

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
PHILIPPE LÉGER

presentate il 14 gennaio 1997 *

1. Le questioni pregiudiziali sottopostevi dall'Arbeitsgericht di Amburgo vertono nuovamente sull'applicazione della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro¹ (in prosieguo: la «direttiva» o la «direttiva 76/207»).

che i fatti per cui è stato adito e le disposizioni della sua legge nazionale portano alle stesse soluzioni.

3. Esaminerò le questioni pregiudiziali sottopostevi dopo aver brevemente esposto il contesto della causa in esame.

L'Arbeitsgericht vi chiede, in sostanza, di dichiarare se la direttiva 76/207 osti a che il risarcimento dei danni derivanti da un comportamento discriminatorio basato sul sesso riguardo all'assunzione sia subordinato all'esistenza di una colpa. Inoltre vuole sapere da voi se, nella stessa ipotesi, la direttiva 76/207 osti a che una normativa nazionale preveda l'imposizione di un limite massimo al risarcimento dei danni.

Ambito normativo

Le disposizioni comunitarie pertinenti: la direttiva 76/207

2. Come ricorda il giudice nazionale², è già stato chiesto alla Corte di pronunciarsi su questioni pregiudiziali simili. Tuttavia, esso intende chiedere alla Corte di confermare

4. La direttiva 76/207 mira all'attuazione, negli Stati membri, del principio della parità di trattamento fra uomini e donne garantendo, in particolare, ai lavoratori di entrambi i sessi effettive pari opportunità di accesso al lavoro.

5. A tale scopo, l'art. 2 di detta direttiva definisce il principio della parità di tratta-

* Lingua originale: il francese.

1 — GU L 39, pag. 40.

2 — Pagg. 8-10 della traduzione francese dell'ordinanza di rinvio.

mento e i limiti dello stesso. Il n. 1 dell'articolo in esame dispone che questo principio implica la mancanza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia. Il n. 2 precisa, tuttavia, che la direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di escludere dal suo campo di applicazione le attività professionali ed eventualmente le relative formazioni, per le quali, in considerazione della loro natura o delle condizioni per il loro esercizio, il sesso rappresenti una condizione determinante.

6. L'art. 3 della direttiva di cui trattasi precisa la portata del principio della parità di trattamento per quanto concerne in particolare l'accesso al lavoro. Ai sensi del n. 1 l'applicazione di tale principio implica la mancanza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda le condizioni d'accesso, compresi i criteri di selezione, agli impieghi o posti di lavoro qualunque sia il settore o il ramo di attività, e a tutti i livelli della gerarchia professionale. Il n. 2, lett. a), dell'art. 3 prevede che gli Stati membri prendano le misure necessarie affinché siano soppresse le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative incompatibili col principio della parità del trattamento.

7. A norma dell'art. 6 della direttiva, gli Stati membri devono introdurre le misure necessarie per permettere a tutti coloro che si ritengono lesi dalla mancata applicazione nei loro confronti del principio della parità di trattamento, ai sensi degli artt. 3, 4 e 5, di far valere i propri diritti per via giudiziaria.

La normativa nazionale

8. La disciplina legislativa nazionale sulla parità di trattamento fra uomini e donne nella vita professionale pertinente alla fattispecie figura nel Bürgerliches Gesetzbuch (codice civile tedesco, in prosieguo: il «BGB») e nell'Arbeitsgerichtsgesetz (legge sulla magistratura del lavoro, in prosieguo: l'«ArbGG»).

9. L'art. 611 a, n. 1, del BGB dispone che un datore di lavoro non può svantaggiare un lavoratore a causa del suo sesso nell'ambito di un contratto o in occasione dell'adozione di disposizioni, in particolare per quanto riguarda l'instaurazione di un rapporto di lavoro, la promozione professionale, istruzioni o un licenziamento. Ciononostante, un trattamento diverso in ragione del sesso è lecito se il contratto o i provvedimenti adottati riguardano un'attività che, per la sua natura specifica, non può essere svolta se non da lavoratori di uno o dei due sessi. Il n. 2 dello stesso articolo prevede che se, nell'instaurazione di un rapporto di lavoro, il datore di lavoro si rende *responsabile* di una violazione del divieto di cui al primo comma, «il candidato danneggiato può chiedere un adeguato risarcimento pecuniario il cui importo non può superare tre mensilità retributive». La retribuzione mensile corrisponde alle prestazioni pecuniarie ed in natura cui il lavoratore avrebbe avuto diritto durante il mese dell'instaurazione del rapporto di lavoro per un lavoro regolare.

10. A norma dell'art. 611 b, n. 1, del BGB un datore di lavoro non può offrire un

lavoro unicamente a uomini, oppure unicamente a donne, salvo nel caso di cui all'art. 611 a, n. 1.

11. L'art. 61 b, n. 2, dell'ArbGG dispone che, se più candidati svantaggiati in occasione della costituzione di un rapporto di lavoro fanno valere il loro diritto al risarcimento ai sensi dell'art. 611 a, n. 2, del BGB, l'importo dell'indennizzo concesso deve essere limitato, se il datore di lavoro lo richiede, a sei mensilità di retribuzione, o a dodici nel caso in cui, per giungere alla costituzione di più rapporti di lavoro, sia stato organizzato un procedimento di assunzione unico. Quando il datore di lavoro ha già soddisfatto richieste di risarcimento, questo ammontare massimo deve essere ridotto in proporzione; se il cumulo degli indennizzi cui avrebbero diritto i richiedenti supera complessivamente tale ammontare massimo, ciascun indennizzo deve essere ridotto proporzionalmente a tale importo.

I fatti

12. In data 17 novembre 1994, il signor Nils Draehmpaehl, ricorrente nella causa principale, rispondeva per lettera ad un'offerta di lavoro dell'Urania Immobilienservice OHG, resa nota a mezzo stampa, del seguente tenore:

«Cerchiamo un'assistente sperimentata per la nostra direzione vendite. Se è in grado di

cavarsela col personale confusionario di un'impresa del ramo distribuzione, se è disposta a far loro una tazza di caffè, se si contenta di rari elogi e di lavorare tanto, Lei è la persona che fa per noi. Da noi si deve saper utilizzare il computer e lavorare in gruppo insieme agli altri. Se vuole davvero raccogliere questa sfida, noi attendiamo da Lei la Sua candidatura. Ma non ci dica che non L'avevamo avvertita (...)».

13. La convenuta nella causa principale non rispondeva alla lettera del signor Draehmpaehl. Sostenendo di essere il candidato più qualificato per il posto offerto e di essere più adatto della candidata scelta, e reputando quindi di aver subito una discriminazione basata sul sesso, il signor Draehmpaehl intentava dinanzi all'Arbeitsgericht di Amburgo un'azione di responsabilità civile avverso l'Urania Immobilienservice. Chiedeva il risarcimento dei danni mediante l'assegnazione di un indennizzo pari a tre mensilità e mezza di stipendio.

14. Il giudice a quo precisava che, nel corso di un procedimento a parte pendente dinanzi ad un'altra sezione del tribunale nazionale, anche un altro candidato, citando in giudizio la convenuta per ottenere un indennizzo nell'ambito di circostanze analoghe, aveva presentato una domanda di risarcimento.

15. La convenuta non compariva all'udienza di conciliazione e non si esprimeva in merito al ricorso pendente. Né il giudice nazionale né il ricorrente riuscivano a contattarla ed a venire a conoscenza del suo indirizzo di quel momento.

16. Secondo il giudice nazionale l'offerta di lavoro della convenuta violava l'art. 611 b del BGB, poiché, senza alcun giustificato motivo³, era manifestamente riservata solo a candidati di sesso femminile. Presumendo che il ricorrente fosse vittima di una discriminazione basata sul sesso, riteneva che la convenuta fosse tenuta al risarcimento.

17. Tuttavia, esso rilevava che le richieste del ricorrente erano incompatibili con l'art. 611 a, n. 2, prima frase, del BGB, il quale prescriveva che prove circostanziate circa la sussistenza di una responsabilità per colpa del datore di lavoro fossero prodotte dal ricorrente⁴, laddove quest'ultimo invocava semplici presunzioni.

18. Sollevando, da un lato, la questione della compatibilità del n. 2 dell'art. 611 a del BGB con l'interpretazione che la Corte ha dato dell'art. 2 della direttiva 76/207 nella sentenza 8 novembre 1990, Dekker⁵ e, dall'altro, la questione della compatibilità delle norme del diritto tedesco che limitano l'ammontare dell'indennizzo cui può aver diritto

la persona discriminata⁶ con l'interpretazione che avete dato dell'art. 6 della direttiva 76/207 nella sentenza 2 agosto 1993, Marshall II⁷, l'Arbeitsgericht di Amburgo, ritenendo pertanto di non essere in grado di pronunciarsi sul ricorso, vi sottopone le quattro questioni pregiudiziali di interpretazione che seguono:

- «1. Se siano in contrasto con gli artt. 2, n. 1, e 3, 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, disposizioni legislative nazionali le quali stabiliscono il presupposto della colpa del datore di lavoro per il risarcimento dei danni derivanti da un comportamento discriminatorio basato sul sesso in materia di assunzione.

2. Se siano in contrasto con gli artt. 2, n. 1, e 3, 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, disposizioni legislative nazionali le quali, nell'ipotesi di un comportamento

3 — Ai sensi dell'art. 611 a, n. 1, del BGB.

4 — Ordinanza di rinvio, traduzione in lingua francese, pag. 7, lett. a).

5 — Causa C-177/88 (Racc. pag. I-3941).

6 — Artt. 611 a, n. 2, del BGB e 61 b, n. 2, dell'ArbGG, succitati.

7 — Causa C-271/91, Racc. pag. I-4367.

discriminatorio basato sul sesso in materia di assunzione, fissano — diversamente da tutta la restante normativa nazionale civilistica e giuslavoristica — in tre mensilità retributive il limite massimo del risarcimento da versare ai candidati/e vittime di discriminazioni in sede di selezione, che non avrebbero tuttavia ottenuto il posto da coprire nemmeno nel caso di una procedura di selezione scevra di aspetti discriminatori a causa delle qualifiche migliori del candidato/a assunto/a.

3. Se siano in contrasto con gli artt. 2, n. 1, e 3, 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, disposizioni legislative nazionali le quali, nell'ipotesi di un comportamento discriminatorio basato sul sesso in materia di assunzione, fissano — diversamente da tutta la restante normativa nazionale civilistica e giuslavoristica — in tre mensilità retributive il limite massimo del risarcimento da versare ai candidati/e, che avrebbero ottenuto il posto da coprire nel caso di una procedura di selezione scevra di aspetti discriminatori.

4. Se siano in contrasto con gli artt. 2, n. 1, e 3, 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, disposizioni legislative nazionali le quali, alla richiesta, avanzata da più danneggiati, di risarcimento di danni derivanti da un comportamento discriminatorio basato sul sesso riguardo all'assunzione a un posto di lavoro — diversamente da tutta la restante normativa nazionale civilistica e giuslavoristica — impongono un limite massimo cumulativo di sei mensilità retributive per tutte le persone vittime del comportamento discriminatorio».

Analisi

19. In via preliminare, vorrei ricordare che, nell'ambito di un procedimento introdotto ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE, da una giurisprudenza costante si evince che la Corte non può pronunciarsi sulla compatibilità di una misura nazionale con il diritto comunitario. La Corte è invece competente a fornire al giudice nazionale tutti gli elementi di interpretazione del diritto comunitario che possano consentirgli di dichiarare la compatibilità con il diritto comunitario delle disposizioni nazionali ⁸.

⁸ — In particolare sentenza 1° febbraio 1996, causa C-177/94, Perflü (Racc. pag. I-161, punto 9).

20. Ciò premesso, le questioni sollevate devono essere riformulate. Così, in merito alla prima questione pregiudiziale, il giudice a quo chiede se gli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, della direttiva 76/207 debbano essere interpretati nel senso che ostano a che il risarcimento dei danni derivanti da un comportamento discriminatorio basato sul sesso riguardo all'assunzione ad un posto di lavoro sia subordinato alla prova della colpa del datore di lavoro. Le questioni seconda e terza riguardano la compatibilità dell'imposizione di un limite massimo ai risarcimenti eventualmente esigibili con la direttiva 76/207. Con la quarta questione il giudice nazionale chiede se il diritto comunitario sia in contrasto con una normativa nazionale che prevede l'imposizione di un limite per il cumulo dei risarcimenti, quale è fissato dall'art. 61b, n. 2, dell'ArbGG.

Sulla prima questione

21. Il giudice nazionale solleva la questione della pertinenza della soluzione che avete dato con la sentenza Dekker in merito alla controversia di cui ha conoscenza.

22. Vorrei ricordare che in tale causa si trattava del caso di un rifiuto di assumere una candidata ad un posto di lavoro in ragione della sua gravidanza. Il giudice olandese sollevava in particolare la questione della compatibilità con gli artt. 2 e 3 della direttiva 76/207 di una disposizione legislativa nazionale che subordina il riconoscimento dell'indennizzo basato sulla violazione del princi-

pio della parità di trattamento alla prova della colpa del datore di lavoro.

23. Voi avete accolto la tesi formulata dall'avvocato generale Darmon nelle sue conclusioni⁹ e, sulla base di una giurisprudenza già consolidata¹⁰, avete confermato che, sebbene gli Stati membri siano liberi di scegliere i mezzi d'attuazione per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva ed efficace ai sensi dell'art. 6 della direttiva 76/207, allorché la sanzione adottata rientra nell'ambito di un regime di responsabilità civile del datore di lavoro, l'infrazione al divieto di discriminazione è sufficiente per coinvolgere *da sola* la piena responsabilità dell'autore dell'atto senza che possa esigersi la prova di una colpa a parte del datore di lavoro e senza che possano essere prese in considerazione le esimenti previste dal diritto nazionale¹¹.

24. La Commissione e il ricorrente nella causa principale¹² sostengono che detta sentenza risolve già la prima questione pregiudiziale che vi viene sottoposta oggi.

25. Il governo tedesco asserisce, per contro, che la sentenza Dekker non permette di concludere automaticamente per l'incompatibi-

9 — Conclusioni nella causa Dekker (paragrafi 34-37).

10 — Sentenza 10 aprile 1984, causa 14/83, Von Colson e Kamann (Racc. pag. 1891).

11 — Sentenza Dekker (punti 22-26).

12 — Osservazioni della Commissione (punti 19-22) e del ricorrente nella causa principale (punti 39-43).

lità della normativa nazionale controversa con le disposizioni della direttiva. Esso ritiene che tale sentenza riguardi esclusivamente la necessità di una colpa nel diritto olandese. Orbene, contrariamente a quanto previsto da quest'ultimo, la colpa nel diritto tedesco non mette in discussione l'effetto utile delle disposizioni comunitarie. Infatti, nel diritto tedesco, sebbene la sussistenza di una colpa sia sistematicamente necessaria per il coinvolgimento della responsabilità del datore di lavoro, la prova di tale colpa è agevole da produrre poiché atti intenzionali *commessi per negligenza* al pari di una colpa lieve sono sufficienti a far sorgere tale responsabilità. Inoltre, i casi d'esclusione della responsabilità del datore di lavoro sono particolarmente limitati ¹³.

26. Non condivido il punto di vista del governo tedesco. Secondo me la sentenza Dekker è chiara e perfettamente applicabile alla causa in esame. Infatti, a parte la differenza di sesso, le liti che sono all'origine dei due procedimenti di rinvio sono identiche. In entrambi i casi un rapporto di lavoro non si è instaurato ¹⁴, e neanche è stato preso in considerazione ¹⁵, esclusivamente per motivi afferenti al sesso del candidato. In entrambi i casi, per sua espressa previsione, la legislazione nazionale in questione subordina il riconoscimento della responsabilità del datore di lavoro alla prova di una colpa distinta dall'atto o dal comportamento discriminatorio. Una siffatta normativa nazionale consente in tal modo al datore di lavoro di sottrarsi al riconoscimento della sua responsabilità per un motivo estraneo alla discriminazione sessuale e, in modo palese, compromette l'effetto utile delle disposizioni della direttiva. Rinvio, a questo

proposito, alle considerazioni dell'avvocato generale Darmon ¹⁶.

27. Di conseguenza vi suggerisco di risolvere la prima questione come segue: qualora la sanzione adottata da uno Stato membro rientri nell'ambito di un regime di responsabilità civile del datore di lavoro, gli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, della direttiva 76/207 ostano a che il risarcimento del danno avente origine in un comportamento discriminatorio basato sul sesso quanto all'assunzione di un lavoratore sia subordinato all'esistenza di una colpa, per quanto lieve essa sia.

Sulle questioni seconda e terza

28. Riguardo alle due predette questioni, il giudice a quo chiede se l'interpretazione che la Corte ha dato all'art. 6 della direttiva 76/207 nella sentenza Marshall II contrasti con le misure sancite dal legislatore tedesco che prevedono l'imposizione di un limite massimo ai risarcimenti eventualmente esigibili ¹⁷. Nell'ordinanza di rinvio è precisato che la restante normativa nazionale civilistica e giuslavoristica non prevede questo tipo di fissazione di limite massimo. Tale punto è stato oggetto, in udienza, di un lungo dibattito sulla cui conclusione non ho competenza a pronunciarmi. Infatti, dalla costante giuri-

13 — Osservazioni del governo tedesco (punti 4-5).

14 — Causa Dekker.

15 — Causa attualmente in esame.

16 — Paragrafo 35 delle sue conclusioni nella causa Dekker.

17 — Artt. 611 a, n. 1, del BGB e 61 b, n. 2, dell'ArbGG.

sprudenza della Corte risulta che l'art. 177 del Trattato è fondato su una netta separazione tra le funzioni dei giudici nazionali e quelle della Corte¹⁸ e che, di conseguenza, esso non consente a quest'ultima di interpretare o di applicare il diritto nazionale¹⁹. Devo pertanto esprimermi in funzione dei dati giuridici e fattuali indicati dal giudice nazionale.

Inoltre, vi viene chiesto di precisare se la soluzione dipenda dalle qualifiche professionali del candidato vittima di un comportamento discriminatorio a causa del suo sesso.

29. In primo luogo esaminiamo se la soluzione della questione posta dal giudice a quo dipenda dal grado della qualifiche professionali del candidato vittima della discriminazione sessuale.

30. Penso che la risposta debba essere negativa, e ciò per almeno tre motivi.

18 — V., in particolare, sentenze 5 febbraio 1963, causa 26/62, Van Gend en Loos (Racc. pag. 1); 5 ottobre 1977, causa 5/77, Tedeschi (Racc. pag. 1555, punti 17-19), e 23 febbraio 1995, cause riunite C-358/93 e C-416/93, Bordessa e a. (Racc. pag. I-361, punto 10).

19 — V., in particolare, sentenze 6 aprile 1962, causa 13/61, De Geus (Racc. pag. 89), e 20 ottobre 1993, causa C-10/92, Balocchi (Racc. pag. I-5105, punti 16 e 17).

31. *In primo luogo*, è d'uopo constatare che, come nella causa Dekker, il datore di lavoro si è rifiutato di considerare l'instaurazione di un rapporto di lavoro col candidato all'assunzione solo in ragione del suo sesso e non per motivi attinenti alle sue qualifiche professionali. Il giudice nazionale confonde due nozioni affatto distinte: quella della perdita di una possibilità a causa del sesso del candidato e quella della valutazione obiettivamente sbagliata che il datore di lavoro farebbe del suo curriculum professionale.

32. Essendo diverso il danno subito in materia di assunzione in ragione della discriminazione sessuale, esso deve essere risarcito in modo indipendente da tutti gli altri pregiudizi eventualmente subiti, nel caso specifico, dal candidato danneggiato, e senza che la riparazione di questi ultimi possa avere una qualche incidenza sull'an e sul quantum del risarcimento di tale comportamento discriminatorio.

33. *Inoltre*, per una giurisprudenza costante, in caso di violazione del divieto di discriminazione, l'art. 6 della direttiva impone agli Stati membri l'applicazione di una sanzione tale da assicurare una tutela giurisdizionale effettiva ed efficace²⁰ e da avere nei confronti del datore di lavoro un effetto dissuasivo

20 — Sentenze Von Colson e Kamann (punto 23) e Dekker (punto 23).

reale²¹. Orbene, mi pare che questo vorrebbe dire annullare l'effetto utile delle disposizioni della direttiva qualora il risarcimento del danno subito a causa di questa discriminazione fosse subordinato alla prova, da parte del candidato danneggiato, di qualifiche professionali superiori o uguali a quelle presentate dal candidato assunto dal datore di lavoro.

34. *Infine*, la riparazione del pregiudizio subito a causa dell'omessa presa in considerazione dei meriti e delle qualifiche professionali di una persona, uomo o donna che sia — *a meno, ovviamente, che ciò non dissimuli una discriminazione sessuale* — non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 76/207. Non mi resta, quindi, che invitare il giudice adito per la controversia nella causa principale ad applicare il suo diritto nazionale.

35. Di conseguenza, la precisazione chiesta dal giudice nazionale, esplicitamente con la formulazione della seconda questione e implicitamente nella terza, in merito alla qualifica professionale del candidato discriminato in ragione del suo sesso non è pertinente per la soluzione della controversia.

36. In merito a tali questioni pregiudiziali, il giudice nazionale vi chiede dunque di pro-

nunciarsi sull'applicazione, nella presente causa, della soluzione adottata con la sentenza Marshall II²². Esso precisa che, nel suo diritto nazionale, a differenza della normativa comune civilistica e giuslavoristica²³, la sanzione della violazione del principio di non discriminazione basata sul sesso per quanto riguarda le condizioni di accesso ad un impiego consiste in un risarcimento in denaro, nell'ambito di un regime di responsabilità civile del datore di lavoro, limitato ad un ammontare equivalente a tre mensilità della retribuzione. Lo stipendio corrisponde a quello cui avrebbe avuto diritto il candidato assunto.

37. Vorrei ricordare che, in occasione di tale sentenza, la Corte ha effettivamente dovuto risolvere una questione analoga sollevata da un giudice britannico.

38. La signorina Marshall, vittima di un licenziamento a carattere discriminatorio, chiedeva il pagamento di un indennizzo. L'Industrial Tribunal valutava il danno finanziario da essa subito in seguito al suo licenziamento avente carattere discriminatorio pari a una somma di ammontare superiore al limite massimo stabilito per questo tipo di danno dall'art. 65, n. 1, lett. b), del Sex Discrimination Act del 1975. Il giudice a

22 — Ordinanza del giudice a quo, traduzione in lingua francese, pag. 8, lett. b).

23 — V. paragrafo 28 delle mie conclusioni.

21 — V., in particolare, sentenza Marshall II (punto 24).

quo, in particolare, sollevava la questione della compatibilità di questa norma nazionale con l'art. 6 della direttiva 76/207.

39. La Commissione e il ricorrente nella causa principale sostengono che tale sentenza è in parte applicabile alla presente causa.

40. Il governo tedesco contesta tale affermazione. A suo avviso, la sentenza Marshall II non sarebbe pertinente poiché essa riguarda l'ipotesi particolare di un licenziamento avente carattere discriminatorio non riferibile al caso, ora in esame, del rifiuto discriminatorio di assunzione. Esso aggiunge che la succitata sentenza Von Colson e Kamann è invece applicabile e che la citata normativa tedesca rispetta i principi sanciti dalla Corte in tale sentenza. Infatti, queste norme prevedono l'assegnazione di un'indennità adeguata rispetto al danno subito e sufficientemente dissuasiva nei confronti dell'autore della discriminazione.

41. Non penso che i principi formulati in queste due sentenze non possano essere conciliati tra loro. Secondo me, la sentenza Marshall II precisa e sviluppa i principi sottintesi dalla sentenza Von Colson e Kamann. Richiamo ora alla memoria per l'appunto i principi enunciati in tali sentenze.

42. Nella sentenza Von Colson e Kamann la Corte ha ricordato anzitutto che, conformemente agli artt. 5 e 189, terzo comma, del Trattato, è compito degli Stati membri adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire il perseguimento degli obiettivi della direttiva 76/207 e dei giudici nazionali interpretare il diritto interno alla luce della lettera e dello scopo della direttiva²⁴. Quanto a tale direttiva, avete altresì ricordato che l'obiettivo perseguito dal legislatore comunitario è quello di assicurare l'effettività del principio della non discriminazione dei lavoratori in ragione del loro sesso.

43. Inoltre, la Corte ha precisato che l'effettiva parità di opportunità non può essere ottenuta senza un adeguato sistema di sanzioni²⁵. Per quanto concerne l'art. 6 della direttiva, avete affermato: «Da questa disposizione discende che gli Stati membri sono obbligati ad adottare provvedimenti che siano *sufficientemente efficaci* per conseguire lo scopo della direttiva ed a far sì che tali provvedimenti possano essere *effettivamente* fatti valere davanti ai giudici nazionali dagli interessati. Detti provvedimenti possono, ad esempio, comprendere disposizioni che prescrivano al datore di lavoro di assumere il candidato discriminato o contemplino un *adeguato* risarcimento pecuniario, il tutto sanzionato da un sistema di ammende. Va tuttavia rilevato che la direttiva non impone una sanzione determinata, bensì lascia agli Stati membri la libertà di scegliere fra le varie

24 — Punti 15 e 26.

25 — Punto 22.

soluzioni atte a conseguire lo scopo»²⁶. Inoltre i provvedimenti adottati dagli Stati membri devono «avere per il datore [di lavoro] un effetto dissuasivo reale»²⁷.

44. Nella sentenza Marshall II, dopo aver ricordato tali principi²⁸, avete deciso che si dovevano considerare le caratteristiche proprie di ogni singolo caso di trasgressione del principio della parità²⁹ e vi siete pronunciati sul carattere «adeguato» della sanzione atta a garantire il ristabilimento del principio della parità di trattamento in seguito ad un licenziamento discriminatorio.

45. L'avvocato generale Van Gerven, nelle sue conclusioni nella causa Marshall II, definiva come «adeguato indennizzo» quello stabilito ad un livello sufficientemente alto tale da non privare la sanzione del suo carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo³⁰. In tal modo si doveva tenere distinta questa nozione dall'indennizzo integrale³¹.

46. Partendo da questa analisi, nell'ipotesi di licenziamento discriminatorio avete dichiarato che solo la riassunzione del soggetto discriminato o, alternativamente, una integrale riparazione in denaro del danno subito

è idonea a ristabilire la situazione di parità³² e risponde alle esigenze che sono implicite nella nozione di «adeguato indennizzo». Avete ritenuto quindi che l'art. 6 della direttiva non consente di ammettere la fissazione di un limite massimo per il risarcimento dovuto in caso di licenziamento discriminatorio «(...) visto che esso limita *a priori* l'importo dell'indennizzo ad un livello che non è necessariamente conforme all'esigenza di garantire una reale parità di possibilità mediante un equo risarcimento del pregiudizio subito a seguito del licenziamento discriminatorio»³³. Avete così precisato quanto affermato nella sentenza Von Colson e Kamann.

47. È pertanto ridotta la discrezionalità consentita agli Stati membri quando essi applicano la soluzione scelta per garantire il ristabilimento del principio della parità di trattamento nell'ipotesi di un licenziamento discriminatorio: vale a dire la riassunzione o la riparazione integrale del danno secondo le norme di diritto interno vigenti³⁴.

48. Da tali sentenze deduco che la Corte ha affermato il principio secondo il quale la riparazione deve essere integrale allorché gli Stati membri decidano di risarcire i danni derivanti da un comportamento discriminatorio vietato dalla direttiva 76/207 nell'ambito di un regime di responsabilità civile del datore di lavoro.

26 — Punto 18; il corsivo è mio.

27 — Punto 23; il corsivo è mio.

28 — Punti 23-24.

29 — Punto 25.

30 — Paragrafo 18 delle sue conclusioni.

31 — Ibidem, paragrafo 17.

32 — Sentenza Marshall II (punti 25-26).

33 — Ibidem, punto 30; il corsivo è mio.

34 — Ibidem, punto 36.

49. Nella fattispecie il provvedimento scelto dal legislatore tedesco per garantire l'osservanza dei diritti di un candidato discriminato in materia di assunzione a causa del suo sesso è costituito dal risarcimento limitato a tre mensilità di retribuzione, diversamente — secondo il giudice a quo — dalla restante normativa civilistica e giuslavoristica. Ritengo che due motivi vietino siffatte disposizioni.

50. *In primo luogo*, esse contrastano con la soluzione delineatasi nelle sentenze Von Colson e Kamann e Marshall II, poiché da queste ho dedotto che con esse si è affermato il principio della riparazione integrale dei danni derivanti da un comportamento discriminatorio vietato dalla direttiva 76/207³⁵.

51. Nell'ipotesi in cui una siffatta interpretazione non fosse presa in considerazione, ciò equivarrebbe ad affermare che la riparazione del danno derivante da tale discriminazione non è sempre integrale e che converrebbe, pertanto, adattare questo principio ai diversi casi di discriminazione. Per tale motivo, la Corte dovrebbe pronunciarsi, caso per caso, sulla norma da applicare; per esempio, dovrebbe dichiarare che in occasione di un rifiuto di assunzione il risarcimento non sarà integrale, così come nel caso di negazione di formazione professionale, ecc.; è possibile individuare numerose ipotesi in cui i lavoratori sono vittime di comportamenti discriminatori a motivo del loro sesso e, di conseguenza, quelle in cui la Corte dovrebbe

pronunciarsi ed, eventualmente, modificare la sua giurisprudenza.

52. Non credo che tale interpretazione possa considerarsi giustificabile e ragionevole. Infatti, nelle diverse ipotesi (licenziamento, rifiuto di assunzione, ecc.), il lavoratore o il candidato all'assunzione si trova nella stessa posizione: ha subito una discriminazione a motivo del suo sesso poiché il datore di lavoro ha tenuto lo stesso comportamento biasimevole. Orbene, il principio generale della parità di trattamento nel diritto comunitario prevede che situazioni analoghe non siano trattate in maniera differenziata e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che un tale trattamento non sia obiettivamente giustificato³⁶. Di conseguenza, in presenza di situazioni simili in cui si sono trovati i lavoratori, si deve applicare la stessa norma e si devono risarcire integralmente i loro danni³⁷.

53. È vero, tuttavia, che i danni subiti dai lavoratori discriminati possono essere di diversa entità. Il giudice nazionale deve considerare non solo i diversi casi di violazione del principio della parità che si presentano, ma altresì le diverse circostanze di specie in presenza di uno stesso caso di violazione del principio della parità di trattamento. Comunque sia, spetta soltanto al giudice dei fatti valutare, secondo le norme nazionali

35 — Paragrafo 48 delle mie conclusioni.

36 — V., da ultimo, sentenza 12 dicembre 1996, causa C-241/95, Accrington Beef e a. (Racc. pag. I-6699, punto 52).

37 — Sentenza Marshall II (punto 26).

vigenti, i danni subiti tenendo conto di tutti gli elementi che egli di solito prende in considerazione.

54. *In secondo luogo* ed in subordine, il principio dell'autonomia procedurale del diritto interno osta del pari a siffatte disposizioni legislative tedesche. Il rispetto di questo principio presuppone che, in mancanza di un'armonizzazione attuata dal diritto comunitario, gli Stati membri sono liberi di scegliere la soluzione atta a garantire tale tutela giurisdizionale; tuttavia, la sanzione prescelta deve tutelare almeno quanto quella prevista nell'ambito dell'analogo ordinamento giuridico nazionale³⁸. Orbene, il giudice a quo precisa che ciò non si verifica.

55. Concludendo, in merito alle questioni pregiudiziali seconda e terza, vi chiedo di dichiarare che la limitazione dell'entità del danno risarcibile in seguito ad un rifiuto di assunzione discriminatorio è in contrasto con gli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, nonché con l'art. 6 della direttiva 76/207.

Sulla quarta questione

56. Sottoponendovi tale questione pregiudiziale, il giudice a quo vi chiede se le disposi-

zioni della direttiva 76/207 ostino a misure, come quelle stabilite dal diritto tedesco, che consentono al datore di lavoro di ottenere la limitazione dell'ammontare del risarcimento al quale potrebbe aver diritto la persona discriminata in materia di assunzione a causa del suo sesso allorché siano state presentate più domande di risarcimento basate su un comportamento discriminatorio in ragione del sesso. Questa norma nazionale, diversamente dalle altre disposizioni civilistiche e giuslavoristiche³⁹, consente, in altri termini, di adattare l'ammontare dell'indennizzo da versare in funzione del numero dei candidati. Di conseguenza, il risarcimento cui possono aver diritto questi ultimi può subire una riduzione netta a causa del limite massimo fissato.

57. Vi chiedo di far riferimento alle considerazioni da me svolte precedentemente, perché non esiste alcuna differenza tra le due questioni pregiudiziali. Anche in tal caso si tratta di norme che hanno come conseguenza la limitazione dell'ammontare del risarcimento del danno effettivamente subito dal candidato discriminato a motivo del suo sesso nell'ambito di una procedura di assunzione.

58. Di conseguenza vi suggerisco di risolvere affermativamente la quarta questione pregiudiziale.

38 — V., in particolare, sentenza 21 settembre 1989, causa 68/88, Commissione/Grecia (Racc. pag. 2965, punti 23-24).

39 — V. paragrafo 28 delle mie conclusioni.

Conclusione

59. In base alle precedenti considerazioni, vi suggerisco di risolvere le questioni sollevate dal giudice a quo come segue:

- «1) Qualora la sanzione della violazione del principio di non discriminazione in materia di assunzione a un posto di lavoro adottata da uno Stato membro rientra nell'ambito di un regime di responsabilità civile, gli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, della direttiva 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, devono essere interpretati nel senso che ostano a che una disciplina legislativa nazionale stabilisca il presupposto della colpa del datore di lavoro per il risarcimento dei danni derivanti da un comportamento discriminatorio basato sul sesso in sede di selezione di un lavoratore.

- 2) Gli artt. 2, n. 1, 3, n. 1, e 6 della direttiva 76/207 devono essere interpretati nel senso che ostano a che una disciplina legislativa nazionale — diversamente da tutta la restante normativa nazionale civilistica e giuslavoristica — per un risarcimento di danni derivanti da un comportamento discriminatorio basato sul sesso riguardo all'assunzione a un posto di lavoro imponga un limite massimo di tre mensilità retributive ai candidati/e vittime di discriminazioni in sede di selezione.

- 3) Gli artt. 2, n. 1, 3, n. 1, e 6 della direttiva 76/207 devono essere interpretati nel senso che ostano a che una disciplina legislativa nazionale — diversamente da tutta la restante normativa nazionale civilistica e giuslavoristica — imponga un limite massimo cumulativo di sei mensilità retributive per l'importo del cumulo dei risarcimenti di tutte le persone vittime del comportamento discriminatorio basato sul sesso in occasione di un procedimento di assunzione, qualora più persone chiedano il risarcimento».