consente pertanto di escludere le donne da un determinato posto di lavoro per il motivo che l'opinione pubblica esigerebbe che esse siano più protette degli uomini contro rischi che riguardano allo stesso modo gli uomini e le donne e che sono diversi dalle esigenze specifiche di protezione della donna come quelle espressamente menzionate».

42. Analogamente, nella sentenza 25 ottobre 1988, Commissione/Francia³¹, avete ribadito questo orientamento dichiarando che il n. 3 dell'art. 2 non può giustificare misure miranti a tutelare le donne per qualità che non sono

43. In questo modo avete *limitato la discrezionalità degli Stati membri*, per quel che riguarda i provvedimenti che adottano in campo sociale onde tutelare le donne incinte e le puerpere, da un lato, alla compensazione degli svantaggi di fatto in materia di conservazione del posto che colpiscono la donna e non l'uomo, dall'altro, *alla tutela di due classi di esigenze della donna come definite nella summenzionata sentenza Hofmann*³².

44. Vi siete pure pronunciati sul come interpretare dette norme comunitarie *se non vi è normativa nazionale particolare che contemplici misure a favore delle donne incinte*.

45. Così, nella causa «Hertz», sulla quale vi siete pronunciati l'8 novembre 1990³³, vi si chiedeva di stabilire se un licenziamento motivato da reiterate assenze di una lavoratrice a causa di malattia conseguente alla gravidanza fosse incompatibile con le disposizioni della direttiva 76/207. Avete dichiarato che — *se non vi è norma nazionale specifica giustificata dalle disposizioni dell'art. 2, n. 3* — il combinato disposto degli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva 76/207 non vi faceva

30 — Causa 222/84 (Racc. pag. 1651, punto 44).

31 — Causa 312/86 (Racc. pag. 6315, punti 12-16).

32 — Punto 27.

33 — Causa C-179/88, Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (Racc. pag. I-3979).

ostacolo ed avete dichiarato che un siffatto licenziamento non era misura discriminatoria³⁴.

46. Avete quindi rifiutato di estendere la sfera d'applicazione *ratione materiae* della tutela delle lavoratrici incinte contemplata dalla direttiva 76/207³⁵, se non esistono norme nazionali adottate in applicazione delle disposizioni dell'art. 2, n. 3, della direttiva 76/207. Per questo motivo non potreste dichiarare che una norma nazionale, scaturisca essa dalla legge o da una convenzione, che non prescrive ai datori di lavoro di conservare inalterato lo stipendio di una lavoratrice durante il suo congedo di maternità sia incompatibile con il diritto comunitario.

47. *Inoltre*, come fa osservare il governo irlandese, gli stipendi versati alle ricorrenti nella causa principale non costituiscono da soli il complesso delle prestazioni garantite ad una lavoratrice durante il congedo di maternità. Quindi, nell'ambito della politica sociale seguita dalle autorità irlandesi, possono esistere altre prestazioni a tutela della lavoratrice. Questa osservazione mi pare molto importante e, ritornando alle parole della vostra sentenza Hofmann:

«Tali provvedimenti [di tutela della donna incinta o puerpera], come il governo del Regno Unito ha messo con ragione in evi-

denza, sono strettamente connessi al sistema di protezione sociale dei vari Stati membri. Occorre pertanto prendere atto che questi Stati dispongono di un margine di valutazione ragionevole per quel che riguarda la natura dei provvedimenti di protezione e le modalità concrete della loro realizzazione»³⁶.

48. Di conseguenza, se non vi sono norme comunitarie di armonizzazione, non si può validamente sostenere che una normativa nazionale che non contempla la conservazione dello stipendio durante il congedo di maternità è incompatibile con il combinato disposto degli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva 76/207. Una pronuncia in senso diverso, come ha fatto osservare il governo irlandese, comporterebbe il rischio di sconvolgere l'equilibrio di un sistema globale di tutela sociale.

49. Un regime specifico di tutela della lavoratrice incinta, puerpera o durante l'allattamento è stato elaborato dal legislatore comunitario. È la direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, 92/85/CEE³⁷. Detta norma comunitaria, che mira a coordinare le condizioni di lavoro di questa categoria di lavoratrici negli Stati membri, è entrata in vigore il 19 ottobre 1994. *Pur se non si applica nella fattispecie*, è interessante notare che la versione iniziale relativa alla tutela sul lavoro della gestante o della puerpera, come redatta

34 — Punto 19.

35 — Come risulta dal combinato disposto degli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, cioè il licenziamento durante il congedo per maternità. V. mie conclusioni, paragrafo 36.

36 — Punto 27 (il corsivo è mio).

37 — 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'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 89/391/CEE; GU L 348, pag. 1).

dalla Commissione e proposta al Consiglio il 17 ottobre 1990³⁸, comportava all'art. 5³⁹, la conservazione dello stipendio della donna durante il congedo di maternità (cioè almeno quattordici settimane). Questa proposta non è stata accettata dal Consiglio. Infatti, l'art. 11 della direttiva 92/85 recita:

«Per garantire alle lavoratrici di cui all'articolo 2 [vale a dire incinte, puerpere e/o in periodo di allattamento] l'esercizio dei diritti di protezione della sicurezza e della salute riconosciuti nel presente articolo:

(...)

2) nel caso contemplato all'articolo 8, devono essere garantiti:

(...)

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».

50. È questo un *argomento ulteriore* a sostegno del mio orientamento. Infatti, adottando questa norma, il Consiglio ha manifestato la sua intenzione di lasciare alla competenza degli Stati membri la materia del diritto alla conservazione dello stipendio integrale durante il congedo di maternità.

51. Concludo dunque che le ricorrenti nella causa principale non trovano valido fondamento nemmeno nelle disposizioni della direttiva 76/207 per sostenere che la normativa comunitaria prescrive che la lavoratrice percepisca l'intero stipendio durante il congedo di maternità. Quindi, non essendovi regime comunitario specifico che lo prevede, questo punto rimane di competenza degli Stati membri.

Soluzione della seconda, della terza e della quarta questione: poiché il diritto comunitario non prescrive che la lavoratrice, durante il congedo di maternità, percepisca lo stipendio integrale e non dà alcuna indicazione sull'importo dello stipendio che va versato a detta lavoratrice⁴⁰, è il caso di determinare con quali criteri si debba stabilire una prestazione inferiore a detto stipendio?

52. Poiché non vi è una base giuridica comunitaria sulla quale costruire il mio ragionamento, la soluzione di questo punto equivale

38 — COM(90) 406 def. — SYN 303 (GU C 281, pag. 3).

39 — Ibidem, pag. 32.

40 — V. paragrafi 22, 23, 27, 35, 37 e 48 delle presenti conclusioni.

a dare un giudizio sul complesso del sistema previdenziale nazionale di tutela delle lavoratrici durante il congedo di maternità, in un certo senso, a valutare la legittimità se non l'opportunità della disciplina nazionale. Orbene, secondo una giurisprudenza costante ⁴¹ avete stabilito che non spetta alla Corte, nell'ambito del procedimento di cui all'art. 177 del Trattato CEE, valutare, sotto il profilo del diritto comunitario, le caratteristiche di una misura adottata da uno degli Stati membri.

53. In conclusione, viste le considerazioni esposte in precedenza, vi propongo di risolvere come segue le questioni sottoposte dalla Court of Appeal:

- «1) L'art. 119 del Trattato CEE, la direttiva del Consiglio 10 febbraio 1975, 75/117/CEE, 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, e la 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 obbligano gli Stati membri a garantire alla donna assente dal lavoro a motivo del congedo di maternità previsto dalla normativa nazionale pertinente o dal contratto di lavoro lo stipendio integrale che le sarebbe spettato se durante detto periodo avesse lavorato normalmente.
- 2) Le norme comunitarie di cui sopra non riguardano l'importo dello stipendio spettante a una donna in congedo di maternità e, quindi, non consentono di determinare i criteri per definire l'entità di una prestazione inferiore a detto stipendio».

41 — Sentenza 6 ottobre 1970, causa 9/70, Grad (Racc. pag. 825).