



### OSSERVATORIO SULLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA N. 2/2014

#### 2. MATERNITÀ SURROGATA: LA NORMATIVA DELL'UNIONE EUROPEA NON CONTEMPLA IL DIRITTO DI UNA MADRE COMMITTENTE AD OTTENERE UN CONGEDO RETRIBUITO DI MATERNITÀ.

[Z. \(causa C-363/12\) Sentenza della Corte di giustizia \(Grande Sezione\) del 18 marzo 2014.](#)

*Rinvio pregiudiziale – Politica sociale – Direttiva 2006/54/CE – Parità di trattamento fra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile – Madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata – Rifiuto di riconoscere un congedo retribuito equivalente a un congedo di maternità o a un congedo di adozione – Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità . Direttiva 2000/78/CE – Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Divieto di qualsiasi discriminazione fondata su un handicap – Madre committente che non può sostenere una gravidanza – Sussistenza di un handicap – Validità delle direttive 2006/54 e 2000/78.*

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. 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 una interpretazione conforme a detta convenzione.**

Il 18 marzo 2014, la Grande Sezione della Corte di giustizia ha dovuto affrontare una questione molto attuale che solleva complessi problemi giuridici con riguardo alla sua regolamentazione, oltre che delicati problemi di natura sociale: la maternità surrogata, forma di riproduzione assistita cui ricorrono sempre più frequentemente donne che, pur desiderando fortemente un figlio proprio, non possono portare a termine una gravidanza a causa di una patologia di cui soffrono.

A fronte di una diversità di discipline negli Stati membri o di un'assenza di disciplina, il diritto dell'Unione europea appare carente stante l'impossibilità di risolvere le questioni sollevate dalla maternità surrogata attraverso l'applicazione della normativa derivata vigente che pur prende in considerazione, nell'ambito dei rapporti di lavoro, la condizione delle donne in stato di gravidanza, nonché la loro situazione nel periodo successivo al parto anche nell'intento di salvaguardare la particolare relazione tra la madre e il figlio.

Così, nella sentenza in oggetto, la Corte si è dovuta pronunciare in merito alla corretta interpretazione della normativa derivata pertinente al fine di stabilire se il diritto di una donna, che abbia avuto un figlio biologico per effetto di un contratto di maternità surrogata, ad ottenere un congedo retribuito, analogo a quello concesso per la maternità o per l'adozione, sia protetto dal diritto dell'Unione.

La questione è stata portata alla cognizione della Corte a seguito di una controversia tra la signora Z., una madre committente che ha avuto un figlio mediante il ricorso alla maternità surrogata, e un ministero irlandese (*Government department*) e il consiglio di amministrazione di una scuola comunale in Irlanda (*Board of management of a community school*: di seguito *Board of management*), a fronte del rifiuto di concedere alla signora Z. un congedo di maternità retribuito per la nascita del figlio.

Nello specifico, la signora Z., insegnante in una scuola comunale gestita dal *Board of management*, essendo priva di utero non è in grado di sostenere una gravidanza. Ha così deciso, insieme al marito, di ricorrere ad un contratto di maternità surrogata, rivolgendosi ad una agenzia specializzata in California (Stati Uniti), Stato in cui questo tipo di maternità è disciplinato dettagliatamente dalla legge. Il 28 aprile 2010 è nata una bambina geneticamente figlia della signora Z. e del marito, mentre, in base al diritto californiano, la madre surrogata non è menzionata nel certificato di nascita. La signora Z. si è presa cura della bambina sin dalla sua nascita e dopo circa un mese è rientrata in Irlanda. Il contratto di impiego della signora Z. e la legge irlandese prevedono il diritto ad un congedo retribuito di maternità (*Maternity Protection Act 1994*) e per adozione (*Adoptive Leave Act 1995*), non disponendo nulla con riguardo al riconoscimento di un congedo per la nascita di un figlio a seguito di una maternità surrogata. Ne deriva che la signora Z., non essendo stata incinta e non avendo adottato la bambina, non aveva diritto a beneficiare di alcun congedo retribuito. Nonostante ciò, durante la gravidanza surrogata, la signora Z. ha chiesto che le venisse concesso un congedo equivalente a quello di adozione. Il *Government department* ha respinto tale richiesta sostenendo che la signora Z. non soddisfaceva i requisiti previsti dalla legge, offrendole, tuttavia, la possibilità di godere di un congedo parentale non retribuito. A fronte di tale rifiuto, l'interessata ha presentato ricorso dinnanzi al Tribunale della parità (*Equality Tribunal*) ritenendo di essere stata oggetto di una discriminazione fondata sul sesso, sulla situazione familiare e sull'*handicap*.

Avendo dubbi sull'interpretazione e sulla portata delle pertinenti norme dell'Unione, l'*Equality Tribunal* ha deciso di rinviare, ex articolo 267 TFUE, alla Corte di giustizia per ottenere chiarimenti in merito.

Ai fini del giudizio della Corte viene in rilievo innanzi tutto 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 ed impiego ([GUUE L 204, p. 23](#)), in particolare gli articoli 4 e 14. A tal proposito, il giudice del rinvio chiede di sapere se tale direttiva debba essere interpretata nel senso che essa vieti, in quanto discriminazione fondata sul sesso, un rifiuto di concedere un congedo retribuito, analogo a quello per maternità o per adozione, ad una madre che ha avuto un figlio a seguito di un contratto di maternità surrogata.

La Corte, accogliendo l'impostazione dell'avvocato generale, procede utilizzando come metro di paragone la situazione di una persona di sesso maschile rilevando che l'articolo 4 (concernente l'eliminazione delle discriminazioni in materia di retribuzione per eguale lavoro) e l'articolo 14 (riguardante l'occupazione e le condizioni di lavoro) debbono essere letti in combinato disposto con l'articolo 2, par. 1 e 2, della direttiva 2006/54. In base all'articolo 2, par. 1, per aversi discriminazione diretta basata sul sesso è necessario che la discriminazione, nella fattispecie il rifiuto di concedere il congedo, riguardi esclusivamente i lavoratori di uno dei due sessi; sussiste una discriminazione indiretta qualora il provvedimento nazionale, pur formulato in modo neutro, tratti meno favorevolmente i lavoratori di un sesso rispetto all'altro. Poiché il provvedimento nazionale in causa non attribuisce ad un padre committente, che abbia avuto un figlio mediante maternità surrogata, un diritto ad un congedo di maternità, ne deriva che non vi è discriminazione essendo i lavoratori di entrambi i sessi trattati in modo analogo; né risulta che il rifiuto di concedere un congedo retribuito sfavorisca di più le lavoratrici rispetto ai lavoratori.

I giudici di Lussemburgo passano poi a verificare se un trattamento meno favorevole, collegato alla gravidanza, possa essere riscontrato ai sensi della direttiva 92/85 del Consiglio del 19 ottobre 1992 ([GUUE L 348, p. 1](#)) che ha come obiettivo il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, richiamata dall'articolo 2, par. 2, della direttiva 2006/54. Come ricordato dall'avvocato generale, la direttiva 92/85 vuole, attraverso il congedo di maternità, aiutare le lavoratrici a superare le limitazioni psico-fisiche collegate alla gravidanza e al periodo successivo al parto, nonché consentire il loro reinserimento sul mercato del lavoro alla conclusione del congedo. La direttiva rappresenta quindi uno strumento per realizzare condizioni di uguaglianza sostanziale tra i sessi (punto 46 delle [conclusioni](#)). La Corte rileva in proposito che una madre committente, dal momento che non è mai stata incinta del figlio e non ha mai partorito, non può, per definizione, essere oggetto di un trattamento meno favorevole per ragioni collegate alla gravidanza. Essa precisa inoltre che, in pari data, è stato statuito che non esiste un obbligo per gli Stati membri di concedere un congedo retribuito, ai sensi della direttiva 92/85, neanche nel caso in cui una madre committente allatti al seno il suo bambino (v. [sentenza D., causa C-167/12](#)).

L'avvocato generale aveva, in verità, considerato che la logica che sottende al congedo di maternità, ai sensi della direttiva 92/85, ben può fare pensare alla necessità di tutelare il rapporto speciale che si sviluppa dopo la nascita tra madre e figlio (elemento evidenziato dalla Corte nella sentenza del 20 settembre 2007, *Kiiski*, [causa C-116/06](#), punto 46), ma lo stesso ha finito per contestualizzarlo al parto. Infatti, se si attribuisse all'obiettivo

sopra ricordato un significato autonomo, occorrerebbe estendere la portata della protezione conferita dall'articolo 8 della direttiva 92/85 (relativo al congedo di maternità) anche alle madri adottive o a qualsiasi altro genitore che si occupi a tempo pieno del neonato. Ciò, tuttavia, esulerebbe dall'obiettivo chiaramente indicato dall'art.1 della direttiva di proteggere la salute e la sicurezza delle lavoratrici che si trovano in una condizione di vulnerabilità a causa della gestazione e del parto (punti 47-48 delle conclusioni). La Corte non prende nemmeno in considerazione la possibilità di estendere la portata della direttiva 92/85, garantendo una tutela anche ad altri soggetti e si limita dichiarare, in base alle considerazioni precedenti, che, non esistendo una discriminazione fondata sul sesso, né un trattamento meno favorevole collegato all'aver beneficiato di un congedo per maternità, il rifiuto di accordare un congedo retribuito ad una donna che abbia avuto un figlio mediante maternità surrogata, non costituisce una discriminazione ai sensi della direttiva 2006/54, in particolare degli articoli 4 e 14.

La Corte passa poi ad esaminare se la situazione della signora Z., possa essere paragonata (come lei stessa ammette) alla situazione di una madre adottiva. Entrambe, infatti, non hanno dato alla luce un figlio. In proposito occorre ricordare che il diritto dell'Unione europea non stabilisce norme che impongano agli Stati membri l'obbligo di accordare un congedo retribuito ai genitori adottivi. La Corte di giustizia rileva, infatti, che l'art.16 della direttiva 2006/54, nel lasciare liberi gli Stati di riconoscere altri diritti di congedo (in particolare per adozione o parentale), impone soltanto, a quegli Stati che siffatti diritti riconoscono, di tutelare le lavoratrici e i lavoratori, che esercitano tali diritti, dal licenziamento e dalle condizioni meno favorevoli che potrebbero essere loro imposte alla fine del congedo. Ne deriva che le condizioni di applicazione di tale congedo non attinenti al licenziamento ed al rientro al lavoro non sono comprese nell'ambito di applicazione della direttiva 2006/54.

Il giudice del rinvio sottopone poi alla Corte, nel caso in cui essa non ravvisi una discriminazione in base al sesso, una questione di validità della direttiva 2006/54 con gli articoli 3 TUE e 8 e 57 TFUE, nonché con gli articoli 21, 23, 33, 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Si tratta di articoli che, nella parte rilevante nella specie, vertono sulla parità tra uomo e donna, nonché sulla tutela contro il licenziamento nel caso di maternità e sul diritto ad un congedo retribuito per maternità o adozione. La Corte precisa che, poiché la situazione di una madre che si sia servita di un contratto di maternità surrogata per avere un figlio e che richieda un congedo di maternità o un congedo di adozione retribuito esula dalla portata della direttiva 2006/54, non vi è motivo di esaminare la validità della direttiva alla luce degli articoli sopra citati. Con riferimento alle disposizioni della Carta, corrette ci sembrano le osservazioni dell'avvocato generale il quale ricorda che queste ultime, ai sensi dell'articolo 51, par.1, si applicano agli Stati membri solo quando attuano il diritto dell'Unione. Non essendo prevista una norma del diritto dell'Unione rilevante per la fattispecie, le disposizioni della Carta citate dal giudice *a quo* non possono essere utilizzate per estendere la portata *ratione materiae* della direttiva 2006/54 (punti 71-73 delle conclusioni).

Le altre questioni sottoposte dal giudice del rinvio alla Corte di giustizia riguardano l'applicazione, al caso di specie, della [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 nella misura in cui vieta le discriminazioni fondate sull'*handicap*. Viene in rilievo in questo contesto anche l'applicazione della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità di cui l'Unione europea è parte a seguito della

decisione 2010/48 CE del Consiglio, del 26 novembre 2009 ([GUUE 2010 L 423, p. 35](#): di seguito la Convenzione ONU). Ad avviso della signora Z., infatti, l'impossibilità di sostenere una gravidanza deve essere qualificata come un *handicap*. In particolare il giudice irlandese chiede se il diniego di concedere il congedo retribuito equivalente ad un congedo di maternità o a un congedo di adozione ad una lavoratrice che soffre di una patologia che le impedisce di sostenere una gravidanza configuri una discriminazione fondata sull'*handicap* ai sensi della direttiva 2000/78. Il giudice vuole inoltre sapere se la Convenzione ONU sia rilevante ai fini dell'interpretazione della direttiva. Anche relativamente alle conferenti norme della direttiva 2000/78, il giudice solleva poi la questione della validità con alcune norme del diritto primario, della Carta e della Convenzione ONU.

La Corte ricorda innanzi tutto l'oggetto della direttiva, cioè la lotta alle discriminazioni fondate sull'*handicap* con riferimento all'occupazione e alle condizioni di lavoro. La nozione di *handicap* non è definita dalla direttiva 2000/78, a differenza della Convenzione ONU che ne dà una definizione piuttosto ampia. Ai sensi dell'articolo 216, par., 2, TFUE, gli accordi conclusi dall'Unione vincolano le sue istituzioni e quindi prevalgono sugli atti dell'Unione europea. Poiché con la decisione 2010/48 l'Unione ha approvato la Convenzione ONU, le sue disposizioni sono parte integrante del diritto dell'Unione e come tali devono essere utilizzate ai fini dell'interpretazione della direttiva 2000/78, la quale deve essere oggetto, per quanto possibile di un'interpretazione conforme.

Avvalendosi della Convenzione ONU e confermando la sua precedente giurisprudenza (v. [sentenza dell'11 aprile 2013, H D Danmark, causa C-335/11 e C-337/11](#)), la Corte ritiene che la nozione di *handicap*, secondo la direttiva 2000/78, deve essere riferita ad 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". Si deve quindi trattare di un *handicap* che impedisca l'esercizio di un'attività professionale e che rappresenti un ostacolo a svolgere una simile attività. La tipologia di *handicap* costituito dall'impossibilità di procreare, per quanto possa causare gravi sofferenze, non è tale da ostacolare "la piena ed effettiva partecipazione alla vita professionale su base di uguaglianza con altri lavoratori". Di conseguenza la direttiva 2000/78, in particolare l'articolo 5 (rubricato: Uguaglianza e non discriminazione), non trova applicazione.

Per quanto riguarda la questione della validità della direttiva con il diritto primario e con la Carta, anche in questo caso la Corte conferma che non essendo rilevante la direttiva ai fini della statuizione nel procedimento principale, non è necessario che essa si pronunci sulla sua validità. Con riferimento alla compatibilità della direttiva 2000/78 con la Convenzione ONU, la Grande sezione rileva che, affinché sia possibile un tale controllo di compatibilità di un atto dell'Unione con un trattato internazionale, è necessario che le norme di quest'ultimo, invocate ai fini dell'esame di validità, siano dal punto di vista del loro contenuto, incondizionate sufficientemente precise e tali non sono le norme della Convenzione ONU. Tale accordo, infatti, imponendo agli Stati parti obblighi per l'attuazione delle disposizioni in esso contenute, ha natura programmatica e di conseguenza le sue disposizioni non producono effetti diretti nell'ordinamento dell'Unione. Ne consegue che la validità della direttiva citata non può essere esaminata alla luce della Convenzione ONU.

Allo stato attuale del diritto dell'Unione, quindi, la maternità surrogata non risulta in alcun modo protetta. Sarebbe tuttavia auspicabile che il legislatore europeo, vista la

probabile diffusione di tale forma di maternità, adotti le misure legislative necessarie per conferire alle persone interessate una protezione adeguata, soprattutto in considerazione del fatto che la donna che si avvale della maternità surrogata, non avendo portato in grembo il proprio figlio, ha ancora più bisogno di instaurare con il bambino una relazione affettiva.

ROSANNA LA ROSA