

## **Parità di trattamento fra uomini e donne - tra *mainstreaming* e azioni positive - nel diritto comunitario e nel diritto nazionale alla luce delle riforme costituzionali.**

**Cinthia Pinotti**

### **Premessa**

Una riflessione d'insieme sul contesto giuridico nel quale si iscrive oggi la questione della presenza delle donne nelle istituzioni e nelle assemblee elettive può partire proprio, dal punto di vista interno, dalle recenti riforme costituzionali in materia di parità e di pari opportunità delle donne nell'accesso alle cariche elettive (art. 51, primo comma, e 117 VII comma Costituzione).

Si tratta del punto di arrivo di un processo culturale, politico, ideologico, legislativo che ha alle sue spalle il secolo appena trascorso, nel quale più di ogni altro, la questione della parità delle donne e della loro effettiva partecipazione agli uffici ed ai processi decisionali pubblici si è intrecciata con la questione, più ampia della tutela dei diritti fondamentali ed in particolare del diritto di uguaglianza "sostanziale".<sup>1</sup>

Ancora nel 1943 in Italia le donne non avevano il diritto di voto politico e non potevano concorrere a posti nei ministeri dell'interno e degli esteri, non potevano far parte della magistratura e delle forze di polizia.

La stessa Costituzione repubblicana pur molto avanzata dal punto di vista del riconoscimento del diritto di uguaglianza, è stata intesa per molto tempo in senso formale ed assai restrittivo.

L'esclusione delle donne dalla magistratura, più volte ribadita dalla giurisprudenza anche in seguito alla Costituzione, fu superata solo dalla legge 27 dicembre 1956 n. 1441 con cui però si mantenne una limitazione: almeno tre dei sei giudici popolari avrebbero dovuto essere uomini. Nel 1958 la Corte costituzionale ancora affermava che quella limitazione rispondeva all'esigenza "*della migliore organizzazione e del proficuo funzionamento dei diversi uffici pubblici*" e non costituiva violazione del principio di uguaglianza (sentenza 3/10/1958 n. 56). Fu solo la legge 9 febbraio 1963 n. 67 a garantire alla donna l'accesso a tutte le cariche, professioni, impieghi pubblici, compresa la magistratura, nei vari ruoli, carriere a categorie senza limitazioni di mansioni e di svolgimento di carriera.

Come osserva S. Gambino<sup>2</sup>, le riforme costituzionali non sono altro che la positivizzazione di quello che si registra come istanza nel tessuto sociale, ed i diritti non esistono soltanto perché un Parlamento (nazionale oppure comunitario) o una convenzione internazionale li prevede come tali, bensì perché intorno a quella situazione giuridica nuova si crea una considerazione positiva innanzitutto da parte dei soggetti che aspirano a vedersi pienamente riconosciuto giuridicamente tale bisogno/pretesa, nonché una opposta e contestuale considerazione di spregio rispetto alla situazione vigente.

Questo è quello che è accaduto nel nostro paese prima delle riforme costituzionali.

Così la nostra Costituzione se non fosse stata letta per molto tempo in senso riduttivo anche a causa di un forte conservatorismo di giudici, avvocati, e della stessa società civile ben avrebbe potuto, anche in assenza di un intervento

---

<sup>1</sup> Nel proprio parere sulla Relazione annuale della Commissione CE per le pari opportunità fra le donne e gli uomini nell'Unione europea del 2001, il Comitato delle Regioni giudica la partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini all'elaborazione delle politiche e al processo decisionale nella sfera di governo locale e regionale *un imperativo nell'ambito dei diritti umani, della giustizia sociale e di un miglior funzionamento della società democratica*;

<sup>2</sup> *Verso la democrazia paritaria..cavalcando le lumache in*

di riforma costituzionale, garantire un'uguaglianza sostanziale delle donne, ma così non è stato.

Un importante passo avanti è stato fatto con l'approvazione in Parlamento della legge costituzionale n. 1 del 2003. La modifica costituzionale approvata a larga maggioranza consiste nell'aggiunta di un secondo comma all'art. 51 della Costituzione. Il nuovo testo dell'art. 51: **Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tal fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini**<sup>3</sup>

Questa è una modifica-integrazione, predisposta per dare copertura costituzionale a tutti quei provvedimenti legislativi ed amministrativi, con i quali si volessero garantire forme di paritaria partecipazione tra donne e uomini, in particolare alla designazione di cariche elettive.<sup>4</sup>

In passato non erano mancati tentativi che miravano a una maggiore presenza delle donne nelle assemblee elettive. Infatti, alcune norme contenute nella legge n. 81 del 1993 - relativa all'elezione diretta del sindaco - introducevano un criterio di proporzione tra i due sessi nella composizione delle liste dei candidati alle elezioni dei consigli comunali, stabilendo che nei comuni con popolazione fino ed oltre i 15.000 abitanti, nessuno dei due sessi potesse essere rappresentato in misura superiore ai tre quarti (nel primo caso) ed ai due terzi (nel secondo caso) dei consiglieri assegnati. E poi, anche una norma della legge n. 277 del 1993, relativa all'elezione della Camera dei Deputati, disponeva

---

<sup>3</sup> Per quanto attiene ai diritti politici di partecipazione attiva e passiva l'art. 48 riconosce quali elettori "tutti i cittadini, uomini e donne, che abbiano raggiunto la maggior età" mentre l'art. 51, vecchio testo recita: "Tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge".

La specifica dizione "dell'uno e dell'altro sesso" rappresenta un *unicum* nel panorama legislativo e costituzionale: infatti non si trova in altre realtà straniere.

Soltanto la Costituzione della Repubblica di Weimar (Germania, 1919) conteneva, con una formulazione meno incisiva, un riferimento alla parità tra i sessi generico e funzionale al riconoscimento del diritto di voto.

Analizzando i lavori preparatori dell'Assemblea Costituente e confrontando il testo da essa approvato con quello preliminare elaborato dalla Commissione dei Settantacinque, si comprende come i Padri costituenti abbiano voluto intendere tale eguaglianza dei due sessi nel significato di "irrilevanza giuridica del sesso". È però altrettanto chiaro l'obiettivo di rafforzare, in riferimento agli uffici pubblici e alle cariche elettive, il precetto esplicito di eguaglianza tra uomo e donna.

In questa scelta incise il contesto storico nel quale essi operavano: le norme pre-repubblicane escludevano le donne da gran parte degli uffici pubblici e il diritto di voto era stato esercitato per la prima volta dalle donne soltanto pochi mesi prima (proprio in occasione dell'elezione dei componenti dell'Assemblea Costituente).

<sup>4</sup> Osserva Deffenu che per porre fine alla sottorappresentazione del genere femminile negli organi politici rappresentativi, la soluzione più rapida ed efficace è ormai considerata l'introduzione di adeguate azioni positive. Infatti, se l'idea che basti aspettare il mutamento spontaneo dell'attuale contesto politico-culturale sembra insufficiente, di converso è sempre più diffusa la convinzione che solo in virtù di idonei meccanismi elettorali sia possibile mettere a disposizione delle donne canali adeguati di ingresso nella vita politica.

Tuttavia questa tesi, nella individuazione delle soluzioni normative concrete, ha dovuto scontrarsi con l'ostilità delle Corti costituzionali che, in Italia e in un primo momento anche in Francia, di fronte al tentativo di introdurre delle quote di riserva a favore delle donne nelle liste elettorali, hanno reagito con dichiarazioni di incostituzionalità, "stritolando" le leggi ordinarie nelle maglie di uno scrupoloso controllo di costituzionalità.

Ecco perché la tendenza generale che si registra in Europa è quella di attivare una procedura istituzionale "bifasica": far precedere le azioni positive a favore del sesso sottorappresentato da una riforma costituzionale che lo protegga dagli interventi caducatori degli organi di giustizia costituzionale.

che le liste presentate ai fini dell'attribuzione dei seggi in ragione proporzionale, fossero formate da candidati e candidate in ordine alternato. Su queste norme è intervenuta la Corte costituzionale. Infatti, con la decisione n. 422 del 1995, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norme sopra citate perché in contrasto con gli articoli 3 e 51 della Costituzione, in quanto ritenute essere in violazione del principio di eguaglianza formale e sostanziale. La Corte, comunque, si è mostrata consapevole del fenomeno della scarsa partecipazione femminile nell'accesso alle cariche elettive: tanto che avvertì l'esigenza di richiamare i partiti politici a stabilire quote di riserva per le candidature femminili.

Di fronte alla sentenza della Corte costituzionale, sulla quale torneremo in seguito, qualsiasi altro intervento legislativo volto a favorire la possibilità di accesso alle cariche elettive per il genere femminile sarebbe risultato vano. Con la previsione della nuova formula costituzionale, che "**la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini**", si è così data copertura costituzionale a tutte quelle future norme elettorali nelle quali venissero garantite, in modo eguale a entrambi i sessi, condizioni pari di accesso alle cariche elettive, vale a dire un'eguaglianza dei punti di partenza. Quindi, si può dire che con la riforma costituzionale si è raggiunto un risultato storico, da cui però devono discendere tutta una serie di provvedimenti normativi che dovranno rendere effettiva la prescrizione costituzionale.

In tal modo, le future norme non sarebbero assimilabili solo alle "azioni positive" (cioè norme dirette a favorire le donne attribuendo ad esse vantaggi speciali e diversi), ma piuttosto sarebbero norme con funzione antidiscriminatoria, miranti cioè a regolare in modo eguale la posizione di donne e uomini. Quindi: norme dirette a promuovere l'eguaglianza di *chances* e non misure rivolte a raggiungere direttamente il risultato (come, per esempio, garantire dei seggi parlamentari alle donne).<sup>5</sup>

A conforto di questa interpretazione, è da ricordare che, prima ancora che venisse approvata la novella costituzionale, è stata la Corte costituzionale in una recente sentenza (la n. 49 del 2003) a giudicare costituzionalmente legittima la norma della legge elettorale per il Consiglio regionale della Valle d'Aosta, che prevede l'obbligo di comporre le liste elettorali in maniera paritaria per entrambi i sessi. E la costituzionalità di questa norma è garantita dalla legge costituzionale (n. 2 del 2001), che ha modificato gli statuti delle regioni speciali prevedendo, tra l'altro, che la legge regionale "**promuove condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali**" (in tal senso, sarebbe semmai illegittima quella legge elettorale regionale che non tenesse conto della disposizione statutaria). Così come per le regioni ordinarie il nuovo testo dell'art. 117 Cost. assegna alle

---

<sup>5</sup> La formulazione elastica e ampia dell'articolo non prevede specifiche indicazioni sulle concrete iniziative da intraprendere né preclude ulteriori interventi legislativi più incisivi: spetterà al legislatore tenere conto del contesto nel quale le azioni positive dovranno inserirsi, del momento storico specifico in cui saranno adottate, della loro intrinseca temporaneità.

L'articolo 51 ha garantito per più di cinquant'anni le donne da arbitrarie esclusioni, ma quella che costituiva, nell'immediato dopoguerra, una frontiera avanzata dei diritti può trovare oggi nuovi contenuti.

Emerge (lo confermano le audizioni alla Camera di insigni docenti di diritto pubblico e costituzionale) la tensione esistente nella nostra Carta Costituzionale che contrappone due diverse concezioni del principio di uguaglianza: un'uguaglianza *formale* che ritiene che la migliore garanzia per i cittadini sia data dalla loro neutralità e dunque dall'indifferenza sul piano giuridico di condizioni specifiche, relative ad esempio al sesso; e un'uguaglianza *sostanziale*, intesa come uguaglianza delle opportunità, in cui un diverso trattamento giuridico si giustifica, ed è anzi ritenuto necessario, sulla base delle diverse condizioni di partenza.

leggi regionali il compito di **"promuovere la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive"**.<sup>6</sup>

Il nuovo testo dell'art. 51 della Costituzione non produce i suoi effetti solo in materia di cariche elettive ma anche nella materia dell'accesso ai pubblici uffici.

E' recentissima la pronuncia con la quale la Corte costituzionale (ordinanza n. 39 del 27 gennaio 2005) si è pronunciata (nel senso della manifesta inammissibilità) sulla questione di costituzionalità proposta dal Consiglio di Stato in ordine alla normativa che prevede la presenza obbligatoria delle donne nelle commissioni giudicatrici dei concorsi pubblici.<sup>7</sup>

A fronte dei dubbi di costituzionalità del giudice *a quo* che sospettava le disposizioni impugnate irrazionali in quanto *"se il loro obiettivo è quello di garantire pari opportunità tra uomini e donne nell'accesso al lavoro ed il trattamento sul lavoro, le pari opportunità devono essere finalizzate al conseguimento del posto di lavoro e non alla partecipazione alle commissioni giudicatrici"* la Corte costituzionale ha osservato che *"con la legge costituzionale 30 maggio 2003, n. 1, è stato aggiunto un periodo al primo comma dell'indicato art. 51 con il quale si è prescritto che, al fine di consentire ai cittadini di entrambi i sessi di «accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge», «la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini»; che nel nuovo testo la norma non si limita più a disporre che «la diversità di sesso, in sé e per sé considerata, non può essere mai ragione di discriminazione legislativa» (vedi sentenza n.33 del 1960) e, quindi, a costituire una sorta di specificazione del principio di uguaglianza enunciato, a livello di principio fondamentale, dall'art. 3, primo comma, Cost. (v. sentenze n. 188 del 1994 e n. 422 del 1995), ma assegna ora alla Repubblica **anche un compito di promozione delle pari opportunità tra donne e uomini;** che, di conseguenza, per l'esame dell'attuale questione il primo comma dell'art. 51 Cost. nel testo attualmente vigente assume un ruolo assorbente; che con riguardo all'art. 51 Cost. l'ordinanza non è adeguatamente motivata, in quanto il giudice remittente si limita a richiamare la sentenza di questa Corte n. 422 del 1995, senza alcun riferimento alla sopravvenuta modifica di tale norma costituzionale"*.

Sembra dunque che il nuovo testo dell'art. 51 apra una nuova stagione nella quale spetterà al legislatore intervenire o con politiche sociali o con azioni positive per dare effettivo contenuto ad un principio di uguaglianza sostanziale .

---

<sup>6</sup> A prescindere dall'impatto delle nuove norme costituzionali sui sistemi elettorali un problema potrebbe essere l'accesso delle cariche elettive con "pari opportunità", con riferimento agli organi monocratici eletti a suffragio universale. Quindi, sindaci e presidenti di provincia, ma anche presidenti di regione, qualora lo statuto dovesse prevedere l'elezione diretta. Come bilanciare le pari opportunità nella selezione delle candidature per la guida degli esecutivi locali? Se il criterio delle "pari opportunità", secondo la nuova disposizione costituzionale, vale per le cariche elettive, queste sono da intendersi sia per gli organi collegiali che monocratici, ovvero per tutte le forme di rappresentanza su base elettiva. Cosa diversa sono le nomine: probabilmente, come notato da Frosini, op.cit. non è applicabile il criterio delle "pari opportunità" per quanto riguarda le nomine dei consigli di amministrazione (p.es. la Rai,) oppure delle autorità indipendenti. In questi casi, infatti, la scelta avviene sulla base delle valutazioni discrezionali del soggetto nominante, il quale deve tener conto soltanto del requisito di specifiche competenze professionali come richiesto dalla legge.

<sup>7</sup> Nel corso di un giudizio di appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, di annullamento degli atti del concorso per il posto di direttore del museo del Comune di Bassano del Grappa, il Consiglio di Stato ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 51 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 61, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 (Razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421), come modificato dall'art. 43 del decreto legislativo 23 dicembre 1993, n. 546 [recte: decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80]

## La parità uomo donna nel diritto comunitario.

La Comunità europea ha fatto propria la questione delle politiche di parità tra uomini e donne sin dalla sua istituzione nel 1957. Le iniziative e i programmi elaborati in ambito comunitario in materia si sono inizialmente fondati sull'art. 119 del Trattato CE, quindi su una costante giurisprudenza della Corte di giustizia e infine, su una serie di direttive sul pari trattamento tra uomini e donne e strumenti di *soft law* (comunicazioni raccomandazioni, risoluzioni..)

Iniziando dalle fonti primarie è da ricordare che l'art. 119 del Trattato CE prevedeva il principio della "**parità delle retribuzioni fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro**".

Vale la pena sottolineare che nella sentenza *Defrenne II* del 1976, la Corte di giustizia delle Comunità Europee ha attribuito efficacia diretta all'art. 119: ossia, la Corte ha sostenuto che il principio della parità di retribuzione potesse essere fatto valere sia nei confronti dello Stato, sia contro i privati. Ciò è stato riaffermato e precisato in successive sentenze. La Corte ha in particolare sostenuto che i giudici nazionali, quando ritengano che vi sia una violazione dell'art.119, possono dichiarare inapplicabile la disposizione discriminante senza attendere una qualche consultazione tra le parti sociali.

Le direttive che a partire dal 1975 sono state adottate allo scopo di precisare il contenuto del principio della parità delle retribuzioni fra lavoratrici e lavoratori, hanno riguardato i seguenti punti:

- a) il principio "per lavoro uguale, uguale retribuzione";
- b) parità di trattamento nell'accesso al lavoro, formazione e promozione professionali e nelle condizioni di lavoro;
- c) attuazione progressiva della parità di trattamento in materia di sicurezza sociale;
- d) attuazione della parità di trattamento nei regimi professionali di sicurezza sociale, direttiva modificata il 20 dicembre 1996 per effetto delle conclusioni della sentenza Barber della Corte di giustizia;
- e) parità fra donne e uomini che svolgono un'attività indipendente, compresa l'attività agricola;
- f) miglioramento delle condizioni di salute e sicurezza delle lavoratrici incinte o puerpere; g) conciliazione fra vita familiare e professionale ( congedo parentale ).

Nel quadro del **Trattato di Maastricht (1992)**, gli Stati membri pur non intervenendo sui contenuti dell'art. 119, adottavano un protocollo sulla politica sociale, dal quale derivava un accordo tra gli Stati membri, escluso il Regno Unito, volto tra l'altro a regolamentare le pari opportunità tra uomini e donne relativamente al mercato del lavoro e al trattamento sui luoghi di lavoro. : il **Parlamento europeo** già nel parere del settembre 1997 sul progetto di Trattato di Amsterdam osservava che l'art. 3 CE andava "al di là di un semplice mainstreaming, in quanto implica una strategia attiva volta ad eliminare le ineguaglianze nonché a promuovere la parità tra uomini e donne."

L'adozione del Trattato di Amsterdam (1997) rappresenta una svolta importante. Tra le modifiche al Trattato CE, si segnalano in primo luogo l'inserimento all'art.3 **degli obiettivi di eliminazione delle disuguaglianze e di promozione della parità tra uomini e donne**. L'art.13 prevede invece che il Consiglio dell'Unione Europea possa prendere all'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo, "**i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso**".

**Il Trattato di Amsterdam** aggiunge un nuovo titolo VIII sull'occupazione nell'ambito del quale si stabilisce che la Comunità europea e gli Stati membri si adoperano per sviluppare una strategia coordinata in materia di occupazione, **al fine di realizzare gli obiettivi contenuti nell'art.2 del Trattato CE, tra i quali è compreso il rispetto della parità tra uomini e donne**.

Un ulteriore balzo in avanti nelle politiche dell'Unione in materia di lotta contro la discriminazione e per la parità di trattamento tra uomini e donne, è costituito dal fatto che il Trattato di Amsterdam ha incorporato il Protocollo sulla politica sociale nel Trattato CE. Si tratta di un passo importante sul piano del contenuto, poiché i nuovi articoli 117 (art.136 nella versione consolidata) del Trattato CE e 119 (art. 141 nella versione consolidata) prevedono nuovi obiettivi (la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, la protezione sociale, il dialogo sociale e la lotta alla discriminazione) e ammettono la possibilità di una discriminazione positiva, sia sul piano procedurale, per l'estensione nelle decisioni in tali materie della procedura di codecisione.

L'art. 141 nella versione consolidata prevede quanto segue al par. 3: **"Il Consiglio [...] adotta misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore."** La nozione di **discriminazione positiva** è invece espressa al par.4: **"Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, 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 sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali."**

Il principio della parità retributiva, già presente nel Trattato di Roma acquisisce definitivamente la più ampia portata di principio di parità di trattamento in materia di lavoro

Il principio è riconosciuto, le azioni positive sono legittimate e precise regole mirano a garantire e a salvaguardare la concreta attuazione dell'eguaglianza: la Comunità deve adottare misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (art. 141, par. 3).

**Il Consiglio europeo di Lisbona che, nel 2000**, fissa i tiranti del piano strategico dello sviluppo europeo a medio termine, persegue in maniera forte l'obiettivo dell'inclusione femminile.

Riconosciuta che una debolezza strutturale dell'Europa è costituita dall'insufficiente partecipazione delle donne al mercato del lavoro (conclusioni della presidenza, punto 4), i Capi di Stato e di Governo riuniti a Lisbona, individuano una delle quattro aree-chiave del processo di sviluppo europeo nel sostegno di tutti gli aspetti delle pari opportunità, inclusa la riduzione della segregazione lavorativa e la conciliazione dei tempi di vita lavorativa e familiare.

**La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea , approvata da Consiglio europeo di Nizza nel dicembre 2000**, raccoglie in un unico testo i diritti civili, politici, economici e sociali dei cittadini europei, nonché di tutti coloro che vivono nel territorio dell'Unione.

Nel Capo 3 della Carta, dedicato al principio di uguaglianza, si trovano rappresentati i principi di uguaglianza e di parità fra i sessi, come configuratisi nel Trattato CE .

In particolare, l'art. 21 vieta qualsiasi forma di discriminazione basata, fra l'altro, sul sesso.

L'art. 23 è espressamente dedicato alla parità fra uomini e donne.

Dopo aver detto chiaramente che la parità deve essere assicurata in tutti i campi, la disposizione ribadisce che non violano il principio di parità le misure che prevedono vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato.

Nel 2002 prendono avvio i lavori per la modifica del Trattato, nell'ambizioso obiettivo di scrivere una 'costituzione' della nuova Europa allargata.

Il compito di elaborare un testo concordato che possa sottoporsi alla discussione di una conferenza intergovernativa è affidato ad una "Convenzione sul futuro d'Europa".

La Relazione annuale sulle pari opportunità per il 2002, elaborata dalla Commissione, segnala che in questa Convenzione è mancata la rappresentazione femminile e segnala altresì che il punto è stato oggetto di numerose critiche, che *"invocano un rafforzamento dell'approccio basato sul mainstreaming di genere"*.

I lavori della convenzione si concludono in data 29 ottobre 2004 con la firma del Trattato sulla Costituzione europea (TC) . Pur rimanendo ancora per due anni in attesa di formale vigenza, esso, come già la Carta dei diritti fondamentali (Nizza, 2000), potrebbe ricevere applicazione da parte dei tribunali e da parte dello stesso giudice comunitario, sia pure in quest'ultimo caso con significativo self-restraint. Sotto il profilo materiale, l'art. II-83 del TC (già art. 23 della Carta di Nizza) prevede che **"La parità tra donne e uomini non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi a favore del sesso sottorappresentato"**.

È da chiedersi se la disposizione ora costituzionalizzata nel TC non comporti vincoli alla interpretazione delle stesse norme nazionali nella materia de qua, come in generale deve dirsi per tutte le altre disposizioni a seguito della incorporazione della Carta di Nizza nel TC e della adesione dell' U.E. alla CEDU. La dottrina è unanime nel riconoscere come tale influenza si produca, dovendo il giudice ordinario procedere, nel dubbio, mediante rinvio pregiudiziale e, in ogni altra ipotesi, mediante applicazione diretta e prevalente del diritto comunitario sul diritto interno, e comunque adottando una interpretazione conforme al diritto comunitario.<sup>8</sup>

Meno chiaro risulta la natura del vincolo interpretativo conforme al diritto comunitario per il giudice costituzionale, ancorché la sent. n. 135 del 2002 della Corte costituzionale pare accogliere il principio della interpretazione conforme anche in presenza di disposizioni di rango costituzionale, in ragione del "carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei". Si tratta, pertanto, di attendere la giurisprudenza comunitaria che interverrà a seguito della conseguita piena vigenza del TC. Può ragionevolmente ipotizzarsi che, se quest'ultima era stata così espansiva da pervenire al riconoscimento dei diritti fondamentali comunitari pur in assenza di previsioni in materia nel diritto positivo comunitario, a fronte dei nuovi parametri ora costituzionalizzati nel TC, ora potrà procedere in modo più convinto e diffuso nella stessa materia dei diritti fondamentali.

## **L'azione comunitaria**

La **Commissione europea** ha elaborato a partire dal 1981 una serie di programmi d'azione pluriennali, in collaborazione con gli Stati membri. Con il *Quarto programma d'azione per la parità delle opportunità* (1996-2000), la Commissione europea introduce chiaramente la nozione di mainstreaming. Il programma è infatti destinato a **"promuovere l'integrazione della dimensione delle pari opportunità per le donne e gli uomini nell'elaborazione, nell'attuazione e nel monitoraggio di tutte le politiche e azioni dell'Unione Europea e degli Stati membri, nel rispetto delle rispettive competenze."** (Decisione 95/593/CE del 22.12.1995) L'integrazione delle pari opportunità nelle politiche comunitarie viene sostenuta dalla Commissione con la Comunicazione 21 febbraio 1996 n. 67 *"Integrare la parità di opportunità tra le donne e gli uomini nel complesso delle politiche ed azioni comunitarie"*.

Con la decisione 2001/51/CE del Consiglio, del 20 dicembre 2000, è stato avviato il **Quinto programma d'azione comunitario riguardante la strategia comunitaria in materia di parità fra le donne e gli uomini (2001-2005)**.

---

<sup>8</sup> Le osservazioni sono di S.Gambino, op.cit.

Quel che importa sottolineare maggiormente è che il quinto programma di azione costituisce uno degli strumenti essenziali per l'attuazione della **Strategia-quadro globale comunitaria in materia di parità fra le donne e gli uomini**, contenuta in una Comunicazione adottata dalla Commissione nel giugno del 2000 [COM (2000) 335 definitivo]. Si tratta di un testo chiave in cui la Commissione definisce un quadro d'azione nel quale **"tutte le attività comunitarie possano contribuire ad eliminare le disuguaglianze e a promuovere la parità tra uomini e donne"**. Il documento prende in considerazione anzitutto i principali elementi delle politiche a favore delle donne adottati negli anni novanta: tra essi, la piattaforma d'azione adottata dalla Conferenza sulle donne di Pechino nel 1995, la strategia europea in materia d'occupazione (avviata nel 1997 con il Vertice tenutosi a Lussemburgo) e le disposizioni in materia di pari opportunità stabilite dal trattato di Amsterdam.

La strategia quadro si fonda su un **duplice approccio**: da un lato, essa si prefigge di integrare la dimensione di genere in tutte le politiche comunitarie aventi un impatto diretto o indiretto sulla parità tra donne e uomini (*mainstreaming*)<sup>9</sup>; d'altro canto essa si propone di realizzare azioni specifiche a

---

<sup>9</sup>La Commissione europea ha **definito il "mainstreaming della parità" come la considerazione sistematica delle rispettive priorità e necessità delle donne e degli uomini nell'insieme delle politiche e azioni comunitarie.**

In questo senso il *mainstreaming* è complementare alle **azioni positive**, che hanno una funzione importante nel promuovere la presenza delle donne e nell'affrontare le disparità tra donne e uomini in campi quali l'accesso alla **formazione** professionale e all'occupazione.

Il *mainstreaming* contribuisce a promuovere la partecipazione delle donne in campi che precedentemente erano considerati neutrali, ma che in realtà hanno un impatto diverso per le donne e per gli uomini.

Il concetto e la pratica del *mainstreaming* in relazione alla **parità di opportunità** si sono evoluti gradualmente sulla base del lavoro svolto nell'ambito del terzo programma d'azione per le pari opportunità e degli insegnamenti tratti dall'azione della Commissione nel settore della cooperazione allo sviluppo.

Si tratta di un approccio globale e integrato alla parità di opportunità che si riflette nelle organizzazioni internazionali che si occupano della condizione femminile.

**L'applicazione della strategia del *mainstreaming* nelle politiche, nei programmi e nei progetti generali costituisce un processo complesso, che pone nuove questioni in ogni fase dell'elaborazione di una politica, dalla progettazione all'attuazione, sino alla valutazione e alla revisione. A ciò si aggiunge il fatto che molte politiche sembrano a prima vista neutrali in termini di parità tra i sessi; il fatto che abbiano un impatto diverso per le donne e per gli uomini può rendersi evidente solo gradualmente, in conseguenza a studi specifici rivolti a rilevare le differenze in termini di accesso o di uso.**

La relativa facilità o difficoltà di applicazione di una strategia di *mainstreaming* dipende da un insieme di fattori, tra i quali la profondità della disuguaglianza tra donne e uomini nel campo di applicazione considerato, i metodi, le strutture e i fondi disponibili per l'attuazione e l'esistenza di collegamenti con donne all'interno di organi decisionali.

Altri fattori che possono influire sull'applicazione sono: la partecipazione equilibrata di uomini e donne ai processi decisionali, la disponibilità di dati per l'analisi disaggregata per ciascun sesso e l'investimento nella sensibilizzazione alle questioni della parità.

Il termine *mainstreaming* della prospettiva di genere esprime un principio che ha determinato in modo importante la programmazione delle politiche europee dell'ultimo decennio sulle pari opportunità tra uomini e donne. Prende in considerazione le differenze tra le condizioni, le situazioni e le esigenze delle donne e degli uomini per far sì che la prospettiva di genere si applichi all'insieme delle politiche e delle azioni comunitarie.

**Il *mainstreaming* di genere può essere definito una strategia volta a smascherare e diminuire le differenze di impatto che politiche, a prima vista neutrali in termini di parità tra i sessi, hanno per donne e uomini. In quanto strategia finalizzata al raggiungimento delle pari opportunità contribuisce a porre il punto di vista delle donne letteralmente al centro in tutte le politiche e azioni della UE, promuovendo la loro partecipazione in campi o ruoli precedentemente loro preclusi.**



favore delle donne volte a eliminare le disuguaglianze persistenti. La strategia quadro è strutturata in cinque settori di intervento (la vita economica, la parità di partecipazione e di rappresentanza, i diritti sociali, la vita civile, l'evoluzione dei ruoli e il superamento degli stereotipi), contenenti ognuno precisi obiettivi operativi. Un bilancio annuale della Strategia d'azione comunitaria sulla parità tra donne e uomini è contenuta nelle relazioni annuali della Commissione europea sulla **parità di opportunità tra donne e uomini dell'Unione Europea**.

Il piano di azione per il quinquennio 2001-2005 parte dalla constatazione che, nonostante i progressi compiuti negli Stati membri, nella vita quotidiana la parità fra i sessi viene ancora pregiudicata dalla mancanza di una reale eguaglianza di diritti e dal persistere di discriminazioni sessuali.

E' necessario perciò proseguire nell'azione contemporanea sui due complementari piani del *mainstreaming* e delle azioni positive.<sup>10</sup>

La strategia prevista si basa quindi su un duplice approccio:

- approccio attivo, portando tutte le politiche comunitarie a partecipare alla promozione dell'uguaglianza tra i sessi;
- approccio reattivo, attuando azioni concrete volte a migliorare la situazione della donne nella società.

Con un approccio così integrato si mira ad ottimizzare l'intervento, garantendone coerenza e trasparenza.

Notevole importanza rivestono le periodiche valutazioni sullo stato delle pari opportunità, elaborate in una relazione annuale .

---

L'applicazione del *mainstreaming* di genere nelle politiche, nei programmi e nei progetti generali costituisce un processo complesso, che interessa ogni fase dell'elaborazione di una politica: dalla progettazione, all'attuazione, sino alla valutazione e alla revisione.

**Il principio, sancito formalmente dalle Nazioni Unite nella Conferenza di Pechino del 1995, è l'asse portante del IV Programma 1996-2000 e uno degli elementi fondamentali del Trattato di Amsterdam (1997).** Contribuisce a far sì che l'obiettivo delle pari opportunità tra le donne e gli uomini, insieme a imprenditorialità, adattabilità, innovatività, diventi il riferimento trasversale e imprescindibile per accedere a programmi, formulare progetti, pensare politiche nazionali.

<sup>10</sup> Concetti chiave sanciti dalla Conferenza mondiale delle donne a Pechino nel 1995 e ribaditi nel Trattato di Amsterdam: **maistreaming (letteralmente nuotare al centro della corrente)** ed **empowerment (più potere alle donne nei luoghi decisionali)** costituiscono un punto di riferimento costante ed una chiave attraverso cui leggere le azioni nel campo della formazione professionale, al fine di garantire a donne e uomini pari opportunità nell'accesso al lavoro e nei percorsi di carriera.

**Tutto questo significa rispettare le differenze tra uomini e donne nel lavoro e nella formazione, non significa rispondere a bisogni formativi neutri, ma fare i conti con le differenze che caratterizzano sia l'offerta che la domanda di lavoro.** Non significa preparare ai ruoli separati o "insegnare a fare cose diverse" ma far crescere le potenzialità umane e professionali tenendo conto delle diverse competenze e attitudini.

**Il mainstreaming ha reso il concetto di parità di opportunità espressione di politica trasversale che impone di analizzare e considerare tutti i programmi, tutte le politiche di tutte le azioni, al fine di tenere conto sistematicamente delle differenze esistenti fra le condizioni le situazioni e i bisogni delle donne e degli uomini.**

La crescente importanza del maistreaming non significa la fine della politica dell'azione positiva: questi due tipi di approcci sono complementari e dovrebbero essere utilizzati insieme.

Riassumendo *mainstreaming*, empowerment, azioni positive sono gli ingredienti per una società nuova, migliore di quella attuale, dove donne e uomini abbiano le stesse opportunità.

Il primo passo è volontà di **cambiare con il mainstreaming, il punto di vista delle donne in tutte le politiche ed azioni.**

**Il secondo sono le buone prassi, gli esempi cui ispirarsi, quelle azioni positive che riequilibrano le situazioni di discriminazione, che "umanizzano" la società rendendola più accogliente per tutti, donne e uomini.**

Fase finale l'**empowerment**, che è di più di una normale "presa di potere", è la mutazione radicale del concetto stesso di potere quale lo conosciamo oggi, è la nascita di una vera democrazia cui partecipano tutte le persone.

Accanto a queste relazioni la Commissione, come richiesto dai capi di Stato e di governo del Consiglio europeo nella primavera del marzo 2003, svolge una relazione annuale sull'uguaglianza tra uomini e donne.

Recentemente in data 14 febbraio 2005 è stata presentata la seconda relazione annuale che è anche la prima a comprendere i 25 Stati membri dell'Unione allargata.<sup>11</sup>

La relazione conclude nel senso di auspicare, tra gli altri l'obiettivo di rafforzare gli strumenti nazionali a favore dell'uguaglianza tra i sessi e di applicare correttamente e rapidamente la direttiva<sup>12</sup> relativa all'attuazione del

---

<sup>11</sup> La Commissione osserva nell'introduzione che "l'uguaglianza tra le donne e gli uomini è rafforzata dal nuovo trattato che stabilisce una costituzione per l'Europa. In aggiunta alle disposizioni dell'attuale trattato sulla parità dei sessi, la costituzione dichiara esplicitamente **che l'uguaglianza è un valore specifico dell'Unione, che dev'essere promosso non solo all'interno dell'Unione ma anche nei suoi rapporti con il resto del mondo.** I mutamenti demografici, con l'invecchiamento della popolazione e il calo della forza lavoro, continuano ad essere una grande sfida nell'Unione europea anche dopo l'allargamento. La difficoltà di conciliare la vita familiare e la vita professionale, in parte a causa della mancanza di adeguate strutture di custodia dei figli e di condizioni di lavoro non sufficientemente flessibili, sembra contribuire a dilazionare la decisione di avere il primo figlio e a mantenere bassi tassi di fertilità nella maggior parte degli Stati membri. Tuttavia, l'esperienza dimostra che gli Stati membri i quali dispongono di politiche coerenti volte a conciliare le attività lavorative e familiari per gli uomini e le donne godono di più elevati tassi di fertilità e di un più elevato tasso di partecipazione delle donne al mercato del lavoro.

<sup>12</sup> Direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2002 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 L 269 del 5.10.2002, pag. 15).

Ad un primo esame della direttiva emerge un dato particolarmente indicativo: il passaggio dal divieto di discriminazione al principio di parità di trattamento, da una visione in termini negativi, ad una affermazione in termini positivi di un diritto che oggi trova la sua fonte ed ispirazione nell'elaborazione normativa e giurisprudenziale. Il principio di pari opportunità, affermato già nel Trattato di Amsterdam e nella Carta dei diritti approvata a Nizza, trova infatti nella direttiva un riconoscimento ancora più esplicito.

La nuova direttiva, pur riducendo il numero degli articoli che la compongono, (da undici a quattro), ne arricchisce la portata; l'esposizione dei 4 articoli, infatti, è preceduta da 24 "considerando" che, ripercorrendo i precedenti interventi internazionali, comunitari e le recenti pronunzie giurisprudenziali, motivano la necessità di modificare la precedente direttiva.

La nuova direttiva in parte sostituisce la precedente, in parte prevede dei paragrafi che vanno aggiunti a quelli già elaborati nel 1976, come ad esempio l'art.1, par.1 che contiene una sorta di invito a tutti gli Stati membri a porre come obiettivo principale nel formulare leggi, regolamenti e atti amministrativi, politiche ed attività, il principio della parità tra gli uomini e le donne. In questo modo il legislatore comunitario vuole ribadire l'impegno, già contenuto nell'art 2 e nell'art 3, paragrafo 2, del Trattato Ce, di promuovere la parità fra uomini e donne quale compito e obiettivo della Comunità.

Le definizioni contenute nell'art.2 di discriminazione diretta, indiretta, molestie e molestie sessuali, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale che si è succeduta nel corso degli anni, riprendono le definizioni contenute nelle recenti direttive 2000/43 e 2000/78 CE

A questo proposito, la discriminazione indiretta viene definita in maniera compiuta rispetto alla direttiva del 1976 come una "situazione nella quale una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso, rispetto a persone dell'altro sesso".

La valutazione dei fatti sulla base dei quali si potrà dedurre che ci sia stata una discriminazione diretta o indiretta sarà sempre una questione di competenza dell'organo giurisdizionale nazionale o di altro organo competente secondo le norme di diritto e la prassi nazionale, ma tali norme potranno anche prevedere che la discriminazione indiretta sia accertata con qualsiasi mezzo, compresa l'evidenza statistica.

A questo proposito va sottolineato che, l'oggettiva difficoltà, specie nel caso di discriminazioni indirette, di provare in giudizio la sussistenza di un comportamento discriminatorio, ha indotto il legislatore comunitario, con la direttiva n. 97/80, a modificare la consueta articolazione dei carichi

principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda

---

probatori tra attore e convenuto, alleggerendo la posizione processuale del ricorrente a scapito di quella del datore di lavoro.

In deroga dunque ai principi generali che regolano l'onere della prova, alla parte attrice è sufficiente dedurre in giudizio degli "elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta". Fornite tali indicazioni, spetta alla parte convenuta "provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento".

L'art 2 della direttiva contiene inoltre la definizione di molestia e molestia sessuale e considera come discriminazione anche l'ordine di discriminare una persona a motivo del sesso.

Nel contempo la direttiva riconosce agli Stati membri la legittimità delle differenze di trattamento che abbiano la loro origine "su una caratteristica specifica di un sesso", solo quando questa caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purchè l'obiettivo sia legittimo ed il requisito proporzionato.

Questo costituisce uno degli elementi di novità della direttiva: si pone infatti l'attenzione sulla legittimità dell'obiettivo e sulla proporzionalità del requisito il quale, oltre ad essere essenziale e determinante, deve esser proporzionato, ed in ogni caso l'obiettivo deve essere legittimo.

Una particolare attenzione è inoltre dedicata all'attuazione del principio di parità di trattamento con riguardo alla protezione della donna, in particolare durante lo stato di gravidanza e maternità

La Corte di Giustizia infatti ha riconosciuto la legittimità, per quanto riguarda il principio di parità di trattamento, della protezione della condizione biologica della donna durante e dopo la maternità ed in questo senso ha sempre qualificato come discriminazione diretta qualsiasi trattamento sfavorevole che fosse legato alla gravidanza o alla maternità stessa.

Le disposizioni della direttiva ribadiscono il diritto proprio di ciascuna donna al ritorno dal congedo di maternità, di mantenere il proprio lavoro o un posto di lavoro equivalente, nonché di beneficiare di eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro che le sarebbero spettate durante la sua assenza.

**Il principio delle pari opportunità, che aveva fatto il suo timido ingresso nella direttiva del 1976 viene qui riformulato tenendo in considerazione le nuove disposizioni introdotte dal trattato di Amsterdam e, in particolare, l'art 141, paragrafo 4 che attribuisce la facoltà agli Stati membri di mantenere o adottare misure che prevedono vantaggi specifici volti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato oppure a evitare o compensare svantaggi nelle carriere.**

**Un'altra novità da sottolineare è rappresentata dall'estensione sia al settore pubblico che privato del principio di parità di trattamento contenuta ora nel riscritto art.3.**

**Il divieto di non discriminazione diretta ed indiretta si applica nei settori pubblici o privati, compresi gli enti di diritto pubblico e il suo ambito di applicazione si estende a tutto ciò che attiene alle condizioni di accesso al lavoro, sia dipendente che autonomo, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione; alle condizioni di accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionali, perfezionamento e riqualificazione; all'occupazione ed alle condizioni di lavoro, comprese quelle di licenziamento e di retribuzioni.**

L'opera innovatrice della direttiva si è imposta anche nell'art. 7 che ha disposto la tutela contro le eventuali reazioni dei datori di lavoro, a seguito di avvio di azione legale per ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento, non solo in favore dei lavoratori, (come era previsto nel testo originario), ma anche che in favore dei rappresentanti dei lavoratori previsti da leggi e prassi nazionali. È il concetto di protezione a dilatarsi estendendosi dal licenziamento a qualsiasi altro trattamento sfavorevole eventualmente disposto dal datore di lavoro.

La direttiva prevede poi la costituzione di organismi volti alla promozione, al controllo, all'analisi e al sostegno della parità di trattamento; nella loro competenza dovrebbe rientrare l'assistenza indipendente alle vittime di discriminazioni, lo svolgimento di inchieste, la pubblicazione di relazioni e la formulazione di raccomandazioni su questioni connesse con tali discriminazioni.

E' ovviamente consentito agli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni che siano più favorevoli di quelle fissate dalla precedente direttiva; si ribadisce comunque che l'attuazione della direttiva non può in alcun modo costituire motivo di riduzione delle misure già adottate contro la discriminazione.

La direttiva conclude fissando nella data del 5 ottobre 2005 il termine entro il quale gli Stati membri debbono mettere in vigore le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alle prescrizioni in essa contenute.

In questo senso non è fatto alcun riferimento all'adozione di misure volte ad assicurare nella "piena pratica" una parità di trattamento tra uomini e donne, una parità sostanziale che risenta della nuova formulazione dell'art. 141 del Trattato CE, fatta propria dalla direttiva nell' art. 2 paragrafo 6.

l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, che dovrà essere recepita entro l'ottobre 2005.

### **Corte di giustizia e azioni positive.**

La Corte di giustizia cui compete assicurare l'uniforme e corretta interpretazione del diritto comunitario ha svolto un ruolo importantissimo specie in tema di azioni positive, misure cioè che più che eliminare l'ostacolo fanno come se non ci fosse, imponendo in via di fatto una soluzione favorevole ad una o più persone.<sup>13</sup>

Le azioni positive nate nell'ordinamento statunitense per contrastare segregazioni e discriminazioni (specie razziali) sono state introdotte in Europa quando stavano scomparendo negli Stati Uniti.<sup>14</sup>

Diversamente che negli Stati Uniti, in Europa il modello delle azioni positive si è inserito in ordinamenti già improntati alle tradizioni dello Stato sociale e dove già da tempo si era sviluppato un concetto di uguaglianza sostanziale

Nel modello europeo l'azione positiva in quanto misura volta al perseguimento dell'uguaglianza di opportunità lavorative tra uomini e donne parte dal presupposto che nella maggior parte dei casi la condizione di svantaggio delle donne risenta di condizionamenti strutturali radicati (distribuzione familiare dei ruoli, svantaggi storici nella educazione e nella formazione, stereotipi culturali). Tali situazioni non sono correggibili tramite norme tese a realizzare una parità

---

<sup>13</sup> L'espressione "**azioni positive**" come già rilevato, non nasce nel nostro ordinamento, ma è mutuata dall'esperienza statunitense, ricollegandosi alle "affirmative actions": interventi di politica governativa finalizzati alla concessione di benefici a coloro che, a causa dell'appartenenza ad un gruppo specifico, fossero vittime di discriminazioni. Negli anni '70, sull'esempio americano, il concetto di "azione positiva" ha fatto il suo ingresso anche nell'esperienza giuridica europea, attraverso la predisposizione di speciali programmi d'azione per la promozione delle pari opportunità.

Le azioni positive non sono, pertanto, le solite forme di tutela, intese in senso tradizionale, che traggono origine da predisposizione di vari limiti e divieti, ma misure concrete (per questo denominate "azioni").

In relazione alla tipologia del loro intervento, possono distinguersi tra:

**azioni positive verticali**, relative alla promozione dell'avanzamento femminile delle gerarchie aziendali e nei ruoli di responsabilità,

**azioni positive orizzontali** finalizzate, invece alla realizzazione di occupazione mista ed equilibrata in tutti i settori,

**azioni positive miste** riguardano, invece, entrambi gli ambiti.

Tenendo conto invece degli effetti prodotti **dalle azioni positive**, è possibile distinguere:

**azioni positive strategiche**, mirate cioè a produrre un mutamento effettivo, immediato e percepibile nella realtà aziendale a favore di processi gestionali e organizzativi tradizionalmente limitanti per le donne;

**azioni positive simboliche** finalizzate all'inserimento delle donne a livelli di responsabilità o a lavori storicamente loro preclusi. Pur permettendo a poche persone di ottenere un vantaggio effettivo rispetto a un ruolo prima esclusivo dell'altro sesso, sono rappresentative;

**azioni positive di sensibilizzazione**, prevedono attività formative e di informazione volte a diffondere la politica di promozione della figura e del ruolo femminile nell'azienda e a combattere in maniera incisiva le discriminazioni indirette.

Le azioni positive vengono attuate anche attraverso alcuni **provvedimenti normativi**, veri e propri strumenti che concretizzano, attraverso percorsi talvolta faticosi, migliori opportunità per le donne.

<sup>14</sup> Come osserva E. Panici di Suni, La legislazione sulla parità e le quote elettorali, in .. la Corte Suprema e la stessa opinione pubblica americana ritiene che le azioni positive a favore dei gruppi svantaggiati rafforzino negli appartenenti ai gruppi la convinzione di una loro inferiorità, laddove l'assenza di norme differenziate, secondo il principio della parità di trattamento, li spingerebbe ad impegnarsi in modo più attivo.

formale ma solo attraverso misure positive, dirette a contrastare tali condizionamenti alla luce del principio dell'uguaglianza sostanziale.

Scopo delle azioni positive è quello di valorizzare le differenze tipiche delle donne quali criteri per concorrere con gli uomini trasformando una diversità in un criterio attributivo di una maggiore competitività.

Tassello fondamentale di questa impostazione l'art. 2 comma 4 della Direttiva 76/207/CEE alla luce della quale il giudice comunitario è stato chiamato alla verifica della compatibilità delle norme nazionali configuranti azioni positive che così recita "**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.**"

Per comprendere l'oscillante evoluzione giurisprudenziale occorre considerare che la stessa si sviluppa in un arco temporale che ha all'inizio come necessario riferimento il Trattato CE (artt. 3 e 119) che ancora non legittima in modo espresso le azioni positive (che verranno introdotte dall'art. 141 quarto comma Trattato di Amsterdam) nonché evidentemente gli atti di diritto derivato.

Ciò può in parte giustificare un percorso interpretativo che a prima vista può apparire non del tutto lineare ed in netta controtendenza rispetto al contesto giuridico comunitario ed europeo.

## **Il caso Kalanke.**

La sentenza della Corte di giustizia del 17 ottobre 1995 resa in sede di rinvio pregiudiziale proposto dal Bundesarbeitsgericht di Brema è la prima a pronunciarsi sulla corretta interpretazione della Direttiva /76/207/CEE "*relativa al principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alle promozioni professionali e le condizioni di lavoro*"<sup>15</sup>.

La vicenda processuale che ha dato modo alla Corte di pronunciarsi, trae origine da un ricorso presentato dal sig. Kalanke (ingegnere specializzato in tecnica di giardinaggio e paesaggistica) che nell'ultima fase di un procedimento di assunzione a capo del dipartimento giardini del comune di Brema, si era visto preferire una candidata di sesso femminile in possesso di uguale qualificazione, in forza della LGG<sup>16</sup> che prevedeva in caso di parità la preferenza delle candidate donne ove sottorappresentate nell'organico.

---

<sup>15</sup> L'art.1 comma 1 recita:"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 compreso la promozione, e l'accesso alla formazione professionale, nonché le condizioni di lavoro e, alle condizioni di cui al paragrafo 2, la sicurezza sociale. Tale principio è denominato qui appresso "principio della parità di trattamento". Per l'art 2 " 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. La presente direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di escluderne dal campo di applicazione le attività professionali ed eventualmente le relative formazioni, per le quali, in considerazione della loro natura o delle condizioni per il loro esercizio il sesso rappresenta una condizione determinante. La presente direttiva non pregiudica le disposizioni relative alla protezione della donna, in particolare per quanto riguarda la gravidanza e la maternità. **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.**

<sup>16</sup> L' art. 4 del Landesgleichstellungsgesetz 20 novembre 1990 (legge del Land di Brema relativa alla parità fra gli uomini e le donne nel pubblico impiego, Bremisches Gesetzblatt, pag. 433, in prosieguo: il "LGG") così dispone:"Assunzione, assegnazione ad un nuovo posto e promozione1) All' assunzione, compresa l' instaurazione di un rapporto come pubblico dipendente o giudice, che non abbia funzione formativa, va data la precedenza alle candidate di sesso femminile, in caso di parità di qualificazioni, rispetto ai candidati maschi, nei settori nei quali il personale femminile è insufficientemente

Il *Kalanke* sosteneva in giudizio che la normativa con il suo regime rigido di quote era in contrasto con la costituzione del *Land* di Brema, con la costituzione federale tedesca e con l'art. 611 del BGB (codice civile tedesco). La sua domanda veniva tuttavia respinta dall' *Arbeitsgericht*, nonché in appello dal *Landesarbeitsgericht*. Investita di un ricorso per cassazione ("Revision"), la prima sezione del *Bundesarbeitsgericht* riteneva che la soluzione della controversia dipendesse essenzialmente dall' applicabilità del LGG.

Pur non dubitando della compatibilità delle norme tedesche sia con la Costituzione federale che con la stessa Direttiva, permanendo margini di incertezza il giudice supremo rimetteva alla Corte di giustizia i quesiti pregiudiziali ai sensi dell'art. 234 (ex 177) CE.<sup>17</sup> volti ad appurare la compatibilità della normativa tedesca con i principi della direttiva.

La Corte di giustizia, recependo pressochè integralmente l'iter argomentativo delle conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro ha affermato che una normativa nazionale che imponga, a parità di qualificazione, la preferenza dei candidati di sesso femminile a quelli di sesso maschile ai fini della promozione (nei casi in cui le donne sono sottorappresentate) integra fattispecie di "discriminazione di sesso" in violazione del diritto comunitario, in virtù dell'art. 2.1 della Dir. 76/207/CEE e che misure nazionali che impongano, a parità di qualificazione la preferenza di candidati di sesso femminile a quelli di sesso maschile ai fini della promozione, *non sono giustificabili alla luce della deroga contenuta nell'art. 2.4. Dir. (che giustifica provvedimenti volti a promuovere la parità delle opportunità per donne e uomini)\_in quanto tale disposizione è limitata ad interventi mirati ad eliminare o ridurre le disparità di fatto che possono esistere nella realtà della vita sociale, non legittimando clausole di preferenza assoluta ed incondizionata alle donne".*

---

rappresentato. 2) Nell' assegnazione di posti corrispondenti ai livelli superiori di salari, retribuzioni e stipendi, va data la preferenza alle donne, in caso di parità di qualificazioni, rispetto ai candidati maschi, qualora il personale femminile sia insufficientemente rappresentato. Questa norma vale anche in caso di assegnazione a un altro posto previsto in organico nonché in caso di promozione. 4) La qualificazione va commisurata unicamente alle esigenze del lavoro connesso al posto da occupare o alla carriera. Conoscenze specifiche, come ad esempio quelle acquisite nell' attività familiare, nell' impegno sociale o in attività benefiche, valgono per la qualificazione ai sensi dei nn. 1 e 2 solo se risultano utili per l' esercizio delle funzioni inerenti all' attività. ) 5) Si ha sottorappresentazione se, nella specifica categoria salariale, retributiva e stipendiale, i titolari di sesso femminile dei posti in un dato servizio non raggiungono il 50% degli effettivi. .

<sup>17</sup> ) Se l' art. 2, n. 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 nell' assegnazione di posti di grado più elevato, sia accordata una preferenza alle donne in caso di parità di qualificazione professionale rispetto ai concorrenti di sesso maschile, qualora esse risultino insufficientemente rappresentate, intendendosi per rappresentanza insufficiente la situazione nella quale, nelle varie categorie retributive di un servizio, non vi sia almeno la metà dei posti dell' organico occupata da donne e applicandosi lo stesso criterio anche per i livelli delle mansioni previsti in base all' organico generale 2) In caso di soluzione negativa della prima questione: Se, alla luce del principio di proporzionalità, l' art. 2, n. 1, della direttiva del Consiglio 76/207/CEE debba essere inteso nel senso che siano inapplicabili disposizioni di legge in forza delle quali nell' assegnazione di posti in una categoria retributiva superiore venga accordata la preferenza alle donne, in caso di parità di qualificazione professionale rispetto ai concorrenti di sesso maschile, qualora esse risultino insufficientemente rappresentate, intendendosi per rappresentanza insufficiente la situazione nella quale, nelle varie categorie retributive di un servizio, non vi sia almeno la metà dei posti dell' organico occupata da donne e applicandosi lo stesso criterio anche per i livelli delle mansioni previsti in base all' organico generale".

In definitiva aderendo all'impostazione dell'Avvocato Generale <sup>18</sup>la Corte ha adottato una interpretazione fortemente restrittiva della disposizione di cui all'art. 2 n.4 in primo luogo confermandone la portata esclusivamente derogatoria rispetto al principio generale e negando così vita propria, alle azioni positive, in secondo luogo, affermandone la natura eccezionale, in presenza del diritto individuale garantito dall'art.2 n.1 alla parità di trattamento. Corollario di questo teorema è l'abnormità di una previsione che, invece di consentire alle donne di concorrere alla pari con gli uomini alla progressione di carriera, ne favorisce l'automatica prevalenza nella competizione nel caso in cui siano sottorappresentate.

La Corte motiva questa affermazione sostenendo che l'obiettivo delle azioni positive non è quello di imporre a tutti i costi la parità, ma di far sì che le donne siano in grado di proporsi allo stesso livello degli uomini.

Come osservato, però, da parte della dottrina che ha fortemente criticato la sentenza, con questa diversa prospettiva la Corte esternalizza la fonte della disegualianza rispetto al mondo del lavoro riconducendola al più ampio spettro di problemi sociali, rifiutando di ammettere che le disegualianze possano essere perpretrate sul luogo di lavoro proprio ai danni di donne che sono riuscite a raggiungere un livello di professionalità pari a quello degli uomini.

### **Il caso Marschall.**

A distanza di quasi due anni dalla sentenza Kalanke la Corte di Giustizia è tornata ad occuparsi delle questioni concernenti la legittimità delle quote -a vantaggio della componente femminile del mercato del lavoro- prevista nell'ordinamento tedesco da una legge del *Land Nordrhein-Westfalen* che presentava caratteristiche solo in parte analoghe al caso Kalanke .

L'analogia consisteva nella previsione di una procedura di selezione per la promozione alla qualifica superiore che prevedeva la precedenza nei confronti delle candidate nell'ipotesi in cui avessero la stessa capacità professionale degli uomini e fossero sottorappresentate ai vari livelli di organico, ovvero non ricoprissero almeno la metà dei posti di lavoro.

---

18

L'Avvocato generale parte dal la nozione di azione positiva: strumento di "uguaglianza sostanziale" cioè di uguaglianza tra gruppi, mirate ad eliminare gli ostacoli di fatto che pesano su certe categorie o certi gruppi determinati di persone, svantaggiati nella domanda di lavoro

Si tratta, dunque, di uno degli strumenti utilizzati per realizzare *l'ègalité des chances* dei gruppi minoritari o di altri gruppi svantaggiati, traducendosi in un trattamento preferenziale di tali gruppi.

L'*ègalité des chances* cui mira l'attività promozionale delle azioni positive non è però l'*ègalité des risultats*, ma il mettere nelle condizioni di ottenere uguaglianza di risultati, cosa ben diversa dalla prefissazione dei "punti di arrivo".

L'azione positiva deve mirare ad intervenire sui percorsi, creando corsi formativi adeguati o regole che consentano in concreto l'uguale partecipazione dei sessi alla competizione lavorativa.

Condizioni essenziali per la legittimità dell'intervento sono due:

Proporzionalità dell'intervento: nel determinare la portata delle deroghe ad un diritto individuale come quello dell'uguaglianza bisogna rispettare il principio di proporzionalità (che fa parte dei principi cardine dell'ordinamento comunitario) e che impone una equilibrata valutazione dei mezzi utilizzati rispetto ai fini.

Necessarietà dell'intervento: La preferenza in tal modo accordata alle donne nell'assunzione è una misura che va oltre quanto sia necessario a consentire l'uguaglianza di opportunità. Supera l'obiettivo perché va ad assicurare forzatamente un risultato che, negli intenti della direttiva, andrebbe ottenuto ad "armi pari". Nel caso di specie, invece, il sistema di quote utilizzato si tradurrebbe in un meccanismo di prevalenza del sesso femminile su quello maschile al di fuori di ogni considerazione di capacità e di merito.

A differenza delle disposizioni censurate nel caso Kalanke tale sistema però conteneva a una clausola di flessibilizzazione della regola della priorità, nel senso di ammetterne la disapplicazione qualora emergessero motivi inerenti la persona del candidato di sesso maschile.

Si trattava dunque di un sistema che corrispondeva ad un modello di azioni positive imperniato su meccanismi correttivi della sottorappresentazione delle donne a parità di competenze professionali.

La sentenza non solo era molto attesa, stante il clamore (in negativo) suscitato dalla sentenza Kalanke che aveva costretto nel 1996 la Commissione ad adottare una comunicazione interpretativa della portata della sentenza, ma per di più se ne temeva un esito negativo stante le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs che si era pronunciato (come a suo tempo Tesouro) in senso contrario alla normativa sulle quote.

La Corte di giustizia sorprendentemente, pur non sconfessando la sentenza Kalanke, è riuscita a superarla appigliandosi al temperamento introdotto dalla normativa tedesca all'obbligo di scegliere candidati di sesso femminile a parità di qualificazione professionale tramite la previsione che il meccanismo possa cedere "*se prevalgono motivi inerenti alla persona del candidato di sesso maschile*".<sup>19</sup>.

Per la Corte di Lussemburgo, infatti "*contrariamente alla normativa di cui trattavasi nella sentenza Kalanke, una normativa nazionale che, come nella fattispecie, contiene una clausola di riserva non eccede questi limiti [della deroga al principio della parità di trattamento prevista dall'art.2.n.1.] se, in ciascun caso individuale, garantisce ai candidati di sesso maschile aventi una qualificazione pari a quella dei candidati di sesso femminile un esame obiettivo delle candidature che prenda in considerazione tutti i criteri relativi alla persona dei candidati e non tenga conto della precedenza accordata ai candidati di sesso femminile quando uno o più di detti criteri facciano propendere per il candidato di sesso maschile. Si deve però ricordare a questo proposito che tali criteri non devono essere discriminatori nei confronti dei candidati di sesso femminile*".

Il passaggio argomentativo più importante della sentenza è peraltro quello che riguarda la necessità o meno di difendere il principio della parità di opportunità non solo 'ai blocchi di partenza', ma anche durante la vita lavorativa.

La Corte di giustizia, nella sentenza Marschall, ammette senza dubbio questa necessità ed osserva che "***nelle promozioni si tende a preferire i candidati di sesso maschile a quelli di sesso femminile, anche in caso di pari qualificazioni, a causa, segnatamente, di taluni pregiudizi e di talune idee stereotipate sul ruolo e sulle capacità della donna nella vita attiva,***

---

<sup>19</sup> I passaggi argomentativi si possono così sintetizzare: a) l'individuazione della cornice di riferimento delle pari opportunità nell'ordinamento comunitario, dove si ribadisce la stessa visione già affermata in precedenza, secondo la quale il principio di parità di trattamento tra uomini e donne, di cui all'art. 2, paragrafo 1, della direttiva n. 76/207, è insufficiente rispetto all'eliminazione delle disparità di fatto che impediscono alle donne di competere sul mercato del lavoro in condizioni di parità con gli uomini, e, pertanto, giustifica la realizzazione delle misure per promuovere le pari opportunità; b) la valutazione della coerenza tra il sistema di quote diviso dalla disposizione controversa rispetto all'art. 2, paragrafo 4, della direttiva n. 207, che è stata risolta positivamente, dal momento che il diritto di priorità risulta finalizzato ad impedire che si realizzino situazioni dovute al persistere di stereotipi negativi che costituiscono altrettanti ostacoli rispetto alle pari opportunità nei confronti delle donne; c) la definizione della natura derogatoria rispetto al principio di parità della norma comunitaria in materia di pari opportunità, da cui discende che la previsione di trattamenti preferenziali – se fosse assoluta e incondizionata – violerebbe i limiti della deroga; d) la valutazione positiva del sistema oggetto della fattispecie controversa, in relazione alla previsione della deroga in considerazione di criteri attinenti alla persona del candidato; e) la precisazione che tali criteri non possono essere discriminatori. La sentenza Marschall ha pertanto eliminato le aporie più vistose della sentenza Kalanke, mantenendone tuttavia completamente inalterato l'impianto concettuale: i due dispositivi (illegittimo un sistema in quanto assoluto e incondizionato, legittimo l'altro in ragione della presenza della clausola espressa di deroga) sono praticamente simmetrici (Stefania Scarponi 1998).



***nonché del timore, ad esempio, che le donne interrompano più spesso la carriera lavorativa, che, dati i loro compiti di mogli e di madri, esse organizzino il loro tempo di lavoro in maniera meno flessibile o che si assentino dal lavoro più sovente a motivo di gravidanze, parti e periodi di allattamento".***

*" Per questi motivi, il fatto che due candidati di sesso diverso abbiano pari qualificazioni non implica, in se' e per se', che essi abbiano pari opportunità'. Ne consegue che può rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 2, n. 4, una norma nazionale secondo cui, in caso di promozione, le donne che hanno una qualificazione pari a quella dei loro concorrenti di sesso maschile godono, salva restando la clausola di riserva, di un trattamento preferenziale nei settori nei quali sono in numero inferiore rispetto agli uomini, **poiché tale norma può contribuire a controbilanciare gli effetti dannosi, per i candidati di sesso femminile, degli atteggiamenti e dei comportamenti sopra descritti e a ridurre così le disparità di fatto che possono esistere nella realtà della vita sociale"**.*

Per i molti commentatori la sentenza Marschall non appare esente da ambiguità alla luce della motivazione e del dispositivo che riflettono una continuità rispetto alla concezione già precedentemente accolta ed in parte se ne discostano. In realtà la parte più autenticamente innovativa della sentenza, che non a caso si discosta dalle conclusioni dell' avvocato generale, consiste proprio nell'abbandono della concezione dualistica dell'uguaglianza, secondo la quale le azioni positive verrebbero distinte tra quelle che tendono ad innalzare la soglia di partenza delle donne nella competizione con gli uomini oggetto di strategie di *polycys* o di *welfare*, e quelle che si propongono di influenzare più direttamente il risultato finale di acquisizione dell'obiettivo di riequilibrio finale nella ripartizione dei posti tra uomini e donne.

Ritenendo il sistema non incompatibile con il diritto comunitario, la Corte elimina il rischio che alle azioni positive venga precluso qualunque contenuto che non sia quello della promozione dei soli punti di partenza accettando sostanzialmente la legittimità del sistema delle quote, sia pur accompagnato da una clausola correttiva flessibile e con ciò bilanciando la tutela di genere con la tutela individuale<sup>20</sup>

Del resto la portata innovativa della sentenza Marshall è confermata dall'evoluzione successiva della giurisprudenza comunitaria in materia di azioni positive.

### **La giurisprudenza successiva sulle azioni positive :le sentenze Badeck, Abrahamsson, Lommers e Briheche.**

Un definitivo chiarimento delle posizioni del giudice comunitario sui confini delle azioni positive può essere letto nella sentenza **Badeck** del marzo 28 marzo 2000; l'orientamento della Corte non risulta infatti sostanzialmente modificato dalla successiva pronuncia sul caso **Abrahamsson** del 16 novembre 1999 (che si è limitata ad applicare al caso la regola, peraltro già pacifica, secondo la quale la "preferenza" può essere accordata alle donne, nell'ambito di un programma di azioni positive, solo quando la candidatura "abbia una qualificazione pari a quella dei candidati dell'altro sesso"), né dal caso **Lommers** (in cui un Ministero aveva messo a disposizione esclusivamente per i figli dei propri dipendenti di sesso femminile un certo numero di posti sovvenzionati in asili nido, salvo però casi di necessità riconosciuti dal datore di lavoro stesso).

La Corte ha infatti giudicato legittima nella sentenza in relazione all'art. 2, punti 1 e 2, della direttiva n. 76/207 – una normativa nazionale: 1) "che nei settori del pubblico impiego in cui le donne sono sottorappresentate accorda, a

---

<sup>20</sup> Così S.Scarponi, La sentenza Marshall sui sistemi di quote: continuità o discontinuità rispetto a Kalanke, in Rivista giur del lavoro e prev. Sociale, 1998 pp.45-57.

parità di qualifiche tra candidati di sesso diverso, una preferenza ai candidati di sesso femminile, quando ciò sia necessario per garantire il rispetto degli obiettivi del piano di promozione delle donne (...), purché detta normativa garantisca che le candidature siano oggetto di una valutazione obiettiva che tenga conto della situazione personale particolare di tutti i candidati”; 2) “in base alla quale gli obiettivi vincolanti del piano di promozione delle donne per posti temporanei del servizio scientifico e per assistenti scientifici devono prevedere una quota minima di personale femminile pari almeno alla percentuale che le donne rappresentano tra i laureati, i titolari di dottorato, e gli studenti di ciascun settore di studi”; 3) “che, essendo diretta ad eliminare una situazione di insufficiente rappresentanza delle donne, nelle professioni qualificate nelle quali le donne siano sottorappresentate e rispetto alle quali lo Stato non abbia il monopolio nella gestione della formazione, attribuisce alle donne almeno la metà dei posti in formazione, a meno che, nonostante l'adozione di misure adeguate per richiamare l'attenzione delle donne sulla disponibilità dei posti in formazione, non si abbia un numero insufficiente di candidature femminili”; 4) “che, a parità di qualifiche tra candidati di sesso diverso, garantisce alle donne in possesso di qualifiche che soddisfino tutti i requisiti stabiliti o previsti la convocazione a colloqui di assunzione nei settori nei quali esse sono insufficientemente rappresentate”; 5) “che, in merito alla composizione degli organi rappresentativi dei lavoratori e degli organi di amministrazione e controllo, prescrive che le disposizioni legislative adottate per la sua attuazione tengano conto dell'obiettivo di una partecipazione quantomeno paritaria delle donne in seno a tali collegi”.

Per comprendere la portata delle decisioni della Corte sui diversi punti della questione pregiudiziale sottoposta al suo giudizio,<sup>21</sup> occorre ricostruire gli obiettivi e le caratteristiche dei “piani di promozione con obiettivi vincolati”. I “piani di promozione con obiettivi vincolati” sono lo strumento prescelto dal legislatore dell'Assia nel 1993 per realizzare, nell'arco dei tredici anni di efficacia della legge, “l'eguale accesso di uomini e donne ai pubblici uffici”. Ciascuna misura esaminata dalla Corte deve, perciò, essere considerata quale specifica azione all'interno del piano di promozione femminile, che contiene, “per ogni due anni, obiettivi vincolanti relativi alla quota femminile nelle assunzioni e nelle

---

<sup>21</sup> Lo Staatsgerichtshof del Land dell'Assia ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«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'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (GU L 39, pag. 40) osti a una normativa nazionale per cui:

1. in casi di insufficiente rappresentanza, ai sensi dell'art. 3, nn. 1 e 2, della legge dello HGIG, la scelta, ai sensi dell'art. 10 della stessa legge, tra un candidato di sesso femminile e uno di sesso maschile a parità di qualifica deve avvenire, per il vincolo posto dagli obiettivi del piano di promozione della donna di cui all'art. 5, nn. 3 e 4 della legge, in ogni caso a favore della donna quando ciò sia necessario al conseguimento di tali obiettivi e non vi siano ostacoli di maggiore rilevanza giuridica;
2. gli obiettivi vincolanti del piano di promozione della donna per posti temporanei del servizio scientifico e per assistenti scientifici, ai sensi dell'art. 5, n. 7, dello HGIG, devono prevedere una quota minima di personale femminile pari a quella esistente tra i laureati (n. 7, prima frase), i titolari di un dottorato (n. 7, seconda frase) e gli studenti (n. 7, terza frase) di ciascun settore di studi;
3. le donne nell'ambito delle professioni qualificate nelle quali siano insufficientemente rappresentate devono essere preferite nell'assegnazione dei posti di formazione, ai sensi dell'art. 7, n. 1, dello HGIG, fino a concorrenza della metà di questi, a meno che non si tratti di corsi di formazione gestiti esclusivamente dallo Stato;
4. in settori nei quali le donne sono insufficientemente rappresentate, ai sensi dell'art. 9, n. 1, dello HGIG, devono essere chiamate a un colloquio di assunzione tante donne quanti uomini, oppure tutte le candidate, quando soddisfino i requisiti stabiliti dalla legge o comunque previsti per ricoprire il posto o esercitare la carica vacante;
5. la metà dei membri di commissioni, consigli, organi di amministrazione e di controllo nonché di collegi di altro tipo dev'essere costituita, ai sensi dell'art. 14 dello HGIG, da donne».

promozioni per aumentare la presenza femminile nei settori nei quali le donne sono sottorappresentate". Gli obiettivi, a loro volta, sono stabiliti tenendo conto delle "particolarità esistenti all'interno di ogni settore e servizio". Già queste prime indicazioni di principio e di metodo dimostrano che i piani (così come gli obiettivi) sono intrinsecamente flessibili. La flessibilità dei piani è ulteriormente ribadita dalla condizione essenziale per l'adozione dei piani stessi: la sottorappresentazione, da individuarsi all'interno di ciascun "settore", (da intendersi come "ogni fascia salariale di una carriera, ogni fascia di stipendio e di retribuzione"), con un'attenta valutazione, dunque, della comparabilità delle situazioni. La nozione di sottorappresentazione non è poi lasciata all'interpretazione delle parti, bensì è contenuta in una descrizione (prescrittiva) del seguente tenore: "le donne si considerano sottorappresentate quando, nell'ambito di applicazione di un piano per la promozione della donna, per ogni fascia di stipendi, retribuzioni e salari di una determinata carriera, sono impiegate meno donne che uomini". La sottorappresentazione è dunque solo condizione di legittimità dei piani di promozione, e non garantisce alcun trattamento preferenziale individualizzato; la sottorappresentazione, al contempo, è valutata distintamente in ciascun "settore", e gli obiettivi connessi alla riduzione della sottorappresentazione sono diversamente "tarati" a seconda delle singole azioni intraprese, come si dirà tra poco. In via di principio – ma le modalità di attuazione sono, come anticipato, diverse nelle diverse circostanze – "per ogni piano di promozione deve essere prevista, per ciascun settore nel quale le donne siano sottorappresentate, l'assegnazione a donne di più di metà degli effettivi". Si tratta, poi, di una flessibilità per così dire "ragionevole": la regola non si applica, ovviamente, "quando il sesso sia condizione imprescindibile per una determinata attività" e la "quota" può essere ridotta "qualora venga dimostrato attendibilmente che non è possibile raggiungere un numero sufficiente di donne con le qualifiche necessarie". La regola pertanto, come afferma la stessa Corte, "non è assoluta e incondizionata" come nel caso *Kalanke*, perché non si applica quando vi siano "ostacoli di maggior rilevanza giuridica". Si può concludere che, pronunciandosi a favore della legittimità dell'articolato sistema di quote previsto dalla normativa, la Corte ha dissipato ogni residuo dubbio circa l'ammissibilità del criterio della sottorappresentazione femminile quale fonte di legittimazione delle misure stesse, anche con riferimento a meccanismi di quote idonee a incidere direttamente sui punti d'arrivo della selezione (Gisella De Simone, 2001).

Questa impostazione trova conferma nella sentenza **Abrahamsson**, nella quale la Corte di Giustizia ribadisce in linea di principio la legittimità di un metodo di selezione che tenga conto di criteri che – sebbene formulati in modo apparentemente neutro – favoriscano nel loro funzionamento concreto i candidati di sesso femminile. Richiamandosi espressamente all'art. 141, par. 4 del Trattato CE, entrato nel frattempo in vigore il Trattato di Amsterdam, la Corte chiarisce che la compatibilità con il diritto comunitario di un uso siffatto dei criteri indicati si giustifica in ragione dell'obiettivo di parità sostanziale che esso persegue, in una prospettiva che sembra ormai acquisita di superamento della concezione delle due espressioni di uguaglianza, formale e sostanziale, in termini antitetici, nella quale si riconosce alla seconda lo stesso obiettivo della prima, ma con una valenza ulteriore che consente l'adozione di misure volte a correggere situazioni cui non si potrebbe far fronte assicurando il rispetto del generale principio di non discriminazione. Alla luce del quadro appena delineato, correttamente la Corte si è pronunciata poi per l'inammissibilità di un regime nazionale – questa volta svedese – finalizzato a favorire l'assunzione delle donne negli istituti superiori e nelle università, nella parte in cui esso prevede la preferenza nella selezione anche in caso di differenti competenze e titoli individuali. Pur ammessa, quindi, una valutazione mediante criteri tendenzialmente operanti a favore delle candidature femminili, la parità di qualificazione degli aspiranti al posto

rappresenta l'irrinunciabile presupposto della legittimità del sistema preferenziale.<sup>22</sup>

Nella sentenza **Lommers**, infine, la Corte si è pronunciata per la legittimità di una normativa introdotta da un Ministero che, al fine di far fronte ad una rilevante sottorappresentazione delle donne nel suo ambito, in un contesto caratterizzato da un'insufficienza riconosciuta di strutture di accoglienza adeguate e finanziariamente sostenibili, ha stabilito di riservare ai soli dipendenti di sesso femminile dei posti in asili nido sovvenzionati in numero limitato, mentre i dipendenti di sesso maschile possono avervi accesso solo in casi di necessità riconosciuti dal datore di lavoro (nella specie, la Corte ha precisato che la deroga così prevista a favore dei dipendenti di sesso maschile debba essere interpretata nel senso che essa consente a quelli tra di loro che si assumono da soli la custodia dei loro figli di avere accesso a questo sistema di asili nido alle stesse condizioni dei dipendenti di sesso femminile).

Più di recente nel caso **Briheche**, la Corte nella sentenza del 30 settembre 2004 resa in sede di rinvio pregiudiziale, si è pronunciata sulla compatibilità comunitaria di una normativa francese che limitava l'inopponibilità dei limiti di età per l'accesso ai pubblici impieghi alle vedove non risposate che si trovino nella necessità di lavorare, con l'esclusione dei vedovi, non risposati che si trovino nella stessa situazione.

La Corte nel ribadire sulla base dei propri precedenti che " *L'art. 2, n. 4, della direttiva autorizza misure nazionali in materia di accesso al lavoro che, favorendo in special modo le donne, perseguono lo scopo di migliorare la loro capacità di competere sul mercato del lavoro e di coltivare una carriera in posizione di parità rispetto agli uomini. Tale norma mira a ottenere una parità sostanziale anziché formale, riducendo le disuguaglianze di fatto che possono intervenire nella vita sociale e, pertanto, ad evitare o a compensare, in conformità all'art. 141, n. 4, CE, gli svantaggi nella carriera professionale delle persone interessate (v., in questo senso, sentenze 17 ottobre 1995, causa C-450/93, Kalanke, Racc. pag. I-3051, punto 19, e 6 luglio 2000, causa C-407/98, Abrahamsson e Anderson, Racc. pag. I-5539, punto 48)* e dopo aver analizzato al compatibilità della misura non solo alla luce della Direttiva ma anche dell'art.141 CE (Amsterdam) ha comunque rilevato che detta normativa in quanto accordante

---

<sup>22</sup> Nella sentenza Abrahamsson la Corte ha statuito nel senso che: "1) 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, e l'art. 141, n. 4, CE ostano ad una normativa nazionale in forza della quale un candidato ad un posto nel pubblico impiego appartenente al sesso sottorappresentato ed in possesso di qualifiche sufficienti per ricoprire tale posto debba essere scelto con preferenza rispetto ad un candidato dell'altro sesso, che sarebbe stato designato in assenza di tale normativa, qualora tale misura sia necessaria affinché ad ottenere la nomina sia un candidato del sesso sottorappresentato e la differenza tra i meriti dei candidati non sia di rilevanza tale da dar luogo ad una violazione del criterio di obiettività che deve essere osservato nelle assunzioni.

2) L'art. 2, nn. 1 e 4, della direttiva 76/207 e l'art. 141, n. 4, CE ostano ad una normativa nazionale del tipo anzidetto anche nel caso in cui essa trovi applicazione esclusivamente alle selezioni volte ad assegnare un numero di posti preventivamente determinato nonché ai posti creati nell'ambito di un programma speciale adottato da un singolo istituto di insegnamento superiore, programma che autorizzi l'applicazione di misure di discriminazione positiva.

3) L'art. 2, nn. 1 e 4, della direttiva 76/207 non osta ad una regola giurisprudenziale nazionale in forza della quale ad un candidato appartenente al sesso sottorappresentato può essere accordata la preferenza rispetto ad un concorrente dell'altro sesso, sempreché i candidati posseggano meriti equivalenti o quasi equivalenti, qualora le candidature siano oggetto di un esame obiettivo, che tenga conto della singola situazione personale di tutti i candidati.

4) La valutazione della compatibilità delle regole nazionali che introducono una discriminazione positiva nelle assunzioni nel settore dell'insegnamento superiore non può dipendere dal livello del posto da ricoprire.

un privilegio assoluto e incondizionato non è conforme al diritto comunitario per carenza del requisito di proporzionalità rispetto allo scopo perseguito.

**Le sentenze relative alle limitazioni all'accesso a determinate professioni : Sirdar, Kreil, Schneider).**

A titolo esemplificativo si può ricordare la sentenza sul caso **Sirdar** del 1999; il principale quesito sottoposto alla Corte era se ed, eventualmente, a quali condizioni, l'esclusione delle donne dal servizio nelle unità combattenti come i Royal Marines britannici possa giustificarsi in forza dell'art. 2, n. 2, della direttiva 76/207. La Corte ha affermato che gli Stati membri hanno la facoltà di escludere dal campo d'applicazione della medesima direttiva le attività professionali per le quali, in considerazione della loro natura e delle condizioni per il loro esercizio, il sesso rappresenta una condizione determinante, fermo restando tuttavia che, in quanto deroga ad un diritto individuale sancito dalla direttiva, detta disposizione dev'essere interpretata in senso restrittivo. Inoltre, nel determinare la portata di qualsiasi limitazione di un diritto individuale, come quello alla parità di trattamento fra uomini e donne, occorre rispettare il principio di proporzionalità, "che esige che siffatte limitazioni non eccedano quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo perseguito e prescrive di conciliare, per quanto possibile, il principio della parità di trattamento con le esigenze della pubblica sicurezza che sono determinanti per le condizioni di esercizio dell'attività di cui trattasi". Nel caso di specie, il rifiuto di assumere la ricorrente nella causa principale in qualità di cuoca nel Corpo dei Royal Marines era motivato dall'esclusione totale delle donne da tale Corpo, a causa del cosiddetto principio della «interoperatività» istituito allo scopo di garantire l'efficienza bellica. (L'organizzazione dei Royal Marines differisce infatti fundamentalmente da quella delle altre unità delle forze armate britanniche: si tratta di un'unità di piccole dimensioni, i cui componenti – inclusi i cuochi - sono destinati ad essere impiegati in prima linea; tutti i componenti del Corpo sono assunti ed addestrati a tal fine e non vi sono eccezioni di sorta al momento del reclutamento). La Corte ha ritenuto che l'esclusione delle donne dal servizio nelle unità combattenti speciali come i Royal Marines possa essere giustificata, in forza dell'art. 2, n. 2, della direttiva 76/207, essendo stato a suo giudizio rispettato il principio di proporzionalità.

Di poco successiva alla sentenza Sirdar è la sentenza sul caso **Kreil**, dell'11 gennaio 2000 in cui è stata messa in discussione la legittimità di una normativa tedesca che escludeva le donne da quegli impieghi militari che comportano l'uso delle armi, e che ne autorizzava l'accesso solo per servizi di sanità e formazioni di musica militare. In questo caso la Corte ha ritenuto che il rifiuto di assumere la signora Tanja Kreil nel servizio della Bundeswehr nel quale intendeva essere impiegata, rifiuto originato dalle disposizioni del diritto tedesco che prevedono l'esclusione totale delle donne dagli impieghi militari comportanti l'uso di armi, non possa considerarsi come una misura di deroga giustificata dalla natura specifica degli impieghi di cui trattasi o dalle particolari condizioni per il loro esercizio: il fatto che il personale che presta servizio in tali forze possa essere chiamato ad utilizzare armi non può giustificare di per sé l'esclusione delle donne dall'accesso agli impieghi militari.

L'impianto concettuale della sentenza Kreil ricalca quello della sentenza Sirdar, ma giunge a conclusioni diametralmente opposte: la Corte infatti conclude affermando che, *"anche tenendo conto del margine di discrezionalità di cui dispongono quanto alla possibilità di tenere ferma una siffatta esclusione, le autorità nazionali non possono, senza trasgredire il principio di proporzionalità, ritenere in generale che tutte le unità armate della Bundeswehr debbano essere composte esclusivamente da uomini"*.

Il grande interesse della sentenza Kreil risiede anche nella ribadita generale portata applicativa della Direttiva a tutto il settore del pubblico impiego

compresi i settori della difesa (il governo tedesco aveva opposto il limite della sovranità esclusiva dello Stato nelle materia della sicurezza comune e politica estera, limite non riconosciuto come operativo rispetto alla fattispecie dalla Corte di Lussemburgo).

Si può infine ricordare la sentenza **Schnorbus** del dicembre del 2000, in cui la Corte ha affermato che una disposizione tedesca che disciplina l'accesso alla magistratura accordando preferenza a chi ha svolto il servizio militare, non è in contrasto con la direttiva 76/207 "nei limiti in cui la stessa sia giustificata da ragioni oggettive ed ispirate soltanto dalla volontà di contribuire a compensare il ritardo che risulta dall'assolvimento del servizio militare o civile obbligatorio"

Su di un piano diverso si colloca la sentenza **Schneider** del 5 febbraio 2004, concernente l'effettività della tutela risarcitoria concessa a chi abbia subito una lesione dei diritti garantiti dalla Direttiva 76/207/CEE.

A fronte di un'azione risarcitoria proposta da un giudice austriaco di sesso maschile discriminato in una promozione a favore di una candidata di sesso femminile il Verwaltungsgerichtshof decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale: «*Se l'art. 6 della 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, debba essere interpretato nel senso che l'obbligo, prescritto da tale articolo, di consentire a chiunque di poter far valere i propri diritti per via giudiziaria (nel caso di specie un'azione di risarcimento danni), non sia sufficientemente rispettato, essendo prevista la sola possibilità di ricorso al Verwaltungsgerichtshof austriaco, in considerazione della sua competenza limitata (giudice di legittimità)*».

La Corte nella specie ha concluso nel senso della irricevibilità del ricorso stante la piena conformità del sistema giurisdizionale austriaco in materia di responsabilità risarcitoria dello Stato ai criteri di effettività di tutela giudiziale stabiliti dal diritto comunitario.

## **Il contesto giuridico italiano sulle pari opportunità.**

L'analisi dei principi giuridici comunitari come interpretati ed applicati dalla Corte di giustizia consente di meglio valutare l'approccio nazionale al tema delle pari opportunità nel pubblico impiego e nelle cariche elettive, approccio che, prima delle riforme costituzionali di cui si è già parlato nell'introduzione, si è svolto pressoché in parallelo a quello comunitario dal quale è stato fortemente influenzato.

Il condizionamento è da notare, non ha operato solo a livello normativo, essendo evidente che in sede di trasposizione delle direttive comunitarie gli Stati debbano garantire l'obiettivo agli stessi assegnato dalla direttiva, quanto a livello giurisprudenziale dove si è registrato un insolito condizionamento dei precedenti della Corte di giustizia sulla Corte costituzionale ed i giudici nazionali italiani, come si vedrà a proposito della sentenza del 1995 sentenza della Corte costituzionale n.422 sulle quote elettorali che è coeva alla sentenza Kalanke dalla quale attinge a piene mani interi passaggi motivazionali per giungere alla declaratoria di incostituzionalità delle norme contenenti la riserva a favore delle donne (infra).

A livello normativo prima degli interventi degli anni 90 in attuazione delle Direttive comunitarie si possono ricordare la legge 151 del 1975 di riforma del diritto di famiglia e la legge 9 dicembre 1977 n.903 sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro.

Dagli anni 90 le azioni positive entrano nella legislazione italiana particolarmente con le leggi n.15 del 1991 e n. 215 del 1992.

La legge 125 del 1991 segna una tappa fondamentale nel cammino intrapreso dalle donne verso la **parità** di trattamento e l'uguaglianza dei diritti. Il legislatore si discosta nettamente dall'esperienza passata, da quelle leggi degli

anni '70 costruite su un concetto classico di eguaglianza formale, orientate a contenere la rilevanza dell'identità sessuale nella disciplina del lavoro femminile più che a valorizzarla.

Le due finalità essenziali che giustificano la promozione delle **azioni positive** sono individuate nell'articolo di apertura del testo legislativo, redatto in maniera così dettagliata e ben articolata da costituire da solo il fulcro e il parametro interpretativo di tutte le altre disposizioni in esame. Al 1° comma esso fa riferimento alla necessità, da un lato, di **"favorire l'occupazione femminile"**, dall'altro di garantire **"l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro"**. Tutti gli altri scopi, elencati nella seconda parte dell'articolo stesso, non sono poi altro che un'ulteriore precisazione di questi due obiettivi fondamentali.

La legge 125 diviene così fautrice dell'uguaglianza sostanziale e dei valori su cui si fondano gli articoli 3 e 37 della Costituzione, promuovendo la realizzazione di un modello bidirezionale, allo stesso tempo paritario e protettivo. Da qui l'adozione di trattamenti differenziati per sesso, proprio con lo scopo di rimuovere anacronistiche disparità tra lavoratori e lavoratrici; una forma di intervento diretta a ripristinare l'uguaglianza nelle condizioni di partenza, concretizzando la **parità** di chance nell'accesso e nello svolgimento dell'attività lavorativa. Due sono gli elementi sui piatti della bilancia: la promozione dell'uguaglianza da un lato e la tutela della differenza dall'altro; diversi sono i mezzi ed i soggetti cui è affidata la ricerca ed il mantenimento dell'equilibrio tra i due valori.

Per alcuni la legge 125 del 1991 non conterrebbe comunque ancora delle vere e proprie azioni positive. Un'ipotesi in tal senso è invece quella introdotta dal DPR 23 maggio 2000 n. 196 che ha aggiunto alla disciplina della legge 125 una nuova disposizione secondo cui le amministrazioni pubbliche in occasione tanto delle assunzioni quanto di promozioni, allo scopo di favorire il riequilibrio della presenza femminile nelle attività e nelle posizioni gerarchiche ove sussiste un divario fra i generi non inferiore ai due terzi, a fronte di analoga qualificazione e preparazione professionale fra i candidati di sesso diverso, l'eventuale scelta del candidato di sesso maschile è accompagnata da un'esplicita ed adeguata motivazione (infra).

Sempre nel pubblico impiego la legge n. 421/1992 di "Delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale" ha stabilito, all'art. 2, co. 1°, lett. *hh*), che il Governo dovesse "prevedere criteri e progetti per assicurare l'attuazione della legge 10 aprile 1991, n. 125, in tutti i settori del pubblico impiego". Il precetto contenuto nella delega ha trovato una prima parziale attuazione nell'originaria stesura degli artt. 7, co. 1°, e 61 d. leg. n. 29/1993.<sup>23</sup>

Il d. lgs. n. 29/1993 dedica poi l'intero art. 61 alle "pari opportunità". L'obiettivo esplicitato nel comma 1° è quello di "garantire pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro ed il trattamento sul lavoro". Al fine di perseguire tale obiettivo, nella stesura originaria del testo erano previste due misure strumentali alle politiche di pari opportunità quali la riserva alle di un terzo dei posti di componenti delle commissioni di concorso e la partecipazione ai corsi

---

<sup>23</sup> L'art. 7 si inserisce, quale criterio generale ribadito dal legislatore nell'avviare la riforma, fra i principi generali della nuova disciplina del pubblico impiego (Titolo I), e più precisamente si colloca nell'area della gestione delle risorse umane. Secondo il principio espresso da tale disposizione, "le amministrazioni pubbliche garantiscono parità e pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro ed il trattamento sul lavoro" ("condizioni di lavoro", secondo la più corretta ed usuale espressione desumibile dalle stesse direttive comunitarie). Vengono così espressamente ribaditi obblighi già esistenti in capo alle amministrazioni, e derivanti dalla l. n. 903/1977, dalla l. n. 125/1991 nonché, naturalmente, dalla stessa Costituzione L'obbligo di garantire pari opportunità non configge con il dovere di imparzialità dell'amministrazione (art. 97, co. 1°, Cost.), poiché imparzialità significa fedeltà al principio di legalità, ma anche al principio di eguaglianza, formale e sostanziale.

di formazione e aggiornamento professionale in rapporto proporzionale alla loro presenza nelle amministrazioni.<sup>24</sup>

L'art. 2, co. 6°, della l.n. **125/1991** ("Azioni positive per la realizzazione della parità tra uomo-donna nel lavoro") prevedeva che "entro un anno dalla data di entrata in vigore" della legge, "le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le regioni, le province, i comuni e tutti gli enti pubblici non economici, nazionali, regionali e locali, sentiti gli organismi rappresentativi del personale di cui all'articolo 25, della legge 29 marzo 1983, n. 93, o in loro mancanza, le organizzazioni sindacali locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale, sentito inoltre, in relazione alla sfera d'azione della propria attività, il Comitato di cui all'articolo 5 o il consigliere di parità di cui all'articolo 8", adottassero "***piani di azioni positive tendenti ad assicurare, nel loro ambito rispettivo, la rimozione degli ostacoli che, di fatto, impediscono la piena realizzazione di pari opportunità di lavoro e nel lavoro tra uomini e donne***".<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> La prima (lett. a)) introduceva una riserva alle donne di almeno un terzo dei posti di componenti delle commissioni di concorso, fermo restando il principio della "provata competenza" dei membri delle commissioni giudicatrici (art. 8, co. 1°, lett. d), testo originario). Questa particolare "azione positiva indiretta" è stata mantenuta sostanzialmente immutata nella successiva riscrittura (ex art. 43, co. 8°, d. lgs. n. 80/1998, che tra l'altro introduce, fra i criteri ai quali si devono conformare le pubbliche amministrazioni nelle procedure di reclutamento del personale, il "rispetto delle pari opportunità tra lavoratori e lavoratrici"), nella quale è stato inserito l'inciso, limitativo della riserva, "salvo motivata impossibilità", che tiene conto della (eventuale) oggettiva impossibilità di individuare esperti donne in determinate materie di concorso ma che al contempo impone alle pubbliche amministrazioni di giustificare il mancato rispetto della riserva. **La seconda misura strumentale (lett. c)) garantisce la partecipazione delle dipendenti ai corsi di formazione e di aggiornamento professionale in rapporto proporzionale alla loro presenza nelle amministrazioni interessate ai corsi medesimi.** Tale previsione può essere letta come una timida applicazione di un sistema di quote, una forma di quota indiretta di opportunità di (ri)qualificazione e, conseguentemente, di carriera, in particolare dopo la modifica del testo (ex art. 17 d. lgs. n. 387/1998) che, al fine di consentire "la conciliazione fra vita professionale e vita familiare", ha previsto che le pubbliche amministrazioni adottino "modalità organizzative" atte a favorire la concreta possibilità per le lavoratrici di sfruttare tale opportunità.

Potenzialmente ricca di interessanti sviluppi appariva poi la prescrizione di adottare "atti regolamentari per assicurare pari dignità di uomini e donne sul lavoro" sancita alla lett. b) del testo originario. Fra gli obiettivi sicuramente riconducibili alla tutela della dignità delle lavoratrici rientrano infatti le politiche di intervento contro le molestie sessuali nell'ambiente di lavoro, secondo le indicazioni emergenti in sede comunitaria (es. Dichiarazione del Consiglio del 19 dicembre 1991 92/C 27/01), che hanno trovato una prima, parziale attuazione presso alcune amministrazioni che hanno adottato codici di comportamento contro le molestie sessuali, così come nei contratti collettivi nazionali (es. art. 40, comma 3, lett. f) CCNL1998-2001 per il personale del comparto Università) che hanno specificamente previsto e sanzionato, fra i doveri dei dipendenti, l'obbligo di mantenere una condotta informata a principi di correttezza, astenendosi da comportamenti lesivi della dignità della persona. Il nuovo testo (ex art. ex art. 17 d. lgs. n. 387/1998) della lett. b) ha peraltro ampliato la materia oggetto di possibili atti regolamentari, finalizzati oggi ad "assicurare pari opportunità di uomini e donne sul lavoro", fornendo dunque alle pubbliche amministrazioni l'opportunità per interventi incisivi e ad ampio raggio, al di là delle specifiche prescrizioni già contenute in altre disposizioni di legge.

<sup>25</sup> La scelta di un modello obbligatorio risultava giustificata dalla particolare posizione in cui si colloca la pubblica amministrazione come datore di lavoro nei confronti dei propri e delle proprie dipendenti, nonché dal particolare ruolo sociale che le stesse amministrazioni possono svolgere in un più ampio contesto istituzionale, coerentemente con gli orientamenti comunitari ed internazionali. L'ambito di operatività di ciascuna amministrazione, al quale si riferisce la disposizione, può infatti legittimare l'adozione di piani di azioni positive non necessariamente rivolti alle sole dipendenti, ma allargati ad una più ampia utenza femminile e comunque finalizzati all'obiettivo del precetto normativo: rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono la piena realizzazione di pari opportunità di lavoro e nel lavoro tra uomini e donne.

I datori di lavoro pubblici erano esclusi (ex art. 2, co. 1°, l. n. 125/1991 testo originario) dal novero dei beneficiari dei finanziamenti per progetti di azioni positive regolati dalla stessa legge. L'apparente



La carenza di un apparato sanzionatorio a presidio dell'obbligo di adottare piani di azioni positive ha depotenziato sensibilmente la teorica incisività dell'art. 2, co. 6°, l.n. 125/1991, nei fatti largamente sottovalutata e disattesa dalle amministrazioni pubbliche. E' tuttavia opportuno ricordare che, se l'obiettivo, almeno indiretto, del 6° comma dell'art. 2 era quello di indurre le pubbliche amministrazioni ad adottare comportamenti conformi agli obiettivi di effettiva eguaglianza espressi dalla legge, tale obiettivo è stato successivamente almeno in parte riproposto in occasione della riforma della disciplina del pubblico impiego attuata, a partire dalla legge delega 23 ottobre 1992, n. 421, con il d. leg. 3 febbraio 1993, n. 29 (cfr. *retro*). La c.d. privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, o più correttamente l'applicazione ai rapporti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni delle disposizioni del codice civile "e delle leggi sui rapporti subordinati nelle imprese" (art. 2 d. lgs. n. 29/1993), ha indotto il legislatore **ad assimilare la posizione delle pubbliche amministrazioni alla posizione dei datori di lavoro privati, anche per quanto concerne la materia delle pari opportunità. L'obbligo (non rispettato) di adottare piani di azioni positive si è perciò trasformato, nell'odierna previsione (art. 61, co. 1, lett. d), d. lgs. n. 29/1993, aggiunta dall'art. 17, co. 3, d. lgs. n. 387/1998) in forza della quale le pubbliche amministrazioni "possono finanziare progetti di azioni positive (...) nell'ambito delle proprie disponibilità di bilancio"** (cfr. *retro*). Sembra così segnato il passaggio da un modello obbligatorio, rivelatosi inefficace, ad un modello volontario di adozione di azioni positive, ispirato ad una logica prettamente "privatistica", che se pure è coerente con la progressiva omogeneizzazione tra lavoro pubblico e lavoro privato, rischia di lasciare nell'ombra il ruolo "trainante" che il datore di lavoro pubblico potrebbe - o dovrebbe - svolgere al fine di realizzare obiettivi che il legislatore ordinario si è prefisso in attuazione di principi costituzionali.

La logica originaria dell'art. 2, co. 6, l.n. 125/1991, coniugata con l'esigenza di riaffermare un ruolo trainante delle pubbliche amministrazioni nelle politiche di pari opportunità, sembra tuttavia riemergere nel d.lgs. 23 maggio 2000, n. 196, emanato in attuazione della delega conferita al Governo dal Parlamento con l'art. 47 della l. 17 maggio 1999, n. 144 al fine di "migliorare l'efficienza delle azioni positive".

L'art. 7, co. 5°, prevede infatti che le amministrazioni pubbliche, sentite le rappresentanze del personale ovvero, in mancanza, le organizzazioni rappresentative del comparto o dell'area di interesse, nonché, in relazione alla sfera operativa delle rispettive attività, il Comitato nazionale per le pari opportunità e la consigliera nazionale ovvero il Comitato pari opportunità eventualmente previsto dal contratto e la consigliera di parità territorialmente competente, **"predispongono piani di azioni positive tendenti ad assicurare, nel loro ambito rispettivo, la rimozione degli ostacoli che, di fatto, impediscono la piena realizzazione di pari opportunità di lavoro e nel lavoro tra uomini e donne"**. La forma indicativa del verbo (qui "predispongono", nel testo dell'art. 2, co. 6, l. n. 125/1991 "adottano") è ancora una volta chiaramente prescrittiva il mancato rispetto dell'obbligo è **oggi sanzionato con l'applicazione dell'art. 6, co. 6°, del d. lgs. n. 29/1993, che esclude la possibilità di assumere nuovo personale per le**

---

incongruenza della loro esclusione dai benefici finanziari risultava giustificata dalla sussistenza dell'obbligo di cui sopra. La "via" all'adozione di progetti, programmi, iniziative di azioni positive, per le amministrazioni pubbliche non passava - secondo l'intenzione attribuibile alla l. n. 125/1991 - attraverso il finanziamento pubblico, ma si sarebbe dovuta inserire in una politica delle pari opportunità che permeasse la gestione delle amministrazioni pubbliche. La novella dell'art. 2 (ex art. 7, co. 1, d.lgs. n. 196/2000: cfr. *infra*) ha invece inserito i datori di lavoro pubblici fra i soggetti che possono accedere al finanziamento di progetti di azioni positive, proseguendo nel cammino di assimilazione tra datori di lavoro pubblici e privati.

## **amministrazioni che non provvedano agli adempimenti imposti dal legislatore.**

Un significativo passo avanti viene segnato anche per quanto concerne l'indicazione dei contenuti dell'obbligo. Le finalità dei piani sono chiaramente indicate: "al fine di promuovere l'inserimento delle donne nei settori e nei livelli professionali nei quali esse sono sottorappresentate" i piani di azioni positive devono, "fra l'altro, favorire il riequilibrio della presenza femminile nelle attività e nelle posizioni gerarchiche ove sussiste un divario fra generi non inferiore ai due terzi". La strumentazione per realizzare tali obiettivi è anch'essa indicata nello schema di decreto legislativo, là dove si prevede che ***"in occasione tanto di assunzioni quanto di promozioni, a fronte di analoga qualificazione e preparazione professionale tra i candidati di sesso diverso, l'eventuale scelta del candidato di sesso maschile è accompagnata da un'esplicita ed adeguata motivazione"***.

## **Le leggi sulle quote elettorali e le posizioni della Corte costituzionale.**

In Italia (come in Francia) il problema delle azioni positive ha assunto un particolare rilievo con riferimento alle c.d. quote elettorali che furono introdotte nella legislazione di riforma dei diversi sistemi elettorali nazionali e locali, intervenuta in seguito al referendum del 1993 nel quale il corpo elettorale si espresse in larghissima maggioranza a favore dell'introduzione del sistema elettorale maggioritario.

La legge 25 marzo 1983 sull'elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale, disponeva all'art.5 e all'art 7 che "nelle liste dei candidati nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura inferiore ai due terzi".

Analogamente con riferimento all'elezione dei consigli delle regioni a statuto ordinario, la legge 23 febbraio 1995 n.43 stabiliva che *"In ogni lista regionale e provinciale nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati"*.

La legge 4 agosto 1993 n.277 prevedeva invece per l'elezione della camera dei deputati che le liste presentate a livello regionale per l'attribuzione del 25% dei seggi con metodo proporzionale dovessero essere formate da candidate e candidate in ordine alternativo. Il rilievo di tale previsione si collegava al fatto che, all'interno della lista, l'elettore non può esprimere voti di preferenza e quindi i candidati risultano eletti secondo l'ordine prefissato da ciascuna lista.

Come già ricordato con la sentenza n.422 del 12 settembre 1995 la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionali tutte queste norme per contrasto con gli artt. 3 e 51 della Costituzione. La questione era stata sollevata con riferimento alla legge 81 del 1993 sui consigli comunali, ma la Corte ha dichiarato l'illegittimità consequenziale delle altre disposizioni, data la sostanziale identità di contenuti e l'esigenza di certezza del diritto.

Secondo la Corte costituzionale "l'art.3 primo comma e soprattutto l'art.51, primo comma, garantiscono l'assoluta uguaglianza fra i due sessi nella possibilità di accedere alle cariche elettive".<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Osserva la Corte : " *Posto dunque che l'art. 3, primo comma, e soprattutto l'art. 51, primo comma, garantiscono l'assoluta eguaglianza fra i due sessi nella possibilità di accedere alle cariche pubbliche elettive, nel senso che l'appartenenza all'uno o all'altro sesso non può mai essere assunta come requisito di eleggibilità, ne consegue che altrettanto deve affermarsi per quanto riguarda la "candidabilità". Infatti, la possibilità di essere presentato candidato da coloro ai quali (siano essi organi di partito, o gruppi di elettori) le diverse leggi elettorali, amministrative, regionali o politiche attribuiscono la facoltà di presentare liste di candidati o candidature singole, a seconda dei diversi sistemi elettorali in vigore, non è che la condizione pregiudiziale e necessaria per poter essere eletto,*

Con riferimento alle azioni positive particolarmente interessante è il passaggio nel quale la Corte osserva: " Non è questa la sede per soffermarsi sul dibattito dottrinale, storico e politico che si è sviluppato intorno ai concetti di eguaglianza formale e di eguaglianza sostanziale, e conseguentemente al nesso che intercorre fra il primo ed il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione. Certamente fra le cosiddette azioni positive intese a "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese", vanno comprese quelle misure che, in vario modo, il legislatore ha adottato per promuovere il raggiungimento di una situazione di pari opportunità fra i sessi: ultime tra queste quelle previste dalla legge 10 aprile 1991, n. 125 (Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro) e dalla legge 25 febbraio 1992, n. 215 (Azioni positive per l'imprenditoria femminile). Ma se tali misure legislative, volutamente diseguali, possono certamente essere adottate per eliminare situazioni di inferiorità sociale ed economica, o, più in generale, per compensare e rimuovere le diseguaglianze materiali tra gli individui (quale presupposto del pieno esercizio dei diritti fondamentali), non possono invece incidere direttamente sul contenuto stesso di quei medesimi diritti, rigorosamente garantiti in egualemisura a tutti i cittadini in quanto tali.

In particolare, in tema di diritto all'elettorato passivo, la regola inderogabile stabilita dallo stesso Costituente, con il primo comma dell'art. 51, è quella dell'assoluta parità, sicchè ogni differenziazione in ragione del sesso non può che risultare oggettivamente discriminatoria, diminuendo per taluni cittadini il contenuto concreto di un diritto fondamentale in favore di altri, appartenenti ad un gruppo che si ritiene svantaggiato."

È ancora il caso di aggiungere, come ha già avvertito parte della dottrina nell'ampio dibattito sinora sviluppatosi in tema di "azioni positive", **che misure quali quella in esame non appaiono affatto coerenti con le finalità indicate dal secondo comma dell'art.3 della Costituzione, dato che esse non si propongono di "rimuovere" gli ostacoli che impediscono alle donne di raggiungere determinati risultati, bensì di attribuire loro direttamente quei risultati medesimi: la ravvisata disparità di condizioni, in breve, non viene rimossa, ma costituisce solo il motivo che legittima una tutela preferenziale in base al sesso.** Ma proprio questo, come si è posto in evidenza, è il tipo di risultato espressamente escluso dal già ricordato art. 51 della Costituzione, finendo per creare discriminazioni attuali come rimedio a discriminazioni passate".

Come osservato in dottrina da S.Gambino, op.cit : "per il giudice delle leggi, deve assumersi l'assoluta irrilevanza giuridica del sesso rispetto al principio di eguaglianza (e questo è già difficile da comprendere); inoltre, non vi sarebbe differenza opponibile fra candidabilità ed eleggibilità (e ciò sembra mettere fra parentesi almeno due secoli di teoria costituzionale); pertanto, le pur auspicabili 'azioni positive' non possono comunque assurgere alla pretesa di incidere direttamente sul contenuto stesso di quel medesimo diritto. La regola fissata nella Costituzione in tema di elettorato passivo delle donne, pertanto, rimane quella dell'assoluta parità, dovendosi ritenere illegittima costituzionalmente, in quanto fondata su una discriminazione, ogni differenziazione in ragione del sesso. La Corte, nella sentenza n. 422/95, in breve, non sembra aver compreso il problema, come bene ha argomentato la prof.ssa Carllassare, ponendo la questione in termini di 'quote', cioè di risultati elettorali (ipotizzando a tal fine di

---

per beneficiare quindi in concreto del diritto di elettorato passivo sancito dal richiamato primo comma dell'art. 51. Viene pertanto a porsi in contrasto con gli invocati parametri costituzionali la norma di legge che impone nella presentazione delle candidature alle cariche pubbliche elettive qualsiasi forma di quote in ragione del sesso dei candidati"

*essere in presenza della predeterminazione del numero di seggi), piuttosto che in termini di pari opportunità. E dunque – avendo mal posto il problema – correttamente ha concluso che non si può parlare di quote, perché queste ultime costituiscono una inaccettabile discriminazione positiva nel campo elettorale, in quanto vanno a nuocere un'aspettativa di pari opportunità dell'uomo nella candidatura. La Corte sembra aver omesso di ricordare come nella questione sottoposta non si parlasse di seggi ma di candidabilità; in altri termini, la posta in gioco non era di certo il 'risultato', ma una condizione di possibile successo alle cariche elettive".*

E' innegabile che la sentenza 422/95 risenta anche del condizionamento della coeva sentenza Kalanke della Corte di giustizia, ma non è un caso che l'evoluzione successiva nelle posizioni della Corte sia dovuta più alla riforma costituzionale dell'art.117 della nostra Costituzione <sup>27</sup>che ai principi comunitari (Trattato di Amsterdam- Carta di Nizza).

Ciò è reso evidente dalla sentenza della Corte costituzionale n.49 del 2003 in cui a fronte di dubbi di costituzionalità di alcune norme presuntamente contrastanti con il diritto di elettorato passivo in quanto prevedenti a pena di illegittimità la presenza in ogni lista di candidati di entrambi i sessi, il giudice di legittimità ha dichiarato "non fondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 2, comma 1, e 7, comma 1, della legge regionale della Valle d'Aosta 13 novembre 2002, n. 21, recante: "Modificazioni alla legge regionale 12 gennaio 1993, n. 3 (Norme per l'elezione del Consiglio regionale della Valle d'Aosta), già modificata dalle leggi regionali 11 marzo 1993, n. 13 e 1° settembre 1997, n. 31, e alla legge regionale 19 agosto 1998, n. 47 (Salvaguardia delle caratteristiche e tradizioni linguistiche e culturali delle popolazioni walser della valle del Lys)", sollevata, in riferimento agli articoli 3, primo comma, e 51, primo comma, della Costituzione, dal Governo".

La Corte ha in effetti fatto leva sul mutato quadro costituzionale osservando che : " Il vincolo che la normativa impugnata introduce alla libertà dei partiti e dei gruppi che presentano le liste deve essere valutato oggi anche alla luce di un quadro costituzionale di riferimento che si è evoluto rispetto a quello in vigore all'epoca della pronuncia di questa Corte invocata dal ricorrente a sostegno dell'odierna questione di legittimità costituzionale.

La legge costituzionale n. 2 del 2001, integrando gli statuti delle Regioni ad autonomia differenziata, ha espressamente attribuito alle leggi elettorali delle Regioni il compito di promuovere "condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali", e ciò proprio "al fine di conseguire l'equilibrio della rappresentanza dei sessi". Ed ancora : " Le nuove disposizioni costituzionali (cui si aggiunge l'analoga, anche se non identica, previsione del nuovo art. 117, settimo comma, della Costituzione, come modificato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001) pongono dunque esplicitamente l'obiettivo del riequilibrio e stabiliscono come doverosa l'azione promozionale per la parità di accesso alle consultazioni, riferendoli specificamente alla legislazione elettorale."<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Le previsioni dell'art. 117, VII co., Cost., di cui si è già detto, si ispirano al principio sancito nell'art. 3, II co., Cost.; in questo caso l'art. 117, VII co. costituisce un'azione positiva, cioè una di quelle misure che erano già strettamente previste nell'art. 3, II co., Cost., finalizzata alla rimozione di quegli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano, di fatto, come sancisce l'art. 3, II co., la libertà e la eguaglianza dei soggetti. Nel caso in esame la previsione normativa esplicita tale limite positivizzandolo, e sancendo che le leggi regionali rimuovono (nel senso che devono rimuovere, qualora esistenti) gli ostacoli che impediscono la piena parità di uomini e donne nella vita sociale, culturale ed economica.

<sup>28</sup> La Corte non ha mancato peraltro di porre in evidenza che : " Questa Corte ha riconosciuto che la finalità di conseguire una "parità effettiva" fra uomini e donne anche nell'accesso alla rappresentanza elettiva è positivamente apprezzabile dal punto di vista costituzionale. Si tratta, invero, di una finalità – che trova larghi riconoscimenti e realizzazioni in molti ordinamenti democratici, e anche negli indirizzi espressi dagli organi dell'Unione europea – collegata alla constatazione, storicamente

Nel merito, tuttavia, deve dirsi che l'orientamento della Corte appare ancora distante rispetto all'orientamento accolto in materia di azioni positive nella sent. n. 109/1993, (in materia di agevolazioni all'imprenditoria femminile) limitandosi, ad adottare quasi una 'sentenza monito' rivolta ai partiti e gruppi politici, affinché gli stessi in sede statutaria si facciano carico di dare attuazione al principio medesimo. Per il giudice delle leggi ne segue, che il vincolo imposto dalla richiamata disposizione del novellato art. 117 Cost., per la sua parte oggettiva, *"non appare nemmeno tale da incidere propriamente, in modo significativo, sulla realizzazione dell'obiettivo di un riequilibrio nella composizione per sesso della rappresentanza. Infatti, esso si esaurisce nell'impedire che, nel momento in cui si esplicano le libere scelte di ciascuno dei partiti e dei gruppi in vista della formazione delle liste, si attui una discriminazione sfavorevole ad uno dei due sessi, attraverso la totale esclusione di candidati ad esso appartenenti. Le 'condizioni di parità' fra i sessi, che la norma costituzionale richiede di promuovere, sono qui imposte nella misura minima di una non discriminazione, ai fini della candidatura, a sfavore dei cittadini di uno dei due sessi. In definitiva – ribadito che 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 – la misura disposta può senz'altro ritenersi una legittima espressione sul piano legislativo dell'intento di realizzare la finalità promozionale espressamente sancita dallo statuto speciale in vista dell'obiettivo di equilibrio della rappresentanza"*

#### **Le posizioni del giudice amministrativo sulle norme contenenti una riserva a favore delle donne.**

Un breve richiamo alle posizioni del giudice amministrativo (al quale peraltro si deve l'incidente di costituzionalità che ha portato alla sentenza 422/1995) appare utile per meglio valutare l'atteggiamento della giurisprudenza nazionale nei confronti delle norme in materia di pari opportunità.

Nella sentenza del 6 giugno 2002 n.3184 il Consiglio di Stato si è occupato dell'art.9 del DPR 1994 n.487 attuativo a livello regolamentare dell'art.36 d.lg.3 febbraio 1993 n.29 che, come già ricordato, stabilisce in via generale che le procedure di arruolamento nelle pubbliche amministrazioni si conformino, tra gli altri, al rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori stabilendo, tra l'altro, la riserva a favore delle donne di almeno un terzo dei posti nella composizione delle commissioni di concorso per il reclutamento nella p.a..

Anche se il Consiglio di Stato, e questo non è un passaggio secondario, ha ritenuto del tutto legittima e non contrastante con la costituzione una normativa di settore che riservi dei posti alle donne, al tempo stesso però il giudice, ha di fatto, reso la normativa di difficile applicazione introducendo forti limitazioni in ordine al soggetto legittimato a pretendere la sua applicazione affermando che ***"non è fondata una prospettazione che attribuisca in via autonoma un interesse alle candidate donne a far valere ex se la mancata osservanza della norma, rilevando tale inosservanza solo come sintomo che evidenzi"***

---

*incontrovertibile, di uno squilibrio di fatto tuttora esistente nella presenza dei due sessi nelle assemblee rappresentative, a sfavore delle donne. Squilibrio riconducibile sia al permanere degli effetti storici del periodo nel quale alle donne erano negati o limitati i diritti politici, sia al permanere, tuttora, di ben noti ostacoli di ordine economico, sociale e di costume suscettibili di impedirne una effettiva partecipazione all'organizzazione politica del Paese".*

***un eventuale comportamento dell'amministrazione globalmente inteso ad attuare illegittime pratiche discriminatorie ai danni delle concorrenti***.<sup>29</sup>.

Si tratta di una conclusione senza dubbio non condivisibile atteso che l'assenza del rappresentante femminile prevista *ex lege* all'interno della commissione, salvo motivata deroga, costituisce un vizio di incompetenza che dovrebbe comportare stante la irregolare composizione dell'organo, all'annullamento degli atti concorsuali su ricorso di ciascun candidato. Più coerente appare sul punto la posizione assunta più di recente sempre dal Consiglio di Stato, che nel corso di un giudizio di appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, di annullamento degli atti del concorso per il posto di direttore del museo del Comune di Bassano del Grappa, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 51 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 61, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 relativo alla presenza obbligatoria delle donne nelle commissioni giudicatrici.<sup>30</sup>

La Corte costituzionale con la recente ordinanza n. 39 del 2005 ha ritenuto dover valutare la questione alla luce del nuovo quadro di riferimento costituzionale costituito dalla legge costituzionale n. 1 del 30 maggio 2003 che ha aggiunto un periodo al primo comma dell'art. 51 la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini, osservando che nel nuovo testo la norma non si limita più a disporre che «la diversità di sesso, in sé e per sé considerata, non può essere mai ragione di discriminazione legislativa» (v. sentenza n. 33 del 1960) e, quindi, a costituire una sorta di specificazione del principio di uguaglianza enunciato, a livello di principio fondamentale, dall'art. 3, primo comma, Cost. (v. sentenze n. 188 del 1994 e n.

---

<sup>29</sup> Non vi è dubbio che la tutela apprestata dalla norma è rivolta a presidiare un interesse diretto dello Stato comunità alla effettiva partecipazione delle donne ai processi decisionali pubblici: si tratta dunque di creare le condizioni di fatto che impediscano atteggiamenti discriminatori nei confronti della componente femminile della società, agevolando invece tutti i comportamenti che tendano ad attuare un principio di parità.

La norma quindi ha lo scopo di porre rimedio ad una prassi «di sotto rappresentazione delle donne negli organismi collegiali e, per tale profilo, costituisce una deroga di carattere eccezionale, che lo stesso ordinamento comunitario sembra consentire in funzione di riequilibrio, in vista della realizzazione degli obiettivi di pari opportunità indicati agli stati membri» (cfr. decisione 495/01, Commissione speciale pubblico impiego).

La norma, che in via diretta esprime un'esigenza strategica di politica legislativa, in via indiretta, tutela l'interesse delle donne ad essere chiamate a far parte delle commissioni di concorso, come è dato evincere dall'obbligo imposto all'amministrazione di motivare circa l'impossibilità di costituire collegi nei quali sia rispettata la riserva in questione.

<sup>30</sup> Il Consiglio di Stato richiama, a sostegno della non manifesta infondatezza della sollevata questione, la sentenza n. 422 del 1995 della Corte, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di legge che imponevano la presenza di candidati d'ambo i sessi nelle liste elettorali; la disposizione impugnata appare al Consiglio di Stato tale da imporre la presenza di donne per almeno un terzo nelle commissioni di concorso, con la asserita e irragionevole conseguenza che una commissione risulterebbe legittimamente composta se formata di sole donne, mentre sarebbe illegittimamente composta se formata di soli uomini; oltre a ciò, la norma appare al remittente in contrasto col principio di razionalità in quanto, se il suo obiettivo è quello «di garantire pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro ed il trattamento sul lavoro», la pari opportunità deve essere quella finalizzata al conseguimento del posto di lavoro e non alla partecipazione alle commissioni esaminatrici; che, anche ragionando diversamente, la disposizione sembra comunque irragionevole, perché finisce con l'affermare implicitamente che i commissari di concorso tendono a favorire i colleghi del loro sesso; che qualora, invece, l'impugnato art. 61 del d.lgs. n. 29 del 1993 dovesse intendersi come norma volta a consentire la pari opportunità nell'accesso alle commissioni esaminatrici, esso sarebbe ugualmente irrazionale, in quanto imporrebbe la scelta dei commissari non in base all'unico criterio della competenza specifica -espressamente indicato nell'art. 36, comma 3, lettera e), del medesimo decreto n. 29 del 1993 - bensì anche in base all'ulteriore fattore dell'appartenenza ad un sesso, nella specie quello femminile, ritenuto svantaggiato.

422 del 1995), ma assegna ora alla Repubblica anche un compito di promozione delle pari opportunità tra donne e uomini.

Sotto detto aspetto la Corte ha ritenuto non adeguatamente motivata l'ordinanza di rimessione alla luce del mutato quadro di riferimento costituzionale e quindi giudicato irricevibile il ricorso.

Alla luce dei precedenti surrichiamati sembra emergere un atteggiamento di grande cautela da parte dei giudici di merito nell'applicazione delle norme in tema di pari opportunità, così come del resto era avvenuto in ambito comunitario, in una prima fase, per la Corte di giustizia.

Le recenti riforme costituzionali dovrebbero portare ad una nuova consapevolezza e ad una fase di effettiva attuazione di diritti la cui pienezza non è sino ad oggi stata sufficientemente riconosciuta.

### **La presenza delle donne nelle magistrature superiori: cenni sulla situazione italiana comparata a quella di alcuni Stati europei .**

Qualche cenno infine sulla presenza delle donne in settore particolarmente delicato qual è la magistratura.

Costituisce un dato di fatto incontestabile l'insufficiente rappresentanza femminile nei più rilevanti settori della magistratura, come del resto nella vita pubblica ed istituzionale in genere. E non vi è dubbio che tale situazione determina un difetto di rappresentatività della parte femminile della popolazione, in genere, e dei magistrati-donne nello specifico: in effetti, sia nella società che nel mondo giudiziario vi è una sfaldatura tra una realtà che è composta da più donne che uomini e una rappresentanza quasi esclusivamente maschile e, come tale, "non rappresentativa".

I dati sulla magistratura ordinaria, come rileva uno studio di P. Casella aggiornato al dicembre 2003 sono eloquenti,<sup>31</sup> e confermano lo squilibrio esistente tra donne e uomini magistrati negli uffici con poteri decisionali.

---

<sup>31</sup> P.CASELLA, *Donne e magistratura* in [www.Diritto&Diritti.it](http://www.Diritto&Diritti.it) 2003 osserva:” Mentre nel settore della sorveglianza e negli uffici minorili attualmente le donne risultano essere in maggioranza - su 142 magistrati di sorveglianza 81 sono donne; così pure su 147 giudici del Tribunale per i minorenni 90 sono donne e su 70 sostituti procuratori presso il Tribunale per i minorenni vi sono 39 donne - nelle funzioni giudicanti e requirenti di primo grado la presenza delle donne risulta più equilibrata poiché riproduce, ed anzi supera, la percentuale di presenze femminili in magistratura pari, come già detto, al 38%: ed infatti, su 3.782 giudici di primo grado 1.806 sono donne e 1.976 uomini, per una percentuale, rispettivamente, del 48% e del 52%, mentre su 1.506 sostituti procuratori 611 sono donne e 895 uomini, per una percentuale, rispettivamente, del 41% e del 59% (discorso a parte merita, però, nel settore requirente l'ufficio della Direzione Nazionale Antimafia, nel cui organico non figura nessuna donna).

Senonchè i numeri e le percentuali cambiano notevolmente quando si rivolge l'attenzione agli incarichi direttivi e semidirettivi ed alle funzioni di legittimità, ove la presenza femminile è veramente irrisoria. La invisibilità che da sempre accompagna le donne, non solo nell'area della rappresentanza politica ma anche degli incarichi con poteri decisionali, tocca anche le donne-magistrato. A dimostrarlo basta considerare:

l'assenza totale di presenza femminile nei posti direttivi e semidirettivi di Cassazione (all. C);

l'assenza totale di presenza femminile tra i dirigenti delle Corti di Appello, sia nel settore giudicante che requirente(all. C);

lo scarsissimo numero di donne che svolge funzioni di legittimità: in Procura Generale la presenza femminile è rappresentata da una sola unità; mentre sono 16 le donne che svolgono funzioni di consigliere di Cassazione - 6% - a fronte di 244 uomini - 94% - (all. C);

la ridottissima presenza di donne negli uffici direttivi del settore requirente - solo 4 donne su 149 posti, per una percentuale del 3%, rivestono l'incarico di Procuratore della Repubblica (a Lecco, Vigevano, Aosta e Saluzzo), e altrettante donne, a fronte di 25 uomini, rivestono l'incarico di Procuratore della Repubblica per i Minorenni (a Bologna, Caltanissetta, Napoli e Palermo), per una percentuale leggermente più alta pari al 14%; assai limitata è altresì la presenza femminile negli uffici semidirettivi

Altrettanto significativi sono i dati sulle magistrature superiori come emerge da un recente studio condotto dalla Corte dei conti nel 2004.

Nella **Corte dei conti** a fronte di un organico di 514 magistrati la percentuale delle donne è pari al 18,9% (417 uomini e 97 donne).

Quanto alla distribuzione fra le qualifiche mentre su 54 referendari 34 sono uomini e 20 sono donne (37,0%), nella qualifica di consigliere a fronte di 306 magistrati 251 sono uomini e 55 donne (17,9%). Eclatante è **la mancanza di donne nella qualifica di Presidente di sezione (75 uomini)** alla quale debbono appartenere per legge i magistrati da designare Presidente della Corte dei conti e Procuratore Generale.

Il Presidente della Corte dei conti e il Procuratore Generale sono uomini.

Anche il Segretario Generale è un uomo.

Nel **Consiglio di Stato** su un organico di 100 magistrati 93 sono uomini e 9 sono le donne: nella qualifica di consigliere a fronte di 79 magistrati 71 sono uomini e 8 sono donne.

Nella qualifica di Presidente di Sezione su 18 magistrati 17 sono uomini e vi è una sola donna.

Il Presidente del Consiglio di Stato è un uomo.<sup>32</sup>

I dati di cui soprano confermano la sostanziale esclusione della donna dagli uffici di vertice delle magistrature speciali, in parte legata alla progressione di carriera più lenta derivante dal ritardo con cui le donne sono entrate in magistratura, in parte però dovuta a scelte legislative di dubbia costituzionalità che riservando alcune nomine ai soli magistrati con qualifica di Presidente di sezione rappresentano uno sbarramento di fatto privo di ragionevolezza ed

---

del medesimo settore - solo 6 donne, rispetto a 85 uomini, nella misura percentuale, quindi, del 7%, rivestono l'incarico di Procuratore Aggiunto della Repubblica (a Foggia, Milano, Palermo, Perugia, Roma e Trapani), mentre solo 1 donna riveste (a Milano) l'incarico di Avvocato Generale di Corte d'Appello (all. C);

l'altrettanto ridotta presenza di donne negli uffici direttivi del settore giudicante - solo 2 donne, pari all'1%, svolgono la funzione di Presidente di Tribunale (a Matera e a Novara), a fronte di 157 uomini; del pari sono 2, a fronte però di 29 posti, per una percentuale, quindi, del 7%, le donne che esercitano l'incarico di Presidente del Tribunale di Sorveglianza (a Napoli e Sassari); mentre la percentuale migliora sensibilmente con riferimento al settore minorile, dove le donne che rivestono il ruolo di Presidente del Tribunale per i Minori sono 11, a fronte di 18 uomini, per una percentuale pari al 38%; (all. C);

la limitata presenza femminile anche negli uffici giudicanti semidirettivi (cfr. all. C) dove - a fronte di 40 donne che rivestono l'incarico di Presidente di sezione di Tribunale, pari ad una percentuale del 12% (gli uomini che svolgono le medesime funzioni sono 295) - nessuna donna, però, svolge le funzioni di Presidente della sezione Lavoro di Corte d'Appello e di Presidente della sezione GIP; 2 soltanto sono, poi, le donne che rivestono l'incarico di Presidente aggiunto sezione GIP (a Milano e a Napoli), mentre 1 sola donna esercita le funzioni di Presidente di sezione di Corte d'Appello (a Milano) e di Presidente della sezione Lavoro (a Venezia).

In definitiva, a fronte di 444 incarichi direttivi soltanto 23 sono ricoperti dalle donne, per una percentuale del 5%; mentre solo 51 donne, a fronte di 665 uomini, ricoprono posti semidirettivi, per una percentuale pari al 7% (all. D).

<sup>32</sup> Una sola donna ha vinto il concorso al Consiglio di Stato con accesso diretto. Le altre vi sono pervenute per anzianità di servizio dal TAR.

Per quanto riguarda la magistratura di primo grado (TAR) la situazione è diversa ancorché emerga ancora una notevole sperequazione nella presenza percentuale dei due sessi. Su un organico complessivo di 298 magistrati, 247 sono uomini e 51 donne. Nella qualifica di consigliere su 199 magistrati 169 sono uomini e 30 donne. La situazione cambia nella qualifica dei referendari in cui su un totale di 39 magistrati 28 sono uomini e 11 donne.

Per quanto riguarda l'Avvocatura dello Stato su un organico di 292 componenti 212 sono uomini e 80 donne, nella qualifica di procuratore dello Stato su 63 magistrati 30 sono uomini e 33 donne. Il Segretario Generale è una donna.



adeguata giustificazione (si pensi ai posti di Presidente e procuratore Generale aggiunto riservati ai Presidenti di sezione..).

Anche per le nomine discrezionali basate sulla professionalità, privilegiare la sola anzianità di servizio finisce per avvantaggiare la componente maschile in danno di quella femminile.

La situazione di alcuni paesi europei di area continentale conferma lo stesso squilibrio esistente in Italia.

La Corte dei conti portoghese ha un organico di 19 membri magistrati solo tre dei quali sono donne. Nell'ambito dell'area direttiva dei servizi di supporto della Corte ci sono 21 donne che rappresentano il 47% dei direttori e capi divisione. Per quanto riguarda il personale addetto al controllo il 64% è costituito da donne.

Non ci sono attualmente donne magistrato nella Corte dei conti belga. Nel passato ci sono state due donne: un presidente di sezione francese e un membro (consigliere della sezione olandese).

In Francia la Corte dei conti ha una situazione di organico in cui su un totale di 276 componenti tra presidenti, consigliere, consiglieri referendari, revisori e altri revisori 212 sono uomini e 64 donne. Non vi sono donne nella qualifica di presidente di sezione (7), di segretario generale (1), mentre vi è un vice segretario generale e un procuratore generale donna. Fra i consiglieri (109) 95 sono uomini e 14 donne; fra i consiglieri referendari o revisori senior (78) 56 sono uomini e 22 donne; fra i revisori-revisori junior (57) 34 sono uomini e 23 donne.

La Corte dei conti europea annovera (dati aggiornati al 2004) su un organico di 25 membri 4 donne e 21 uomini (la prima donna membro della Corte dei conti europea è stata nominata nel 1995).

La Corte di Giustizia delle Comunità europee composta da venticinque giudici e otto avvocati generali annovera due sole donne come giudici e due Avvocato generale.