

LARA TRUCCO

**LE TUTELE COMUNITARIE NEI CONFRONTI DELLE
LAVORATRICI ALLA PROVA DELLA FECONDAZIONE *IN VITRO***

[Corte di Giustizia \(Grande Sezione\), sent. del 26 febbraio 2008](#)

C-506/06, Sabine Mayr - Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner

(per gentile concessione della Rivista [“Giurisprudenza Italiana”](#))

SOMMARIO: 1. *I fatti all’origine della questione.* – 2. *L’ambito di applicazione della direttiva 92/85/CEE* – 3. *... e della direttiva 76/207/CEE* – 4. *Segue: L’applicazione della direttiva 76/207/CEE nel caso di specie.* – 5. *Le possibili implicazioni della pronuncia (cenni).*

Dopo essersi sottoposta per circa un mese e mezzo al trattamento ormonale previsto per l’applicazione delle tecniche di fecondazione *in vitro*, la signora Mayr su prescrizione del proprio medico curante usufruiva di cinque giorni di congedo (dall’8 al 13 marzo), al fine di sottoporsi al prelievo follicolare (l’8 marzo) e al successivo trasferimento in utero degli ovuli fecondati (il 13 marzo). Sennonché, proprio in quest’arco di tempo (il 10 marzo), il suo datore di lavoro, la Flöckner OHG, le comunicava il licenziamento (a far data dal 26 marzo successivo).

La lavoratrice si rivolgeva pertanto all’autorità giudiziaria, assumendo che il licenziamento fosse illegittimo, poiché avvenuto in contrasto con quanto previsto dall’art. 10, n. 1, della legge austriaca «sulla tutela della maternità» (*Mutterschutzgesetz*: MSchG), che ne pone il divieto nei confronti delle lavoratrici «durante il periodo di gravidanza, [e] nei quattro mesi successivi al parto». Di

diverso avviso era invece il datore di lavoro che, ritenendo che all'epoca del licenziamento la propria dipendente non fosse propriamente incinta, richiedeva il rigetto dell'istanza¹.

Là dove tali incertezze interpretative sono state dovute alla novità della situazione venutasi a creare in seguito all'impiego delle tecniche di fecondazione *in vitro* che (a differenza del passato, quando, pur nell'"alone di mistero che circondava la gravidanza²" non vi erano dubbi sul fatto che il concepimento avvenisse – e non potesse che avvenire – nell'utero della madre) hanno reso possibile una "soluzione di continuità" tra il momento di fusione tra ovulo e spermatozoo e quello dell'impianto dell'ovulo fecondato nell'utero della donna. Il che, come si diceva, nel caso in esame, ha posto il problema del momento di insorgenza dello "stato di gravidanza": se con la fecondazione degli ovuli *in vitro*, oppure in seguito al loro impianto nell'utero della donna.

A tale riguardo, il *Landesgericht Salzburg*, investito della controversia in primo grado, ritenendo che, anche nel caso di fecondazione *in vitro*, l'inizio della gravidanza andasse individuato nella fecondazione dell'ovulo e che pertanto da quel preciso istante dovesse essere fatta decorrere la tutela contro il licenziamento prevista dall'art. 10 dell'MSchG, accoglieva la domanda della signora Mayr. Di diverso avviso si dimostrava invece l'*Oberlandesgericht Linz*, giudice di appello in materia di diritto del lavoro e diritto sociale, che, non ritenendo ammissibile una gravidanza isolata dal corpo della donna, affermava di poter considerare iniziata la gravidanza, e conseguentemente attivata la tutela della gestante, soltanto in seguito all'impianto dell'ovulo fecondato nel corpo della donna.

Sulla sentenza pronunciata in appello è stato quindi presentato ricorso per "Revision" (ricorso per cassazione) all'*Oberster Gerichtshof*, che, dinnanzi ai profili di indubbia "novità" che presentava la questione, ritenendo che essa richiedesse l'interpretazione della direttiva 92/85/CEE, ha sospeso il giudizio, rivolgendosi in via pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo.

2. L'ambito di applicazione della direttiva 92/85/CEE

Chiamata, dunque, per la prima volta a pronunciarsi sull'individuazione del momento a partire dal quale, nel caso di applicazione delle tecniche di fecondazione *in vitro*, comincia la gestazione e

¹ Inoltre, secondo la società convenuta, anche volendo ammettere che la signora Mayr fosse incinta al momento del licenziamento, non avrebbe potuto usufruire di alcuna tutela per non aver informato del proprio stato il datore di lavoro: affermazione su cui l'Avv. Gen. non si è trovato d'accordo, dal momento che l'art. 10 della normativa austriaca (a cui spetta di regolamentare la materia, sulla base dell'art. 2 della direttiva) considera valide le comunicazioni fino a cinque giorni dall'annuncio del licenziamento e la sig.ra Mayr aveva informato per iscritto l'impresa dell'andamento della sua gravidanza lo stesso giorno della conversazione telefonica, dunque nei termini (cfr. in proposito le *conclusioni* dell'Avv. Gen. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer nella causa in esame, [C-506/06, Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG](#), presentate il 27 novembre 2007, prgr. 26 e 27, reperibili, come le pronunce della Corte di Giustizia che si richiameranno nel prosieguo, all'indirizzo telematico <http://curia.europa.eu/it/content/juris/index.htm>).

² Come rileva l'Avv. Gen., nelle *conclusioni* cit., prgr. 1.

si attivano le relative tutele avverso il licenziamento, la Corte, nel silenzio serbato a riguardo dalla normativa comunitaria, ha operato una sorta di *actio finium regundorum*, non reputando che nel caso di specie rilevasse la direttiva 92/85/CEE³, invece individuata come norma applicabile dal giudice del rinvio.

Ciò in quanto le tutele contro il licenziamento di “lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento” previste dall’art. 10 di tale direttiva⁴ richiedono “che la gravidanza abbia avuto inizio”, circostanza, questa, che pur volendo «tenersi conto della prima data possibile di inizio della gravidanza», il giudice non ritiene di poter ravvisare nel caso in esame, per «ragioni relative al rispetto del principio della certezza del diritto»⁵.

Secondo la Corte, infatti, la mancanza, in ambito comunitario, di una disciplina uniforme, delimitante in un lasso di tempo ragionevolmente circoscritto il periodo che intercorre dalla data di fecondazione degli ovuli al loro trasferimento nell’utero delle lavoratrici, consente che in alcuni Stati gli ovuli fecondati possano essere conservati anche per anni⁶ (proprio in Austria, per esempio,

³ Rammentiamo che la disciplina italiana in materia di tutela della maternità è contenuta nel d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell’articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), che, tra le altre normative, ha “incorporato” il d. lgs. 25 novembre 1996, n. 645 che aveva recepito la direttiva 92/85/CEE (per una prima lettura del quale v. DELLA ROCCA, *Sicurezza e salute sul lavoro delle lavoratrici madri*, in *Dir. Lav.*, 1997, 534, secondo cui l’eventuale incidenza della direttiva nel nostro ordinamento sarebbe limitata «in quanto i livelli di protezione delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento fissati dalla direttiva 92/85/CEE, risultano, per molti aspetti, inferiori rispetto alla normativa italiana sulla protezione della maternità», contenuta nella legge 30 dicembre 1971 n. 1204 e nel d.P.R. 25 novembre 1976, n. 1026). Ai sensi della vigente disciplina, il divieto di licenziamento della lavoratrice opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza, con alcune eccezioni precise (v. l’art. 54, 3° comma):

- a) colpa grave della lavoratrice costituente giusta causa di risoluzione del rapporto;
- b) cessazione dell’attività dell’azienda cui essa è addetta;
- c) ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta, ovvero scadenza del termine;
- d) esito negativo della prova, fermo restando il divieto di discriminazione di cui all’art. 4 della legge 10 aprile 1991, n. 125 e successive modificazioni.

⁴ Sulla tutela comunitaria delle “lavoratrici madri” rispetto al licenziamento, si rinvia a ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell’Unione europea*, Milano, 2001, 29 e segg.

⁵ L’Avv. Gen. (nelle proprie *conclusioni*, cit., prgr. 28 e segg.) aveva invece proposto (oltre a questa) altri tre ordini di argomentazioni onde sostenere che la tutela giuridica della gestante cominci con l’impianto nell’utero:

1) una prima muovente dall’analisi di quanto avviene nella scienza medica (che, per vero, fa decorrere l’inizio della gestazione da momenti differenti: dal giorno dell’ultima mestruazione, da quello dell’ovulazione, o, come avviene anche “per tradizione”, dalla data della fecondazione e solo a partire dalla metà secolo scorso dall’impianto dell’ovocita fecondato utero) e nella letteratura specialistica, che si orienta in questo senso (v. per tutti il Comitato per gli aspetti etici della riproduzione umana della Federazione Internazionale di Ginecologia e Ostetricia (FIGO)), nella dichiarazione resa al Cairo nel marzo 1998, v. http://www.figo.org/about_guidelines.asp);

2) la seconda valorizzante il significato stesso del termine «gravidanza», comunemente identificata con lo sviluppo di un nuovo essere nel ventre materno;

3) la terza che si basa sulla considerazione della corrispondenza della conclusione della non configurabilità di una gravidanza nel caso in esame con la *ratio* della direttiva 92/85, mirante a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute delle lavoratrici gestanti, con ciò intendendo la loro condizione fisiologica;

4) solo per ultimo l’Avv. Gen. avverte dell’eventualità di una protrazione della tutela contro il licenziamento *sine die* nei casi di possibile procrastino del trasferimento degli embrioni. Significativo è notare come rispetto a tale argomentazione, che dunque è stata quella che ha maggiormente inciso sulla decisione definitiva, la Corte di Giustizia ha ritenuto di dare meno rilievo al profilo concernente la «difesa» e la «tutela della procreazione» da conseguire alla luce e nei limiti del principio di eguaglianza e non discriminazione (v. conclusioni, cit. spec. punti 68 e 70).

⁶ Anche l’Avv. Gen. (nelle conclusioni, cit. prgr. 44) evidenzia l’ampio ventaglio di disposizioni adottate dagli Stati membri, che vanno dal divieto di conservare gli ovuli fecondati, posto dalla legislazione italiana (art. 14 della L. n.

in forza dell'art. 17, n. 1, della legge sulla riproduzione medicalmente assistita – *Fortpflanzungsmedizingesetz* – le cellule in via di sviluppo – *entwicklungsfähige Zellen* – individuabili ai sensi dell'art. 1, n. 3, negli ovuli fecondati e nelle cellule che ne derivano, possono essere conservate anche per dieci anni!)⁷.

Ancora in altri termini, legare le sorti della tutela istituita dall'art. 10 della direttiva 92/85 CEE a quanto precede l'impianto degli ovuli fecondati, secondo il giudice comunitario potrebbe «avere l'effetto di concedere il beneficio di tale tutela anche qualora il trasferimento degli ovuli fecondati, per un qualsivoglia motivo, sia rimandato per diversi anni o addirittura si sia definitivamente rinunciato a un tale trasferimento e la fecondazione *in vitro* sia stata praticata come semplice misura cautelativa», estendendo inammissibilmente la protrazione del divieto di licenziamento per un lasso di tempo indeterminato.

3. ... e della direttiva 76/207/CEE

La Corte, tuttavia, com'è tipico del suo modo di procedere⁸, non ha rinunciato ad occuparsi del caso, ritenendo applicabili le disposizioni (non prospettate dal giudice del rinvio) contro la discriminazione fondata sul sesso contenute nella direttiva 76/207 CEE, tornando nel contempo a percorrere un binario per certi versi a lei più abituale.

Già da prima dell'entrata in vigore della direttiva 92/85 CEE, infatti, la Corte di Giustizia si era preoccupata «di attribuire una posizione speciale alla donna incinta⁹» ritenendo che, diversamente da quelle situazioni in cui le ragioni del licenziamento valevano indifferentemente per i lavoratori di

40/2004), a quanto consentito dalla legge spagnola del 26 maggio 2006, n. 14, (*Sobre técnicas de reproducción humana asistida*), di prolungare la crioconservazione degli ovuli, del tessuto ovarico e dei “preembrioni” in soprannumero fino a che i responsabili medici diagnosticano che la ricevente non soddisfa i requisiti clinici necessari per la riproduzione assistita; per arrivare alla possibilità prevista da altre legislazioni nazionali ancora (tra cui quella austriaca) di conservare gli embrioni vitali anche per anni.

⁷ Mentre la Corte non considera (forse perchè vietata in quasi tutti gli Stati membri) la possibilità prospettata dall'Avv. Gen. (nelle conclusioni, cit., prgr. 46), di ricorrere alla c.d. “maternità surrogata”, impiantando gli ovuli fecondati di una donna nell'utero di un'altra «tale che, in ultima istanza, potrebbe invocare la tutela della direttiva una lavoratrice che né è incinta, né lo sarà» (tuttavia, una decisione a questo riguardo del tutto particolare, nel nostro ordinamento, in cui il giudicemuovendo dal riconoscimento «quale diritto fondamentale della persona», del «diritto a diventare genitori», prima della legge n. 40/2004, ha ritenuto ammissibile il contratto di maternità surrogata, v. Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Giur. It.*, 2001, 74 e segg. con nota adesiva seppur in modo critico, auspicando un intervento legislativo in materia, di A. SPECCHIO, *Procreazione artificiale tra diritto, etica e bioetica*, che, a pag. 75 e segg., richiama una serie di precedenti italiani e stranieri).

⁸ Cfr. a tale proposito Costanzo, che evidenzia la «circostanza per cui comunque la Corte di giustizia non è legata alla formulazione del quesito, che anzi può essere dalla stessa rielaborato più chiaramente sulla base della documentazione processuale, delle allegazioni delle parti costituite» e «persino chiedendo lumi al giudice nazionale» P. COSTANZO, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, a cura di Costanzo, Mezzetti, Ruggeri, Torino 2006, 333.

⁹ Così l'Avv. Gen., *conclusioni*, cit. prgr. 2.

ambo i sessi, il licenziamento (al pari del rifiuto di assunzione)¹⁰ di lavoratrici “in stato di gravidanza”, non potendo che riguardare soltanto le donne, costituisse una discriminazione diretta basata sul sesso, arrivando con ciò in qualche modo a individuarvi una presunzione di violazione del principio di parità dei sessi sancito dall’art. 5, n. 1, della direttiva 76/207 CEE¹¹.

In particolare, la necessità di “proteggere” “lo stato di gravidanza”¹², – per i più alti rischi che presenta di pregiudizio per la salute della donna (disturbi e complicazioni «idonee a ridurre ed in alcuni casi addirittura a compromettere la capacità lavorativa»), e, indirettamente, anche per quella del feto (interruzioni volontarie della gravidanza, dovute al timore delle madri di essere licenziate)¹³, – ha condotto il giudice comunitario a ritenere illegittimo il licenziamento in qualunque momento nel corso della gravidanza¹⁴.

Successivamente all’entrata in vigore della direttiva 92/85 CEE¹⁵, – che ha sancito il rigoroso divieto¹⁶ di licenziare la donna lavoratrice «nel periodo compreso tra l’inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità» –, la lettura congiunta dell’art. 10 di tale direttiva e dell’art. 5, n. 1, della direttiva 76/207 CEE (anche alla luce della CEDU¹⁷), ha consentito alla Corte di Giustizia di proseguire, – consolidando, si direbbe, definitivamente¹⁸–, il percorso di tutela avverso il licenziamento «a motivo [dello] stato di gravidanza», concedendolo – prima e durante il congedo di

¹⁰ Cfr. Corte giust. CE, 8 novembre 1990, in causa 179/88, *Handels c. Dansk Arbejdsgiverforening*, prgr. 13.

¹¹ Cfr. Corte giust. CE, causa 179/88, cit. prgr. 13; nello stesso senso, successivamente, Id., 14 luglio 1994, [C-32/93](#), *Carole Louise Webb c. EMO Air Cargo (UK) Ltd*, prgr. 19; Id., 30 giugno 1998, [C-394/96](#), *Mary Brown c. Rentokil Ltd.*, prgr. 24; Id, sent. 4 ottobre 2001, [C-109/00](#), *Tele Danmark A/S c. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*, prgr. 25; e Id., sent. 8 settembre 2005, [C-191/03](#), *North Western Health Board c. Margaret McKenna*, prgr. 54.

¹² Si badi, non in quanto di per sé “patologico” (v. Corte giust. CE, [C-32/93](#), cit., prgr. 25; e Id., in [C-191/03](#), cit., prgr. 46).

¹³ V. al proposito, Corte giust. CE, [C-394/96](#), cit., prgr. 18; Id., [C-109/00](#), cit. prgr. 26; e, da ultimo, Id., sent. 11 ottobre 2007, [C-460/06](#), *Paquay c. Société d’architectes Hoet, Minne SPRL*, prgr. 30.

¹⁴ Anche se se questa si riveli «subito dopo la conclusione del contratto di lavoro» (così Corte giust. CE, [C-32/93](#), cit., prgr. 24).

¹⁵ La direttiva 92/85 CEE si basa sull’art. 118 A del Trattato (ora art. 138 TCE). Più in generale, sulla normativa del Trattato concernente il profilo della non discriminazione nel mondo del lavoro tra uomo e donna e sulla giurisprudenza più significativa del giudice comunitario a riguardo, v. MARINELLI, *Parità uomo-donna, competenza della Corte di Giustizia e valutazione del giudice nazionale*, in *Dir. Lav.*, 2000 (la “parte normativa”, spec. 209 e segg.; quella giurisprudenziale spec. 202 e segg.).

¹⁶ Al proposito, nel procedimento [C-460/06](#) (cit., prgr. 33 e segg.), il giudice comunitario rileva la mancanza di eccezioni o deroghe al divieto di licenziamento delle lavoratrici gestanti «salvo in casi eccezionali non collegati al loro stato e a condizione che il datore di lavoro giustifichi per iscritto i motivi di tale licenziamento» (così come già affermato nelle pronunce rese in [C-394/96](#), cit., prgr. 18; [C-32/93](#), cit., prgr. 22; e [C-109/00](#), cit. prgr. 27); nonché il divieto per gli Stati membri di modificare la portata della nozione di «licenziamento» prevista dalla direttiva, «privando così d’effetto l’estensione della tutela offerta da tale disposizione e compromettendone l’effetto utile» ed il fatto che la tutela accordata da tale disposizione esclude sia l’adozione e la notifica di una decisione di licenziamento sia l’adozione di misure preparatorie al licenziamento (quali la ricerca e la previsione di una sostituzione definitiva dell’impiegata interessata a causa della gravidanza e/o della nascita di un figlio).

¹⁷ Ci riferiamo, in particolare, a Corte giust. CE, 22 settembre 1998, [C-185/97](#), *Belinda Jane Coote c. Granada Hospitality Ltd.*, prgr. 21 e 22, in cui il giudice comunitario afferma che la “parità di trattamento fra uomini e donne” è «espressione di un principio giuridico generale su cui sono basate le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», sancito dall’art. 6 della CEDU.

¹⁸ Cfr. al proposito MATTACE RASO, *Tutela della donna in gravidanza e condizioni di accesso al lavoro*, in *Lav. nella Giur.*, 2000, 825.

maternità –, anche in quei casi in cui al momento della conclusione del contratto di lavoro la lavoratrice avesse omesso (essendone a conoscenza) di informare il datore di lavoro circa il proprio stato di gravidanza¹⁹; e nonostante il fatto che, a motivo di tale stato, non fosse più in grado di svolgere l'attività lavorativa per una parte rilevante della durata del contratto²⁰... non avendo alcun rilievo, per il giudice comunitario, né la durata del rapporto²¹; né, più in generale, le condizioni del contratto stesso; né, tanto meno, il tipo di “impresa” (di grandi o di piccole dimensioni; assumente frequentemente o di rado personale a tempo determinato...) o il danno economico da essa subito²².

Diversamente, la mancanza di presupposti di gravità analoga a quelli più sopra riferiti ha fatto sì che, rispetto invece al periodo immediatamente successivo alla “gravidanza” sia venuto a formarsi un quadro più blando di tutele, risultando ammissibile non solo operare la riduzione della retribuzione del lavoratore nel caso di malattia connessa alla gravidanza o al parto²³, ma anche il licenziamento a motivo di «stati patologici» dovuti alla gravidanza o al parto stessi. In tale fase, infatti, la Corte di Giustizia, non ha ritenuto opportuno «distinguere la malattia causata dalla gravidanza o dal parto da qualsiasi altra malattia»²⁴, conseguentemente applicando il “regime generale” previsto per le ipotesi di “assenza per malattia”²⁵, rispetto al quale, sulla base della medesima direttiva 76/207 CEE, per poter ragionare di una discriminazione diretta in ragione del

¹⁹ Cfr. Corte giust. CE, [C-109/00](#), cit., prgr. 34.

²⁰ Tale principio v.lo già affermato in Corte giust. CE, [C-394/96](#), cit., prgr. 21; e successivamente, Id., [C-109/00](#), cit., prgr. 34.

²¹ Cfr. Corte giust. CE, [C-109/00](#), cit., prgr. 34 (e la nota di FOGLIA E SAGGIO, *Licenziamento delle lavoratrici gestanti*, in *Corriere giur.*, 2002, 237, in cui viene dato rilievo all'affermazione della Corte secondo cui le direttive comunitarie nn. 76/207 e 92/85 non operano alcuna distinzione con riferimento alla portata del principio di parità di trattamento tra uomini e donne in relazione alla durata del rapporto di lavoro, sottolineando il fatto che il legislatore comunitario «avesse voluto escludere dalla sfera di applicazione delle citate direttive i contratti a tempo determinato – che rappresentano una parte importante dei contratti di lavoro – lo avrebbe precisato espressamente»); laddove qualche cautela in più, il giudice comunitario, l'aveva manifestata nella sent. pronunciata in [C-32/93](#), cit., prgr. 26, riferendosi espressamente al licenziamento di donna incinta «assunta a tempo indeterminato». Sui profili problematici relativi all'applicazione del principio di non discriminazione nella disciplina italiana del “lavoro flessibile” v. BELLUMAT, *Lavoro intermittente e divieti di discriminazione fra disciplina interna ed interpretazione della Corte di Giustizia*, in *Lav. nella Giur.*, 2005, 1141.

²² V. entrambi i profili in Corte giust. CE, [C-109/00](#), cit., prgr. 28 e 34 e segg.

²³ Questo «a condizione che l'ammontare delle prestazioni corrisposte non sia talmente esiguo da pregiudicare la finalità di tutelare la lavoratrice prima del parto» (cfr. [Corte giust. CE, C-191/03](#), cit., prgr. 54, in cui, tra l'altro, la Corte di giustizia rileva di non essere stata ancora chiamata a precisare se la lavoratrice abbia comunque diritto al mantenimento integrale della propria retribuzione in caso di malattia connessa al suo stato di gravidanza anteriormente al congedo di maternità).

²⁴ Sul calcolo dei periodi – di assenza per malattia – che giustificano il licenziamento e della diversa interpretazione che ne dà il giudice comunitario, v. A. PARDINI, *La malattia connessa a gravidanza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, 281 e segg.

²⁵ Cfr. Corte giust. CE, causa 179/88, cit., prgr. 16. Peraltro, in tale pronuncia la Corte aveva già occasione di rimarcare la mancata contemplazione, da parte della direttiva, dell'ipotesi della malattia provocata da una gravidanza o da un parto ed in luogo di questa la possibile adozione, da parte degli Stati membri, di disposizioni nazionali volte a garantire «alle donne diritti specifici a motivo della gravidanza e della maternità».

nesso occorre dimostrare che vigono condizioni di licenziamento diverse a seconda che si sia uomini o donne²⁶.

4. Segue: *L'applicazione della direttiva 76/207/CEE nel caso di specie*

Anche rispetto a questo quadro emerge con tutta evidenza la novità del caso in esame, essendosi la Corte trovata a ragionare rispetto a una fase che addirittura sembra precedere la gravidanza stessa. Ciò probabilmente giustifica il fatto che, la Corte, nel proprio percorso argomentativo, decida ad un certo punto di abbandonare la prospettiva della “tutela della gravidanza” per coltivare quella del “congedo per malattia” — anche a costo di interpretare in modo “assai audace”²⁷ le limitazioni oggettive a cui avrebbe potuto costringerla il principio di eguaglianza — rilevando come «il licenziamento della ricorrente nella causa principale [fosse] intervenuto quando la stessa era [appunto] in congedo di malattia per sottoporsi ad un trattamento di fecondazione in vitro» (prgr. 47).

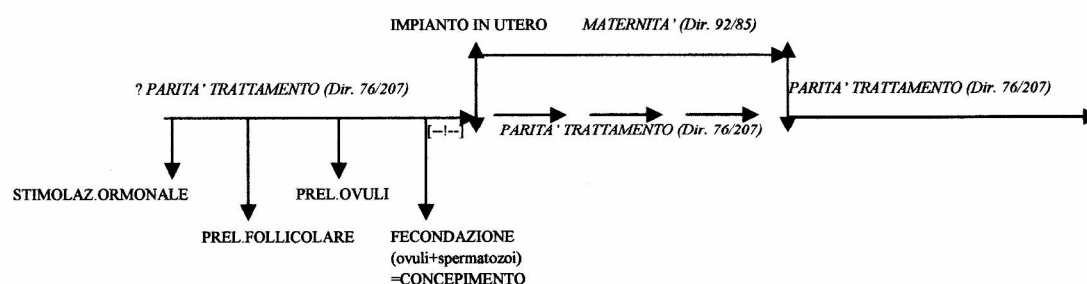
Di qui l’invito al giudice del rinvio a verificare se la lavoratrice fosse stata licenziata per assenza dovuta a malattia «nelle stesse condizioni di un lavoratore» o se, invece il licenziamento si fosse basato essenzialmente sul fatto che la donna si stava sottoponendo ai trattamenti necessari per la fecondazione *in vitro*. Soltanto in questo secondo caso, infatti, avrebbe potuto aversi a che fare con una discriminazione diretta fondata sul sesso, visto e considerato che «gli interventi di cui trattasi nella causa principale, vale a dire un prelievo follicolare e il trasferimento nell’utero della donna degli ovuli prelevati immediatamente dopo la loro fecondazione» non potrebbero che riguardare «direttamente [e solo] le donne».

Del resto si tratta di una conclusione compatibile coi presupposti configurati dalla Corte per la protezione della maternità di cui s’è già detto, attraverso la lettura congiunta delle norme delle due direttive. Di qui dunque l’applicabilità del “regime comune” di “assenza per malattia” per la fase che precede l’impianto, con l’importante puntualizzazione legata al divieto di licenziamento nel caso di eventuale riscontro, all’origine del licenziamento, di un “trattamento di fecondazione *in vitro*”, il cui accertamento, insieme alla concessione delle relative tutele, resta affidato, sia nell’*an*, sia nel *quomodo*, al giudice “nazionale”.

²⁶ Cfr. Corte giust. CE, causa 179/88, cit., prgr. 17; e nello stesso senso, successivamente, Id., [C-394/96](#), cit., prgr. 26 (su cui è critica CONTI, *Malattia dovuta a gravidanza e decorrenza del periodo di computo* in *Dir. lav.*, 1999, 153 e segg., per il fatto che nel quadro venutosi a formare la malattia causata dalla gravidanza non può più essere considerata agli effetti del computo del periodo di computo di malattia e, quindi, utile ai fini della giustificazione del licenziamento al termine del periodo di tutela garantito dalla l. 1204/1971); e Id. [C-191/03](#), cit., prgr. 54;

²⁷ Cfr. [P. Costanzo](#), *La dimensione dei diritti della persona nel diritto dell’Unione europea*, relazione al convegno svoltosi a Bologna il 9 giugno 2008 sul tema “*Nel sessantesimo della Costituzione italiana e della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo*”.

A tale riguardo infatti, la Corte si è limitata ad indicare (cosa che invece l'Avv. Gen. non ha fatto) che deve trattarsi di una «fase avanzata» di un trattamento di fecondazione *in vitro*: ciò che se consente forse di escludere dalle tutele, la fase di “stimolazione ormonale”, pone qualche problema in più rispetto a quelle del prelievo follicolare e degli ovuli, a meno di non ritenere “avanzato” solo ed esclusivamente il momento immediatamente seguente al concepimento (come si schematizza qui di seguito).



5. Le possibili implicazioni della pronuncia (cenni)

Per fondare la propria decisione il giudice comunitario tiene dunque conto esclusivamente «della formulazione, dell'economia e degli scopi» della normativa (prgr. 38), mantenendo un approccio strettamente “giuridico”, evitando, così, di sconfinare in «questioni di natura medica o etica», legate a quei profili più immediatamente connessi agli interrogativi su «quando inizi il processo biologico diretto alla nascita di un nuovo individuo» (*conclusioni* Avv. Gen., prgr., 29).

Tale approccio lascia aperta al giudice comunitario la possibilità di rimettere in discussione le proprie conclusioni, se dovessero porsi le condizioni – in particolare, se fosse posta in essere una “disciplina uniforme”, idonea a delimitare in un lasso di tempo ragionevolmente circoscritto il periodo che intercorre dalla data di fecondazione degli ovuli al loro trasferimento nell'utero delle lavoratrici, facendo venir meno quelle ragioni di “incertezza giuridica” alla base della dicotomia tracciata nella pronuncia –, con ciò garantendosi quella flessibilità necessaria ad una riflessione che, specie in materie “scientificamente fluide” non può che essere di ripensamento incessantemente continuo.

