CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE ANTONIO SAGGIO

presentate il 10 giugno 1999 *

1. Con il ricorso pregiudiziale dello Staatsgerichtshof del Land dell'Assia la Corte è chiamata per la terza volta ad interpretare l'art. 2, nn. 1 e 4, della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (in prosieguo: la «direttiva») [1], per permettere di stabilirne la compatibilità con una normativa riguardante un programma di assunzione e di promozione della donna nel pubblico impiego. Con il presente quesito pregiudiziale ci si chiede infatti di definire, alla luce del diritto comunitario vigente, la nozione e i limiti delle azioni positive nazionali finalizzate a facilitare il pieno inserimento delle donne nel mondo del lavoro.

La normativa comunitaria

2. Ricordo che la direttiva si propone di attuare negli Stati membri «il principio della parità di trattamento fra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, ivi compresa la promozione e l'accesso alla formazione professionale, nonché le condizioni di lavoro e [...] la sicurezza sociale» (art. 1).

L'art. 2 della stessa direttiva stabilisce, al n. 1, che tale principio «implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia».

Lo stesso articolo precisa, al n. 4, che la direttiva permette agli Stati di adottare o mantenere in vigore eventuali «misure volte a promuovere la parità delle opportunità per gli uomini e le donne, in particolare ponendo rimedio alle disparità di fatto che pregiudicano le opportunità delle donne nei settori di cui all'articolo 1, paragrafo 1».

3. Successivamente alla introduzione del quesito pregiudiziale è entrato in vigore il Trattato di Amsterdam, che ha modificato il Trattato CE con riguardo — per quanto rileva nella presente analisi — alla realiz-

* Lingua originale: l'italiano.

1 — GU L 39, pag. 40.

zazione del principio della parità di trattamento degli uomini e delle donne. In particolare, gli artt. 2 e 3 del Trattato CE prevedono, nella loro nuova versione, che «la Comunità ha il compito di promuovere [....] la parità tra uomini e donne» e che «l'azione della Comunità mira a eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne». Inoltre l'art. 6 A, anch'esso inserito dal nuovo Trattato, stabilisce che «il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso [...]».

4. L'art. 141 del Trattato CE (ex art. 119) prevede, nella versione emendata, che «ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore» (n. 1), che «il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'art. 251 [*ex* art. 189 B] e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore» (n. 3), e infine che «allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali» (n. 4)[2]. Nella *Dichiarazione sull'art. 119 [attualmente art. 141], n. 4, del Trattato che istituisce la Comunità europea*, allegata al Trattato di Amsterdam, si legge che «gli Stati membri, nella adozione delle misure di cui all'art. 119, n. 4, del Trattato che istituisce la Comunità europea, dovrebbero mirare, anzitutto, a migliorare la situazione delle donne nella vita lavorativa».

5. Già prima della modifica del Trattato, le istituzioni comunitarie adottavano svariati atti relativi alla parità di trattamento di uomini e donne. Di particolare rilievo la raccomandazione del Consiglio 84/635/CEE, del 13 dicembre 1984, finalizzata a favorire l'adozione da parte degli Stati di azioni positive a favore delle donne[3], in cui si legge che «le disposizioni normative esistenti in materia di parità di trattamento, intese a conferire diritti agli individui, sono inadeguate per eliminare tutte le disparità di fatto, a meno che non siano intraprese azioni parallele da parte dei governi, delle parti sociali e degli altri enti interessati, per controbilanciare gli effetti negativi risultanti per le donne, nel campo dell'occupazione, dagli atteggiamenti, comportamenti e strutture sociali», ed in cui si invitano gli Stati membri, facendo espresso riferimento all'art. 2, n. 4, della direttiva, ad adottare

2 — L'art. 119, nella versione precedente alle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam, non faceva alcun riferimento ad azioni positive in favore del sesso sottorappresentato e prevedeva unicamente il divieto di discriminazioni con riguardo ai trattamenti retributivi. La disposizione prevedeva, al primo comma, che «ciascuno Stato membro assicura durante la prima tappa, e in seguito mantiene, l'applicazione del principio della parità delle retribuzioni fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro».

3 — GU L 331, pag. 34.

una politica di azioni positive mirante, tra l'altro, all'«incoraggiamento delle candidature, delle assunzioni e della promozione delle donne nei settori, professioni e livelli in cui esse siano sottorappresentate, in particolare ai posti di responsabilità».

La normativa nazionale

6. La legge dell'Assia sulla parità di trattamento e sulla rimozione delle discriminazioni nei confronti della donna nel pubblico impiego (Hessisches Gleichberechtigungsgesetz, in prosieguo: «HGlG»), adottata il 21 dicembre 1993 e promulgata il 30 dicembre 1993, si propone di realizzare l'uguale accesso di donne e uomini ai pubblici uffici, attraverso l'adozione di piani di promozione relativi alle condizioni di accesso, di lavoro e di carriera per le donne, dotati di obiettivi vincolanti (art. 1).

7. L'art. 3 dello HGlG prevede, al n. 1, che «ciascun servizio ha l'obbligo di attivarsi, mediante piani di promozione della donna [...] ed altre misure di promozione [...], per la parificazione di donne e uomini nel servizio pubblico e per rimuovere le situazioni di insufficiente rappresentanza femminile e le discriminazioni fondate sul sesso e sullo stato di famiglia» e, al n. 2, che «le donne si considerano sottorappresentate quando, nell'ambito di applicazione di un piano per la promozione della donna [...], per ogni fascia di stipendi, retribuzioni e salari di una determinata carriera sono impiegate meno donne che uomini. Nei ruoli di ingresso di ogni carriera le donne si considerano sottorappresentate quando in tutti i gradi della carriera sono impiegate meno donne che uomini. La frase precedente vale, conformemente, per gli incarichi iniziali delle carriere di magistrato e pubblico ministero. Nell'ambito di applicazione di un piano per la promozione femminile ogni fascia salariale di una carriera, ogni fascia di stipendio e di retribuzione costituiscono un settore. L'autorità che stabilisce il piano di promozione può procedere ad ulteriori ripartizioni».

8. L'art. 5, n. 3, stabilisce che «il piano di promozione femminile contiene, per ogni due anni, obiettivi vincolanti relativi alla quota femminile nelle assunzioni e promozioni per aumentare la presenza femminile in settori nei quali le donne sono sottorappresentate». L'art. 5, n. 4, inoltre, dispone che «per ogni piano di promozione deve essere prevista, per ciascun settore nel quale le donne siano sottorappresentate, l'assegnazione a donne di più della metà degli effettivi». Tale regola non si applica quando «il sesso sia una condizione imprescindibile di una determinata attività» oppure «qualora venga dimostrato attendibilmente che non è possibile raggiungere un numero sufficiente di donne con le qualifiche necessarie», ovvero «nel caso

di promozioni senza assegnazione di posti in settori nei quali le donne sono sottorappresentate dev'essere prevista una quota di presenza femminile pari almeno a quella della fascia retributiva immediatamente inferiore, salvo quanto previsto alla terza frase». Infine, «qualora siano previste misure economiche relative al personale che bloccano o sopprimono determinati posti, il piano di promozione deve garantire che la quota di presenza femminile nei settori interessati resti quanto meno inalterata».

9. L'art. 5, n. 7, si riferisce ai «posti del settore scientifico» i quali, in base alla legge quadro sull'università (Hochschulrahmengesetz), vengono assegnati temporaneamente. Essi devono essere ricoperti da una quota di personale femminile pari almeno a quella rappresentata dalle donne tra i laureati o i dottori di ricerca (a seconda dei casi) per ciascun settore di studi. Lo stesso deve avvenire per l'assunzione di personale scientifico ausiliario non laureato: le donne devono essere prese in considerazione almeno per una percentuale corrispondente a quella delle studentesse nell'ambito di ciascun settore di studi.

10. L'art. 7 stabilisce che, sempre in caso di sottorappresentazione, devono essere riservati alle donne almeno la metà dei posti nei programmi di formazione. Sulla disponibilità di tali posti andrà inoltre richiamata l'attenzione delle donne ed incoraggiata la loro partecipazione. Nel caso in cui, nonostante tale esortazione, non si raggiunga un numero sufficiente di candidature femminili, più della metà dei posti disponibili possono essere assegnati ad uomini.

11. Alle interviste organizzate per l'assunzione di nuovo personale, devono essere invitate, stando all'art. 9, n. 1, almeno tante donne quanti uomini, o addirittura tutte le donne, quando siano in possesso dei requisiti imposti dalla legge o altrimenti richiesti e il settore in questione presenti una situazione di sottorappresentazione.

12. L'art. 10 dispone che «l'idoneità, la capacità e il rendimento specifico (qualifica) devono essere valutati in conformità alle esigenze del posto da occupare o dell'ufficio da ricoprire. Nella valutazione delle qualifiche, le competenze e l'esperienza acquisite nell'assistenza di bambini o soggetti bisognosi di cure in ambito domestico (lavoro familiare) devono essere prese in considerazione, in quanto rilevino nella valutazione dell'idoneità, preparazione e capacità dei candidati di entrambi i sessi. Ciò vale anche quando il lavoro familiare è stato prestato al di fuori dell'ambito del lavoro remunerato. Non possono venire presi in considerazione lo stato di famiglia o il reddito del partner. Un'occupazione a tempo parziale, congedi e ritardi nella conclusione della formazione che siano

dovuti alla cura di bambini o di familiari bisognosi di cure secondo attestazione medica non possono avere effetti svantaggiosi sulla valutazione, né possono pregiudicare l'avanzamento professionale. L'anzianità di servizio, l'età e la data dell'ultima promozione possono essere considerate solo in quanto rilevino ai fini della valutazione dell'idoneità, rendimento e capacità dei candidati di entrambi i sessi».

13. L'art. 14, infine, stabilisce che, «nella composizione di commissioni, consigli, organismi di amministrazione e controllo e di collegi di altro tipo, almeno la metà dei membri deve essere costituita da donne».

14. Relativamente alla durata del piano di promozione, l'art. 5, n. 3, prevede che gli obiettivi vincolanti di ogni piano vanno determinati, per la durata di due anni, tenendo in considerazione le particolarità esistenti in ogni settore e servizio. Tuttavia, secondo l'art. 10, n. 4, se gli obiettivi del piano di promozione delle donne non vengono raggiunti entro i due anni, ogni assunzione o promozione maschile in un settore in cui le donne siano insufficientemente rappresentate necessita, fino alla realizzazione di tali obiettivi, dell'approvazione dell'istanza che ha adottato il piano. Nel caso in cui, poi, non sia stato approvato alcun piano di promozione femminile, nei settori che presentano una insufficiente rappresentanza femminile non si può procedere ad alcuna nuova assunzione o promozione (art. 10, n. 5).

Il procedimento nazionale e il procedimento comunitario

15. Il rinvio pregiudiziale è stato proposto dallo Staatsgerichtshof dell'Assia, nel quadro di un giudizio di costituzionalità incardinato da quarantasei deputati del Parlamento del Land allo scopo di veder dichiarata l'incompatibilità dello HGlG, in particolare dei suoi artt. 3, 5, 7-11, 14, 16 e 18, con la Costituzione dell'Assia.

16. Lo HGlG sarebbe, a giudizio dei ricorrenti, in contrasto, da un lato, con il principio costituzionale della «selezione dei migliori», in quanto comporterebbe la preferenza dei candidati in base al sesso e non al merito, e, dall'altro, con il principio della parità di trattamento, che non solo vieta il riconoscimento di privilegi ad un gruppo specifico ma attribuisce un diritto fondamentale a tutti gli individui, diritto che assicurerebbe ai cittadini pari opportunità nelle condizioni di partenza e non la realizzazione di posizioni definitive di vantaggio per una specifica categoria di persone. In questo senso la normativa in

questione sarebbe anche in contrasto con la direttiva, così come interpretata dalla Corte di giustizia nella sentenza Kalanke [4].

17. La Corte Costituzionale del Land dell'Assia, prima di procedere al controllo di costituzionalità della legge tedesca in esame, sospendeva il procedimento *a quo* e sottoponeva alla Corte, ai sensi dell'art. 234 (*ex* art. 177) del Trattato CE, il seguente quesito pregiudiziale:

se l'art. 2, nn. 1 e 4, della direttiva 76/207 osti ad una normativa nazionale per cui:

«a) in casi di insufficiente rappresentanza, ai sensi dell'art. 3, nn. 1 e 2, della legge dell'Assia sulla parità di trattamento, la scelta, ai sensi dell'art. 10 della stessa legge, tra un candidato di sesso femminile e uno di sesso maschile a parità di qualifica deve avvenire, per il vincolo posto dagli obiettivi del piano di promozione della donna di cui all'art. 5, nn. 3 e 4, della legge, in ogni caso a favore della donna quando ciò sia necessario al conseguimento di tali obiettivi e non vi siano ostacoli di maggiore rilevanza giuridica;

b) gli obiettivi vincolanti del piano di promozione della donna per posti temporanei del servizio scientifico e per assistenti scientifici, ai sensi dell'art. 5, n. 7, della legge dell'Assia sulla parità di trattamento, devono prevedere una quota minima di personale femminile pari a quella esistente tra i laureati (n. 7, prima frase), i dottori (n. 7, seconda frase) e gli studenti (n. 7, terza frase) di ciascun settore di studi;

c) le donne, nell'ambito di professioni di formazione nelle quali siano insuffi-

4 — Sentenza 17 ottobre 1995, causa C-450/93 (Racc. pag. I-3051). Secondo i ricorrenti, le disposizioni citate violerebbero innanzitutto gli artt. 1 e 134 della Costituzione del Land dell'Assia, in quanto costituirebbero delle forme di discriminazione basata sul sesso. Gli artt. 9, n. 1, e 10, n. 3, prima frase, dello HGlG sarebbero inoltre in contrasto con il principio generale della «selezione dei migliori», stabilito dall'art. 33 della Costituzione federale e ripreso dallo stesso art. 134 della Costituzione del Land. Lo HGlG sarebbe incompatibile anche con il principio, di cui agli artt. 135 e 29 della Costituzione, in base al quale i rapporti giuridici del prestatore di lavoro nel pubblico impiego devono configurarsi secondo le esigenze dell'amministrazione, e oltrepasserebbe addirittura i limiti posti alla competenza legislativa dei Länder dagli artt. 70, 72, 74, n. 12, e 75, n. 1, della Costituzione federale, recepiti anche dall'art. 153 della Costituzione del Land.

cientemente rappresentate, devono essere preferite nell'assegnazione di posti di formazione, ai sensi dell'art. 7, n. 1, della legge dell'Assia sulla parità di trattamento, fino a concorrenza della metà di questi, a meno che non si tratti di corsi di formazione gestiti esclusivamente dallo Stato;

d) in settori nei quali le donne sono insufficientemente rappresentate, ai sensi dell'art. 9, n. 1, della legge dell'Assia sulla parità di trattamento, devono essere chiamate ad un colloquio di presentazione tante donne quanti uomini, oppure tutte le candidate, quando soddisfino i requisiti posti dalla legge o comunque previsti per ricoprire il posto o esercitare la carica vacante;

e) la metà dei membri di commissioni, consigli, organi di amministrazione e di controllo nonché di collegi di altro tipo dev'essere costituita, ai sensi dell'art. 14 della legge dell'Assia sulla parità di trattamento, da donne».

18. Presentavano osservazioni scritte lo Hessische Ministerpräsident, il Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica di Finlandia e la Commissione. Tutte le parti intervenute partecipavano alla procedura orale.

Nel merito

I — *Sulle azioni positive per la realizzazione di pari opportunità delle donne nel mondo del lavoro*

19. Il problema che si pone nella presente causa è quello di definire la disciplina delle azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna, nell'ambito dell'ordinamento comunitario.

20. Si considerano azioni positive [5] tutti gli atti, siano essi previsti a livello legislativo o amministrativo, che predispongono degli

5 — Come ricordato dall'avvocato generale Tesauro, nelle conclusioni presentate il 6 aprile 1995, nella causa Kalanke, l'espressione «azioni positive» è stata coniata in diritto statunitense, ove le *affirmatives actions* hanno costituito, in un primo tempo, misure in favore della popolazione di colore e, successivamente, misure in favore di etnie minoritarie ovvero di fasce deboli quali appunto le donne. L'avvocato generale specifica poi che «l'azione positiva può assumere diverse forme. Un primo modello è quello che tende a rimediare non a discriminazioni in senso giuridico, ma ad una condizione di svantaggio che caratterizza la presenza femminile nel mercato del lavoro» con specifici interventi sull'orientamento e la formazione professionale delle donne; «un secondo modello (...) è individuabile in quelle azioni dirette a favorire l'equilibrio tra responsabilità familiari e professionali e una migliore ripartizione di tali responsabilità tra i due sessi», tali misure comprendono quelle «concernenti l'assetto dell'orario di lavoro, lo sviluppo di strutture per l'infanzia, il reinserimento professionale delle donne che si sono dedicate all'educazione dei figli, nonché a politiche di previdenza sociale e di compensazioni fiscali che tengano conto degli oneri familiari»; infine, «un terzo modello è quello dell'azione come rimedio ai perduranti effetti di storiche discriminazioni giuridicamente rilevanti», tale modello include i «trattamenti preferenziali a favore delle categorie svantaggiate, in particolare mediante sistemi di quote e di *goals*». Il sistema delle quote comporta la riserva, per la categoria svantaggiata, di un certo numero di posti, il sistema dei *goals*, invece, si basa sull'attribuzione di «un punteggio più elevato ai membri delle categorie in questione, ma senza compromettere il diritto di ogni candidato a concorrere per tutti i posti disponibili» (punti 8 e 9). La nozione di azione positiva si ritrova attualmente sia nei diritti nazionali che in diritto comunitario e, in particolare, nella raccomandazione del Consiglio del 1984 che riguarda appunto la «promozione delle azioni positive a favore delle donne».

strumenti a favore di uno specifico gruppo svantaggiato (per ragioni naturali o storiche) al fine di assicurarne pari opportunità a livello sociale. Nella materia di cui ci occupiamo, cioè quella delle pari opportunità delle donne rispetto agli uomini nel mondo del lavoro, le azioni positive consistono generalmente in programmi tesi ad agevolare l'assunzione e la promozione delle donne. Tali provvedimenti, di carattere appunto positivo, presentano per il loro stesso contenuto, che è quello di privilegiare una particolare categoria di soggetti, carattere discriminatorio e sono quindi palesemente in contrasto col principio generale di uguaglianza. E' noto che il principio del divieto delle discriminazioni basate sul sesso, avente come obiettivo la parità di trattamento degli uomini e delle donne, attribuisce a tutti gli individui un diritto fondamentale e costituisce una regola cardine non solo dell'ordinamento comunitario ma anche dei diritti nazionali. La legittimità delle azioni positive si misura dunque, di massima, con riguardo alla possibilità di conciliarle con tale principio generale.

Ora, mentre il n. 1 dell'art. 141 del Trattato e il n. 1 dell'art. 2 della direttiva oggetto del quesito pregiudiziale vietano qualsiasi discriminazione basata sul sesso, il n. 4 dell'art. 141, così come il n. 4 dell'art. 2 della direttiva, riconosce agli Stati membri la facoltà di predisporre azioni positive per la realizzazione di pari opportunità delle donne nel mondo del lavoro. Gli Stati possono dunque adottare provvedimenti finalizzati a tale obbiettivo anche se si presentano in contrasto con il principio generale di non discriminazione, e quindi anche se comportano effettivi svantaggi per i lavoratori di sesso maschile. Il punto centrale della nostra analisi è dunque quello di stabilire in quali limiti e a quali condizioni azioni positive nazionali, quale quella in esame, possano considerarsi compatibili con l'ordinamento comunitario.

21. La Corte è stata già chiamata ad interpretare l'art. 2, n. 4, della direttiva [6] in relazione appunto al principio generale di non discriminazione e, in due casi, a stabilirne la portata in relazione ad azioni positive nazionali. I quesiti proposti alla Corte in passato, come pure quello che stiamo esaminando, riguardano il contenuto della facoltà riconosciuta agli Stati di adottare tali azioni in favore delle donne. Rilevo sin da ora che la Corte si è pronunciata nel senso che la disposizione della direttiva, costituendo un'eccezione al principio generale di non discriminazione, deve essere interpretata in modo restrittivo: in particolare ha escluso la possibilità di garantire alle donne la precedenza assoluta e incondizionata nelle assunzioni e nelle promozioni.

6 — La prima pronuncia sull'art. 2, n. 4, della direttiva è la sentenza 25 ottobre 1988, causa 312/86, Commissione/Francia (Racc. pag. 6315), in cui la Corte ha affermato che tale disposizione contiene un'eccezione che «ha lo scopo, preciso e limitato, di autorizzare provvedimenti che, pur apparendo discriminatori, mirano effettivamente ad eliminare o a ridurre le disparità di fatto che possono esistere nella realtà della vita sociale» (punto 15). In questa causa, si trattava di accertare l'eventuale inadempimento della Francia a seguito della mancata trasposizione della direttiva 76/207. Nelle sue difese, lo Stato convenuto faceva valere che, con la modifica del codice del lavoro, il legislatore francese aveva espressamente previsto la facoltà di attribuire «diritti speciali alle donne» nel quadro di contratti individuali o collettivi di lavoro. La Corte riteneva infondati tali argomenti, affermando, tra l'altro, che il riconoscimento generico di diritti speciali non costituiva una azione positiva *ex* art. 2, n. 4, della direttiva, ed escludendo dunque che questa disposizione potesse costituirne il fondamento giuridico.

22. Due sono i punti essenziali della giurisprudenza su cui intendo soffermarmi: a) la possibilità che le azioni positive nei riguardi delle donne, e in particolare quelle che fissano una percentuale di presenza — quota — nei singoli gradi di carriera, comportino l'obbligo della assunzione o della promozione dei candidati di sesso femminile, cioè il raggiungimento del risultato per il quale lo strumento è stato adottato, e b) le condizioni perché un sistema che assicura una percentuale di presenza di donne possa considerarsi legittimo nell'ordinamento comunitario.

23. a) Nella sentenza Kalanke del 1995 [7] — invocata dai ricorrenti nel giudizio *a quo* a sostegno delle loro conclusioni e richiamata dal giudice remittente nel quesito pregiudiziale — l'azione positiva era predisposta da una legge del Land di Brema, la quale prevedeva che «all'assunzione, compresa l'instaurazione di un rapporto come pubblico dipendente o giudice, che non abbia funzione formativa, va data la precedenza alle candidate di sesso femminile, in caso di parità di qualifica, rispetto ai candidati maschi, nei settori nei quali il personale femminile è sottorappresentato» e che «la qualificazione va commisurata unicamente alle esigenze del lavoro connesso al posto da occupare o alla carriera». La Corte riteneva che tale normativa, *accordando automaticamente, a parità di qualificazioni tra i candidati di sesso differente*, una preferenza alle donne nei settori nei quali queste sono insufficientemente rappresentate, non solo è contraria all'art. 2, n. 1, della direttiva in quanto «comporta una discriminazione basata sul sesso» (punto 16), ma non può nemmeno essere inquadrata tra le azioni positive di cui al n. 4 dello stesso articolo, in quanto «una normativa nazionale che assicura una preferenza assoluta ed incondizionata alle donne in caso di nomina o promozione va oltre la promozione della parità delle opportunità ed eccede i limiti della deroga prevista all'art. 2, n. 4, della direttiva» (punto 22). La Corte aggiungeva poi che «siffatto sistema, in quanto mira a far sì che le donne siano rappresentate in pari misura rispetto agli uomini in tutte le categorie retributive e in tutti i livelli di un servizio, sostituisce all'obiettivo della promozione della parità delle opportunità, di cui all'art. 2, n. 4, un risultato al quale si potrebbe pervenire solo mediante l'attuazione di tale obiettivo» (punto 23).

La Corte ha così aderito alle conclusioni cui era giunto l'avvocato generale, secondo il quale «dare pari opportunità non può che significare [...] mettere in condizione di ottenere un eguale risultato, dunque ristabilire tra gli appartenenti ai due sessi le condizioni di parità nei punti di partenza [...]. Ora, che la normativa nazionale qui in discussione non sia affatto rivolta a garantire l'uguaglianza nei punti di partenza mi sembra fin troppo evidente. La stessa circostanza che due candidati di sesso diverso abbiano qualifiche equivalenti implica infatti, e per definizione, che i due candidati hanno avuto ed hanno pari opportunità: si trovano cioè in condizioni paritarie ai blocchi di partenza. La normativa nazionale in questione, nell'accordare la preferenza alle donne, tende quindi a raggiungere un'eguaglianza di risultato o meglio un'equa ripartizione dei posti di

7 — Sentenza 17 ottobre 1995, causa C-450/93, già citata.

lavoro, in termini solo numerici, tra uomini e donne. Non mi sembra sia questo né lo scopo, né la *ratio* dell'art. 2, n. 4, della direttiva» (punto 13) [8].

24. Nel 1997, con la sentenza Marschall [9] — pronunciata successivamente all'introduzione del presente quesito pregiudiziale —, la Corte sembra offrire una maggiore apertura del diritto comunitario alle azioni positive in favore delle donne. In tale sentenza, la Corte, sebbene, ispirandosi alla precedente giurisprudenza, sia partita dalla premessa che l'assenza della radicalità del mezzo di promozione della parità di trattamento — in altre parole la flessibilità delle quote di presenza delle donne — possa permettere di conciliare l'azione positiva con il principio di non discriminazione e quindi rendere legittima la misura avente formalmente carattere discriminatorio, ha comunque affermato che tale misura può effettivamente «contribuire a controbilanciare gli effetti dannosi, per i candidati di sesso femminile, degli atteggiamenti e dei comportamenti sopra descritti e a ridurre le disparità di fatto che possono esistere nella realtà della vita sociale» (punto 31).

Ricordiamo brevemente il caso. La legge tedesca di cui si contestava la compatibilità con l'art. 2, nn. 1 e 4, della direttiva era lo statuto del personale del Land Renania settentrionale, il quale prevede che i candidati di sesso femminile debbano, a parità di idoneità, di competenza e di prestazioni professionali, avere la precedenza nella promozione, nel caso in cui al livello del posto considerato della carriera vi siano meno donne che uomini. La legge prevede poi una riserva all'applicazione dell'azione di promozione nel senso che il datore di lavoro può astenersi dal rispettare tale disposizione se «prevalgono motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile». In base alla presenza di tale «clausola di riserva», la Corte riteneva che il sistema fosse sufficientemente flessibile, cioè privo dell'automatismo che caratterizzava la legge di Brema, esaminata nella sentenza Kalanke, e giudicava quindi che la direttiva 76/207 sulle pari opportunità non fosse di ostacolo alle misure adottate dal Land Renania. Si legge nel dispositivo che «l'art. 2, nn. 1 e 4, della direttiva [...], non osta ad una norma nazionale che, in caso di pari qualificazioni di candidati di sesso diverso quanto ad idoneità, competenza e prestazioni professionali, obblighi a dare la precedenza nella promozione ai candidati di sesso femminile nei settori di attività pubblici in cui, al livello del posto considerato, le donne sono meno numerose degli uomini, a meno che non prevalgano motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile, a condizione che: — la detta norma garantisca, in ciascun caso

8 — A sostegno di tale riflessione l'avvocato generale ricorda che la Corte, nella sentenza Commissione/Francia, già citata, ha ritenuto che fossero incluse tra le azioni positive di cui all'art. 2, n. 4, della direttiva solo quelle che si presentassero *apparentemente discriminatorie*, ne segue che l'obiettivo della disposizione è sì quello della uguaglianza sostanziale, ma «non può che essere perseguito attraverso misure finalizzate al raggiungimento di uno statuto effettivo di pari opportunità, con la conseguenza che sono consentite unicamente quelle diseguaglianze necessarie ad eliminare gli ostacoli o disparità che impediscono alle donne di perseguire in condizioni paritarie gli stessi risultati degli uomini. E' solo in quest'ottica, infatti, che le misure specifiche destinate alle donne sono solo apparentemente discriminatorie; ed è solo in questo modo che si perviene ad una reale ed effettiva uguaglianza sostanziale» (punto 15). Pertanto «l'art. 2, n. 4, della direttiva consente unicamente di eliminare le disparità di fatto che colpiscono le donne, ma non certo attraverso pure e semplici discriminazioni alla rovescia, cioè attraverso misure niente affatto finalizzate alla rimozione di ostacoli che impediscono alle donne di perseguire in condizioni paritarie gli stessi risultati, ma di attribuire direttamente ad esse i risultati stessi, o comunque ad accordare loro la priorità, per il raggiungimento di quei risultati, *solo perché donne*» (punto 22).

9 — Sentenza 11 novembre 1997, causa C-409/95, Marschall (Racc. pag. I-6363).

individuale, ai candidati di sesso maschile aventi una qualificazione pari a quella dei candidati di sesso femminile un esame obiettivo delle candidature che prenda in considerazione tutti i criteri relativi alla persona dei candidati e non tenga conto della precedenza accordata ai candidati di sesso femminile quando uno o più di tali criteri facciano propendere per il candidato di sesso maschile, e che — tali criteri non siano discriminatori nei confronti dei candidati di sesso femminile» [10].

25. Ebbene la Corte, parte — come rilevato dai ricorrenti al giudizio principale — dalle considerazioni svolte nella prima sentenza e afferma che l'art. 2, n. 4, della direttiva, la quale, si ricorda ancora, ammette che gli Stati adottino azioni positive in favore delle donne, include normative nazionali che accordino, nelle assunzioni e promozioni, una tale preferenza a meno che la stessa preferenza sia «assoluta e incondizionata», in quanto in tal caso essa assicurerebbe automaticamente il raggiungimento dell'obiettivo dell'azione — che consiste appunto nell'assunzione o nella promozione —, obiettivo che, quindi, perderebbe la propria natura e finirebbe col sostituirsi all'oggetto della stessa azione positiva.

26. Tale giurisprudenza induce a una riflessione generale sul contenuto che ha oggi la nozione di pari opportunità, e più particolarmente di azione positiva, nel diritto comunitario. Nozione che, come è noto, può essere diversa da ordinamento a ordinamento e che si presta ad un costante adattamento alle esigenze della società, assumendo quindi nel tempo accezioni diverse anche in seno allo stesso ordinamento.

Ebbene, se si guarda alla recente modifica del testo del Trattato CE, per la parte relativa alle pari opportunità e in particolare alle azioni positive (l'art. 141, n. 4, fa ormai espresso riferimento alle azioni positive adottate a livello nazionale le quali «prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a compensare svantaggi nelle carriere professionali») e si considera la volontà a più riprese espressa dalle istitu-

10 — La sentenza non segue quindi l'interpretazione della direttiva prospettata dall'avvocato generale. Secondo quest'ultimo infatti risulterebbe chiaramente «dalla lettera dell'art. 2, n. 4, e dall'interpretazione datane dalla Corte [nella sentenza Kalanke] che questa disposizione si riferisce alla promozione della parità di opportunità e non all'imposizione della parità di rappresentanza e che gli Stati membri conservano il potere di emanare provvedimenti apparentemente discriminatori diretti ad abolire specifici ostacoli o svantaggi incontrati dalle donne sul mercato del lavoro onde promuovere la parità di opportunità per gli uomini e le donne e, quindi, garantire una migliore rappresentanza delle donne nei posti di lavoro. Tuttavia il principio di proporzionalità esige che tali provvedimenti siano ad un tempo idonei e necessari allo scopo perseguito». Secondo l'avvocato generale «un provvedimento che si riferisca specificamente alle persone di sesso femminile non è proporzionato allo scopo di rimediare alle specifiche disparità di cui in pratica sono vittime le donne e di promuovere la parità di opportunità se lo stesso risultato può essere ottenuto mediante una disposizione formulata in termini neutri sotto tale profilo» (punti 42 e 43).

zioni comunitarie in relazione al raggiungimento di tale obiettivo [11], si deve concludere nel senso che un'interpretazione restrittiva dell'art. 2, n. 4, della direttiva la quale limiti eccessivamente l'adozione di sistemi che prevedono quote di presenza femminile tra le azioni positive previste da tale disposizione non sia coerente rispetto all'evoluzione del diritto comunitario in materia. A mio parere, tenuto conto della lettera delle menzionate disposizioni sulle misure nazionali finalizzate a garantire pari opportunità ai soggetti che si trovano ad essere svantaggiati per la loro appartenenza ad un sesso, nonché dell'obiettivo, e dell'oggetto, che hanno assunto oggi in vari ordinamenti nazionali le azioni positive in favore delle donne, non si possono, in via di principio, ritenere esclusi dal diritto comunitario quei provvedimenti nazionali che comportano l'effettiva assunzione o promozione dei candidati di sesso femminile.

A ciò si aggiunga che, se è vero, come si è già rilevato, che la legittimità di tali misure si fonda sulla possibilità di conciliare l'azione positiva con il principio generale di non discriminazione, è anche vero che il principio di non discriminazione, volto ad assicurare — per quanto rileva nella fattispecie in esame — la parità di trattamento dei lavoratori e il principio di pari opportunità — su cui si fonda l'azione positiva —, volto ad assicurare l'eguaglianza delle condizioni effettive degli stessi, o meglio i principi di uguaglianza formale e sostanziale, non sono, come è stato più volte affermato da una parte della dottrina, completamente antitetici: se, infatti, l'uguaglianza sostanziale si può realizzare con misure che sono, per il loro stesso oggetto, di carattere discriminatorio, essa di fatto ha l'identico obiettivo del primo, ma con una valenza ulteriore che vede il legislatore farsi carico di correggere una situazione di reale difficoltà di alcune fasce della popolazione, difficoltà cui non si potrebbe far fronte assicurando il rispetto del principio generale di non discriminazione. Se si segue questa linea di ragionamento si può dunque arrivare a dubitare che l'uguaglianza sostanziale costituisca l'eccezione rispetto a quella formale e, in altri termini, che la norma su cui si fonda l'azione positiva — nella specie l'art. 141, n. 4, del Trattato CE e l'art. 2, n. 4, della direttiva — sia di carattere eccezionale e debba dunque essere interpretata restrittivamente.

11 — Oltre alla raccomandazione del Consiglio del 1984, già menzionata nella parte iniziale delle presenti conclusioni, si ricorda che la Commissione, a seguito della pronuncia della sentenza nella causa Kalanke, ha emanato una comunicazione, sulla interpretazione di tale sentenza, in cui conclude nel senso che «la Commission considère que la Cour n'a fait que condamner la caractéristique particulière de la législation de Brême qui consiste en une automaticité de la mesure et accorde aux femmes un droit absolu et inconditionnel en matière de recrutement ou de promotion. La Commission est donc d'avis que le seul type de régime de quotas qui soit illégal est le régime absolument rigide qui ne laisse aucune possjbilité de tenir compte de circonstances individuelles. Les États membres et les employeurs sont donc libres de recourir à toute autre forme d'actions positives, y compris des quotas flexibles.» [Documento COM (96) 88]. La Commissione ha altresì proposto di sostituire l'art. 2, n. 4, della direttiva con il testo seguente «La presente direttiva non osta alle misure volte a promuovere le pari opportunità per uomini e donne, in particolare eliminando le diseguaglianze sostanziali che pregiudicano le opportunità del sesso insufficientemente rappresentato nei settori di cui all'articolo 1, paragrafo I. Dette misure includono il riconoscimento di una preferenza, riguardo all'accesso al lavoro o alla promozione, a favore di una persona del sesso insufficientemente rappresentato, purché tali misure non escludano la valutazione delle circostanze particolari delle singole fattispecie» (GU C 179 del 22 giugno 1996, pag. 8). Il Parlamento europeo infine ha dichiarato, nel quadro della risoluzione sulla prima relazione triennale della Commissione sulla coesione economica e sociale, che «la parità effettiva tra i sessi costituisce un elemento essenziale della coesione economica e sociale; a tal fine, invita la Commissione a riflettere sulla opportunità di elaborare un programma di iniziativa comunitaria che indichi, promuova e sperimenti modalità operative nella programmazione e nella gestione dei fondi, tale da superare questo divario» (PV della seduta del 19 novembre 1997, documento PE 264.019).

27. Ritengo dunque che nulla osti, a livello comunitario, a che il legislatore nazionale possa, nel caso in cui sussistano particolari situazioni di difficoltà del gruppo beneficiario dell'azione, cioè delle donne, e in cui la semplice garanzia del rispetto della parità di trattamento da parte degli organi statali, e cioè del principio (negativo) di non discriminazione, non tuteli adeguatamente la posizione del gruppo, adottare provvedimenti positivi che comportino un effettivo ricollocamento del medesimo gruppo a livello sociale. Tali misure possono dunque essere finalizzate non solo a garantire alle donne pari opportunità nei punti di partenza, creando le condizioni che permettono loro di concorrere adeguatamente per ogni singolo posto, ma ad agire concretamente sull'inserimento sociale delle medesime, assicurando loro un'effettiva preferenza nelle assunzioni e nelle promozioni.

28. Rilevo infine che, se la necessità di conciliare il principio generale di non discriminazione e le azioni positive in favore delle donne comportasse *tout court* la illegittimità di ogni azione positiva che prevedesse il raggiungimento di un risultato effettivo, quale l'assunzione, ciò ridurrebbe enormemente la portata delle azioni, svuotandole di contenuto ed assimilandole a quelle di carattere ausiliario, che non sempre costituiscono correttivi efficaci delle diseguaglianze sociali.

29. b) Passiamo dunque al secondo punto della nostra riflessione, e cioè alle condizioni perché una misura che preveda un obbligo di preferenza ai candidati di sesso femminile e che quindi fissi una percentuale di presenza di donne — quota — in singoli settori o gradi di carriera possa considerarsi legittimo all'interno dell'ordinamento comunitario. Rilevo preliminarmente che, sebbene, come si è appena sottolineato, i due principi di uguaglianza formale e sostanziale non siano antitetici ma complementari, esistono comunque situazioni di attrito che tocca all'autorità giudiziaria di accertare e che, di massima, comportano la illegittimità della misura positiva — in favore di uno specifico gruppo — la quale sia in contrasto con il principio generale di non discriminazione. A mio parere, situazioni di reale conflitto si presentano essenzialmente in due casi: quando la misura di correzione, nella specie l'azione positiva in favore delle donne, sia una misura arbitraria nel suo contenuto, nel senso che sacrifichi in modo eccessivo il diritto dei soggetti non appartenenti al gruppo cui è destinata, oppure quando non sia proporzionata alle reali esigenze del gruppo svantaggiato, cioè quando la realtà sociale non giustifichi l'adozione dello strumento correttivo. Ne deriva che il giudizio sulla legittimità dovrà tener conto non solo del risultato effettivo dell'azione, cioè delle posizioni soggettive acquisite dal gruppo destinatario del provvedimento, ma anche del contenuto specifico della misura adottata in relazione alla effettiva necessità della stessa: giudizio questo che comporta, come a giusto titolo suggerisce il governo olandese, l'esame della proporzionalità tra la situazione effettiva del gruppo destinatario dell'azione e gli effetti della medesima.

30. Ricordiamo, al riguardo, quindi quali sono stati i criteri di giudizio su cui si è

basata la Corte nella citata giurisprudenza sulle azioni positive. Nella sentenza Kalanke, la Corte ha giudicato illegittima l'azione positiva del Land di Brema, in quanto ha ritenuto «automatico» il sistema delle quote da essa istituito. La legge prevedeva che a «parità delle qualifiche» fosse promosso il candidato di sesso femminile, prevedeva cioè la promozione delle donne *a parità di qualificazioni tra candidati di sesso differente*. A mio parere, in questo sistema, il sesso del candidato rilevava solo nella fase finale della scelta, dal momento che la graduatoria dei soggetti idonei alla promozione era predisposta a prescindere dal sesso degli stessi. Il sistema probabilmente non poteva definirsi come completamente automatico, poiché, come si è visto, la graduatoria veniva formata senza tener conto del sesso [12]. Ciononostante, non si può escludere che questa misura avrebbe potuto favorire eccessivamente i candidati di sesso femminile, in quanto l'obbligo di preferenza in favore delle donne, espresso in questi termini rigidi, avrebbe potuto rendere estremamente difficile per il datore di lavoro far ricadere la scelta su un candidato di sesso maschile.

12 — Concordo quindi con quanto osservato dall'avvocato generale nella causa Marschall, secondo il quale «la norma nazionale su cui verteva la causa Kalanke non era effettivamente assoluta e incondizionata: la Corte ha menzionato l'opinione del giudice *a quo* secondo cui quella norma andava interpretata "nel senso che, sebbene in linea di principio la preferenza debba essere accordata alle donne in caso di promozione, l'equità impone tuttavia di fare un'eccezione a questo privilegio ove necessario". Tale interpretazione era dettata dalla considerazione che la norma sarebbe stata altrimenti incompatibile con l'art. 3, nn. 2 e 3, del Grundgesetz tedesco, il quale disponeva allora che uomini e donne hanno gli stessi diritti e che sono vietate discriminazioni basate sul sesso. Poiché nella sentenza Kalanke la Corte ha riconosciuto che la detta norma era soggetta a deroghe, il riferimento alla preferenza "automatica" dev'essere visto in tale prospettiva» (punto 28 delle conclusioni).

31. Nella sentenza Marschall, invece, la Corte ha ritenuto il sistema istituito dalla legge del Land Renania non automatico e quindi legittimo, in quanto questa prevede che il datore di lavoro può non rispettare l'obbligo di dare preferenza alle donne in presenza di «motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile». La Corte ha quindi concluso nel senso che il diritto comunitario «non osta ad una norma nazionale che in caso di pari qualificazioni di candidati di sesso diverso quanto ad idoneità, competenza e prestazioni professionali, obblighi a dare la precedenza nella promozione ai candidati di sesso femminile», e che tale obbligo viene meno se «prevalgano motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile». Questa clausola di esclusione è sottoposta a due condizioni, e cioè: a) che «la detta norma garantisca, in ciascun caso individuale, ai candidati di sesso maschile aventi una qualificazione pari a quella dei candidati di sesso femminile un esame obiettivo delle candidature che prenda in considerazione tutti i criteri relativi alla persona dei candidati e non tenga conto della precedenza accordata ai candidati di sesso femminile quando uno o più di tali criteri facciano propendere per il candidato di sesso maschile» e che b) «tali criteri non siano discriminatori nei confronti dei candidati di sesso femminile». La Corte ha quindi ritenuto che la presenza di detta clausola imponga al datore di lavoro di svolgere *un esame obiettivo delle candidature*, e cioè un esame che tenga conto di ogni elemento relativo al profilo personale e professionale dei candidati. Ne segue che la clausola permette al datore di lavoro di selezionare con autonomia, in funzione delle situazioni concrete, i suoi candidati; o, meglio, che tale clausola, nonostante l'enunciazione dell'obbligo di dare precedenza alle donne, consente di considerare, per i candidati sia di sesso femminile che di sesso maschile, interessi o situazioni particolari, i quali pertanto conservano rile-

vanza pur nella preferenza accordata alle donne. Precisa altresì la Corte che questa clausola non deve essere applicata in modo discriminatorio, a svantaggio dei candidati di sesso femminile.

Il governo della Renania, chiamato a chiarire nel corso della procedura quali fossero in concreto i «motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile», in funzione dei quali eventualmente preferire un candidato di sesso maschile, dichiarava che tali motivi ricomprendono criteri secondari di selezione quali «l'anzianità di servizio e i motivi sociali», come ad esempio la circostanza che il candidato abbia a suo carico un nucleo familiare [13]. Da tale risposta si evince che gli elementi cui fa riferimento la legge possono attenere sia alle «qualifiche», cioè al profilo professionale dei candidati — elementi questi che, come l'anzianità, di servizio rilevano già nella fase preliminare della predisposizione della graduatoria dei candidati —, che a situazioni estranee alla idoneità del candidato a svolgere i compiti nell'ambito del rapporto di lavoro, cioè a situazioni di svantaggio che, come quelle che sono alla base dell'azione correttiva in favore delle donne, necessitano di una particolare tutela.

A mio parere, in sostanza, quella che è stata definita dalla Corte come «clausola di riserva» assume, nel contesto della sentenza, una portata centrale: grazie a tale clausola si evita che l'obbligo di preferenza, assicurato ai candidati di sesso femminile, comprometta la valutazione degli altri candidati, attenuando il suo effetto discriminatorio nei confronti di questi ultimi. Secondo la Corte, infatti, un sistema di quote si presenta come sufficientemente flessibile, e quindi può rientrare nei confini di cui all'art. 2, n. 4, della direttiva, se l'azione positiva non esclude che il datore di lavoro, in presenza di circostanze soggettive e/o oggettive che attengono al profilo dei candidati, in particolare a quelli di sesso maschile, possa sottrarsi all'obbligo di assumere la donna a parità di qualifiche. Il ricorso a tali circostanze non deve però avere effetti discriminatori sulla selezione delle donne [14]. Così ad esempio, il "criterio della anzianità di sevizio" che, comunque, di norma rileva nella valutazione della idoneità dei candidati, non deve essere applicato in modo da discriminare i candidati di sesso femminile.

32. Sulla base di questa giurisprudenza si può, a mio parere, arrivare alla conclusione che un'azione di promozione delle donne nel mondo del lavoro, la quale preveda un obbligo di preferenza dei candidati di sesso femminile e quindi istituisca quote di presenza delle donne nel pubblico impiego come nel settore privato, è considerata legittima dal punto di vista dell'ordinamento comunitario qualora permetta al datore di lavoro di scegliere il candidato

13 — In proposito, v. le conclusioni dell'avvocato generale, pronunciate il 15 maggio 1997, nella causa Marschall, già citata, in particolare punto 8.

14 — Anche su tale punto l'avvocato generale giunge ad una conclusione differente rispetto a quella della Corte, egli si basa non tanto su una diversa interpretazione della normativa comunitaria in materia quanto piuttosto su una diversa interpretazione del contenuto della clausola di riserva. L'avvocato generale sottolinea infatti che, come risulta dalle osservazioni del Land, la clausola di riserva permette di seguire, nella selezione dei candidati i «criteri secondari tradizionali», cioè i criteri che, a detta dello stesso governo, hanno avvantaggiato i candidati di sesso maschile. Pertanto il ricorso a tale clausola comporterebbe che «il posto è offerto al candidato di sesso maschile in base a criteri incontestabilmente discriminatori». Conclude quindi l'avvocato generale che «se illegittima è una norma assoluta che da la precedenza alle donne a motivo del loro sesso, illegittima, a maggior ragione deve essere una norma condizionata che o da la precedenza alle donne a motivo del loro sesso o da la precedenza agli uomini in base a criteri per ammissione discriminatori» (punto 36).

col più idoneo profilo professionale. Essa inoltre non deve alterare in nessun caso il giudizio sui meriti e sulle qualifiche dei candidati di sesso maschile. A tal fine, da un lato, il sesso deve costituire un criterio complementare per definire il profilo dei candidati, criterio che deve concorrere con quelli su cui si basa di norma la valutazione complessiva degli stessi, e, dall'altro, l'obbligo di preferenza delle donne non deve comportare che sia omesso di prendere in considerazione, nel giudizio sui candidati che non beneficiano dell'azione positiva, situazioni particolari di ordine personale, le quali, pur non attenendo alla valutazione del profilo professionale dei candidati, possono essere indice di situazioni sociali aventi la stessa rilevanza di quelle che normalmente devono affrontare le donne.

A ciò si aggiunga che, come ho anticipato, il giudizio sulla legittimità della misura comporta anche, necessariamente, la presa in conto della complessiva situazione che ha reso necessaria la misura equilibratrice. L'eventuale sproporzione tra la misura equilibratrice e il contesto sociale su cui essa opera (penso ad esempio ad una irrilevante differenza nelle percentuali di presenza di donne e di uomini in un'azienda o in un settore pubblico) può far venir meno le condizioni che legittimano l'azione positiva, condizioni che sono necessariamente legate ad elementi fattuali. Spetta al giudice nazionale accertare l'esistenza di tali condizioni nell'ambito di un giudizio in cui venga censurata la singola assunzione o promozione e si contesti quindi la sussistenza dell'obbligo di preferenza. Se la stessa censura ha per oggetto la legittimità della misura equilibratrice nel suo complesso, indipendentemente dalla sua applicazione a questo o quel caso — pensiamo ad esempio al presente procedimento *a quo* —, spetterà alla Corte costituzionale stabilire, in termini astratti o generali, quali condizioni debbano sussistere per legittimare le misure equilibratrici.

II — *Sulla normativa del Land dell'Assia*

Dopo aver sviluppato le anzidette considerazioni generali in ordine alla ammissibilità in diritto comunitario delle azioni positive intese a garantire l'eguaglianza degli uomini e delle donne nel mondo del lavoro, esaminiamo la normativa del Land dell'Assia di cui si contesta la compatibilità con il diritto comunitario, e in particolare con l'art. 2, nn. 1 e 2, della direttiva.

Sul punto a) del quesito pregiudiziale: il vincolo di preferenza delle donne e i criteri di valutazione dei candidati

33. Il punto sub a) del quesito pregiudiziale, di carattere centrale nella presente fattispecie, riguarda due aspetti tra loro complementari, e precisamente, da un lato, le condizioni perché sorga, in capo all'amministrazione, l'obbligo di applicare un piano di promozione per le donne (art. 3, nn. 1 e 2, dello HGlG) nonché le finalità e il contenuto di tale piano (art. 5, nn. 3 e 4, dello HGlG) e, dall'altro, le modalità secondo cui deve avvenire la valutazione dei candidati (art. 10 dello HGlG).

34. Quanto al primo aspetto, e in particolare quanto alle condizioni che impongono l'adozione e l'applicazione di azioni positive, si rileva, a titolo preliminare, che la legge *de qua* riprende le linee generali delle altre normative tedesche oggetto delle pregiudiziali appena ricordate. Risulta infatti dal combinato dei nn. 1 e 2 dell'art. 3, che, ogniqualvolta vi sia una presenza di donne inferiore a quella degli uomini «per ogni fascia di stipendi, retribuzioni e salari di una determinata carriera», l'amministrazione deve adottare un piano di promozione.

Tale piano si applica per un periodo massimo di due anni (art. 5, n. 3). Se, alla fine di questo periodo, il suo scopo non è stato raggiunto, ogni successiva assunzione o promozione di un candidato di sesso maschile sarà subordinata all'approvazione del servizio che ha adottato il piano di promozione, e ciò fino al momento in cui non sarà raggiunta, nel contesto considerato, una pari presenza di lavoratori dei due sessi (art. 10, n. 4). Nonostante il carattere transitorio del piano di promozione, è evidente dunque che l'obbligo di preferenza non viene meno alla scadenza dei due anni, ma solo nel momento in cui si raggiunge il 50% di presenza femminile nei singoli settori e nei singoli gradi della carriera.

35. In presenza di una situazione di disparità, l'art. 3, n. 1, stabilisce che l'amministrazione deve adottare un piano di promozione e altre misure finalizzate a garantire l'uguaglianza degli uomini e delle donne nel pubblico impiego, deve eliminare la sottorappresentazione delle donne e altresì sopprimere le discriminazioni basate sul sesso e sulle condizioni familiari. L'art. 5, n. 4, della legge impone inoltre che, nel quadro di ogni piano di promozione, più della metà dei posti debba di regola essere destinato ai candidati di sesso femminile. Tale dovere dell'amministrazione viene meno in circostanze specifiche espressamente previste dalla legge, e precisamente a) qualora l'appartenenza ad un sesso sia una condizione imprescindibile per una determinata attività; b) qualora venga dimostrato attendibilmente che non è possibile raggiungere un numero sufficiente di donne e c) nel caso di promozioni senza assegnazione di posti in settori nei quali le donne sono sottorappresentate, in tale ultimo caso deve comunque essere prevista una quota di presenza femminile pari almeno a quella della fascia retributiva immediatamente inferiore. Inoltre, nello stesso articolo, si stabilisce che «qualora siano previste misure economiche relative al personale che bloccano o sopprimono determinati posti, il piano di promozione deve garantire che la quota di presenza femminile nei settori interessati resti quanto meno inalterata».

Quanto al secondo aspetto, relativo ai criteri di valutazione dei candidati, l'art. 10, nn. 1-3, di questa legge prevede che «l'idoneità, la capacità e il rendimento specifico (qualifica) devono essere valutati in conformità alle esigenze del posto da occupare o dell'ufficio da ricoprire» e che in tale valutazione l'amministrazione deve attenersi a specifici criteri di giudizio: in primo luogo, devono essere prese «in considerazione le competenze e l'esperienza

acquisite nell'assistenza di bambini o soggetti bisognosi di cure in ambito domestico (...) ciò anche quando il lavoro familiare è stato prestato al di fuori dell'ambito del lavoro remunerato»; in secondo luogo, «l'anzianità di servizio, l'età e la data dell'ultima promozione possono essere considerate solo in quanto rilevino ai fini della valutazione dell'idoneità, rendimento e capacità dei candidati di entrambi i sessi»; in terzo luogo, non possono rilevare nella valutazione del candidato «lo stato di famiglia e il reddito del partner»; infine, non possono avere effetti svantaggiosi sulla valutazione dei candidati «un'occupazione a tempo parziale, congedi e ritardi nella conclusione della formazione che siano dovuti alla cura di bambini o di familiari bisognosi di cure secondo attestazione medica».

36. Tutte le parti intervenute, ad eccezione del ricorrente nella causa principale e del Landesanwalt bei dem Staatsgerichtshof des Landes Hessen, interpretano la legge tedesca nel senso che essa non istituisce, contrariamente a quella del Land di Brema oggetto della causa Kalanke, un sistema rigido di quote di donne e ritengono quindi che la normativa nazionale in esame sia compatibile con la direttiva 76/207, e rientri tra le azioni di cui all'art. 2, n. 4.

Nell'ordinanza di rinvio, e in particolare nella formulazione del punto a) del quesito pregiudiziale, il giudice *a quo* interpreta la normativa tedesca nel senso che l'obbligo di preferenza è subordinato in particolare al principio, consacrato nella Costituzione federale, della «selezione dei migliori» e sussiste solo qualora «non vi siano ostacoli di maggiore rilevanza giuridica», cioè solo qualora non ci sia violazione di principi di rango costituzionale. Anche il governo del Land, rispondendo ad un quesito posto dalla Corte relativamente alla nozione di «ostacoli di maggiore rilevanza giuridica», ha sottolineato che la preferenza assicurata ai candidati di sesso femminile costituisce un criterio di selezione di carattere secondario, nel senso che esso è subordinato ad un altro criterio di carattere prioritario, previsto dalla costituzione del Land, secondo il quale deve comunque essere selezionato il candidato che si presenti più idoneo. In altri termini, solo nel caso in cui vi siano più candidati valutati egualmente idonei per la loro capacità professionale opera il criterio del sesso. Da ciò il governo del Land deduce che il programma di promozione conterrebbe solo un'indicazione generica di programma e non un obbligo per la amministrazione di assicurare la preferenza alle donne sulla base del solo sesso. L'unica circostanza in cui si impone l'obbligo di dare la preferenza ai candidati di sesso femminile sarebbe quella del «caso limite», cioè del caso in cui la non osservanza da parte dell'amministrazione dell'obbligo di raggiungere l'obiettivo del 50% di presenza femminile comporterebbe la mancata realizzazione del piano di promozione. Secondo il governo del Land, quindi, non esiste — se non in casi specifici e presumibilmente assai ridotti — l'obbligo di porre in essere l'azione positiva. Il piano di promozione non costituirebbe alcun diritto in capo ai privati, ma conterrebbe solo un indirizzo di massima per le autorità amministrative.

37. Tale interpretazione della legge tedesca non mi sembra cogliere il significato della normativa nella sua integralità. Stando alla lettera della legge infatti — così come interpretata nell'ordinanza di rinvio — l'amministrazione, nel caso di sottorappresentazione, non solo è tenuta ad adottare un piano di promozione delle donne (art. 3, n. 1, della legge), e non può, fino al momento dell'adozione, procedere a nessuna assunzione (art. 10, n. 5), ma è tenuta anche a destinare ad esse più della metà dei posti da coprire (art. 5, n. 4), e ciò fino al momento in cui la percentuale di presenza delle donne sia pari a quella degli uomini. Rilevo, inoltre, che, a differenza della legge esaminata nella sentenza Marschall, quella che viene in rilievo nel caso di specie non contiene alcuna clausola di riserva, non prevede cioè che si possa non osservare l'obbligo di preferenza per «motivi superiori». La legge *de qua* prevede solo talune deroghe aventi un campo di applicazione limitato, per il caso in cui il sesso sia una condizione per esercitare uno specifico lavoro, per il caso in cui vi sia l'impossibilità di raggiungere il numero sufficiente di donne e, infine, per il caso in cui vi sia una promozione senza assegnazione di posti.

Non sussiste, tuttavia — come sottolinea il giudice remittente e come rileva altresì il governo tedesco —, un obbligo specifico di dare preferenza ai candidati di sesso femminile nel senso che la legge non stabilisce che l'amministrazione è tenuta, in ogni caso oppure a parità di qualifiche, ad assumere o promuovere i candidati di sesso femminile. L'art. 10 prevede infatti che sia accordata la preferenza al candidato avente qualifiche e idoneità superiori. Essa non vieta di dare preferenza al candidato di sesso maschile nel caso in cui esso risulti essere il più idoneo al posto da occupare; essa non ripropone nemmeno la *fictio* della condizione della parità delle qualifiche perché operi l'obbligo di preferenza. Il sistema detta solo un meccanismo volto a facilitare l'inserimento e la carriera delle donne permettendo loro, in particolare, di non essere penalizzate dal lavoro svolto all'interno del nucleo familiare. Tale meccanismo si ritrova nel disposto dell'art. 10 dello HGlG, che detta criteri specifici diretti a favorire la valutazione dei candidati di sesso femminile: da un lato, prevedendo che, nel giudicare i candidati, debbano essere prese in considerazione le esperienze acquisite nello svolgere mansioni domestiche, qualora esse abbiano un'attinenza con i compiti propri del posto da occupare e, allo stesso tempo, che non abbiano rilievo le assenze dal lavoro giustificate da ragioni familiari e, dall'altro, contenendo l'incidenza dell'anzianità di servizio, la quale di norma è acquisita con maggior facilità dai lavoratori di sesso maschile.

38. Sulla base delle precedenti osservazioni, relative all'ammissibilità delle azioni

positive nazionali in diritto comunitario, ritengo dunque che possa essere considerata compatibile con il diritto comunitario un'azione positiva nazionale, quale quella di specie, che sia caratterizzata da un obbligo della amministrazione di adottare un piano di promozione delle donne, tendente a correggere una situazione di sottorappresentazione nei singoli settori e gradi di carriera, e che preveda un obbligo di agevolare le assunzioni e la carriera delle stesse lavoratrici, sempre che una tale misura non precluda ai candidati di sesso maschile di concorrere per ogni posto e non imponga una quota fissa di presenza femminile a prescindere dall'idoneità delle candidate per lo specifico posto da assegnare.

Sul punto b) del quesito pregiudiziale: il settore scientifico

39. Il secondo aspetto della legge tedesca su cui il giudice *a quo* chiede alla Corte di pronunciarsi riguarda la compatibilità con l'art. 2, nn. 2 e 4, della direttiva, dell'art. 5, n. 7, dello HGlG, ove si stabilisce che gli obiettivi vincolanti del piano di promozione della donna per posti temporanei del servizio scientifico e per assistenti scientifici devono prevedere una quota minima di personale femminile pari a quella esistente tra i laureati, i dottori di ricerca e gli studenti di ciascuna materia. Più precisamente, si legge all'art. 5, n. 7, che «i posti del servizio scientifico che, ai sensi [...] della legge quadro sull'università (Hochschulrahmengesetz), vengono assegnati temporaneamente devono essere ricoperti da una quota di personale femminile pari almeno a quella rappresentata dalle donne tra i laureati di ciascun settore di studi. I posti del servizio scientifico che, ai sensi dell'art. 48 della legge quadro sull'università, vengono assegnati temporaneamente devono essere ricoperti da una quota di personale femminile pari almeno a quella rappresentata dalle donne tra i dottori per ciascun settore di studi. I fondi stanziati per l'assunzione di personale scientifico ausiliario non laureato devono essere impiegati per l'occupazione di una quota di personale femminile pari almeno a quella rappresentata dalle donne tra gli studenti per ciascun settore di studi».

Il governo del Land ha osservato che in questo ambito le donne sono particolarmente sottorappresentate per il fatto che, di norma, i posti di lavoro sono temporanei e altresì per il fatto che l'avanzamento nella carriera è subordinato all'acquisizione di titoli supplementari. Scopo del piano sarebbe quello di facilitare l'accesso delle donne già presenti nel settore a posti di carattere permanente, che sono quelli di insegnamento superiore.

Risulta chiaro dalla lettera dell'art. 5, n. 7, che in ambito scientifico l'obiettivo di presenza femminile può anche essere inferiore al 50%, cioè al tetto fissato per tutti gli altri settori, dal momento che tale tetto, per il settore scientifico, è determinato in un modo diverso da quello generale, e cioè con riferimento al numero di soggetti che abbiano acquisito un'adeguata formazione professionale. La disposizione prevede infatti che la percentuale è pari a quella di coloro che hanno acquisito un diploma di

laurea o di dottorato o che semplicemente seguono corsi di studio universitari. Va da sé che, se si considera compatibile con il diritto comunitario il regime generale, che tende ad assicurare una presenza femminile pari al 50% della forza lavoro occupata in un dato settore, si deve ammettere che quello speciale in esame sia *a fortiori* legittimo.

Una diversa interpretazione, che riconoscesse l'applicabilità anche nel settore scientifico del tetto massimo del 50%, renderebbe privo di qualsiasi rilievo pratico il regime speciale. C'è comunque da considerare che la contraddizione tra il regime generale e quello proprio del settore scientifico è in realtà solo apparente, ciò perché i laureati interessati ad occupare i posti nel settore scientifico sono quelli che hanno ricevuto un'appropriata formazione, con la conseguenza che il prevedere la collocazione di un dato numero di donne, corrispondente a quello dei soggetti che hanno ricevuto la necessaria formazione, significa assumere come parametro quantitativo un dato reale per costruire all'interno di questo dato la preferenza per le donne.

disposizione non ha un «significato autonomo», cioè non riguarda direttamente le decisioni di attribuzione dei posti. La differenza, tra la disposizione generale e quella speciale, è dunque puramente terminologica. In effetti sarebbe privo di qualsiasi giustificazione, e quindi incoerente, interpretare la norma contenuta nell'art. 5, n. 7, come intesa a sottrarre il settore scientifico dal regime generale relativo alla selezione dei candidati, quale risulta fissato nell'art. 10 della legge. Se comunque si ammettesse che l'art. 5, n. 7, indica una percentuale fissa di contratti di lavoro da attribuire alle donne a prescindere dalla valutazione di tutti i lavoratori interessati, la disposizione darebbe vita ad una azione positiva che risulterebbe — come è stato in precedenza rilevato — estranea alla logica dell'art. 141, n. 4, del Trattato CE e dell'art. 2, n. 4, della direttiva.

Sul punto c) del quesito pregiudiziale: i programmi di formazione

Va notato che i termini in cui è espresso l'obbligo di preferenza per il settore scientifico (n. 7 dell'art. 5) sono differenti da quelli che figurano nella disposizione generale (n. 4 dell'art. 5). Si legge infatti che i posti del servizio scientifico «devono essere occupati» dalle donne, mentre quelli degli altri settori dell'amministrazione devono essere «destinati» alle donne. Il giudice remittente ha rilevato in proposito che la

40. Il terzo profilo della legge che viene in considerazione deriva dalla disposizione contenuta nell'art. 7 dello HGlG, il quale stabilisce che, nell'ambito dei programmi di formazione, qualora le donne siano sottorappresentate, deve essere riservata loro almeno la metà dei posti di formazione. Sulla disponibilità di tali posti andrà inoltre richiamata l'attenzione delle donne ed incoraggiata la loro partecipazione. Nel

caso in cui, nonostante tale invito, non si raggiunga un numero sufficiente di candidature femminili, può essere assegnata ad uomini anche più della metà dei posti disponibili.

Lo scopo della norma, così come la natura della misura equilibratrice, si differenzia rispetto al regime generale: la disposizione mira, evidentemente, al conseguimento di un risultato in termini numerici, ma questo risultato è ben diverso da quello cui tende il regime generale, poiché sono riservati alle donne non posti di lavoro, ma di formazione in funzione del successivo accesso a professioni qualificate. Quanto ai mezzi per raggiungere tale obiettivo, i servizi amministrativi hanno l'obbligo di attivarsi allo scopo di richiamare l'attenzione delle donne sulla disponibilità di questi posti e di incoraggiare la presentazione di candidature femminili. La norma prevede che, in caso di candidature insufficienti, i posti originariamente riservati alle donne siano occupati da uomini.

Come è facile intuire, la disposizione in questione si inquadra nell'ambito di un concetto più ristretto di pari opportunità. Le misure previste rientrano, cioè, tra quelle che si propongono come obiettivo la rimozione delle cause delle minori opportunità di lavoro e di carriera concesse alle donne e consistono, per di più, in interventi sull'orientamento e la formazione professionale. Non vi sono dubbi che un tale tipo di azione rientri tra quelle ammesse dal diritto comunitario.

Sul punto d) del quesito pregiudiziale: le interviste di lavoro finalizzate all'assunzione di nuovo personale

41. Il quarto aspetto della legge tedesca sul quale il giudice tedesco solleva dubbi circa la compatibilità con il diritto comunitario è quello relativo ai colloqui di lavoro. La disposizione che viene in considerazione è l'art. 9, secondo la quale «devono essere chiamate ad un colloquio di presentazione tante donne quanti uomini, oppure tutte le candidate, quando soddisfino i requisiti posti dalla legge o comunque previsti per ricoprire il posto o esercitare la carica vacante».

Anche tale norma, come quella sui programmi di formazione, non comporta il conseguimento di un risultato definitivo — assunzione o promozione —, ma offre possibilità supplementari alle donne per agevolarne l'ingresso nel mondo del lavoro e la carriera. Si aggiunga che, così come risulta dall'ordinanza di rinvio, l'art. 9, pur prevedendo una percentuale fissa di colloqui di lavoro da accordare alle donne, stabilisce che venga effettuato un esame preliminare delle candidature e che vengano chiamati a sostenerlo solo i candidati i quali posseggano i requisiti richiesti o comunque previsti per ricoprire il posto o esercitare date funzioni. La disposizione riguarda dunque i colloqui di lavoro successivi ad una prima selezione cui parteci-

pano tutti i soggetti interessati. Ne segue che ogni lavoratore può concorrere alla medesima selezione ed essere quindi prescelto sulla base dei criteri di valutazione che, si presume, siano quelli stabiliti per il regime generale, e precisamente quelli di cui all'art. 10, nn. 1-3, della stessa legge.

Pertanto, ritengo che anche la disposizione sui colloqui di lavoro non si ponga in contrasto con il diritto comunitario.

Sul punto e) del quesito pregiudiziale: la formazione dei comitati

42. L'ultimo punto riguarda la formazione degli organi rappresentativi dei lavoratori e di quelli di amministrazione e di controllo. Secondo l'art. 14 della legge tedesca, «nella composizione di commissioni, consigli, organismi di amministrazione e controllo e di collegi di altro tipo, almeno la metà dei membri deve essere costituita da donne».

La norma stabilisce in modo chiaro che i membri degli organi interni dell'amministrazione devono essere costituiti per metà da lavoratori di sesso femminile. L'art. 14 prevede, quindi, una quota rigida di presenza delle donne, la quale, per di più, prescinde dalla idoneità delle stesse. Ebbene, se è vero che la legge tedesca — come si è in precedenza rilevato — sembra avere lo scopo di indicare un programma generale per facilitare le assunzioni e le promozioni delle donne nel pubblico impiego, tuttavia, dati i termini in cui si esprime la disposizione sulla composizione degli organi interni, questa, per tale aspetto, sembra non ammettere deroghe.

Pertanto, sulla base delle precedenti osservazioni circa le condizioni perché un'azione positiva sia considerata compatibile con il diritto comunitario e tenuto conto in particolare della riconosciuta necessità che tutti i dipendenti possano concorrere per ogni posizione correlata al rapporto di servizio, ritengo che una disposizione avente il contenuto di quella della normativa tedesca in esame contrasti, in via generale, con il diritto di parità di trattamento dei lavoratori, considerato che palesemente essa va oltre i limiti relativi all'adozione di misure volte a promuovere pari opportunità alle donne. Sulla base di tali considerazioni ritengo dunque che la misura prevista nell'art. 14 dello HGlG sia contraria all'art. 2, n. 1, della direttiva e non possa rientrare tra le azioni positive di cui all'art. 2, n. 4, della medesima.

Conclusioni

43. Sulla base delle considerazioni che precedono, propongo pertanto alla Corte di rispondere come segue ai quesiti posti dallo Staatsgerichtshof:

1) L'art. 2, nn. 1 e 4, della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all'attuazione della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, non osta ad una normativa nazionale, quale quella che figura nella legge del Land dell'Assia 30 dicembre 1993, sulla parità di trattamento degli uomini e delle donne e sulla rimozione delle discriminazioni nei confronti delle donne nel pubblico impiego, la quale stabilisce che, in caso di sottorappresentazione delle donne in ogni settore e grado di carriera del pubblico impiego, l'amministrazione è tenuta:

a) ad adottare, al fine di eliminare progressivamente tale disparità, un piano di promozione ed altre misure volte a garantire pari opportunità agli uomini e alle donne nel pubblico impiego, nonché a destinare tendenzialmente alle donne, nell'attuare tale piano di promozione, più della metà dei posti che si rendessero disponibili, restando comunque escluso che una tale normativa nazionale possa accordare una preferenza automatica ai candidati di sesso femminile ed essendo comunque necessario che essa garantisca che tutti i

candidati, sia di sesso maschile che femminile, siano sempre sottoposti ad un esame obiettivo del loro profilo professionale e personale; e ciò anche nel caso in cui questo esame si basi su criteri di valutazione, del tipo di quelli indicati dalla legge tedesca *de qua*, i quali abbiano lo scopo di favorire i candidati di sesso femminile;

b) a destinare alle donne una percentuale di posti, nel settore scientifico, che vari in relazione a quella della presenza femminile fra i dottori di ricerca, i laureati e gli studenti, e ciò sempre che tale percentuale non superi la metà del numero dei posti disponibili e sempre che non sia accordata una preferenza automatica ai candidati di sesso femminile nel senso di cui al punto *sub* a);

c) a riservare alle donne la metà dei posti nei corsi di formazione;

d) ad invitare ai colloqui volti a selezionare il personale in vista delle assunzioni tanti candidati di sesso femminile quanti sono i candidati di sesso maschile, oppure solo candidati di sesso femminile, qualora questi risultino idonei per ricoprire il posto e sempre che la valutazione dei candidati sia fatta tenendo presente il profilo di tutti i soggetti che concorrono per il medesimo posto, nel senso di cui al punto *sub* a).

2) L'art. 2, nn. 1 e 4, della direttiva 76/207 osta ad una normativa nazionale secondo la quale la metà dei membri degli organi interni della pubblica amministrazione devono essere di sesso femminile.