

1. Le indennità corrisposte al lavoratore dal datore di lavoro al momento della cessazione del rapporto di lavoro costituiscono una forma di retribuzione differita, che spetta al lavoratore in ragione del suo impiego, ma che gli viene versata al momento della cessazione del rapporto di lavoro allo scopo di rendere più agevole il suo adattamento alle nuove situazioni derivanti da tale cessazione. Pertanto, tali indennità rientrano nella nozione di retribuzione ai sensi dell'art. 119 del Trattato.
2. L'art. 119 del Trattato osta all'applicazione di una disposizione di un contratto collettivo, stipulato per il pubblico impiego nazionale, che consente ai datori di lavoro di escludere dei lavoratori a orario ridotto dal godimento di un'indennità temporanea in caso di cessazione del rapporto di lavoro, quando risulti che di fatto lavora a orario ridotto una percentuale notevolmente più bassa di uomini che di donne, a meno che il datore di lavoro provi che la detta disposizione è giustificata da fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione basata sul sesso.
3. In presenza di una discriminazione indiretta ad opera di una disposizione di un contratto collettivo, i membri del gruppo sfavorito, uomini o donne, devono, in proporzione al loro tempo di lavoro, essere trattati allo stesso modo ed essere assoggettati allo stesso regime degli altri lavoratori, regime che, in mancanza della corretta trasposizione dell'art. 119 del Trattato nel diritto nazionale, resta il solo sistema di riferimento valido.

**RELAZIONE D'UDIENZA**  
presentata nella causa C-33/89 \*

**I — Antefatti e procedimento**

La sig.ra Maria Kowalska, ricorrente nella causa principale (in prosieguo: la « ricorrente ») è stata occupata a tempo parziale come impiegata avventizia del ruolo giudiziario presso la convenuta nella causa principale, e cioè la città libera e anseatica di Amburgo (in prosieguo: la « convenuta »), dal 1° ottobre 1974 al 31 luglio 1987. Il suo ultimo stipendio mensile lordo ammontava a 1 477,01 DM. Il rapporto di lavoro era re-

golato dalle disposizioni del contratto collettivo di lavoro per i pubblici dipendenti avventizi (Bundesangestellentarifvertrag, in prosieguo: il « BAT »). Secondo l'art. 62 del BAT, ai dipendenti che lavorano a tempo pieno spetta, sussistendo altri requisiti, un'indennità temporanea al momento della risoluzione del rapporto di lavoro. È pacifico fra le parti che la ricorrente è in possesso di tutti i requisiti per la concessione di detta indennità transitoria, salvo quello prescritto dalla norma secondo cui l'indennità transitoria viene concessa solo ai dipendenti che lavorano almeno 38 ore la settimana. È,

\* Lingua processuale: il tedesco.

inoltre, pacifico fra le parti che l'importo dell'indennità temporanea, nel caso in cui la ricorrente vi avesse diritto, sarebbe pari, in conformità all'art. 2 del BAT, a 4 431,03 DM (lordo).

L'indennità temporanea, che viene concessa come una specie di aiuto transitorio, nell'ambito del dovere di assistenza del datore di lavoro, in caso di cessazione del rapporto di lavoro nel pubblico impiego non imputabile all'interessato (ad esempio, quando viene raggiunto il limite di età, quando vengono esercitati i diritti a pensione o in caso di inabilità al lavoro), è sempre stata riservata ai lavoratori a tempo pieno in quanto si basa su una normativa del pubblico impiego che considerava unicamente il lavoro a tempo pieno. L'indennità temporanea è stata inclusa nel 1961 nel contratto collettivo dei dipendenti avventizi degli enti pubblici, dopo numerose modifiche; in tale occasione, è stata soppressa la flagrante discriminazione operata nei confronti dei dipendenti di sesso femminile ed è stata concordata la normativa ancor oggi in vigore.

Fra i pubblici dipendenti nella Repubblica federale di Germania, la proporzione di donne che lavorano a orario ridotto supera notevolmente quella delle donne che lavorano a tempo pieno. Nel 1987, le donne rappresentavano il 55,5% dei dipendenti a tempo pieno degli enti pubblici propriamente detti; negli altri servizi, detta proporzione era del 52,2%. Nei servizi pubblici propriamente detti, le donne rappresentavano il 77,3% dei dipendenti a orario ridotto, contro il 97,8% negli altri servizi. Tra i dipendenti a orario ridotto che lavorano 20 ore e più per settimana, la proporzione di donne raggiunge il 90,2%.

Avendo raggiunto l'età di 60 anni il 10 luglio 1987, la ricorrente ha lasciato, il 31 luglio successivo, il suo lavoro presso la convenuta. Essa ha, in seguito, sollecitato l'erogazione di un'indennità temporanea a norma dell'art. 62 del BAT, che le è stata rifiutata. Col ricorso proposto davanti all'Arbeitsgericht di Amburgo (Repubblica federale di Germania), la sig. ra Kowalska mira ad ottenere dalla convenuta il pagamento di detta indennità. Essa sostiene, fra l'altro, che la limitazione del beneficio di detta indennità ai dipendenti a tempo pieno costituisce una discriminazione indiretta nei confronti delle donne ed è incompatibile con l'art. 119 del Trattato CEE, nonché con 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. La differenza fatta nel contratto collettivo tra i dipendenti a tempo pieno e i dipendenti a orario ridotto non si basa su alcuna giustificazione obiettiva. Per contro, la convenuta ritiene che la differenza di trattamento tra i dipendenti a tempo pieno e i dipendenti a orario ridotto sia obiettivamente giustificata dal fatto che questi ultimi non mettono a disposizione del datore di lavoro tutta la loro capacità di lavoro.

L'Arbeitsgericht di Amburgo, nutrendo dubbi sulla compatibilità della normativa controversa col diritto comunitario, nonché sulle conseguenze giuridiche derivanti da un'eventuale incompatibilità del contratto collettivo con il diritto comunitario, tenuto conto dell'autonomia di cui fruiscono le parti firmatarie dei contratti collettivi per l'adozione del regime, ha sospeso il procedimento ed ha sottoposto alla Corte, a norma dell'art. 177 del Trattato CEE, le seguenti questioni pregiudiziali:

- « 1) Se costituisca trasgressione dell'art. 119 del Trattato CEE del 1957, sotto forma di "discriminazione indiretta nei confronti delle donne", il fatto che un contratto collettivo di lavoro per il pubblico impiego nella Repubblica federale di Germania contempra il versamento di un'indennità temporanea (Übergangsgeld) per un massimo di quattro mensilità di retribuzione, avente la sua origine nella normativa sul pubblico impiego, e che trova applicazione nei casi di risoluzione senza colpa del rapporto d'impiego (in particolare nei casi di raggiungimento del limite di età, pensionamento, incapacità al lavoro o sensibile diminuzione della capacità lavorativa), quando però vengono esclusi dal versamento di tale indennità temporanea i dipendenti con i quali sia stata convenuta la prestazione di lavoro a tempo parziale (cioè meno delle 38 ore settimanali regolamentari) e quando la percentuale di donne impiegate a tempo parziale rispetto al numero totale degli impiegati a tempo parziale che ricadono sotto la disciplina del contratto collettivo sia considerevolmente più alta della percentuale di donne rispetto al numero globale degli impiegati a tempo pieno contemplati dal suddetto contratto collettivo.
- 2) In caso di soluzione affermativa della questione sub 1): Se dal combinato disposto dell'art. 119 e dell'art. 117 del Trattato CEE e/o della normativa di cui alla direttiva del Consiglio 75/117/CEE discenda che gli impiegati a tempo parziale, contrariamente a quanto disposto nel contratto collettivo di lavoro, hanno diritto all'indennità temporanea (proporzionalmente al lavoro prestato) oppure se il diritto di cui sopra ceda di fronte al principio dell'autonomia normativa delle parti di un contratto collettivo di lavoro ».

Il giudice di rinvio esprime il parere che l'esclusione dei lavoratori a orario ridotto dall'indennità temporanea prevista dall'art. 62 del BAT costituisca una discriminazione indiretta nei confronti delle donne, che non può essere obiettivamente giustificata. Tenuto conto del numero elevato del personale a orario ridotto, esso ritiene che non può esistere, per i pubblici datori di lavoro, una particolare necessità di privilegiare specialmente il personale occupato a tempo pieno. Tuttavia, il giudice di rinvio esprime dubbi sulla questione se la sussistenza di una discriminazione indiretta implichi giuridicamente per i dipendenti a orario ridotto il diritto di fruire dell'indennità o se l'autonomia di cui dispongono i firmatari dei contratti collettivi osti a che il giudice colmi la lacuna giuridica che risulterebbe da un'incompatibilità del contratto collettivo col diritto comunitario.

L'ordinanza di rinvio dell'Arbeitsgericht di Amburgo è stata registrata nella cancelleria della Corte il 9 febbraio 1989.

A norma dell'art. 20 del Protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia della CEE, hanno presentato osservazioni scritte la ricorrente nella causa principale, con l'avv. Klaus Bertelsmann, del foro di Amburgo, e col prof. Heide Pfarr, la convenuta nella causa principale, con gli avv.ti Wolfgang Scheer e Rolf Stahmer, del foro di Amburgo, e la Commissione delle Comunità europee, rappresentata dal sig. Bernhard Jansen, membro del servizio giuridico, in qualità di agente.

Su relazione del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, la Corte ha deciso di passare alla fase orale senza procedere ad istruttoria. Con provvedimento della Corte

18 ottobre 1989, la causa è stata rimessa alla Sesta Sezione.

## II — Osservazioni scritte presentate davanti alla Corte

### *Sulla prima questione*

Secondo la *ricorrente* nella causa principale, l'indennità temporanea prevista da un contratto collettivo costituisce indubbiamente una retribuzione ai sensi dell'art. 119 del Trattato. Il trattamento svantaggioso riservato ai dipendenti a orario ridotto dall'art. 62 del BAT rispetto ai dipendenti a tempo pieno per quanto riguarda la retribuzione costituisce una discriminazione indiretta nei confronti delle donne e viola quindi l'art. 119 del Trattato CEE e la direttiva 75/117. L'esclusione dei dipendenti a orario ridotto dall'indennità temporanea non può — tenuto conto delle difficoltà incontrate dai lavoratori di sesso femminile per esercitare un'attività a tempo pieno — essere giustificata da circostanze che escludono una discriminazione basata sul sesso. Non esiste giustificazione obiettiva dell'esclusione della categoria dei dipendenti a orario ridotto dalla fruizione dell'indennità temporanea a norma dell'art. 62 del BAT.

L'esclusione dei dipendenti a orario ridotto dalla fruizione dell'indennità temporanea si risolve in una retribuzione inferiore a quella cui essi avrebbero diritto in proporzione al loro tempo di lavoro: la valutazione della differenza fra il lavoro a tempo pieno e il lavoro a orario ridotto non dovrebbe assumere una forma tale che i dipendenti a orario ridotto non riscuotano più alcuna prestazione, ma dovrebbe incidere solo in misura proporzionale sull'importo della prestazione. Quindi, il dipendente a orario ridotto il cui tempo di lavoro sia pari alla metà della

durata del lavoro dei dipendenti a tempo pieno dovrebbero riscuotere, secondo la *ricorrente*, solo la metà dell'indennità cui hanno diritto i dipendenti a tempo pieno. Solo un criterio del genere garantirebbe uno stipendio proporzionale ai dipendenti a orario ridotto e consentirebbe di evitare qualsiasi altra discriminazione indiretta che potrebbe essere praticata nei confronti delle donne.

La *convenuta* nella causa principale ritiene che l'indennità temporanea ai sensi dell'art. 62 del BAT non corrisponda alla nozione di retribuzione ai sensi dell'art. 119, n. 2, del Trattato CEE, giacché non viene versata direttamente come contropartita del lavoro o dei servizi effettuati, bensì mira a facilitare, per il lavoratore che ha dovuto lasciare il suo impiego per taluni motivi, la transizione verso un nuovo impiego, un'altra fonte di reddito o la situazione di pensionato. Inoltre, essa rileva che l'indennità temporanea è di origine legale, nel senso che prima della stipulazione del BAT del 23 febbraio 1961 il versamento di un'indennità del genere risultava da decreti o da regolamenti tariffari.

In subordine, la *convenuta* sostiene che non può esistere discriminazione nei confronti dei lavoratori di sesso femminile a orario ridotto quando una disposizione che contiene un diritto è persino più favorevole, nel suo settore d'applicazione, ai lavoratori di sesso femminile che a quelli di sesso maschile o contempla casi specifici che attribuiscono diritti alle donne in base al loro sesso. Ciò vale per quanto riguarda l'art. 62 del BAT. Essa rinvia, in particolare, alle leggi in materia di pensione che prevedono esclusivamente per i lavoratori di sesso femminile la possibilità di riscuotere la pensione di vecchiaia già all'età di 60 anni; in tal caso, il BAT consente ai dipendenti di sesso femminile di fruire dell'indennità temporanea. Il

diritto all'indennità temporanea in caso di risoluzione volontaria del contratto di lavoro dopo la nascita di un figlio va pure a vantaggio esclusivo delle donne.

La *Commissione*, invece, considera che l'indennità temporanea è una retribuzione ai sensi dell'art. 119 del Trattato CEE, giacché si tratta di un vantaggio in denaro pagato direttamente dal datore di lavoro al lavoratore, la cui concessione e il cui importo dipendono dalla durata del rapporto di lavoro e dall'importo della retribuzione mensile contrattuale. Essa rinvia in proposito alle sentenze 25 maggio 1971, Defrenne I (causa 80/70, Racc. pag. 445) e 9 febbraio 1982, Garland (causa 12/81, Racc. pag. 359). Essa rinvia pure alla sentenza 8 aprile 1975, Defrenne II (causa 43/75, Racc. pag. 455), per suffragare la sua tesi che il divieto di discriminazioni enunciato all'art. 119 del Trattato si applica pure ai contratti collettivi. Dato il carattere fondamentale di questo divieto, le parti aderenti ai contratti collettivi non possono essere autorizzate a violare detto divieto.

Nella Repubblica federale di Germania, nel pubblico impiego, risulta, dalle statistiche esistenti a livello sia comunitario che nazionale, che la proporzione di donne che lavorano a tempo pieno è molto più bassa di quella delle donne che lavorano a orario ridotto, dato che in questa categoria si annovera più del 75% di donne. Inoltre, la Commissione ritiene che l'argomentazione illustrata dalle parti davanti al giudice di rinvio non contenga alcun elemento a favore della tesi che la discriminazione delle dipendenti a orario ridotto, che consiste nell'escluderle dalla concessione dell'indennità temporanea in questione, può essere obiettivamente giustificata. In proposito, la genesi della clau-

sola del contratto collettivo di cui si discute è rivelatrice, giacché, nella sua versione originaria, detta disposizione prevedeva addirittura una discriminazione diretta a danno delle donne. La considerazione che i lavoratori a orario ridotto non mettono a disposizione del datore di lavoro pubblico, contrariamente ai lavoratori a tempo pieno, tutta la loro capacità di lavoro potrebbe, se del caso, giustificare l'applicazione di un criterio di proporzionalità, ma non l'esclusione completa dalla fruizione di una prestazione. La circostanza che l'indennità temporanea sia stata istituita sul modello di uno statuto del personale che considera solo il lavoratore a tempo pieno non è nemmeno una giustificazione sufficiente in questo contesto. Infine, tenuto conto dell'importanza del lavoro a orario ridotto sul mercato del lavoro, non si può sostenere che il datore di lavoro pubblico non abbia nei confronti dei lavoratori a orario ridotto un obbligo di assistenza paragonabile a quello che esso ha nei confronti del lavoratore a tempo pieno. Essa non vede, quindi, alcun valido motivo di giustificazione.

La Commissione propone, quindi, che la Corte risolva la prima questione come segue:

« Una disposizione di un contratto collettivo che esclude i lavoratori a orario ridotto dal godimento di un'indennità temporanea concessa in caso di cessazione del rapporto di lavoro per ragioni non imputabili ai lavoratori deve, nelle circostanze del caso di specie, essere considerata come una discriminazione nei confronti delle donne e, di conseguenza, come una violazione dell'art. 119 del Trattato CEE, a meno che il datore di lavoro non dimostri adeguatamente al giudice di rinvio che detta disposizione è basata su fattori obiettivi che esulano da qualsiasi discriminazione basata sul sesso ».

### *Sulla seconda questione*

Secondo la *ricorrente* nella causa principale, è opportuno risolvere la seconda questione nel senso che i dipendenti a orario ridotto esclusi dalla fruizione dell'indennità temporanea dal BAT hanno diritto — contrariamente alle disposizioni del contratto collettivo — al pagamento di detta indennità, in proporzione al loro tempo di lavoro. Per suffragare la sua tesi, essa rinvia alle sentenze 8 aprile 1976, già menzionata, 4 dicembre 1986, *Federatie Nederlandse Vakbeweging* (causa 71/85, Racc. pag. 3855), e 24 giugno 1987, *Borrie Clarke* (causa 384/85, Racc. pag. 2865).

La *ricorrente* nella causa principale ritiene che, quando regimi giuridici collettivi, come i contratti collettivi, sono in contrasto col diritto comunitario, non si possa porre fine alla discriminazione se non offrendo alla categoria di persone discriminate il diritto alle prestazioni di cui esse dovrebbero fruire in mancanza di discriminazione rispetto alla categoria di persone favorite. Non è conciliabile col « diritto fondamentale » sancito dall'art. 117 del Trattato CEE il fatto che, in caso di discriminazioni in contratti collettivi, la difesa degli interessi della categoria delle persone discriminate possa condurre a che i vantaggi siano compensati non già con l'aumento delle retribuzioni più basse per uno stesso lavoro, ma con l'adozione di disposizioni di tipo diverso. Tuttavia, le parti aderenti al contratto collettivo sono libere di adottare in futuro, in un nuovo contratto collettivo, altre disposizioni non discriminatorie.

Secondo la *convenuta* nella causa principale, la seconda questione è priva di oggetto. Tuttavia, per il caso in cui la prima questione venga risolta in senso affermativo, essa rileva che la questione di accertare

quali siano gli effetti della violazione, mediante disposizioni convenzionali, di norme di diritto comunitario sia, comunque, una questione rientrante nel diritto nazionale, poiché in quest'ultimo sussistono mezzi sufficienti per garantire l'efficacia diretta delle norme comunitarie. Ciò vale per quanto riguarda i contratti collettivi stipulati nella Repubblica federale di Germania, dove l'art. 134 del *Bürgerliches Gesetzbuch* prevede che qualsiasi atto giuridico (compresi i contratti collettivi) che infranga un divieto legale è nullo qualora la legge non disponga diversamente. La convenuta rinvia pure agli artt. 139 e 140 del *Bürgerliches Gesetzbuch* che si applicano in via di principio anche al settore dei contratti collettivi. La trasgressione di divieti previsti dal Trattato CEE è analoga a quella di un divieto legale ai sensi dell'art. 134 del *Bürgerliches Gesetzbuch*. L'ordinamento giuridico nazionale garantisce quindi, in questa misura, l'efficacia diretta delle norme comunitarie. Spetta ai giudici nazionali decidere se, in un caso concreto, una disposizione convenzionale incompatibile col divieto di discriminazione debba essere nulla oppure parzialmente nulla o debba essere convertita in un atto valido.

In subordine, la convenuta ribadisce che, se si ammette che l'art. 62 del BAT contempla effettivamente una retribuzione e risulta, inoltre, discriminatorio, detta disposizione sarebbe interamente nulla. La nullità parziale della limitazione ai lavoratori a tempo pieno sarebbe esclusa. Ciò risulta dal fatto che i firmatari del contratto collettivo non avrebbero voluto il mantenimento in vigore dell'art. 62 del BAT qualora avessero avuto conoscenza della nullità della suddetta limitazione.

Il risultato sarebbe lo stesso qualora ci si richiami alla sentenza 8 aprile 1976, già men-

zionata. Nel caso contemplato da tale sentenza, il diritto del gruppo favorito ad un salario più alto non è stato inficiato dalla nullità delle disposizioni applicabili al gruppo sfavorito e lo Stato membro ha voluto compensare tale svantaggio non già aumentando i salari meno alti per lo stesso lavoro, bensì con disposizioni di altra natura. Per contro, nel caso di specie, il vantaggio di cui fruisce una categoria e lo svantaggio subito dall'altra sono strettamente connessi.

L'indennità temporanea è una prestazione speciale versata dal datore di lavoro, di natura eccezionale, poco corrente nella vita attiva e avente natura giuridica specifica, di guisa che il suo mantenimento non sarebbe indispensabile ai fini del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro nel senso del progresso.

Infine, la convenuta sottolinea l'autonomia di cui dispongono le parti firmatarie dei contratti collettivi nella Repubblica federale di Germania. Il Trattato di Roma presuppone l'esistenza di tali contratti; ciò risulta dall'art. 118 del Trattato CEE, che mira a favorire una collaborazione fra gli Stati membri nel settore del diritto sindacale e delle trattative collettive. Sarebbe contrario a tale autonomia che la Corte si pronunciasse a favore di una « clausola della categoria più favorita », nel senso che il vantaggio discriminatorio di cui fruisce una categoria rispetto ad un'altra porti non all'annullamento della disposizione che lo prevede, ma al riconoscimento, a favore della categoria sfavorita, del diritto di fruire interamente dello stesso vantaggio.

Secondo la convenuta, una siffatta soluzione potrebbe eventualmente produrre effetti per

il passato e nel passato solo per i lavoratori che abbiano già presentato un ricorso o un reclamo. Inoltre, il riconoscimento di un diritto per il passato sarebbe possibile solo nel caso il cui i firmatari non avessero altra possibilità se non di annullare la disparità di trattamento prevista nel passato. Per il futuro, tuttavia, le parti firmatarie dei contratti collettivi dovrebbero essere lasciate libere di decidere in qual modo debbano sostituire o completare una disposizione convenzionale nulla con un'altra norma valida. Finché i firmatari abbiano adottato nuove disposizioni, la prestazione considerata non potrebbe nemmeno essere versata ai lavoratori dell'uno o dell'altro sesso. In tal modo, il principio della parità di retribuzione tra uomini e donne sarebbe rispettato, cosicché non vi sarebbero nemmeno lacune contrattuali, cioè necessità di adottare nuove disposizioni.

Secondo la *Commissione*, dalla giurisprudenza della Corte risulta che il divieto di discriminazioni segna il limite dell'autonomia delle convenzioni collettive. Ciò non toglie che le parti aderenti al contratto collettivo possano in più modi eliminare una discriminazione esistente; nel caso di specie, ad esempio, estendendo la normativa relativa all'indennità temporanea ai lavoratori a orario ridotto o sopprimendo tale vantaggio; la prima soluzione consentirebbe peraltro di modulare l'importo di tale indennità. Tuttavia, finché ciò non sarà fatto, la normativa attualmente applicabile ai lavoratori a tempo pieno resta il solo valido punto di riferimento. Per i lavoratori a orario ridotto, ciò significa in concreto, nelle circostanze del caso di specie, che anch'essi avrebbero diritto all'indennità temporanea qualora possedessero tutti gli altri requisiti per la concessione, e l'applicazione del principio di proporzionalità sarebbe già garantita dal fatto che l'indennità viene calcolata in base all'ultimo stipendio. La *Commissione* rinvia,

in proposito, alla succitata sentenza 8 aprile 1976 nonché alle sentenze 24 marzo 1987, McDermott e Cotter (causa 286/85, Racc. pag. 1453), e 24 giugno 1987, già menzionata.

In conclusione, la Commissione propone di risolvere la seconda questione come segue:

« Qualora una disposizione di un contratto collettivo sia incompatibile con l'art. 119 del

Trattato CEE, i giudici aditi hanno il diritto ed il dovere di eliminare detta incompatibilità applicando ai lavoratori sfavoriti il regime più favorevole applicabile ai lavoratori che non subiscono tale discriminazione, tenendo conto, se del caso, del principio di proporzionalità ».

T. F. O'Higgins  
giudice relatore