

Non-discriminazione e azioni positive. Il contributo della Corte di Giustizia UE



UNIVERSITÀ
DI SIENA 1240



Co-funded by the European Union

JEAN MONNET MODULE "EUCOLAW"

THE EUROPEANIZATION OF CONSTITUTIONAL LAW. THE IMPACT OF EU LAW ON NATIONAL SOURCES OF LAW, FORM OF GOVERNMENT, RIGHTS AND FREEDOMS.

8-3-2017, PROF.SSA VALERIA PIERGIGLI

Schema

- I principi costituzionali e tentativi di definizione (eguaglianza di genere e pari opportunità, azioni positive, quote).
- Le leggi più significative.
- La Corte costituzionale: principali sentenze.
- La normativa UE: trattati e direttive.
- La Corte di Giustizia e l'interpretazione delle azioni positive di genere e del sistema delle «quote».

I principi costituzionali

- Art. 3, 1° comma: eguaglianza formale, davanti alla legge senza distinzioni di sesso. L'eguaglianza formale si esprime attraverso divieti, richiede una tutela negativa che mantenga lo status quo;
- Art. 3, 2° comma: eguaglianza sostanziale e necessità di eliminare gli ostacoli alla eguaglianza effettiva. Con quali strumenti? L'eguaglianza sostanziale si esprime attraverso azioni specifiche di incoraggiamento, di incentivazione e richiede una tutela positiva che ribalti lo status quo.
- Art. 51, 1° comma: la Repubblica promuove le c.d. pari opportunità tra donne e uomini nell'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive.
- Art. 117, 7° comma: idem per il legislatore regionale.

Azioni positive, pari opportunità, quote

- Le azioni positive derogano alla eguaglianza formale per attuare quella sostanziale, sono misure di diritto diseguale, servono a compensare gli svantaggi tradizionalmente subiti da un determinato gruppo sociale (emarginato, debole, svantaggiato) con vantaggi specifici, danno vita ad interventi attivi, promozionali, positivi.
- Possono tradursi in:
 - Azioni dirette a garantire pari opportunità, cioè parità nelle condizioni di partenza.
 - Azioni dirette a garantire un risultato, cioè parità nei punti di arrivo. In certi settori e per periodi di tempo limitati, le «quote riservate» possono essere misure opportune/necessarie. Variamente modulate nei diversi ordinamenti e nei diversi settori (lavoro, politica, economia, professioni).
- In linea generale, le azioni positive per essere conformi a Cost., devono essere:
 - irretroattive,
 - transitorie, temporanee
 - graduali
 - giustificate, motivate dal legislatore
 - ragionevoli, proporzionate allo scopo, flessibili, adeguate
 - Garantire l'eguaglianza formale e sostanziale, mediante azioni positive ed, eventualmente, mediante il sistema delle quote non significa cancellare le differenze e le specificità delle categorie svantaggiate e dei singoli individui: dalla lotta per la parità al riequilibrio delle situazioni di svantaggio, alla valorizzazione delle differenze.

Problemi

- Le azioni positive e le quote, soprattutto, non possono a loro volta risultare discriminatorie?
- Non creano eccessivi costi sociali?
- Non rischiano di creare ghetti, gabbie sociali?
- Quali limiti di legittimità incontrano tutte queste misure per evitare di tradursi, a loro volta, in «discriminazioni alla rovescia»?
- In presenza di quali condizioni il beneficio introdotto dalla azione positiva non si traduce in un ingiusto privilegio?
- Tutti i quesiti mettono in campo le due facce del principio di eguaglianza: formale e sostanziale, rapporto tra regola ed eccezione. Le risposte richiedono la ponderazione di una pluralità di fattori (i soggetti interessati, i settori cui applicarle, i diritti in gioco, il tipo di svantaggio da riequilibrare, le condizioni socio-politiche-culturali di una data collettività....)

La legislazione italiana

- Le prime leggi sulle p.o. uomo-donna nel lavoro sono degli anni '90. Analoghe misure sono state progressivamente disposte a favore delle donne per l'accesso ai pubblici uffici, alle cariche politiche nelle elezioni regionali e degli enti locali, del parlamento europeo e della Camera dei deputati (ma solo con l'Italicum): non si tratta di «quote», ma di norme finalizzate a garantire la rappresentanza di genere nella formazione delle liste elettorali e nella espressione delle preferenze.
- L. 120/2011: introduce un vero sistema di «quote di genere» (di fatto «quote rosa») nella composizione degli organi direttivi delle società controllate dalle p.a. e delle società private con azioni quotate nei mercati regolamentati. E' una misura «forte»: introdotta con legge per garantire un risultato, con sanzioni per le società che non ottemperano.
- Codice pari opportunità (d. lgs. 196/2008): divieto di qualunque discriminazione tra uomini e donne «basata sul sesso, che abbia come conseguenza o come scopo di compromettere o di impedire il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo» (art. 1).

La Corte costituzionale: le azioni positive sono legittime in ambito socioeconomico

- Sent. 109/1993: le azioni positive (agevolazioni finanziarie) per favorire l'impresoria femminile (l. 215/1992) servono a riparare situazioni di squilibrio a sfavore delle donne, «a innalzare la soglia di partenza per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate» e quindi sono conformi a Cost. anche se derogano alla eguaglianza formale. I vantaggi introdotti tendono ad assicurare p.o. e a favorire il pieno inserimento sociale, economico e politico delle donne.

... ma non nella rappresentanza politica

- Sent. 422/1995: non si può derogare all'eguaglianza formale quando si ha a che fare con le cariche pubbliche elettive, fino ad attribuire una garanzia di risultato. Le disposizioni della l. 81/1993, che prevedevano una riserva di quote in base al sesso nelle liste per le elezioni comunali, coartando la libertà di scelta degli elettori, sono incostituzionali.

... o forse sì

- Sent. 49/2003: le azioni positive di genere in materia elettorale sono conformi a Cost. se si rivolgono in modo neutro a entrambi i sessi, per promuovere l'obiettivo del riequilibrio della rappresentanza, perché «il vincolo resta limitato al momento della formazione delle liste e non incide in alcun modo sui diritti dei cittadini, sulla libertà di voto degli elettori e sulla parità di chances delle liste e dei candidati e delle candidate nella competizione elettorale, né sul carattere unitario della rappresentanza elettiva».
- Legittime anche le preferenze di genere nelle elezioni regionali (sent. 4/2010): non servono a garantire un risultato.
- Come mai la Corte ha «cambiato idea»? Perché nel frattempo erano sopraggiunte le revisioni degli artt. 51 e 117 Cost. sulla promozione delle pari opportunità.

Corte costituzionale e azioni positive

- Dunque, secondo la Corte costituzionale, le azioni positive sono ammesse in quanto servono a riequilibrare situazioni di svantaggio e a realizzare l'eguaglianza sostanziale tra uomini e donne. Purché, almeno in ambito elettorale, esse non siano tali da predeterminare un risultato, ma si limitino a garantire eguaglianza di opportunità.

Il quadro europeo (dopo Lisbona):

più aperto di quello nazionale ma CGUE prudente

- Art. 8 TFUE: «Nelle sue azioni l'Unione mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne»
- Art. 19 TFUE: tra i compiti della UE, vi è il contrasto «alle discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale»
- Artt. 153 e 157 TFUE: la UE completa e sostiene l'azione degli stati membri, tra l'altro, nel settore della parità di genere «per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro». Inoltre la UE «riconosce che il principio della parità di trattamento non osta a che uno stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sotto-rappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali».

Il quadro europeo (dopo Lisbona): più aperto di quello nazionale ma CGUE prudente

- Artt. 2 e 3 TUE: la parità tra uomini e donne è uno dei valori fondanti della UE e uno degli obiettivi da perseguire congiuntamente alla lotta contro l'esclusione sociale e le discriminazioni.
- Artt. 21 e 23 Carta diritti fondamentali UE (e art. 6 TUE): vietate le discriminazioni fondate sul sesso. Inoltre, «La parità tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione./ Il principio della parità non osta al mantenimento o alla adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sotto-rappresentato» (art. 23).

Il diritto derivato UE

- Obiettivi della parità di genere-pari opportunità e azioni positive specificamente dedicate alle donne (anche se non in forma di «quote rigide») sono presenti sin dagli anni '70 (diverse direttive e molti strumenti di soft-law), ma intensificazione dagli anni '90, fino a farne una strategia generale e trasversale in tutte le decisioni e i programmi UE («gender mainstreaming»)
- In particolare, dir. 2006/54 (d. lgs. 5/2010): «Gli stati membri possono mantenere o adottare misure ai sensi dell'art. 157, par. 4, TFUE volte ad assicurare nella pratica la piena parità tra gli uomini e le donne nella vita lavorativa» (art. 3 «Azioni positive»). Questa e altre direttive non indicano, però, quali debbano essere i limiti di legittimità delle azioni positive: rinvio a CGUE.
- Gender mainstreaming (corrente in movimento): l'obiettivo della parità di genere entra a far parte del processo politico, sia in fase di pianificazione che di attuazione (come una corrente); si tratta di una strategia che considera il perseguimento della parità di genere in tutte le politiche pubbliche e non in un settore specifico; è un processo che richiede cambiamenti culturali, politici, sociali e tempi lunghi.
- Sui criteri da osservare nella composizione degli organi direttivi delle società e degli enti che operano nel comparto economico-finanziario, due direttive del 2013-2014 insistono – non tanto sulla garanzia di una riserva automatica di posti a favore del genere meno rappresentato ma – sul dare spazio alla «diversità», in modo da rendere eterogenei i cda «per quanto riguarda età, sesso, provenienza geografica e percorso formativo e professionale, così da rappresentare una varietà di punti di vista ed esperienze».
- Una proposta di direttiva del 2012, basata su art. 157 TFUE, in tema di composizione dei cda delle società, fissa al 40% la soglia della presenza femminile da raggiungere entro un certo tempo a seconda che si tratti di società quotate in borsa o di società a controllo pubblico. Giace allo stadio di proposta.

La giurisprudenza della CGUE

- Finora, la CGUE si è dimostrata piuttosto prudente.
- Non ha mai sancito l'ammissibilità di misure dirette ad assicurare direttamente ed automaticamente un risultato.
- Approccio calibrato sul caso concreto e tendenza ad interpretare il principio di eguaglianza più come parità nelle posizioni di partenza che nei punti di arrivo.
- Eppure, nella evoluzione della sua giurisprudenza, la CGUE ha smussato alcune rigidità iniziali, anche in considerazione della entrata in vigore del Trattato di Lisbona e del mutato contesto politico-culturale.

Le principali decisioni

Kalanke 1995: illegittima una legge del land di Brema per contrasto con la dir. 76/207/CE. A parità di qualificazione professionale, trattamenti preferenziali o precedenza automatiche a favore delle donne lavoratrici, realizzati con un sistema di quote, sono inammissibili, perché violano il principio della parità di trattamento.

Dice la CGUE:

- 1) La promozione della parità è un obiettivo, non può essere un risultato.
- 2) La preferenza accordata al genere femminile, in quella legge, viola la parità di trattamento, che è un principio assoluto e incondizionato.

Le principali decisioni

Marschall 1997: la CGUE non abbandona il precedente approccio; in questo caso, però, la legge del land Renania-Vestfalia non attribuisce precedenza automatiche ed incondizionate al genere femminile, quindi è conforme a dir. 76/207/CE. Nella legge, la precedenza alle candidate donne era accordata «a meno che non prevalgano motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile».

A parità di qualifiche, una normativa preferenziale a favore delle donne, quindi, è legittima se la priorità non è assoluta, secondo quote rigide, ma se ammette variazioni e deroghe riferite a qualità personali dei candidati. NO a precedenza automatiche e incondizionate per il genere sotto-rappresentato, ma quote flessibili.

La CGUE non si pronuncia su azioni positive che agiscono sulle condizioni di partenza o sui risultati.

Le principali decisioni

Badeck 2000: confermato l'orientamento favorevole alle azioni positive. Una legge del land dell'Assia sulla parità di trattamento tra uomini e donne nel pubblico impiego è conforme alla dir. 76/207/CE.

La CGUE conferma che tutte le candidature devono essere oggetto di una valutazione obiettiva che tenga conto della situazione particolare dei candidati. Non si ammette il carattere assoluto, automatico, incondizionato delle misure preferenziali, che devono invece prevedere meccanismi di applicazione flessibile e derogabili nelle singole situazioni.

Le principali decisioni

Abrahamsson e Andersen 2000: per la prima volta, la CGUE fonda il suo ragionamento su artt. 23 Carta Nizza e 141 TCE (ora, art. 157 TFUE) e impiegando il criterio di proporzionalità. L'azione positiva prevista, in questo caso, dalla normativa svedese a favore delle donne (trattamento preferenziale rispetto agli uomini nell'accesso alla docenza universitaria) è giudicata incompatibile col diritto UE, in quanto sproporzionata rispetto allo scopo e tale da comprimere in modo eccessivo e ingiustificato i diritti dei candidati uomini.

Comunque, è confermata la giurisprudenza precedente.

Dice la CGUE: a un candidato del sesso sotto-rappresentato può essere accordata preferenza nell'accesso a un posto di lavoro rispetto al candidato dell'altro sesso, PURCHE':

- i candidati abbiano meriti equivalenti (non solo «sufficienti»),
- le candidature siano oggetto di un esame obiettivo che tenga conto delle singole situazioni personali di tutti i candidati

CGUE e azioni positive

Dunque, secondo la CGUE, una normativa preferenziale, in materia di accesso o promozione nel pubblico impiego, a favore del genere sotto-rappresentato è legittima se:

- la priorità non è assoluta,
- non segue regole rigide, ma ammette variazioni e deroghe riferite a qualità personali dei candidati,
- esiste una notevole sotto-rappresentanza della categoria che beneficia dell'azione positiva,
- l'azione positiva è temporanea, non-automatica, proporzionata allo scopo che si vuole conseguire.

Una recente proposta di direttiva

Nella relazione alla proposta di direttiva del 2012 (sui criteri da seguire nella composizione dei cda) questa giurisprudenza è stata richiamata:

1. La priorità alle candidate donne è ammessa soltanto a parità di qualifica coi candidati uomini;
2. Il trattamento preferenziale a favore delle donne deve accompagnarsi con una clausola di riserva, che permetta di derogare alla regola della priorità qualora ricorrano circostanze individuali e adeguatamente giustificate caso per caso.
3. In presenza di candidati di entrambi i sessi e con pari qualifiche in termini di idoneità, competenza e rendimento professionale, la proposta di direttiva suggerisce di dare preferenza al candidato del genere meno rappresentato, sempre che una valutazione obiettiva, che tenga conto di tutti i criteri relativi ai singoli candidati, non faccia propendere per il candidato dell'altro sesso.