zione delle disposizioni intese a garantire la parità di trattamento tra uomini e donne nell'intero settore del lavoro.

2. L'espressa affermazione, nella costituzione di uno Stato membro, della parità giuridica degli uomini e delle donne, come pure l'espressa esclusione di qualsiasi discriminazione a causa del sesso e l'affermazione della parità di accesso al pubblico impiego per tutti i cittadini di tale Stato membro, in termini destinati ad avere efficacia diretta, unitamente all'esistenza di un sistema di rimedi giurisdizionali, ivi compresa la possibilità di ricorrere alla Corte costituzionale, costituiscono un'adeguata garanzia per la realizzazione, nel settore della pubblica amministrazione, del principio della parità di trattamento sancito dalla direttiva n. 76/207.

   Lo stesso vale per quanto riguarda il libero accesso alle professioni indipendenti, qualora sussista un'analoga concomitanza di disposizioni della costituzione e di mezzi di ricorso che consentano di garantirne l'osservanza.

3. L'art. 2, n. 2, della direttiva n. 76/207, riservando agli Stati membri la facoltà di escludere determinate attività professionali dal campo d'applicazione della stessa, non ha lo scopo nè l'effetto d'imporre agli Stati membri una forma determinata per valersi di detta facoltà di deroga.

   Per contro, l'art. 9, n. 2, li obbliga a rilevare, in modo completo ed in forma controllabile — peraltro di qualsiasi natura — le professioni e le attività escluse dall'applicazione del principio della parità di trattamento e di comunicarne il risultato alla Commissione, la quale deve controllare l'applicazione di detta disposizione.

4. La norma di uno Stato membro secondo la quale il datore di lavoro non deve pubblicare offerte di lavoro che non siano neutre dal punto di vista del sesso dei lavoratori non costituisce adempimento di un obbligo imposto dalla direttiva n. 76/207, bensì un atto legislativo autonomo diretto ad attuare il principio della parità di trattamento. Il fatto di non averle attribuito carattere obbligatorio non può quindi costituire inadempimento degli obblighi imposti agli Stati membri dalla direttiva.

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE G. FEDERICO MANCINI del 26 febbraio 1985

Signor Presidente,
signori Giudici,

1. Col ricorso n. 248/83 depositato in cancelleria il 9 novembre 1983, la Commissione delle Comunità europee porta avanti la sua battaglia per la chiara ed esatta attuazione da parte degli Stati membri delle direttive nn. 75/117 e 76/207. Com'è noto, tali atti dispongono il ravvicinamento dei sistemi na-

zionali rispetto all'applicazione della parità retributiva tra lavoratori e lavoratrici (GU L 45, 19 febbraio 1975, p. 19) e l'attuazione dell'eguaglianza di trattamento fra uomini e donne in fatto di accesso al lavoro, di accesso alla formazione e alla promozione professionali e di condizioni di lavoro (GU L 39, 14 febbraio 1976, p. 40).

Avviata quasi tre anni fa nei confronti della Repubblica italiana con un ricorso che la Corte respinse e continuata con parziale successo nei riguardi del Regno Unito, l'iniziativa della Commissione si rivolge oggi alla Repubblica federale di Germania. Sulla base dell'articolo 169 del trattato CEE, si imputano a quest'ultima i seguenti inadempimenti:

1) non aver debitamente recepito in diritto interno la direttiva 76/207 per quanto concerne i rapporti di lavoro nel settore pubblico;

2) non aver debitamente recepito in diritto interno la direttiva 75/117 per quanto concerne la parità delle retribuzioni dei lavoratori nel settore pubblico;

3) non aver debitamente recepito in diritto interno la direttiva 76/207 per quanto concerne i lavoratori autonomi;

4) non aver debitamente definito nell'ordinamento nazionale il campo d'applicazione delle deroghe previste all'articolo 2, n. 2, della direttiva n. 76/207;

5) non aver conferito carattere vincolante alle disposizioni introdotte con l'articolo 611 ter del codice civile e relative alla neutralità delle offerte di lavoro [1].

Per chiarire il contesto di fatto e di diritto in cui la nostra controversia si colloca, è necessario fare un passo indietro. Secondo gli articoli 8 della direttiva n. 75/117 e 9 della direttiva n. 76/207, la Repubblica federale era tenuta, come gli altri Stati membri, a porre in essere le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla disciplina comunitaria rispettivamente entro il febbraio del 1976 e l'agosto nel 1978. Nel settembre 1980, il governo tedesco informò la Commissione che il 13 agosto di quello stesso anno il Bundestag aveva emanato una legge relativa alla parità di trattamento nell'impresa (c.d. legge di adeguamento al diritto comunitario in materia di diritto del lavoro).

Tale legge comporta in pratica l'inserimento di alcune norme nuove nel codice civile e la modifica di altre già esistenti. Ricordo, in particolare, che l'articolo 611 bis del BGB prevede: « Il datore di lavoro non può mediante accordo o provvedimento pregiudicare un lavoratore a causa del suo sesso, in particolare all'atto della costituzione di un rapporto di lavoro ... Tuttavia, un trattamento differenziato in ragione del sesso è lecito nella misura in cui l'accordo o il provvedimento specifichino la natura dell'attività che il lavoratore è chiamato a svolgere e purché il sesso costituisca un presupposto indeclinabile di tale attività. Se, in caso di controversia, il lavoratore denunzia fatti tali da lasciar presumere l'esistenza di una discriminazione fondata sul sesso, il datore di lavoro ha l'onere di provare che motivi obiettivi non fondati sul sesso giustificano il

1 — Nel ricorso la Commissione denunciava altresì l'incompatibilità con la direttiva 76/207 della legge tedesca relativa alla protezione della madre (Mutterschutzgesetz): ma ha abbandonato l'addebito dopo la pronuncia della vostra sentenza 12 luglio 1984, causa 184/83, Hofmann (Racc. 1984, pag. 3047).

trattamento differenziato oppure che il sesso costituisce un presupposto indeclinabile dell'attività da svolgere ». L'articolo 611 ter dispone invece che « il datore di lavoro non può offrire un posto di lavoro, né pubblicamente né all'interno dell'impresa, solo a uomini o a donne, salvo nei casi previsti dall'articolo 611 bis, primo comma, seconda frase ». Infine, l'articolo 612, terzo comma, stabilisce che « In nessun rapporto di lavoro può essere convenuta con un lavoratore in ragione del suo sesso una retribuzione inferiore a quella percepita da un lavoratore di sesso diverso che svolga un lavoro eguale o di valore eguale. La pattuizione di una retribuzione inferiore non può essere giustificata dall'esistenza di particolari misure protettive disposte in ragione del sesso del lavoratore ».

Si tratta, almeno in apparenza, di norme incisive. *Tota lege perspecta*, tuttavia, la Commissione le ritenne insufficienti a realizzare gli obiettivi comunitari. Così, dopo un infruttuoso scambio di lettere col governo federale, essa emise il 29 ottobre 1982 un parere motivato contestando alla Repubblica federale di non aver preso tutte le misure necessarie per l'attuazione delle due direttive. Ma con nota del 3 gennaio 1983, il governo le rispose che, integrando nei termini suddetti il BGB, la Repubblica federale aveva esaurientemente provveduto ad adempiere i suoi obblighi. Per l'impiego pubblico e le libere professioni, infatti, nessun adattamento era necessario poiché le relative discipline sono già tali da appagare con chiarezza e con certezza le esigenze fatte valere dal Consiglio.

2. Da qui l'odierno ricorso; che, nei propositi della Commissione, è essenzialmente diretto a farvi constatare la frammentaria e inadeguata esecuzione data dalla Repubblica federale ai due atti di cui s'è detto. Secondo la ricorrente, in altre parole, ci troveremmo dinanzi ad un classico esempio di inadempimento statale in materia di direttive. La difesa del governo convenuto non è d'accordo. Se è vero — essa afferma — che nei settori indicati dalla Commissione la normativa tedesca, già sul piano costituzionale e con efficacia diretta, risponde adeguatamente agli obiettivi fissati dalla Comunità, il nostro è piuttosto un caso di *dispensa dall'attuazione della direttiva.* Ad avviso di Bonn, in sostanza, la presente fattispecie rispecchia fedelmente la situazione che un'autorevole dottrina definisce « harmonie [communautaire] préétablie ».

È fondata questa tesi? Anzitutto una premessa. Ricordo che, ai sensi dell'articolo 189 del trattato CEE, la direttiva « vincola lo Stato membro a cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alle forme e ai mezzi ». Come insegna la dottrina a cui ho alluso, tale atto è dunque qualificato da due elementi che l'interprete deve *simultaneamente* prendere in esame: il primo, che consiste nel « modello legislativo » concepito e proposto agli Stati dalla Comunità, è costante e al tempo stesso obbligatorio, nel senso che *vincola senza alternative* tutti gli Stati in modo uniforme; il secondo, che è dato dall'applicazione del modello nell'ordinamento nazionale, è per così dire variabile, essendo ogni Stato *libero, ma con possibili limitazioni,* di provvedervi in forme e con mezzi di sua scelta.

La vostra giurisprudenza ha più volte precisato la portata dell'uno e dell'altro ele-

mento. Così, con riguardo al primo avete affermato: « è importante che ciascuno Stato membro dia alle direttive ... un'attuazione che risponda pienamente alle esigenze di chiarezza e di certezza delle situazioni giuridiche volute dalle direttive stesse » (sentenza 6 maggio 1980, Commissione / Belgio, causa 102/79, Raccolta 1980, pag. 1473). Rispetto all'elemento variabile, avete statuito che la facoltà di scegliere i mezzi e i modi con cui attuare la direttiva non fa venir meno « l'obbligo di adottare ... tutti i provvedimenti necessari per garantire la piena efficacia della [medesima], conformemente allo scopo che essa persegue » (sentenza 10 aprile 1984, causa 14/83, von Colson e Kamann, punto 15; v. anche le conclusioni dell'avvocato generale Rozès, punto I, 1). Essa inoltre non « esonera [gli Stati] dall'obbligo di trasporre le disposizioni della direttiva in disposizioni interne di carattere cogente » (sentenza 25 maggio 1982, causa 96/81, Commissione / Paesi Bassi, Raccolta 1982, pag. 1791).

Esaminiamo dunque, in base al criterio della valutazione simultanea, gli scopi e la portata delle nostre direttive, per poi verificare se l'« harmonie préétablie » dell'ordinamento tedesco risponda davvero in modo completo e puntuale alle esigenze comunitarie. Come ho detto, obiettivo primario della direttiva 76/207 è l'attuazione della parità di trattamento fra uomini e donne. In particolare — leggo nella sentenza von Colson — l'atto vuole garantire ai lavoratori di entrambi i sessi un'effettiva eguaglianza di possibilità nell'accesso al lavoro. L'applicazione di questo principio, poi, comporta per gli Stati due obblighi complementari:

a) rimuovere nei diversi settori previsti dalla direttiva qualsiasi discriminazione fondata sul sesso mediante la soppressione di tutti i disposti legislativi, regolamentari e amministrativi che contrastino col principio della parità di trattamento (articolo 3, n. 2; 4, secondo comma; 5, n. 2);

b) « adottare i provvedimenti necessari per consentire a chiunque si consideri leso da una discriminazione di far valere i propri diritti per via giudiziaria ». I detti provvedimenti dovranno essere « sufficientemente efficaci per conseguire lo scopo della direttiva » e tali che gli interessati possano « effettivamente« invocarli dinanzi ai giudici nazionali (sentenza von Colson, rispetto all'articolo 6).

Orbene, se questi sono gli obblighi che la direttiva 76/207 impone agli Stati membri, e questi i limiti a cui gli Stati sono soggetti nella scelta dei mezzi coi quali attuare il divieto di discriminazione, possono verosimilmente gli articoli 3 (« nessuno deve essere svantaggiato o avvantaggiato in ragione del sesso »), 12 (« tutti i tedeschi hanno il diritto di scegliere liberamente la [loro] professione »), 33 (« ogni tedesco ha eguale accesso a qualsiasi ufficio pubblico secondo le sue attitudini, qualificazioni e capacità professionali »); possono, ripeto, tali norme della Costituzione tedesca, garantire di per sé un' *effettiva parità di trattamento* nell'accesso al pubblico impiego o alle libere professioni, nonché la *certezza e l'effettività* delle situazioni giuridiche volute dall'atto?

Passiamo alla direttiva 75/117. Adottato in base all'articolo 100 del trattato, quest'atto ha per scopo il ravvicinamento delle leggi con cui gli Stati membri applicano il principio della parità di retribuzione fra lavoratori di sesso diverso. A tal fine, esso impone agli

Stati:

a) di sopprimere le discriminazioni fra i lavoratori dei due sessi derivanti da norme legislative contrarie al principio dell'eguaglianza retributiva (articolo 3);

b) di introdurre nei rispettivi ordinamenti le misure necessarie affinché tutti i lavoratori che si ritengano lesi da una discriminazione possano far valere i propri diritti per via giudiziaria (articolo 2).

Inoltre, per *garantire* l'applicazione del detto principio, l'articolo 6 impone agli Stati di adottare tutti i provvedimenti che le loro « situazioni nazionali » e i loro « sistemi giuridici » rendono indispensabili. A quest'ultimo riguardo, nella sentenza 30 gennaio 1985, causa 143/83, Commissione / Danimarca, avete affermato che « il convient d'admettre qu'il est loisible aux Etats membres de laisser le soin de réaliser le principe de l'égalité des rémunérations en premier lieu aux partenaires sociaux. Cette faculté ne les dispense toutefois pas de l'obligation d'assurer, par des mesures législatives ..., que tous les travailleurs de la Communauté puissent bénéficier de la protection prévue par la directive dans toute son étendue. *La garantie étatique doit intervenir dans toutes les hypothèses d'absence de protection effective* ... ».

Orbene, se questi sono gli obblighi che la direttiva 75/117 impone agli Stati membri, e questi i limiti a cui gli Stati sono soggetti nella scelta dei mezzi coi quali attuare la parità retributiva tra i lavoratori dei due sessi, può verosimilmente l'articolo 3 della Costituzione tedesca (« nessuno deve essere svantaggiato o avvantaggiato in ragione del sesso »), assicurare di per sé un'*effettiva parità* delle retribuzioni, nonché la *certezza e l'effettività* delle situazioni giuridiche volute dall'atto?

A mio avviso, per entrambi gli interrogativi che ho formulato la risposta dev'essere negativa.

3. Osservo innanzitutto che, contrariamente a quanto afferma il governo federale, la Corte non ha mai riconosciuto, neppure per implicito, che un principio costituzionale di applicazione diretta costituisca un provvedimento sufficiente a trasporre una direttiva nel diritto interno. Nella sentenza 26 ottobre 1983, causa 163/82, Commissione/ Italia (Raccolta 1983, pag. 3273), essa si limita infatti a riportare i chiarimenti forniti dal governo italiano, rilevando che la Commissione non ha saputo controbatterli. Lo stesso governo, d'altronde, ci spiegò in quell'occasione come operi l'articolo 24 della Costituzione italiana (« tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti »); « constatata — esso sostenne — l'esistenza di una norma sostanziale che protegge un interesse individuale, non occorre [in linea di massima] alcun'altra speciale statuizione normativa » per la tutela di tale interesse, derivando quest'ultima in modo generale e assoluto dalla norma di rango superiore. In altri termini, l'articolo 24 fu invocato come semplice *norma di chiusura*, in un sistema già ricco di precise disposizioni sostanziali e processuali (quelle, appunto, che il detto governo ebbe cura di indicare per prime).

La tesi del governo tedesco muove invece da un assunto diametralmente opposto. Bonn afferma cioè che gli articoli 3, 12 e 33 della Costituzione non sarebbero solo e per forza propria sufficienti a render operativo il principio della parità di trattamento: essi impedirebbero addirittura di emanare norme ordinarie che li applichino. Detto altrimenti, quegli articoli sono *necessariamente* le sole norme capaci di dar attuazione alle direttive in esame. Ma — questo è il punto — sono

essi tali, cioè idonei ad assicurare quest'attuazione, anche *in concreto*? Che *possano* esserlo non v'è dubbio. Nessuna disposizione del trattato o del diritto derivato, infatti, esclude esplicitamente l'attuabilità di una direttiva mediante norme costituzionali. È ovvio, tuttavia, che queste ultime dovranno rispondere agli obblighi e alle condizioni imposti dall'atto comunitario con l'efficacia, la certezza e la chiarezza caratteristiche delle norme ordinarie adottate *ad hoc*. Ed è proprio qui che nascono i problemi.

Comincio con l'osservare che gli articoli controversi — e prima di ogn'altro l'articolo 3 — s'impongono al legislatore, condizionano la funzione giurisdizionale e vincolano in modo diretto l'attività della pubblica amministrazione. Per contro, ai privati e, in particolare, ai lavoratori e ai cittadini che aspirino ad occupare un posto di lavoro non attribuiscono diritti soggettivi suscettibili di essere fatti valere in giudizio. Qui — è lo stesso governo tedesco a riconoscerlo — essi « rappresentano unicamente l'espressione di giudizi di valore generale »; ed è per questo che il Bundestag si è ritenuto in dovere di attuare la direttiva 76/207 integrando il codice civile con gli articoli di cui ho detto. Di analoghi interventi — afferma lo stesso governo — non v'era invece bisogno per quanto riguarda l'accesso alla funzione pubblica. In effetti, essendo l'amministrazione direttamente vincolata dalle norme costituzionali, ad escludere che un candidato sia discriminato in ragione del suo sesso basta il principio di eguaglianza sancito dall'articolo 3.

Ecco allora un primo motivo di perplessità: la stessa norma produce effetti *orizzontalmente* diversi: opera cioè in un modo o nell'altro a seconda della situazione in cui la si invoca. Applichiamo alla materia una scala da zero a dieci: nei confronti di chi si accinge a stipulare un contratto di lavoro l'efficacia protettiva dell'articolo 3 è eguale a zero o, tenendo conto che esso esprime un « giudizio di valore generale », tutt'al più eguale a uno; per il candidato ad un impiego pubblico, invece, quell'efficacia (ma vedremo che le cose stanno ben diversamente) corrisponde a dieci.

Questa realtà è già abbastanza inquietante. Diventa molto inquietante se si considera che, com'è stato riferito nel corso dell' udienza, solo alcuni dipendenti della pubblica amministrazione sono assunti con atto costitutivo di un rapporto di pubblico impiego. Per gli altri si provvede mediante contratto di lavoro; onde la loro tutela va cercata nelle nuove norme del BGB. « Les principes de sécurité juridique et de protection des particuliers — avete detto nella citata sentenza 30 gennaio 1985 — exigent ... une formulation non équivoque qui permette aux personnes concernées de connaître leurs droits et obligations d'une manière claire et précise ». La scala di valori a cui ho fatto cenno c'impone allora di escludere che l'articolo 3 adempia questi severi requisiti di certezza rispetto ad entrambe le strade per cui si entra nella pubblica amministrazione. Dovremo al contrario parlarne come di una norma inadeguata ed ambigua almeno per quanto riguarda la sua attitudine a garantire in modo imparziale la parità di trattamento nell'accesso al lavoro pubblico.

Del resto, che l'articolo 3 sia idoneo, come pretende il governo tedesco, a configurare una reale situazione di « harmonie préétablie » è *per la sua stessa natura* (o, se si preferisce, per il suo rango, per la sua funzione) non radicalmente escluso, ma certo alta-

mente improbabile. Consentitemi di sviluppare questo concetto, che a me sembra di grande interesse teorico e pratico.

La direttiva 75/117 si limitò a disporre il « ravvicinamento » dei diritti nazionali in fatto di eguaglianza retributiva perché il Consiglio tenne conto che nell'arsenale legislativo degli Stati membri tale principio era già presente, se pure in forme e con efficacia diverse; è dunque comprensibile che, considerando le loro leggi all'altezza del modello comunitario, alcuni Stati abbiano potuto ritenersi dispensati dall'obbligo di recepire l'atto. Tutt'altro è il caso della direttiva 76/207. Essa dispone *direttamente* l'attuazione del principio di parità fra i sessi, prescindendo dall'eventuale esistenza di norme che lo sanciscono nei vari ordinamenti interni. Di più: essa esige che siano rimosse non solo le norme contrarie al detto principio, ma anche le ambigue e le antiquate. In altre parole, non v'è dubbio che tra i due atti il più incisivo, il più energico sia quest'ultimo: e ciò spiega — io credo — perché gli Stati abbiano in grande maggioranza provveduto a recepirlo con norme *specifiche.*

Aggiungo che numerosi ordinamenti statali si sono adeguati al modello comunitario rispetto a tutte le forme in cui si esprime il lavoro degli uomini e dunque anche all'impiego pubblico, sebbene in alcuni di essi la materia fosse già ampiamente regolata. La Francia, ad esempio, ha emanato due leggi, nel 1982 (con esclusivo riguardo al settore pubblico) e nel 1983. Qualcosa di simile hanno fatto i Paesi Bassi, il Belgio, la Danimarca e la Grecia. Ma più significativo di ogn'altro è il caso dell'Italia. Sempre nel settore pubblico questo Stato poteva vantare norme costituzionali più precise delle tedesche (articolo 51: « tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici ... in condizioni di eguaglianza ») e specifiche norme d'attuazione (articolo 1, legge 9 febbraio 1963, n. 66: « La donna può accedere a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici ... senza limitazioni di mansioni e di svolgimento della carriera »); eppure, esso si è fatto carico delle esigenze di chiarezza e di certezza che la normativa comunitaria ha di mira e, come voi stessi avete potuto giudicare, ha attuato il principio della parità di trattamento in modo da escludere per quanto è umanamente possibile ogni discriminazione tra i suoi cittadini.

Voglio dire con questo che la Repubblica federale era tenuta a legiferare solo perché altri Stati lo hanno fatto? No di certo. Il punto che mi preme mettere in evidenza è diverso. Il disinteresse della direttiva per le norme statali preesistenti e orientate nel suo stesso senso, i suoi rigidi contenuti, il suo linguaggio insolitamente incisivo e il modo in cui gran parte degli Stati ha creduto doveroso recepirla dimostrano che l'obiettivo centrale dell'atto può tradursi nei seguenti termini: *impedire ogni discrezionalità* (le vostre sentenze direbbero: ogni difetto di certezza e di chiarezza) nell'applicazione del principio che vieta di trattare diversamente i lavoratori e le lavoratrici. Ora, non v'è norma meno adatta di quella costituzionale a garantire un risultato del genere.

Si prenda appunto l'articolo 3 della Costituzione tedesca. Sappiamo tutti quale efficacia gli vada riconosciuta; ma è ovvio che esso si rivolge anzitutto al legislatore, che il suo scopo primo sta nel prevenire e nel rimuovere le discriminazioni introdotte per via legislativa. Che accadrà allora delle disparità di trattamento derivanti da circostanze di fatto e comunque non imputabili ad una norma ordinaria? Evidentemente, al discriminato sarà impossibile, nell'attaccarle con una censura d'incostituzionalità, ottenere la pronuncia di una sentenza *erga omnes*, invocabile da chiunque sia vittima di una situazione analoga. La loro rimozione potrà, quando lo potrà, essere assicurata solo da questo o da quel giudice ordinario: sarà dunque occasionale e avrà luogo in condizioni di assoluta discrezionalità.

La tesi di Bonn (« harmonie préétablie » si può avere anche in presenza di sole norme costituzionali) è insomma estremamente fragile. La mia impressione, del resto, è che essa non risponda ad una autentica convinzione teorica, ma che sia solo un espediente, una sorta di *deus ex machina* portato sulla scena della lite per erigere un avamposto difensivo contro le accuse della ricorrente. Vediamo ora se gli altri argomenti con cui il governo convenuto respinge tali accuse sono fatti di materiale più solido.

4. Ricordo che il primo inadempimento contestato alla Repubblica federale è la mancata recezione in diritto interno della direttiva 76/207 per quanto riguarda i rapporti di lavoro nel settore pubblico. La Commissione sostiene che il nuovo articolo 611 bis del BGB si applica unicamente ai rapporti di lavoro privato; mancano perciò specifiche norme che garantiscano l'effettiva parità d'accesso all'impiego pubblico tra uomini e donne. Il governo tedesco replica in prima battuta che, stante il limite disposto dall'articolo 48, n. 4, del trattato, la direttiva non si applica alla funzione pubblica. Ma l'eccezione, d'altronde solo saltuariamente coltivata in corso di causa, è con tutta evidenza defatigatoria. Non vale perciò la pena soffermarvisi.

Passo al merito. Dopo avere svolto la tesi « costituzionale » che ho appena criticato, il governo convenuto le sottrae buona parte della sua pregnanza affermando che a vietare i trattamenti discriminatori nell'accesso alla funzione pubblica sono *anche e soprattutto* due robuste norme ordinarie. Così, l'articolo 7 Beamtenrechtsrahmengesetz del 1° luglio 1957 dispone che « le nomine vanno effettuate in funzione delle attitudini, della qualificazione e della capacità professionale senza riguardo al sesso »; mentre l'articolo 8 Bundesbeamtengesetz del 14 luglio 1953 stabilisce che « i candidati sono da identificare mediante pubblicazione dei posti vacanti. La loro selezione deve effettuarsi secondo le attitudini, la qualificazione e la capacità professionale senza riguardo al sesso ». Inoltre, a tutela del candidato o del funzionario discriminato, il sistema processuale prevede numerose vie di ricorso che mettono capo a sanzioni congrue e altamente dissuasive.

La ricorrente non contesta questi dati: nega però che le norme citate possiedano la necessaria effettività. Da qui una polemica che si è confusamente trascinata per tutto il corso della lite: la Commissione, ad esempio, ha sostenuto che il criterio delle « attitudini » è efficace in apparenza, ma debole o addirittura controproducente alla verifica

dei fatti e il governo tedesco le ha risposto che tale accusa non si fonda su alcuna prova. Quanto a me, non ho elementi da gettare sull'uno o sull'altro piatto della bilancia. Ritengo utile tuttavia segnalarvi, per il poco o per il molto che se ne può desumere, la risposta che il ministro degli interni di Bonn dette tre mesi or sono a un'interrogazione di numerose parlamentari sul tema delle donne nel pubblico impiego. « Il governo — egli affermò — continuerà a seguire l'evoluzione ... dell'accesso delle donne all'impiego pubblico federale. A meno che l'attuale tendenza positiva non si arresti, dovrà essere deciso quali misure supplementari siano da prendere affinché la già realizzata eguaglianza giuridica tra uomini e donne nell'impiego pubblico *sia pienamente garantita anche nella prassi concreta* » (Deutscher Bundestag, 10. Wahlperiode, Drucksache 10/2461, 26. 11. 1984).

Difficilmente attaccabile sul piano dell'effettività per mancanza di documenti sicuri, la difesa tedesca presenta tuttavia un punto debole sul meno sdrucciolevole terreno della protezione giudiziaria; ed è singolare che la Commissione non se ne sia accorta. Alludo all'equivalenza che il governo convenuto stabilisce tra le norme che ho appena citato e il nuovo articolo 611 bis del BGB. Ai lavoratori privati — esso afferma — era effettivamente necessario concedere una tutela particolare; non ai funzionari che, in virtù della legge fondamentale e dei provvedimenti emanati negli anni '50 godevano già di una protezione altrettanto se non più efficace.

Ma l'equivalenza così vantata non esiste. Come si rammenterà, l'articolo 611 bis prevede che « se in caso di controversia il lavoratore denunzia fatti tali da lasciar presumere l'esistenza di una discriminazione ..., il datore di lavoro ha l'onere di provare che motivi obiettivi, non fondati sul sesso, giustificano il trattamento differenziato oppure che il sesso costituisce un presupposto indeclinabile dell'attività da svolgere ». Ebbene, questo potere di agire sulla base di un semplice *fumus* e la conseguente inversione dell'onere della prova non sono previsti nel caso del candidato a una funzione pubblica. Per far constatare l'illegalità della procedura amministrativa egli ha, sì, a disposizione molteplici vie di ricorso; ma dovrà in tutti i casi dimostrare al giudice la concreta violazione della norma ordinaria ed eventualmente di quella costituzionale. Si aggiunga che in Germania l'assunzione dei funzionari non ha luogo per concorso, ma di regola mediante scelta discrezionale da parte dell'amministrazione interessata a coprire il posto vacante; ammesso quindi che il candidato si renda conto d'essere stato discriminato, la prova che da lui si richiede è tutt'altro che facile.

La posizione processuale del funzionario è in definitiva molto più debole che non quella del lavoratore dipendente da un'impresa privata o dell'impiegato pubblico assunto con contratto di lavoro. Nelle sue memorie e rispondendo alle domande della Corte, il governo tedesco ha dedicato decine di pagine ad illustrare le vie di ricorso aperte a tale soggetto e le sanzioni di cui è passibile un atto discriminatorio dell'ammi-

nistrazione; ma sui diritti e sui doveri delle parti nei relativi processi non ci ha detto nulla. Né, io credo, questo silenzio è casuale: perché è proprio sullo scoglio della tutela giurisdizionale che si incaglia la tesi secondo cui la Repubblica federale è dispensata dal legiferare nei termini pretesi dalla direttiva.

5. Considerazioni *in apicibus* analoghe possono farsi relativamente al secondo addebito che la Commissione muove alla Germania: non aver recepito in diritto interno la direttiva 75/117 per quanto concerne la parità retributiva fra lavoratori e lavoratrici del settore pubblico. Anche a questo riguardo, infatti, la principale difesa del governo convenuto fa leva sull'efficacia diretta e vincolante dell'articolo 3 della Costituzione. Ad essa si aggiunge un argomento sussidiario: la classificazione degli stipendi dei dipendenti secondo la funzione e il grado — si dice — impedisce per sé sola ogni possibile trattamento discriminatorio.

In realtà, l'articolo 3 nulla dispone in merito alla « parità delle retribuzioni ... per uno stesso lavoro o per un lavoro al quale è attribuito un valore eguale » (cfr. articolo 1 della direttiva e articolo 612, terzo comma, del BGB). Altrettanto si dica rispetto alla disciplina degli stipendi che pone solo le regole per il calcolo del loro importo e non prevede alcun divieto di differenziarli in ragione del sesso. Manca insomma nel diritto tedesco una norma che stabilisca chiaramente e con portata generale l'obbligo di non discriminare sul piano retributivo tra i lavoratori dei due sessi.

6. La terza censura si appunta alla mancata recezione in diritto interno della direttiva 76/207 per quanto concerne i lavoratori autonomi. Il governo convenuto la respinge richiamando l'articolo 12 della Costituzione che garantisce a « tutti i tedeschi il diritto di scegliere liberamente la [loro] professione » e pertanto esclude, in combinato disposto con l'articolo 3, ogni possibile discriminazione fondata sul sesso. Si aggiunga — continua la difesa tedesca — che, là dove l'accesso ad una libera professione è soggetto ad autorizzazione amministrativa, il giudice può ordinare all'amministrazione di ammettere il cittadino discriminato all'esercizio della relativa attività (articolo 42 della Verwaltungsgerichtsordnung).

Osservo che l'articolo 12 non contiene divieti di discriminare in ragione del sesso. Esso è dunque ancor meno dell'articolo 3 capace di assicurare per forza propria e con sufficienti chiarezza e certezza la parità di trattamento che la direttiva ha di mira; né, com'è ovvio, tale capacità può derivargli dall'essere « combinato » con la norma che sancisce il principio di eguaglianza. Quanto poi alla ricordata garanzia giurisdizionale, non mi sembra che essa abbia, se non altro perché il giudice non è obbligato a farla valere, una portata tale da intaccare la posizione di privilegio in cui si trova l'amministrazione. Anche in questo caso, dunque, il diritto tedesco è privo di una norma che risponda adeguatamente agli obiettivi del legislatore comunitario.

7. Il quarto addebito fa riferimento all'articolo 2, n. 2, della direttiva 76/207. La norma obbliga gli Stati a definire puntualmente le attività professionali che essi vogliono sottratte al principio della parità di trattamento; e, secondo la Commissione, i suoi destinatari vi si sono in gran parte adeguati predisponendo elenchi, se pure non sempre impeccabili, delle attività escluse. Non così la Germania: sul cui rispetto della disciplina comunitaria la Commissione non può dunque esercitare il controllo impostole dall'articolo 9, n. 2.

Il governo tedesco contesta anzitutto che la direttiva preveda l'obbligo di enunciare una per una le attività professionali a cui il principio di eguaglianza non si applica. Ciò che essa esige è diverso: la garanzia che per l'esercizio di tali attività il sesso rappresenti effettivamente una *sine qua non*. E, se è così, l'articolo 611 bis del BGB, in cui si dispone che « un trattamento differenziato in ragione del sesso è lecito [se] l'accordo o il provvedimento specificano la natura dell'attività che il lavoratore è chiamato a svolgere e purché il sesso [ne] costituisca un presupposto indeclinabile », risponde pienamente alle esigenze del modello comunitario. Il fatto poi che alcuni Stati abbiano predisposto elenchi non prova nulla essendo i mezzi d'attuazione della direttiva lasciati alla scelta degli organi nazionali. Infine il controllo periodico sulle attività escluse non postula necessariamente l'esistenza di uno specifico elenco. Esso può facilmente esercitarsi esaminando le leggi che, volta per volta, prevedono una deroga al principio della parità di trattamento.

Questa tesi non può essere accolta. L'articolo 2, n. 2, dispone che « la ... direttiva non pregiudica (ma in tedesco « steht nicht entgegen »; in francese « ne fait pas d'obstacle à ») la facoltà degli Stati di escludere dal [suo] campo d'applicazione le attività professionali ... per le quali, in considerazione della loro natura o delle condizioni del loro esercizio, il sesso rappresenti una condizione determinante ». Leggiamo tale norma alla luce dell'articolo 2, n. 1, secondo cui il principio della parità di trattamento implica « l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso ». Apparirà chiaro che il suo scopo non sta nell'autorizzare gli Stati ad ammettere trattamenti discriminatori ogniqualvolta ve ne sia necessità, perché un simile potere è già in *rerum natura* e la direttiva non lo attribuisce, ma lo « trova »; esso consiste nell'evitare che il divieto di discriminazione *ostacoli o renda impossibile* lo svolgimento di quelle, *e solo di quelle*, attività per cui il sesso è un presupposto imprescindibile. In quest'ottica, un'indicazione puntuale delle attività escluse è più che utile; è necessaria se si vuole che l'« assenza di qualsiasi discriminazione » non sia aggirata da un'incontrollabile facoltà di derogarvi. Solo così, del resto, si spiega perché in base all'articolo 9, n. 2, le dette attività debbano essere periodicamente verificate.

Ora, stabilendo che il trattamento differenziato è lecito in quanto il sesso rappresenta un « presupposto indeclinabile » dell'attività da svolgere, l'articolo 611 bis del BGB fa una cosa superflua: ribadisce cioè pressoché *verbatim* la facoltà dello Stato di porre limiti al campo d'applicazione della direttiva. Al contrario, esso non fa quel che avrebbe dovuto: cioè non precisa le attività rispetto a cui la Repubblica federale intende valersi di questo potere. V'è da dire infine che, a differenza di quanto sostiene il governo tedesco, la norma dell'articolo 2, n. 2, non rientra nell'elemento c.d. « variabile » della direttiva 76/207 (rispetto a cui gli Stati dispongono di un certo margine di manovra). Esso costituisce un aspetto essenziale del suo elemento costante che, come sappiamo, vincola senza alternative il legislatore nazionale. Così, d'altronde, è stato inteso dagli Stati che hanno formulato gli elenchi di cui ho detto.

8. Il quinto inadempimento che si imputa alla Germania è l'insufficiente trasposizione della direttiva 76/207 sul terreno delle offerte di lavoro. La Commissione sostiene che, ai sensi dell'articolo 3 (« l'applicazione del principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda le condizioni di accesso ... agli impieghi o posti di lavoro »), le norme nazionali con cui si regolano le offerte di lavoro e di impiego rientrano nel concetto di « condizioni di accesso » e sono pertanto soggette alla disciplina comunitaria. Ne viene che gli Stati membri hanno l'obbligo di vietare ogni discriminazione anche su questo piano. Ora, prescrivendo che « il datore di lavoro non può offrire un posto ... solo a uomini o a donne » (articolo 611 ter BGB), la Repubblica federale ha emanato una norma non imperativa e per ciò stesso inadeguata alle esigenze di certezza pretese dal legislatore comunitario.

Il governo convenuto respinge l'addebito. L'offerta d'impiego — esso osserva — precede la procedura d'assunzione; è perciò estranea alla nozione di « condizioni di accesso » e dunque anche al campo d'applicazione della direttiva. Ma anche a far propria la tesi contraria, non è lecito affermare che l'articolo 611 ter è in contrasto con gli scopi dell'atto comunitario. Pur non essendo imperativa, infatti, questa norma impone al datore di lavoro un « obbligo giuridico » il cui inadempimento è sanzionabile nell'ambito del giudizio previsto dall'articolo 611 bis.

Ancora una volta dissento. Sostenere che l'offerta di lavoro non fa parte della procedura d'assunzione mi sembra irragionevole: essa costituisce anzi il suo momento iniziale o, se si preferisce, l'atto che la mette in moto. In ogni caso — l'argomento è *ad hominem*, ma ha un peso ragguardevole — fu lo stesso Bundestag che, facendola oggetto di una norma apposita nel quadro della legge 13 agosto 1980, mostrò di considerarla per lo meno strettamente collegata con la disciplina dell'accesso al posto di lavoro in condizioni di parità.

Più serio è il secondo rilievo della difesa tedesca; più serio, ma anch'esso inaccoglibile. Il governo convenuto, infatti non ha provato in modo convincente che nel concetto di controversia *ex* articolo 611 bis (e cioè relativa ad una discriminazione fondata sul sesso) rientrino anche le liti aventi per oggetto la neutralità delle offerte. Personalmente, ritengo che la norma apra una via di ricorso alle vittime di un'offerta non neutrale; ma l'accanimento con cui lo stesso governo ha difeso la sua prima tesi — essere l'offerta estranea alla disciplina delle condizioni d'accesso — m'induce a sospettare che l'esperibilità del ricorso previsto dall'articolo 611 bis sia quanto meno controversa in dottrina e in giurisprudenza (cfr., a questo riguardo, K. Molitor, Die Stellung der Frau im Recht der Arbeit und der sozialen Sicherheit, in Recht der Arbeit, 1984, n. 1, p. 16). Concediamo comunque che ricorrere si possa: resta il fatto che, come ammettono gli stessi tedeschi, l'azione non sarebbe diretta a far constatare l'inadempimento di un obbligo imperativo. Ora, tenuto conto che l'articolo 611 bis fa salvi i casi d'esclusione delle attività per il cui svolgimento il sesso è

un presupposto indeclinabile e che tali casi non sono puntualmente identificati, sarà facile per il datore di lavoro giustificare davanti al giudice le eventuali discriminazioni contenute nell'offerta da lui fatta.

Ciò detto, sono persuaso che, alla luce del criterio per cui gli effetti delle direttive vanno apprezzati simultaneamente, il problema delle offerte sia risolubile facendo riferimento all'obiettivo fondamentale della disciplina comunitaria. Come si è visto (*supra* n. 3), esso sta nell'impedire che il principio della parità di trattamento sia applicato in modo discrezionale; l'articolo 611 ter, che lascia al datore di lavoro un'ampia discrezionalità nella formulazione delle offerte, è dunque, per questo solo fatto, in contrasto con la direttiva 76/207.

9. Signor Presidente, Signori Giudici, un'ultima considerazione mi sembra utile. Come ho detto, il ricorso sottoposto al vostro esame vuole assicurare a tutti gli aventi diritto e soprattutto ai cittadini in cerca di un impiego la chiarezza e la certezza che sono indispensabili per un effettivo rispetto delle leggi comunitarie sulla parità retributiva e sull'eguaglianza di trattamento nell'accesso al lavoro. La Commissione ha cercato di dimostrare che nella Repubblica federale due importanti settori — la funzione pubblica e le libere professioni — sfuggono alla tutela prevista dal Consiglio. Il governo tedesco lo ha negato appellandosi essenzialmente alle più alte norme dello Stato, quelle che per il loro rango nella « Stufenbau » dei precetti, influenzano il legislatore, i giudici e l'amministrazione. Sapete ormai che cosa io pensi di tale tesi; consentitemi allora di verificare davanti a voi quali conseguenze potrebbero discendere dal suo accoglimento.

Prima conseguenza. Se voi riconoscerete che le fonti primarie di uno Stato possono da sole rispondere agli obblighi sanciti dal legislatore comunitario, queste fonti — che nel sistema interno conferiscono alle norme inferiori il crisma della legalità costituzionale — possiederanno esse stesse un crisma di « legalità comunitaria » e lo trasmetteranno necessariamente a tutte le norme nazionali che le applichino e siano al contempo considerate come poste in attuazione di una direttiva.

Seconda conseguenza. Il giudice tedesco, italiano e, domani, spagnolo o portoghese a cui, nell'ambito di una controversia di lavoro, si chieda di disapplicare una norma nazionale perché incompatibile con una direttiva, non avrà più motivo di rivolgersi a voi per ottenere un'interpretazione pregiudiziale. Gli basterà ricorrere ai criteri interni che governano l'applicazione delle norme primarie o, in loro mancanza, investire del problema la sua Corte costituzionale. È questo un risultato conforme ai princìpi che la vostra giurisprudenza enuncia da anni sul tema dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno? A voi la risposta.

10. Per tutte le considerazioni sin qui svolte, propongo alla Corte di dichiarare che, omettendo di adottare tutte le misure necessarie per conformarsi alla direttiva 76/207, sulla attuazione del principio di parità di trattamento fra uomini e donne

per quanto riguarda l'accesso al lavoro, e alla direttiva 75/117, sul ravvicinamento dei sistemi nazionali rispetto all'applicazione del principio della parità retributiva, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi che le impone l'articolo 189 del trattato.

In base al criterio della soccombenza le spese vanno poste a carico del governo convenuto.