



Co-funded by the European Union



“Non discriminazione e azioni positive: il contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea”

Prof.ssa Valeria Piergigli

(Professore ordinario di Diritto pubblico comparato, Università di Siena)

(8 marzo 2017, ore 13,30)

Resoconto del seminario a cura di Floriana Plataroti*

L'8 marzo 2017 si è svolto presso l'Aula Magna del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena un seminario dal titolo “Non discriminazione e azioni positive. Il contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea”, nel quale la Prof.ssa Piergigli ha illustrato il tema della non discriminazione sotto un duplice profilo: nazionale ed europeo. Il seminario è parte delle attività del Dottorato in Scienze giuridiche e del Modulo Jean Monnet EUCOLAW - *The Europeanization of Constitutional Law. The Impact of EU Law on national sources of law, form of government, rights and freedoms* (Coordinatrice: Prof.ssa Tania Groppi), sottomodulo *The Impact of EU Law on the Sources of National Law* (Responsabile: Prof.ssa Valeria Piergigli).

Al fine di pervenire ad un quadro esaustivo sul tema è stato necessario partire dai principi costituzionali, considerare le leggi più significative sul punto, approfondire anche alcune tra le sentenze rilevanti della Corte costituzionale ed esaminare i trattati, le direttive e la giurisprudenza europea.

Il primo fondamentale principio costituzionale da richiamare è il principio di eguaglianza previsto dall'art. 3 della Costituzione, suddiviso in due commi. Il primo afferma l'eguaglianza formale, vale a dire l'eguaglianza di tutti gli individui davanti alla legge senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

Tale principio si esprime attraverso divieti, attraverso cioè una tutela negativa che si manifesta nella conservazione dello status quo. In altre parole, l'art 3, comma 1, della Costituzione afferma il divieto di discriminare sulla base dei fattori richiamati.

* Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche, Università di Siena

Il secondo comma, invece, afferma l'eguaglianza sostanziale, intesa quale rimozione da parte dello Stato degli ostacoli di ordine economico e sociale che di fatto impediscono l'eguaglianza degli individui.

Tale principio si esprime attraverso l'attuazione di azioni specifiche che mirano a modificare lo status quo costituito da diseguaglianze di base.

Oltre al principio di eguaglianza appena descritto, è importante richiamare l'art. 51 primo comma e l'articolo 117 settimo comma della Costituzione. Il primo sottolinea il compito della Repubblica di promuovere le pari opportunità tra donne e uomini nell'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive; il secondo afferma lo stesso principio trasposto a livello regionale.

L'appena richiamata promozione delle pari opportunità costituisce uno dei modi di attuazione del principio di eguaglianza sostanziale nonché un'azione positiva che ha l'obiettivo di ridurre le diseguaglianze di base.

In particolare, le azioni positive sono quelle azioni che prevedono misure specifiche, al fine di ridurre gli squilibri di partenza di una particolare categoria.

Più precisamente, le azioni positive derogano alla eguaglianza formale per attuare quella sostanziale, poiché essendo delle misure di diritto diseguale, servono a compensare gli svantaggi tradizionalmente subiti da un determinato gruppo sociale (come gli emarginati, gli svantaggiati, ecc.) con vantaggi specifici, dando vita ad interventi attivi, promozionali e positivi.

Tali azioni possono tradursi in: a) azioni dirette a garantire *pari opportunità*, cioè *parità nelle condizioni di partenza*; b) azioni dirette a garantire un risultato, cioè *parità nei punti di arrivo*.

Sia le prime che le seconde, per essere conformi a Costituzione, devono consistere in misure irretroattive, transitorie, gradualmente, ragionevoli, proporzionate allo scopo, flessibili e adeguate.

È utile fin da subito precisare che 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. Obiettivo di tali azioni deve essere quello di valorizzare le differenze.

Tuttavia, l'attuazione delle stesse ha inevitabilmente delle ripercussioni sia da un punto di vista economico (costo eccessivo per attuarle), sia da un punto di creazione di "ghetti" sociali, data la specificità delle azioni attuate, che potrebbero condurre all'emersione di discriminazioni alla rovescia ed altre problematiche simili.

Conclusa la prima parte del seminario, si è proceduto nell'analisi della legislazione nazionale in tema di non discriminazione nella declinazione delle pari opportunità.

Approfondendo il tema da un punto di vista legislativo notiamo che le prime leggi sulle pari opportunità uomo-donna nel lavoro risalgono agli anni '90. Analoghe misure sono state poi progressivamente disposte a favore delle donne per l'accesso ai pubblici uffici, alle cariche politiche

nelle elezioni regionali e degli enti locali. Successivamente, la legge n. 120/2011 ha introdotto un vero sistema di “quote di genere” (di fatto “quote rosa”) nella composizione degli organi direttivi delle società controllate dalle pubbliche amministrazioni e delle società private con azioni quotate nei mercati regolamentati.

Tale intervento è stato molto incisivo. Si tratta, infatti, di una misura «forte»: introdotta con legge al fine di garantire un risultato che, laddove non venisse raggiunto, avrebbe come conseguenza l'irrogazione di sanzioni alle società inottemperanti.

Ancora è importante richiamare il Codice pari opportunità (d.lgs. 196/2008) che prevede all'art. 1 il divieto di attuare 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».

Esaurita l'analisi del quadro legislativo, si è passato ad esaminare il tema nell'ottica della Corte costituzionale italiana, approfondendo in primo luogo le azioni positive in ambito socio-economico. In una risalente pronuncia della Corte costituzionale, precisamente la n. 109/1993, le azioni positive volte ad agevolare a livello finanziario l'imprenditoria femminile al fine di riparare situazioni di squilibrio a sfavore delle donne e «innalzare la soglia di partenza per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate» sono state ritenute dalla Corte conformi a Costituzione, anche se in deroga al principio di eguaglianza formale. I vantaggi introdotti tendevano, infatti, ad assicurare pari opportunità e a favorire il pieno inserimento sociale, economico e politico delle donne.

Tuttavia, nell'ambito della rappresentanza politica, con la nota sentenza n.422/1995 la Corte ha affermato che 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 legge n. 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 state dichiarate incostituzionali.

Successivamente però la Corte sembra fare un passo indietro. Infatti, nella sentenza n. 49/2003, le azioni positive di genere in materia elettorale vengono considerate conformi a Costituzione laddove si rivolgano in modo neutro ad entrambi i sessi, al fine di promuovere il riequilibrio della rappresentanza, se «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».

Con una successiva sentenza, la n. 4/2010, la Corte dichiara legittime anche le preferenze di genere nelle elezioni regionali.

A questo punto è lecito chiedersi le ragioni di questo cambio di approccio da parte della Corte. La risposta sembra riposare nelle sopraggiunte revisioni degli artt. 51 e 117 della Costituzione con riferimento alla promozione delle pari opportunità.

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

Dopo quest'ampia panoramica nazionale, si passa ad esaminare il quadro europeo dopo il Trattato di Lisbona, nel quale si avverte fin da subito uno scenario più aperto rispetto a quello nazionale nonostante l'evidente atteggiamento di prudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE). Concentrandoci dunque su varie disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) vengono in rilievo diversi articoli che trattano del principio di eguaglianza nelle sue diverse declinazioni.

L'articolo 8 del TFUE per esempio, afferma che «nelle sue azioni l'Unione mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne».

L'articolo 19 del TFUE afferma che tra i compiti della UE, si annovera 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».

Gli articoli 153 e 157 del TFUE s'incentrano invece sul ruolo riconosciuto all'UE nel sostenere 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».

A parte gli articoli appena analizzati del TFUE, è doveroso richiamare anche gli articoli 2 e 3 del Trattato sull'Unione europea (TUE), insieme agli articoli 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Agli articoli 2 e 3 del TUE si parla di parità tra uomini e donne, sia come uno dei valori fondanti della UE sia come uno degli obiettivi da perseguire congiuntamente alla lotta contro l'esclusione sociale e le discriminazioni. Agli articoli 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali si afferma il divieto di discriminazione fondato sul sesso.

In particolare l'art. 23 afferma che la parità tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, tra i quali l'occupazione, il lavoro e la retribuzione. Il principio della parità, infatti, non osta al mantenimento o alla adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sotto-rappresentato.

La panoramica a livello europea non è completa laddove non si facesse un cenno al diritto derivato dell'UE.

Della promozione della parità di genere, delle pari opportunità e delle azioni positive a livello europeo si trova traccia già nelle direttive degli anni '70 e degli anni '90, fino a diventare una vera e propria strategia generale e trasversale in tutte le decisioni e i programmi UE (“gender mainstreaming”).

In particolare, si ricorda la direttiva 2006/54 nella quale si afferma che: «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». Questa e altre direttive non indicano però a bene vedere quali debbano essere i limiti di legittimità delle azioni positive. Per tale ragione si rinvia alla CGUE.

È importante sottolineare come l'obiettivo della parità di genere entri a pieno titolo a far parte del processo politico, sia nella fase di pianificazione sia in quella di attuazione. Da qui l'espressione “gender mainstreaming”. Si tratta di una strategia che considera il perseguimento della parità di genere in tutte le politiche pubbliche e non in un settore specifico. Ovviamente si tratta di un processo che richiederà cambiamenti culturali, politici, sociali che non possono non articolarsi in tempi lunghi.

Ancora sui criteri da osservare nella composizione degli organi direttivi delle società e degli enti che operano nel comparto economico-finanziario al fine di attuare il principio delle pari opportunità si ricordano due direttive del 2013-2014 le quali insistono non tanto sulla garanzia di una riserva automatica di posti a favore del genere meno rappresentato, ma piuttosto 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».

Più recentemente, una proposta di direttiva del 2012, basata sull' 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.

Andando più nel concreto ad esaminare la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, notiamo un visibile atteggiamento di prudenza da parte della Corte. Nello specifico si sottolinea il suo immobilismo in ordine all'ammissibilità di misure dirette ad assicurare direttamente ed automaticamente un risultato.

Si tratta certamente di un approccio calibrato sul caso concreto e sulla 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. Analizziamo brevemente alcune delle decisioni più rilevanti.

La prima decisione, relativa al caso Kalanke, risale al 1995. Oggetto della questione era una legge del Land tedesco di Brema che assicurava una precedenza automatica nei settori in cui il genere femminile non fosse rappresentato.

La CGUE dichiara la legge in contrasto con la direttiva 76/207/CE. Infatti, a parità di qualificazione professionale, trattamenti preferenziali o precedenze automatiche a favore delle donne lavoratrici, realizzati con un sistema di quote, sono inammissibili, perché violano il principio della parità di trattamento. Il caso infatti riguardava un ingegnere uomo e un ingegnere donna la quale è stata preferita in base alla suddetta legge del Land.

Sul caso la Corte di Giustizia non ha avuto dubbi nel precisare che la promozione della parità è un obiettivo, non un risultato; e che la preferenza accordata al genere femminile, in quella legge, violava la parità di trattamento, principio assoluto e incondizionato.

Altro caso emblematico è il caso Marschall del 1997. Il caso aveva ad oggetto una legge del Land tedesco della Renania-Vestfalia, la quale, a parere della Corte, non attribuiva precedenze automatiche ed incondizionate al genere femminile. Per tale ragione la stessa l'ha ritenuta conforme alla direttiva 76/207/CE.

Il caso in oggetto riguardava la preferenza in ambito lavorativo a parità di qualifiche di una donna rispetto ad un uomo. Secondo i giudici di Lussemburgo, a parità di qualifiche, una normativa preferenziale a favore delle donne è legittima se la priorità non è assoluta, secondo quote rigide, ma se ammette variazioni e deroghe riferite a qualità personali dei candidati. La Corte non ammette precedenze automatiche e incondizionate per il genere sotto-rappresentato, ma solo quote flessibili.

Il caso Badeck riguardava invece la compatibilità di una legge del Land tedesco dell'Assia in ordine alla parità di trattamento tra uomini e donne nel pubblico impiego con la direttiva 76/207/CE.

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

Altro caso importante è quello Abrahamsson e Andersen del 2000. Per la prima volta, la CGUE fonda il suo ragionamento sull'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali e sull'art. 141 TCE (ora, art. 157 TFUE) 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.

Nonostante tale pronuncia la solida giurisprudenza della Corte sul punto non viene superata. La Corte, infatti, afferma che a un candidato del sesso sotto-rappresentato può essere accordata preferenza nell'accesso a un posto di lavoro rispetto al candidato dell'altro sesso, purché i candidati abbiano meriti equivalenti (non solo «sufficienti») e le candidature siano oggetto di un esame obiettivo che tenga conto delle singole situazioni personali di tutti i candidati.

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.

Tale impostazione di fondo viene richiamata nella relazione alla proposta di direttiva del 2012 sui criteri da seguire nella composizione dei consigli di amministrazione. In estrema sintesi, la giurisprudenza è stata richiamata: in ordine alla priorità delle candidature delle donne solamente a parità di qualifica con gli uomini; in ordine al trattamento preferenziale a favore delle donne che 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; infine 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.