

del terzo (art. 548 c.p.c.) e la contestazione della dichiarazione (art. 549 c.p.c.), in *Riv. esec. forz.*, 2013, 53 ss.

Sulla successione a titolo particolare nel processo esecutivo e sull'efficacia del titolo esecutivo nei confronti del successore a titolo particolare, vedi ANDRIOLI, *Commento*, cit., sub art. 477; BUCOLO, *Il processo esecutivo ordinario*, Cedam, 1994; DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Giuffrè, 1953; GRASSO, voce «Titolo esecutivo», in *Enc. del dir.*, XLIV, Giuffrè, 1992; LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Giuffrè, 1970; LORENZETTO PESERICO, *La successione nel processo esecutivo*, Cedam, 1983; LUISO, *L'esecuzione «ultra partes»*, Giuffrè, 1984; MANDRIOLI, *Legittimazione ad agire «in executivis» e successione nel credito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 1351 ss.; MASSARI, voce «Titolo esecutivo», nel *Noviss. Digesto it.*, Utet, 1973; MONTESANO, *Garanzie di difesa ed esecuzione ordinaria contro terzi e successori a titolo particolare dell'obbligato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 925 ss.; PROTO PISANI,

La trascrizione delle domande giudiziali, Jovene, 1968; ROMAGNOLI, *Considerazioni sulla successione a titolo particolare nel processo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 314 ss.; TOTA, *Note sulla successione a titolo particolare nel processo esecutivo*, in *Riv. esec. forz.*, 2002, 605 ss.; VACCARELLA, voce «Titolo esecutivo», in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Ed. Enc. it., 1994; VELLANI, *Sull'esercizio dell'azione esecutiva in caso di successione a titolo particolare nel diritto controverso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, 1036 ss.

2. SOLIDARIETÀ PER I CREDITI DEL LAVORATORE AL TEMPO DEL TRASFERIMENTO E PROCESSO ESECUTIVO. Per quanto riguarda la disciplina dell'art. 2112, comma 2°, cod. civ., v. le opere citate al punto precedente in tema di trasferimento d'azienda.

Per il principio c.d. della postnumerazione, v. le opere citate al punto precedente in tema di retribuzione.

GABRIELE MOLINARO

I

- CORTE GIUST. UE, grande sez., 18.3.2014, causa C-167/12

LAVORO (RAPPORTO) - LAVORATRICI GESTANTI, PUERPERE O IN PERIODO DI ALLATTAMENTO - DIRETTIVA N. 85/92 CEE - CONGEDO DI MATERNITÀ - MATERNITÀ SU COMMISSIONE - PERIODO DI ALLATTAMENTO - RIFIUTO DEL CONGEDO - NON INCLUSIONE (dir. n. 85/92 CEE, art. 8) (a)

LAVORO (RAPPORTO) - LAVORATRICI CHE HANNO AVUTO UN FIGLIO MEDIANTE CONTRATTO DI MATERNITÀ SURROGATA - DIRETTIVA N. 54/2006 CE - PARI OPPORTUNITÀ E PARITÀ DI TRATTAMENTO FRA UOMINI E DONNE IN MATERIA DI OCCUPAZIONE E IMPIEGO - RIFIUTO DEL CONGEDO DI MATERNITÀ - DISCRIMINAZIONE IN BASE AL SESSO - NON SUSSISTENZA (dir. n. 54/2006 CE, artt. 14 e 2, par. 1, lett. a e b e par. 2, lett. c) (b)

(a) **Il diritto comunitario non obbliga gli**

Stati membri a riconoscere un diritto al congedo di maternità alla lavoratrice che abbia avuto un figlio su commissione, nemmeno quando, dopo la nascita, essa effettivamente allatti al seno il bambino.

(b) **Il rifiuto del congedo di maternità a favore della lavoratrice che abbia avuto un figlio su commissione non costituisce una discriminazione fondata sul sesso.**

II

CORTE GIUST. UE, grande sez., 18.3.2014, causa C-363/12

LAVORO (RAPPORTO) - LAVORATRICI CHE HANNO AVUTO UN FIGLIO MEDIANTE CONTRATTO DI MATERNITÀ SURROGATA - DIRETTIVA N. 54/2006 CE - PARI OPPORTUNITÀ E PARITÀ DI TRATTAMENTO FRA UOMINI E DONNE IN MATERIA DI OCCUPAZIONE E IMPIEGO - RIFIUTO DEL CONGEDO DI MATERNITÀ - DISCRIMINAZIONE IN BASE

AL SESSO - NON SUSSISTENZA - NON INCLUSIONE (TUE, art. 3; TFUE, artt. 8 e 157; Carta dir. UE, artt. 21, 23, 33 e 34; dir. n. 54/2006 CE, artt. 4 e 14) (a)

LAVORO (RAPPORTO) - LAVORATRICE CON MENOMAZIONE FISICA COMPORTANTE INCAPACITÀ DI SOSTENERE UNA GRAVIDANZA - RICORSO A MATERNITÀ SURROGATA - DIRETTIVA N. 78/2000 CE - PARITÀ DI TRATTAMENTO DI CONDIZIONI DI LAVORO - RIFIUTO DEL CONGEDO DI MATERNITÀ - DISCRIMINAZIONE FONDATA SULL'HANDICAP - NON SUSSISTENZA (TFUE, art. 10; Carta dir. UE, artt. 21, 26, 34; dir. n. 78/2000 CE, artt. 3, par. 1, e 5) (b)

DIRETTIVA N. 78/2000 CE - CONVENZIONE ONU SUI DIRITTI DELLE PERSONE CON DISABILITÀ - VALIDITÀ DELLA DIRETTIVA N. 78/2000 CE - NATURA VAGA DELLE NORME CONVENZIONALI - NON LUOGO ALL'ESAME - INTERPRETAZIONE DELLA DIRETTIVA N. 78/2000 CE CONFORME ALLA CONVENZIONE (dir. n. 78/2000 CE, artt. 3 e 5; Conv. ONU sui diritti delle persone con disabilità, New York, 13.12.2006, artt. 5, 6, 27, par. 1, lett. b, 28, par. 2, lett. b) (c)

(a) Il rifiuto del congedo di maternità a favore della lavoratrice che abbia avuto un figlio su commissione non costituisce una discriminazione fondata sul sesso. D'altronde la situazione di una madre committente in ordine al riconoscimento di un congedo di adozione non rientra nell'ambito di applicazione delle norme comunitarie sulla parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.

(b) Il rifiuto del congedo di maternità o di adozione alla lavoratrice costretta, per incapacità fisica di procreare, a ricorrere alla surroga di maternità non costituisce una discriminazione fondata sull'handicap.

(c) Non è possibile verificare la validità delle norme comunitarie sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di impiego, alla luce della Con-

venzione ONU sui diritti delle persone di disabilità, stante la vaghezza degli obblighi da questa previsti. Comunque, le norme comunitarie sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di impiego devono essere interpretate in senso conforme alla Convenzione ONU sui diritti delle persone di disabilità.

dal testo:

I

(Omissis)

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 1, paragrafo 1, 2, lettera c), 8, paragrafo 1, e 11, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 92/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992, 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), nonché degli articoli 2, paragrafi 1, lettere a) e b), e 2, lettera c), e 14 della direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (GU L 204, pag. 23).

2. Detta domanda è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la sig.ra D., una madre committente che ha avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, e S.T., il suo datore di lavoro, una fondazione appartenente al National Health Service (Sistema sanitario nazionale), in merito al rifiuto di concederle un congedo retribuito in seguito alla nascita di tale figlio.

(Omissis)

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

17. Dalla decisione di rinvio risulta che la sig.ra D. lavora dal 7 luglio 2011 alle dipendenze di S.T., in un ospedale gestito da quest'ultimo.

18. La sig.ra D. ha stipulato un contratto di

maternità surrogata ai sensi della legge del 2008 sulla fecondazione e sull'embriologia umana per poter avere un bambino. Gli spermatozoi provenivano dal compagno della sig.ra D., ma gli ovociti non erano forniti da quest'ultima. Mai, durante il periodo di cui trattasi, la sig.ra D. si è trovata in stato di gravidanza.

19. S.T. ha previsto taluni regimi applicabili al congedo di maternità e al congedo di adozione, con rispettive indennità, i quali equivalgono ai congedi retribuiti previsti per legge. Detti regimi non prevedono né un congedo né un'indennità in favore delle madri committenti nei casi di surrogazione di maternità. S.T. ha altresì previsto un regime di congedi speciali, che non considera il caso della gestazione per conto terzi. Il 15 ottobre 2009, il direttore delle risorse umane di S.T. aveva precisato, in risposta alla richiesta di un sindacato relativa al regime giuridico applicabile alle madri committenti, che, «laddove necessario, i requisiti sarebbero stati verificati su base individuale, alla luce delle disposizioni applicabili in materia di congedo di maternità o di adozione».

20. La sig.ra D. ha presentato al suo datore di lavoro una richiesta di congedo retribuito sulla base del regime da questi previsto in caso di adozione. Con lettera del 14 marzo 2011, S.T. ha comunicato alla sig.ra D. che il contratto di maternità surrogata stipulato dalla medesima non rispondeva alle condizioni previste dal suddetto regime, in quanto la sig.ra D. non poteva fornire alcun certificato attestante la compatibilità tra il futuro genitore adottivo e il bambino adottando, rilasciato da un'agenzia per le adozioni («matching certificate»).

21. Il medesimo giorno, dopo aver ricevuto questa lettera, la sig.ra D. ha presentato a S.T. una richiesta formale di congedo di maternità surrogata, equivalente, ad avviso della stessa, a un congedo di adozione, con la sola differenza che ella non poteva fornire un certificato di compatibilità in quanto non aveva dovuto sbrigare pratiche di adozione. L'11 aprile 2011, S.T. ha risposto che, qualora la sig.ra D. avesse proceduto a un'adozione, avrebbe avuto diritto a un congedo retribuito, ma che, in caso contrario, «per legge non sussisteva alcun diritto a un congedo retribuito nel caso di maternità surrogata».

22. Il 7 giugno 2011, la sig.ra D. ha presenta-

to ricorso dinanzi all'Employment Tribunal (Tribunale del lavoro) di Newcastle upon Tyne, facendo valere una discriminazione a motivo del sesso e/o della gravidanza e della maternità ai sensi della legge del 2010 in materia di parità di trattamento. Deduceva inoltre una violazione della legge del 1996 sui diritti del lavoro e del regolamento del 1999 sui congedi di maternità e parentali ecc. Allo stesso tempo, asseriva di aver patito un danno a motivo della gravidanza e della maternità nonché per aver cercato di farsi riconoscere un congedo di maternità ordinario o supplementare. Inoltre, la sig.ra D. denunciava una violazione degli articoli 8 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950.

23. Il 10 giugno 2011, in seguito ad una nuova richiesta della sig.ra D., S.T. ha comunicato di disporre di un «margine di discrezionalità residuale» nella valutazione della richiesta di congedo retribuito e di aver deciso, a tal titolo, di accordare alla sig.ra D. le condizioni previste dal regime di congedo per adozione, il quale impone, fra l'altro, la produzione di determinati documenti. La sig.ra D. ha pertanto ottenuto un congedo retribuito ai sensi di tale regime, alle condizioni indicate in una lettera del 29 giugno 2011.

24. L'8 luglio 2011, dinanzi all'Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne, S.T. ha affermato che la sig.ra D. non aveva il diritto di beneficiare dell'indennità di maternità, sulla base del rilievo che tale diritto spetta alla madre biologica del bambino.

25. Il bambino è nato il 26 agosto 2011. La sig.ra D. intendeva presenziare al parto, ma la nascita è avvenuta in modo improvviso. Entro l'ora successiva alla nascita, la sig.ra D. ha iniziato a occuparsi del bambino e ad allattarlo al seno. Ella ha continuato ad allattarlo per tre mesi.

26. La sig.ra D. e il suo compagno hanno adito il giudice competente al fine di ottenere un provvedimento di conferimento della potestà genitoriale ai sensi dell'articolo 54 della legge del 2008 sulla fecondazione e sull'embriologia umana. Con provvedimento del 19 dicembre 2011, detto giudice conferiva loro la piena e definitiva potestà genitoriale sul bambino.

Da un punto di vista giuridico, la sig.ra D. e il suo compagno sono, pertanto, considerati i genitori del bambino.

27. In tale contesto, l'Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«In ciascuna delle questioni pregiudiziali riportate di seguito:

– l'espressione "madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata" si riferisce a una madre committente lavoratrice che, nel periodo di cui trattasi, non era in stato di gravidanza o non ha dato alla luce il bambino in questione;

– l'espressione "madre surrogata" si riferisce a una donna che ha portato avanti una gravidanza e ha dato alla luce un bambino per conto di una madre committente.

1) Se l'articolo 1, paragrafo 1, e/o l'articolo 2, lettera c), e/o l'articolo 8, paragrafo 1, e/o l'articolo 11, punto 2, lettera b), della direttiva 92/85(...) riconoscano un diritto al congedo di maternità a favore della madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata.

2) Se la direttiva 92/85(...) riconosca un diritto al congedo di maternità alla madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, nel caso in cui essa:

- a) possa allattare al seno dopo la nascita e/o
- b) di fatto allatti al seno dopo la nascita.

3) Se il rifiuto del datore di lavoro di accordare il congedo di maternità alla madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata violi il combinato disposto dell'articolo 14 con l'articolo 2, paragrafo 1, lettere a) e/o b), e/o con l'articolo 2, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2006/54(...).

4) Se, in considerazione del rapporto sussistente tra la lavoratrice e la madre surrogata del bambino, il rifiuto di accordare il congedo di maternità alla madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata possa violare il combinato disposto dell'articolo 14 con l'articolo 2, paragrafo 1, lettere a) e/o b), e/o con l'articolo 2, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2006/54(...).

5) Se, in considerazione del rapporto sussistente

tra la madre committente e la madre surrogata del bambino, il riconoscimento di un trattamento meno favorevole alla madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata possa violare il combinato disposto dell'articolo 14 con l'articolo 2, paragrafo 1, lettere a) e/o b), e/o con l'articolo 2, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2006/54(...).

6) Se, in caso di risposta affermativa alla quarta questione, lo status di madre committente sia sufficiente ad attribuire a quest'ultima il diritto al congedo di maternità, in qualità di madre committente, sulla base del suo rapporto con la madre surrogata del bambino.

7) In caso di risposta affermativa a una delle questioni dalla prima alla quarta:

a) se la direttiva 92/85(...) abbia effetti diretti per quanto qui di rilievo, e

b) se la direttiva 2006/54(...) abbia effetti diretti per quanto qui di rilievo».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulle questioni prima e seconda

28. Con la prima e la seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se la direttiva 92/85 debba essere interpretata nel senso che una madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata ha diritto al congedo di maternità previsto all'articolo 8 di tale direttiva, e ciò, in particolare, nel caso in cui la madre committente, dopo la nascita, effettivamente allatti, o comunque possa allattare, al seno il bambino.

29. In via preliminare, occorre ricordare che lo scopo della direttiva 92/85, che è stata adottata sulla base dell'articolo 118 ACE, corrispondente all'articolo 153 TFUE, è di promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (sentenze dell'11 ottobre 2007, Paquay, C-460/06, Racc. pag. I-8511, punto 27, e dell'11 novembre 2010, Danosa, C-232/09, Racc. pag. I-11405, punto 58).

30. Al riguardo, il considerando 8 di detta direttiva enuncia che le lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento devono essere considerate come un gruppo esposto a rischi specifici e che devono essere adottati

provvedimenti per quanto riguarda la loro sicurezza e salute.

31. In tale contesto, la direttiva 92/85 prevede, all'articolo 8, paragrafo 1, che gli Stati membri adottino le misure necessarie affinché le lavoratrici fruiscano di un congedo di maternità di almeno quattordici settimane ininterrotte, ripartite prima e/o dopo «il parto», conformemente alle legislazioni e/o alle prassi nazionali.

32. Secondo la giurisprudenza della Corte, il diritto al congedo di maternità riconosciuto alle lavoratrici gestanti deve essere considerato un mezzo di protezione di diritto sociale che riveste un'importanza particolare. Il legislatore dell'Unione ha infatti ritenuto che i cambiamenti essenziali nell'esistenza delle interessate nel corso del limitato periodo di almeno quattordici settimane, precedente e successivo al parto, costituiscano un motivo fondato per sospendere l'esercizio della loro attività lavorativa, senza che la legittimità di siffatto motivo possa essere rimessa in questione, in qualsiasi modo, dalle pubbliche autorità o dai datori di lavoro (sentenze del 20 settembre 2007, *Kiiski*, C-116/06, Racc. pag. I-7643, punto 49, e del 19 settembre 2013, *Betriu Montull*, C-5/12, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 48).

33. Infatti, come il legislatore dell'Unione ha riconosciuto al considerando 14 della direttiva 92/85, la lavoratrice gestante, puerpera o in periodo di allattamento si trova in una situazione specifica di vulnerabilità che giustifica il diritto al congedo di maternità, ma che, in particolare durante tale congedo, non può essere equiparata a quella di un lavoratore di sesso maschile né a quella di un lavoratore di sesso femminile assente dal lavoro per malattia (v. sentenze del 27 ottobre 1998, *Boyle ea.*, C-411/96, Racc. pag. I-6401, punto 40, nonché *Betriu Montull*, cit., punto 49).

34. Siffatto congedo di maternità di cui fruisci la lavoratrice è inteso a garantire, da un lato, la difesa della condizione biologica della donna durante e dopo la gravidanza e, dall'altro, la protezione delle particolari relazioni tra la donna e il suo bambino durante il periodo successivo alla gravidanza e al parto, evitando che dette relazioni siano turbate dal cumulo degli oneri derivanti dal contemporaneo svol-

gimento di un'attività lavorativa (v., in particolare, sentenze del 12 luglio 1984, *Hofmann*, 184/83, Racc. pag. 3047, punto 25; *Kiiski*, cit., punto 46, e *Betriu Montull*, cit., punto 50).

35. Di conseguenza, dallo scopo della direttiva 92/85, dalla formulazione del suo articolo 8, che si riferisce espressamente al parto, e dalla giurisprudenza della Corte citata ai punti da 32 a 34 della presente sentenza risulta, complessivamente, che il congedo di maternità previsto all'articolo 8 di tale direttiva ha lo scopo di proteggere la salute della madre del bambino nella peculiare situazione di vulnerabilità derivante dalla sua gravidanza.

36. Al riguardo occorre aggiungere che, se è vero che la Corte ha dichiarato che il congedo di maternità è volto anche ad assicurare la protezione delle particolari relazioni tra la donna e il suo bambino, tale finalità, come si evince dalla stessa lettera delle sentenze citate al punto 34 della presente sentenza, riguarda tuttavia soltanto il periodo successivo «alla gravidanza e al parto».

37. Ne deriva che il riconoscimento di un congedo di maternità sulla base dell'articolo 8 della direttiva 92/85 presuppone che la lavoratrice cui è accordato sia stata incinta e abbia partorito.

38. Una conclusione siffatta è corroborata dalla risposta della Corte nella sentenza del 26 febbraio 2008, *Mayr* (C-506/06, Racc. pag. I-1017), riguardante il divieto di licenziamento delle lavoratrici incinte sancito all'articolo 10, punto 1, della direttiva 92/85. In effetti, al punto 37 di tale sentenza, la Corte ha rilevato che tanto dalla formulazione dell'articolo 10 della direttiva 92/85 quanto dallo scopo principale perseguito da quest'ultima, ricordato al punto 29 della presente sentenza, emerge che, per beneficiare della tutela contro il licenziamento riconosciuta da tale articolo, la gravidanza in questione deve aver avuto inizio.

39. Nel caso di specie, dalla decisione di rinvio risulta che la sig.ra D. non è mai stata, lei stessa, incinta del bambino.

40. Pertanto, una lavoratrice che, in qualità di madre committente, abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata non ricade nell'ambito di applicazione dell'articolo 8 della direttiva 92/85, nemmeno quando, dopo la nascita, essa effettivamente allatti,

o comunque possa allattare, al seno il bambino. Di conseguenza, gli Stati membri non sono tenuti a riconoscere a una tale lavoratrice il diritto al congedo di maternità ai sensi di detto articolo.

41. Occorre tuttavia aggiungere che la direttiva 92/85, come si evince in particolare dal suo considerando 1, persegue l'obiettivo di stabilire prescrizioni minime per proteggere sul lavoro le lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento.

42. Tale direttiva, dunque, non esclude in alcun modo la facoltà degli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute delle madri committenti che abbiano avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, consentendo loro di beneficiare di un congedo di maternità a seguito della nascita di detto figlio.

43. Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima e alla seconda questione che la direttiva 92/85 deve essere interpretata nel senso che gli Stati membri non sono tenuti a riconoscere un diritto al congedo di maternità ai sensi dell'articolo 8 di tale direttiva a una lavoratrice che, in qualità di madre committente, abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, nemmeno quando, dopo la nascita, essa effettivamente allatti, o comunque possa allattare, al seno il bambino.

Sulle questioni terza, quarta e quinta

44. Con la terza, la quarta e la quinta questione, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se il combinato disposto dell'articolo 14 con l'articolo 2, paragrafi 1, lettere *a*) e *b*), e 2, lettera *c*), della direttiva 2006/54 debba essere interpretato nel senso che costituisce una discriminazione fondata sul sesso il rifiuto di un datore di lavoro di riconoscere un congedo di maternità a una madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata.

45. L'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2006/54 vieta qualsiasi discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso nel settore pubblico o privato, compresi gli enti di diritto pubblico, per quanto attiene, in particolare, all'occu-

pazione e alle condizioni di lavoro, come le condizioni di licenziamento e la retribuzione.

46. Quanto alle discriminazioni di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettere *a*) e *b*), di tale direttiva, il rifiuto di riconoscere un congedo di maternità nel caso sottoposto al giudice del rinvio costituisce una discriminazione fondata direttamente sul sesso, ai sensi della lettera *a*) di tale disposizione, se la ragione sostanziale di tale diniego riguarda esclusivamente i lavoratori di uno dei due sessi (v., in tal senso, sentenze dell'8 novembre 1990, Dekker, C-177/88, Racc. pag. I-3941, punto 10; del 5 maggio 1994, Habermann-Beltermann, C-421/92, Racc. pag. I-1657, punto 14, e Mayr, cit., punto 50).

47. Ebbene, ai sensi della normativa nazionale applicabile a una fattispecie come quella di cui trattasi nel procedimento principale, un padre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata è trattato allo stesso modo di una madre committente in una situazione analoga, nel senso che neppure lui ha diritto a beneficiare di un congedo retribuito equivalente a un congedo di maternità. Ne consegue che il diniego opposto alla sig.ra D. non si fonda su una ragione che riguarda esclusivamente i lavoratori di uno dei due sessi.

48. Inoltre, per costante giurisprudenza della Corte, una discriminazione indiretta fondata sul sesso sussiste quando l'applicazione di un provvedimento nazionale, pur formulato in modo neutro, di fatto sfavorisca un numero molto più alto di lavoratori di un sesso che dell'altro (v., in tal senso, sentenze del 2 ottobre 1997, Gerster, C-1/95, Racc. pag. I-5253, punto 30; del 20 ottobre 2011, Brachner, C-123/10, Racc. pag. I-10003, punto 56, nonché del 20 giugno 2013, Rienice, C-7/12, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 39).

49. Ora, riguardo alla discriminazione indiretta così prevista all'articolo 2, paragrafo 1, lettera *b*), della direttiva 2006/54, si deve constatare che nessun elemento del fascicolo di causa consente di accertare che il rifiuto del congedo de quo sfavorirebbe in modo particolare i lavoratori di sesso femminile rispetto ai lavoratori di sesso maschile.

50. Di conseguenza, il rifiuto di riconoscere un congedo di maternità a una madre committente quale la sig.ra D. non costituisce una di-

scriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettere *a*) e *b*), della direttiva 2006/54.

51. Peraltro, in forza dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera *c*), di tale direttiva, qualsiasi trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo di maternità ai sensi della direttiva 92/85 costituisce una discriminazione ai sensi della direttiva 2006/54.

52. Orbene, da un lato, una madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata non può, per definizione, essere oggetto di un trattamento meno favorevole per ragioni collegate alla sua gravidanza, poiché la stessa non è mai stata incinta di questo figlio.

53. Dall'altro lato, come si evince dalla risposta offerta alle prime due questioni, la direttiva 92/85 non impone agli Stati membri di riconoscere un congedo di maternità a una lavoratrice che, in qualità di madre committente, abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata. Pertanto, tale madre committente non è oggetto di un trattamento meno favorevole per ragioni collegate all'aver beneficiato di un congedo di maternità ai sensi della direttiva 92/85.

54. Non è quindi possibile considerare una tale madre committente come oggetto di una discriminazione fondata sul sesso, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera *c*), della direttiva 2006/54.

55. Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alle questioni terza, quarta e quinta che il combinato disposto dell'articolo 14 con l'articolo 2, paragrafi 1, lettere *a*) e *b*), e 2, lettera *c*), della direttiva 2006/54 deve essere interpretato nel senso che non costituisce una discriminazione fondata sul sesso il rifiuto di un datore di lavoro di riconoscere un congedo di maternità a una madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata.

Sulle questioni sesta e settima

56. Tenuto conto delle risposte fornite alle prime cinque questioni, non vi è luogo ad esaminare la sesta e la settima questione.

(Omissis)

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) La direttiva 92/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992, 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), deve essere interpretata nel senso che gli Stati membri non sono tenuti a riconoscere un diritto al congedo di maternità ai sensi dell'articolo 8 di tale direttiva a una lavoratrice che, in qualità di madre committente, abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, nemmeno quando, dopo la nascita, essa effettivamente allatti, o comunque possa allattare, al seno il bambino.

2) Il combinato disposto dell'articolo 14 con l'articolo 2, paragrafi 1, lettere *a*) e *b*), e 2, lettera *c*), della direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, deve essere interpretato nel senso che non costituisce una discriminazione fondata sul sesso il rifiuto di un datore di lavoro di riconoscere un congedo di maternità a una madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata.

[SAFJAN *Relatore* – KOKOTT *Avv. gen.* – C.D. (avv. Ewing, Monaghan e Russell), S.T. (avv. Jeans e Edge)]

II

(Omissis)

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione nonché sulla validità delle direttive 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (GU L204, pag. 23), e 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (GU L303, pag. 16).

2. Tale domanda è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la sig.ra Z., una madre committente che ha avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, da un lato, e un Government department (un ministero irlandese) e il Board of management of a community school (un consiglio di amministrazione di una scuola comunale; in prosieguo: il «Board of management»), dall'altro, in merito al rifiuto di concedere alla prima, in seguito alla nascita di detto figlio, un congedo retribuito equivalente a un congedo di maternità o a un congedo di adozione.

(*Omissis*)

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

34. Dalla decisione di rinvio risulta che la sig.ra Z. lavora come docente di scuola secondaria in una scuola comunale gestita dal Board of management, in base alle condizioni di impiego stabilite dal Government department, che provvede alla sua remunerazione.

35. La sig.ra Z. soffre di una rara patologia per effetto della quale, pur avendo ovaie sane ed essendo fertile, è priva di utero e non è in grado di sostenere una gravidanza. Negli anni 2008 e 2009, la sig.ra Z. e suo marito hanno deciso di ricorrere alla maternità surrogata, rivolgendosi a un'agenzia specializzata con sede in California (Stati Uniti), Stato dove la legge disciplina dettagliatamente le gravidanze e i parti nell'ambito di tale tipo di maternità.

36. Il trattamento di fecondazione in vitro ha avuto luogo in Irlanda, mentre il trasferimento dell'ovocita nella madre surrogata è avvenuto in California nell'agosto 2009.

37. Il 7 aprile 2010, la sig.ra Z. si è recata in California per presenziare alla nascita del bambino, di sesso femminile, il 28 aprile 2010. La neonata è figlia genetica della sig.ra Z. e di suo marito, poiché è stata generata dai loro gameti. Conformemente al diritto californiano, la sig.ra Z. e suo marito ne sono i genitori e l'identità della madre surrogata non è menzionata nel certificato di nascita. La sig.ra Z., assistita dal marito, si è presa effettivamente cura della bambina a partire dalla sua nascita. Il 18 maggio 2010, la sig.ra Z. e suo marito hanno fatto ritorno con la figlia in Irlanda, Stato membro nel quale i contratti di maternità surrogata non sono disciplinati.

38. Le condizioni di impiego della sig.ra Z. prevedono il diritto a congedi retribuiti per maternità e per adozione. Qualora un docente assunto secondo tali condizioni usufruisca di uno dei suddetti congedi, nella maggior parte dei casi è il Government department ad accollarsene pro parte i costi, mentre il saldo è pagato dal Ministero della Protezione sociale, sotto forma di indennità di maternità.

39. Non essendo stata incinta e non potendo procreare, la sig.ra Z. non ha potuto soddisfare i requisiti fissati dalla legge del 1994 sulla tutela della maternità al fine di beneficiare di un congedo di maternità. Non avendo adottato il bambino nato al termine della maternità surrogata, ella non ha neppure potuto beneficiare del congedo di adozione alle condizioni previste dalla legge del 1995 sul congedo di adozione.

40. Inoltre, né le disposizioni di legge né il contratto di lavoro della sig.ra Z. contengono norme esplicite riguardanti il riconoscimento di un congedo in seguito alla nascita di un figlio nell'ambito di una maternità surrogata.

41. Il 10 febbraio 2010 la sig.ra Z. ha presentato al Government department una richiesta di attribuzione di un congedo equivalente a quello di adozione, richiesta respinta il 5 marzo 2010 con la motivazione che l'interessata non soddisfaceva i requisiti previsti dai regimi vigenti in materia di congedi di maternità o di adozione.

42. Il Government department, tuttavia, ha comunicato di essere disposto a riconoscere alla sig.ra Z. un congedo non retribuito per il periodo del suo soggiorno in California precedente la nascita della bambina. Esso ha aggiunto che, dopo la nascita, la sig.ra Z. avrebbe potuto usufruire del congedo parentale previsto dalla legge per il periodo dalla nascita a fine maggio 2010 e in seguito, nuovamente, a partire dall'inizio del successivo anno scolastico. Esso ha precisato che la sig.ra Z. aveva diritto a un congedo parentale di una durata massima di quattordici settimane e che avrebbe percepito la retribuzione normale nei mesi estivi.

43. In seguito a una combinazione di giorni di chiusura della scuola e di fruizione di un congedo per malattia retribuito e certificato, per ragioni non dipendenti dalla sua patologia, bensì a causa di stress, la sig.ra Z. ha lavorato

circa nove giorni nel corso del periodo compreso tra il 12 aprile 2010 e l'inizio del gennaio 2011. Per tutto questo periodo, il Government department ha corrisposto alla sig.ra Z. la totalità della remunerazione.

44. Nel novembre 2010, la sig.ra Z. ha presentato ricorso contro il Government department dinanzi all'Equality Tribunal (Tribunale per la parità), affermando che era stata oggetto di una discriminazione fondata sul sesso, sulla situazione familiare e sull'handicap e che il Government department né le aveva proposto soluzioni ragionevoli in quanto persona con disabilità né le aveva riconosciuto un congedo retribuito equivalente a un congedo di maternità o a un congedo di adozione nonostante si fosse sottoposta al trattamento della fecondazione in vitro.

45. In tale contesto l'Equality Tribunal ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se, considerate le seguenti disposizioni del diritto primario dell'Unione europea:

- articolo 3 [TUE],
- articoli 8[TFUE] e 157[TFUE] e/o
- articoli 21, 23, 33 e 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [in prosieguo: la «Carta»],

la direttiva 2006/54(...) – in particolare agli articoli 4 e 14 – debba essere interpretata nel senso che sussiste una discriminazione basata sul sesso qualora a una donna, il cui figlio genetico sia nato previo contratto di maternità surrogata e che si occupi del figlio medesimo sin dalla nascita, venga negato un congedo retribuito equivalente al congedo di maternità e/o di adozione.

2) In caso di risposta negativa alla prima questione, se la direttiva 2006/54(...) sia compatibile con le citate disposizioni del diritto primario dell'Unione (...).

3) Se, considerate le seguenti disposizioni del diritto primario dell'Unione (...):

- articolo 10 [TFUE] e/o
- articoli 21, 26 e 34 della [Carta],

la direttiva 2000/78(...) – in particolare agli articoli 3, paragrafo 1, e 5 – debba essere interpretata nel senso che sussiste una discriminazione basata sull'handicap qualora a una donna affetta da una patologia che le impedisce di

procreare, il cui figlio genetico sia nato mediante un contratto di maternità surrogata e che si occupi del figlio medesimo sin dalla nascita, venga rifiutato un congedo retribuito equivalente al congedo di maternità e/o di adozione.

4) In caso di risposta negativa alla terza questione, se la direttiva 2000/78(...) sia compatibile con le citate disposizioni del diritto primario dell'Unione (...).

5) Se, ai fini dell'interpretazione e/o della contestazione della validità della direttiva 2000/78(...), sia possibile basarsi sulla convenzione [dell'ONU].

6) In caso di risposta affermativa alla quinta questione, se la direttiva 2000/78(...) – in particolare agli articoli 3 e 5 – sia conforme agli articoli 5, 6, 27, paragrafo 1, lettera b), e 28, paragrafo 2, lettera b), della convenzione [dell'ONU]».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla questione prima e seconda

46. Con la prima e la seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se la direttiva 2006/54, in particolare agli articoli 4 e 14, debba essere interpretata nel senso che costituisce una discriminazione fondata sul sesso il diniego di un congedo retribuito equivalente a quelli di maternità e/o di adozione a una lavoratrice che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, in qualità di madre committente, e, in caso di risposta negativa, se la suddetta direttiva sia legittima alla luce dell'articolo 3 TUE, degli articoli 8 TFUE e 157 TFUE nonché degli articoli 21, 23, 33 e 34 della Carta.

47. Occorre anzitutto esaminare la questione se costituisca una discriminazione fondata sul sesso, ai sensi della direttiva 2006/54, il diniego di un congedo di maternità a una madre committente, quale la sig.ra Z.

48. L'articolo 4 di tale direttiva stabilisce che, per quanto riguarda uno stesso lavoro o un lavoro al quale è attribuito un valore uguale, è necessario eliminare la discriminazione diretta e indiretta basata sul sesso e concernente qualunque aspetto o condizione delle retribuzioni.

49. Ai sensi dell'articolo 14 della suddetta direttiva, è vietata qualsiasi discriminazione di

retta o indiretta fondata sul sesso nel settore pubblico o privato, compresi gli enti di diritto pubblico, per quanto attiene, in particolare, all'occupazione e alle condizioni di lavoro, fra le quali le condizioni di licenziamento nonché la retribuzione.

50. Nell'ambito della presente causa, tali due articoli della direttiva 2006/54 devono essere letti in combinato disposto con le norme contenute all'articolo 2, paragrafi 1, lettere *a)* e *b)*, e 2, lettera *c)*, della medesima direttiva.

51. Quanto alle discriminazioni di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettere *a)* e *b)*, della direttiva 2006/54, il rifiuto di riconoscere un congedo di maternità nel caso sottoposto al giudice del rinvio costituisce una discriminazione fondata direttamente sul sesso, ai sensi della lettera *a)* di detta disposizione, se la ragione sostanziale di tale rifiuto riguarda esclusivamente i lavoratori di uno dei due sessi (v., in tal senso, sentenze dell'8 novembre 1990, Dekker, C-177/88, Racc. pag. I-3941, punto 10; del 5 maggio 1994, Habermann-Beltermann, C-421/92, Racc. pag. I-1657, punto 14, e del 26 febbraio 2008, Mayr, C-506/06, Racc. pag. I-1017, punto 50).

52. Ebbene, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 63 delle conclusioni, in forza della normativa nazionale applicabile ad una fattispecie come quella di cui trattasi nel procedimento principale, un padre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata è trattato allo stesso modo di una madre committente in una situazione analoga, nel senso che neppure lui ha diritto a beneficiare di un congedo retribuito equivalente a un congedo di maternità. Ne consegue che il diniego opposto alla sig.ra Z. non si fonda su una ragione che riguarda esclusivamente i lavoratori di uno dei due sessi.

53. Per costante giurisprudenza della Corte, poi, sussiste una discriminazione indiretta fondata sul sesso quando l'applicazione di un provvedimento nazionale, pur formulato in modo neutro, di fatto sfavorisca un numero molto più alto di lavoratori di un sesso che dell'altro (v., in tal senso, sentenze del 2 ottobre 1997, Gerster, C-1/95, Racc. pag. I-5253, punto 30; del 20 ottobre 2011, Brachner, C-123/10, Racc. pag. I-10003, punto 56, e del 20 giugno 2013, Rieniece, C-7/12, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 39).

54. Orbene, riguardo alla discriminazione indiretta così prevista all'articolo 2, paragrafo 1, lettera *b)*, della direttiva 2006/54, si deve constatare che nessun elemento del fascicolo di causa consente di accertare che il rifiuto di accordare il congedo de quo sfavorisca in particolare i lavoratori di sesso femminile rispetto ai lavoratori di sesso maschile.

55. Di conseguenza, il rifiuto di riconoscere un congedo di maternità a una madre committente, quale la sig.ra Z., non costituisce una discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettere *a)* e *b)*, della direttiva 2006/54. La circostanza che la madre committente si occupi del bambino sin dalla sua nascita, quale menzionata nella prima questione, non inficia questa conclusione.

56. Peraltro, in forza dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera *c)*, di tale direttiva, costituisce una discriminazione ai sensi della direttiva 2006/54 qualsiasi trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo di maternità ai sensi della direttiva 92/85.

57. Ebbene, da un lato, una madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata non può, per definizione, essere oggetto di un trattamento meno favorevole per ragioni collegate alla sua gravidanza, poiché la stessa non è mai stata incinta di questo figlio.

58. Dall'altro lato, al punto 1 del dispositivo della odierna sentenza D. (C-167/12, non ancora pubblicata nella Raccolta), la Corte ha statuito che la direttiva 92/85 deve essere interpretata nel senso che gli Stati membri non sono tenuti a riconoscere un diritto al congedo di maternità ai sensi dell'articolo 8 di tale direttiva a una lavoratrice che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, in qualità di madre committente, nemmeno quando, dopo la nascita, essa effettivamente allatti, o comunque possa allattare, al seno il bambino.

59. Pertanto, una tale madre committente non è oggetto di un trattamento meno favorevole per ragioni collegate all'aver beneficiato di un congedo di maternità ai sensi della direttiva 92/85 e non è, quindi, possibile considerarla oggetto di una discriminazione fondata sul ses-

so ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2006/54.

60. In considerazione di quanto precede, occorre dichiarare che negare un congedo retribuito equivalente al congedo di maternità a una donna che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata non costituisce una discriminazione ai sensi della direttiva 2006/54, in particolare dei suoi articoli 4 e 14.

61. Occorre poi verificare se costituisca una discriminazione fondata sul sesso, ai sensi della direttiva 2006/54, il diniego di un congedo retribuito equivalente a un congedo di adozione a una madre committente, quale la sig.ra Z.

62. Conformemente al suo articolo 16, la direttiva 2006/54 lascia impregiudicata la facoltà degli Stati membri di riconoscere diritti distinti di congedo di paternità e/o di adozione. Detto articolo si limita a stabilire che gli Stati membri i quali riconoscono siffatti diritti adottino le misure necessarie per tutelare i lavoratori e le lavoratrici contro il licenziamento causato dall'esercizio di tali diritti e per garantire che, alla fine di tale periodo di congedo, essi possano riprendere il proprio lavoro o un posto equivalente secondo termini e condizioni che non siano per essi meno favorevoli e beneficiare di ogni eventuale miglioramento delle condizioni lavorative che sarebbe loro spettato mentre erano assenti.

63. Risulta chiaramente da tale articolo, in combinato disposto con il considerando 27 della direttiva 2006/54, che quest'ultima lascia inalterata la libertà degli Stati membri di accordare o meno un congedo di adozione e che le condizioni di applicazione di tale congedo non attinenti al licenziamento e al rientro al lavoro non rientrano nell'ambito di detta direttiva.

64. Occorre infine ricordare, riguardo alla validità della direttiva 2006/54 alla luce dell'articolo 3 TUE, degli articoli 8 TFUE e 157 TFUE nonché degli articoli 21, 23, 33 e 34 della Carta, che, per costante giurisprudenza, la Corte può decidere di non pronunciarsi su una questione pregiudiziale quando la disposizione la cui validità è oggetto del rinvio è manifestamente irrilevante ai fini della statuizione nel procedimento principale (v. sentenza del 10 gennaio 2006, Cassa di Risparmio di Firenze ea., C-222/04, Racc. pag. I-289, punto 75).

65. Orbene, come risulta da quanto precede, la situazione di una madre committente in ordine al riconoscimento di un congedo di maternità o di un congedo di adozione non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2006/54.

66. Di conseguenza, non vi è luogo a esaminare la validità di tale direttiva alla luce dell'articolo 3 TUE, degli articoli 8 TFUE e 157 TFUE nonché degli articoli 21, 23, 33 e 34 della Carta.

67. Tutto ciò considerato, alle questioni pregiudiziali prima e seconda occorre rispondere come segue:

- la direttiva 2006/54, in particolare agli articoli 4 e 14, deve essere interpretata nel senso che non costituisce una discriminazione fondata sul sesso il fatto di negare la concessione di un congedo retribuito equivalente a un congedo di maternità a una lavoratrice che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, in qualità di madre committente;
- la situazione di una simile madre committente in ordine al riconoscimento di un congedo di adozione non rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva.

Sulle questioni terza, quarta, quinta e sesta

68. Con la terza, la quarta, la quinta e la sesta questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se la direttiva 2000/78, eventualmente letta alla luce della convenzione dell'ONU, debba essere interpretata nel senso che costituisce una discriminazione fondata sull'handicap il fatto di negare la concessione di un congedo retribuito equivalente a un congedo di maternità o a un congedo di adozione a una lavoratrice che sia incapace di sostenere una gravidanza e si sia avvalsa di un contratto di maternità surrogata e, in caso di risposta negativa, se tale direttiva sia valida a fronte dell'articolo 10 TFUE, degli articoli 21, 26 e 34 della Carta nonché della convenzione dell'ONU.

69. Occorre preliminarmente rilevare che, come risulta dal suo articolo 1, la direttiva 2000/78 mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su uno qualsiasi dei motivi indicati in detto articolo, tra i quali l'essere portatori di un handicap, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni

di lavoro (v. sentenza dell'11 luglio 2006, Chacón Navas, C-13/05, Racc. pag. I-6467, punto 41). Ai sensi del suo articolo 3, paragrafo 1, lettera c), tale direttiva si applica, nei limiti dei poteri conferiti all'Unione, a tutte le persone per quanto attiene, fra l'altro, all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione.

70. La nozione di «handicap» non è definita dalla direttiva 2000/78.

71. Tuttavia, occorre ricordare che, in forza dell'articolo 216, paragrafo 2, TFUE, gli accordi internazionali conclusi dall'Unione vincolano le sue istituzioni e, di conseguenza, prevalgono sui suoi stessi atti (sentenze del 21 dicembre 2011, Air Transport Association of America ea., C-366/10, Racc. pag. I-13755, punto 50, nonché dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 28).

72. Il primato degli accordi internazionali conclusi dall'Unione sulle norme di diritto derivato impone di interpretare queste ultime in maniera per quanto possibile conforme a detti accordi (sentenze del 22 novembre 2012, Digitalnet ea., C-320/11, C-330/11, C-382/11 e C-383/11, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 39, nonché HK Danmark, cit., punto 29).

73. Dalla decisione 2010/48 risulta che l'Unione ha approvato la convenzione dell'ONU. Di conseguenza, le disposizioni di tale convenzione costituiscono, a partire dalla sua data di entrata in vigore, parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione (v. sentenze del 30 aprile 1974, Haegeman, 181/73, Racc. pag. 449, punto 5, e HK Danmark, cit., punto 30).

74. Inoltre, dall'appendice all'allegato II della suddetta decisione risulta che, per quanto riguarda l'autonomia e la partecipazione sociale, le condizioni di lavoro e l'occupazione, la direttiva 2000/78 è tra gli atti dell'Unione concernenti le questioni disciplinate dalla convenzione dell'ONU.

75. Ne consegue che, nel caso di specie, la convenzione dell'ONU può essere invocata ai fini dell'interpretazione della direttiva 2000/78, la quale deve essere oggetto, per quanto possibile, di un'interpretazione conforme a detta convenzione (v. sentenza HK Danmark, cit., punto 32).

76. Per tali ragioni, in seguito alla ratifica della convenzione dell'ONU da parte dell'Unione, la Corte ha dichiarato che la nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78 dev'essere intesa nel senso che si riferisce a una limitazione, risultante in particolare da durature menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori (v. sentenza HK Danmark, cit., punti da 37 a 39).

77. Si deve aggiungere che la nozione di «handicap» di cui alla direttiva 2000/78 dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce non soltanto ad un'impossibilità di esercitare un'attività professionale, ma altresì ad un ostacolo a svolgere una simile attività. Un'interpretazione diversa sarebbe incompatibile con la finalità di questa direttiva, che mira segnatamente a garantire che una persona con disabilità possa accedere ad un lavoro e/o svolgerlo (v., in tal senso, sentenza HK Danmark, cit., punto 44).

78. Nel caso di specie, la sig.ra Z. non può procreare a causa della rara patologia da cui è affetta, più precisamente l'assenza di utero.

79. Tenuto conto della nozione di «handicap» ricordata al punto 76 della presente sentenza, è pacifico che una simile patologia costituisce una limitazione risultante, segnatamente, da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, e che presenta carattere durevole. A tal riguardo, in particolare, è innegabile che l'incapacità di procreare possa causare a una donna grande sofferenza.

80. Tuttavia, la nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78, presuppone che la limitazione di cui soffre la persona, in interazione con barriere di diversa natura, sia in grado di ostacolare la sua piena ed effettiva partecipazione alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori.

81. Così, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi da 95 a 97 delle conclusioni, l'incapacità di procreare naturalmente non costituisce di per sé, in via di principio, un impedimento per la madre committente ad accedere a un impiego, a svolgerlo o ad avere una promozione. Nel caso in esame, dalla decisione del

rinvio non risulta che la patologia di cui soffre la sig.ra Z. le abbia impedito di svolgere il suo lavoro o abbia ostacolato l'esercizio della sua attività professionale.

82. Si deve pertanto dichiarare che la patologia da cui è affetta la sig.ra Z. non costituisce un «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78 e che, di conseguenza, detta direttiva, in particolare l'articolo 5, non è applicabile a una fattispecie come quella di cui trattasi nel procedimento principale. La circostanza che la madre committente si occupi del bambino sin dalla nascita, quale menzionata nella terza questione, non è atta a rimettere in discussione questa conclusione.

83. Ne consegue che, conformemente alla giurisprudenza citata al punto 64 della presente sentenza, non vi è luogo ad esaminare la validità della direttiva 2000/78 alla luce dell'articolo 10 TFUE nonché degli articoli 21, 26 e 34 della Carta.

84. Riguardo all'esame della validità della medesima direttiva rispetto alla convenzione dell'ONU, dalla giurisprudenza citata al punto 71 della presente sentenza risulta che la validità di un atto dell'Unione può essere inficiata dalla sua incompatibilità con norme di diritto internazionale. Qualora tale invalidità sia eccepita dinanzi ad un giudice nazionale, la Corte verifica se, nella causa sottoposta alla sua cognizione, sussistano le condizioni perché sia esaminata in forza dell'articolo 267 TFUE la validità dell'atto di diritto dell'Unione controverso alla luce delle norme di diritto internazionale invocate (v. sentenze del 3 giugno 2008, *Intertanko* ea., C-308/06, Racc. pag. I-4057, punto 43, nonché *Air Transport Association of America* ea., cit., punto 51).

85. Fra le condizioni indicate al punto precedente occorre ricordare che, qualora la natura e l'economia di un trattato internazionale consentano un controllo della validità dell'atto di diritto dell'Unione alla luce delle disposizioni di tale trattato, è altresì necessario che le disposizioni di quest'ultimo invocate ai fini dell'esame della validità dell'atto di diritto dell'Unione appaiano, dal punto di vista del loro contenuto, incondizionate e sufficientemente precise (v. citate sentenze *Intertanko* ea., punto 45, nonché *Air Transport Association of America* ea., cit., punto 54).

86. Una simile condizione risulta soddisfatta qualora la norma invocata stabilisca un obbligo chiaro e preciso che non è subordinato, quanto ad esecuzione o a effetti, all'intervento di alcun atto ulteriore (v. sentenze del 30 settembre 1987, 12/86, *Demirel*, Racc. pag. 3747, punto 14; del 15 luglio 2004, *Pêcheurs de l'étang de Berre*, C-213/03, Racc. pag. I-7357, punto 39, nonché *Air Transport Association of America* ea., punto 55).

87. Ebbene, nel caso di specie, dall'articolo 4, paragrafo 1, della convenzione dell'ONU risulta che gli Stati parti devono adottare tutte le misure legislative, amministrative e di altra natura adeguate ad attuare i diritti ivi riconosciuti. Inoltre, ai sensi del paragrafo 3 del medesimo articolo 4, nell'elaborazione e nell'attuazione della legislazione e delle politiche adottate ai fini dell'attuazione della citata convenzione, così come negli altri processi decisionali relativi a questioni concernenti le persone con disabilità, gli Stati parti operano in stretta consultazione e coinvolgono attivamente le persone con disabilità, comprese quelle minori di età, attraverso le loro organizzazioni rappresentative.

88. Quindi, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 114 delle conclusioni, tale accordo internazionale, imponendo obblighi agli Stati contraenti, presenta un carattere programmatico.

89. Di conseguenza, le disposizioni della convenzione dell'ONU sono subordinate, quanto ad esecuzione o a effetti, all'intervento di atti ulteriori che competono alle parti contraenti. In tale contesto, l'allegato II della decisione 2010/48 reca una dichiarazione relativa alla competenza dell'Unione nell'ambito cui si riferisce la convenzione dell'ONU ed elenca gli atti dell'Unione attinenti alle materie disciplinate da tale convenzione.

90. Pertanto, senza che occorra esaminare la natura e la struttura della convenzione dell'ONU, si deve dichiarare che le sue disposizioni non sono, dal punto di vista del contenuto, incondizionate e sufficientemente precise, secondo la giurisprudenza citata ai punti 85 e 86 della presente sentenza, e mancano dunque di effetti diretti nel diritto dell'Unione. Ne consegue che la validità della direttiva 2000/78 non può essere esaminata in riferimento alla convenzione dell'ONU.

91. Alla luce delle suesposte considerazioni, alle questioni terza, quarta, quinta e sesta occorre rispondere come segue:

– la direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che non costituisce una discriminazione fondata sull'handicap il fatto di negare la concessione di un congedo retribuito equivalente a un congedo di maternità o a un congedo di adozione a una lavoratrice che sia incapace di sostenere una gravidanza e si sia avvalsa di un contratto di maternità surrogata;

– la validità di tale direttiva non può essere esaminata in riferimento alla convenzione dell'ONU, ma la stessa direttiva deve essere oggetto, per quanto possibile, di un'interpretazione conforme a detta convenzione.

(*Omissis*)

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) La direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, in particolare agli articoli 4 e 14, deve essere interpretata nel senso che non costituisce una discriminazione fondata sul sesso il fatto di negare la concessione di un congedo retribuito equivalente a un congedo di maternità a una lavoratrice che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, in qualità di madre committente.

La situazione di una simile madre committente in ordine al riconoscimento di un congedo di adozione non rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva.

2) La direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretata nel senso che non costituisce una discriminazione fondata sull'handicap il fatto di negare la concessione di un congedo retribuito equivalente a un congedo di maternità o a un congedo di adozione a una lavoratrice che sia incapace di sostenere una gravidanza e si sia avvalsa di un contratto di maternità surrogata.

La validità di tale direttiva non può essere esaminata in riferimento alla convenzione delle

Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ma la stessa direttiva deve essere oggetto, per quanto possibile, di un'interpretazione conforme a detta convenzione.

[SAFJAN *Relatore* – WAHL *Avv. gen.* – Z. (avv. Butler, Dillon Malone e Beirne), Government Department e Board of management of a community school]

[Sulla sentenza si veda anche il commento in *Parte Seconda* di A. VENCHIARUTTI, p. 409]

Nota di commento: «*Il diritto dell'Unione europea si confronta con la maternità su commissione*»

I. Il caso

Con due sentenze di pari data (18.3.2014) la grande sezione della Corte di Giustizia si è pronunciata per la prima volta sul congedo di maternità richiesto da lavoratrici che avevano fatto ricorso alla surrogata di maternità.

Il caso C.D. riguarda la dipendente di un ospedale inglese. Dopo aver stipulato un contratto di maternità surrogata ai sensi dell'Human Fertilisation and Embryology Act 2008, ed aver proceduto alla fecondazione *in vitro*, la donna chiede al proprio datore di lavoro di poter usufruire di congedo retribuito in base al regime previsto per i casi di adozione. Il congedo le viene però negato in quanto non era stato fornito il richiesto certificato dell'agenzia per le adozioni. La donna presenta allora una nuova richiesta, questa volta di congedo per maternità surrogata, ma si vede nuovamente opporre un rifiuto: la normativa previdenziale inglese non contempla infatti alcun diritto di congedo in caso di maternità su commissione. Di qui il ricorso al Tribunale del lavoro per supposta discriminazione in base al sesso e/o alla gravidanza. Durante le more del processo, nasce il bambino, che la ricorrente inizia subito ad accudire e allattare al seno: dopo qualche mese, viene adottato un provvedimento giudiziario (*parental order*) che conferisce alla donna lo *status* di madre del nato. Il Tribunale del lavoro decide quindi di sospendere il procedimento e sottoporre alla Corte di Giustizia una serie di questioni pregiudiziali relative all'interpretazione della direttiva n. 85/92 CE 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, e della direttiva n. 54/2006 CE sull'attuazione del principio delle pari opportunità e della

parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.

Il caso Z. riguarda invece una donna irlandese, insegnante in una scuola pubblica, che decide con il marito di ricorrere a fecondazione omologa *in vitro* e trasferire poi l'embrione in una madre surrogata, individuata grazie a un'agenzia specializzata operante in California. La figlia nasce in California, dove viene rilasciato un certificato dal quale risulta la maternità della committente, che fin dalla nascita si prende cura della bimba. Di ritorno in patria, la donna si vede rifiutata la richiesta di congedo retribuito, dal momento che non risultavano soddisfatti i requisiti previsti dalle norme in materia di congedo per maternità o adozione. La donna si rivolge pertanto all'Equality Tribunal, lamentando di essere stata discriminata per ragioni di sesso, situazione familiare e handicap. I giudici irlandesi rinviavano alla Corte di Giustizia la soluzione di dubbi interpretativi su talune disposizioni della direttiva n. 54/2006 CE (già sottoposte alla Corte nel caso C.D.) nonché della direttiva n. 78/2000 CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

Le due decisioni sono di particolare interesse perché si confrontano – seppure in ottica puramente previdenziale – con la ricostruzione della nozione di maternità in ipotesi di procreazione medicalmente assistita. Se già in un caso i giudici di Lussemburgo si erano occupati di fecondazione *in vitro* (*infra*, sez. III), qui per la prima volta si affronta il tema della surroga di maternità. La Corte si trova di fronte a una *nozione di stato civile (maternità)* e deve chiarire se anche la madre che non ha partorito abbia diritto al congedo di maternità. Deve inoltre interpretare la *nozione di handicap* per verificare se sia ad essa riconducibile l'*impossibilità di procreare*. Infine, si pone il problema della *compatibilità della normativa comunitaria con le norme internazionali* a tutela delle persone con disabilità.

II. Le questioni

1. LE NOZIONI DI STATO CIVILE NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA. Per comprendere la portata delle due sentenze in commento, occorre premettere che l'Unione europea non è dotata di competenze che le consentano di intervenire con norme di diritto sostanziale nel settore del diritto di famiglia. Si tratta infatti di un settore in cui le istituzioni comunitarie possono dettare norme uniformi solo con riferimento a situazioni «con implicazioni transnazionali», rispetto alle quali vengono adottate «misure volte a garantire (...) il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudi-

ziarie» e «la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione» (art. 81 TFUE). Dal 2000 ad oggi, in effetti, sono state parzialmente uniformate le norme di diritto internazionale privato e processuale (anche) in taluni campi del diritto di famiglia: separazione personale e scioglimento del matrimonio, responsabilità genitoriale, obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia. Nemmeno in occasione dell'emanazione di queste norme, tuttavia, l'Unione europea ha proceduto a fornire una definizione autonoma (comunitaria) dei singoli istituti familiari e dei relativi *status* personali, lasciando tale compito agli ordinamenti degli Stati membri. Si tratta di una scelta deliberata, dal momento che il diritto di famiglia è strettamente legato alle diverse società nazionali, e mal si presta perciò a un'armonizzazione sovranazionale.

Ogniquale volta un atto comunitario fa riferimento a un istituto del diritto di famiglia, occorre quindi fare ricorso alle nozioni statali, a partire da quella di «famiglia». Ciò è ribadito anche dalla cit. direttiva n. 78/2000 CE che «lascia impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano» (considerando 22). Sul punto è ripetutamente intervenuta la Corte di Giustizia: «È vero che lo stato civile e le prestazioni che ne derivano costituiscono materie che rientrano nella competenza degli Stati membri e il diritto comunitario non pregiudica tale competenza. Tuttavia, occorre ricordare che gli Stati membri, nell'esercizio di detta competenza, devono rispettare il diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione» (CORTE GIUST. CE, 1° 4.2008, causa C-267/06, punto 59, *infra*, sez. III).

In passato la Corte si è occupata proprio della direttiva n. 78/2000 CE in alcuni casi in cui era in discussione l'assimilabilità dell'unione non matrimoniale (partenariato registrato, patto di solidarietà civile, ecc.) tra persone del medesimo sesso, all'unione matrimoniale tra persone di sesso diverso. Con l'occasione, la Corte ha ricordato che rientra nella competenza del giudice nazionale valutare la comparabilità dello *status* di parte di unione non matrimoniale a quello di coniuge, ma ha tenuto a rivendicare la propria competenza a valutare l'eventuale natura discriminatoria della normativa nazionale che preveda a favore del primo un trattamento meno favorevole di quello riservato al secondo. Negli ultimi anni i giudici di Lussemburgo sono così giunti a dichiarare discriminatoria tale diversità di trattamento tutte le volte che la normativa statale riserva il matrimonio alle coppie eterosessuali, precludendo *a priori* alle coppie omosessuali di poter beneficiare del trattamento più favorevole: a ben vedere, infatti, per la Corte il «partner di un'unione civile si trova in una

situazione di diritto e di fatto paragonabile a quella di una persona coniugata» per quanto riguarda la pensione (CORTE GIUST., 10.5.2011, causa C-147/08, punto 52, *infra*, sez. III) e il congedo straordinario concesso ai dipendenti in occasione del matrimonio (CORTE GIUST., 12.12.2013, causa C-267/12, *infra*, sez. III).

Come subito si vedrà, in relazione alle forme atipiche di maternità la Corte di Giustizia non ha mostrato la stessa intensità di valutazione critica (e metagiuridica) riservata alle nuove tipologie di convivenza legate all'orientamento sessuale: evidentemente, non sono ancora maturi i tempi per affrontare, in termini di non discriminazione, anche le questioni legate alla scissione delle fasi riproduttive.

2. **LA NOZIONE DI MATERNITÀ.** In entrambi i casi in esame, la lavoratrice committente vanta lo *status* di madre. Nel caso inglese, lo Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (art. 54) prevede che la maternità sia imputata, alla nascita, alla partoriente ma che successivamente il giudice possa adottare, a determinate condizioni, un provvedimento «parentale» che attribuisce la maternità alla committente: provvedimento che la ricorrente ha effettivamente ottenuto. Nel caso irlandese, invece, la maternità risulta sin dall'inizio nel certificato di nascita del bambino (figlio biologico della coppia committente): secondo la legge californiana, infatti, non deve essere fatta menzione della madre surrogata.

Ma è solo nel caso inglese che la Corte si concentra sul concetto di maternità, non prima di aver chiarito la finalità del «congedo di maternità» previsto dalla direttiva n. 85/92 CEE (art. 8). Si tratta di «un mezzo di protezione di diritto sociale» di cui la lavoratrice deve poter beneficiare nel particolare periodo di vulnerabilità in cui si trova (almeno) nelle quattordici settimane precedenti e successive al parto (punto 32). Il congedo «è inteso a garantire, da un lato, la difesa della condizione biologica della donna durante e dopo la gravidanza e, dall'altro, la protezione delle particolari relazioni tra la donna e il suo bambino durante il periodo successivo alla gravidanza e al parto, evitando che dette relazioni siano turbate dal cumulo degli oneri derivanti dal contemporaneo svolgimento di un'attività lavorativa» (punto 34). Ora, nel caso di specie unico scopo attribuibile al congedo è quello di favorire le relazioni tra madre e figlio: tuttavia, facendo riferimento solo al periodo successivo «alla gravidanza e al parto», la direttiva presuppone che la lavoratrice «sia stata incinta e abbia partorito» (punti 36 e 37). Da ciò discende logicamente che, in base alla direttiva n. 85/92 CEE, la ricorrente non ha titolo per usufruire del congedo «nemmeno quando, dopo la nascita, essa effettivamente allatti (...) al seno il bambino» (punto 40). Ovviamente, gli

Stati membri possono dettare una disciplina più favorevole alle lavoratrici e concedere il congedo di maternità, oltre che alle madri adottive, anche alle donne che abbiano avuto un figlio su commissione.

La Corte non sembra considerare rilevante il fatto che la lavoratrice, pur non avendo affrontato la gravidanza e il parto, abbia allattato il bambino al seno. È quest'ultimo un elemento valorizzato, invece, dalla direttiva n. 85/92 CEE, che riguarda la sicurezza e la salute delle lavoratrici gestanti, puerpere «o in periodo di allattamento», sul presupposto che si tratti di «un gruppo esposto a rischi specifici» (considerando 8). Una lettura testuale suggerirebbe di tenere distinte le tre categorie, in quanto non perfettamente coincidenti (non si spiegherebbe altrimenti la congiunzione disgiuntiva): basti pensare che la gestante non sempre porta a termine la gravidanza, e la puerpera non sempre allatta il neonato. L'art. 8 della direttiva prevede l'obbligo per lo Stato di adottare «le misure necessarie affinché le lavoratrici (...) fruiscono di un congedo di maternità di almeno quattordici settimane ininterrotte, ripartite prima e/o dopo il parto» (par. 1°), congedo che «deve includere un congedo di maternità obbligatorio di almeno due settimane, ripartite prima e/o dopo il parto» (par. 2°). Parrebbe dunque possibile concentrare il congedo nel periodo successivo alla nascita (anche qui occorre rimarcare l'alternativa «e/o»). In questa ottica, la madre committente, in periodo di allattamento al seno, potrebbe rientrare tra le categorie protette dalla direttiva.

La situazione della madre committente che allatta e si prende cura del bambino è sostanzialmente identica a quella della madre biologica dopo il parto: in entrambi i casi è necessario non solo evitare rischi per la salute della madre (esposizione ad agenti tossici o a particolari condizioni ambientali), ma anche consentire al bambino di ricevere tutte le cure di cui ha bisogno. Secondo l'Avvocato generale Kokott, «(q)uesta finalità di tutela della relazione madre-figlio suggerisce, anzi, di applicare in via generale la direttiva n. 85/92 CEE alle madri affidatarie, indipendentemente dalla questione se una madre affidataria allatti al seno il figlio oppure no», essendo tutto sommato arbitrario ritenere decisivo il tipo di alimentazione del neonato. «Allo stesso modo di una donna che abbia dato alla luce un bambino, la madre affidataria ha la custodia di un lattante, del cui bene è responsabile. Nondimeno, proprio per il fatto di non aver condotto, essa stessa, la gravidanza, si trova di fronte all'esigenza di costruire un legame con tale bambino, di integrarlo nella famiglia e di abituarsi al suo ruolo di madre» (Conclusioni presentate il 26.9.2013, punto 46). Un trattamento diverso «inciderebbe, in definitiva, a svantaggio dei figli nati da una madre surrogata, risultando in con-

trasto con il principio sancito nell'articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo il quale in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente» (Conclusioni, punto 52). A giudizio dell'Avvocato generale, insomma, la lavoratrice che, conformemente alla normativa di uno Stato membro, ha commissionato una maternità e accudisce il figlio, avrebbe diritto in ogni caso (ossia anche se non allatta) ad almeno due settimane di congedo di maternità. Analogo diritto vanterebbe la lavoratrice gestante/puerpera per il periodo precedente e immediatamente successivo al parto (ci sarebbe, insomma, un breve periodo in cui entrambe – a diverso titolo – avrebbero diritto al congedo).

Da queste conclusioni dell'Avvocato generale la Corte, come si è visto, si è discostata offrendo della direttiva n. 85/92 CEE un'interpretazione «statica» e più restrittiva di quanto lo stesso dato testuale avrebbe suggerito. È chiaro che la direttiva si colloca in un contesto storico in cui le attuali tecniche di medicina riproduttiva non erano neanche immaginabili. Nel 1992, fecondazione e inizio della gravidanza non potevano non coincidere, mentre oggi tra i due eventi può passare un tempo più o meno lungo: a tacere delle ipotesi in cui una donna ha un figlio (geneticamente a lei legato) senza esserne mai stata incinta e senza averlo partorito. In attesa di eventuali interventi di revisione, sarebbe forse opportuno orientarsi verso un'interpretazione «dinamica» e funzionale della direttiva.

Al di là di questo, resta il dubbio che un ordinamento – come quello inglese – che consente la surroga di maternità, e dunque la ripartizione del ruolo di madre tra due donne, dovrebbe coerentemente prevedere la ripartizione tra loro anche del congedo di maternità, anziché attribuire esclusivamente alla surrogata più di cinquanta settimane di congedo. Diverso è il caso degli ordinamenti, come quello italiano, in cui la surroga di maternità è vietata: qui la committente che si è avvalsa di una surrogata all'estero potrebbe invocare il proprio *status* di madre solo a seguito del riconoscimento dell'atto straniero che le imputa la maternità (sia questo l'atto di nascita o un provvedimento giudiziario: *infra*, sez. III).

3. L'HANDICAP COME MOTIVO DI DISCRIMINAZIONE. Trascurando, per la loro scarsa rilevanza, i profili relativi alla direttiva n. 54/2006 CE (invocata in entrambe le vicende in esame), conviene soffermarsi sulle argomentazioni svolte dalla Corte nel caso Z. in ordine alla direttiva n. 78/2000 CE «eventualmente letta alla luce della convenzione dell'ONU» sui diritti delle persone con disabilità del 2006 (punto 68).

La Convenzione ONU è stata approvata dal Consiglio, in nome della Comunità europea, nel 2010 (decisione 2010/48), diventando così vincolante per le istituzioni di Bruxelles, secondo quanto previsto dall'art. 216, par. 2°, TUE. In forza del primato delle norme internazionali sul diritto comunitario derivato, quest'ultimo deve pertanto essere applicato secondo un'interpretazione il più possibile conforme a detta Convenzione. Ciò posto, la Corte è chiamata a chiarire se costituisce discriminazione fondata sull'handicap il rifiuto di concedere un congedo equivalente a quello di maternità o adozione a una lavoratrice che abbia dovuto ricorrere a una madre surrogata in quanto affetta da una menomazione fisica (assenza di utero) che le preclude la maternità.

Dirimente è, evidentemente, la nozione di handicap, che la direttiva n. 78/2000 CE peraltro non fornisce. A questa lacuna può oggi avviarsi grazie appunto alla Convenzione ONU, ai sensi della quale si configurano come disabilità tutte le «durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la (...) piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri» (art. 1 par. 2°). È innegabile che la patologia di cui soffre la ricorrente è invalidante e fonte di grande sofferenza psicologica. Ma la Corte si premura di sottolineare che la definizione di disabilità va contestualizzata e, nello specifico, riferita alla direttiva n. 78/2000 CE, che si occupa della partecipazione su base di uguaglianza alla vita professionale: da questo punto di vista la patologia della lavoratrice non rappresenta un ostacolo né tanto meno un impedimento a svolgere il proprio lavoro. Dunque, la situazione non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva. Il ragionamento della Corte è lineare, anche se pare in controtendenza rispetto al diffuso orientamento a estendere la nozione di disabilità in un'ottica solidaristica.

4. CONFORMITÀ DELLA DIRETTIVA N. 78/2000 CE ALLE NORME INTERNAZIONALI. Stante dunque l'irrilevanza della direttiva nel procedimento principale, la Corte non procede a verificarne la validità alla luce del diritto primario dell'Unione europea, e più specificamente alla luce dell'art. 10 TFUE (divieto di discriminazioni fondate sulla disabilità) e degli artt. 21, 26 e 34 Carta dir. UE, relativi rispettivamente alla non discriminazione in base alla disabilità, all'inserimento sociale e professionale delle persone con disabilità, e al diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale in caso di maternità (termine che – secondo le «Spiegazioni» – copre il periodo che va dal concepimento all'allattamento).

La Corte si interroga invece sulla validità della direttiva dal punto di vista del diritto internazionale, e

specificamente della Convenzione ONU, il cui primato, già lo si è visto, si impone al legislatore comunitario. Il giudice del rinvio ha infatti sollevato il dubbio della conformità della direttiva (in particolare degli artt. 3 e 5) ad alcune norme della Convenzione, tra cui quelle che consentono discriminazioni positive («necessarie ad accelerare o conseguire *de facto* l'uguaglianza delle persone con disabilità»: art. 5, par. 4°), quelle che tutelano le donne disabili (art. 6), e quelle che garantiscono il diritto al lavoro (art. 27) e alla protezione sociale (art. 28). La Corte precisa che il controllo sulla conformità di un atto comunitario alle norme convenzionali vincolanti per l'Unione è possibile solo se queste ultime «appaiono, dal punto di vista del loro contenuto, incondizionate e sufficientemente precise» (punto 85). Deve trattarsi, in altre parole, di norme precettive, che stabiliscono obblighi chiari e non subordinati, quanto ad esecuzione o a effetti, all'intervento di alcun atto ulteriore. Come molte altre convenzioni ONU sulla protezione dei diritti umani – specialmente dei diritti socio-economici – anche quella a tutela delle persone con disabilità è prettamente programmatica: quasi tutte le sue disposizioni infatti si configurano come mere clausole di esecuzione, che richiedono alle parti di impegnarsi a promuovere la piena realizzazione dei diritti ivi contemplati, adottando le necessarie misure legislative, amministrative e di altra natura. Non producendo effetti diretti nell'ordinamento comunitario, pertanto, la Convenzione non rappresenta, secondo la Corte, un parametro di validità della direttiva.

Si tratta di una conclusione che desta qualche perplessità, in quanto sembra legata alla teoria, ormai superata, per cui le norme programmatiche non sarebbero direttamente applicabili (CONFORTI, 333, *infra*, sez. IV). In realtà oggi – salvo che richiedano l'esistenza di organi e procedure indispensabili per la loro esecuzione – anche queste norme sono considerate direttamente applicabili: con la conseguenza di poter fungere da parametro di legittimità degli atti adottati dalle Parti contraenti.

III. I precedenti.

1. LE NOZIONI DI STATO CIVILE NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA. Sulla assimilabilità al matrimonio di alcune tipologie atipiche di convivenza v. CORTE GIUST., 1° 4.2008, causa C-267/06; CORTE GIUST., 10.5.2011, causa C-147/08; CORTE GIUST., 12.12.2013, causa C-267/12. Il 14.12.2010, la Commissione europea ha presentato un «Libro verde: Meno adempimenti amministrativi per i cittadini. Promuovere la libera circolazione dei documenti pubblici e il riconoscimento degli effetti degli atti di stato civile», COM(2010) 747 definitivo, reperibile

sul sito <http://eur-lex.europa.eu>. Tutte le sentenze della Corte di Giustizia sono reperibili sul sito <http://curia.europa.eu>.

2. LA NOZIONE DI MATERNITÀ. Sulla maternità a seguito di interventi di procreazione medicalmente assistita la Corte di Giustizia si è pronunciata, prima d'ora, in un unico caso, relativo al licenziamento di una lavoratrice austriaca (CORTE GIUST., 26.2.2008, causa C-506/06). La donna aveva informato il datore di lavoro di essersi sottoposta a fecondazione *in vitro* e di essere in attesa di impianto degli embrioni: tre giorni prima dell'impianto, riceveva comunicazione del licenziamento. Di qui il ricorso ai giudici nazionali per supposta violazione del divieto di licenziamento delle lavoratrici gestanti, posto dall'art. 10, punto 1, della direttiva n. 85/92 CE, e il successivo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. La Corte ritiene che il divieto non sia applicabile nel caso di specie, in quanto la direttiva riguarda solo le gestanti, intese come le lavoratrici in stato di gravidanza già in atto: la ricorrente, invece, aveva solo proceduto a fecondazione ma, al momento del licenziamento, i suoi embrioni erano ancora conservati *in vitro*.

Nel senso che il congedo di maternità presuppone la gravidanza v. anche CORTE GIUST., 12.7.1984, causa C-184/83, punto 25; CORTE GIUST., 20.9.2007, causa C-116/06, punto 46, e CORTE GIUST., 19.9.2013, causa C-5/12, punto 50.

In Italia dirompente è stata APP. BARI, 13.2.2009, anche in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, 589, con nota di CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, 699, che ha riconosciuto effetti al provvedimento giudiziario inglese che ha attribuito alla committente italiana la maternità dei due figli partoriti da una surrogata inglese. Una delle tre proposte di legge relative alle «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita» (la n. 1535, 9.8.2013) depenalizza la surroga di maternità, che viene ammessa «sulla base di un accordo tra le parti a titolo gratuito»: con la precisazione, peraltro, che la maternità è attribuita alla madre surrogata (art. 11).

Da segnalare la recentissima presa di posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo (26.6.2014, ric. nn. 65192/11 e 65941/11), secondo cui il mancato riconoscimento di effetti (in Francia) all'atto straniero che attribuisce lo *status* di genitori ai committenti, viola il diritto al rispetto della vita privata dei figli (art. 8 Conv. eur. dir. uomo). Il pieno sviluppo dell'identità personale dell'individuo presuppone infatti l'accertamento giuridico del legame con i propri genitori. Questa sentenza influenzerà inevitabilmente l'esito del ricorso attualmente pendente a Strasburgo nei confronti dell'Italia: anche in questo caso, infatti, si lamenta una violazione dell'art. 8

Conv. eur. dir. uomo, a fronte del rifiuto di riconoscere l'atto di nascita del bambino nato (in Russia) da madre surrogata (ric. n. 25358/12).

3. L'HANDICAP COME MOTIVO DI DISCRIMINAZIONE. L'impiego della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità come chiave di lettura della direttiva n. 78/2000 CE sul divieto di discriminazioni fondate sull'handicap, con particolare riguardo alla nozione stessa di handicap, è già prospettato da CORTE GIUST., 11.4.2013, cause C-335/11 e C-337/11, punti 37-39. L'interpretazione solidaristica della normativa a tutela delle persone con disabilità è stata da ultimo accolta anche dalla nostra Corte costituzionale, proprio in relazione all'incapacità riproduttiva e alla conseguente necessità di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita: CORTE COST., 10.6.2014, n. 162, *infra*, Parte Prima, p. 802.

4. CONFORMITÀ DELLA DIRETTIVA N. 78/2000 CE ALLE NORME INTERNAZIONALI. Sul primato degli accordi conclusi dall'Unione europea sugli atti dell'Unione stessa cfr. per tutte CORTE GIUST., 21.12.2011, causa C-366/10, punto 50, e CORTE GIUST., 11.4.2013, cause C-335/11 e C-337/11, punto 28. La teoria per cui il controllo di legittimità internazionale degli atti delle istituzioni comunitarie è subordinato alla natura precettiva delle norme internazionali è sostenuta, tra l'altro, da CORTE GIUST., 15.7.2004, C-213/03, punto 39 (con riferimento al Protocollo di Atene del 1980 relativo alla protezione del Mar Mediterraneo dall'inquinamento di origine tellurica); CORTE GIUST., 3.6.2008, C-308/06, punto 45 (con riferimento alla Convenzione di Montego Bay del 1982 sul diritto del mare); e CORTE GIUST., 21.12.2011, grande sez., C-366/10, punti 54-55 (con riferimento alla Convenzione di Chicago del 1944 relativa all'aviazione civile internazionale e al Protocollo di Kyoto del 1997 annesso alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici).

IV. La dottrina

1. LE NOZIONI DI STATO CIVILE NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA. In argomento si vedano in generale *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, a cura di BARIATTI, Giuffrè, 2007; L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Cedam, 2007. Sullo specifico

problema delle unioni matrimoniali e non, cfr. MOSCONI-CAMPIGLIO, *I matrimoni tra persone dello stesso sesso: livello «federale» e livello statale in Europa e negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, 299.

2. LA NOZIONE DI MATERNITÀ. Per un quadro delle problematiche connesse all'attribuzione di maternità in ambito di surroga si rinvia, anche per le indicazioni bibliografiche, a VILLANI, *La procreazione assistita*, nel *Trattato dir. fam.*, diretto da ZATTI, II, *Filiazione*, a cura di COLLURA, LENTI e MANTOVANI, Giuffrè, 2012, 702. Quanto al riconoscimento, in Italia, di maternità commissionate all'estero, v. da ultimo TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, 81.

3. L'HANDICAP COME MOTIVO DI DISCRIMINAZIONE. Tra i tanti contributi si segnalano PARIOTTI, *Disabilità, diritti umani e azioni positive*, in *Lessico delle discriminazioni tra società, diritto e istituzioni*, a cura di CASADEI, Diabasis, 2008, 158; FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione Europea*, Il Mulino, 2009; LA MACCHIA, *Disabilità e lavoro*, Ediesse, 2009; *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, a cura di MARCHISIO-CERA-DELLA FINA, Aracne, 2010; MARRA, *Disabilità*, in *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, Utet, 2010, 555; COLAPIETRO, *Diritto dei disabili e Costituzione*, Editoriale Scientifica, 2011; GRIFFO, *Persone con disabilità e diritti umani, Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, a cura di CASADEI, Giappichelli, 2012, 143.

4. CONFORMITÀ DELLA DIRETTIVA N. 78/2000 CE ALLE NORME INTERNAZIONALI. Il rapporto tra accordi internazionali e diritto derivato dell'Unione europea è al centro dell'analisi, tra altri, di CASOLARI, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, Giuffrè, 2008; e DANIELE, *Il diritto internazionale generale e gli accordi internazionali nel sistema delle fonti dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di PACE, Giuffrè, 2012, 207. Sulla diretta applicabilità (anche) delle norme internazionali programmatiche v. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, 2013, 333.

CRISTINA CAMPIGLIO