CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE F. G. JACOBS

presentate il 15 maggio 1997 *

1. Se 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'acceso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (in prosieguo: la «direttiva sulla parità di trattamento») [1], osti ad una normativa nazionale secondo cui, in settori di attività pubblici nei quali, al livello del posto considerato, siano impiegate meno donne che uomini, le donne debbono avere la precedenza nella promozione, in caso di pari qualificazione (idoneità, competenza e prestazioni professionali) dei candidati di sesso maschile e di quelli di sesso femminile, a meno che non prevalgano motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile. Tale è la questione sottoposta alla Corte di giustizia dal Verwaltungsgericht (Tribunale amministrativo) di Gelsenkirchen.

La direttiva sulla parità di trattamento

2. L'art. 1, n. 1, della direttiva sulla parità di trattamento dispone quanto segue:

«Scopo della presente direttiva è l'attuazione negli Stati membri del 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 (...). Tale principio è denominato qui appresso "principio della parità di trattamento"».

3. L'art. 2 così recita, per quello che qui rileva:

«1. Ai sensi delle seguenti disposizioni il principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia.

(...)

4. La presente direttiva non pregiudica le 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».

* Lingua originale: l'inglese.

1 — GU L 39, pag. 40.

4. A tenore dell'art. 3, n. 1:

«L'applicazione del principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda le condizioni di accesso, compresi i criteri di selezione, agli impieghi o posti di lavoro qualunque sia il settore o il ramo di attività, e a tutti i livelli della gerarchia professionale».

5. L'art. 6 stabilisce quanto segue:

«Gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici interni le misure necessarie per permettere a tutti coloro che si ritengano lesi dalla mancata applicazione nei loro confronti del principio della parità di trattamento, ai sensi degli articoli 3, 4 e 5, di far valere i propri diritti per via giudiziaria, eventualmente dopo aver fatto ricorso ad altre istanze competenti».

Fatti e normativa nazionale

6. Lo Statuto del personale del Land Renania settentrionale - Vestfalia recita:

«Qualora, nell'ambito di competenza dell'autorità che ha il potere di decidere la promozione, al livello del posto considerato della carriera vi siano meno donne che uomini, le donne debbono avere la precedenza nella promozione, a parità di idoneità, di competenza e di prestazioni professionali, a meno che non prevalgano motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile» [2].

7. Nelle sue osservazioni scritte il Land ha affermato che la norma nazionale mira a neutralizzare la discriminazione strutturale che altrimenti subirebbero le donne a causa dell'applicazione di criteri secondari tradizionali: un uomo sarebbe preferito ad una donna in possesso di pari qualifiche: a) perché in generale è più anziano ed ha una maggiore anzianità di servizio, dovuta a minori interruzioni della carriera lavorativa; b) per «motivi di natura sociale», ossia grazie alla tendenza di assegnare un posto di lavoro ad un uomo con familiari a carico anziché alla moglie di un lavoratore. In effetti, la norma nazionale introduce un ulteriore criterio, vale a dire quello di essere donna, che in generale deve prevalere sui criteri secondari tradizionali.

8. Tuttavia, tale principio è soggetto ad una riserva: «a meno che non prevalgano motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile». L'esatta portata di questa riserva

2 — Art. 25, n. 5, secondo comma, prima frase, dello Statuto del personale del Land Renania settentrionale - Vestfalia, nella versione pubblicata il 1° maggio 1981 [Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen (GVNW)], da ultimo emendato dall'art. 1 della settima legge recante modifica di talune norme sul pubblico impiego, del 7 febbraio 1995 (GVNW, pag. 102).

non è immediatamente manifesta. E ciò, forse, non è casuale: secondo le osservazioni scritte del Land, la norma nazionale, riferendosi a «motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile», ha scelto deliberatamente un termine giuridico impreciso per garantire sufficiente flessibilità ed in particolare per consentire all'amministrazione di tener conto di ogni sorta di motivi specifici inerenti ad un candidato. Risulta però dalle osservazioni scritte ed orali del Land che i detti motivi ricomprendono quanto meno i citati criteri secondari tradizionali dell'anzianità di servizio e dei «motivi sociali». Ciò di per sé dà adito a dubbi — sui quali mi soffermerò più oltre — circa il se la disposizione di cui trattasi possa essere di per sé discriminatoria e quindi illegittima.

9. Il signor Marschall, insegnante, ha fatto domanda per accedere ad un posto di grado superiore. Egli è stato informato del fatto che il posto doveva essere attribuito ad una candidata: i due candidati erano ugualmente idonei, ma, poiché i posti della carriera di cui trattasi erano occupati in maggioranza da uomini, la candidata doveva essere promossa in base alla norma sopra citata. Il signor Marschall ha adito le vie legali per ottenere che l'autorità convenuta gli attribuisse il posto. Il Verwaltungsgericht di Gelsenkirchen, dubitando della compatibilità della norma di cui trattasi con l'art. 2, nn. 1 e 4, della direttiva sulla parità di trattamento, ha sospeso il procedimento ed ha sottoposto in via pregiudiziale alla Corte la questione sopra riprodotta.

10. Hanno presentato osservazioni scritte il Land Renania settentrionale - Vestfalia, i governi austriaco, finlandese, francese, norvegese [3], spagnolo, svedese e del Regno Unito, nonché la Commissione. Il Land Renania settentrionale - Vestfalia, i governi finlandese, olandese, svedese e del Regno Unito, nonché la Commissione, hanno partecipato alla trattazione orale.

La giurisprudenza della Corte

11. È importante osservare in via preliminare che, come risulta dal tenore della questione sottopostale, la Corte non è chiamata a pronunciarsi — né sarebbe stato appropriato farlo — sull'auspicabilità, in generale, di una discriminazione positiva o di un'azione positiva [4]: la questione del giudice nazionale riguarda la conformità della norma nazionale in esame a due specifiche disposizioni della direttiva sulla parità di trattamento. Analogamente la Corte, nella sua recente sentenza Kalanke [5], relativa ad una norma nazionale simile, si è concentrata unicamente — nonostante il tenore di talune reazioni dottrinali

3 — Ai sensi dell'art. 20 dello Statuto della Corte di giustizia della CE, come modificato alla luce dalla dichiarazione della Comunità europea relativa ai diritti degli Stati AELS dinanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee, allegata all'atto finale recante adozione dell'accordo sullo Spazio economico europeo (GU 1994, L 1, pag. 523).

4 — A proposito di questi termini, v. le conclusioni dell'avvocato generale Tesauro nella causa C-450/93, Kalanke/Freie Hansestadt Bremen (Racc. 1995, pag. I-3051, in particolare paragrafo 8). Vedasi anche la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio relativa all'interpretazione della sentenza della Corte di giustizia 17 ottobre 1995 nella causa C-450/93, Kalanke/Freie Hansestadt Bremen, COM (96) 88 def., pag. 3.

5 — Citata nella nota 4. La sentenza ha costituito oggetto di svariati articoli e commenti. Ampi riferimenti alle pubblicazioni tedesche figurano nelle osservazioni del Land.

alla sua sentenza [6] — sulla compatibilità di quella norma con le dette disposizioni. Tornerò sulla più ampia questione del ruolo appropriato della Corte in questioni di politica.

12. Prima di occuparmi della sentenza Kalanke, esaminerò brevemente le due cause precedenti nelle quali la Corte ha fornito indicazioni sulla portata dell'art. 2, n. 4, disposizione rilevante ai fini della presente causa.

13. La causa Hofmann [7] riguardava la compatibilità con la direttiva sulla parità di trattamento di una norma nazionale che limitava alle madri il congedo di maternità retribuito. La Corte non ha basato la sua pronuncia sull'art. 2, n. 4, ma si è rifatta all'art. 2, n. 3, ai sensi del quale la direttiva non pregiudica le disposizioni relative alla protezione della donna, in particolare per quanto riguarda la gravidanza e la maternità. L'avvocato generale Darmon, invece, ha esaminato l'art. 2, n. 4, ed ha rilevato quanto segue:

«Da detto sistema emerge che le deroghe di cui all'art. 2, nn. 2-4, forniscono la misura esatta nell'ambito di applicazione assegnato al principio di cui all'art. 2, n. 1. Questo fatto rivela di per sé l'importanza attribuita dal legislatore comunitario a queste deroghe e l'esame delle stesse lo confermerà.

La deroga di cui all'art. 2, n. 4, occupa un posto a parte. Questa disposizione apre la strada alle misure nazionali "volte a promuovere la parità delle opportunità per gli uomini e le donne, in particolare ponendo rimedio alle disparità di fatto"; essa fa solo apparentemente eccezione al principio: mirando a porre rimedio alle discriminazioni di fatto esistenti, tende a ristabilire l'uguaglianza e non ad inficiarla. In altre parole, una volta accertata la disparità di fatto cui porre rimedio, questa deroga va intesa in senso lato» [8].

14. La seconda causa, Commissione/Francia [9], verteva sulla compatibilità con la direttiva sulla parità di trattamento di una deroga ad una legge nazionale sulla parità di trattamento. Tale deroga mirava ad esentare dal divieto di discriminazione talune condizioni di contratti individuali di lavoro o di

6 — V., ad esempio, il commento di Eva Brems in *Columbia Journal of European Law* 2, 1995/96 (pagg. 172, 177): «Invece di concludere che tutti e tre i modelli di azione positiva devono essere combinati, Tesauro si rifà al testo della direttiva»; v. anche il rilievo di Anne Peters in «The Many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law — A Conceptual Analysis», *European Law Journal* 2, 1996 (pagg. 177, 190), secondo cui la sentenza «illustra la riluttanza della Corte a riconoscere la tensione provocata dalla molteplicità di paradigmi».

7 — Sentenza 12 luglio 1984, causa 184/83, Hofmann/Barmer Ersatzkasse (Racc. pag. 3047).

8 — Paragrafo 9 delle conclusioni.

9 — Sentenza 25 ottobre 1988, causa 312/86 (Racc. pag. 6315).

contratti collettivi che conferivano determinati diritti speciali alle donne. Fra questi diritti speciali figuravano la riduzione dell'orario di lavoro per le donne di età superiore ai 59 anni oppure addette a taluni lavori meccanografici o di dattilografia, l'anticipo dell'età pensionabile, un congedo per l'adozione di un bambino, congedi per la malattia di un figlio, un giorno di congedo per la data d'inizio dell'anno scolastico, qualche ora di permesso in occasione della Festa della mamma, sovvenzioni alle madri di famiglia che dovevano sostenere spese di asilo nido o di custodia dei figli, il prolungamento del congedo di maternità, giorni supplementari di ferie annuali per ciascun figlio ed abbuoni ai fini del calcolo della pensione a partire dal secondo figlio [10].

15. La Corte ha giudicato che tali provvedimenti non potevano essere giustificati ai sensi dell'art. 2, n. 4, ed ha affermato:

«Quanto all'eccezione contemplata dall'art. 2, n. 4, essa 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» [11].

16. La causa più recente — e più pertinente a quella attuale — in cui la Corte ha esaminato l'art. 2, n. 4, è la causa Kalanke [12]. La norma nazionale si cui trattavasi disponeva che le donne aventi la stessa qualificazione degli uomini candidati allo stesso posto dovevano avere la precedenza in settori nei quali il personale femminile fosse insufficientemente rappresentato e che quest'ultima ipotesi si verificava quando in un dato ufficio le donne non costituivano almeno la metà del personale della pertinente categoria retributiva [13]. Non erano previste deroghe a tale norma, ma, secondo il giudice a quo, questa andava interpretata in conformità al Grundgesetz (Costituzione tedesca), nel senso che, sebbene dovesse accordarsi la preferenza alle donne in caso di promozione, l'equità imponeva di fare eccezione a tale privilegio ove necessario [14].

10 — V. punto 8 della sentenza e le conclusioni dell'avvocato generale Sir Gordon Slynn a pagg. 6328 e 6329.

11 — Punto 15 della sentenza. L'espressione «actual instances of inequality» nel testo inglese della sentenza è forse preferibile al testo inglese dell'art. 2, n. 4, della direttiva, che si riferisce a «existing inequalities». Essa è anche più vicina alle altre versioni linguistiche dell'art. 2, n. 4. L'avvocato generale Slynn ha considerato che le misure in esame non potevano essere giustificate in base all'art. 2, n. 4, poiché gli uomini non avevano mai goduto dei diritti di cui trattavasi, cosicché non esistevano disparità in favore degli uomini che pregiudicassero le opportunità delle donne nel campo del lavoro. Tuttavia, tale punto di vista sembra basato su un'interpretazione alquanto letterale del testo inglese dell'art. 2, n. 4.

12 — Citata sopra, nella nota 4.

13 — Punto 3 della sentenza.

14 — Punto 9 della sentenza.

17. Il signor Kalanke e la signora Gliβmann erano in lizza per una promozione. Era pacifico che essi erano entrambi idonei al posto da attribuire e che le donne erano insufficientemente rappresentate nel settore di cui trattavasi. Di conseguenza, secondo la norma nazionale, il posto doveva essere attribuito alla signora Gliβmann. Il signor Kalanke promuoveva un procedimento nel quale, fra l'altro, contestava la validità della norma nazionale con riguardo al diritto tedesco. Il Bundesarbeitsgericht (Corte federale del lavoro), pur ritenendo la detta norma compatibile con le disposizioni nazionali invocate dal signor Kalanke, dubitava della sua compatibilità con la direttiva sulla parità di trattamento e, pertanto, sottoponeva alla Corte di giustizia talune questioni relative alla sfera d'applicazione dell'art. 2, nn. 1 e 4.

18. La Corte ha rilevato anzitutto che una noma nazionale che prescriva, in caso di promozione, di accordare automaticamente alle donne aventi una qualificazione pari a quella dei loro concorrenti di sesso maschile la preferenza nei settori in cui esse sono sottorappresentate comporta una discriminazione basata sul sesso [15]. Poiché lo scopo della direttiva sopra menzionata è l'attuazione negli Stati membri del principio della parità di trattamento per quanto riguarda, fra l'altro, l'accesso al lavoro, ivi compresa la promozione, e poiché ai sensi dell'art. 2, n. 1, il principio della parità di trattamento implica «l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente», nel caso di specie sussisteva una manifesta violazione di tale principio.

15 — Punto 16.

19. La Corte ha poi esaminato se una norma nazionale come quella in esame fosse legittima alla luce dell'art. 2, n. 4. Richiamandosi alla sentenza nella causa Commissione/Francia [16], essa ha osservato che la detta norma mirava specificamente ed esclusivamente ad autorizzare provvedimenti che, pur apparendo discriminatori, erano diretti in pratica ad eliminare o ridurre le disparità di fatto che possono esistere nella vita sociale. Così, in base ad essa erano autorizzati provvedimenti nazionali in materia di accesso al lavoro, ivi compresa la promozione, i quali, favorendo in special modo le donne, perseguivano lo scopo di migliorare la loro attitudine a concorrere sul mercato del lavoro e ad effettuare una carriera in posizione di parità rispetto agli uomini [17].

20. Successivamente la Corte ha fatto sua l'affermazione, figurante in una raccomandazione del Consiglio sulla promozione di azioni positive a favore delle donne [18], secondo cui «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, da atteggiamenti, comportamenti e strutture sociali» [19]. La Corte ha continuato precisando

16 — Citata sopra, nella nota 9.

17 — Punti 18 e 19.

18 — Raccomandazione del Consiglio 13 dicembre 1984, 84/635/CEE (GU L 331, pag. 34).

19 — Terzo 'considerando' della raccomandazione.

che, in quanto deroga a un diritto individuale sancito dalla direttiva, l'art. 2, n. 4, va tuttavia interpretato restrittivamente [20].

21. La Corte ha concluso che una normativa nazionale che garantiva una preferenza assoluta ed incondizionata alle donne in caso di nomina o promozione andava oltre la promozione della parità delle opportunità ed eccedeva i limiti della deroga prevista dall'art. 2, n. 4, della direttiva [21]. Essa ha aggiunto che siffatto sistema, in quanto mirava a far sì che le donne fossero rappresentate in pari misura rispetto agli uomini in tutte le categorie retributive e in tutti i livelli di un servizio, sostituiva all'obiettivo della promozione della parità delle opportunità, di cui all'art. 2, n. 4, un risultato al quale si poteva pervenire solo mediante l'attuazione di tale obiettivo [22]. Di conseguenza, le questioni del giudice nazionale sono state risolte nel senso che la direttiva ostava a una normativa nazionale la quale, come nella fattispecie, accordava automaticamente, a parità di qualificazione tra candidati di sesso differente considerati idonei per una promozione, una preferenza ai candidati di sesso femminile nei settori nei quali le donne fossero rappresentate in misura sufficiente ai sensi della stessa normativa [23].

20 — Punti 20 e 21.

21 — Punto 22.

22 — Punto 23.

23 — Punto 24 e dispositivo. Per la pertinente definizione della «rappresentanza insufficiente» v. supra, paragrafo 16.

22. Avendo accertato che la direttiva ostava alla norma nazionale, la Corte non aveva necessità di esaminare la questione della proporzionalità; pertanto le critiche mossele sotto tale profilo da taluni commentatori [24] non possono considerarsi fondate. Altri commentatori sostengono a torto che la Corte ha giudicato la norma nazionale sproporzionata e, per questo motivo, illegittima [25].

Applicazione della sentenza Kalanke al caso presente

23. Come si è detto, la premessa da cui è partita la Corte nella sentenza Kalanke è che una norma nazionale la quale prescriva, in caso di promozione, di dare automaticamente alle donne aventi una qualificazione pari a quella dei loro concorrenti di sesso maschile la preferenza nei settori in cui esse sono rappresentate in misura insufficiente comporta una discriminazione basata sul sesso e quindi contrasta, in via di principio, con la direttiva. A mio avviso, è chiaro che la norma nazionale di cui trattasi in questo procedimento è analogamente discriminatoria e quindi contraria alla direttiva, a meno che non possa considerarsi legittima con

24 — V., ad esempio, Louis Charpentier, «L'arrêt Kalanke, expression du discours dualiste de l'égalité», *Revue trimestrielle du droit européen* 32, 1996, pagg. 281, 288; Anne Peters, «The Many Meanings of Equality», citato supra, nella nota 6, pagg. 192-193.

25 — V., ad esempio, il commento di Jean-Louis Clergerie nella nota pubblicata nel *Recueil Dalloz Sirey (Jurisprudence)* 1996, pagg. 221, 223; il commento di Eva Brem citato supra, nella nota 6, pagg. 174-175; Linda Senden, «Positive Action in the EU Put to the Test. A Negative Score?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 3, 1996, pagg. 146, 151 e 152.

riguardo all'art. 2, n. 4. Anche se la detta norma nazionale non parla di promozione automatica delle donne nei casi da essa previsti, la sua sostanza è che — a parte casi eccezionali — una donna dev'essere promossa perché è una donna, il che contrasta manifestamente con il principio della parità di trattamento sancito dalla direttiva. Rinvio, in particolare, all'art. 3, n. 1 [26], secondo cui l'applicazione di tale principio implica la mancanza di ogni discriminazione basata sul sesso per quanto riguarda le condizioni, *compresi i criteri di selezione*, fra l'altro, per la promozione.

24. Il punto essenziale è se la norma nazionale di cui qui si discute rientri nella sfera d'applicazione dell'art. 2, n. 4, e sia quindi compatibile con la direttiva. Il giudice a quo è stato indotto a rivolgersi alla Corte nel caso presente dalla differenza tra la norma nazionale in questione e quella sulla quale verteva la causa Kalanke. Esso si richiama particolarmente all'affermazione della Corte in quella sentenza, secondo cui «una normativa nazionale che assicura una preferenza *assoluta e incondizionata* alle donne in caso di nomina o di promozione» esula dall'ambito dell'art. 2, n. 4 [27], e solleva la questione se la riserva contenuta nella norma nazionale sottoposta al suo giudizio valga a rendere quest'ultima compatibile con la direttiva.

25. I governi francese e del Regno Unito osservano che tale norma nazionale, nonostante la detta riserva, è contraria alla direttiva. Il principale argomento da essi progettato è che, siccome la norma mira ad imporre la parità di rappresentanza anziché a promuovere la parità di opportunità, per essa valgono le considerazioni svolte dalla Corte nella sentenza Kalanke.

26. Il Land Renania settentrionale - Vestfalia, i governi austriaco, finlandese, norvegese, spagnolo e svedese e la Commissione [28] si pronunciano in senso opposto. Essi sostengono infatti che la flessibilità della norma nazionale di cui trattasi — ossia l'esistenza della riserva — costituisce un motivo sufficiente per statuire in senso diverso dalla pronuncia Kalanke: nel caso di specie non verrebbe garantita una preferenza assoluta e incondizionata [29].

27. Secondo me, questo argomento ha varie pecche.

26 — Riprodotto supra, nel paragrafo 4.

27 — Punto 22; il corsivo è mio.

28 — V. anche la comunicazione citata supra nella nota 4, pag. 9.

29 — Va rilevato che il Bundesarbeitsgericht, che aveva interpellato la Corte in via pregiudiziale nella causa Kalanke, espresse anch'esso successivamente, nello statuire alla luce della pronuncia della Corte, l'opinione che l'aspetto determinante della norma nazionale di cui si trattava fosse la mancanza di una riserva specifica come quella contenuta nella disposizione oggi esaminata: v. il commento di Sacha Prechal alla sentenza Kalanke in *Common Market Law Review* 33, 1996, pagg. 1245, 1256, e Linda Senden, «Positive Action in the EU Put to the Test (...)», citato sopra nella nota 25, pag. 157.

28. Anzitutto, 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» [30]. 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 [31]. 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.

29. Inoltre, le considerazioni esposte dalla Corte nella sentenza Kalanke inducono a ritenere che la norma qui in esame sia illegittima. Nel punto 23 essa ha affermato che la norma nazionale di cui trattavasi, «in quanto mira a far che sì le donne siano rappresentate in pari misura rispetto agli uomini (...), 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». Questo punto è stato ritenuto oscuro da taluni commentatori [32]. Tuttavia, secondo me, il suo senso è chiaro. L'art. 2, n. 4, riguarda, secondo il suo tenore letterale, le misure volte «a promuovere la parità delle opportunità». A tale proposito, l'avvocato generale Tesauro, nelle sue conclusioni nella causa Kalanke, si è espresso in questi termini:

«Dare opportunità pari non può che significare, a mio avviso, 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 parti 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 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» [33].

30 — Punto 9 della sentenza.

31 — Per un'analisi particolareggiata, v. Linda Senden, «Positive Action in the EU Put to the Test (...)», citato nella nota 25, pag. 149. Nel frattempo è stato inserito nell'art. 3, n. 2, un nuovo «obiettivo dello Stato», nel senso che lo Stato promuove la «effettiva attuazione della parità tra uomini e donne e si adopera per ridurre gli svantaggi esistenti». V. inoltre Gilbert H. Gornig e Sven Reckewerth, «The Revision of the German Basic Law. Current Perspectives and Problems in German Constitutional Law», *Public Law* 1997, pagg. 137, 147-149.

32 — V., ad esempio, il commento di Georges Friden in *Annales du droit luxembourgeois*, 1995, pagg. 483, 488-490; Olivier De Schutter e Bernadette Renauld, «Egalité de traitement — L'action affirmative devant la Court de justice des Communautés européennes à propos de l'affaire Kalanke du 17 octobre 1995», *Journal des tribunaux du travail* 1996, pagg. 125, 126.

33 — Paragrafo 13.

30. Per ammissione, il fatto che due candidati abbiano qualifiche equivalenti non significa necessariamente che essi abbiano avuto in precedenza pari opportunità, poiché uno di loro può semplicemente aver acquisito qualifiche equivalenti facendo fronte a circostanze più difficili oppure grazie ad un programma di addestramento diretto a consentire il superamento di tali difficoltà (infatti il Land sostiene che, quando un uomo e una donna sono entrambi idonei ad un promozione, spesso la donna è più giovane oppure ha una minore anzianità di servizio; di conseguenza è lecito ritenere che essa si sia dimostrata più capace del concorrente e che sia logico darle la preferenza). Tuttavia, non credo che questo sia pertinente al problema sottoposto alla Corte: poiché la norma nazionale si applica solo quando i candidati sono parimenti idonei, resta il fatto che quando essa è applicata vi sono candidati parimenti idonei i quali, in mancanza di una procedura di selezione discriminatoria, hanno per definizione uguali opportunità di esser promossi.

31. Nelle conclusioni sopra citate l'avvocato generale Tesauro ha approfondito la sua spiegazione della distinzione tra misure consentite dall'art. 2, n. 4, ossia quelle «finalizzate alla rimozione degli ostacoli che impediscono alle donne di perseguire in condizioni paritarie gli stessi risultati», e misure non consentite da tale disposizione, vale a dire quelle dirette «ad attribuire direttamente ad esse i risultati stessi, o comunque ad accordare loro la priorità, per il raggiungimento di quei risultati, *solo perché donne*» [34]. Per me è chiaro che questa è la distinzione sulla quale si basa l'affermazione della Corte contenuta nel punto 23 della sentenza Kalanke. Sia essa espressa in termini di rimozione degli ostacoli anziché di imposizione dei risultati, di garanzia di uguaglianza nei punti di partenza anziché nei punti di arrivo o di garanzia di pari opportunità anziché di parità di risultati, la distinzione è concettualmente chiara ed è di regola agevole, secondo me, situare una data misura in una delle due categorie.

32. A mio parere, pertanto, il senso della pronuncia della Corte nella causa Kalanke è che ogni norma che va oltre la promozione della parità di opportunità, mirando ad imporre il risultato della parità di rappresentanza, esula del pari dalla sfera dell'art. 2, n. 4, della direttiva e quindi contrasta con il principio della parità di trattamento sancito dall'art. 2, n. 1, e, allo stato attuale del diritto comunitario, è illegittima. Questo modo di vedere è del tutto consono al sistema della direttiva. È assiomatico che non sussistono pari opportunità per uomini e donne in un caso concreto se, a parità di ogni altra condizione, una persona è preferita a un'altra solo a motivo del suo sesso. Che la direttiva miri alla tutela dei diritti individuali emerge chiaramente dall'art. 6 [35], il quale prescrive agli Stati membri di garantire l'esperimento di adeguati rimedi «a tutti coloro che si ritengono lesi dalla mancata applicazione nei loro confronti del principio della parità di trattamento, ai sensi degli articoli 3, 4 e 5». Se la

34 — Paragrafo 22.

35 — Riprodotto sopra, nel paragrafo 5.

norma nazionale su cui verteva la sentenza Kalanke fosse stata giudicata legittima, nei settori in cui essa si applicava sarebbero sempre state negate agli uomini la parità di trattamento e la parità di opportunità, sussistendo le circostanze ricorrenti in quel caso. Comunque si intenda la sfera di applicazione dell'art. 2, n. 4, difficilmente un risultato del genere potrebbe considerarsi consono al principio della parità di trattamento stabilito dall'art. 2, n. 1, o alla promozione della parità di opportunità che deve contraddistinguere le misure contemplate dall'art. 2, n. 4.

33. A mio modo di vedere, la riserva formulata nella norma nazionale oggi sul tappeto non infirma la conclusione che tale norma è illegittima per i seguenti motivi.

34. Anzitutto, come rilevano il giudice a quo e il governo del Regno Unito, l'applicazione della riserva rende semplicemente inapplicabile in casi particolari la norma che prevede la precedenza per le donne, ma non ne modifica la natura discriminatoria in generale.

35. Inoltre, come sottolinea il governo francese, la portata della suddetta riserva non è chiara (e, a quanto pare [36], non era intenzione del legislatore che lo fosse). È giurisprudenza costante che i principi della certezza del diritto e della tutela dei privati esigono che, nelle materie disciplinate dal diritto comunitario, la normativa degli Stati membri abbia una formulazione non equivoca, sì da consentire agli interessati di conoscere i propri diritti ed obblighi in modo chiaro e preciso, ed ai giudici di garantirne l'osservanza [37].

36. In ogni caso, anche se l'esistenza della riserva potesse rendere, in via di principio, la norma in cui è contenuta compatibile con la direttiva, ciò potrebbe accadere soltanto se la riserva stessa fosse ineccepibile. Tuttavia, essa non risulta esserlo. Oltre ai rilievi esposti nei paragrafi precedenti, vi è un problema concernente la sua operatività. Il Land Renania settentrionale - Vestfalia ha osservato che la norma nazionale in esame mira ad escludere l'applicazione, nei procedimenti di selezione, di «criteri tradizionali secondari», che esso ritiene — senza dubbio correttamente [38] — discriminatori. La riserva però risulta prevedere che proprio tali criteri possano nondimeno essere usati quando essa viene invocata, con il risultato che il posto è offerto al candidato di sesso maschile in base a criteri

36 — V. supra, paragrafo 8.

37 — V., ad esempio, sentenza 21 giugno 1988, causa 257/86, Commissione/Italia (Racc. pag. 3249, punto 12).

38 — Tornerò su questo punto nel paragrafo 40.

incontestatamente discriminatori [39]. Se illegittima è una norma assoluta che dà la precedenza alle donne a motivo del loro sesso, illegittima, a maggior ragione, dev'essere una norma condizionata che o dà la precedenza alle donne a motivo del loro sesso o dà la precedenza agli uomini in base a criteri per ammissione discriminatori.

37. Ritengo pertanto che, nonostante la riserva, la norma nazionale di cui trattasi sia illegittima alla luce della sentenza Kalanke. Aggiungo, come osservazione di carattere generale, che secondo me occorre opporsi ad ogni tentativo di discostarsi dalla giurisprudenza Kalanke per motivi strettamente tecnici. Come ho già rilevato, le ragioni che hanno determinato la decisione dalla Corte in quella causa sono chiare e valgono anche per il caso di specie. Il volere a tutti i costi distinguere tra casi simili potrebbe verosimilmente creare incertezza giuridica e provocare una proliferazione di controversie dai risultati arbitrari.

38. Si può obiettare [40] che la declaratoria di invalidità della norma nazionale comporterebbe un ritorno ai criteri che essa mirava a disapplicare e la cui discriminatorietà è ammessa dal Land Renania settentrionale - Vestfalia, e che difficilmente ciò potrebbe definirsi «attuazione (...) del principio della parità di trattamento fra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro» [41].

39. Tuttavia, dal fatto che le norme nazionali controverse nel caso di specie e nella causa Kalanke contrastino con il diritto comunitario non consegue che per un'autorità nazionale sia legittimo applicare i cosiddetti criteri secondari tradizionali di selezione assertivamente applicati in mancanza di tali norme [42]. In effetti sembra chiaro che i detti criteri sono sia applicati sia considerati accettabili da taluni: ad esempio il signor Kalanke aveva affermato dinanzi ai giudici nazionali che, anche supponendo che la signora Glißmann fosse stata altrettanto qualificata, egli avrebbe dovuto essere promosso per motivi sociali (ossia perché era coniugato, perché sua moglie non lavorava e perché aveva due figli) [43]. Del pari risulta chiaro che l'applicazione di siffatti criteri in un procedimento di selezione costituisce di per sé violazione

39 — A quanto si dice, il Bundesarbeitsgericht, che aveva chiesto la pronuncia pregiudiziale della Corte nella causa Kalanke, ha sottolineato che il legislatore di Brema, che aveva emanato la norma di cui si discuteva in quella causa, aveva deliberatamente evitato di prevedere una deroga formulata in termini ampi come quella di cui trattasi in questo procedimento, considerando il grave rischio che la sua applicazione si risolvesse in una discriminazione indiretta: v. il commento di Sacha Prechal, citato sopra (nota 29), pag. 1257. Inoltre, nell'ambito del presente procedimento il Land ha rilevato all'udienza che la riserva in esame, designata come «spada di Damocle», è invocata raramente, dato il timore che la sua applicazione comporti azioni giudiziarie.

40 — V., ad esempio, Dr. Dagmar Schiek, «Positive Action in Community Law», *Industrial Law Journal* 25, 1996, pagg. 239, 241.

41 — Art. 1, n. 1, della direttiva.

42 — V. supra, paragrafo 7.

43 — V. Dr. Dagmar Schiek, «Positive Action in Community Law», citato sopra, nella nota 40, pag. 240; Linda Senden, «Positive Action in the EU Put to the Test», citato sopra, nella nota 25, pagg. 147 e 148, e il commento di Sacha Prechal citato sopra, nella nota 29, pag. 1246.

della direttiva sulla parità di trattamento: l'art. 2, n. 1, ricordiamolo, prevede l'«assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia» e l'art. 3, n. 1, vieta espressamente tali discriminazioni «per quanto riguarda le condizioni di accesso, compresi i criteri di selezione, agli impieghi o posti di lavoro». Lo Stato membro che consenta l'applicazione di questi criteri discriminatori viene meno agli obblighi ad esso incombenti ai sensi della direttiva sulla parità di trattamento e degli artt. 5 e 189 del Trattato, al pari dello Stato membro che abbia omesso di provvedere affinché chiunque si ritenga leso da una discriminazione possa «far valere i propri diritti per via giudiziaria», conformemente all'art. 6 della direttiva [44].

La sfera d'applicazione dell'art. 2, n. 4

40. Per le ragioni fin qui esposte sono pervenuto alla conclusione che l'art. 2, nn. 1 e 4, della direttiva sulla parità di trattamento osta ad una normativa nazionale secondo cui, in settori di attività pubblici nei quali, al livello del posto considerato, siano impiegate meno donne che uomini, le donne debbono aver la precedenza nella promozione in caso di pari qualificazione (idoneità, competenza e prestazioni professionali) dei candidati di sesso maschile e di quelli di sesso femminile, a meno che non prevalgano motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile.

44 — V., sentenza 10 aprile 1984, causa 14/83, Von Colson e Kamann/Land Renania del Nord - Vestfalia (Racc. pag. 1891, punto 18). V. anche sentenza 22 aprile 1997, causa C-180/95, Draehmpaehl/Urania Immobilienservice (Racc. pag. I-2195, punti 24-27).

41. Può esser utile aggiungere talune osservazioni sul tipo di provvedimenti che, secondo me, rientrano o non rientrano nell'art. 2, n. 4, il quale — si ricordi — dispone che la direttiva «non pregiudica le 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», vale a dire nell'accesso al lavoro, ivi compresa la promozione, e alla formazione professionale e nelle condizioni di lavoro.

42. Dalla lettera dell'art. 2, n. 4, e dall'interpretazione datane dalla Corte risulta chiaramente 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 dalla 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.

43. Secondo me, 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 [45]. Per citare un esempio di disposizioni del genere, le istituzioni comunitarie, quando assumono personale, prevedono in genere una proroga del limite di età, altrimenti applicabile, per i «candidati che non abbiano svolto attività professionale durante almeno un anno per occuparsi di un bambino in tenera età con essi convivente» [46].

44. Anche se redatta in termini neutri per quanto riguarda il sesso, tale disposizione può, in pratica, andare a vantaggio molto più delle donne che degli uomini. Nonostante questo effetto indirettamente discriminatorio, secondo me essa è legittima con riguardo all'art. 2, n. 4.

45. Possono esservi però misure dirette a rimediare agli specifici svantaggi incontrati dalle donne sul mercato del lavoro che conseguono meglio il loro scopo se sono redatte in termini che consentono espressamente alle sole donne di fruirne. Anche siffatte misure rientrano, a mio avviso, nella sfera di applicazione dell'art. 2, n. 4. Il criterio in esse seguito rispecchia l'affermazione della Corte, figurante nella sentenza Kalanke, secondo cui l'art. 2, n. 4, «autorizza provvedimenti nazionali in materia di accesso al lavoro, ivi compresa la promozione, i quali, favorendo in special modo le donne, perseguono lo scopo di migliorare la loro attitudine a concorrere sul mercato del lavoro ed a proseguire nella carriera in posizione di parità rispetto agli uomini» [47]. Una misura direttamente discriminatoria legittima con riguardo all'art. 2, n. 4, «dovrà dunque esser diretta, intervenendo ad esempio sull'orientamento scolastico e sulla formazione professionale, alla rimozione degli ostacoli che impediscono alle donne la parità di opportunità» [48].

La questione di politica

46. Caldeggiando un'interpretazione dell'art. 2, n. 4, che esclude misure che accordano direttamente la precedenza alle donne, per quanto riguarda le promozioni o le nomine, in settori nei quali esse non sono rappresentate in misura sufficiente, non mi sto pronunciando sull'auspicabilità di tali misure come questione di principio. È incontrovertibile che — come osservò il Regno Unito nella causa Kalanke [49] — l'insufficiente rappresentanza delle donne è il risultato di una miscela di fattori e forse un trattamento preferenziale delle donne costituisce un metodo per migliorare uno degli ingredienti (va però

45 — Invero, il fatto di limitare alle donne, ad esempio, il beneficio di misure relative alla cura dei figli può addirittura essere considerato contrario allo scopo di trattare uomini e donne, come lavoratori, su un piede di parità poiché corrobora il presupposto che debbano essere anzitutto le donne ad occuparsi dei figli: v. Ursula A. O'Hare, «Positive Action Before the European Court of Justice: Case C-450/93 *Kalanke v Freie Hansestadt Bremen*», *Web Journal of Current Legal Issues* 1996, e il commento di Sacha Prechal citato sopra (nota 29), pag. 1253.

46 — V., ad esempio, bando di concorso generale CJ/LA/18 (GU C 268 A, pag. 8), punto 3, lett. c) (assunzione di giuristi linguisti da parte della Corte di giustizia); bando di concorso generale CC/A/6/96 (GU C 84 A, pag. 5), punto 1, lett. b) (assunzione di statistici da parte della Corte dei conti).

47 — Punto 19.

48 — Paragrafo 19 delle conclusioni dell'avvocato generale Tesauro nella causa Kalanke.

49 — Citato da Ursula A. O'Hare, «Positive Action Before the European Court of Justice (...)», menzionato sopra, nella nota 45.

rilevato che l'impatto delle norme controverse nella causa Kalanke e nel caso di specie risulta essere stato molto modesto [50], il che non è forse molto sorprendente giacché i motivi di deroga sono sostanzialmente identici ai motivi che verrebbero presi in considerazione in mancanza della norma alla quale assertivamente si deroga). Tuttavia, la questione se questa politica sia o non auspicabile o adeguata rientra nella competenza del legislatore, non della Corte, il cui ruolo in questa causa [51], come nella causa Kalanke, consiste nell'interpretare la normativa vigente. La Corte deve resistere alla tentazione di adattare il risultato a considerazioni di natura politica, per quanto seducente ciò possa sembrare. Come ha affermato un Industrial Tribunal del Regno Unito nell'analogo contesto della legittimità di liste comprendenti solo donne per la scelta dei candidati del partito laburista in talune circoscrizionali elettorali:

«Molti potrebbero senz'altro considerare [il fatto di eliminare lo squilibrio nella rappresentanza dei due sessi nella Camera dei Comuni] come motivo encomiabile, ma questo non è pertinente alla questione se l'accordo, come applicato nella fattispecie in esame, si risolva in una illegittima discriminazione diretta dei due aspiranti candidati di sesso maschile» [52].

47. Per me è chiaro che la sentenza Kalanke — nonostante molte critiche basate su fraintendimenti [53] — è consona al tenore della direttiva. È pacifico che tale normativa è stata redatta due decenni or sono, e gli sviluppi sociali verificatisi da allora possono implicare la necessità di modificare una disposizione la cui ratio e la cui sfera di applicazione erano adeguate al momento della sua emanazione. Tuttavia, anche la modifica della normativa comunitaria compete al legislatore, non alla Corte. È interessante osservare che vi sono attualmente due iniziative parallele che mirano, in modi diversi, ad introdurre talune forme di azione positiva.

48. Nel 1986, a ciò indotta dalla sentenza Kalanke, la Commissione ha proposto una modifica dell'art. 2, n. 4 [54]. Questa disposizione, come modificata, dovrebbe avere il seguente tenore:

«La presente direttiva non osta alle misure volte a promuovere la pari opportunità per uomini e donne, in particolare eliminando le disuguaglianze sostanziali che pregiudicano le opportunità del sesso insufficientemente rappresentato nei settori di cui all'articolo 1, paragrafo 1. Dette misure includono il riconoscimento di una preferenza, riguardo all'accesso al lavoro o alla promozione, a

50 — Osservazioni del Land in questo procedimento; Dr. Dagmar Schiek, «Positive Action (...)» citato supra (nota 40), pag. 244. V., per osservazioni di carattere generale, Josephine Shaw, «Positive Action for Women in Germany: The Use of Legally Binding Quota Systems» in Bob Hepple and Erika Szyszczak, dir., *Discrimination: The Limits of Law* (Londra e New York: Mansell Publishing Ltd, 1992), pag. 386.

51 — Nonostante l'opposto punto di vista espresso da taluni commentatori: v., ad esempio, il commento di Eva Brems citato supra (nota 6), pag. 178.

52 — Causa Jepson/Partito laburista, *Industrial Relations Law Reports* 1996, pagg. 116, 117.

53 — V., ad esempio, Titia Loenen e Albertine Veldman, «Preferential Treatment in the Labour Market after Kalanke: Some Comparative Perspectives», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 12, 1996, pag. 43: «L'attacco sostanziale contro il trattamento preferenziale, che la sentenza Kalanke implica manifestamente (...)».

54 — Proposta di direttiva del Consiglio che modifica la direttiva del Consiglio 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 (GU 1996, C 179, pag. 8).

favore di una persona del sesso insufficientemente rappresentato, purché tali misure non escludano la valutazione delle circostanze particolari delle singole fattispecie» [55].

49. La Commissione ritiene che la modifica da essa proposta non incida sulla sfera d'applicazione della direttiva sulla parità di trattamento, ma abbia semplicemente carattere «interpretativo», «dichiarativo» e «chiarificante». A suo avviso, infatti, la sentenza Kalanke è limitata alle misure di azione positiva esattamente del tipo di cui trattavasi in quella causa [56]. Per i motivi che ho esposto, non condivido tale opinione; secondo me, quindi, la modifica proposta è più innovativa di quanto asserisce la Commissione. Per di più difetta di chiarezza [57]. Se si considera auspicabile stabilire il principio che taluni tipi di azioni positive devono essere legittimi, è essenziale che venga definita chiaramente la portata di tale principio (anche se può essere appropriato, data la diversità dei punti di vista politici e l'evoluzione delle situazioni economiche e sociali, lasciare agli Stati membri un certo margine discrezionale nel decidere se e in quale misura avvalersi di una deroga del genere).

50. La seconda iniziativa è una proposta di modifica del Trattato, avanzata nell'ambito della Conferenza intergovernativa. A quanto risulta, la modifica servirebbe a chiarire che non agirebbero in contrasto con il principio della parità di trattamento e di opportunità gli Stati membri che prevedessero talune forme di azione positiva. Resta da vedere quali saranno i termini precisi e il destino politico della detta proposta. Verosimilmente la modifica è diretta ad integrare l'art. 6, n. 3, del protocollo n. 14 (politica sociale) allegato al Trattato. Tale disposizione stabilisce che l'art. 6 (il quale, in termini quasi identici a quelli dell'art. 119 del Trattato, sancisce il principio della parità di retribuzione) «non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici intesi a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte delle donne ovvero a evitare o compensare svantaggi nella loro carriera professionale». Poiché è limitato alla parità di retribuzione, l'art. 6, n. 3, sebbene richiamato brevemente dalla Commissione, non è di alcun ausilio in questo procedimento.

La rilevanza degli atti internazionali

51. In parecchie delle osservazioni scritte presentate alla Corte [58] si fa riferimento a convenzioni internazionali che, si sostiene, corroborano il punto di vista che l'art. 2, n. 4, della direttiva sulla parità di trattamento

55 — Art. 1 della direttiva di modifica proposta.

56 — V. il memorandum esplicativo, COM (96) 93 def, pagg. 3, 4 e 7.

57 — V., per maggiori dettagli, la ben articolata critica della modifica proposta formulata dal Comitato economico e sociale nel parere 25 settembre 1996 (GU 1997, C 30, pag. 57), in particolare punti 3.1 e 3.2.

58 — V. anche la comunicazione della Commissione citata supra (nota 4), pagg. 7 e 8.

debba essere interpretato in senso abbastanza ampio da ricomprendere tra i provvedimenti da esso consentiti misure preferenziali come la norma nazionale in esame.

52. Il Land Renania settentrionale - Vestfalia e la Commissione si richiamano alla Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro relativa alla discriminazione [59], ratificata da tutti gli Stati membri tranne l'Irlanda, il Lussemburgo e il Regno Unito. L'art. 5 della detta Convenzione recita:

«1. Le misure speciali di protezione o di assistenza previste in altre convenzioni o raccomandazioni adottate dalla Conferenza internazionale del lavoro non sono considerate come discriminazioni.

2. Ogni Stato membro, dopo aver consultato, dove esistono, organizzazioni rappresentative di datori di lavoro e di lavoratori, può definire non discriminatorie altre misure speciali destinate a tener conto delle esigenze particolari di persone per le quali sia ritenuta necessaria, in generale, una protezione o un'assistenza speciale per motivi come il sesso, l'età, l'invalidità, oneri familiari o il livello sociale o culturale».

53. Il Land Renania settentrionale - Vestfalia, i governi austriaco, finlandese e norvegese e la Commissione fanno riferimento alla Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite relativa all'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne, ratificata da tutti gli Stati membri della Comunità europea [60], segnatamente all'art. 4, n. 1, della stessa, a tenore del quale:

«L'adozione, da parte degli Stati aderenti, di misure temporanee speciali dirette ad accelerare di fatto la parità tra uomini e donne non è considerata come un atto di discriminazione quale definito nella presente Convenzione, ma non deve in alcun modo comportare, come conseguenza, il mantenimento in vigore di norme disuguali o distinte; tali misure devono esser abrogate non appena siano stati raggiunti gli obiettivi in materia di parità di opportunità e di trattamento».

54. Entrambe le Convenzioni consentono «misure speciali», anche se prima facie discriminatorie, in deroga al divieto fondamentale di discriminazione che esse contengono. I partecipanti al presente procedimento che ad esse si richiamano sostengono, chi espressamente chi implicitamente, che la norma nazionale in esame non contrasta con le Convenzioni medesime e che l'art. 2, n. 4, della direttiva dev'essere interpretato in senso consono a queste.

59 — Convenzione 25 giugno 1958, n. 111, relativa alle discriminazioni in materia di impiego e di occupazione, *United Nations Treaty Series*, vol. 362, pag. 31.

60 — Risoluzione dell'Assemblea generale 34/180, adottata il 18 dicembre 1979.

55. Le richiamate disposizioni delle Convenzioni sono redatte, innegabilmente, in termini vaghi: non è affatto chiaro che esse ricomprendano azioni preferenziali come quelle imposte dalla norma nazionale di cui trattasi. Sotto questo profilo, quindi, le Convenzioni non possono fornire elementi utili per l'interpretazione delle più specifiche disposizioni dell'art. 2, n. 4.

56. Inoltre, dal tenore delle Convenzioni considerate emerge chiaramente che esse prevedono facoltà, non obblighi. Pertanto, l'interpretazione dell'art. 2, n. 4, della direttiva da me caldeggiata non provoca un conflitto diretto con le Convenzioni, come invece accadrebbe se, ad esempio, queste prescrivessero espressamente agli Stati un'azione positiva come quella di cui trattasi nella fattispecie. È superfluo, quindi, stabilire quale dovrebbe essere la soluzione in caso di conflitto. Ciò solleverebbe varie, difficili questioni circa l'effetto diretto delle Convenzioni e la portata dell'art. 234 del Trattato CE [61].

57. Tuttavia, per quanto riguarda la questione più generale della sfera d'applicazione dell'art. 2, n. 4, i tipi di misure che, a mio avviso, sono consentiti da questa disposizione sono comunque quelli che le Convenzioni mirano manifestamente ad agevolare.

Conclusione

58. Di conseguenza, ritengo che la questione sollevata del Verwaltungsgericht di Gelsenkirchen debba essere risolta nel modo seguente:

«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, osta ad una normativa nazionale secondo cui, in settori di attività pubblici nei quali, al livello del posto considerato, siano impiegate meno donne che uomini, le donne debbono avere la precedenza nella promozione in caso di pari qualificazione (idoneità, competenza e prestazioni professionali) dei candidati di sesso maschile e di quelli di sesso femminile, a meno che non prevalgano motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile».

61 — V., da ultimo, sentenza 14 gennaio 1997, causa C-124/95, Centro-Com (Racc. pag. I-81, punti 55-60).