# CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE F.G. JACOBS

presentate il 6 luglio 2000 *

1. Le norme comunitarie in materia di parità di trattamento ostano ad una disposizione di diritto nazionale in base alla quale, qualora il numero di candidati qualificati per un corso di tirocinio pratico nelle professioni legali superi il numero di posti disponibili per una determinata sessione di selezione, occorre dare precedenza, entro certi limiti temporali, a coloro che soddisfano i criteri generalmente definiti come «casi di rigore», uno dei quali in particolare — quello di aver compiuto il servizio militare di leva — può essere in realtà soddisfatto solo dagli uomini? Tale è in sostanza la questione sollevata nella domanda di pronuncia pregiudiziale dal Verwaltungsgericht (Tribunale amministrativo) di Francoforte sul Meno.

## La direttiva sulla parità di trattamento

2. La direttiva del Consiglio 76/207 [1] è stata adottata al fine di attuare negli Stati membri il principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda, tra l'altro, l'accesso alla formazione professionale (art. 1). 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». Tra altre eccezioni, tuttavia, l'art. 2, n. 4, prevede 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 ai quali essa si applica.

3. L'art. 4 dispone quanto segue:

«L'applicazione del principio della parità di trattamento per quanto riguarda l'accesso a tutti i tipi e a tutti i livelli di orientamento, di formazione, di perfezionamento e di aggiornamento professionali, implica che gli Stati membri prendano le misure necessarie affinché:

a) siano soppresse le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative contrarie al principio della parità di trattamento;

* Lingua originale: l'inglese.

1 — 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 (GU L 39, pag. 40).

(...)

c) l'orientamento, la formazione, il perfezionamento nonché l'aggiornamento professionali (...) siano accessibili secondo gli stessi criteri e agli stessi livelli senza discriminazioni basate sul sesso».

4. In base all'art. 6:

«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 artt. 3, 4 e 5, di far valere i propri diritti per via giudiziaria, eventualmente dopo aver fatto ricorso ad altre istanze competenti».

## Le disposizioni nazionali e il loro contesto

5. In Germania la formazione prevista per le professioni legali è lunga e approfondita. Benché i dettagli possano variare da un Land all'altro, lo schema generale è il seguente.

6. Dopo il completamento della scuola secondaria superiore, occorrono quattro anni di studio universitario in giurisprudenza, seguiti dal primo esame di Stato in giurisprudenza, che in genere richiede un altro semestre. Sebbene a questo stadio possano aversi alcune limitate possibilità di carriera per funzioni di minor rilievo, la maggior parte degli aspiranti giuristi deve proseguire con la frequenza, in genere per due anni, di un corso di formazione pratica/esperienza di lavoro in diversi settori sotto la supervisione dell'autorità giudiziaria. Durante questo periodo, i praticanti vengono retribuiti e maturano il diritto alla pensione in quanto funzionari a titolo temporaneo. Alla fine di questo periodo, sostengono il secondo esame di Stato in giurisprudenza, che consente, in caso di esito positivo, di accedere a pieno titolo a qualsiasi professione legale.

7. La presente causa concerne l'ammissione al tirocinio pratico nelle professioni legali nel Land dell'Assia. All'epoca dei fatti (marzo 1998) essa era disciplinata dagli artt. 23 e 24 dello Hessisches Juristenausbildungsgesetz (legge dell'Assia sulla formazione professionale dei giuristi, di seguito «JAG») e dall'art. 14a della Juristische Ausbildungsordnung (JAO), un regolamento attuativo.

8. In base all'art. 23, n. 1, del JAG, l'ammissione al tirocinio nelle professioni legali è garantita a chiunque abbia superato il primo esame di Stato in giurisprudenza. L'art. 24, n. 1, prevede selezioni per l'ammissione a cadenza bimestrale, a cominciare dal primo giorno lavorativo dei mesi di gennaio, marzo, maggio, luglio, settem-

bre e novembre di ogni anno. Il numero di posti disponibili per ciascuna sessione è limitato a 140 in base a distinte disposizioni di bilancio. Le ipotesi in cui vi siano più candidati rispetto ai posti disponibili sono disciplinate dall'art. 24, n. 2, del JAG che, al tempo di causa, disponeva quanto segue:

«Quando il numero delle domande di ammissione al tirocinio pervenute entro la scadenza per l'assunzione supera il numero dei posti di formazione professionale disponibili, l'assunzione stessa può essere differita sino a 12 mesi. Tale disposizione non è applicabile se il differimento dia luogo ad una situazione di particolare rigore. La selezione delle persone oggetto del rinvio viene effettuata per estrazione a sorte».

9. I casi di «particolare rigore» erano definiti dall'art. 14a del JAO:

«1) Si è in presenza di un caso di eccezionale rigore ai sensi dell'art. 24, n. 2, della legge sulla formazione professionale dei giuristi, quando il differimento implicherebbe per la o il richiedente svantaggi che a causa dell'applicazione di un criterio rigoroso supererebbero l'entità degli svantaggi normalmente connessi col rigetto della domanda.

2) Sono specialmente presi in considerazione come casi di eccezionale rigore:

1. lo stato dimostrato di grave handicap;

2. particolari circostanze sociali e familiari che vanno dimostrate con attestazioni ufficiali;

3. perdite di tempo connesse all'inizio ed allo svolgimento degli studi non imputabili alla richiedente o al richiedente, in particolare quelle sorte in conseguenza dell'avvio del secondo ciclo di studi o a causa dell'appartenenza a organi di autogoverno universitari o studenteschi;

4. l'adempimento di un servizio obbligatorio ai sensi dell'art. 12a, nn. 1 o 2 del Grundgesetz (Legge fondamentale) o di un'attività di almeno due anni in qualità di cooperatrice o cooperatore allo sviluppo ai sensi del Entwicklungshelfergesetz (Legge sui cooperatori allo sviluppo) (...) o la prestazione di un anno sociale di volontariato ai sensi del Gesetz zur Förderung

eines freiwilligen sozialen Jahres (Legge sulla promozione di un anno sociale di volontariato)(...)».

10. Il riferimento al sevizio obbligatorio riguarda il servizio militare di leva (art. 12a, n. 1, del Grundgesetz), che dura 10 mesi, e il servizio civile obbligatorio (art. 12a, n. 2,) che dura 13 mesi. Entrambe le ipotesi sono applicabili ai soli uomini. Vi farò riferimento congiuntamente come al «servizio nazionale obbligatorio».

11. Le disposizioni regolamentari del Land dell'Assia sono state successivamente emendate nel maggio del 1998. Da allora, essenzialmente, il 50% dei posti per ciascuna ammissione deve essere attribuito sulla base delle qualifiche e dei risultati dei candidati, il 15% sulla base dei «casi di rigore» e il 35% in funzione del periodo di tempo decorso dalla domanda iniziale. La definizione dei «casi di rigore» è rimasta fondamentalmente la stessa, anche se l'ordine degli esempi 3) e 4) è stato invertito ed è stato specificato che, se il numero delle persone che invocano i «casi di rigore» supera il 15% dei posti disponibili, deve essere data precedenza ai casi che rientrano nell'esempio 1) e successivamente a quelli di cui all'esempio 2), mentre per gli eventuali posti rimasti disponibili si procede per estrazione a sorte.

## Il procedimento a quo e l'ordinanza di rinvio

12. La signora Julia Schnorbus superava il primo esame di Stato nel mese di ottobre del 1997 e presentava domanda per essere ammessa al tirocinio nelle professioni legali nella sessione di gennaio del 1998. La signora Schnorbus era una dei 360 candidati in quell'occasione, sicché fu necessario applicare l'art. 24, n. 2, del JAG per decidere sull'assegnazione dei 140 posti disponibili. A seguito dell'applicazione della regola dei «casi di rigore», i posti restanti venivano estratti a sorte e la signora Schnorbus veniva esclusa. Presentava nuovamente domanda per la sessione di marzo del 1998 ma anche questa volta l'esito fu negativo, trovandosi al 250esimo posto nella graduatoria stilata dopo l'estrazione a sorte. Alla fine, otteneva un posto nella sessione di maggio del 1998, ancora una volta dopo l'estrazione a sorte.

13. Nel frattempo, tuttavia, la signora Schnorbus aveva avviato un'azione sia amministrativa che giudiziaria per contestare la decisione dell'11 febbraio 1998 che le aveva negato l'ammissione ad uno dei posti per la sessione di marzo.

14. Da una parte, aveva presentato un ricorso in sede cautelare al Verwaltungsgericht di Francoforte sul Meno, chiedendo di essere nominata come praticante mediante un provvedimento provvisorio a partire dal primo giorno lavorativo di marzo del 1998. La domanda veniva accolta con ordinanza del 23 febbraio 1998, ma fu respinta quat-

tro giorni dopo dal Verwaltungsgerichtshof (Tribunale amministrativo di secondo grado) dell'Assia.

15. Dall'altra parte, aveva proposto reclamo avverso il provvedimento amministrativo negativo, il quale veniva respinto il 2 aprile 1998 con una lettera che affermava che la procedura non comportava alcuna discriminazione diretta illecita nei confronti delle donne e che la norma, che faceva riferimento a coloro che avessero completato il servizio nazionale obbligatorio, era legata ad un criterio di differenziazione oggettivo.

16. Essa proponeva, quindi, un nuovo ricorso dinanzi al Verwaltungsgericht, al fine di far dichiarare che il rigetto del suo reclamo era stato illegittimo e che era lesivo dei suoi diritti. (Quando le fu riconosciuto un posto, fu ritirata la domanda cautelare per l'assegnazione di un posto nella sessione di maggio del 1998). È nel contesto di questi procedimenti che il Verwaltungsgericht ha proposto alla Corte una domanda di decisione pregiudiziale su otto questioni, che possono essere riassunte come segue:

Se la preferenza accordata agli uomini che hanno assolto un servizio nazionale obbligatorio (condizione che le donne non possono soddisfare) rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 76/207/CEE (questione 1). In tal caso, se essa realizzi, direttamente o indirettamente, una discriminazione fondata sul sesso ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva (questioni 2 e 3).

Se la giustificazione con riferimento all'art. 2, n. 4, della direttiva vada esclusa o perché l'ammissione prioritaria opera automaticamente in favore degli uomini, senza fare riferimento a circostanze particolari o ad altri fattori rilevanti, esulando così dalle misure volte a promuovere la parità delle opportunità (questione 4), o perché tale disposizione consente solo misure che servono a promuovere la parità delle opportunità a favore delle donne (questione 5).

In caso di soluzione negativa, se solo nella circostanza che i servizi obbligatori ex art. 12a, nn. 1 e 2, della Legge fondamentale gravano soltanto sugli uomini vada ravvisata una disparità di fatto — a svantaggio degli uomini — ai sensi dell'art. 2, n. 4, o se non rilevi anche la presa in considerazione degli svantaggi subiti dalle donne nel mondo del lavoro in ragione del loro sesso (questione 6). Alternativamente, se la preferenza sia giustificabile alla luce dell'art. 2, n. 4, solo con la considerazione che bilancia gli svantaggi cui le donne non sono esposte in mancanza del servizio nazionale obbligatorio (questione 7).

Infine, se dall'art. 6 della direttiva possa inferirsi il diritto ad accedere alla formazione professionale, quando il rifiuto del-

l'accesso poggia su una discriminazione e non sussiste alcun diritto al risarcimento pecuniario (questione 8).

17. Il Land dell'Assia (parte resistente nel procedimento a quo) e la Commissione hanno presentato osservazioni scritte. La signora Schnorbus non ha presentato alcuna memoria, ma i suoi argomenti sono ampiamente illustrati nell'ordinanza di rinvio del Verwaltungsgericht, che sembra indubbiamente esaminarli in termini favorevoli. Non v'è stata alcuna fase orale.

**Analisi**

*Sulla ricevibilità*

18. Il Land dell'Assia nutre dubbi sulla ricevibilità della domanda di decisione pregiudiziale, sostenendo che, a seguito delle modifiche della legislazione, qualunque decisione relativa alla sua compatibilità con il diritto comunitario sarebbe irrilevante per cause future. Una simile decisione non avrebbe neppure alcuna rilevanza per la risoluzione della controversia a qua: dato che la signora Schnorbus si è collocata al 250esimo posto nella graduatoria a seguito dell'estrazione a sorte, non avrebbe avuto titolo all'assegnazione di un posto neppure nell'ipotesi in cui non vi fossero stati candidati prioritari; inoltre, la sua azione di accertamento è irricevibile, dal momento che non vi ha alcun interesse.

19. È vero che nulla di veramente sostanziale sembra dipendere dall'interpretazione del diritto comunitario nella causa in esame. È anche vero che il Verwaltungsgericht afferma esplicitamente nella sua ordinanza di rinvio che una delle ragioni che l'aveva spinto a proporre un rinvio pregiudiziale era che le questioni da risolvere sarebbero risultate rilevanti in cause future relative ad altre disposizioni legislative, indipendentemente dall'esito della causa a qua, il che implica che il suo interesse è per certi versi di natura ipotetica.

20. Tuttavia, non ritengo che sussista alcuna reale causa ostativa alla ricevibilità del rinvio.

21. A questo riguardo appare irrilevante la modifica della legislazione. Nella sentenza Pierrel [2] la Corte affermò che l'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE) «attribuisce alla Corte la competenza ad interpretare il diritto comunitario e (...) i mutamenti avvenuti nella normativa nazionale dopo il rinvio pregiudiziale non possono influenzare tale interpretazione». La situazione del caso di specie non differisce nella sostanza (anche se la modifica legislativa è avvenuta *prima* dell'ordinanza di rinvio), dato che il giudice a quo deve applicare il diritto interno come era in vigore prima della modifica e ha chiesto un'interpretazione del diritto comunitario in quel contesto. In effetti, dal momento

2 — Sentenza 7 dicembre 1993, causa C-83/92, Pierrel (Racc. pag. I-6419, punto 32).

che le questioni si riferiscono specificamente al criterio dell'assolvimento del servizio nazionale obbligatorio e dato che tale criterio permane nella normativa emendata, benché con conseguenze più limitate, la modifica nulla toglie alla rilevanza originaria.

22. Del resto, il Verwaltungsgericht ha chiarito che l'unica richiesta tuttora pendente della signora Schnorbus è quella volta a far accertare che la risposta al suo reclamo era illegittima e lesiva dei suoi diritti. Non spetta alla Corte pronunciarsi sulla ricevibilità del reclamo — che la signora Schnorbus deve essere in grado di proporre ai sensi dell'art. 6 della direttiva [3] — e la maggior parte delle questioni non sembra irrilevante rispetto alla decisione che deve essere raggiunta in merito. Perfino l'ottava questione del giudice a quo, sebbene possa non apparire immediatamente rilevante per la materia in questione, potrebbe risultare necessaria per ragioni procedurali legate ad una possibile successiva richiesta di risarcimento del danno dinanzi ai giudici civili.

*La sentenza Kreil*

23. L'11 gennaio 2000, dopo la chiusura della fase scritta della presente causa, la Corte ha pronunciato la sentenza relativa alla causa Kreil [4] che potrebbe sembrare avere una certa rilevanza in questa sede. Tuttavia, ad un esame più approfondito emerge che si tratta di un'apparenza.

24. Nella causa Kreil, la questione era se la direttiva 76/207 ostasse all'applicazione di disposizioni nazionali, come quelle del diritto tedesco, che escludono le donne dagli impieghi militari che comportano l'uso delle armi, consentendo loro di accedere solo ai servizi medici e di musica militare, e la risposta della Corte fu in senso affermativo.

25. Ad ogni modo, tale sentenza non si riferiva all'obbligo, imposto esclusivamente agli uomini, di svolgere il servizio militare o civile, che rileva nella presente causa, ma riguardava il diniego assoluto di qualsiasi diritto delle donne di prestare servizio volontario negli impieghi militari che comportano l'uso delle armi. La discriminazione che fu accertata era pertanto del tutto diversa da qualsiasi discriminazione che potrebbe essere pertinente nella presente causa.

3 — L'importanza del quale è stata evidenziata dalla Corte in una serie di cause, a partire dalla sentenza 10 aprile 1984, causa 14/83, Von Colson e Kamann (Racc. pag. 1891) fino alla sentenza 22 settembre 1998, causa C-185/97, Coote (Racc. pag. I-5199).

4 — Causa C-285/98, Kreil.

*Le questioni sollevate nella presente causa*

— Le disposizioni controverse rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 76/207?

26. Il giudice nazionale ritiene che la direttiva 76/207 si applichi al sistema di priorità introdotto dalla legislazione controversa, poiché esse concernono il momento dell'accesso alla formazione professionale, anche se non riguardano il diritto stesso all'accesso. Il Land dell'Assia è dell'opinione contraria: le norme in questione non riguardano il diritto di chicchessia ad accedere alla formazione professionale, ma disciplinano semplicemente la durata del possibile periodo di attesa. La Commissione, tuttavia, ritiene che «la parità di trattamento per quanto riguarda l'accesso» si riferisca alla questione non solo del «se» ma anche del «quando»; qualsiasi ritardo imposto ad una persona per ottenere l'accesso alla formazione professionale e quindi alla conseguente attività professionale, potrebbe costituire uno svantaggio discriminatorio rispetto a coloro che non lo hanno subito e potrebbe finanche, se eccessivo, equivalere ad un diniego di accesso. È importante assicurare che le disposizioni della direttiva non vengano eluse.

27. Concordo con il giudice nazionale e con la Commissione. È palese che il candidato a una formazione professionale retribuita che venga ammesso immediatamente gode di un trattamento più favorevole rispetto al candidato che sia costretto ad attendere, anche se non per più di 12 mesi. La disparità di trattamento a questo stadio non comporterà solo un certo livello di temporanea difficoltà economica, ma avrà anche ripercussioni sulla progressione di carriera per un determinato periodo. Inoltre, qualunque ritardo a questo stadio degli studi giuridici potrebbe comportare disagi significativi, interferendo con l'acquisizione continua e la conservazione attiva delle conoscenze, in ispecie se dura per un intero periodo di 12 mesi. Lì dove una scarsità di risorse impone di adottare norme per stabilire quali candidati siano ammessi immediatamente e quali debbano attendere, allora la direttiva 76/207 — in particolare l'art. 4 — si applica integralmente a tali norme, che devono dunque evitare qualunque discriminazione, diretta o indiretta, fondata sul sesso.

— La norma in questione

28. Alcune delle osservazioni presentate alla Corte sia dal Land dell'Assia che dalla Commissione evidenziano che le disposizioni controverse del JAG e del JAO attribuiscono priorità in «casi di rigore» in generale e che il compimento del servizio nazionale obbligatorio è solo uno dei tanti esempi inclusi in un elenco non esaustivo di tali casi. Essi segnalano che altri casi, indipendentemente dal fatto di essere menzionati o no nella legislazione, possono applicarsi anche alle donne e fanno discendere da tale fatto determinate conclusioni con riferimento alla natura discriminatoria o meno di dette disposizioni.

29. Ritengo tale approccio scorretto. Le questioni poste dal giudice a quo riguardano specificamente ed esplicitamente la legittimità, alla luce della direttiva, della priorità riconosciuta a coloro che hanno assolto il servizio nazionale obbligatorio. Ciò che occorre verificare è se una disparità di trattamento derivante dal riconoscimento di priorità in tali circostanze costituisca una discriminazione vietata o se essa possa essere giustificata [5]. Ai fini della soluzione di tali quesiti, non rileva il fatto che la priorità possa essere riconosciuta in altre circostanze senza dare origine a discriminazioni vietate. Ciò assumerebbe, invece, rilevanza se, ad esempio, fosse imposto un obbligo di natura analoga alle donne senza riconoscere ad esse la medesima priorità. Tuttavia, la signora Schnorbus non fonda la sua richiesta su alcuna doglianza di tal genere, né vi è alcuna indicazione di una simile situazione nell'ordinanza di rinvio del giudice a quo. Circoscriverò pertanto la mia analisi alla specifica norma in questione, che riconosce una priorità a coloro che hanno assolto il servizio obbligatorio nazionale.

— Discriminazione diretta e indiretta fondata sul sesso: considerazioni generali e possibili giustificazioni

30. Non è sempre necessario distinguere tra discriminazione diretta e indiretta fondata sul sesso. Ad esempio, l'art. 119 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 141 CE) o la direttiva sulla parità delle retribuzioni [6] non pongono alcuna distinzione. In realtà la formulazione letterale della direttiva 76/207 («assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente») sembra essere volta a disciplinare ogni genere di ipotesi, più che ad individuare due diverse categorie di discriminazione.

31. Tuttavia, come si dimostrerà, la distinzione potrebbe assumere rilievo al fine di stabilire quale giustificazione sia possibile.

32. Una definizione legislativa della discriminazione indiretta, che esprime gran parte dell'evoluzione della giurisprudenza formatasi da quando la distinzione fu tracciata per la prima volta dalla Corte, si rinviene nell'art. 2, n. 2, della direttiva 97/80 [7]: «sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri colpiscono una quota nettamente più elevata d'individui d'uno dei due sessi a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano adeguati e necessari e possano essere giustifi-

5 — A questo riguardo occorre superare una difficoltà terminologica: «Discriminazione», per un verso, non implica nulla di più che un riconoscimento di differenze. Tuttavia, essa è stata definita nel diritto comunitario come «[l]'applicazione di norme diverse a situazioni paragonabili o [l]'applicazione della stessa norma a situazioni diverse» (v., ad esempio, sentenza 27 ottobre 1998, causa C-411/96, Boyle e a., Racc. pag. I-6401, punto 39). Ulteriore confusione potrebbe sorgere in ordine al fatto se la discriminazione, in quest'ultima accezione, possa essere giustificata, questione che affronterò in seguito.

6 — Direttiva del Consiglio 10 febbraio 1975, 75/117/CEE per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile (GU L 45, pag. 19).

7 — Direttiva del Consiglio 15 dicembre 1997, 97/80/CE riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso (GU L 14, pag. 6); v. anche il suo diciannovesimo 'considerando'. Questa direttiva si applica anche a situazioni contemplate, tra l'altro, dalla direttiva 76/207, ma il termine finale per il recepimento è il 1° gennaio 2001.

cati da ragioni obiettive non basate sul sesso».

33. In termini più semplici, si potrebbe dire che si ha discriminazione fondata sul sesso quando gli individui di uno dei due sessi sono trattati in modo più favorevole di quelli dell'altro. La discriminazione è diretta quando la disparità di trattamento è fondata su di un criterio che è o esplicitamente quello del sesso o necessariamente legato ad una caratteristica inseparabile dal sesso. È indiretta quando è applicato qualche altro criterio, ma ne è in pratica colpita una proporzione molto più elevata di individui di un sesso rispetto all'altro.

34. Esistono due modi per «giustificare» una disparità di trattamento. Da una parte, conformemente alla giurisprudenza della Corte, una disparità di trattamento «giustificata da fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso» [8] non costituisce una discriminazione vietata. Dall'altra, alcune disposizioni che vietano discriminazioni dispongono che esse non pregiudicano determinate misure ritenute necessarie o di interesse generale [9]. In particolare esiste una clausola di salvaguardia nell'art. 2, n. 4, della direttiva 76/207, che la Corte è chiamata ad esaminare nelle questioni da 4 a 7, vale a dire l'eccezione per «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» — in altre parole per ogni «azione affermativa» o «positiva».

35. Le due tipologie di giustificazione sono diverse per natura. La prima concerne la definizione stessa della discriminazione vietata; se sussiste, non vi è alcuna discriminazione e non occorrono ulteriori verifiche. La seconda è un possibile «mezzo di difesa» da esaminare una volta che sia stata accertata l'esistenza di una simile discriminazione. Inoltre, la prima sembra applicabile solo alla discriminazione indiretta, dato che quando si è in presenza di discriminazione diretta il criterio è, per definizione, necessariamente legato al sesso, mentre la seconda sembra idonea a riferirsi ad entrambe le forme.

— La norma in questione comporta una discriminazione diretta fondata sul sesso?

36. Il Verwaltungsgericht ritiene che vi sia una discriminazione diretta fondata sul sesso, in ragione del fatto che la norma in questione favorisce una categoria che può includere solo uomini. Sia il Land dell'Assia che la Commissione sostengono il contrario, segnalando, in particolare, le varie categorie menzionate nell'art. 14a, n. 2,

8 — V., ad esempio, sentenza 9 febbraio 1999, causa C-167/97, Seymour-Smith e Perez (Racc. pag. I-623, punti 60 e 65)

9 — V., ad esempio, gli artt. 4, n. 2, e 7 della direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/7/CEE relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale (GU L 6, pag. 24) o (ora) l'art. 141, n. 4, CE; v. anche la direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, 92/85/CEE concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (GU L 348, pag. 1).

della JAO, che possono comprendere donne.

37. Sono dell'opinione che non esista alcuna discriminazione diretta fondata sul sesso - ma non, come ho già chiarito in precedenza, per le ragioni indicate dal Land dell'Assia e dalla Commissione, poiché l'unico elemento qui in discussione è la priorità specifica riconosciuta a coloro che hanno assolto il servizio nazionale obbligatorio.

38. È vero che in base al diritto tedesco, così come formulato, non è possibile riconoscere alcuna priorità alle donne in forza della norma in questione, mentre la stragrande maggioranza degli uomini può beneficiarne, come diretta conseguenza del fatto che il criterio impiegato — l'assolvimento del servizio nazionale obbligatorio — si riferisce ad un obbligo imposto per legge a tutti gli uomini e ad essi soltanto.

39. Questa situazione potrebbe essere paragonata a quella inerente alla gravidanza. La Corte ha affermato, in una serie di cause a partire dalla sentenza Dekker [10], che, dato che solo le donne possono vedersi rifiutare un impiego a causa della gravidanza, un tale rifiuto costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso.

40. Tuttavia, occorre tracciare una distinzione tra un criterio basato su di un obbligo imposto per legge a carico di un solo sesso ed un criterio basato su di una caratteristica fisica propria di uno solo dei due sessi. Nessuna legge potrà mai rendere gli uomini capaci di dare alla luce dei figli, mentre la legge può ben rimuovere qualsiasi discriminazione tra gli uomini e le donne in relazione al servizio nazionale obbligatorio.

41. Nella causa in esame, dunque, non sussiste alcuna discriminazione diretta, perché la norma in questione distingue tra coloro che hanno e coloro che non hanno svolto un servizio nazionale obbligatorio per effetto di un obbligo imposto per legge, e non tra uomini e donne in quanto tali.

— La norma in questione implica una discriminazione indiretta fondata sul sesso?

42. Il giudice nazionale sostiene che sussiste in ogni caso una discriminazione indiretta, sulla base di cifre fornite dal Land dell'Assia: dei 394 candidati per l'ammissione al tirocinio nel marzo del 1998, 157

10 — Sentenza 8 novembre 1990, causa 177/88, Dekker (Racc. pag. I-3941, punto 12); v. anche sentenze 8 novembre 1990, causa C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (Racc. pag. I-3979, punto 13); 5 maggio 1994, causa C-421/92, Habermann-Beltermann (Racc. pag. I-1657, punto 15); 14 luglio 1994, causa C-32/93, Webb (Racc. pag. I-3567, punto 19), e 3 febbraio 2000, causa C-207/98, Mahlburg (Racc. pag. I-549, punto 20).

erano uomini e 237 donne; dei 140 candidati vincitori, 94 erano uomini e 46 donne; e 107 dei 140 furono ammessi in base alla norma sui casi di rigore — 84 uomini (67 dei quali avevano assolto il servizio nazionale obbligatorio) e 23 donne. Dunque, una proporzione considerevolmente più elevata di donne era stata svantaggiata rispetto agli uomini, senza che la differenza fosse riconducibile ad alcun criterio oggettivo estraneo al sesso. Lo stesso Land dell'Assia non affronta specificamente tale questione nelle sue osservazioni alla Corte, ma contesta la rilevanza di una sola serie di cifre; diversamente dalla situazione del marzo 1998, per esempio, la percentuale di donne a cui era stato attribuito un posto era del 51,2% nella sessione del luglio 1997 e del 50,9% in quella del settembre 1997. La Commissione qui concorda con il Verwaltungsgericht, sulla base delle cifre citate nell'ordinanza di rinvio, ma rileva che che il giudice nazionale deve procedere alle necessarie indagini di fatto. Essa fa riferimento alla giurisprudenza della Corte secondo la quale sussiste una discriminazione indiretta quando una norma riguarda «una percentuale notevolmente inferiore» o «una percentuale sensibilmente più elevata» di un sesso rispetto all'altro [11].

43. Ancora, ritengo che l'approccio corretto non sia quello di considerare le cifre complessive. La cifra alla quale dobbiamo fare riferimento è quella del numero dei candidati a cui è stato attribuito un posto di tirocinio conformemente alla norma in questione — vale a dire, sulla base dell'assolvimento del servizio nazionale obbligatorio.

44. A tale riguardo, la giurisprudenza della Corte sottolinea che per accertare l'esistenza di una discriminazione indiretta, deve esserci una differenza «considerevole» nella percentuale [12]. Per quanto riguarda il criterio dell'assolvimento del servizio nazionale obbligatorio, la differenza è chiaramente «considerevole»; il 100% di coloro che lo soddisfano è necessariamente costituito da uomini, lo 0% da donne.

45. Da questo punto di vista, non mi risulta affatto difficile concludere che la norma in questione comporta, prima facie, una discriminazione indiretta fondata sul sesso.

46. Tuttavia, qualora si decidesse di esaminare le statistiche globali — che implicano una valutazione delle norme sui casi di rigore nel loro complesso, piuttosto che della singola norma in questione — sarebbe poco saggio fondare qualsiasi conclusione semplicemente sulle cifre lorde relative al marzo 1998. Come suggerisce la Commissione, il giudice nazionale dovrebbe indagare ulteriormente la situazione prima di pervenire ad una giusta conclusione; andrebbero esaminate altre sessioni di sele-

11 — Sentenze 31 marzo 1981, causa 96/80, Jenkins (Racc. pag. 911, punto 13); 13 maggio 1986, causa 170/84, Bilka (Racc. pag. 1607, punto 29); 6 febbraio 1996, causa C-457/93, Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation (Racc. pag. I-243, punto 28), e 7 marzo 1996, causa C-278/93, Freers e Speckmann (Racc. pag. I-1165, punto 22).

12 — V. ad esempio, sentenza 9 febbraio 1999, causa C-167/97, Seymour-Smith e Perez (citata alla nota 8), punti 63 e 64, dove la Corte non ha ritenuto «considerevole» una differenza tra 77,4% di uomini e 68,9% di donne.

zione. Non ritengo, comunque, neppure che le altre cifre fornite dal Land dell'Assia provino qualche profilo particolare. Se — come sembra avvenire — le sessioni principali del primo esame di Stato hanno luogo una o due volte l'anno, ma le selezioni per l'ammissione al tirocinio pratico avvengono ogni due mesi, e se la discriminazione sussiste così come dedotta, ci si attenderebbe una percentuale più elevata di uomini nelle selezioni immediatamente successive ad una simile sessione e una percentuale più elevata di donne nelle selezioni che precedono la sessione successiva. Ma se si prescinde dal numero di uomini a cui è stata data priorità ai sensi dell'unico criterio dell'assolvimento del servizio nazionale obbligatorio, nel marzo del 1998 furono attribuiti 27 posti agli uomini (17 in base alle norme sui «casi di rigore») contro 46 alle donne (di cui 23 in base alle norme sui «casi di rigore»). Tali numeri non sembrano evidenziare alcuna discriminazione diversa da quella relativa alla norma in questione, per la quale la conclusione è inevitabile.

— La norma in questione è «giustificata da fattori oggettivi non legati ad una discriminazione fondata sul sesso»?

47. La formula usuale della Corte potrebbe sembrare circolare. Dire che non sussiste una discriminazione fondata sul sesso quando una disparità di trattamento è giustificata da fattori oggettivi non legati ad una discriminazione fondata sul sesso appare evidente. Conformemente alla direttiva 97/80 [13], tuttavia, la intendo nel senso che la discriminazione (indiretta) non è illecita quando la disparità di trattamento è giustificata da fattori oggettivi in sé non (cioè, non direttamente) fondati sul sesso.

48. Potrebbe qui essere di aiuto rilevare che le norme sui «casi di rigore» in generale non hanno l'effetto di imporre una disparità di trattamento nei confronti di un insieme di persone che potrebbero altrimenti godere delle medesime condizioni. La disparità di trattamento è imposta dalla necessità di limitare il numero di candidati a cui viene attribuito un posto di tirocinio in ogni sessione. Se il numero di candidati qualificati non eccede il numero di posti disponibili, tutti i candidati sono trattati nello stesso modo. Se i posti sono insufficienti rispetto al numero dei candidati qualificati, alcuni devono essere trattati meno favorevolmente degli altri. Le norme sui «casi di rigore» pongono una serie di priorità il cui principio sottostante riflette chiaramente l'intenzione di ripartire gli inevitabili svantaggi nel modo più equo possibile, trattando più favorevolmente — a questo particolare stadio — quelli che hanno già sofferto di qualche forma di svantaggio e meno favorevolmente quelli che non ne hanno subito alcuno. Vale anche la pena ricordare che la priorità riconosciuta riguarda nient'altro che il momento dell'attribuzione di un posto di tirocinio, e questo solo entro limiti temporali definiti.

13 — V. sopra, paragrafo 32.

49. Per il criterio dell'assolvimento del servizio militare obbligatorio sussiste una giustificazione basata su fattori oggettivi che — come il criterio stesso — non sono direttamente legati al sesso. La norma in questione è creata per compensare (o forse piuttosto per evitare di aggravare) un ritardo di circa un anno nell'avvio degli studi giuridici. Quello svantaggio è definito oggettivamente e riguarda gli individui di uno solo dei sessi perché la legge (al momento in vigore) lo impone agli individui di uno solo dei sessi. Quindi, le misure adottate per mitigare i suoi effetti non ricadono nella definizione della discriminazione illecita — salvo che non vi sia qualche altro svantaggio analogo patito dalle persone dell'altro sesso rispetto al quale non sono adottate misure equivalenti (e, come ho indicato poc'anzi, la questione non si pone nel presente caso) o salvo che tali misure vadano al di là di quanto è necessario per compensare lo svantaggio (e la norma in questione non conferisce un vantaggio superiore ai 12 mesi, che rappresenta il ritardo subito a seguito dell'assolvimento del servizio nazionale obbligatorio).

50. Sono consapevole del fatto che alla base della sesta e della settima questione poste dal giudice a quo vi è la preoccupazione che il ritardo nelle carriere degli uomini a seguito del servizio nazionale obbligatorio non sia compensato a scapito delle donne, dal momento che queste ultime subiranno ritardi anche superiori connessi con la maternità. Tuttavia, la norma in questione è legata a svantaggi oggettivamente accertabili già subiti e non a svantaggi futuri statisticamente probabili, ma incerti.

51. Questo non significa che le misure appropriate adottate per compensare i ritardi subiti a causa della maternità costituirebbero una discriminazione illecita. Chiaramente non lo sarebbero — sarebbero autorizzate in base all'art. 2, n. 4, della direttiva 76/207 e, ora, all'art. 141, n. 4, CE. Tuttavia, il fatto che tali misure sarebbero lecite — e indicate — se adottate non significa che la loro assenza possa rendere illecite altre misure adottate per mitigare gli effetti di altri ritardi oggettivamente definiti.

— La norma in questione può essere giustificata in base all'art. 2, n. 4, della direttiva (azione positiva)?

52. Ritengo che la norma in questione non implichi una discriminazione illecita, in quanto la disparità di trattamento è giustificata da fattori oggettivi non direttamente legati al sesso. Reputo pertanto che non sia necessario esaminare l'art. 2, n. 4. Tuttavia, ogni verifica di possibili giustificazioni

in base a tale disposizione [14] dovrebbe tenere conto, in una certa misura, delle stesse considerazioni delineate in precedenza con riferimento alla giustificazione oggettiva.

53. In ogni caso, sembra chiaro che il giudice a quo è tratto in inganno quando ritiene che l'art. 2, n. 4, si applichi solo alle misure a favore delle donne. La Commissione segnala, a giusto titolo, che la direttiva si applica alla parità di trattamento sia per le donne che per gli uomini e che il riferimento alle «disparità di fatto che pregiudicano le opportunità delle donne» è un mero esempio. Il fatto che siano menzionate solo le donne in quell'esempio è senza dubbio dovuto al fatto che, com'è risaputo, la maggior parte delle discriminazioni esistenti in ragione del sesso, tanto dirette quanto indirette, è a loro svantaggio.

— L'art. 6 della direttiva può giustificare un diritto di accesso al tirocinio in mancanza di un diritto al risarcimento?

54. Alla luce della conclusione alla quale sono pervenuto sulla questione della discriminazione, ritengo che non sia necessario rispondere all'ultima questione posta dal giudice a quo.

55. Se la Corte dovesse tuttavia fornire una risposta, sembrerebbe giusto insistere sulla giurisprudenza chiaramente formulata secondo la quale qualsiasi persona ha diritto ad esperire un ricorso effettivo contro le violazioni del principio di parità di trattamento [15]. Conformemente alla spiegazione che la Corte ha dato del significato e della portata dell'art. 6 della direttiva nella sentenza pronunciata nella causa Marshall II [16], devono esistere provvedimenti volti a ripristinare parità lì dove essa è stata violata; nella causa in esame tali provvedimenti dovrebbero implicare o la garanzia di un accesso non discriminatorio al tirocinio o, se ciò non è possibile, un'adeguata riparazione pecuniaria tale da compensare integralmente la perdita ed il danno effettivamente subiti a seguito della discriminazione illecita, in conformità con le disposizioni nazionali applicabili.

14 — O, se fosse stato applicabile ratione temporis, l'art. 141, n. 4, CE.

15 — V., ad esempio, sentenza 22 settembre 1998, causa C-185/97, Coote, citata alla nota 3, punto 22.

16 — Sentenza 2 agosto 1993, causa C-271/91, Marshall (Racc. pag. I-4367, punti 17-26 e più in particolare punti 24-26).

## Conclusione

56. Alla luce di quanto fin qui esposto, propongo alla Corte di risolvere le questioni poste dal Verwaltungsgericht di Francoforte sul Meno nel modo seguente:

«Le leggi, i regolamenti o gli atti amministrativi di uno Stato membro che disciplinano l'ordine di priorità nell'accesso alla formazione professionale rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva del Consiglio 76/207/CEE e devono pertanto essere conformi al principio della parità di trattamento ivi stabilito.

Una norma che attribuisce la priorità nell'ordine di accesso alla formazione professionale a tutte le persone che abbiano assolto un obbligo imposto per legge nei confronti degli individui di uno solo dei due sessi non comporta una discriminazione diretta fondata sul sesso ma può costituire una discriminazione indiretta fondata sul sesso.

Una siffatta norma è tuttavia giustificata da fattori oggettivi non legati al sesso se si limita a compensare un ritardo già subito a seguito dell'assolvimento dell'obbligo legislativo in questione e se gli individui dell'altro sesso non sono soggetti ad alcun ritardo comparabile per il quale non sussista una compensazione equivalente; in tali circostanze, la disparità di trattamento non costituisce una discriminazione illecita».