

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN
GIURISPRUDENZA

Tesi di laurea in Diritto dell'Unione Europea

**“LA PARITÀ DI GENERE NEL DIRITTO DELL’UNIONE
EUROPEA”**

Relatore:

Chiar. mo Prof. Lorenzo Schiano di Pepe

Candidato:

Giulia Rodriguez

Anno accademico 2022-2023

INDICE

INTRODUZIONE	7
1. Il concetto di “parità di genere”: evoluzione	7
1.1. La stagione della disuguaglianza tra i sessi	7
1.2. La stagione dell’uguaglianza	10
1.3. La parità di genere	12
1.4. La parità di genere nel diritto comunitario	13
LA PARITÀ DI GENERE NELL’EVOLUZIONE DEL DIRITTO PRIMARIO DELL’UNIONE EUROPEA	17
1. Le origini del principio di parità di genere nell’ordinamento comunitario	17
1.1. Il principio di non discriminazione dell’Unione Europea: dalla non discriminazione sulla base della nazionalità alla non discriminazione di genere.....	18
2. L’art. 119 del Trattato di Roma: l’importante ruolo della Corte di giustizia e il principio di uguaglianza come diritto fondamentale della persona (<i>Defrenne c. Sabena</i>).....	20
2.1. <i>Defrenne I</i>	21
2.2. <i>Defrenne II</i>	22
2.3. <i>Defrenne III</i>	26
2.4. Caso <i>Macarthy</i>	27
2.5. Caso <i>Bilka</i>	29
2.6. Caso <i>Barber</i>	32
3. Il Trattato di Maastricht	34
4. Il Trattato di Amsterdam	36
4.1. Il principio del <i>gender mainstreaming</i>	37
4.2. Cause riunite <i>Deutsche Post c. Brunhilde Schrage e Elisabeth Sievers</i>	39
5. Il Trattato di Nizza e la Carta dei diritti fondamentali.....	43
6. Il Trattato di Lisbona e l’attribuzione del valore giuridicamente vincolante della Carta dei diritti fondamentali.....	45
7. I principi generali di diritto dell’Unione Europea.....	49
7.1. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali: l’art. 14 e l’art. 1 del Protocollo n. 12.....	50
LA PARITÀ DI GENERE NELL’EVOLUZIONE DEL DIRITTO DERIVATO DELL’UNIONE EUROPEA: LE DIRETTIVE DI PRIMA E DI SECONDA GENERAZIONE.....	56
1. Le direttive di prima generazione.....	56
1.1. La direttiva (CEE) 76/207 e il caso <i>M. H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority</i>	57
1.2. La direttiva (CEE) 79/7: il principio della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di sicurezza sociale. Il caso <i>Violeta Villar Láz</i>	61
1.3. Le direttive degli anni ‘80 e ‘90.....	66
1.3.1. La sicurezza e la salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento: la direttiva (CEE) 92/85 e il caso <i>Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG</i>	66
2. Le direttive di seconda generazione.....	72
2.1. Il caso <i>Test-Achats</i> e l’errore a monte della direttiva (CE) 2004/113.....	73

2.2. L'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego: la direttiva <i>Refusion</i> e il caso <i>Hakelbracht</i>	79
2.3. La direttiva (UE) 2010/18 e il caso <i>Ortiz Mesonero</i>	83
2.4. La direttiva (UE) 2010/41	86
2.5. La direttiva (UE) 2019/1158	88
2.6. Le più recenti direttive europee in materia di parità di genere.....	91
3. La nuova definizione di discriminazione.....	92
3.1. La discriminazione diretta e indiretta.....	92
3.2. Le discriminazioni multiple e intersezionali.....	99
3.2.1. Le discriminazioni multiple e intersezionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea e della Corte EDU: il caso <i>Achbita</i>	101

L'ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO SULL'EQUILIBRIO DI GENERE NEGLI ORGANI SOCIETARI NELL'UNIONE EUROPEA

1. La parità di genere nei consigli di amministrazione.....	109
2. Il contesto statale: le iniziative degli Stati membri in materia di parità di genere negli organi societari.....	112
2.1. Una panoramica comparativa europea circa l'adozione di quote all'interno dei consigli di amministrazione.....	114
2.1.1. Nord Europa.....	115
2.1.2. Spagna.....	116
2.1.3. Francia.....	117
2.1.4. Belgio e Paesi Bassi	119
2.1.5. Germania.....	121
2.1.6. Italia.....	122
2.1.7. Europa orientale.....	124
2.2. Breve analisi comparativa	125
3. <i>Timeline</i> : il percorso verso la direttiva (UE) 2022/2381	126
3.1. I contributi della Commissione Europea.....	127
3.2. I contributi del Consiglio dell'Unione Europea: il Patto europeo per la parità di genere 2011-2020.....	129
3.3. I contributi del Parlamento Europeo: <i>Resolution on women and business leadership</i>	131
3.4. La proposta di direttiva del novembre 2012 della Commissione Europea, riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori delle società quotate.....	132
4. La direttiva (UE) 2022/2381.....	134
4.1. Analisi della direttiva (UE) 2022/2381.....	135
4.2. Aspetti problematici e aspetti positivi della direttiva (UE) 2022/2381.....	137

LE AZIONI POSITIVE.....

1. Il fenomeno del "soffitto di cristallo"	143
1.1. Segregazione orizzontale e verticale nel mercato del lavoro.....	144
2. Le azioni positive.....	145
2.1. La nascita delle azioni positive.....	147
2.2. Tipologie di azioni positive.....	149

3. La legittimazione delle azioni positive tramite la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea	150
3.1. Caso <i>Kalanke</i>: l'uguaglianza tra i sessi ai blocchi di partenza	151
3.1.1 I meriti del caso <i>Kalanke</i>	154
3.2. Caso <i>Marshall</i>	155
3.3. Caso <i>Badeck</i>	158
3.4. Caso <i>Abrahamsson</i>	163
3.5. Caso <i>Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana</i>	166
3.6. Caso <i>Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi</i>	169
3.7. Caso <i>WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)</i>	178
3.7.1. La necessità di un diritto “flessibile”	186
3.8. Principi desumibili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea	188
4. Considerazioni conclusive circa le azioni positive	188
CONCLUSIONI	191
BIBLIOGRAFIA	194

INTRODUZIONE

1. Il concetto di “parità di genere”: evoluzione.

La “parità di genere” è un concetto che ha subito una notevole evoluzione nel corso dei secoli, rendendo possibile l’individuazione di tre fasi temporali: la stagione della disuguaglianza; la conquista dell’uguaglianza e il passaggio dall’uguaglianza alla parità.¹

La maggior parte dei miti, delle religioni e della storia attribuisce alle donne l’inizio dell’agricoltura, delle leggi, della civiltà, della matematica, dei calendari, della misurazione del tempo e della medicina.

Diverse furono le donne di rilievo di cui abbiamo memoria: ricordiamo En Hedu’Anna, principessa e sacerdotessa sumera e importante astronoma², così come Aglaonice, astronoma di grande rilievo e filosofa naturale. Anche nell’antica Grecia, prima che si affermasse la misoginia di matrice Aristotelica le donne potevano acquisire posizioni di rilievo³, come Teano, filosofa e autorevole componente della cerchia pitagorica.

L’episodio probabilmente più emblematico, per quanto riguarda la svolta alla misoginia, è l’assassinio di Ipazia di Alessandria del 400 d.C., filosofa neoplatonica e scienziata, uccisa ad opera di una folla di fanatici cristiani, monaci-infermieri al servizio del vescovo Cirillo di Alessandria. La violenza tragica della sua morte (o per usare un termine moderno, del suo femminicidio) ha contribuito a farne un’eroina che diversi partiti nel tempo hanno adattato alla difesa della loro causa.⁴ Ciò che attribuisce a questo atto il carattere misogino più che il fatto in sé, è rappresentato dall’impunità del mandante della morte della donna, il quale, paradossalmente, venne fatto santo dalla Chiesa.

1.1. La stagione della disuguaglianza tra i sessi.

In quella che definiamo “stagione della disuguaglianza” le differenze tra i due sessi non vertevano soltanto nelle percezioni sociali delle donne e delle loro attitudini, ma la disuguaglianza era assunta come regola giuridica: le donne, infatti, non avevano diritto

¹ G. BOCK, *Le donne nella storia europea. Dal Medioevo ai nostri giorni*, Bari-Roma, 2006.

² S. HOWARD, *En Hedu’anna*, in *Journal of the Washington Academy of Sciences*, 2017, pp. 21–34.

³ F. IZZO, *Le avventure della libertà: Dall’antica Grecia al secolo delle donne*, Roma, 2021.

⁴ A. BELLA, *Ipazia e le scintille astronomiche dell’anima*, in *Revue Internationale en Sciences Humaines et Sociales*, 2017, disponibile online.

al voto, non potevano accedere alle cariche pubbliche e non erano nemmeno pienamente padrone di loro stesse, ma sempre subordinate alla figura di un uomo.⁵

Le Università, per esempio, fin dalla loro origine, consentivano soltanto agli uomini di partecipare alle lezioni, con l'eccezione soltanto dell'Università di Salerno, unica scuola laica del Medioevo che permise alle donne di emergere. Tra queste ricordiamo Trotula, unica donna citata nei libri di medicina più datati e autrice di "Sulle malattie delle donne prima, durante e dopo il parto".⁶

Il suo contributo alla scienza fu importantissimo: a lei si deve la nascita della ginecologia e dell'ostetricia. Nonostante ciò però, i modi in cui venne per molto tempo descritta testimoniano come fosse soggetta a continui pregiudizi:⁷ si "giustificava" la sua presenza all'interno del mondo della medicina, non tanto per i suoi meriti ma grazie alla posizione del marito⁸ o, addirittura, talvolta venne messa in discussione perfino la sua stessa esistenza, ritenendola un personaggio mitico; così come venne messo in discussione il fatto che fosse lei l'autrice dell'opera citata. Venne, infatti, attribuita la paternità⁹ della sua opera ad un uomo, escludendo che potesse essere lei l'autrice di uno scritto così importante che per secoli fu il più grande riferimento in materia.¹⁰

Quando per insegnare non era indispensabile una laurea, che altrimenti, in quanto donna non avrebbe potuto ottenere, la prima insegnante universitaria fu Dorotea Bocchi, soltanto, però, perché ereditò la cattedra dal padre, docente di medicina e filosofia morale all'Università di Bologna nel 1390. Si può mettere in luce come le pochissime donne che, in questo periodo, raggiungevano posizioni di prestigio erano una vera e propria eccezione alla regola e dovevano il loro successo a qualche relazione privilegiata con un uomo.

La prima donna laureata, invece, fu Elena Cornaro Piscopia nel 1678. Il suo percorso, però, non fu certo privo di ostacoli: il padre dovette portare avanti contro lo Studio di

⁵ Si pensi al fatto che la patria potestà, ossia quella situazione giuridica soggettiva che attribuiva il potere al padre di tutelare gli interessi (e non solo) della figlia, scomparve nel nostro ordinamento soltanto nel 1975 con la riforma del diritto di famiglia che equipara la figura della madre a quella del padre.

⁶ T. DE RUGGERO, *Sulle malattie delle donne prima, durante e dopo il parto*, Palermo, 1994.

⁷ M. BIFULCO, ET AL. *Trotula de Ruggiero: The Magistra Mulier Sapiens and Her Medical Dermatology Treatises*, in *Journal of cosmetic dermatology*, 2019, pp. 1613–1616; V. BONANI, K. MUNTHE, *Relevance of the Practice of Medicine by Trotula de Ruggiero, a Magistra Mulier Sapiens (female wisdom teacher). Medicine and pharmacy today rediscover the remedies of the Medical School of Salerno*, in *Journal of Medical Biography*, 2012.

⁸ Il nepotismo, ossia l'affermare che una donna ha raggiunto un traguardo per i suoi rapporti con un uomo piuttosto che per la sua bravura è un modo potente per delegittimarla e per non riconoscere i suoi meriti, oggi come ieri.

⁹ È curioso notare come si parli soltanto di paternità di un'opera e mai di maternità.

¹⁰ F. DI SARACINA ET AL., *Cultura di genere e politiche di pari opportunità: il gender mainstreaming alla prova tra UE e Mediterraneo*, Bologna, 2014, p. 65.

Padova un'estenuante controversia, affinché riconoscessero alla figlia la sua meritata laurea. Anche in questo caso, ciò che viene comunemente ricordato verte più sulla caparbietà del padre, piuttosto che sui meriti della figlia.¹¹

Le donne, dunque, in quanto tali, erano escluse da una serie di professioni (generalmente quelle considerate più prestigiose), tra le quali, quella di avvocato. A questo proposito è possibile citare Lidia Poët, giovane laureata in giurisprudenza che nel 1883 si iscrisse all'ordine degli avvocati di Torino.¹² Il procuratore generale segnalò immediatamente questa "anomalia", (una donna avvocato) alla Corte d'appello di Torino la quale annullò l'iscrizione di Lidia Poët con sentenza del 14 novembre 1883, ponendo a fondamento della sua decisione una serie di motivazioni secondo le quali partecipare ai processi spingerebbe le donne oltre i limiti del "sesso più gentile" e mettendo in evidenza "il rischio" cui andrebbe incontro la serietà dei giudizi se la toga o il tocco dell'avvocato venissero affiancati dagli abbigliamenti e dalle acconciature bizzarre delle donne.¹³

Talvolta, invece veniva concesso, sempre in via del tutto eccezionale, che una donna svolgesse determinati mestieri ma il loro destino aveva pur sempre una connotazione estremamente amara: Emmy Noether, lavorò senza recepire alcuno stipendio per 4 anni all'Università di Göttingen. Soltanto nel 1919 le fu concesso, dai suoi colleghi maschi, di poter svolgere l'esame di abilitazione che superò con successo, ma continuò a lavorare gratis per diversi anni.¹⁴

In questo primo periodo, moltissime sono le donne che si sono battute per riconoscere i loro diritti e i loro meriti, anche mettendo a rischio la loro vita. Ricordiamo, per esempio, Olympe de Gouges che si dedicò totalmente al riconoscimento dei diritti e della libertà individuale.¹⁵ Marie Gouze, con lo pseudonimo Olympe de Gouges, scrisse la "Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina"¹⁶ declinando al femminile il contenuto della "Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino".¹⁷ Questa scelta

¹¹ *Ibidem*.

¹² C. BOUNOUS, *Lidia Poët. Una donna moderna. Dalla toga negata al cammino femminile nelle professioni giuridiche*, Torino, 2022.

¹³ A. DI LALLO, *Lidia Poët, storia della prima donna avvocato in Italia. Una storia ricca di passione, coraggio e determinazione*, in *Blog di Studio Legale Di Nella*, 2021, disponibile online, ID., *La legge di Lidia Poët: storia della prima donna avvocato in Italia*, *ibidem*, 2023.

¹⁴ D. E. ROWE, *Emmy Noether. Mathematician extraordinaire*, Svizzera, 2021.

¹⁵ L. COLOMBO, *Olympe de Gouges, La Musa barbara. Scritti politici (1788-1793)*, Milano, 2018.

¹⁶ O. DE GOUGES, *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina*, Roma, 2012.

¹⁷ S. SILEONI, ET AL., *Costituzione francese (1791): Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Macerata, 2009

coraggiosa la condannò alla ghigliottina “per aver dimenticato le virtù che convengono al suo sesso ed essersi immischiata nelle cose della Repubblica”.¹⁸

1.2. La stagione dell’uguaglianza.

In questa stagione dell’espressione “parità di genere” ancora non vi era traccia. Non si parlava in alcun modo di parità, bensì di uguaglianza: le donne chiedevano pari diritti rispetto agli uomini a seguito di un millenario periodo di tempo in cui erano le leggi stesse a istituire delle disuguaglianze.

In Italia, lo spartiacque tra la stagione della disuguaglianza e quella dell’uguaglianza è segnato dall’entrata in vigore della Costituzione nel 1948, in particolare dall’art. 3 che sancisce il principio di uguaglianza sia formale, sia sostanziale. Secondo Luigi Ferrajoli¹⁹ il primo capoverso dell’articolo, il quale prevede che “tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali” dispone per il rispetto delle differenze, mentre il secondo, in base al quale “è compito della Repubblica 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 l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese” per la diminuzione delle disuguaglianze.²⁰

L’uguaglianza è un concetto, per definizione, comparativo,²¹ affinché si possa parlare di eguaglianza è necessario avere almeno sempre due o più termini di paragone: due entità distinte A e B sono considerate uguali se hanno in comune una caratteristica rilevante, al contrario, si considerano diverse se divergono di un qualche elemento. Più nel dettaglio, è possibile scindere il concetto di uguaglianza in eguaglianza descrittiva ed eguaglianza prescrittiva. La prima attiene al possesso della stessa caratteristica da parte di due entità; mentre, con la seconda espressione, si indica l’idea per cui le due entità devono essere soggette a uno stesso trattamento proprio in virtù dell’eguaglianza descrittiva.²²

¹⁸ G. DE MARTINO, M. BRUZZESE, *Le filosofe. Le donne protagoniste nella storia del pensiero*, Napoli, 2001, p. 183.

¹⁹ L. FERRAJOLI, *Manifesto per l’uguaglianza*, Bari-Roma, 2019.

²⁰ L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, 2005.

²¹ *Ibidem*.

²² P. WESTERN, *Speaking of Equality, An Analysis of the Rethorical Force of Equality in Moral and Legal Discourses*, Princeton, 1990.

Due entità sono definite differenti, se da un punto di vista descrittivo, e sulla base di una norma, non hanno titolo a uno stesso trattamento.²³ Quindi, si può parlare di disuguaglianza o quando esistono norme che impongono diritti ingiustificati, o quando queste conferiscono poteri altrettanto ingiustificati.

Le donne, reagendo alla differenza prescrittiva, intesa come forzata esclusione imposta dalle norme da certi trattamenti, rivendicano l'eguaglianza giuridica formale. Esempi possono essere rappresentati dalla richiesta di pari salario rispetto agli uomini o, anche, quella di non essere più destinatarie di determinate protezioni come può essere il divieto di lavoro notturno.²⁴

L'introduzione della Costituzione fu fondamentale perché permise di dichiarare l'illegittimità costituzionale di determinate norme che impedivano alle donne di disporre di pari diritti rispetto agli uomini. Un esempio può essere rappresentato dalla vicenda di una donna italiana, Rosa Oliva, la quale vide respinta la sua richiesta di diventare prefetto a causa di una legge del 1919 che impediva alle donne l'accesso a questa carica.

Nell'avviare la battaglia verso il riconoscimento di tale titolo, ella dimostrò, oltre alla sua grande forza d'animo, la sua competenza e la sua capacità di non farsi condizionare da un ambiente circostante limitativo.²⁵

La questione giunse di fronte alla Corte Costituzionale che, con sentenza n. 33 del 1960²⁶ dichiarò illegittima la legge per contrarietà all'art. 3 Cost., permettendo così a Rosa Oliva di diventare prefetto.²⁷

Nel corso degli anni '80 vi furono una serie di riforme volte ad abolire le più macroscopiche disuguaglianze prodotte dalle leggi italiane. In un primo momento queste si concentrarono sul settore lavoristico (si pensi all'introduzione della parità salariale), sul settore del diritto di famiglia (viene riconosciuta la parità tra coniugi e tra genitori), e su alcuni aspetti penalistici, come la depenalizzazione dell'adulterio femminile.²⁸

²³ L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, cit.

²⁴ L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia e critica del diritto*, Torino, 1995.

²⁵ S. SCIARRA, *Effetto farfalla. La sentenza n. 33 del 1960*, in *Associazione italiana dei Costituzionalisti*, 2021, pp. 61 ss.

²⁶ Sentenza della Corte Costituzionale del 6 aprile 1960, *Rosa Oliva c. Ministero dell'interno*, C-33/1960.

²⁷ R. OLIVA ET AL., *Cinquant'anni non sono bastati: le carriere delle donne a partire dalla sentenza n. 33/1960 della Corte costituzionale*, Trieste, 2016.

²⁸ Corte Costituzionale, sent. 19 dicembre 1968, n. 126 e sent. 3 dicembre 1969, n. 147.

Nonostante lo sforzo dal punto di vista legislativo, tra gli anni '80 e '90 le disuguaglianze di fatto presenti nella società erano ancora molto marcate: le donne avevano sì acquisito, formalmente, le stesse aspettative degli uomini ma il divario sociale era ancora estremamente pronunciato, così come lo erano i pregiudizi sessisti, rendendo di fatto molto difficile il pieno rispetto del principio di uguaglianza sancito dalla Costituzione.²⁹ Si pensi alla storia della scienziata e attrice Hedy Lamarr che viene sicuramente ricordata per la sua bellezza e per aver girato, per prima, una scena di nudo, ma pochi sanno che inventò la base della tecnologia *wireless* e della telefonia mobile, brevettando un sistema di comunicazione segreto.

Si inizia quindi ad affermare l'idea per cui, fino a che le donne non avranno le stesse opportunità *de facto* rispetto agli uomini, trattare entrambi i sessi allo stesso modo non farà altro che mantenere invariata la distanza tra i due, continuando, quindi, a evidenziare le disuguaglianze. Invocare un trattamento *gender blind* che promuove un modello astratto e asessuato di cittadino-lavoratore rischia di avere conseguenze negative.

1.3. La parità di genere.

Da questa presa di coscienza matura il passaggio dalla stagione dell'uguaglianza a quella della parità di genere. È opportuno specificare come la parità non rinnega l'uguaglianza, né, tantomeno, si contrappone a quest'ultima, ma è da considerarsi come un suo ulteriore sviluppo.³⁰

Ecco, quindi, che avviene il passaggio dal c.d. femminismo dell'uguaglianza (caratterizzato dalla richiesta di pari diritti per uomini e donne) al c.d. femminismo delle differenze: le differenze tra i due sessi (prime fra tutte quelle biologiche³¹) iniziano ad essere viste come oggetto di una rivendicazione (senz'altro positiva). Occorre specificare, però, come assumere che ogni differenza di trattamento sia una discriminazione in senso stretto è un grave errore, privo di ogni logica. Le differenze fattuali, che oggettivamente esistono, possono giustificare una differenza di trattamento tra due entità: possono essere poste legittimamente come *ratio* di una determinata

²⁹ G. BRUNELLI, *Donne e politica*, Bologna, 2006.

³⁰ M. ANGELES BARRÈRE UNZUETA, *Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo. Il principio d'uguaglianza di donne e uomini come strategia per una rilettura giuridica*, in *Ragion pratica, Rivista semestrale*, 2004, pp. 363-380.

³¹ C.A. MACKINNON, *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge, 1989, p. 222.

norma che prevede un trattamento differenziato per uomini e donne.³² Infatti, l'egualitarismo assoluto, ossia un trattamento eguale di tutti gli individui a prescindere da qualunque differenza che possono presentare, oltre ad essere improponibile di fatto, è anche inimmaginabile.

Da qui si sviluppa la terza e ultima fase presentata all'inizio del paragrafo: la stagione della parità di genere.³³

Con parità di genere si intende l'idea per cui è necessario promuovere un modello di società in cui le differenze tra uomini e donne non sono livellate ma sono, al contrario, evidenziate per far sì che non si trasformino in una fonte di svantaggio.

1.4. La parità di genere nel diritto comunitario.

L'uguaglianza tra gli individui costituisce un principio fondamentale all'interno di ogni ordinamento giuridico democratico e viene riconosciuto sia all'interno delle Costituzioni degli stati, sia all'interno delle organizzazioni internazionali. L'Unione Europea è un pilastro fondamentale per quanto riguarda la politica di pari opportunità.³⁴ Fin dalla sua nascita si è occupata del tema: senz'altro in un primo momento la sua attenzione era rivolta principalmente alla dimensione lavoristica: la Comunità Economica Europea era nata per ragioni prevalentemente economiche. Le direttive approvate nella metà degli anni Settanta³⁵ e le teorie femministe hanno contribuito notevolmente allo sviluppo delle legislazioni nazionali circa questioni quali la parità salariale o di trattamento.³⁶

Di fondamentale importanza sono state le pronunce della Corte di giustizia in materia di diritto antidiscriminatorio. La Corte ha compiuto una vera evoluzione delle proprie

³² L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, cit.

³³ Ecco che il "sesso" si aggiunge ai preesistenti tratti d'identità, come razza, lingua, religione, che definiscono le minoranze. Ciò che è curioso, in relazione appunto al genere, è che le donne non sono una minoranza della popolazione, ma la metà di quest'ultima.

³⁴ Esperti internazionali ritengono che la parità di genere sia uno dei due obiettivi fondamentali per raggiungere lo sviluppo sostenibile. Non solo è moralmente giusta, ma è anche necessaria per il progresso umano: è infatti possibile notare una stretta connessione tra condizione femminile e benessere dei bambini.

Il secondo obiettivo ritenuto necessario è quello dell'istruzione universale. La *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women* (CEDAW) pone l'educazione al centro della lotta alle discriminazioni nei confronti delle donne.

Si veda, a questo proposito, F. DI SARACINA ET AL., *Cultura di genere e politiche di pari opportunità: il gender mainstreaming alla prova tra UE e Mediterraneo*, Bologna, 2014, pp. 43 ss.

³⁵ Molti dei concetti basi della legislazione europea antidiscriminatoria discende dalla legislazione inglese degli anni '70: *Race Relations Act 1976* e *Sex Equality Act 1977*

M. BARBERA E A. GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria: fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2019, p. 45.

³⁶ F. DI SARACINA, *Cultura di genere e politiche di pari opportunità*, Bologna, 2015, p. 8.

posizioni passando da un iniziale fase di chiusura nei confronti del proprio coinvolgimento nei diritti umani, ad una fase di apertura grazie alla quale il diritto antidiscriminatorio è diventato “vivo”.

Oggi l’UE si prefigge obiettivi in materia di parità di genere che vanno ben oltre quello che è il mero aspetto economico/lavoristico, estendendo il suo interesse ad un numero crescente di settori.

Il presente elaborato si propone di approfondire l’analisi delle politiche adottate dagli Stati membri dell’UE, nonché dall’UE stessa, riguardo la presenza femminile nei consigli di amministrazione delle società quotate. Il 23 novembre 2022, dopo oltre un decennio di dibattiti, il Consiglio e il Parlamento Europeo, hanno approvato la direttiva (UE) 2022/2381,³⁷ volta al miglioramento dell’equilibrio di genere all’interno di tali organismi decisionali.

La predetta direttiva è stata definita dalla Presidente von der Leyen come lo strumento indispensabile per rompere il “soffitto di cristallo” al quale le donne sono soggette da millenni. Tuttavia, il lungo periodo di attesa ha comportato un certo anacronismo, rendendola, per certi aspetti, obsoleta e non più in sintonia con le dinamiche contemporanee. L’analisi dell’atto giuridico, infatti, mette in evidenza aspetti problematici e criticità di essa che ne possono compromettere l’efficacia.

I progressi compiuti in materia di parità di genere sono innegabili, tuttavia, la condizione odierna delle donne presenta ancora criticità in diversi aspetti. I dati³⁸ evidenziano una massiccia esclusione delle donne dal mercato del lavoro, con una significativa percentuale occupata in impieghi precari e/o a tempo parziale. Ulteriori analisi indicano una sproporzionata responsabilità del genere femminile nelle attività di cura verso figli e familiari, nonché nell’esecuzione di lavoro domestico gratuito, con conseguente riduzione del tempo libero e del riposo.

È proprio in questo scenario che si collocano le azioni positive, originariamente concepite negli Stati Uniti per affrontare gli svantaggi tipici delle minoranze etniche e utilizzate in seguito per combattere qualsiasi forma di discriminazione, compresa quella basata sul genere.

³⁷ Direttiva (UE) 2022/2381 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 novembre 2022 riguardante il miglioramento dell’equilibrio di genere fra gli amministratori delle società quotate e relative misure in GU L. 315 del 7 dicembre 2022.

³⁸ European Institute for Gender Equality, dati consultabili qui: <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/game/IT/W>

Il presente elaborato intende esaminare il processo che ha condotto alla legittimazione delle azioni positive, analizzando l'evoluzione normativa inerente e, in particolar modo, il percorso intrapreso dalla Corte di giustizia. Tale percorso si è caratterizzato inizialmente da una posizione di chiusura nei confronti dell'utilizzo di tali strumenti, per poi progredire verso una piena legittimazione. Ciononostante l'impiego delle azioni positive è oggetto di un acceso dibattito tra coloro che le interpretano come discriminazioni alla rovescia e coloro che, invece, le considerano l'unico strumento efficace per realizzare l'eguaglianza sostanziale, dal momento che quella formale non è evidentemente sufficiente.

PRIMO CAPITOLO

La parità di genere nell'evoluzione del diritto primario dell'Unione Europea

SOMMARIO: 1. Le origini del principio di parità di genere nell'ordinamento comunitario; 1.1. Il principio di non discriminazione dell'Unione Europea: dalla non discriminazione sulla base della nazionalità alla non discriminazione di genere; 2. L'art. 119 del Trattato di Roma: l'importante ruolo della Corte di giustizia e il principio di uguaglianza come diritto fondamentale della persona (*Defrenne c. Sabena*); 2.1. *Defrenne I*; 2.2. *Defrenne II*; 2.3. *Defrenne III*; 2.4. Caso *Macarthys*; 2.5. Caso *Bilka*; 2.6. Caso *Barber*; 3. Il Trattato di Maastricht; 4. Il Trattato di Amsterdam; 4.1. Il principio del *gender mainstreaming*; 4.2. Cause riunite *Deutsche Post c. Brunhilde Schrage e Elisabeth Sievers*; 5. Il Trattato di Nizza e la Carta dei diritti fondamentali; 6. Il Trattato di Lisbona e l'attribuzione del valore giuridicamente vincolante della Carta dei diritti fondamentali; 7. I principi generali di diritto dell'Unione Europea; 7.1. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: l'art. 14 e l'art. 1 del Protocollo n. 12.

1. Le origini del principio di parità di genere all'interno dell'ordinamento comunitario

L'uguaglianza tra gli individui costituisce un principio fondamentale all'interno di ogni ordinamento giuridico democratico e viene riconosciuto sia all'interno delle Costituzioni degli Stati, sia all'interno delle convenzioni internazionali.

L'Unione Europea (da ora: UE) è un attore fondamentale per quanto riguarda la politica di pari opportunità.³⁹ Fin dalla sua nascita si è occupata del tema: senz'altro in un primo momento la sua attenzione era rivolta principalmente alla dimensione lavoristica; oggi, invece, l'UE si prefigge obiettivi che vanno ben oltre la mera sfera economica.

³⁹ Esperti internazionali ritengono che la parità di genere sia uno dei due obiettivi fondamentali per raggiungere lo sviluppo sostenibile. Non solo è moralmente giusta, ma è anche necessaria per il progresso umano: è infatti possibile notare una stretta connessione tra condizione femminile e benessere dei bambini. A. F. CANTA, *Empowerment Delle Donne e Well-Being Dei Bambini: Un Approccio Allo Sviluppo Umano*, in *Culture e studi del sociale*, 2020, pp. 153–160.

Il secondo obiettivo ritenuto necessario è quello dell'istruzione universale. La *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women* (CEDAW) pone l'educazione al centro della lotta alle discriminazioni nei confronti delle donne.

Si veda, a questo proposito, F. DI SARACINA ET AL., *Cultura di genere e politiche di pari opportunità: il gender mainstreaming alla prova tra UE e Mediterraneo*, Bologna, 2014, pp. 43 ss.

1.1. Il principio di non discriminazione dell'Unione Europea: dalla non discriminazione sulla base della nazionalità alla non discriminazione di genere.

Il quadro normativo relativo al divieto di discriminazioni di genere all'interno dell'ordinamento comunitario è molto articolato.⁴⁰ Per comprenderlo in ogni sua sfumatura è importante svolgere una breve panoramica storica circa lo sviluppo del diritto antidiscriminatorio.

Il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea, nonostante abbiano avuto uno sviluppo molto differente tra loro, si può pacificamente affermare che abbiano, al contrario, una genesi piuttosto simile. Sebbene il Consiglio d'Europa nasca come sistema di protezione dei diritti umani e le Comunità economiche europee avessero, invece, lo scopo di creare un mercato comune, ciò che spinse gli Stati membri a limitare, in parte, la loro sovranità derivava dall'esigenza di non ripetere più, quantomeno nel territorio europeo, i terribili conflitti avvenuti nella prima metà del Novecento e, di conseguenza, eliminare sul nascere ogni possibile forma di totalitarismo.⁴¹ Quindi, in entrambi gli ordinamenti il divieto di non discriminazione e il principio di uguaglianza hanno svolto un ruolo centrale e fondamentale.⁴²

Il Consiglio d'Europa si prefiggeva l'obiettivo di promuovere lo Stato di diritto, la democrazia, i diritti umani e lo sviluppo sociale.⁴³ Per consentire tale realizzazione, nel 1950, gli Stati, facenti parte del Consiglio, adottarono la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (da ora: CEDU), ispirata alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite. L'altro principale trattato sui diritti umani del Consiglio d'Europa è la Carta sociale europea, riveduta nel 1996.

Per quanto concerne la nascita delle Comunità economiche europee invece, non si riteneva che necessitassero di una categoria di diritti volti alla non discriminazione, essendo nate entrambe al fine di creare una zona di libero scambio in Europa.

⁴⁰ Le fonti giuridiche dell'ordinamento comunitario possono essere distinte in diritto primario e diritto derivato. Il diritto primario deriva dai trattati dell'UE, in particolare dai trattati istitutivi; trattati modificativi; trattati di adesione; protocolli allegati ai trattati; trattati complementari e dalla Carta dei diritti fondamentali. Il diritto derivato, invece, comprende cinque tipi di atti giuridici. Gerarchicamente ordinati sono: regolamenti, direttive e decisioni, pareri e raccomandazioni.

Tra il diritto dell'UE vi sono anche gli accordi internazionali i quali però sono separati sia dal diritto primario che dal diritto derivato, formano una categoria *sui generis*.

⁴¹ M. BARBERA, A. GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria: fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2019, p. 18.

⁴² F. MELIADÒ, *La Protezione Dei Diritti Umani Nel Consiglio d'Europa Ampliato*, in *Rivista Di Studi Politici Internazionali*, 2008, pp. 216-227; P. NASKOU-PERRAKI, *EU Gender Equality Law*, in *Common Market Law Review*, 2008, pp. 286-289.

⁴³ Preambolo e art. 1 dello Statuto del Consiglio d'Europa.

Il Trattato di Parigi, con cui veniva istituita la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (da ora: CECA), aveva mostrato una sorta di interesse, seppur estremamente limitato, circa il divieto di discriminazioni. Infatti l'art. 3 del Trattato stabiliva che la Comunità dovesse assicurare a tutti gli utilizzatori un eguale accesso alle fonti di produzione, mentre l'art. 4 vietava qualunque disposizione che potesse creare discriminazione fra gli operatori economici. Gli interessi tutelati, in questi casi, erano però sempre di natura economica, non vi era attenzione per quella che è la tutela della persona in quanto tale.

Soltanto con l'introduzione del Trattato di Roma nel 1957, che istituì la Comunità economica europea (da ora: CEE), venne fatto, per la prima volta, esplicito riferimento al divieto di discriminazione.⁴⁴

Il primo divieto di discriminazione fu sicuramente quello disciplinato dall'art. 7 del Trattato CEE che vietava la discriminazione sulla base della nazionalità, derivante dall'originaria vocazione mercantile che voleva garantire la libera circolazione all'interno del mercato unico.

Questo, però, non fu l'unico fattore di discriminazione su cui la legislazione comunitaria soffermò la sua attenzione: l'art. 119 TCEE, infatti, introduceva il divieto di discriminazione sulla base del sesso in relazione alla retribuzione.

Il punto di partenza, verso quello che sarà lo svilupparsi di un vero e proprio diritto antidiscriminatorio, è rappresentato, dunque, da due pilastri: la necessità di garantire il corretto funzionamento del mercato interno e della libera circolazione dei cittadini senza distinzioni legate alla nazionalità,⁴⁵ e, contestualmente l'obiettivo di contrastare la concorrenza sleale che potrebbe derivare da una minore retribuzione riconosciuta alle donne in qualche Stato membro.⁴⁶ Ciò che si voleva evitare era il verificarsi del c.d. *dumping* sociale rappresentato dalla possibilità di qualche Stato membro di impiegare mano d'opera femminile a buon mercato rispetto alla mano d'opera maschile. Uno degli scopi fondamentali del mercato comune era proprio l'istituzione di un regime che garantisse che la concorrenza non fosse falsata. Fu la Francia ad insistere affinché

⁴⁴ R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Le politiche comunitarie di lotta alla discriminazione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2004, pp. 43 ss; P. MENGOZZI ET AL., *Casi e materiali di diritto comunitario: dal Trattato di Roma al Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998.

⁴⁵ A questo proposito di vedano: Sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, del 2 febbraio 1989, *Cowan c. Trésor Public Francia*, C-186/87; Sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, del 20 ottobre 1993, *Phil Collins c. Imtrat Handelsgesellschaft mbH*, C-92/92; Sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 20 ottobre 1993, *Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH, Leif Emanuel Kraul c. EMI Electrola GmbH*, C-326/92.

⁴⁶ M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007.

venisse introdotto il principio di parità di retribuzione all'interno dell'ordinamento comunitario proprio perché quest'ultimo era già presente nell'ordinamento francese e, quindi, ciò che temeva era di dover concorrere, all'interno del mercato unico, con Stati che potessero utilizzare mano d'opera più economica, trovandosi quindi in una posizione di svantaggio.

2. L'art. 119 del Trattato di Roma: l'importante ruolo della Corte di giustizia delle comunità economiche europee e il principio di uguaglianza come diritto fondamentale della persona (*Defrenne c. Sabena*).

L'art. 119 TCEE, stabilisce il principio di parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici e rappresenta la base da cui poi si svilupperà il vero e proprio principio di parità di genere all'interno dell'ordinamento dell'UE.

In un primo momento, però, l'interesse comunitario era circoscritto all'interno di un contesto lavorativo ed economico:⁴⁷ ciò che si voleva evitare era essenzialmente il verificarsi di distorsioni della concorrenza all'interno del mercato europeo. L'art. 119 TCEE aveva un perimetro ben delineato, focalizzato all'ambito lavoristico, non essendo quindi possibile estenderne la portata quale generale principio di non discriminazione.

La giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee ha avuto un ruolo assolutamente centrale e fondamentale per quanto riguarda lo sviluppo di un vero e proprio diritto antidiscriminatorio sulla base del genere perché, grazie alle sue pronunce, ha riconosciuto, al principio previsto all'interno dell'art. 119 TCEE, il valore di principio fondamentale con efficacia diretta,⁴⁸ e ha mostrato la tendenza ad ampliare i confini delineati dal suddetto articolo, facendosi garante del diritto di non essere discriminati.⁴⁹

A mettere in luce la portata dell'art. 119 TCEE e il significato di "parità di retribuzione" è stata la Corte di giustizia delle comunità economiche europee attraverso tre casi portati alla sua attenzione grazie a Gabrielle Defrenne, *ex* hostess di Sabena, compagnia aerea belga.

⁴⁷ M. LUCIANI, *I principi di eguaglianza e di non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato*, in *EPRS | Servizio Ricerca del Parlamento europeo*, 2020.

⁴⁸ L. FERLUGA, *I divieti di discriminazione per motivi di genere*, in *Dirittifondamentali.it*, 2021, pp. 153-174.

⁴⁹ M. BARBERA, A. GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria: fonti, strumenti, interpreti*, cit.

2.1. *Defrenne I.*⁵⁰

La sig.ra Gabrielle Defrenne era stata assunta come *hostess* di bordo all'interno della società di aeronautica belga Sabena. Il suo contratto scadeva nel momento in cui la donna avrebbe compiuto 40 anni. A norma del contratto di lavoro del personale di bordo della società Sabena, il quarantesimo anno di età era previsto come anno nel quale le donne cessavano automaticamente di far parte del personale di Sabena.

La Defrenne, dunque, intentò un'azione di risarcimento per interruzione abusiva del rapporto di lavoro e chiese al Consiglio di Stato belga l'annullamento del regio decreto 3 novembre 1969 che fissava, per il personale di bordo dell'aeronautica civile, norme speciali per l'acquisto del diritto alla pensione e particolari modalità d'applicazione del regio decreto 24 ottobre 1967, n. 50, relativo, invece, alla pensione vecchiaia e superstiti dei lavoratori abbandonati. La Defrenne a sostegno del suo ricorso deduceva la violazione dell'art. 14 del regio decreto 24 ottobre 1967, n. 40, relativo al lavoro femminile, nonché dell'art. 119 del Trattato CEE.

Il Consiglio di Stato Belga decise di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia delle comunità economiche europee tre questioni pregiudiziali. Con la prima questione domandava alla Corte se la pensione di vecchiaia dovesse essere intesa come un vantaggio pagato indirettamente dal datore di lavoro al lavoratore in virtù del rapporto di lavoro. Più precisamente, la Defrenne sosteneva che il concetto di "retribuzione" moderna fosse particolarmente ampio e che ricomprendesse al suo interno tutte le somme percepite in base al contratto esistente fra le parti. Dunque, riteneva che il principio della parità di retribuzione sancito dall'art. 119 TCEE si applicasse anche agli elementi della retribuzione che avessero carattere sociale: tra questi vi è la pensione di vecchiaia. D'altra parte, lo Stato belga non partecipava al finanziamento del regime pensionistico: la pensione era costituita unicamente dai contributi trattenuti sulla retribuzione del personale di bordo e da quelli versati dal datore di lavoro; la somma di questi contributi veniva versata all'interessato, al termine del rapporto di lavoro, sotto forma di una rendita mensile.

Su tale prima questione si pronunciò la Corte negativamente: evidenziò come il comma 2 dell'art. 119 TCEE estendeva effettivamente la nozione di retribuzione a tutti i vantaggi pagati, anche indirettamente, dal datore di lavoro (che siano in contanti o in

⁵⁰ Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee, del 25 maggio 1971, *Defrenne c. Sabena*, C-80/70.

natura, attuali o fattuali), e, quindi, in linea generale i vantaggi aventi carattere previdenziale non sono estranei al concetto di retribuzione. Nonostante i lavoratori, i datori di lavoro ed, eventualmente, la pubblica amministrazione contribuiscono al finanziamento di detti regimi, non tanto in funzione del rapporto di lavoro, quanto in base a considerazioni di politica sociale.

Quindi, i regimi o le prestazioni previdenziali, con specifico riferimento alla pensione di vecchiaia, non rientrano all'interno della nozione di retribuzione di cui all'art. 119 TCEE dal momento che il contributo del datore di lavoro al finanziamento di tali sistemi non costituisce pagamento, perché costui parteciperà al finanziamento di tali regimi in base a considerazioni di politica sociale.

La seconda questione riguardava la legittimità nel fissare limiti d'età diversi per impiegati maschi e impiegate femmine; mentre con l'ultima questione si domandava se le *hostess* e i commessi di bordo dell'aeronautica svolgessero lo stesso lavoro.⁵¹

Vista la soluzione negativa elaborata dalla Corte relativa alla prima questione, le restanti due non vennero trattate.

Ecco, dunque, che tale sentenza, ricordata con il nome di *Defrenne I* è stata essenziale per quanto riguarda la nozione di "retribuzione".

2.2. Defrenne II.

Nel caso ricordato con il nome di *Defrenne II*⁵², la sig.ra Defrenne adisce il *Tribunal du travail de Bruxelles* chiedendo il risarcimento dei danni subiti relativi a remunerazione, liquidazione e pensione per effetto della disparità di trattamento tra personale navigante maschile e quello femminile che svolgono la stessa attività. Con sentenza del 17 dicembre 1970⁵³ il Tribunale respinse il ricorso di Gabrielle Defrenne la quale, allora, si appellò alla *Cour du travail de Bruxelles* che sospese il giudizio e sollevò di fronte alla Corte di giustizia delle comunità economiche europee due questioni pregiudiziali.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 447-452

⁵² Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee, del 8 aprile 1976, *Defrenne c. Sabena*, C-43/75. Si veda anche: O. STOCKER, *Le second arret Defrenne. L'égalité de rétribution des travailleurs masculins e des travailleurs féminin*, in *Cahier de dr. Eur.*, 1977, pp. 180 ss.; G. CATALANO SGROSSO, *Il principio della parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici nel diritto comunitario*, in *Rivista di diritto europeo*, 1979, pp. 245 ss.; S. TAS, *Defrenne v. SABENA: A Landmark Case with Untapped Potential*, in *European papers*, 2021, pp. 881-890; L. CALAFÀ, *Considerazioni sul contenzioso sociale della Corte di giustizia*, in *Lavoro e diritto, Rivista trimestrale*, 1998, pp. 419-444.; L. TESTA, *Sulla giustificazione del datore di lavoro cui è contestata una discriminazione salariale: continua la strada del "progresso sociale" inaugurata da "Defrenne II"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2013, pp. 639-646; R. BARATTA, *Una precisazione alla giurisprudenza Defrenne?*, in *Giustizia Civile*, 2006, pp. 2275 ss.

⁵³ Sentenza del Tribunal du travail, sent. 17 dicembre 1970, *Defrenne c. Sabena*, Bruxelles.

Anzitutto chiese se l'art. 119 del Trattato di Roma avesse efficacia diretta all'interno di ciascun Stato membro e, quindi, se attribuisse ai lavoratori il diritto di agire legalmente di fronte ai giudici nazionali.

In secondo luogo venne domandato alla Corte se l'art. 119 fosse divenuto applicabile all'interno del diritto nazionale degli Stati membri in virtù di atti adottati da organi della CEE, oppure se dovessero considerarsi competenti esclusivamente le autorità nazionali.

Per quanto concerne la prima questione la Corte fondò il suo ragionamento sull'analisi della duplice *ratio* dell'art. 119: economica e sociale. Infatti, anzitutto, il suddetto articolo era necessario affinché le aziende, che abbiano effettivamente dato attuazione al principio di parità di retribuzione, non fossero svantaggiate rispetto a quelle degli Stati che, ancora, non avevano eliminato il divario.⁵⁴ Inoltre, la disposizione doveva essere vista come uno dei principi fondamentali della Comunità dato che quest'ultima, oltre che l'unione economica, ha come obiettivo anche il progresso sociale e, quindi, la promozione costante del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro.⁵⁵

Nell'ambito dell'applicazione comprensiva dell'art. 119 è opportuno mettere in luce una distinzione rilevante in tema di discriminazioni: le discriminazioni dirette (*disparate treatment* o *de jure*) e discriminazioni indirette (*disparate impact* o *de facto*). Le prime sono quelle che derivano direttamente, appaiono chiaramente (quindi letteralmente) dalla disposizione, attraverso un trattamento differenziato; le seconde, invece, sono quelle che presentano, di per sé, una formulazione neutra, ma che nella loro applicazione, generano effetti negativi, in modo sproporzionato, nei confronti di un gruppo sociale.⁵⁶

Quindi (per quanto concerne la prima questione) il principio della parità di retribuzione poteva essere fatto valere di fronte ai giudici nazionali, i quali dovevano garantire la tutela dei diritti conferiti dalla disposizione ai singoli, in particolare nel caso di discriminazione diretta (discriminazioni, quindi, che possono essere individuate dal giudice in base ad un esame meramente giuridico).

⁵⁴ Fu la Francia a insistere affinché venisse introdotto il principio di parità di retribuzione perché, essendo quest'ultimo già presente in Francia, si voleva evitare il c.d. fenomeno del *dumping* salariale tra i diversi Stati. Si parla a questo proposito di concorrenza intracomunitaria.

⁵⁵ Così come viene evidenziato nel preambolo del Trattato di Roma, il quale recita: "assicurare mediante un'azione comune il progresso economico e sociale dei loro paesi, eliminando le barriere che dividono l'Europa".

⁵⁶ M. ANGELES BARRÈRE UNZUETA, *Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo. Il principio d'uguaglianza di donne e uomini come strategia per una rilettura giuridica in Ragion pratica*, *Rivista semestrale*, 2004, pp. 363-380.

Quanto alla seconda questione, il ragionamento si complicò ulteriormente. La Corte ritenne opportuno esaminare la sequenza di eventi avvenuti nel contesto comunitario per garantire l'attuazione della disposizione, ossia l'art. 119 TCEE, e il momento da cui iniziò ad essere direttamente applicabile. È interessante notare che lo stesso articolo stabiliva che il principio di parità retributiva doveva essere garantito entro la prima tappa del periodo transitorio, ossia entro il 1 gennaio 1962.⁵⁷ Tuttavia, venne evidenziato che la situazione differiva notevolmente tra gli Stati membri: in alcuni, il principio era già ampiamente applicato prima dell'entrata in vigore del Trattato,⁵⁸ mentre in altri Stati l'applicazione venne notevolmente ritardata.

In prossimità della scadenza stabilita nell'art. 119 TCEE, ovvero il 30 dicembre 1961, gli Stati membri adottarono una risoluzione in cui si impegnarono a parificare i salari tra uomini e donne, specificando il contenuto del principio di parità retributiva, ma pianificando un'attuazione graduale nel tempo. In base a questa risoluzione, entro il 31 dicembre 1964, qualsiasi forma di discriminazione, sia diretta che indiretta, doveva essere eliminata.

Nonostante ciò, tale obiettivo non venne raggiunto e molti Stati membri non aderirono alla risoluzione. Questo portò la Commissione, in conformità all'art. 155 del Trattato CEE, a convocare i rappresentanti dei governi, dei datori di lavoro e dei lavoratori allo scopo di esaminare la situazione e concordare misure per promuovere il pieno conseguimento dell'obiettivo stabilito nell'art. 119 del Trattato CEE. La Commissione dichiarò inoltre che l'art. 119 del Trattato CEE era pienamente efficace anche nei confronti dei nuovi Stati membri⁵⁹ a partire dalla data di entrata in vigore del trattato di adesione, ossia l'1 gennaio 1973, in modo da garantire l'uniformità nella parità retributiva tra i vecchi e i nuovi Stati membri.

Nel frattempo, il Consiglio, per accelerare l'attuazione completa dell'art. 119, adottò il 10 febbraio 1975 la direttiva n. 75/117⁶⁰ relativa all'armonizzazione delle leggi degli

⁵⁷ Per illustrare chiaramente cosa si intende per “prima tappa del periodo transitorio” è necessario rifarsi all'art. 8 del Trattato CEE il quale stabilisce che il mercato comune è instaurato tramite un periodo transitorio di dodici anni. Tale periodo è diviso in tre tappe, ognuna ricomprendente 4 anni e per ciascuna di esse è previsto un complesso di azioni che devono essere intraprese.

⁵⁸ I motivi alla base dell'applicazione del principio di parità di retribuzione in determinati paesi possono essere ricondotti o a disposizioni costituzionali e legislative, o a sanzioni che, di prassi, i contratti collettivi sancivano.

⁵⁹ Con l'espressione “nuovi Stati membri” si fa riferimento a Danimarca, Irlanda e Regno Unito che entrarono a far parte della Comunità europea ufficialmente l'1 gennaio 1973.

⁶⁰ Direttiva (CEE) 75/117 del Consiglio, del 10 febbraio 1975, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, in GU L. 045 del 19 febbraio 1975.

Stati membri riguardo all'applicazione del principio di parità retributiva tra lavoratori di sesso maschile e femminile, di cui verrà specificato nel dettaglio più avanti.

Alla luce di quanto stabilito nell'art. 119 del Trattato CEE, emergeva chiaramente che l'applicazione del principio di parità retributiva tra uomini e donne doveva essere garantita dai vecchi Stati membri entro il 1 gennaio 1962, e la risoluzione del 30 dicembre 1961 non poteva modificare tale termine.

Pertanto, la seconda questione sollevata in *Defrenne II* fu risolta nel senso che, nonostante l'art. 119 del Trattato CEE fosse rivolto esplicitamente agli Stati membri, non escludeva la competenza della Comunità all'attuazione del principio di parità di retribuzione. Al contrario, la competenza della Comunità era evidente dal fatto che l'art. 119 faceva parte degli obiettivi del Trattato nell'ambito della "politica sociale", che rientrava nel Titolo III, a sua volta incluso nella Terza Parte dedicata alla "politica della Comunità". In assenza di riferimenti espliciti nell'art. 119 riguardo ai compiti della Comunità nell'attuazione della politica sociale, è opportuno fare riferimento al quadro generale del Trattato e agli strumenti da esso creati, come gli artt. 100,⁶¹ 155⁶² e, se del caso, 235⁶³ del Trattato CEE, nonostante nessuna norma d'attuazione potesse menomare l'efficacia diretta dell'art. 119 TCEE, così come venne stabilito dalla soluzione alla prima questione.⁶⁴

L'applicazione dell'art. 119 TCEE doveva essere garantita dai vecchi Stati membri (ossia quelli facenti parte della Comunità europea già nel 1957) entro l'1 gennaio 1962, che segnava l'inizio della seconda fase del periodo di transizione, e dai nuovi Stati membri (Danimarca, Irlanda e Regno Unito) a partire dall'1 gennaio 1973, data di entrata in vigore del trattato di adesione. Il primo di questi termini non venne alterato dalla risoluzione degli Stati membri del 30 dicembre 1961.

Dunque, la Corte stabilì che la sig.ra Defrenne aveva diritto a chiedere gli arretrati a partire dal 1 gennaio 1962, così come tutte le altre lavoratrici della Comunità originaria. Affermò, inoltre, come l'art. 119 TCEE non potesse essere invocato per rivendicare scorrettezze retributive precedenti alla data della sentenza, a meno che le lavoratrici in

⁶¹ Tale articolo conferisce la possibilità al Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, di stabilire direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative degli Stati membri se questi abbiano un'incidenza diretta sul funzionamento del mercato comune.

⁶² Tale articolo conferisce alla Commissione la possibilità di vigilare sul rispetto delle disposizioni del Trattato CEE e di formulare raccomandazioni e pareri nei settori definiti dal Trattato.

⁶³ Tale articolo conferisce al Consiglio di prendere le disposizioni necessarie nel caso in cui una determinata azione della Comunità risulta necessaria per il funzionamento del mercato comune.

⁶⁴ Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee, del 8 aprile 1976, *Defrenne c. Sabena*, C-43/75, punto 61/64.

questione non avessero già avviato un'azione legale: infatti, non si può non tenere conto delle ripercussioni che un provvedimento giurisdizionale può avere nel passato.

Questo venne giustificato proprio attraverso il riferimento alle problematiche conseguenze economiche che avrebbero potuto affliggere le imprese di diversi Stati membri. Infatti, una pronuncia di questo tipo avrebbe potuto dare origine a numerose rivendicazioni con effetto retroattivo alla data a partire dalla quale l'efficacia diretta dell'art. 119 TCEE sarebbe insorta. Venne preso in considerazione il numero elevato delle persone interessate che avrebbero potuto rivendicare i propri diritti e ciò avrebbe avuto conseguenze disastrose per numerose aziende, al punto da condurne alcune al fallimento.⁶⁵

2.3. Defrenne III.

L'ultimo dei tre casi ricordato con il nome della sig.ra Defrenne (*Defrenne III*⁶⁶) consiste in una questione pregiudiziale sollevata dalla *Cour de Cassation* a seguito di un ricorso presentato dall'*ex hostess*. La questione che veniva sottoposta alla Corte di giustizia delle comunità economiche europee può essere scissa in due parti analizzabili separatamente: la prima verte sulla possibilità dell'art. 119 TCEE di essere letto e interpretato come un principio generale di parità di impiego uomo-donna. La seconda, invece, concerne l'esistenza, all'interno della Comunità, di un principio generale che vieti ogni forma di discriminazione basata sul sesso in materia di lavoro e di impiego, a prescindere dall'art. 119 TCEE.

La Corte risponde alla prima questione in termini negativi: la sfera di applicazione dell'art. 119 TCEE è circoscritta al problema delle discriminazioni tra lavoratori e lavoratrici nell'ambito della retribuzione e costituisce una norma la cui applicazione è vincolata a precisi presupposti.

Quindi, se si estendesse, in modo eccessivo, la portata applicativa dell'art. 119 TCEE si andrebbe a compromettere l'efficacia diretta della disposizione poiché verrebbero meno i requisiti necessari di precisione e chiarezza. Infatti, tale efficacia diretta, consistente nel far sorgere, direttamente, in capo ai singoli diritti che i giudizi nazionali devono tutelare, può essere fatta valere solo ed esclusivamente in relazione al suo settore

⁶⁵ Sul punto di veda: N. BURROWS, *The Promotion of women's rights by the European Economic Community*, in *Common market law review*, 1980, pp. 195 ss.

⁶⁶ Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee, del 15 giugno 1978, *Defrenne c. Sabena*, C-149/77. Si veda: L. CALAFÀ, *Considerazioni sul contenzioso sociale della Corte di giustizia*, in *Lavoro e diritto, Rivista trimestrale*, 1998, pp. 419-444.

specifico: quello della retribuzione. Inoltre, si interferirebbe con un ambito la cui competenza è riservata agli Stati membri in collaborazione con la Commissione, così come stabilito dagli artt. 117 e 118 del Trattato.

Riguardo la seconda questione, invece, la Corte sottolinea come, senza dubbio, l'eliminazione delle discriminazioni basate sul sesso siano parte della politica sociale della CEE, ma che l'art. 119 TCEE, di per sé, è limitato alla questione della discriminazione retributiva, quindi la sua applicazione deve rientrare all'interno di un perimetro ben preciso e non può essere inteso come un generale principio di non discriminazione. Per cui, fino a che la Comunità non si assume la responsabilità di garantire l'uguaglianza tra uomo e donna nelle condizioni di lavoro (e non solo, quindi, a livello di retribuzione) le situazioni devono essere regolate dalla legislazione interna.

Nonostante le risposte negative date dalla Corte il caso in esame viene ricordato come fondamentale per aver dato avvio all'idea per cui sia necessario sancire, a livello comunitario, un generale principio di non discriminazione.

2.4. Caso *Macarthy's*.

La Corte di giustizia delle comunità economiche europee si pronunciò nuovamente circa l'interpretazione dell'art. 119 TCEE nel 1980, a seguito di una domanda di pronuncia pregiudiziale della *Court of Appeal* di Londra nella c.d. sentenza *Macarthy's*.⁶⁷

La sig.ra Wendy Smith lavorò all'interno di un magazzino della società londinese *Macarthy's Ltd* dal 1 marzo 1976 fino al 9 marzo 1977 percependo una retribuzione settimanale nettamente inferiore a quella del collega che le era preceduto nella medesima mansione. Quindi, la sig.ra adiva l'*Industrial Tribunal* di Londra ritenendo che il suo contratto di lavoro dovesse essere modificato nella parte in cui veniva stabilita la retribuzione. L'*Industrial Tribunal* accolse la domanda e questo comportò l'impugnazione da parte della società *Macarthy's* dinnanzi all'*Employment Appeal Tribunal*, il quale, però, rigettò tale impugnazione. La società, allora, fece ricorso dinnanzi alla *Court of Appeal, Civil Division*, della *Supreme Court of Judicature* che, con ordinanza del 25 luglio 1979, sospese il procedimento e presentò alla Corte di giustizia delle comunità economiche europee diverse questioni pregiudiziali.

⁶⁷ Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee, del 27 marzo 1980, *Macarthy's Ltd c. Wendy Smith*, C-129/79. Si veda; S. ATKINS, B. HOGGETT, *Equality at work*, in *Women and the Law*, 1984, pp. 29–56; J. M. STEINER, *Sex Discrimination under UK and EEC Law: Two plus Four Equals One*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1983, pp. 399–423.

Venne anzitutto domandato se, il principio della parità di retribuzione per uno stesso lavoro, sancito dall'art. 119 TCEE e dall'art. 1 della direttiva del Consiglio n. 75/117⁶⁸ (di cui si specificherà meglio più avanti), fosse limitato alle ipotesi in cui i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile svolgano, contemporaneamente, lo stesso lavoro all'interno della stessa impresa.

Per risolvere la prima questione la Corte si servì di *Defrenne II*, facendo riferimento all'efficacia diretta dell'art. 119 TCEE: tale disposizione veniva applicata direttamente ad ogni forma di discriminazione diretta e palese che potesse essere accertata con l'ausilio dei soli criteri di identità del lavoro e parità di retribuzione indicati dallo stesso articolo.⁶⁹ Tra le discriminazioni che possono essere accertate giudizialmente, la Corte fa espresso riferimento al caso di retribuzioni differenti tra un lavoratore e una lavoratrice per una medesima mansione svolta nella stessa azienda. Il criterio che permette di determinare una situazione di questo tipo è senz'altro di carattere qualitativo: consiste nell'accertare se vi sia effettivamente una differenza di trattamento fra i due lavoratori in questione. La portata di tale norma, però, non si può restringere ritenendo necessario il requisito della simultaneità.

Tuttavia è evidente che la differenza di retribuzione tra due individui in periodi di tempo diversi può dipendere da svariati fattori che esulano (o, quantomeno, possono esulare) da qualunque tipo di discriminazione basata sul sesso. Sarà il giudice *a quo* a dover valutare la presenza o meno di criteri oggettivi che giustificano tale differenza.

Ecco, quindi, che la prima questione deve essere risolta nel senso che il principio di parità di remunerazioni fra lavoratori e lavoratrici per uno stesso lavoro, di cui all'art. 119 del Trattato CEE, non si limita a situazioni nelle quali uomini e donne svolgano simultaneamente mansioni uguali per lo stesso datore di lavoro.

Data la soluzione negativa riguardo la prima questione, la Corte analizza la seconda delle questioni pregiudiziali in cui le veniva domandato se il principio sancito all'art. 119 TCEE possa valere nel caso in cui la lavoratrice percepisca una retribuzione inferiore a quella che avrebbe percepito un lavoratore di sesso maschile occupato nelle stesse mansioni, oppure, quella che effettivamente e concretamente percepisce un

⁶⁸ Direttiva (CEE) 75/117 del Consiglio, del 10 febbraio 1975, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, in GU L. 45, del 19 febbraio 1975.

⁶⁹ Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee, del 27 marzo 1980, *Macarthy's Ltd c. Wendy Smith*, C-129/79, punto 10.

lavoratore di sesso maschile che, in un periodo precedente, abbia ricoperto lo stesso ruolo della lavoratrice.

La prima ipotesi menzionata comporterebbe una discriminazione indiretta che, però, dovrebbe essere rinvenuta in seguito a studi comparativi riguardanti interi settori dell'industria, dato che non è così semplice e immediato stabilire quanto ipoteticamente percepirebbe un lavoratore che ricopra una determinata posizione. Quindi, la seconda questione viene risolta nel senso che l'art. 119 TCEE si applica solo nel caso in cui sia possibile compiere un confronto concreto con un lavoratore che in passato abbia effettivamente ricoperto un ruolo.

Da quanto precede risulta, dunque, che la questione possa essere risolta facendo riferimento soltanto all'art. 119 TCEE, senza la necessità di dover risolvere le questioni poste nella parte in cui si riferiscono agli effetti e all'interpretazione della direttiva 75/117:⁷⁰ infatti, dal tenore letterale delle questioni e dalla motivazione dell'ordinanza di rinvio risultava chiaro che le questioni relative agli effetti della direttiva comunitaria venissero poste solo nel caso in cui il problema sollevato non potesse essere risolto mediante l'applicazione dell'art. 119 TCEE.

L'art. 119 TCEE tornò all'attenzione della Corte di giustizia delle comunità economiche europee pochi anni dopo, in relazione a discriminazioni basate sul sesso nei confronti di lavoratori a tempo parziale, nel celebre caso *Bilka*.

2.5. Caso *Bilka*.

Nel caso *Bilka*⁷¹ venivano sottoposte alla Corte di giustizia delle comunità economiche europee tre questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione dell'art. 119 TCEE, sollevate nell'ambito di una controversia tra l'impresa *Bilka* e la sua *ex* dipendente Karin Weber von Hartz. La *Bilka* da anni aveva istituito un regime pensionistico complementare a favore dei suoi dipendenti, che veniva considerato, a tutti gli effetti, parte integrante del contratto di lavoro. Tale beneficio poteva essere rivolto ai lavoratori a tempo pieno e ai lavoratori a tempo parziale qualora questi avessero comunque lavorato a tempo pieno, all'interno della società, per almeno 15 anni su un periodo di 20 anni.

⁷⁰ *Ibidem*, punto 7.

⁷¹ Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee, del 13 maggio 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz*, C-170/84.

La sig.ra Weber si vide esclusa da tale regime pensionistico perché non aveva lavorato a tempo pieno per un periodo complessivo di 15 anni.

Per questo motivo contestava, di fronte al giudice nazionale, il rifiuto della società di conferirle tale pensione aziendale, ritenendo il criterio stabilito per poter accedere a tale beneficio discriminante nei confronti del sesso, dal momento che le donne, da sempre prime responsabili della cura della famiglia, sono più facilmente indotte a prediligere orari di lavoro ridotti.

La società Bilka, al contrario, riteneva totalmente insussistente qualunque discriminazione basata sul sesso e fondava il criterio di attribuzione di tale regime pensionistico su motivi prettamente economici e obiettivamente giustificati: sono, infatti, i lavoratori a tempo pieno che permettono di far funzionare la società per l'intero orario di apertura del negozio e, inoltre, implicano meno spese accessorie. Per rafforzare la propria tesi la Bilka sottolineava come l'81,3% delle pensioni aziendali fino a quel momento erogate fossero riconosciute a donne.

Il giudice nazionale decise di sospendere il procedimento e di sollevare tre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia delle comunità europee.

La prima questione riguardava la possibilità di rinvenire un'ipotesi di discriminazione indiretta nel caso in cui i lavoratori a tempo parziale non possano godere del beneficio pensionistico e se questa impossibilità coinvolga, in modo sproporzionato, le donne rispetto agli uomini.

La Corte nel rispondere a tale questione si servì di una sua precedente pronuncia, il caso *Jenkins*:⁷² in detta sentenza, la Corte esaminò la questione riguardante la compatibilità della prassi per cui si stabiliva un compenso orario minore per i lavoratori a tempo ridotto con l'art. 119 TCEE. In tale decisione si affermò che una differenza di retribuzione tra lavoratori a tempo pieno e lavoratrici ad orario ridotto costituiva una discriminazione vietata dall'art. 119 TCEE solo, però, se tale prassi risultasse, in realtà, un mezzo indiretto per ridurre il livello di retribuzione dei lavoratori ad orario ridotto, essendo tale categoria composta esclusivamente o prevalentemente, da persone di sesso femminile.⁷³

La prassi di cui al caso *Jenkins* viene equiparata a quella considerata dal giudice nazionale nella fattispecie di cui al caso *Bilka*, dal momento che la società Bilka

⁷² Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee, del 31 marzo 1981, *J.P. Jenkins c. Kinggate (Clothing Productions) Ltd*, C-96/80.

⁷³ *Ibidem*, punto 15.

concedeva unicamente ai suoi lavoratori a tempo pieno il vantaggio della pensione aziendale.

Poiché il regime pensionistico complementare veniva fatto rientrare a tutti gli effetti nella nozione di retribuzione di cui all'art. 119, comma 2 TCEE, ne consegue necessariamente che la retribuzione dei lavoratori a tempo pieno fosse superiore rispetto ai lavoratori a tempo ridotto.

Alla luce di ciò, si afferma che escludere i dipendenti ad orario ridotto dal regime pensionistico è in contrasto con l'art. 119 TCEE, nel momento in cui tale impossibilità colpisca in maniera sproporzionata più donne che uomini, essendo le prime più frequentemente impiegate con contratti di lavoro ad orario ridotto. Questa pratica, infatti, potrebbe costituire un'ipotesi di discriminazione indiretta.

La seconda questione sottoposta alla Corte, invece, può essere analizzata in due parti separate: la prima riguardava la possibilità di considerare i motivi dedotti dalla Bilka, posti a fondamento della sua politica di attribuzione del regime pensionistico, come "motivi economici obiettivamente giustificati". Tale prima parte della seconda questione viene risolta dalla Corte, la quale afferma che è compito unicamente del giudice nazionale valutare se la pratica sia fondata su fattori obiettivamente giustificati ed estranei a qualunque discriminazione basata sul genere o se possa configurarsi un'ipotesi di discriminazione indiretta.

La seconda parte della seconda questione pregiudiziale domandava alla Corte se il datore di lavoro fosse tenuto a considerare i possibili impegni familiari dei suoi dipendenti prima di organizzare il regime pensionistico dell'azienda.

Tale questione è risolta in senso negativo: l'art. 119 TCEE non obbliga il datore di lavoro a tener conto, nell'organizzare la propria politica pensionistica, dei particolari impegni familiari che incombono sul lavoratore, contrariamente a quanto affermava la sig.ra Weber von Hartz.⁷⁴

⁷⁴ Si veda: P. SCHOFIELD, *Equal Pay. What's the Difference?*, in *The Modern Law Review* 50, n. 3, 1987, pp. 379-383; H. MCLEAN, *Equal Pay. The Employer's Defence*, in *The Cambridge Law Journal*, 1987, pp. 224-227; C. HOSKYNS, *Gender Issues in International Relations: The Case of the European Community*, in *Review of International Studies*, 1994, pp. 225-239.

2.6. Caso *Barber*.

L'art. 119 TCEE viene, ancora una volta, sottoposto all'attenzione della Corte di giustizia delle comunità economiche europee in un caso concernente l'erogazione di un fondo pensionistico privato,⁷⁵ derogatorio rispetto a quello convenzionale.

Nella sentenza, ricordata con il nome *Barber*,⁷⁶ la questione riguardava il sig. Douglas Harvey Barber, e il Guardian Royal Exchange Assurance Group (da ora: il Guardian).

Prima di entrare nel vivo della questione è opportuno precisare che il sig. Barber era affiliato a un regime pensionistico privato, istituito dal Guardian, che presupponeva una rinuncia al regime pensionistico nazionale da parte di colui che avrebbe goduto del fondo pensionistico privato. Gli affiliati a tale regime pagavano allo Stato soltanto contributi ridotti.

L'età del collocamento a riposo con riferimento a tale regime pensionistico privato era fissata a 62 anni per gli uomini e a 57 per le donne, la differenza di 5 anni era la stessa del regime pensionistico nazionale.

Il regolamento del Guardian sulle condizioni di licenziamento prevedeva, inoltre, che, nel caso in cui un dipendente, membro della cassa pensioni, venisse licenziato per motivi economici, avrebbe potuto godere del diritto a una pensione immediata: a 55 anni per gli uomini e a 50 per le donne.

Nel caso di specie, il sig. Barber venne licenziato per motivi economici nel 1980, all'età di 52 anni, e quindi non avrebbe avuto diritto a una pensione immediata, a differenza di una donna che si fosse trovata nelle medesime condizioni.

Il sig. Barber, ritenendosi vittima di una discriminazione basata sul sesso, esperì un'azione di fronte al giudice del lavoro ma tale azione venne respinta in primo e in secondo grado portando, dunque, Barber a presentare appello di fronte alla *Court of Appeal*, che sospese il procedimento e sollevò diverse questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia delle comunità economiche europee.

Con la prima questione il giudice *a quo* domandava se le provvidenze che spettassero a un lavoratore licenziato per motivi economici ricadessero all'interno della nozione di retribuzione di cui all'art. 119 TCEE e all'art. 1 della direttiva 75/117, oppure se

⁷⁵ Si intende un regime professionale di pensioni il cui finanziamento è interamente a carico del datore di lavoro o di quest'ultimo e dei lavoratori contemporaneamente.

⁷⁶ Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee, del 17 maggio 1990, *Douglas Harvey Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, C-262/88.

rientrassero sotto la direttiva 76/207⁷⁷ o, ancora, se non fossero assimilabili né all'una né all'altra ipotesi.

La Corte ha più volte ribadito il concetto per cui all'interno del termine "retribuzione", ai sensi dell'art. 119, comma 2 TCEE, rientrano tutti i vantaggi pagati dal datore di lavoro al lavoratore in virtù del contratto di lavoro, sia che tali vantaggi siano in contanti, in natura, attuali o fattuali.⁷⁸ Perciò, qualora determinate prestazioni vengano erogate una volta cessato il rapporto di lavoro non comporta l'esclusione di esse dalla nozione di retribuzione. Ne consegue che, l'indennità concessa dopo il licenziamento rientri ugualmente nella nozione di retribuzione.

Quindi, anche in questo caso, così come era avvenuto nel caso *Macarthys*, non si considerò necessario porsi interrogativi sull'applicazione della direttiva sulla parità di trattamento, dal momento che la prima questione si risolse facendo riferimento al solo art. 119 TCEE: le prestazioni corrisposte dal datore di lavoro ad un lavoratore in occasione del licenziamento per motivi economici rientrano nell'art. 119, comma 2 TCEE.

La seconda questione verteva sulla possibilità che, per risolvere la prima domanda pregiudiziale, fosse rilevante o meno il fatto che la pensione presa in considerazione fosse di tipo privato. Per rispondere a tale quesito la Corte fece riferimento al caso *Bilka*, in cui si affermò che le prestazioni erogate da un regime pensionistico integrativo privato facevano, a tutti gli effetti, parte della nozione di retribuzione di cui all'art. 119, comma 2 TCEE.

La terza questione pregiudiziale, domandava se il principio di parità di retribuzione possa considerarsi violato quando un uomo e una donna vengano licenziati per il medesimo motivo, abbiano la stessa età e la donna percepisca una pensione privata immediata, mentre l'uomo abbia diritto soltanto ad una pensione con pagamento differito all'età di pensionamento; oppure se tale violazione avvenga soltanto nell'ipotesi in cui le prestazioni corrisposte alla donna siano superiori di quelle corrisposte all'uomo. Tale questione viene analizzata dalla Corte congiuntamente ad un'altra: si domanda se la parità di retribuzione debba essere garantita per ogni singolo

⁷⁷ Direttiva (CEE) 76/207 del Consiglio, del 9 febbraio 1976, 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, in GU L. 039 del 14 febbraio 1976.

⁷⁸ Sul punto di veda: Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee, del 9 febbraio 1982, *Garland c. British Rail Engineering*, C- 12/81, punto 5 della motivazione, pag. 359.

elemento costitutivo della retribuzione o solo con riferimento ad una valutazione globale dei vantaggi concessi ai lavoratori.

Queste due questioni vanno risolte nel senso che l'articolo in esame vieta ogni discriminazione basata sul sesso nell'ambito della retribuzione e, dal momento che vengono fatte rientrare tutte le componenti dei sistemi pensionistici all'interno del concetto di "retribuzione" di cui all'art. 119 TCEE, si configura un contrasto tra la fissazione di requisiti di età differenti a seconda del genere per poter ricorrere al fondo pensionistico privato e l'art. 119 del Trattato.

L'ultima questione analizzata dalla Corte riguarda l'efficacia diretta dell'art. 119 TCEE: tale articolo può essere fatto valere di fronte al giudice nazionale e sarà quest'ultimo a garantire la tutela dei diritti che la norma prevede.

La sentenza *Barber* ha avuto il merito di essere un esempio di uguaglianza di genere come principio bidirezionale nel senso che può essere fatto valere sia dalle donne che dagli uomini.⁷⁹

Il Regno Unito, però, fece notare come tale interpretazione dell'art. 119 TCEE comporterebbe un vero e proprio disastro finanziario.⁸⁰

Per questo motivo la Corte stabilì che l'efficacia diretta dell'art. 119 TCEE non potesse essere fatta valere per chiedere il riconoscimento del diritto alla pensione con effetto da una data precedente a quella del 17 maggio 1990, ad eccezione di quei lavoratori che prima di tale data avessero esperito un'azione giurisdizionale o proposto un ricorso, per evitare effetti troppo incisivi a livello finanziario.⁸¹

3. Il Trattato di Maastricht.

Il Trattato di Maastricht del 1992,⁸² è stato firmato da 12 paesi e ha introdotto notevoli cambiamenti a livello comunitario.⁸³ Anzitutto ha rafforzato la cooperazione tra i paesi dell'UE istituendo una politica estera e di sicurezza comune, sviluppando, anche, una stretta collaborazione in materia di giustizia e affari interni; ha creato le premesse per l'introduzione della moneta unica, l'euro, andando a delineare i criteri che i paesi

⁷⁹ M. BARBERA, A. GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria: fonti, strumenti, interpreti*, cit., p. 383.

⁸⁰ Nel Regno Unito, infatti, il numero di lavoratori affiliati a regimi pensionistici derogatori è molto elevato.

⁸¹ Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee, del 17 maggio 1990, *Douglas Harvey Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, C-262/88, punto 45.

⁸² Trattato sull'Unione europea, in GU C. 191 del 29 luglio 1992.

⁸³ Con l'entrata in vigore del trattato sull'Unione europea, l'espressione CEE è stata sostituita dall'espressione CE (Comunità europea).

devono soddisfare per poterla adottare e, infine, ha sicuramente segnato un passo in avanti epocale verso l'integrazione europea.⁸⁴ Inoltre il Trattato di Maastricht viene ricordato per aver istituito la cittadinanza europea. Con questa espressione si intende che qualunque cittadino di uno stato facente parte dell'UE è, automaticamente, anche cittadino europeo. Ciò porta con sé una serie di diritti e di doveri, come, per esempio, il diritto di vivere e circolare liberamente all'interno dell'UE senza subire alcuna discriminazione sulla base della nazionalità.

Anche in tema di parità di genere tale Trattato ha svolto un ruolo fondamentale. All'interno dell'Accordo sulla politica sociale⁸⁵ all'art. 1 vengono sanciti gli obiettivi della Comunità e dei singoli Stati membri, quali: la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro le esclusioni.

All'art. 2 viene invece evidenziato come, per attuare effettivamente gli obiettivi di cui all'art. 1, la Comunità deve sostenere e, se necessario, completare l'azione degli Stati membri in diversi settori (tenendo sempre in considerazione la diversità delle prassi nazionali), tra i quali quello della parità tra uomini e donne in ambito di opportunità e di trattamento sul lavoro.

Anche l'art. 6 deve essere analizzato a questi fini. Infatti, tale articolo stabilisce che ciascuno Stato membro debba assicurare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile, qualora essi svolgano uno stesso lavoro.

Il comma 2 del suddetto articolo, inoltre, chiarisce cosa si intende con il termine "retribuzione": il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati, direttamente o indirettamente, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo.

Al comma 3 vengono, invece, legittimate quelle che oggi sono definite come le c.d. azioni positive (di cui si parlerà più avanti): infatti, tale articolo sancisce la possibilità per uno Stato membro di adottare misure che prevedano vantaggi specifici rivolti alle donne, intesi a facilitare l'esercizio di un'attività professionale. Quest'ultima misura ha

⁸⁴ G. PASQUALI, *Il trattato di Maastricht*, Napoli, 1995; F. POCAR, et al., *Il trattato di Maastricht sull'Unione Europea*, Milano, 1992.

⁸⁵ Accordo sulla politica sociale, allegato al Trattato sull'Unione europea, GU n. C 191 del 29 luglio 1992.

avuto un carattere senz'altro innovativo: per la prima volta si consente espressamente agli Stati di introdurre misure e non di rimuovere limitazioni già esistenti.

Per quanto attiene il diritto antidiscriminatorio, con la redazione del Trattato di Maastricht l'attenzione è sempre volta principalmente alla salvaguardia di interessi economici e mercantilistici, nonostante la giurisprudenza comunitaria, come è stato analizzato in precedenza, avesse già iniziato, in parte, ad ampliare quello che veniva comunemente inteso come divieto di discriminazione sulla base del sesso.

4. Il Trattato di Amsterdam.

Il Trattato di Amsterdam del 1997,⁸⁶ entrato in vigore nel 1999, ha modificato il Trattato sull'Unione europea, e ha il merito di aver introdotto espliciti riferimenti al divieto di discriminazione sulla base del genere, rappresentati dall'art. 2 del TCE e dall'art. 3, paragrafo 2 TCE (attuale art. 8 TFUE).

Il legislatore comunitario, in questa occasione, ha modificato la terminologia fino a quel momento utilizzata consistente nell'espressione "uguaglianza", che poteva portare con sé numerose incomprensioni (come si vedrà meglio più avanti, in relazione alla direttiva CE 76/207). Il Trattato, di fatti, utilizza il termine "parità", maggiormente adeguato, invece dell'espressione "uguaglianza".

L'art. 2 afferma i valori su cui si fonda l'UE: "La Comunità ha il compito di promuovere nell'insieme della Comunità, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli artt. 3 e 4[...] la parità tra uomini e donne [...]". Mentre, l'art. 3 TCE precisa come l'azione della comunità "mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne".

Inoltre, l'art. 13 TCE (attuale art. 19 TFUE), attribuisce all'UE una nuova competenza che consiste nella possibilità di combattere le discriminazioni, tra cui, chiaramente, quelle di genere.⁸⁷ Infatti, l'articolo sancisce la possibilità del Consiglio, all'unanimità, su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento, di prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, al di là dei settori dell'occupazione e della formazione professionale.

⁸⁶ Trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi, GU C. 340 del 10 novembre 1997.

⁸⁷ A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutela*, in *Rivista Associazione Italiana dei costituzionalisti*, 2020, pp. 19-58.

La norma sulla parità di retribuzione è stata integrata con la possibilità di porre in essere provvedimenti volti a garantire un'uguaglianza sostanziale, ossia le azioni positive (art. 141 TCE).⁸⁸

In seguito all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam e delle modifiche apportate da esso si può affermare la nascita del c.d *gender mainstreaming*. Con questa espressione si fa riferimento a quel principio che trova esplicitazione nell'art. 8 TFUE, per cui si ritiene che una qualunque azione comunitaria deve presupporre e garantire la parità tra i sessi, quindi la parità di genere diviene, all'interno dell'UE, un principio trasversale che tocca ogni ambito.⁸⁹

4.1. Il principio del *gender mainstreaming*.

Il principio del *gender mainstreaming* inizia a svilupparsi nel corso degli anni Novanta e consiste nell'obiettivo di raggiungere la parità tra uomini e donne; più volte, però, è stato criticato perché ritenuto eccessivamente astratto e di conseguenza poco chiaro.

Lo sviluppo di tale principio lo si deve in gran parte a quel percorso di apertura giurisprudenziale che portò la Corte di giustizia a introdurre diversi concetti innovativi sul tema, come il riconoscimento di effetti diretti dell'art. 141 TCE (prima art. 119 TCEE), ma non solo: per lo sviluppo del *gender mainstreaming* è stata anche necessaria la presa di coscienza circa il fatto che le azioni positive, introdotte nell'ordinamento comunitario intorno agli anni '80, benché estremamente necessarie e importanti, non fossero sufficienti al raggiungimento di una vera e propria parità uomo-donna, perché si limitavano a “preparare” le donne ad operare all'interno di un contesto dominato dagli uomini senza però metterlo in discussione.⁹⁰

Con l'espressione “*gender mainstreaming*” si vuole indicare il principio che sorregge la strategia politica volta a una sistematica realizzazione delle pari opportunità in tutte le politiche comunitarie.⁹¹ Il *gender mainstreaming* riconosce che le strutture esistenti non sono neutre, dal punto di vista del genere, ma viene sempre favorito un sesso rispetto all'altro e, di conseguenza, l'applicazione di politiche neutre altro non porta che a

⁸⁸ V. BAZZOCCHI, I. LUCATI, *Parità di genere nell'UE e riflessi nell'ordinamento italiano*, in *European rights*, 2012, pp. 1-93.

⁸⁹ G. CHITI, *Il principio di non discriminazione e il Trattato di Amsterdam*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, pp. 851 ss.

⁹⁰ M. ZALEWSKI, *I Don't Even Know What Gender Is: a Discussion of the Connections Between Gender, Gender Mainstreaming and Feminist Theory*, in *Review of international studies*, 2010, pp. 3-27.

⁹¹ F. DI SARCINA, *L'Europa delle donne. La politica di pari opportunità nella storia dell'integrazione europea*, Bologna, 2010; A. ROSSELLI, *Parità di genere, una lunga strada ancora da percorrere*, in *Economia & lavoro*, 2010, pp. 167 ss.

un'ulteriore penalizzazione delle donne. Questo perché la discriminazione di genere è un fenomeno, sì estremamente radicato, ma in grado di mutare notevolmente con il cambiare dei tempi, i diritti delle donne non sono mai acquisiti per sempre, possono svanire nel nulla.⁹²

Il *gender mainstreaming* riguarda moltissimi aspetti della vita e sostiene, *in primis*, un cambiamento di cultura circa la visione delle strutture sociali. Si vuole modificare quella che è la visione dei ruoli genitoriali, delle strutture familiari e dell'organizzazione del tempo e delle modalità di funzionamento del mercato del lavoro; si vuole intervenire sulle cause principali che generano tale disparità sostenendo come le differenze obiettive tra uomini e donne non possono mai essere sfruttate come motivo di discriminazione e, infine si ritiene anche fondamentale una maggiore attenzione nei confronti degli uomini ed al loro ruolo nella creazione di una società più equa.⁹³

In altre parole, con l'affermarsi del principio del *gender mainstreaming* si stabilisce come ogni azione comunitaria debba garantire la parità tra i generi, che diviene un vero e proprio presupposto insito all'interno dell'UE e, di conseguenza, dovrebbe essere sottinteso e utilizzato anche dagli Stati membri nel momento in cui danno attuazione al diritto comunitario.

Tale principio trova il suo fondamento giuridico, come già è stato anticipato, con il Trattato di Amsterdam il quale ha sancito la parità di genere come uno degli obiettivi dell'UE, stabilendo inoltre, all'art. 3 TCE come il principio del *gender mainstreaming* debba tagliare trasversalmente ogni ambito di competenza comunitaria.

L'affermarsi del principio è qualcosa di rivoluzionario perché stabilisce come la parità di genere debba essere sempre presupposta in qualunque atto o azione che venga posta in essere. Il *gender mainstreaming* può essere descritto come la riorganizzazione, il miglioramento, lo sviluppo e la valutazione dei processi politici, in modo che la prospettiva dell'uguaglianza di genere sia incorporata in tutte le politiche, a tutti i livelli e in tutte le fasi da parte degli attori normalmente coinvolti nella definizione delle politiche.⁹⁴ Il *mainstreaming* di genere, quindi, implica che gli sforzi non devono essere limitati all'attuazione di misure specifiche a favore delle donne, ma si devono mobilitare tutte le politiche e le misure generali per raggiungere l'uguaglianza. Ciò significa

⁹² F. DI SARACINA ET AL., *Cultura di genere e politiche di pari opportunità: il gender mainstreaming alla prova tra UE e Mediterraneo*, Bologna, 2014, p. 9.

⁹³ J. HASSARD, L. D. TORRES, *Aligning Perspectives in Gender Mainstreaming: Gender, Health, Safety, and Wellbeing*, Cham, 2021.

⁹⁴ M. ROSSILLI, *I diritti delle donne nell'Unione Europea*, Roma, 2009, p. 178.

esaminare sistematicamente le misure e le politiche e tenere conto di questi possibili effetti nel momento in cui si definiscono.

Affinché si possa attuare correttamente il principio è necessario esaminare la vita quotidiana di uomini e donne di modo da poter evidenziare le differenze a livello di esigenze e di problematiche, tenendo pur sempre conto che la categoria “donne” non è assolutamente omogenea, vi sono moltissimi altri fattori che entrano in gioco e che vanno a definire le peculiarità di ognuno: orientamento sessuale, origine etnica, religione praticata, disabilità, ecc.

Dunque, in questo periodo inizia a svilupparsi una vera e propria attenzione nei confronti del divieto di discriminazione sulla base del genere, inteso non più come violazione di un interesse meramente economico, ma come violazione di un diritto fondamentale della persona.

Volgendo nuovamente l'attenzione alla giurisprudenza comunitaria, negli anni seguenti l'introduzione del Trattato di Amsterdam, essa ha, in parte, mutato atteggiamento nei confronti dell'interpretazione dell'art. 119 TCEE. Infatti la concorrenza intracomunitaria diviene un obiettivo secondario, superato dalla *ratio* sociale dell'articolo: la disposizione viene vista a tutti gli effetti come espressione di un diritto fondamentale della persona umana. A questo proposito è opportuno analizzare le cause riunite *Deutsche Post* e *Brunhilde Schrage* (10 febbraio 2000).⁹⁵

4.2. Cause riunite *Deutsche Post* c. *Brunhilde Schrage* e *Elisabeth Sievers*.

Nel caso in questione, venivano riunite due controversie che vedevano come protagonisti, la Deutsche Post AG (da ora: la Deutsche Post), le sig.re Sievers e Schrage, riguardo alle condizioni di iscrizione ad un regime professionale di pensione integrativa e all'attribuzione di una pensione a tale titolo.

La Deutsche Post concedeva ai suoi dipendenti, i quali svolgessero un orario di lavoro settimanale superiore alle 18 ore, la possibilità di iscriversi alla VAP (ente pensionistico della Deutsche Post).

Le sig.re Sievers e Schrage avevano con la Deutsche Post un contratto di lavoro a tempo ridotto, inferiore alle 18 ore settimanali e, per questo motivo non erano mai rientrate all'interno della VAP.

⁹⁵ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, cause riunite, del 10 febbraio 2000, *Deutsche Post AG* c. *Elisabeth Sievers*, C-270/97 e *Brunhilde Schrage*, C-271/97.

Le ricorrenti chiedevano di poter percepire la pensione di vecchiaia integrativa pari a quella che percepivano coloro iscritti alla VAP ritenendo, in caso contrario, integrato un contrasto con l'art. 119 del Trattato CEE, con l'art. 3 del *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (legge fondamentale della Repubblica federale di Germania, da ora: GG)⁹⁶ e con l'art. 2, n. 1 del *Gesetz über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung* (legge contenente disposizioni di diritto del lavoro diretta a favorire l'occupazione).⁹⁷ Al contrario, la Deutsche Post riteneva che, tale disparità di trattamento, fosse giustificata da motivi obiettivi: infatti, i costi inerenti ad un'estensione retroattiva del regime pensionistico della VAP all'insieme dei lavoratori impiegati a tempo parziale sarebbe andata a compromettere notevolmente la situazione finanziaria della Deutsche Post.

Le domande delle sig.re Sievers e Schrage vennero accolte dal Tribunale del Lavoro tedesco, per cui la Deutsche Post propose appello di fronte al Tribunale Superiore del Lavoro della Germania sostenendo, in particolare, che la limitazione della retroattività risultante dalla giurisprudenza *Barber* doveva applicarsi in tutti i casi di disparità di trattamento in tema di retribuzioni nell'ambito di un regime professionale di pensioni di vecchiaia e che la giurisprudenza della Corte e il Protocollo⁹⁸ prevalgono sull'art. 3 del GG.⁹⁹

Il giudice nazionale riteneva l'appello della Deutsche Post infondato e tuttavia, riconobbe che, a seguito della pronuncia *Barber*, l'effetto diretto dell'art. 119 TCEE poteva essere fatto valere in tema di pensioni professionali soltanto per i periodi di lavoro successivi al 17 maggio 1990. Tali richieste di parità di trattamento, nell'ambito delle pensioni, potrebbero, però, oltre che violare l'art. 119 TCEE, porsi in contrasto con la normativa nazionale, precedentemente menzionata.

Il giudice nazionale riconosceva che, in virtù del primato del diritto comunitario, quest'ultimo dovesse prevalere su quello nazionale. La conseguenza, nel caso di specie, comportava che, il divieto di tener conto retroattivamente dei periodi di impiego

⁹⁶ L'art. 3 sancisce l'uguaglianza tra uomini e donne.

⁹⁷ L'art. 2, n. 1, vieta ad un datore di lavoro di riservare al lavoratore a tempo parziale un trattamento diverso da quello di cui sono oggetto i lavoratori a tempo pieno, a meno che ragioni obiettive non giustificano una differenza di trattamento.

⁹⁸ Protocollo sull'articolo 119 del Trattato che istituisce la Comunità europea, in GU n. C 191 del 29 luglio 1992.

⁹⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell'UE, cause riunite, del 10 febbraio 2000, *Deutsche Post AG c. Elisabeth Sievers*, C-270/97 e *Brunhilde Schrage*, C-271/97, punto 16.

anteriori al 17 maggio 1990, dovesse applicarsi anche con riferimento alle disposizioni di diritto nazionale.

Il conflitto tra il diritto comunitario e quello interno sarebbe stato evidente se si fosse tenuto conto del fatto che, oltre alla sua finalità sociale, l'art. 119 TCEE perseguiva anche e, da un punto di vista storico, soprattutto, un obiettivo economico, cioè l'introduzione della parità di opportunità in materia di concorrenza. Tale obiettivo sarebbe stato eluso se si fosse permesso al diritto nazionale di non tener conto della retroattività limitata dell'art. 119 del TCEE.¹⁰⁰

Il giudice del Tribunale Superiore del Lavoro sospese il giudizio e sollevò una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea (da ora: CGUE o la Corte), in tre diverse parti. Attraverso la prima parte della questione si domandava alla Corte se disposizioni nazionali, come quelle nel caso di specie, che stabiliscano un principio di parità uomo-donna in forza del quale, in circostanze come quelle di cui alle cause principali, tutti i lavoratori a tempo parziale abbiano il diritto di essere iscritti retroattivamente ad un regime professionale di pensione e di ricevere una pensione in forza di detto regime, siano compatibili con la limitazione temporale di cui alla sentenza *Barber*, circa la possibilità di far valere l'effetto diretto dell'art. 119 TCEE.

La Corte articola il suo ragionamento prendendo in considerazione la sua giurisprudenza precedente. Precisa come nel caso *Defrenne II* fosse stato sancito che l'effetto diretto dell'art. 119 TCEE relativo alla parità di retribuzione poteva essere fatto valere solo a sostegno di rivendicazioni relative a periodi di retribuzioni successivi alla sentenza (quindi al 8 aprile 1976) per evitare che vi fossero problemi di certezza del diritto. Viene anche ricordato come nel caso *Barber*, invece, si stabilì che l'art. 119 TCEE potesse essere fatto valere per chiedere il riconoscimento del diritto alla pensione con effetto diretto soltanto a partire dalla data di tale sentenza (17 maggio 1990), ad eccezione che i lavoratori avessero già prima esperito un'azione giurisdizionale o proposto un reclamo. Infine, la Corte fece riferimento anche alla sentenza *Bilka*, che, al contrario, non aveva previsto alcun limite nel tempo circa l'effetto diretto dell'art. 119 TCE in relazione allo scopo di esigere in via retroattiva il rispetto della parità di trattamento per quanto riguarda il diritto di iscrizione ad un regime pensionistico professionale.

¹⁰⁰ *Ibidem*, punto 20.

Da ciò derivava che l'unica limitazione temporale per far valere l'effetto diretto dell'art. 119 TCEE era quella stabilita dalla sentenza *Defrenne II*.

La Corte però evidenziò come, in linea generale, le sue interpretazioni dovrebbero chiarire il significato di una norma così come doveva essere inteso fin dal momento della sua entrata in vigore; solo ed esclusivamente nei casi in cui potrebbero verificarsi gravi sconvolgimenti, la CGUE può, sulla base del principio di certezza del diritto, limitare la possibilità degli interessati di far valere la disposizione. Nel caso *Defrenne II* era accaduto che i datori di lavoro erano stati indotti per un periodo piuttosto lungo a porre in essere delle prassi in contrasto con l'art. 119 TCEE ma non ancora vietate dal diritto nazionale. Infatti, la limitazione temporale dell'effetto diretto dell'art. 119 TCEE non mirava in alcun modo ad escludere la possibilità per i lavoratori di fondarsi su disposizioni nazionali in vigore, dal momento che in tali ipotesi il problema circa la certezza del diritto sarebbe venuto meno. Naturalmente è del tutto irrilevante che le norme nazionali, che vietino una differenza di trattamento tra i lavoratori dei due sessi, siano interpretate conformemente all'art. 119 TCEE solo dopo la data di pronuncia di *Defrenne II*. La CGUE non ha alcuna competenza circa l'applicazione nel tempo delle norme nazionali.

Tale prima parte della questione, quindi, venne risolta nel senso che, la limitazione nel tempo della possibilità di far valere l'effetto diretto dell'art. 119 TCEE, risultante dalla sentenza *Defrenne II*, non ostava a norme nazionali che enuncino un principio di parità di trattamento. Dunque, la CGUE affermò il principio per cui tutti i lavoratori a tempo parziale, in un caso come quello contemplato, avevano diritto di essere iscritti ai suddetti regimi di pensione retroattivamente e, di conseguenza, di ricevere una pensione in forza di detto regime.

La seconda parte della prima questione domandava, in sostanza, se disposizioni di uno Stato membro che prevedano un principio di parità in forza del quale, in circostanze come quelle delle cause principali, ogni lavoratore a tempo parziale avesse il diritto di essere iscritto retroattivamente ad un regime professionale di pensioni e di ricevere una pensione a tale titolo, tenuto conto del rischio di distorsioni di concorrenza tra operatori economici dei differenti Stati membri a scapito dei datori di lavori situati nel primo Stato membro siano in contrasto con l'art. 119 TCEE.

La Corte sottolineò come la *ratio* sottesa all'art. 119 TCEE perseguisse un duplice scopo: economico e sociale. Ciò era evidente anche dalla collocazione dell'articolo il quale si trovava nel campo dedicato alla politica sociale.

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia precedente più volte era stato affermato come il diritto di non essere discriminato in ragione del proprio sesso costituisse uno dei diritti fondamentali della persona umana. Dunque, la finalità economica dell'art. 119 TCEE, consistente nell'eliminazione delle distorsioni di concorrenza tra le imprese poste nei diversi Stati membri, assunse un carattere secondario rispetto all'obiettivo sociale.¹⁰¹

Pertanto, la seconda parte della prima questione veniva risolta dichiarando che disposizioni di uno Stato membro che enuncino un principio di uguaglianza in forza del quale, in circostanze come quelle di cui alle cause principali, tutti i lavoratori a tempo parziale abbiano diritto di essere iscritti retroattivamente ad un regime pensionistico professionale e di ricevere una pensione in forza di detto regime, nonostante il rischio di distorsioni di concorrenza tra operatori economici dei diversi Stati membri, non si pongono in contrasto con l'art. 119 TCEE.

Ecco che inizia ad apparire in modo sempre più evidente dalla giurisprudenza della CGUE che, all'interno dell'ordinamento comunitario, viga un principio generale di non discriminazione sulla base del sesso e che l'art. 119 TCEE costituisce, in realtà, solo una delle sue tante specificazioni: infatti, l'attenzione dell'UE si sposta verso i singoli individui, a prescindere da quello che è l'esercizio di un'attività economica.

5. Il Trattato di Nizza e la Carta dei diritti fondamentali.

Il Trattato di Nizza¹⁰² modificò il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, e aveva lo scopo di preparare l'UE al suo allargamento in vista dell'adesione di dieci nuovi Stati membri nel 2004 e altri due nel 2007. Attraverso tale Trattato la Corte di giustizia dell'UE venne riformata in modo piuttosto radicale.

Sebbene non abbia apportato modifiche alle disposizioni sopra analizzate, le quali rimasero immutate fino all'introduzione del Trattato di Lisbona, fu di fondamentale importanza perché, proprio in questa sede, venne approvata la Carta di Nizza, oggi Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

¹⁰¹ A. CALIGIURI, *La parità di trattamento tra uomo e donna in materia di sicurezza sociale: profili di diritto comunitario*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2008, p. 211.

¹⁰² Il Trattato di Nizza, che modifica il trattato sull'Unione Europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi, è stato firmato a Nizza il 26 febbraio 2001 ed è entrato in vigore il 1 febbraio 2003, in GU C. 80 del 10 marzo 2001.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (da ora: CDFUE) fu proclamata ufficialmente a Nizza nel dicembre 2000 dal Parlamento Europeo, dal Consiglio dell'Unione Europea e dalla Commissione. Tale Carta aveva lo scopo di riunire in un unico atto i diritti riconosciuti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e dagli obblighi internazionali, creando un vero e proprio “catalogo” dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.¹⁰³

La CDFUE è suddivisa in un Preambolo e in sette capi, comprendenti in totale 54 articoli. Il Preambolo assume a fondamento dell'UE i principi di libertà, di democrazia, di Stato di diritto, di dignità, di eguaglianza e solidarietà. Il terzo capo è destinato all'uguaglianza, e, quindi, è composto da norme relative all'uguaglianza davanti alla legge, alla non discriminazione, alla diversità culturale, religiosa e linguistica, alla parità tra uomini e donne, ai diritti del bambino e degli anziani e all'inserimento dei disabili.¹⁰⁴

Il capo relativo all'uguaglianza si apre con l'art. 20, in cui viene sancito il principio per cui tutte le persone sono uguali davanti alla legge, per poi proseguire con gli artt. 21 e 23.

L'art. 21 rubricato “Non discriminazione” vieta qualunque forma di discriminazione, facendo espresso riferimento a motivi quali il sesso, la razza, il colore della pelle, l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione, le opinioni politiche, personali, gli *handicap*, l'età o, ancora, l'orientamento sessuale. È opportuno compiere una piccola riflessione circa la distinzione tra tale norma e il principio di non discriminazione, così come era affermato nel Trattato di Roma. Attraverso la Carta dei diritti fondamentali è evidente come venga messo in primo piano il carattere sociale del divieto di discriminazione, al contrario di quanto avveniva nel 1957 in cui l'attenzione era volta meramente alla sfera economica e mercantile.

L'art. 21 CDFUE, venne redatto prendendo come esempio l'art. 13 TCE. Tuttavia, tra i due vige una differenza sostanziale per quanto concerne sia la finalità sia l'ambito di applicazione. L'art. 13 TCE, infatti, attribuiva poteri alle istituzioni comunitarie per quanto riguardava l'adozione di provvedimenti che fossero volti a combattere le discriminazioni “fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le

¹⁰³ R. PALLADINO, *Diritti, principi ed effetto diretto orizzontale delle disposizioni (in materia sociale) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2019, pp. 175-210; U. BERNITZ, X. GROUSSOT, F. SCHULYOK, *General Principles of EU Law and European Private Law*, Alphen aan den Rijn, 2013.

¹⁰⁴ M. LUGATO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2001, pp. 490 ss.

convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale”, ma non generava obblighi nei confronti degli Stati né, tantomeno, nei confronti dei privati, non sanciva un divieto di discriminazione per i motivi elencati.¹⁰⁵ L'art. 21 CDFUE, invece, non attribuisce competenze alle istituzioni dell'UE, ma colloca il principio di non discriminazione tra i diritti fondamentali.¹⁰⁶

L'art. 23 CDFUE tratta, invece, della parità tra uomini e donne, la quale deve essere assicurata in tutti i campi, compresi quello dell'occupazione, del lavoro e della retribuzione. Inoltre, il comma 2 sottolinea come il principio della parità tra uomini e donne non osti al mantenimento o all'adozione di misure che prevedevano dei vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato, promuove, dunque l'adozione delle azioni positive per riuscire a raggiungere un'uguaglianza *de facto*.¹⁰⁷

In un primo momento la CDFUE non era vincolante all'interno dell'ordinamento comunitario, perché si riteneva che il diritto dovesse avere la possibilità di evolvere tramite la giurisprudenza comunitaria, senza essere ingabbiato all'interno di uno strumento giuridico vincolante. Per contro, però, la non vincolatività della CDFUE rendeva impossibile l'applicazione di tale strumento da parte di un giudice. Quindi, l'idea di non rendere giuridicamente vincolante la CDFUE è stata gradualmente superata e, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona,¹⁰⁸ ha assunto la valenza di diritto primario all'interno dell'ordinamento comunitario, al pari di un Trattato.

6. Il Trattato di Lisbona e l'attribuzione del valore giuridicamente vincolante della Carta dei diritti fondamentali.

Il Trattato di Lisbona entrò in vigore l'1 dicembre 2009, dopo essere stato ratificato da tutti i 27 Stati membri, integrò e modificò tutti i trattati precedenti: il Trattato che istituisce la Comunità europea viene rinominato “Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea” (da ora: TFUE).

¹⁰⁵ Sesso, razza, religione, handicap, età, convinzioni personali, orientamento sessuale.

¹⁰⁶ A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutela*, cit.

¹⁰⁷ O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario: un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order*, Milano, 2005, p. 141

¹⁰⁸ Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, che modifica il trattato sull'Unione Europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, Lisbona, GU C. 306 del 17 dicembre 2007. Si veda: G. COFRANCESCO, *Diritto Comunitario. Tra liberismo e dirigismo*, Roma, 2009; R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 21; B. NASCIBENE, A. LANG, *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?*, in *Corriere giur.*, 2008, pp. 137 ss.

Vennero, inoltre, introdotte notevoli modifiche al quadro normativo in materia di principio di non discriminazione. Vi fu, infatti, un rafforzamento circa la tutela dei diritti fondamentali attraverso la redazione dell'art. 6, paragrafo 1, TUE che attribui alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea valore giuridico vincolante, equiparandola a tutti gli effetti ad un trattato¹⁰⁹ e divenendo così fonte vincolante di diritto primario.¹¹⁰

I giudici nazionali, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si interrogarono in misura significativa riguardo la rilevanza delle norme contenute all'interno della CDFUE per risolvere questioni pendenti davanti a loro. Prova di questo è il fatto che vi sono stati, nel corso degli anni, numerosi rinvii pregiudiziali alla CGUE aventi ad oggetto norme contenute all'interno della CDFUE.

La CGUE impiegò la CDFUE come principale riferimento nel momento in cui si trovava a dover decidere circa la validità e la corretta interpretazione di alcuni atti dell'UE, ogni volta in cui venivano sollevate questioni pregiudiziali che riguardassero i diritti fondamentali.

La vincolatività attribuita alla CDFUE attraverso l'art. 6 TUE porta necessariamente a conferirle una posizione assolutamente centrale nel momento in cui la CGUE si trovi a dover decidere su questioni inerenti i diritti fondamentali.

Un chiaro esempio di ciò che si vuole intendere è rappresentato dalla sentenza della CGUE del 1 marzo 2011, la c.d. *Test Achats*.¹¹¹ Nel caso di specie il giudice nazionale francese, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sollevò una questione pregiudiziale alla CGUE in cui domandava se una direttiva fosse in contrasto con l'art. 6, paragrafo 2 TUE e, più in generale, con il principio di parità e di non discriminazione di genere.

La Corte, nel risolvere la questione, sottolineò che i diritti fondamentali contemplati nel testo di cui all'art. 6, paragrafo 2 TUE “sono stati incorporati nella Carta, la quale, a

¹⁰⁹ Ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1 TUE, nella formulazione introdotta dal Trattato di Lisbona, l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta, “che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”. Ai sensi dell'art. 1, paragrafo 3 TUE, con l'espressione “i trattati” si intendono il Trattato sull'Unione Europea (TUE) e il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), sui quali si fonda l'Unione Europea e che hanno lo stesso valore giuridico

¹¹⁰ C. AMALFITANO, *Il diritto non scritto nell'accertamento dei diritti fondamentali dopo la riforma di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, pp. 21-69; LS. ROSSI, ‘Stesso valore giuridico dei Trattati’? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, pp. 229-256.

¹¹¹ Sentenza della Corte di giustizia dell'UE, del 11 marzo 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier c. Conseil des ministres*, C-236/09.

partire dal 1 dicembre 2009, ha il medesimo valore giuridico dei Trattati”, facendo quindi poi specifico riferimento agli artt. 21 e 23 della Carta.¹¹²

L’art. 6, paragrafo 1 TUE non fu l’unico contributo che il Trattato di Lisbona conferì al diritto antidiscriminatorio.

Anzitutto l’art. 2 TUE ha qualificato la parità tra i sessi come uno dei cinque valori su cui si fonda l’UE: l’articolo, infatti, esplicita come la società, formata dai vari Stati membri, debba essere caratterizzata “dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini”. Il successivo art. 3 TUE, fissando gli obiettivi dell’UE, inserisce espressamente al paragrafo 3, comma 2, la lotta alle discriminazioni e, più nello specifico, verso la parità tra donne e uomini.

Il principio di parità tra donne e uomini diventa una delle missioni perseguite dall’UE e la sua promozione diviene applicabile a tutte le politiche comunitarie.

L’art. 4, paragrafo 2 TUE fa espresso riferimento al principio di uguaglianza stabilendo che “L’Unione rispetta l’uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali”, così come l’art. 9 TUE esprime il concetto per cui l’UE rispetta il principio di uguaglianza in tutte le sue attività.

Come già è stato sottolineato, attraverso il Trattato di Lisbona viene modificato il TCE che diviene TFUE e anche all’interno di quest’ultimo è possibile rinvenire una serie di norme volte alla tutela della discriminazione.

L’art. 8 TFUE stabilisce che l’UE, in tutte le sue azioni, deve eliminare le disuguaglianze e promuovere la parità tra uomini e donne. L’art. 10 TFUE afferma che l’UE nel delineare le sue politiche e azioni e nell’attuazione di queste deve mirare a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, così come quelle fondate sulla razza, l’origine etnica, la religione, le convinzioni personali, l’età, la disabilità o l’orientamento sessuale.

Nella Parte Seconda del Trattato “Non discriminazione e cittadinanza dell’Unione”, sono contenuti gli artt. 18 e 19 TFUE che corrispondono (con qualche minima modifica) agli artt. 12 e 13 TCE. L’art. 18 vieta, al comma 1, ogni discriminazione sulla base della nazionalità, mentre al comma 2 conferisce al Parlamento Europeo e al Consiglio la possibilità di stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni. L’art. 19 TFUE, paragrafo 1, invece, afferma che, “Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e

¹¹² *Ibidem*, punto 32.

nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento Europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale". Il paragrafo 2 conferisce alle istituzioni europee il potere di prendere i provvedimenti opportuni per combattere i vari fattori di discriminazione.

All'interno del Titolo X (Politica sociale) vi sono altri due articoli rilevanti in materia di parità di retribuzione e di pari opportunità: l'art. 153 e l'art. 157. L'art. 153 elenca una serie di settori in cui l'UE deve completare l'azione derivante dagli Stati membri, come, per esempio, le condizioni di lavoro, la sicurezza e l'esclusione sociale, la protezione dei lavoratori, e tra questi, alla lettera i) viene fatto espresso riferimento alla parità tra uomini e donne in ambito di pari opportunità e di trattamento sul lavoro. Al paragrafo 2, inoltre, viene conferito al Parlamento Europeo e al Consiglio la possibilità di adottare direttive relative alle prescrizioni minime applicabili nei settori di cui al paragrafo 1, lettera da a) a i).

L'art. 157 TFUE stabilisce che ogni Stato membro debba garantire l'applicazione della parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici per uno stesso lavoro o per un lavoro diverso ma di pari valore. Al paragrafo 2 viene specificato cosa si intende con il concetto di retribuzione, ossia il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti i vantaggi che siano pagati dal datore di lavoro, direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, che siano naturalmente, dovuti in ragione dell'impiego del lavoratore. Inoltre, viene sancito che la retribuzione corrisposta per uno stesso lavoro pagato a cottimo deve necessariamente essere fissata in base a una stessa unità di misura; mentre la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo deve essere, necessariamente, uguale per una stessa mansione. Viene inoltre conferita, al paragrafo 3, la possibilità per il Parlamento Europeo e per il Consiglio, di adottare misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra i sessi e al paragrafo 4 è stabilito come tale principio non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevenendo determinati vantaggi per compensare svantaggi tipici del sesso sottorappresentato.¹¹³

¹¹³ M. BARBERA, A. GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria: fonti, strumenti, interpreti*, cit., p. 28.

7. I principi generali di diritto dell'Unione Europea.

All'interno dell'analisi delle fonti in materia di diritto antidiscriminatorio meritano una considerazione particolare i principi generali. L'art. 6, paragrafo 3 del TUE sancisce che "I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".¹¹⁴

Tale categoria di principi generali è frutto principalmente dell'operato della Corte di giustizia che, nel corso del tempo, riconobbe la presenza di principi generali propri dell'ordinamento comunitario, in alcuni casi mutandoli da altri sistemi giuridici, in altri ricostruendoli come principi di per sé inerenti al sistema giuridico dell'Unione Europea intesa come comunità di diritto, in altri ancora ricavandoli da norme contenute nei Trattati stessi, considerate portatrici di un principio generale, appunto, che merita una portata applicativa che superi gli specifici confini entro cui è destinata la norma.

Tali principi completano il quadro normativo comunitario che altrimenti, talvolta, risulterebbe troppo generico. Essi, infatti, contribuiscono notevolmente ad orientare e conformare l'interpretazione di tutte quelle disposizioni dei Trattati che si prestano a più di un significato che, altrimenti, risulterebbero lacunose o oscure,¹¹⁵ sono inoltre idonei a costruire ulteriori parametri di legittimità del comportamento delle istituzioni o degli Stati membri. Quest'ultima funzione si è espressa specialmente in riferimento al principio di tutela dei diritti fondamentali della persona umana, totalmente carente all'interno dei Trattati fino all'introduzione del TUE con il Trattato di Maastricht. Prima di allora era la Corte di giustizia ad incaricarsi di affermare l'esistenza, all'interno dell'ordinamento comunitario, di un obbligo di rispetto dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni, provvedendo a ricostruirne il contenuto.

Il richiamo esplicito ai diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (da ora: CEDU o Convenzione) ha confermato la loro natura di parametro di legittimità nel sistema comunitario. Il rispetto dei diritti fondamentali all'interno dell'UE non è imposto solo nei confronti degli atti di diritto derivato, ma rappresenta anche un criterio ermeneutico tramite il quale provvedere all'interpretazione delle norme dei Trattati.

¹¹⁴ R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2020, pp. 144 ss.

¹¹⁵ A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza regionale. Il sistema europeo*, Napoli, 2000, p. 181.

La tutela dei diritti fondamentali rappresenta, infatti, un legittimo interesse tale da giustificare una limitazione degli obblighi imposti all'interno del diritto comunitario.¹¹⁶ Naturalmente, ad eccezione di quelle particolari ipotesi in cui i diritti fondamentali non tollerano restrizioni (come, per esempio, il diritto alla vita) in tutti gli altri casi, un'eventuale limitazione di principio andrà conciliata con le esigenze relative ai diritti tutelati dai Trattati e sarà necessario garantire la conformità al principio di proporzionalità.

In relazione al rispetto dei diritti fondamentali nell'applicazione dei Trattati, la Corte ha sancito l'obbligo di tale rispetto da parte degli atti delle istituzioni e ha valutato la compatibilità di tali atti con i diritti fondamentali. Inoltre, ha anche specificato come il limite che deriva da quell'obbligo viene posto anche nei confronti dei comportamenti delle autorità nazionali quando agiscono in attuazione del diritto posto in essere dai Trattati.

7.1 La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: l'art. 14 e l'art. 1 del Protocollo n. 12.

L'art. 6, paragrafo 3 TUE, come è stato già sottolineato, fa esplicito riferimento ai principi contenuti all'interno della CEDU definendoli come principi generali dell'ordinamento comunitario.¹¹⁷

La CEDU è stata firmata nell'ambito del Consiglio d'Europa nel 1950. È un trattato internazionale volto a tutelare i diritti umani e le libertà fondamentali; i diritti enunciati al suo interno sono prevalentemente "civili e politici", ma ve ne sono anche di "economici e sociali".

I paesi appartenenti al Consiglio d'Europa sono parte della convenzione e più della metà di questi sono membri dell'UE (27 su 47 precisamente). La CEDU garantisce protezione a ogni individuo sottoposto alla giurisdizione di uno degli Stati contraenti, indipendentemente dal fatto che questo sia cittadino e non lo sia. Tuttavia uno Stato

¹¹⁶ Si veda: Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea dei 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, C-112/00, punto 74; sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 14 ottobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, punto 35.

¹¹⁷ K. LENAERTS, *The European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, pp. 281 ss.; C. AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2018; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, cit.

può, legittimamente, differenziare il trattamento destinato a un cittadino rispetto a quello di un non cittadino.¹¹⁸

Pochi anni dopo la creazione della CEDU è stata istituita, dalla stessa Convenzione, la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) che ha il compito di giudicare le violazioni dei diritti umani, quindi le violazioni dei diritti contenuti nella CEDU.

Sebbene l'UE non abbia mai aderito alla CEDU,¹¹⁹ con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, in particolare dell'art. 6 TUE si conferì alla CEDU, nell'ambito del diritto comunitario, un ruolo essenziale, in quanto i diritti fondamentali stabiliti all'interno di essa fungono da principi generali all'interno dell'UE.¹²⁰ Al momento la CEDU (e la giurisprudenza della Corte EDU) svolge una duplice funzione: è possibile avvalersi della CEDU per tutelare i diritti fondamentali in qualità di principi generali del diritto dell'UE e, inoltre, la Convenzione si pone come *standard* minimo di tutela rispetto alla CDFUE. Infatti, l'art. 52 CDFUE, rubricato "Portata dei diritti garantiti" al paragrafo 3 mira ad assicurare la coerenza tra la Carta dei diritti fondamentali e la CEDU, stabilisce infatti come, laddove la CDFUE contenga diritti equivalenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla CEDU. Ne consegue che il legislatore nel fissare le limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta, deve rispettare gli standard stabiliti dalle limitazioni previste nella CEDU. Il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati dalla CEDU (intesa sia la convenzione che i relativi protocolli) ma anche dalla giurisprudenza della Corte EDU. Tuttavia ciò non preclude che il diritto dell'UE conceda una protezione più estesa.¹²¹

Si crea, dunque, un complesso sistema multilivello di protezione antidiscriminatoria¹²² e, soprattutto, la Convenzione riesce ad intervenire sulle risposte inadeguate che spesso vengono date dagli Stati di fronte a diverse situazioni. Una tra queste è appunto la parità di genere: si può dunque pacificamente affermare che l'interpretazione

¹¹⁸ Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, Consiglio d'Europa, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, Lussemburgo, 2018, pp. 27 ss.

¹¹⁹ Sul punto si veda: A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza regionale. Il sistema europeo*, cit. pp. 183 ss.

¹²⁰ F. TUMMINELLO, *L'adesione dell'Unione Europea al sistema della CEDU, quali prospettive?*, in *Ius in Itinere*, 2018, disponibile online; V. DE MICHELE, *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro italiano: alla ricerca di un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2010, pp. 113-127.

¹²¹ R. CISOTTA, *Brevi note sulla giurisprudenza sull'art. 52 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali... con uno sguardo in avanti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, pp. 19-80.

¹²² M. BARBERA, A. GUARISO, P., *La tutela antidiscriminatoria: fonti, strumenti, interpreti*, cit.

giurisprudenziale del divieto di discriminazione di genere è il frutto del dialogo tra la CGUE e la Corte EDU.¹²³

Tra i diritti fondamentali stabiliti dalla CEDU vi è l'art. 14 rubricato "Divieto di discriminazione" secondo il quale il godimento dei diritti e delle libertà della Convenzione devono essere assicurati senza nessuna discriminazione che sia basata sul sesso, sulla religione, sulla lingua, sulle opinioni politiche, sulla razza o colore della pelle, sulla ricchezza o sull'appartenenza a una minoranza nazionale. L'articolo in questione non consiste, quindi, in un generale divieto di discriminazione, quanto piuttosto in un divieto di discriminazione nel godimento dei "diritti e delle libertà" riconosciuti all'interno della CEDU. Dunque è, evidentemente, strettamente connesso alla discriminazione basata su uno dei diritti sostanziali che viene sancito dalla Convenzione e che stabilisce "diritti e libertà".¹²⁴ La Corte EDU utilizza l'art. 14 come fondamento nell'esaminare i ricorsi derivanti da un qualche caso di discriminazione riguardante l'ambito di un diritto riconosciuto nella Convenzione. Quindi, è possibile affermare che l'art. 14 assume un carattere accessorio rispetto ad altre disposizioni sostanziali della Convenzione ma, tuttavia, tale carattere accessorio non significa affatto che la sua applicabilità dipende dalla sussistenza di una violazione della disposizione sostanziale garantita dalla CEDU, in tal senso è autonomo. La Corte EDU, negli anni, ha ritenuto l'art. 14 applicabile in cause nelle quali non era avvenuta una violazione del diritto sostanziale invocato, dando luogo ad alcune conseguenze procedurali. In alcune cause la Corte ha esaminato in primo luogo la violazione dell'articolo sostanziale e in un secondo momento la violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'articolo sostanziale.¹²⁵ In altre cause la Corte EDU ha riscontrato la violazione dell'articolo sostanziale in combinato disposto con l'art. 14 e non ha ritenuto essenziale esaminare la violazione dell'articolo sostanziale singolarmente.¹²⁶

Inoltre il campo di applicazione dell'art. 14 non è necessariamente confinato a quello della disposizione di diritto sostanziale. La Corte EDU o ha ritenuto applicabile in una serie piuttosto ampia di campi tra cui l'impiego, la previdenza sociale, l'appartenenza a

¹²³ *Ibidem*, p 45.

¹²⁴ Si veda: sentenza della Corte EDU, del 23 luglio 1968, *Belgio c. Belgio*, n. 1474/62.

¹²⁵ Sentenza della Corte EDU del 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, n. 6833/74; Sentenza della Corte EDU del 22 giugno 2004, *Aziz c. Cipro*, n. 69949/01; Sentenza della Corte EDU del 6 luglio 2005, *Nachova e al. c. Bulgaria*, n. 43577/98.

¹²⁶ Sentenza della Corte EDU del 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danimarca*, n. 8777/79; Sentenza della Corte EDU del 22 marzo 2012, *Rangelov c. Germania*, n 5123/07; Sentenza della Corte EDU del 18 giugno 2020, *Molla Sali c. Grecia*, n. 20452/14.

un sindacato, il diritto al rispetto del domicilio, i diritti successori e l'accesso alla giustizia, riconoscendogli, dunque, una certa autonomia.¹²⁷

L'art. 14 è, da sempre, stato applicato dalla Corte EDU in maniera da conferire ai diritti sanciti all'interno della Convenzione un'interpretazione piuttosto estensiva.¹²⁸

Questo differenzia sostanzialmente la normativa CEDU con quella del diritto comunitario: la tutela esercitata dalla CEDU, nell'ambito della non discriminazione, comprende aspetti non contemplati all'interno del diritto dell'UE e, talvolta, alcuni settori vengono maggiormente tutelati dalla Convenzione. La Corte EDU, infatti, ha affermato che è sufficiente che una determinata fattispecie sia genericamente ricollegabile ad ambiti protetti dalla CEDU affinché una discriminazione possa ricadere all'interno dell'ambito di un determinato diritto, ancorché la fattispecie non verta su un puntuale diritto sancito dalla CEDU.¹²⁹

Dopo tanti anni dall'adozione della CEDU non si può non riconoscere la sua capacità di rimanere al passo con le nuove problematiche globali. Negli anni sono stati adottati diversi Protocolli aggiuntivi che hanno permesso di integrarla con diritti nuovi e di ampliare la portata dei diritti già esistenti.¹³⁰

Uno tra questi, rilevante nell'ambito delle discriminazioni, è il Protocollo Addizionale n. 12 del 2000, entrato in vigore solo nel 2005.¹³¹

Tramite la firma di tale Protocollo gli Stati membri del Consiglio d'Europa, mostrarono la loro intenzione di intraprendere ulteriori passi verso la promozione dell'uguaglianza tramite la proibizione generale della discriminazione, sancita all'art. 1, rubricato proprio "Divieto generale di discriminazione", che estende la portata della tutela della discriminazione a "ogni diritto previsto dalla legge". Tale articolo stabilisce che ogni diritto disposto da una legge deve necessariamente essere garantito senza che si verifichi alcuna ipotesi di discriminazione per motivi di sesso, di razza, di colore della pelle, di lingua, religione, opinione politica, origine nazionale o sociale, associazione ad una

¹²⁷ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida all'articolo 14 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e all'articolo 1 del Protocollo n. 12 della Convenzione, Divieto di discriminazione*, 31 agosto 2020.

¹²⁸ Si veda a questo proposito, Sentenza della Corte EDU, del 20 giugno 2006, *Zarb Adami c. Malta*, n. 17209/02. Nel caso di specie il ricorrente riteneva di aver subito una discriminazione sulla base del sesso perché nel processo a cui era soggetto erano stati convocati un numero nettamente superiori di giurati maschi. La Corte stabilisce in questo caso che, nonostante la CEDU non conferisce alcun diritto ad essere esentato dai doveri civici, questi possono configurare una discriminazione qualora vengano imposti in maniera nettamente disomogeneo tra uomini e donne.

¹²⁹ Sentenza della Corte EDU del 17 gennaio 2017, *A.H. e al. c. Russia*, n. 6033/13 e 15, punto 380.

¹³⁰ A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza regionale. Il sistema europeo*, cit., p. 155.

¹³¹ Protocollo Addizionale n. 12 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (2000).

minoranza nazionale, proprietà, nascita o ogni altra condizione. Inoltre, al paragrafo 2 viene sancito il divieto di discriminazione da parte di una qualsivoglia autorità pubblica. A seguito dell'interpretazione del paragrafo 2, da parte della Corte EDU, la portata applicativa della tutela di discriminazione si riferisce non soltanto a ogni diritto previsto dalla legge, ma va anche oltre. Il Rapporto esplicativo al protocollo n. 12¹³² stabilisce il campo di applicazione di tale art. 1, derivante dall'interpretazione combinata del paragrafo 1 e 2 concernente quattro categorie di casi. In particolare, si applica nel momento in cui un individuo sia oggetto di discriminazione nel godimento di qualsiasi diritto concesso specificamente a un individuo ai sensi della legislazione nazionale; nel godimento di un diritto che può essere desunto da un chiaro obbligo di un'autorità pubblica ai sensi della legislazione nazionale; da parte di un'autorità pubblica che esercita il suo potere discrezionale; mediante qualsiasi altro atto o omissione da parte di un'autorità pubblica.¹³³

¹³² Relazione esplicativa al Protocollo n.12 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 2000, n. 177.

¹³³ *Ibidem*, punto 22

SECONDO CAPITOLO

La parità di genere nell'evoluzione del diritto derivato dell'Unione Europea: le direttive di prima e di seconda generazione

SOMMARIO: 1. Le direttive di prima generazione; 1.1. La direttiva (CEE) 76/207 e il caso *M. H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*; 1.2. La direttiva (CEE) 79/7: il principio della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di sicurezza sociale. Il caso *Violeta Villar Láiz*; 1.3. Le direttive degli anni '80 e '90; 1.3.1. La sicurezza e la salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento: la direttiva (CEE) 92/85 e il caso *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*; 2. Le direttive di seconda generazione; 2.1. Il caso *Test-Achats* e l'errore a monte della direttiva (CE) 2004/113; 2.2. L'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego: la direttiva *Refusion* e il caso *Hakelbracht*; 2.3. La direttiva (UE) 2010/18 e il caso *Ortiz Mesonero*; 2.4. La direttiva (UE) 2010/41; 2.5. La direttiva (UE) 2019/1158; 2.6. Le più recenti direttive europee in materia di parità di genere; 3. La nuova definizione di discriminazione; 3.1. La discriminazione diretta e indiretta; 3.2. Le discriminazioni multiple e intersezionali; 3.2.1. Le discriminazioni multiple e intersezionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea e della Corte EDU: il caso *Achbita*.

1. Le direttive di prima generazione.

Eliminare le disuguaglianze è, oggi, uno dei principali obiettivi delle politiche sociali europee.

Sebbene all'interno dei Trattati il principio di non discriminazione sulla base del genere, sia menzionato in diversi articoli non vi è ancora, all'interno della normativa secondaria una disciplina che attui questo principio in maniera trasversale,¹³⁴ nonostante il legislatore europeo, negli anni, abbia redatto una serie di direttive comunitarie volte proprio a tale fine.

Le direttive comunitarie in materia possono essere distinte in direttive di prima generazione e direttive di seconda generazione.

Le direttive di prima generazione prendono avvio con la direttiva (CEE) 75/117¹³⁵ che dava attuazione alla parità retributiva tra uomo e donna, di cui all'art. 119 TCEE.

¹³⁴ V. SALVATORE, *I principi di uguaglianza e non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato*, Bruxelles, 2021.

¹³⁵ Direttiva (CEE) 75/177 del Consiglio, del 10 febbraio 1975, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, in GU L. 45 del 19 febbraio 1975.

Questa direttiva, oggi non più in vigore, esprimeva ancora, in maniera piuttosto chiara, l'ottica funzionalista strettamente legata all'idea della creazione di un mercato comune, tipica della Comunità economica europea.¹³⁶ Risulta particolarmente evidente dalla possibilità, conferita agli Stati membri (artt. 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8) di introdurre misure necessarie volte alla tutela dei lavoratori e delle lavoratrici, sempre però facendo riferimento, unicamente, al mero principio di parità retributiva, senza preoccuparsi della tutela della persona in quanto tale.

1.1. La direttiva (CEE) 76/207 e il caso *M. H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*.

Alla direttiva 75/117 seguì la direttiva (CEE) 76/207¹³⁷ (anch'essa oggi non più in vigore) nel cui preambolo veniva espressa l'idea per cui “un'azione della Comunità appare altresì necessaria per attuare il principio della parità di trattamento tra uomini e donne sia per quanto riguarda l'accesso al lavoro,¹³⁸ alla formazione e promozione professionali, sia per quanto riguarda le altre condizioni di lavoro¹³⁹ in quanto la parità di trattamento costituisce uno degli obiettivi della Comunità pur in mancanza di poteri di azione specifici necessari a tale scopo”. Ecco che in questa seconda direttiva l'ottica funzionalista soccombe: il principio di parità abbandona la dimensione prettamente salariale per estendersi al trattamento complessivo dovuto al prestatore di lavoro.¹⁴⁰ Risulta, infatti, sempre più evidente, soprattutto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che, all'interno dell'ordinamento comunitario, viga un principio generale di non discriminazione sulla base del sesso e che l'art. 119 TCEE costituisca, in realtà, solo una delle sue tante specificazioni: infatti, l'attenzione della Comunità si sposta verso i singoli individui, a prescindere da quello che è l'esercizio di un'attività economica.

¹³⁶ C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2009.

¹³⁷ Direttiva (CEE) 76/207 del Consiglio, del 9 febbraio 1976, 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, in GU L. 39 del 14 febbraio 1976.

¹³⁸ La Corte di giustizia si è pronunciata per definire la portata dell'espressione “accesso al lavoro”, riconducendola a tutte le modalità di ingressi nel mercato del lavoro comprese le offerte di lavoro. Sul punto si veda Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee del 21 maggio 1985, *Commissione delle comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, C- 248/83.

¹³⁹ La locuzione “condizioni di lavoro” è stata interpretata dalla Corte di giustizia come tutte le diverse modalità di recesso del rapporto: licenziamento, dimissioni, risoluzione per mutuo consenso, collocamento a riposo per raggiungimento dei limiti di età. Vi è stato ricondotto anche lo svolgimento di lavoro notturno. Sul punto di veda: M. BARBERA, A. GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria: fonti, strumenti, interpreti*, cit., p 108.

¹⁴⁰ M. BARBERA, A. GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria: fonti, strumenti, interpreti*, cit., p 107.

Il legislatore comunitario, all'interno della direttiva (CEE) 76/207, con l'espressione "uguale trattamento" indicava un trattamento identico; va precisato come questa visione creasse un'equazione piuttosto pericolosa perché andava di fatto a vietare tutte quelle discipline, poste in essere dagli Stati, portatrici di un qualche meccanismo preferenziale.¹⁴¹ Di fatto, però, i commi 2, 3 e 4 dell'art. 2 consentivano la non applicabilità del principio appena menzionato, in casi particolari che legittimassero un'eccezione alla regola. Tali casi fanno riferimento alla gravidanza, alla maternità¹⁴² o alle attività professionali per cui prediligere un determinato sesso rappresenta una condizione oggettivamente determinante.¹⁴³

Quindi, l'art. 2, c. 1 della presente direttiva doveva considerarsi violato qualora non venisse posto in essere un trattamento identico, ma tale violazione poteva essere giustificata da uno dei motivi presenti ai commi successivi.¹⁴⁴

In relazione a tale direttiva, si ricordi il caso riguardante la sig.ra M.H. Marshall e il Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (da ora: il resistente).¹⁴⁵ La sig.ra prestò servizio per il resistente dal giugno 1966 al marzo 1980, quando, poche settimane dopo aver raggiunto il compimento del suo sessantaduesimo anno di età, venne licenziata.

Il resistente, dal 1975, aveva adottato una politica aziendale in cui l'età di pensionamento dei dipendenti veniva fissata in modo da coincidere con l'anno in cui essi sarebbero divenuti idonei per ricevere la pensione di previdenza sociale.

Nel Regno Unito, in quegli anni, era in vigore una legge (la *Social Security Act, 1975*) che stabiliva agli artt. 27, n. 1 e 28, n. 1 che le donne avrebbero ricevuto la pensione statale a 60 anni, mentre gli uomini a 65 anni. Tuttavia, non venivano obbligati uomini e donne ad andare in pensione una volta raggiunta tale età: se il dipendente avesse continuato a lavorare sarebbe stato differito il pagamento sia della pensione statale che di quella particolare.

¹⁴¹ T. K. HERVEY, *The Sex of Labour Law in Europe*, in *Kluwer Law International*, 1996; K. WENTHOLT, *Equality and Gender: The (In)compatibility of the Legal and the Feminist Debate*, in *Kluwer Law International*, 1996.

¹⁴² Art. 2, n. 3 della direttiva (CEE) 76/207 del Consiglio, del 9 febbraio 1976, 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, in GU L. 39 del 14 febbraio 1976.

¹⁴³ Art. 2, n. 2 della direttiva (CEE) 76/207 del Consiglio, del 9 febbraio 1976, 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, in GU L. 39 del 14 febbraio 1976.

¹⁴⁴ O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit. p. 48.

¹⁴⁵ Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee del 26 febbraio 1986, *M. H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, C- 152/84.

Il resistente aveva, comunque, derogato alla politica generale di pensionamento, consentendo alla sig.ra M.H. Marshall di lavorare fino a 62 anni.

Ciononostante, la ricorrente riteneva di aver subito un danno dovuto alla differenza tra il suo potenziale guadagno, se fosse rimasta in servizio, e l'importo della pensione e, inoltre, affermava di essere stata costretta a rinunciare alla gratificazione che il lavoro le procurava. Per questi motivi citava il resistente davanti all'*Industrial Tribunal*. Ella riteneva che il licenziamento costituisse un trattamento meno favorevole in considerazione del sesso e quindi una discriminazione vietata dall'art. 6, n. 4, del *Sex Discrimination Act* (da ora: SDA) nonché dal diritto comunitario, in particolare dalla direttiva 76/207.

Il tribunale respinse la domanda per quanto riguardava la violazione della SDA, dal momento che tale normativa consentiva la discriminazione sulla base del sesso se dovuta a norme relative al decesso o al pensionamento; ma considerava violato, invece, il diritto comunitario. In appello la sentenza venne confermata per quanto riguardava la presunta violazione del diritto interno, ma venne annullata con riferimento alla violazione della direttiva 76/207 dal momento che, nonostante il licenziamento avesse trasgredito il principio di parità di trattamento stabilito dalla direttiva in questione, il singolo non poteva far valere tale trasgressione di fronte al giudice nazionale.¹⁴⁶

Ecco, quindi, che la *Court of Appeal* sospese il procedimento e rivolse alla Corte di giustizia delle comunità economiche europee due questioni pregiudiziali: *in primis*, domandava se il licenziamento di una donna dopo il compimento dei 60 anni di età, per il solo motivo di essere donna, potesse considerarsi una violazione della direttiva circa la parità di trattamento.

Nel caso in cui la risposta della Corte fosse positiva, il giudice nazionale, domandava se la direttiva comunitaria 76/207 potesse essere fatta valere nell'ordinamento interno anche se in contrasto con l'art. 6, n. 4 del SDA.

La Corte, per risolvere la prima questione, fece riferimento anzitutto al tenore letterale dell'art. 5, n. 1 della direttiva 76/207, che così disponeva: "l'applicazione del principio della parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le condizioni inerenti al licenziamento, implica che siano garantite agli uomini e alle donne le medesime condizioni, senza discriminazioni fondate sul sesso." L'art. 7 di tale direttiva, però, conferiva agli Stati membri la possibilità di escludere dal proprio campo

¹⁴⁶ *Ibidem*, punto 11.

di applicazione la fissazione dell'età per il versamento della pensione di anzianità e, quindi, la possibilità di derogare all'obbligo di cui all'art. 5. Data l'enorme rilevanza del principio di parità di trattamento la Corte ritenne che l'eccezione di cui all'art. 7 dovesse essere interpretata in senso restrittivo: doveva essere applicata soltanto alla fissazione dell'età del pensionamento.

Quindi, la prima questione pregiudiziale sottoposta alla Corte di Giustizia veniva risolta in senso affermativo. L'art. 5, n. 1 della direttiva 76/207 doveva essere interpretato come segue: una politica generale in fatto di licenziamenti, che comporti il licenziamento di una donna, unicamente a causa del raggiungimento di un'età specifica (diversa per gli uomini), che la rende idonea a ricevere una pensione statale, costituisce una discriminazione di genere e, dunque, un comportamento vietato dalla suddetta direttiva.

Vista la risposta affermativa alla prima questione, era necessario che la Corte si pronunciasse anche in merito alla seconda. Il ragionamento svolto prendeva come riferimento la precedente giurisprudenza della Corte¹⁴⁷ in cui veniva affermato che, qualora le disposizioni di una direttiva fossero incondizionate e sufficientemente precise potevano essere fatte valere dai singoli nei confronti degli Stati membri, qualora questi ultimi non avessero trasposto tempestivamente o in modo adeguato la direttiva all'interno del diritto nazionale. Questo però non significava che la direttiva creasse degli obblighi in capo al singolo, infatti la natura della direttiva su cui veniva basata la possibilità di farla valere di fronte al giudice nazionale esisteva solo ed esclusivamente nei confronti dello Stato membro a cui era rivolta. Dunque, nel caso di specie, risultava necessario verificare in che qualità fosse intervenuto il resistente: se in quanto Stato o in quanto singolo. Agli amministrati è concesso far valere una direttiva nei confronti dello Stato sia che agiscano in qualità di datore di lavoro sia che agiscano in qualità di pubblica autorità: ciò che si vuole evitare è che lo Stato possa trarre un qualche beneficio a seguito della sua violazione del diritto comunitario. Tale valutazione spetta al giudice nazionale che, in realtà, già aveva sottolineato come il *Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority* agisse in veste di pubblica autorità.

Ecco che la seconda questione venne quindi risolta stabilendo che l'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207 potesse essere fatto valere nei confronti di un ente statale che agisca in qualità di datore di lavoro per impedire l'applicazione di qualsiasi disposizione nazionale non conforme ad esso.

¹⁴⁷ In particolare, Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee del 19 gennaio 1982, *Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*, C- 8/81.

1.2. La direttiva (CEE) 79/7: il principio della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di sicurezza sociale. Il caso *Violeta Villar Láiz*.

Tra le direttive di prima generazione merita di essere menzionata la direttiva (CEE) 79/7,¹⁴⁸ ancora oggi in vigore. L'art. 1 di tale direttiva delinea lo scopo della stessa, ossia la graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, il quale implica l'assenza di qualunque discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso.¹⁴⁹ La direttiva si applica alla popolazione attiva, compresa dei lavoratori indipendenti, dei lavoratori pensionati o invalidi, dei lavoratori la cui attività sia interrotta per malattia, infortunio o disoccupazione involontaria e, anche, da tutte le persone in cerca di un impiego.¹⁵⁰

L'art. 3 precisa l'ambito di applicazione della direttiva, riguardante tutti i regimi legali che assicurano una protezione contro rischi quali, malattia, invalidità, vecchiaia, infortunio sul lavoro e disoccupazione. Inoltre, tale direttiva si applica anche alle disposizioni concernenti assistenza sociale, prestazioni ai superstiti e prestazioni familiari.

L'art. 5 prevede l'obbligo in capo agli Stati membri di prendere le misure necessarie affinché siano soppresse tutte quelle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative che ledano il principio di parità di trattamento. Inoltre ai sensi dell'art. 6, gli Stati devono prevedere all'interno dei loro ordinamenti, misure necessarie volte a permettere a tutti coloro che si ritengono lesi dalla mancata applicazione del principio di parità di trattamento di far valere i propri diritti per via giudiziaria.

Oltre a ciò, la direttiva non influisce sulla possibilità degli Stati membri di escludere una serie di elementi dal suo campo di applicazione. Anzitutto viene fatto esplicito riferimento alla possibilità di esclusione della determinazione dei limiti di età per il diritto alla pensione di anzianità e di fine lavoro e le conseguenze che possono derivarne per altre prestazioni. Ancora, è concessa l'esclusione in riferimento ai benefici forniti nell'ambito dell'assicurazione anzianità a coloro che si sono occupati dell'educazione dei figli e anche all'acquisizione di diritti alle prestazioni dopo periodi di interruzione del lavoro dovuti all'educazione dei figli. Inoltre vengono esclusi il conferimento di diritti a prestazioni di anzianità o invalidità in base ai diritti acquisiti dal coniuge e la

¹⁴⁸ Direttiva 79/7/CEE del Consiglio, del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, in GU L. 6 del 10 gennaio 1979.

¹⁴⁹ Art. 4 della direttiva 79/7/CEE del Consiglio, del 19 dicembre 1978

¹⁵⁰ Art. 2 della direttiva 79/7/CEE del Consiglio, del 19 dicembre 1978.

concessione di incrementi alle prestazioni a lungo termine di invalidità, anzianità, infortunio sul lavoro o malattia professionale per il coniuge a carico.

Gli Stati membri valutano periodicamente le questioni escluse ai sensi del paragrafo 1 al fine di determinare se, considerando l'evoluzione sociale in materia, sia giustificato mantenere tali esclusioni.¹⁵¹

Una delle più rilevanti e recenti pronunce relative alla parità di genere è basata proprio su tale direttiva: il caso *Violeta Villar Láiz c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) e Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*.¹⁵²

L'INSS aveva concesso alla sig.ra Villar Láiz una pensione di vecchiaia a partire dall'1 ottobre 2016, utilizzando per il calcolo il coefficiente di riduzione del 53% destinato a coloro che avevano lavorato a tempo parziale ai sensi dell'art. 247¹⁵³ e 248, paragrafo 3¹⁵⁴ della *Ley General de la Seguridad Social* (legge generale sulla previdenza sociale. Da ora: LGSS).

La sig.ra chiedeva, invece, che per il calcolo della sua pensione venisse utilizzato un coefficiente pari a quello destinato a coloro che avevano lavorato a tempo pieno, ossia dell'80,04%, in altre parole chiedeva che i suoi periodi di lavoro a tempo parziale venissero conteggiati come se fossero stati a tempo pieno.

Tale domanda venne respinta dall'INSS e dunque la sig.ra presentò ricorso dinanzi al Tribunale del lavoro spagnolo, sostenendo che la disparità di trattamento configurava un'ipotesi di discriminazione indiretta fondata sul sesso, dal momento che la maggior parte delle lavoratrici a tempo parziale erano donne.

Il Tribunale del lavoro respinse la domanda della sig.ra sostenendo che la formula applicata al calcolo della pensione doveva necessariamente tener conto, in modo proporzionato, dei contributi versati durante il periodo di lavoro. La sig.ra Villar Láiz allora propose appello. Il giudice per fondare il suo ragionamento, si servì di alcuni

¹⁵¹ Art. 7 della direttiva (CEE) 97/80 del Consiglio del 15 dicembre 1997.

¹⁵² Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 8 maggio 2019, *Violeta Villar Láiz c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) e Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, C-161/18.

¹⁵³ L'art. 247 della LGSS stabilisce che i periodi lavorati a tempo parziale non sono conteggiati interamente, ma in proporzione a una specifica quota, in applicazione di un coefficiente di riduzione corrispondente alla percentuale che rappresenta il tempo parziale del lavoratore rispetto all'orario di un paragonabile lavoratore a tempo pieno.

¹⁵⁴ L'art. 248, paragrafo 3 della LGSS stabilisce che al fine di determinare l'importo delle pensioni di vecchiaia e d'invalidità permanente risultante da una malattia non professionale, il numero di giorni di contributi calcolato ai sensi delle disposizioni dell'articolo 247, paragrafo 2, lettera a), è maggiorato tramite l'applicazione di un coefficiente pari a 1,5, senza che il numero di giorni così ottenuto possa essere superiore al periodo di occupazione a tempo parziale

precedenti casi nazionali¹⁵⁵ in cui era stata dichiarata l'incostituzionalità del sistema di conteggio della pensione prestato nel caso di lavoro a tempo parziale. In forza di tale sistema, se le ore di lavoro prestate non superavano i quindici anni, il lavoratore non aveva accesso a una pensione di vecchiaia. In forza dell'avvenuta riforma, il legislatore aveva modificato il sistema di accesso alla pensione di vecchiaia, introducendo al contempo, per il calcolo dell'importo della pensione, un coefficiente di riduzione per i lavoratori che hanno lavorato a tempo parziale.¹⁵⁶

Dunque, secondo il giudice di appello il diritto spagnolo di cui alla LGSS ha, il più delle volte, effetti negativi nei confronti dei lavoratori a tempo parziale. Oltre a disporre, durante il periodo lavorativo di una retribuzione minore (da cui consegue quindi un importo di base applicabile al calcolo della pensione inferiore) rispetto ai lavoratori a tempo pieno, tale sistema riduce anche il periodo di versamento di contributi preso in considerazione per stabilire la percentuale applicabile a quel determinato importo di base.

Dal momento che il 75% dei lavoratori a tempo parziale, nel primo trimestre del 2017 in Spagna, erano donne, il giudice nazionale riteneva configurata un'ipotesi di discriminazione indiretta fondata sul sesso, contraria dunque all'art. 4, paragrafo 1 della direttiva (CEE) 79/7 e all'art. 21 della CDFUE.

Per questi motivi il giudice spagnolo decise di sospendere il procedimento e di sottoporre alla CGUE due questioni pregiudiziali (la seconda questione, alla luce della prima risposta della Corte non venne esaminata).

Con la prima questione veniva domandato se l'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva (CEE) 79/7 dovesse essere interpretato nel senso che con esso contrasta una normativa di uno Stato membro secondo la quale, l'importo della pensione di vecchiaia di tipo contributivo di un lavoratore a tempo parziale, era calcolato moltiplicando un importo di base, stabilito a partire dalle retribuzioni effettivamente percepite e dai contributi effettivamente versati, per una percentuale che dipendesse dalla durata del periodo contributivo, che è soggetto a un coefficiente di riduzione pari al rapporto tra il periodo di lavoro effettivamente prestato a tempo parziale e il periodo di lavoro prestato da un paragonabile lavoratore a tempo pieno e maggiorato mediante l'applicazione di un coefficiente pari a 1,5.

¹⁵⁵ Sentenza del Tribunal Constitucional (Corte costituzionale, Spagna) del 14 marzo 2013, C-61/13; sentenza del Tribunal Constitucional del 22 novembre 2012, C-385/11.

¹⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 8 maggio 2019, punto 24.

L'art. 4, paragrafo 1 della direttiva comunitaria vieta qualunque discriminazione fondata sul sesso, diretta o indiretta, in particolare con riferimento al calcolo delle prestazioni in materia di previdenza sociale; nel caso di specie, però, la normativa nazionale non poteva configurare tale ipotesi dal momento che veniva applicata indistintamente a uomini e donne.

La Corte mise in evidenza come la nozione di discriminazione indiretta debba essere intesa nel senso di 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, a meno che detta disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.¹⁵⁷ Dunque, tale determinato svantaggio potrebbe essere dimostrato se fosse provato che una normativa come quella di cui al procedimento principale colpisce negativamente e in proporzione nettamente superiore le persone di un determinato sesso.

La Corte aveva precedentemente stabilito¹⁵⁸ che il metodo più idoneo di confronto consiste nell'analizzare, da una parte, le proporzioni di lavoratori coinvolti o non coinvolti dalla norma in questione all'interno della forza lavoro maschile e, dall'altra, le medesime proporzioni all'interno della forza lavoro femminile. È necessario considerare non solo il numero totale di individui interessati, poiché tale cifra è influenzata dal numero complessivo di lavoratori attivi nell'intero Stato membro, ma anche dalla distribuzione di uomini e donne nella medesima giurisdizione. Tale analisi doveva essere valutata dal giudice nazionale e nel caso in cui avesse concluso che la normativa nazionale, oggetto della procedura principale, avesse posto le donne in una posizione di svantaggio rispetto agli uomini, tale normativa sarebbe stata in violazione dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 79/7, a meno che non potesse essere giustificata da fattori oggettivi estranei a qualsiasi forma di discriminazione basata sul genere.

Nel caso specifico, la decisione di rinvio evidenziava che la normativa nazionale in questione nel procedimento principale comportava due elementi che influivano sulla riduzione dell'importo delle pensioni di vecchiaia per i lavoratori a tempo parziale. In primo luogo, l'importo di base della pensione era determinato in funzione della base contributiva, che teneva conto delle retribuzioni effettivamente percepite in relazione

¹⁵⁷ *Ibidem*, punto 37.

¹⁵⁸ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 9 febbraio 1999, *Regina c. Secretary of State for Employment*, C-167/97, punto 59.

alle ore lavorate. Di conseguenza, l'importo base per un lavoratore a tempo parziale era inferiore rispetto a quello di un lavoratore a tempo pieno comparabile. In secondo luogo, l'importo di base veniva moltiplicato per una percentuale in relazione al numero di giorni di contributi, ma questo numero era soggetto a un coefficiente di riduzione basato sul rapporto tra le ore lavorate effettivamente dal lavoratore a tempo parziale e quelle di un lavoratore a tempo pieno comparabile. Questo secondo elemento era mitigato dall'applicazione dell'articolo 248, paragrafo 3, della LGSS, che aumentava il numero di giorni contributivi con un coefficiente di 1,5 dopo l'applicazione del coefficiente di riduzione. Tuttavia, veniva sottolineato che il primo elemento, cioè la disparità nell'importo di base per i lavoratori a tempo parziale, in quanto riflessione di una prestazione lavorativa meno significativa, già raggiungeva l'obiettivo di preservare il sistema previdenziale di tipo contributivo.

Di conseguenza, l'applicazione aggiuntiva di un coefficiente di riduzione specifico per il lavoro a tempo parziale superava quanto necessario per raggiungere tale obiettivo, portando a una riduzione dell'importo della pensione di vecchiaia per i lavoratori a tempo parziale (meno di due terzi del lavoro a tempo pieno comparabile) superiore a quanto deriverebbe da una semplice considerazione proporzionale del loro orario di lavoro.

Dunque, la Corte rispose alla prima questione affermando che l'art. 4, paragrafo 1, della direttiva 79/7 impedisce l'applicazione di una normativa di uno Stato membro, come quella in esame nel procedimento principale, secondo la quale l'importo della pensione di vecchiaia di tipo contributivo per un lavoratore a tempo parziale doveva essere moltiplicato all'importo di base, derivante dalle retribuzioni effettivamente percepite e dai contributi effettivamente versati, per una percentuale legata alla durata del periodo contributivo. Tale periodo era soggetto a un coefficiente di riduzione basato sul rapporto tra le ore di lavoro effettivamente svolte dal lavoratore a tempo parziale e quelle di un lavoratore a tempo pieno comparabile, ed era maggiorato mediante l'applicazione di un coefficiente di 1,5, nei limiti in cui tale normativa avesse colpito in modo svantaggioso i lavoratori di sesso femminile rispetto a quelli di sesso maschile.

Quindi, tramite la presente pronuncia la CGUE ha concluso che la normativa spagnola, relativa al computo dell'importo delle pensioni di vecchiaia per i lavoratori a tempo parziale, violava il diritto dell'UE nel caso in cui determinasse un notevole svantaggio per i lavoratori di sesso femminile.

1.3. Le direttive degli anni '80 e '90.

Negli anni '80 e '90 furono promulgate una serie di ulteriori direttive di prima generazione: la direttiva (CEE) 86/378,¹⁵⁹ oggi non più in vigore, che dava attuazione al principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale e, nel 1998, venne promulgata la direttiva (CE) 97/80¹⁶⁰ riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione sulla base del sesso, abrogata altresì nel 2009. Tale direttiva aveva l'obiettivo di migliorare l'efficacia delle misure adottate dagli Stati membri per attuare il principio di parità di trattamento. Tali misure erano volte a consentire a chiunque si ritenesse vittima di una violazione del principio di parità di trattamento di far valere i propri diritti in via giudiziaria, dopo l'eventuale ricorso ad altri organi competenti.¹⁶¹ All'art. 4 veniva previsto un alleggerimento dell'onere della prova a favore della parte ricorrente: non si trattava di una completa inversione dell'onere della prova in quanto, l'attore doveva necessariamente produrre elementi in grado di, quantomeno, far presumere la sussistenza del fatto e quindi la discriminazione diretta o indiretta, mentre sarebbe stato poi il convenuto a dover dimostrare l'insussistenza di tale fatto. Gli Stati membri erano comunque legittimati a imporre regimi probatori più favorevoli per la parte attrice.

1.3.1. La sicurezza e la salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento: la direttiva (CEE) 92/85 e il caso *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*.

Nel 1992 fu promulgata la direttiva (CEE) 92/85,¹⁶² ancora oggi in vigore, che prevede misure volte a garantire e migliorare la salute e la sicurezza sociale sul posto di lavoro per le lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, modificata poi nel 2019.

Tale direttiva, all'art. 2 delinea la definizione di lavoratrici gestanti, puerpere e in periodo di allattamento le quali, dal punto di vista giuridico, rilevano come tali dal momento in cui informano il proprio datore di lavoro della loro situazione.

¹⁵⁹ Direttiva (CEE) 86/635 del Consiglio dell'8 dicembre 1986 relativa ai conti annuali ed ai conti consolidati delle banche e degli altri istituti finanziari in GU L. 372 del 31 dicembre 1986.

¹⁶⁰ Direttiva (CE) 97/80 del Consiglio del 15 dicembre 1997 riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso in GU L. 14 del 20 gennaio 1998.

¹⁶¹ Art. 1 della direttiva (CE) 97/80 del Consiglio del 15 dicembre 1997.

¹⁶² Direttiva (CEE) 92/85 del Consiglio, del 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (decima direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1 della direttiva 89/391/CEE) in GU L. 348 del 28 novembre 1992.

L'art. 3 stabilisce come gli Stati membri debbano introdurre delle linee direttrici di modo da valutare gli agenti chimici, fisici e biologici ritenuti pericolosi per la salute delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, così come devono essere altresì valutate la fatica mentale e quella fisica che determinate posizioni lavorative possono comportare. Inoltre, il datore di lavoro deve valutare la natura, il grado e la durata dell'esposizione della donna in questione a un determinato rischio e decidere di conseguenza quali misure adottare.¹⁶³ Generalmente deve cercare di evitare l'esposizione della lavoratrice ai rischi, modificando temporaneamente le condizioni o l'orario di lavoro; soltanto se ciò non è tecnicamente possibile alla lavoratrice è concesso un congedo conforme alla legislazione nazionale.¹⁶⁴

All'art. 7 la direttiva sancisce, invece, come gli Stati membri debbano adottare le misure necessarie affinché le lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento non siano obbligate a svolgere lavoro notturno, consentendo loro di essere trasferite ad una mansione diurna o, qualora non sia possibile, di prolungare il periodo di congedo di maternità, che, in linea generale non deve essere inferiore alle 14 settimane.¹⁶⁵

All'art. 10 è sancito il divieto di licenziamento delle lavoratrici durante il periodo che intercorre tra l'inizio della gravidanza e la fine del congedo di maternità.

Con riferimento a tale direttiva è necessario menzionare il caso *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*.¹⁶⁶

La sig.ra Mayr lavorava come cameriera per la Flöckner a partire del 3 gennaio 2005. L'8 marzo dello stesso anno, nell'ambito di un tentativo di fecondazione in vitro e a seguito di un trattamento ormonale di circa un mese e mezzo, era stato praticato alla sig.ra Mayr un prelievo follicolare. Il suo medico curante le aveva dunque prescritto un congedo per malattia dall'8 al 13 marzo 2005.

Il 10 marzo la Flöckner comunicava alla sig.ra Mayr che era stata licenziata e che tale licenziamento iniziava ad avere effetto a partire dal 26 marzo 2005 e in quel momento

¹⁶³ Art. 4 della direttiva (CEE) 92/85 del Consiglio, del 19 ottobre 1992.

¹⁶⁴ Art. 5 della direttiva (CEE) 92/85 del Consiglio, del 19 ottobre 1992.

¹⁶⁵ Art. 8 della direttiva (CEE) 92/85 del Consiglio, del 19 ottobre 1992.

¹⁶⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 26 febbraio 2008, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, C-506/06. Si veda: V. SALVATORE, *I principi di uguaglianza e non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato*, Bruxelles, 2021, pp. 36 ss.; European Commission, *Compilation of case law on the equality of treatment between women and men and on non-discrimination in the European Union*, Lussemburgo, 2010, pp. 566 ss.; L. TRUCCO, *Le tutele comunitarie nei confronti delle lavoratrici alla prova della fecondazione in vitro*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2008, pp. 2143 ss.

la sig.ra Mayr informò la Flöckner che il 13 marzo 2005, nell'ambito di un trattamento di fecondazione artificiale, era programmato il trasferimento nel suo utero degli ovuli fecondati.

Secondo la decisione di rinvio, era pacifico che alla data della comunicazione del licenziamento della sig.ra Mayr, vale a dire il 10 marzo 2005, gli ovuli ad essa prelevati erano già stati fecondati con gli spermatozoi del suo partner e che quindi, in quella data, sussistevano già ovuli fecondati in vitro. Oltre a ciò, era previsto in data 13 marzo 2005, vale a dire tre giorni dopo che la sig.ra Mayr era stata informata del suo licenziamento, che due ovuli fecondati sarebbero stati trasferiti nell'utero di quest'ultima.

La sig.ra Mayr affermava che il licenziamento comunicato il 10 marzo era giuridicamente inefficace poiché, a partire dall'8 marzo, data in cui era avvenuta la fecondazione in vitro dei suoi ovuli, trovava applicazione nei suoi confronti la tutela contro il licenziamento prevista dall'art. 10, n. 1, del *Mutterschutzgesetz* (legge sulla tutela della maternità. Da ora: MSchG), il quale stabiliva che le dipendenti non potessero essere licenziate, durante il periodo di gravidanza né nei quattro mesi successivi al parto, se avessero informato il datore di lavoro della situazione.

La Flöckner respinse la richiesta sostenendo che al momento del licenziamento la gravidanza non esisteva. Il Tribunale di Salisburgo accolse la domanda della sig.ra Mayr ritenendo che la tutela contro il licenziamento prevista dall'art. 10 dell'MSchG decorresse dalla data di fecondazione dell'ovulo.

Tuttavia il giudice di appello annullò tale sentenza e respinse la domanda della sig.ra Mayr, sostenendo che la gravidanza in vitro iniziò solo con il trasferimento dell'ovulo fecondato nel corpo della donna e, dunque, soltanto a partire da tale momento opererebbe la tutela della gestante contro la risoluzione del contratto di lavoro. Tale sentenza pronunciata in appello formò oggetto di ricorso dinanzi alla Corte Suprema Tedesca, la quale evidenziò l'inderogabile finalità della tutela della maternità consistente nel preservare la salute della madre e del bambino e, nel caso della tutela contro il licenziamento, nell'assicurare i mezzi di sussistenza della madre. Per questi motivi, l'esigenza di tutela per tutta la durata dello stato della donna sussisterebbe indipendentemente dal fatto che sia già avvenuto o meno l'impianto dell'ovulo fecondato nella mucosa uterina.

Tuttavia, tale giurisprudenza della Corte Suprema Tedesca relativa all'art. 10 dell'MSchG sarebbe fondata esclusivamente su casi di concepimento in utero, vale a

dire di concepimento naturale, ed era la prima volta che si discuteva circa il caso di una fecondazione in vitro.

La Corte Suprema Tedesca decise di sospendere il giudizio e di sottoporre alla CGUE una questione pregiudiziale, ritenendo che la controversia di cui era investita richiedesse l'interpretazione di disposizioni comunitarie.

Veniva domandato, se la lavoratrice che si sottopone ad una fecondazione in vitro e che viene licenziata nel momento in cui si sia già in presenza di embrioni in vitro, ma questi non siano stati ancora trasferiti nel corpo della donna possa rientrare nella definizione di lavoratrice gestante ai sensi dell'art. 2, lett. a) della direttiva comunitaria 92/85.

La Corte fece riferimento alla sua precedente giurisprudenza, sottolineando come il diritto comunitario persegua la tutela delle lavoratrici prima e dopo il parto.¹⁶⁷

Ciò risulta ancora più evidente dal fatto che già prima dell'entrata in vigore della direttiva 92/85 la Corte aveva stabilito che, in forza del principio di non discriminazione e, in particolare, degli artt. 2, paragrafo 1, e 5, paragrafo 1, della direttiva 76/207, una tutela contro il licenziamento doveva essere necessariamente riconosciuta alla donna non solo durante il congedo di maternità, ma anche durante l'intero periodo della gravidanza. La *ratio* posta alla base di questa tutela consisteva nel fatto che un licenziamento durante tali periodi poteva riguardare solo le donne e costituiva quindi una discriminazione diretta basata sul sesso.¹⁶⁸

Inoltre, la Corte evidenziò i rischi che un eventuale licenziamento avrebbe potuto comportare allo stato fisico e psichico delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, come il rischio particolarmente grave di spingere la lavoratrice gestante ad interrompere volontariamente la gravidanza. Dunque, per questi motivi, il legislatore comunitario ha previsto, ai sensi dell'art. 10 della direttiva 92/85, una protezione specifica per la donna sancendo il divieto di licenziamento nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità. Il divieto previsto dall'art. 10 ha come unica eccezione quella prevista al paragrafo 2 per cui soltanto

¹⁶⁷ Si vedano: sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 8 settembre 2005, *North Western Health Board c. Margaret McKenna*, C-191/03, punto 42; sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea 11 ottobre 2007, *Nadine Paquay c. Société d'architectes Hoet e Minne SPRL*, C-460/06, punto 28.

¹⁶⁸ Si vedano: sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 8 novembre 1990, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund c. Dansk Arbejdsgiverforening* C-179/88, punto 13; sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 30 giugno 1998, *Mary Brown c. Rentokil Ltd*, C-394/96, punti 16, 24 e 25.

attraverso giustificati motivi scritti, presentati dal datore di lavoro, è possibile licenziare una lavoratrice gestante, puerpera o in fase di allattamento.

La CGUE stabilì come fosse necessario evidenziare gli scopi perseguiti dalla direttiva 92/85, e più in particolare dal suo art. 10, per stabilire se la tutela contro il licenziamento prevista da tale disposizione si potesse estendere ad una lavoratrice che si trovasse nelle circostanze di cui alla causa principale.

Dunque, sia dalla formulazione dell'art. 10 della direttiva 92/85, sia dallo scopo principale perseguito da quest'ultima, emergeva chiaramente che, per beneficiare della tutela contro il licenziamento riconosciuta da tale articolo, la gravidanza in questione doveva essere iniziata.

La direttiva 92/85 evidenzia che il divieto di licenziamento previsto nel suo art. 10 ha lo scopo di evitare che il rischio di licenziamento per motivi connessi al loro stato possa avere effetti dannosi sulla condizione fisica e psichica delle lavoratrici gestanti.¹⁶⁹ È pertanto evidente che, al fine di garantire la sicurezza e la tutela delle lavoratrici gestanti, è necessario considerare la data più precoce di inizio gravidanza. Tuttavia, anche ammettendo, nel caso di fecondazione in vitro, che questa data coincida con il momento del trasferimento degli ovuli fecondati nell'utero, non è accettabile, per garantire la certezza del diritto,¹⁷⁰ estendere la protezione dell'art. 10 della direttiva 92/85 a situazioni in cui al momento del licenziamento il trasferimento degli ovuli fecondati non è ancora avvenuto.

Ciò è dovuto al fatto che, prima del trasferimento, gli ovuli fecondati possono, in taluni Stati membri, essere conservati per un periodo più o meno esteso; la normativa nazionale in questione nella causa principale prevedeva la possibilità di conservare gli ovuli fecondati fino a dieci anni. Di conseguenza, applicare la protezione contro il licenziamento prima del trasferimento degli ovuli potrebbe avere l'effetto di concedere il beneficio di tale tutela anche qualora il trasferimento sia rimandato per diversi anni o addirittura si sia definitivamente rinunciato e la fecondazione in vitro sia stata praticata come semplice misura cautelativa.

Tuttavia, pur non essendo possibile desumere dalla direttiva 92/85 la tutela contro il licenziamento di una lavoratrice in una situazione come quella di cui alla causa

¹⁶⁹ Direttiva (CEE) 92/85 del Consiglio, del 19 ottobre 1992, considerando 15.

¹⁷⁰ Si veda: ML. TUFANO, *La certezza del diritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2019, pp. 767-793.

principale, tale lavoratrice potrebbe eventualmente far valere la tutela contro la discriminazione fondata sul sesso riconosciuta dalla direttiva 76/207.

La Corte aveva già stabilito, in conformità con gli articoli 2, paragrafo 1, e 5, paragrafo 1, della direttiva 76/207, che la protezione contro il licenziamento doveva essere riconosciuta alle donne non solo durante il congedo di maternità, ma per l'intera durata della gravidanza. Secondo la Corte, il licenziamento di una lavoratrice a motivo della sua gravidanza o per un motivo basato sostanzialmente su tale stato può riguardare solo le donne e costituisce quindi una discriminazione diretta basata sul sesso.¹⁷¹

Poiché la decisione di rinvio non indicava le ragioni per le quali la Flöckner aveva licenziato la sig.ra Mayr, spettava al giudice nazionale determinare se il licenziamento fosse essenzialmente dovuto al fatto che si stava sottoponendo a un trattamento di fecondazione in vitro mentre era in congedo di malattia. Se questo fosse il caso, era necessario stabilire se tale motivo si applicasse indistintamente a entrambi i sessi o se, invece, fosse valida esclusivamente per una delle due categorie.

La Corte sottolinea che, poiché i lavoratori dei due sessi sono esposti alle malattie nella stessa misura, se una lavoratrice viene licenziata per un'assenza dovuta a malattia nelle stesse condizioni di un lavoratore non vi è discriminazione diretta fondata sul sesso.¹⁷²

Certamente i lavoratori di entrambi i sessi possono avere un impedimento di carattere temporaneo ad effettuare il loro lavoro a causa dei trattamenti medici che debbano seguire. Tuttavia, gli interventi di cui trattasi nella causa principale riguardano direttamente soltanto le donne.

Di conseguenza, gli artt. 2, paragrafo 1, e 5, paragrafo 1, della direttiva 76/207 ostano al licenziamento di una lavoratrice che, in circostanze quali quelle di cui alla causa principale, si trovi in una fase avanzata di un trattamento di fecondazione in vitro, vale a dire tra il prelievo follicolare e il trasferimento immediato degli ovuli fecondati nel suo utero, purché sia dimostrato che il licenziamento si fondi essenzialmente sul fatto che l'interessata si sia sottoposta a tale trattamento.

¹⁷¹ Si vedano: sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 8 novembre 1990, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund c. Dansk Arbejdsgiverforening*, C-179/88, punto 13; sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 30 giugno 1998, *Mary Brown c. Rentokil Ltd*, C-394/96, punti 16, 24 e 25; sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 8 settembre 2005, *North Western Health Board c. Margaret McKenna*, C-191/03, punto 47; sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 11 ottobre 2007, *Nadine Paquay c. Société d'architectes Hoet e Minne SPRL*, C-460/06, punto 29.

¹⁷² Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 8 novembre 1990, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund c. Dansk Arbejdsgiverforening* C-179/88, punto 17.

Alla luce di tutte queste considerazioni, la Corte risponde alla questione pregiudiziale nel senso che la direttiva 92/85 e, in particolare, il divieto di licenziamento delle lavoratrici gestanti previsto nell'art. 10, paragrafo 1, deve essere interpretata nel senso che non riguarda una lavoratrice che si sottopone a fecondazione in vitro qualora, al momento della comunicazione del licenziamento, gli ovuli fecondati non siano stati ancora trasferiti nell'utero della lavoratrice. Tuttavia, gli artt. 2, paragrafo 1, e 5, paragrafo 1, della direttiva 76/207 ostano al licenziamento di una lavoratrice che si trovi in una fase avanzata di un trattamento di fecondazione in vitro, purché sia dimostrato che il licenziamento si fonda essenzialmente sul fatto che l'interessata si sia sottoposta a tale trattamento.

2. Le direttive di seconda generazione.

Agli inizi degli anni 2000 vennero emanate diverse direttive, definite di “seconda generazione” che delinearono una diversa nozione di discriminazione, più sensibile alle differenze,¹⁷³ frutto, in parte, delle modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam, in attuazione dell'art. 13 TCE.

Queste direttive inaugurarono una “nuova età dell'oro” della legislazione antidiscriminatoria:¹⁷⁴ vennero, infatti, riconosciuti gli stessi vantaggi della categoria sociale favorita a quella sfavorita.

Tra le direttive di seconda generazione ricordiamo la direttiva (CE) 2000/78¹⁷⁵ che stabiliva un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. In particolare, si ritiene di dover richiamare l'attenzione sull'art. 1 che definisce lo scopo della direttiva stessa: “La presente direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni [...], per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento”. All'art. 2 viene espressamente affermato che le molestie possono considerarsi discriminazione quando hanno lo scopo, o comunque l'effetto, di ledere la dignità umana e di creare un clima intimidatorio od ostile.

¹⁷³ L. CALAFÀ, *Le direttive antidiscriminatorie di «nuova generazione»: il recepimento italiano*, in *Studium iuris*, 2004, pp. 873-881.

¹⁷⁴ Definizione di M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, p. 399.

¹⁷⁵ Direttiva (CE) 2000/78 del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro in GU L. 303 del 2 dicembre 2000.

La direttiva (CE) 2002/73,¹⁷⁶ riguardava le discriminazioni di genere in ambito lavorativo e nella formazione professionale, poneva a fondamento l'art. 141 TCE ed estendeva la tutela della parità di trattamento tra i sessi oltre i confini di quella retributiva per comprendere la materia dell'occupazione e delle condizioni di lavoro. Tuttavia, la direttiva in questione, nonostante facesse parte delle direttive c.d. di seconda generazione e nonostante introducesse delle novità rispetto alla previgente disciplina, non si discostava di molto dal corpo normativo precedente, non cogliendo quello che è lo spirito del *gender mainstreaming*.¹⁷⁷ Tale direttiva, infatti, dal 2009 non è più in vigore.

2.1. Il caso *Test-Achats* e l'errore a monte della direttiva (CE) 2004/113.

La direttiva (CE) 2004/113,¹⁷⁸ ancora oggi in vigore, mira ad attuare il principio di parità di trattamento senza discriminazioni legate al sesso per l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura.¹⁷⁹ Ai sensi dell'art. 4 di tale direttiva la parità di trattamento tra uomini e donne consiste nel vietare ogni discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso, così come sono vietate (perché equiparate a discriminazioni fondate sul sesso) le molestie, le molestie sessuali e l'ordine di discriminare.

L'art. 5 obbliga gli Stati membri a provvedere affinché venga tenuto conto del sesso come fattore di calcolo dei premi e delle prestazioni a fini assicurativi all'interno di tutti i contratti stipulati dopo il 21 dicembre 2007. Al comma 2 è prevista una facoltà di deroga per cui gli Stati potevano decidere prima del 21 dicembre 2007 di consentire differenze proporzionate nei premi e nelle prestazioni individuali nel caso in cui il sesso sia determinante nella valutazione dei rischi sulla base di determinate statistiche.

All'art. 6 rubricato "Azione positiva" viene concesso agli Stati membri di mantenere o adottare misure specifiche destinate ad evitare gli svantaggi legati al sesso.

La direttiva in questione è importante soprattutto perché all'art. 9 prevede una sorta di inversione dell'onore della prova, così come era già stato previsto nella direttiva (CE)

¹⁷⁶ Direttiva (CE) 2002/73 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, che modifica la direttiva 76/207/CEE del Consiglio relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, in GU L. 269 del 5 ottobre 2002.

¹⁷⁷ A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutela*, in *Rivista Associazione Italiana dei costituzionalisti*, 2020, pp. 19-58.

¹⁷⁸ Direttiva (CE) 2004/113 del Consiglio, del 13 dicembre 2004, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura in GU L. 373 del 21 dicembre 2004.

¹⁷⁹ Art. 1 della direttiva (CE) 2004/113 del 13 dicembre 2004.

97/80. L'articolo, infatti stabilisce che gli Stati membri debbano adottare le misure necessarie affinché venga assicurata, alle persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione del principio della parità di trattamento, la possibilità di esporre i fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta. Sarà poi la parte convenuta a dover provare che non vi è stata violazione del principio.

La sentenza *Test-Achats* della Corte di giustizia del 1 marzo 2011¹⁸⁰ ha dichiarato l'invalidità della direttiva (CE) 2004/113 nella parte in cui ammette la deroga alla parità di trattamento tra uomini e donne in punto di tariffe assicurative.

Nel caso di specie, i ricorrenti proposero, dinanzi alla *Cour constitutionnelle*, un ricorso per l'annullamento della legge del 21 dicembre 2007, che aveva trasposto nell'ordinamento belga la direttiva (CE) 2004/113.

Essi ritenevano che la legge 21 dicembre 2007, la quale mette in atto la facoltà di deroga prevista dall'art. 5, paragrafo 2, della direttiva 2004/113, fosse contraria al principio della parità tra donne e uomini.

La *Cour constitutionnelle*, ritenendo che il ricorso di cui era stata investita sollevasse un problema di validità di una disposizione di una direttiva dell'UE, decise di sospendere il procedimento e di sottoporre alla CGUE le seguenti questioni pregiudiziali. Domandava se l'art. 5, paragrafo 2, della direttiva comunitaria fosse compatibile con l'art. 6, paragrafo 2, TUE¹⁸¹ e, più specificamente, con il principio di parità e di non discriminazione garantito da tale disposizione. Secondariamente, in caso di soluzione negativa della prima questione, il giudice nazionale chiedeva alla Corte se l'art. 5,

¹⁸⁰ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 1 marzo 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e altri c. Conseil des ministres*, C-236/09. Si veda: P. MARANO, *Le assicurazioni discriminano o differenziano in base al sesso?*, in *Europa e diritto privato*, 2012, pp. 265-282; L. CAPPUCIO, *Il caso Association Belge des Consommateurs e la non discriminazione nel settore delle assicurazioni: la parità al volante?*, in *Quaderni costituzionali*, 2011 pp. 690-693; P. DE LUCA, M. PUGLIA, *Cronache della giurisprudenza dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011 pp. 781-798; O. BONARDI, *La nuova linfa dell'uguaglianza dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2011, pp. 848-858; P. SANTONE, *Diritto e statistica*, in "genere" diversi, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011 pp.1244-1248; M. CASTELLANETA, *Esclusa la possibilità di discriminazione uomo-donna nei contratti stipulati con le compagnie assicurative*, in *Guida al Diritto*, 2011, pp. 80-82; J. DAVEY, *Genetic discrimination in insurance: Lessons from Test Achats*, *Genetic Discrimination*, Londra, 2015 pp.143-160; R. ALBERTI, *Radiodiffusione via satellite e clausole di esclusiva territoriale: note a margine di CEG, 4 ottobre 2011*, in *Europa e diritto privato*, 2012, pp. 256-263.

¹⁸¹ Il considerando 1 della direttiva (CE) 2004/113 stabilisce che l'art. 6 TUE fonda l'UE "sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri, e rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario".

paragrafo 2, della direttiva fosse parimenti incompatibile con l'art. 6, paragrafo 2, TUE qualora la sua applicazione fosse limitata ai soli contratti di assicurazione sulla vita.

Per rispondere alla prima questione la Corte sottolinea che l'art. 6 TUE stabilisce che l'UE rispetta i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e come risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario. Tali diritti fondamentali sono stati incorporati nella Carta, la quale, a partire dal 1 dicembre 2009, ha il medesimo valore giuridico dei Trattati.

All'interno della Carta gli artt. 21 e 23 vietano, da un lato, qualsiasi forma di discriminazione fondata sul sesso e, dall'altro, sanciscono che la parità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi. Dal momento che il quarto considerando della direttiva 2004/113¹⁸² si riferisce esplicitamente a tali articoli, occorre esaminare la validità dell'art. 5, paragrafo 2, della direttiva comunitaria alla luce delle citate disposizioni della Carta.¹⁸³

Il diritto alla parità di trattamento tra donne e uomini costituisce l'oggetto di disposizioni contenute nel TFUE. Da un lato, ai sensi dell'art. 157, paragrafo 1, TFUE, ciascuno Stato membro deve assicurare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore. Dall'altro lato, l'art. 19, paragrafo 1, TFUE prevede che il Consiglio, previa approvazione del Parlamento, possa prendere i provvedimenti opportuni per combattere tutte le discriminazioni fondate sul sesso, sulla razza o sull'origine etnica, sulla religione o sulle convinzioni personali, sulla disabilità, sull'età o sull'orientamento sessuale. Dunque, l'art. 157, paragrafo 1, TFUE stabilisce il principio della parità di trattamento tra donne e uomini in un settore determinato, mentre l'art. 19, paragrafo 1, TFUE costituisce una norma attributiva di un potere al Consiglio, che quest'ultimo deve esercitare conformandosi, in particolare, all'art. 3, paragrafo 3, comma 2, TUE e all'art. 8 TFUE. Ai sensi dell'art. 3, paragrafo 3, comma 2 TUE, l'UE combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia, la protezione sociale, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti dei minori; ai sensi, invece, dell'art. 8 TFUE, l'UE, nelle sue azioni, mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne. Nella realizzazione progressiva di

¹⁸² Il considerando 4 della direttiva (CE) 2004/113 stabilisce che “la parità tra gli uomini e le donne è un principio fondamentale dell'Unione europea. La Carta dei diritti fondamentali, agli articoli 21 e 23, vieta ogni discriminazione fondata sul sesso e prescrive che sia garantita la parità tra gli uomini e le donne in tutti i settori”.

¹⁸³ Si veda: sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert c. Land Hessen*, cause riunite C-92/09 e C-93/09, punto 46.

tale parità, è il legislatore dell'UE che, tenendo in considerazione i due articoli appena menzionati, stabilisce il momento del proprio intervento tenendo conto dell'evoluzione delle condizioni economiche e sociali nell'ordinamento comunitario. Tuttavia, una volta che tale intervento è stato deciso, esso deve volgersi, in modo coerente, alla realizzazione dell'obiettivo ricercato e questo non esclude la possibilità di prevedere periodi transitori o deroghe di portata limitata.

Inoltre, ai sensi del considerando 18 della direttiva comunitaria, al momento dell'adozione di quest'ultima era pratica diffusa, nella fornitura dei servizi assicurativi, l'utilizzo di fattori attuariali correlati al sesso, per cui, il legislatore dell'UE era legittimato a mettere in atto il principio della parità tra donne e uomini, e più precisamente l'applicazione della regola dei premi e delle prestazioni *unisex*, in modo graduale con opportuni periodi transitori.

Proprio per questo motivo il legislatore europeo, all'art. 5, paragrafo 1, della direttiva 2004/113, ha disposto che le differenze nei premi e nelle prestazioni risultanti dall'utilizzo del sesso come fattore nel calcolo dei medesimi dovevano essere abolite entro e non oltre il 21 dicembre 2007. Il successivo paragrafo di questo stesso articolo, d'altro canto, deroga alla regola generale dei premi e delle prestazioni *unisex*, concedendo agli Stati membri che, al momento dell'adozione della direttiva 2004/113 non applicavano già la regola suddetta, la facoltà di decidere, prima del 21 dicembre 2007, di autorizzare differenze proporzionali nei premi e nelle prestazioni individuali qualora il fattore sesso fosse determinante nella valutazione dei rischi, sulla base di accurati dati statistici.

Dal momento che la direttiva 2004/113 è totalmente priva di una norma in merito alla durata di applicazione di tali differenze, gli Stati membri sono autorizzati a consentire agli assicuratori di applicare tale trattamento ineguale senza limiti di tempo.

La Corte, nella decisione, mise in evidenza come il Consiglio espresse i propri dubbi riguardo al fatto che le rispettive situazioni degli assicurati di sesso femminile e degli assicurati di sesso maschile possano essere considerate paragonabili, in considerazione del fatto che, dal punto di vista tecnico degli assicuratori i livelli di rischio possono essere differenti per le donne e per gli uomini. Inoltre, il Consiglio sosteneva che l'opzione offerta all'art. 5, paragrafo 2, della direttiva 2004/113 mirasse unicamente a consentire che situazioni differenti non venissero trattate in modo uguale.

La Corte sottolinea come, secondo la sua costante giurisprudenza il principio della parità di trattamento impone che situazioni paragonabili non siano trattate in maniera

diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato.¹⁸⁴ Il paragone delle situazioni deve necessariamente essere valutato alla luce dell'oggetto e dello scopo dell'atto dell'UE che stabilisce la distinzione di cui si sta trattando.¹⁸⁵ Nel caso di specie, tale distinzione viene introdotta dall'art. 5, paragrafo 2, della direttiva 2004/113.

Lo scopo perseguito dalla direttiva comunitaria nel settore dei servizi assicurativi è l'applicazione della regola dei premi e delle prestazioni *unisex*. Il considerando 18 afferma espressamente che, per garantire la parità di trattamento tra donne e uomini, il fatto di tenere conto del sesso quale fattore attuariale non dovrebbe comportare differenze nei premi e nelle prestazioni individuali. Il considerando 19, invece, qualifica la facoltà concessa agli Stati membri di non applicare la regola dei premi e delle prestazioni *unisex* come una deroga. Dunque, la direttiva 2004/113 si fonda sulla premessa secondo cui, ai fini dell'applicazione del principio della parità di trattamento tra donne e uomini sancito dagli artt. 21 e 23 della Carta, la situazione delle donne e quella degli uomini in rapporto ai premi e alle prestazioni assicurative da essi stipulati sono paragonabili.¹⁸⁶ Sorge però un rischio consistente nel fatto che la deroga alla parità di trattamento tra donne e uomini prevista dall'art. 5, paragrafo 2, della direttiva 2004/113 sia concessa a tempo indefinito e ciò sarebbe contrario alla realizzazione dell'obiettivo della parità di trattamento tra donne e uomini perseguito dalla direttiva 2004/113 e incompatibile con gli artt. 21 e 23 della Carta. Per questi motivi, la disposizione in questione deve essere considerata invalida alla scadenza di un contenuto periodo transitorio.

Dunque, la Corte risolve la prima questione affermando che l'art. 5, paragrafo 2, della direttiva 2004/113 è invalido con effetto alla data del 21 dicembre 2012.

Tenuto conto di tale risposta, non occorre risolvere la seconda questione pregiudiziale.

In sintesi, si può affermare come la CGUE, tramite tale sentenza, dichiarò l'invalidità dell'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva (CE) 2004/113 del Consiglio, stabilendo che esso contrasti con il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura. Ai fini della determinazione dei

¹⁸⁴ Si veda: sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 16 dicembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e altri c. Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable e Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, C-127/07, punto 23.

¹⁸⁵ *Ibidem*, punto 26.

¹⁸⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 1 marzo 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e altri c. Conseil des ministres*, C-236/09, punto 30.

premi e delle prestazioni assicurative, agli uomini e alle donne deve essere applicato lo stesso sistema di calcolo attuariale.

La sentenza in questione, è forse tra quelle che hanno riscosso il minor consenso negli ultimi anni. Eppure, la dottrina,¹⁸⁷ in linea generale, sostiene che la sentenza sia corretta, il difetto deve essere ricercato nell'errata impostazione della direttiva (CE) 2004/113 del 13 dicembre 2004.

Il legislatore europeo introdusse la regola dei premi *unisex*, all'interno di una direttiva volta a garantire la parità di trattamento tra uomini e donne, inserendola nel contesto più ampio dei diritti umani/fondamentali. Tuttavia, consentì agli Stati membri di derogare a tale regola *sine die*. È dunque piuttosto evidente che ciò creava una contraddizione logica intrinseca dell'impianto normativo. La CGUE ha pertanto dichiarato parzialmente invalida la direttiva per ragioni di coerenza interna del suo impianto normativo, in quanto, la previsione di una deroga senza alcun limite di tempo contenuta nell'art. 5, paragrafo 2 non era in linea con il principio generale di regime *unisex* previsto dal precedente art. 5, paragrafo 1 e con quanto espresso nei considerando 18 e 19.

È dunque il legislatore europeo ad essere responsabile della sentenza poco condivisa e la Corte ha dovuto necessariamente trarre le inevitabili conseguenze di una normativa che costituiva una contraddizione in termini: l'errore era dunque a monte e non a valle. Quando si introduce un diritto fondamentale non è possibile poi limitarlo con improbabili deroghe illimitate.

Approfonditi studi attuariali e statistici hanno dimostrato che l'assolutizzazione del principio dei premi *unisex* (art. 5, paragrafo 1 della direttiva) era errata.¹⁸⁸ In determinati tipi di contratto vi sono differenze legate al genere che giustificano premi differenziati. È piuttosto pacifico che le donne abbiano una prospettiva media di durata della vita maggiore rispetto agli uomini, per questo motivo è ovvio che il premio collegato a varie tipologie di contratti di assicurazione connessi alla durata della vita umana debba essere differenziato. Ancora, è statisticamente provato che le donne, in determinate fasce di età, causano meno sinistri alla guida dei veicoli, ciò giustifica premi più contenuti per le donne che per i coetanei uomini in tema di assicurazione auto.

¹⁸⁷ M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Premi "unisex" vs tariffe differenziate nel settore assicurativo: la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso Test-Achats*, in *Assicurazioni*, 2012, pp. 3 ss.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

Il legislatore europeo avrebbe dunque dovuto specificare chiaramente quali tipologie di contratti assicurativi sarebbero stati esclusi dall'applicazione del principio del premio *unisex*.¹⁸⁹ Questa decisione avrebbe rispecchiato una precisa scelta di politica legislativa, anziché un semplice *escamotage*.

2.2. L'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego: la direttiva *Refusion* e il caso *Hakelbracht*.

Nel 2006 la direttiva (CE) 2006/54¹⁹⁰ (c.d. direttiva *Refusion*) del Parlamento e del Consiglio, apportò modifiche alla disciplina vigente per conformarsi alla giurisprudenza della CGUE che, in quegli anni, si era pronunciata ripetutamente sul tema.

Le direttive c.d. di prima generazione presentavano, infatti, diverse problematiche: in nessuna di queste compariva alcuna definizione di “discriminazione” nonostante il termine venisse utilizzato,¹⁹¹ e soltanto dalla giurisprudenza dalla Corte di giustizia è stato possibile rinvenire le due diverse sfumature di discriminazione: la discriminazione diretta e quella indiretta.

La direttiva (CE) 2006/54 ha riunito, per ragioni di chiarezza, sette direttive già esistenti in materia di parità di trattamento e di occupazione di lavoro¹⁹² al fine di rendere organico e omogeneo il diritto derivato sul tema.¹⁹³ Si possono individuare tre principi che regolano tali aspetti: il principio di uguaglianza di retribuzione,¹⁹⁴ per il quale un lavoro uguale o di uguale valore deve essere retribuito allo stesso modo e ogni sistema di classificazione professionale deve essere basato su criteri che esulino da qualunque

¹⁸⁹ G. GABRIELLI, *Le “disposizioni in materia di r.c. auto” del dicembre 2002: elusione dell’obbligo di contrarre da parte delle imprese assicuratrici ed elusione del principio di libertà tariffaria da parte del legislatore italiano*, in *Assicurazioni*, 2003, pp. 4 ss.; M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Blocco delle tariffe assicurative e responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: riflessioni a margine di Corte di Giustizia 25 febbraio 2003 C-59/01*, in *Assicurazioni*, 2003, pp. 629 ss.

¹⁹⁰ Direttiva (CE) 2006/54 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione), in GU L. 204 del 26 luglio 2006.

¹⁹¹ L'art. 2, comma 1, della direttiva 76/207: “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”.

¹⁹² Tra queste vi erano le direttive 76/207/CEE, 86/378/CEE e 75/117/CEE.

¹⁹³ Le istituzioni europee hanno utilizzato la tecnica della refusione che consiste nel raggruppare in un unico testo tutte le disposizioni vigenti che regolano un determinato ambito. Sul punto si veda Accordo interistituzionale del 28 novembre 2001, ai fini di un ricorso più strutturato alla tecnica della rifusione degli atti normativi, in GU C. 77 del 28 marzo 2002, pp. 1 ss.

¹⁹⁴ La direttiva 2006/54 amplia il concetto di “retribuzione” facendovi rientrare qualunque aspetto o condizione della retribuzione”. Sul punto di veda: Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee del 17 maggio 1990, *Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, C-262/88.

discriminazione basata sul sesso; l'uguaglianza di trattamento nei regimi di sicurezza sociale e quella nella protezione delle lavoratrici in congedo di maternità e dei genitori in congedo parentale o di adozione.

La direttiva, all'art. 1, sancisce lo scopo della stessa: "assicurare l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego". Inoltre, all'art. 2, presenta una serie di definizioni (già introdotte dalla direttiva del 2002) tra cui quelle di discriminazione diretta, indiretta e di molestia. La discriminazione diretta è descritta come quella situazione in cui una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto un'altra persona sia, sia stata o sarebbe trattata in una situazione analoga. La discriminazione indiretta, invece, consiste nella situazione in cui 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, a meno che detta disposizione, criterio o prassi sia oggettivamente giustificata da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.

La definizione di molestia, invece, si distingue in molestia di genere e molestia sessuale: la prima consiste in un comportamento, indesiderato, idoneo a ledere la dignità umana, connesso al genere della persona, la seconda, invece, necessita, per potersi configurare, di un comportamento a connotazione sessuale, che può essere di natura verbale,¹⁹⁵ non verbale o fisica, come verrà specificato in seguito.

L'art. 3, rubricato "Azione positiva" consente agli Stati membri di adottare misure volte ad assicurare la parità dei sessi nella vita lavorativa. L'art. 14, c. 2, permette trattamenti differenziati basati su una caratteristica specifica di uno dei due sessi, soltanto però quando tale caratteristica è necessaria per la natura dell'attività lavorativa di cui si tratta. Tali eccezioni sono comunque confinate e limitate a situazioni specifiche e sono consentite solo se l'obiettivo è legittimo e proporzionato.¹⁹⁶

La direttiva 2006/54, all'art. 2, paragrafo 2, lettera b) considera illecito anche l'ordine di discriminare, ossia quel comportamento consistente nel comando imposto da un soggetto (che si trova in una posizione di superiorità gerarchica) ad un suo subordinato,

¹⁹⁵ Come, per esempio, insinuazioni e/o commenti equivoci riguardo l'aspetto esteriore di una persona.

¹⁹⁶ A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutela*, cit.

di discriminare uno o più individui sulla base di un fattore di diversificazione che sia fisico, psichico o psicofisico.¹⁹⁷

All'art. 24, invece, rubricato "Vittimizzazione", viene condannata la ritorsione consistente in un qualunque comportamento (anche solo tentato o minacciato), quale reazione ad un reclamo o a un'azione legale volto a richiedere il rispetto della parità di trattamento, che può provocare nella persona segnalante conseguenze sfavorevoli. Quindi, questa definizione riguarda non solo la vittima di discriminazione ma anche coloro che testimoniano. Pertanto, è possibile affermare, che il legislatore comunitario è consapevole e sensibile nei confronti di chi agisce in difesa dei propri diritti o dei diritti altrui.

È dunque possibile percepire una vera e propria evoluzione del principio della parità di genere. Rilevante è il caso *Hakelbracht* del 20 giugno 2019.¹⁹⁸ La sig.ra Vadenbon era una *store manager* in uno dei negozi di abbigliamento gestiti dall'azienda WTG Retail e, in quanto tale, fece un colloquio di assunzione, per un posto come commessa, alla sig.ra Hakelbracht nel corso del quale quest'ultima affermò di essere incinta.

Nonostante la sig.ra Vadenbon avesse affermato di considerare la sig.ra Hakelbracht assolutamente idonea per svolgere le mansioni che il posto di lavoro richiedeva, l'azienda rifiutò di assumerla a causa della sua gravidanza. La *store manager* in questione sottolineò come questo tipo di comportamento fosse vietato dalla legge, ma, ciononostante, l'azienda decise di non cambiare la sua posizione a riguardo e quindi lo stesso giorno la sig.ra Vadenbon informò la sig.ra Hakelbracht del motivo per cui non era stata assunta. Quest'ultima decise di presentare un reclamo del quale, la WTG Retail incolpò la sig.ra Vadenbon e per questo decise di risolvere il contratto di lavoro della sig.ra che, a sua volta, presentò un reclamo.

Sia la sig.ra Hakelbracht che la sig.ra Vadenbon hanno ingiunto alla WTG Retail, con lettera di diffida, di pagare a ciascuna un'indennità di licenziamento forfettaria di importo pari a sei mesi di stipendio.

¹⁹⁷ Definizione da G. BOSCARIOL, *Il diritto antidiscriminatorio. Uno squarcio nel velo di Maya* in *Ius in itinere*, 2020, disponibile online.

¹⁹⁸ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 20 giugno 2019, *Tine Vandenbon e al. c. WTG Retail BVBA*, C-404/18; C. CARLETTI, M. PAGLIUCA, *Parità ed empowerment di genere. Strumenti giuridici, programmi e politiche internazionali, regionali e nazionali*, Roma, 2023; N. FUCCARO, *Divieto di discriminazione della donna incinta nell'accesso al lavoro e tutela del dipendente che interviene in sua difesa*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo Online*, 2019, pp. 1869-1882.

Per quanto riguarda la sig.ra Hakelbracht, è pacifico ritenere che sia stata oggetto di una discriminazione fondata sul sesso per cui il giudice nazionale le ha concesso il risarcimento.

La sig.ra Vadenbon, invece, lamentava di essere stata vittima di una misura di ritorsione, vietata dall'art. 22 paragrafo 9 del *wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen* (legge sulla lotta alla discriminazione tra donne e uomini). Tale articolo stabilisce, al primo comma, che il datore di lavoro non può agire in giudizio (per motivi inerenti al reclamo) nei confronti di un lavoratore che abbia presentato un reclamo a favore di una persona che ha subito una violazione di uno degli articoli contenuti all'interno della legge sulla lotta alla discriminazione tra uomini e donne. Il comma 9, invece, precisa che la tutela conferita da questo determinato articolo si estende ai testimoni.¹⁹⁹ Secondo il giudice del rinvio, però, la sig.ra non poteva essere considerata testimone perché non era in grado di presentare alcun documento datato relativo alla sua testimonianza. Nonostante ciò, il giudice del rinvio, riteneva potesse esserci un contrasto tra la normativa interna, in particolare l'art. 22, paragrafo 2 della legge sulla lotta alla discriminazione tra donne e uomini, e l'art. 24 della direttiva 2006/54: per questo motivo sospese il procedimento e pose una questione pregiudiziale alla CGUE.

Alla Corte venne domandato se la normativa nazionale di cui all'art. 22, paragrafo 2, che offre una tutela nei confronti delle persone che intervengono come testimoni, a favore di un individuo che abbia subito una discriminazione fondata sul sesso e che abbia presentato un reclamo, contrasti con l'art. 24 della direttiva 2006/54 nella misura in cui la protezione offerta dalla normativa nazionale non dovrebbe essere limitata ai soli testimoni ufficiali, ma dovrebbe anche estendersi alle persone che difendono o sostengono colui che ha presentato un reclamo per discriminazione fondata sul sesso.

Il diritto comunitario, e più precisamente, l'art. 24 della direttiva in questione consente agli Stati membri di introdurre, nei rispettivi ordinamenti giuridici, tutte le disposizioni necessarie per proteggere i lavoratori, tra cui vengono ricompresi anche i rappresentanti di questi, dal licenziamento o da altro trattamento sfavorevole da parte del datore di lavoro, se questo risulta essere una mera reazione ad un reclamo all'interno dell'impresa o ad un'azione legale volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento.²⁰⁰ La disposizione comunitaria, quindi, fa riferimento a una categoria molto ampia di lavoratori, senza porre particolari limiti, senza quindi necessitare di

¹⁹⁹ *Ibidem*, punto 9.

²⁰⁰ *Ibidem*, punto 26.

determinati requisiti formali. Inoltre, il considerando 32 di tale direttiva ritiene che la tutela di cui si sta trattando dovrebbe essere estesa anche a ogni dipendente che difenda o che testimoni a favore di un individuo che abbia subito una discriminazione fondata sul sesso. L'art. 17 della direttiva stabilisce che le procedure giudiziarie o amministrative, volte al rispetto degli obblighi imposti dalla direttiva stessa, debbano essere accessibili a tutti coloro che ritengono il loro diritto leso dalla mancata applicazione del principio di parità di trattamento.

Quindi, si ritiene che la tutela garantita dalla direttiva 2006/54 debba certamente ricomprendere anche tutte quelle misure che il datore di lavoro potrebbe porre in essere nei confronti dei lavoratori che, in modo formale o non, prendano le difese della persona protetta; in caso contrario, questi individui, che sono in linea generale i più adatti a sostenere le vittime, sarebbero scoraggiati dall'intervenire.

Per questo motivo, l'art. 24 della direttiva 2006/54 deve essere interpretato nel senso che con esso contrasta l'art. 22, paragrafo 2 della normativa nazionale, secondo cui, colui che subisce delle misure di ritorsione, per avere preso le parti di una vittima di discriminazione basata sul sesso, è tutelato soltanto se la sua testimonianza presenta i requisiti formali previsti dalla legge.

Grazie al caso appena analizzato la CGUE ha dichiarato che tutti i lavoratori, al di fuori della persona discriminata, hanno il diritto di godere di una specifica tutela nei confronti del datore di lavoro per comportamenti ritorsivi laddove abbiano sostenuto formalmente, o informalmente, la vittima.

2.3. La direttiva (UE) 2010/18 e il caso *Ortiz Mesonero*.

Il 2010 rappresentò un anno di notevole rilevanza in tema di emanazione di direttive. La direttiva (UE) 2010/18²⁰¹ (poi abrogata dalla direttiva 2019/1158 del Parlamento Europeo e del Consiglio) conferiva il diritto a un congedo parentale di una durata minima di quattro mesi, applicabile a tutti i lavoratori (uomini e donne) e a tutti i tipi di contratto (a tempo indeterminato, a tempo determinato, a tempo parziale). L'atto in questione si prefiggeva l'obiettivo di migliorare la conciliazione tra vita privata (nello specifico vita familiare) e vita professionale.

²⁰¹ Direttiva (UE) 2010/18 del Consiglio dell'8 marzo 2010 che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES e abroga la direttiva 96/34/CE in GU L. 68 del 18 marzo 2010.

Il congedo parentale non poteva essere trasferibile da un genitore all'altro anche se questo divieto poteva portare con sé un'eccezione, ossia la condizione per cui ciascun genitore conservasse almeno 4 mesi di congedo.²⁰²

Le modalità di accesso al congedo dovevano essere delineate dalla legislazione nazionale e/o dai contratti collettivi,²⁰³ così come doveva esserlo il tempo necessario di preavviso per richiedere il congedo.

Una volta terminato il periodo di congedo, il lavoratore aveva diritto di tornare al suo posto di lavoro o, solo qualora questo non fosse stato possibile, avrebbe dovuto ricoprire una posizione equivalente. Poteva, inoltre, richiedere modifiche dell'orario lavorativo e dell'organizzazione della vita professionale per un periodo limitato.²⁰⁴

Venivano vietate tutte le forme di discriminazione a causa del congedo parentale, sia che queste consistessero nel licenziamento, sia in trattamenti meno favorevoli.

Infine, la direttiva stabiliva come fosse possibile, per cause di forza maggiore derivanti da ragioni familiari (come, per esempio, malattie o infortuni che rendevano necessari la presenza del lavoratore in casa) richiedere un congedo.²⁰⁵

Tale direttiva presentava però delle problematiche, nel senso che non ricomprendeva in modo esaustivo le situazioni possibili in caso di congedo parentale: un chiaro esempio è rappresentato dal caso *Ortiz Mesonero*.²⁰⁶

Il sig. Ortiz Mesonero era stato assunto dall'UTE Luz Madrid Centro tramite un contratto di lavoro soggetto al contratto collettivo spagnolo del settore metallurgico. Tale contratto prevedeva un regime di lavoro a rotazione tra tre diverse turnistiche: il turno mattutino, quello pomeridiano e quello notturno.

Il sig. Ortiz Mesonero aveva due figli, nati nel 2010 e nel 2014 e, per occuparsi di loro, chiese al suo datore di lavoro di poter limitarsi ai turni mattutini, dal lunedì al venerdì senza che gli fosse diminuita la retribuzione. La sua domanda venne respinta dall'UTE Luz Madrid Centro e, dunque, il sig. Mesonero propose ricorso di fronte al Tribunale del lavoro di Madrid.

²⁰² Clausola 2, Accordo quadro sul congedo parentale, 18 giugno 2009.

²⁰³ Clausola 3, Accordo quadro sul congedo parentale, 18 giugno 2009.

²⁰⁴ Clausola 5, Accordo quadro sul congedo parentale, 18 giugno 2009.

²⁰⁵ Clausola 7, Accordo quadro sul congedo parentale, 18 giugno 2009.

²⁰⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 18 settembre 2019, *José Manuel Ortiz Mesonero c. UTE Luz Madrid Centro*, C-366/18. Si veda: C. BOVINO, *Nessun obbligo europeo a concedere l'orario fisso al turnista che vuole occuparsi dei figli*, in *Altalex*, 2019, disponibile online; L. MARCHESINI, *Un'analisi diacronica della disciplina europea in materia di congedo parentale: la ricerca di una politica comune*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo Online*, 2019, pp. 3017-3022.

Ai sensi dell'art. 37, paragrafo 6 dello Statuto dei lavoratori spagnolo i lavoratori hanno diritto di ottenere una riduzione dell'orario di lavoro quotidiano e una riduzione proporzionale della retribuzione al fine di meglio conciliare la vita familiare e la vita professionale.

Il giudice nazionale si servì delle statistiche sul censimento spagnolo del 2011²⁰⁷ dalle quali emerge che il 23,79% delle lavoratrici aveva ridotto il proprio orario di lavoro di oltre un mese per occuparsi dei figli, contro soltanto il 2,05% dei lavoratori. Il giudice nazionale ritenne che, nel caso in cui fosse possibile rinvenire in tale disposizione una discriminazione indiretta nei confronti delle lavoratrici, sarebbe stato possibile estenderla anche ai lavoratori che facessero valere il diritto alla conciliazione della vita familiare e professionale.

Dunque, il giudice spagnolo espresse il suo dubbio circa la possibilità che l'art. 37, paragrafo 6 dello Statuto dei lavoratori potesse configurare un'ipotesi di discriminazione indiretta nei confronti delle lavoratrici, per questo motivo sospese il procedimento e sottopose alla CGUE una questione pregiudiziale. Domanda, in sostanza, se la direttiva 2010/18 dovesse essere interpretata nel senso che con essa contrasta una normativa nazionale, come quella del caso di specie, che prevede il diritto per un lavoratore di prendersi direttamente cura dei figli minorenni a carico riducendo il proprio orario lavorativo e, di conseguenza, la propria retribuzione senza potere beneficiare di un orario di lavoro fisso, mantenendo il proprio orario quotidiano (qualora il regime di lavoro sia basato su una turnistica).

La CGUE sottolineò, come, né la direttiva 2010/18, né l'accordo quadro sul congedo parentale alla clausola 6, punto 1 contengono disposizioni che possono imporre agli Stati membri di accordare al richiedente il diritto di lavorare ad un orario fisso nel momento in cui il suo contratto di lavoro è basato su un orario lavorativo a turni e dunque, ai sensi di una precedente sentenza dalla CGUE²⁰⁸ venne dichiarato come quest'ultima non è competente in merito nel momento in cui una situazione non rientri nella sfera d'applicazione del diritto dell'UE.

Nel caso di specie risultava che né la direttiva comunitaria né alcun'altra disposizione era applicabile al procedimento principale per cui la questione era risolta dichiarando che la direttiva 2010/18 doveva essere interpretata nel senso che essa non si applicava a

²⁰⁷ *Instituto Nacional de Estadística* (Istituto nazionale di statistica, Spagna).

²⁰⁸ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, punto 22.

una normativa nazionale, come quella del procedimento principale, che prevedesse il diritto per un lavoratore, al fine di prendersi direttamente cura dei figli minorenni, di ridurre il proprio orario di lavoro quotidiano, con riduzione proporzionale della retribuzione, senza poter, quando il suo regime di lavoro è a turni con un orario variabile, beneficiare di un orario di lavoro fisso, mantenendo il proprio orario di lavoro giornaliero.

In altre parole, con la sentenza in questione, la CGUE ha stabilito che le direttive non si applicano al caso di un padre che chiede la possibilità di lavorare a turni con orari fissi al fine di prendersi maggior cura dei figli, dal momento che non contengono disposizioni che possono imporre agli Stati membri, nell'ambito di una domanda di congedo parentale, di accordare al richiedente il diritto di lavorare ad un orario fisso, allorquando il suo regime di lavoro normale è a turni con un orario variabile.

2.4. La direttiva (UE) 2010/41.

Nel 2010 è stata anche introdotta la direttiva (UE) 2010/41,²⁰⁹ ancora oggi in vigore, sulla parità di trattamento fra uomini e donne che lavorano autonomamente. Essa introduce nuove disposizioni contro la discriminazione in materia di imprese, protezione sociale e maternità²¹⁰ e stabilisce un quadro per l'attuazione negli Stati membri del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne che svolgono o che contribuiscono all'esercizio di un'attività autonoma, per gli aspetti che non sono disciplinati dalle direttive 2006/54 e 79/7. L'attuazione del principio della parità di trattamento tra i sessi per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura resta però disciplinata dalla direttiva 2004/113.²¹¹ Le norme contenute all'interno della direttiva in questione riguardano i lavoratori autonomi (intesi come "chiunque eserciti, alle condizioni previste dalla legislazione nazionale, un'attività lucrativa per proprio conto") nonché i coniugi e i conviventi (qualora siano riconosciuti dalla normativa nazionale) di lavoratori autonomi, non salariati, né soci che però partecipano abitualmente all'attività del lavoratore autonomo.²¹²

²⁰⁹ Direttiva (UE) 2010/41 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010, sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma e che abroga la direttiva 86/613/CEE del Consiglio in GU L. 180 del 15 luglio 2010, disponibile online.

²¹⁰ N. LAZZERINI, *Direttiva 2010/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 luglio 2010 sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma e che abroga la direttiva 86/613/CEE del Consiglio*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2010, disponibile online.

²¹¹ Art. 1 della direttiva (UE) 2010/41 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010.

²¹² Art. 2 della direttiva (UE) 2010/41 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010.

La direttiva stabilisce chiaramente che il principio di parità di trattamento impone l'assenza di discriminazioni di genere sia nel settore pubblico che privato. Questa non può avvenire né direttamente né indirettamente, ad esempio, durante la creazione, la fornitura di attrezzature, l'espansione di un'impresa o l'avvio di qualsiasi altra attività autonoma.²¹³ Inoltre, viene specificato che le molestie e le molestie sessuali, così come definite nell'art. 3 della direttiva, sono proibite in quanto costituiscono discriminazione di genere.

L'art. 5 permette agli Stati di introdurre azioni positive per raggiungere la completa parità di genere nella vita lavorativa. L'art. 6 della direttiva impone agli Stati membri di adottare misure affinché le condizioni per la costituzione di una società tra coniugi o conviventi, riconosciuta dal diritto nazionale, non siano più restrittive di quelle per la costituzione di una società tra altre persone. Nel caso in cui gli Stati membri prevedano un sistema di protezione sociale per i lavoratori autonomi, devono adottare le misure necessarie per garantire che anche i coniugi di tali lavoratori possano beneficiare di questa protezione.²¹⁴

La direttiva si propone soprattutto di rafforzare la protezione della maternità delle lavoratrici autonome, prevedendo, all'art. 8, rubricato "Prestazioni di maternità", la possibilità per le lavoratrici autonome, per le coniugi e per le conviventi di lavoratori autonomi di chiedere un'indennità di maternità sufficiente a consentire l'interruzione della loro attività lavorativa, in caso di gravidanza o per maternità, per almeno 14 settimane.

Inoltre, ai sensi della direttiva, gli Stati membri sono tenuti a garantire che tutte le persone che ritengono di aver subito un danno a causa della mancata applicazione del principio di parità di trattamento possano accedere a procedure giudiziarie o amministrative, anche dopo la fine del rapporto soggetto a discriminazione. In particolare, devono consentire alle associazioni, organizzazioni o persone giuridiche che abbiano un interesse legittimo, secondo i criteri stabiliti dalla legislazione nazionale, di agire in tali procedimenti con il consenso dell'interessato.²¹⁵

Gli Stati membri sono altresì obbligati ad adottare le misure necessarie nel loro ordinamento giuridico interno per indennizzare o risarcire effettivamente la persona lesa

²¹³ Art. 4 della direttiva (UE) 2010/41 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010.

²¹⁴ Art. 7 della direttiva (UE) 2010/41 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010.

²¹⁵ Art. 9 della direttiva (UE) 2010/41 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010.

a causa di discriminazione di genere. La modalità di indennizzo deve essere dissuasiva e proporzionata al danno subito, senza limitazioni predefinite.²¹⁶

La direttiva impone anche un "*mainstreaming*" agli Stati membri, richiedendo loro di integrare attivamente l'obiettivo dell'uguaglianza di genere nella formulazione e nell'attuazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, nonché nelle politiche e attività nei settori coperti dalla direttiva.²¹⁷ Gli Stati membri possono adottare o mantenere disposizioni più favorevoli di quelle della direttiva.²¹⁸

2.5. La direttiva (UE) 2019/1158.

Nel 2019 venne emanata la direttiva 2019/1158,²¹⁹ del 20 giugno 2019 che abroga la direttiva 2010/18 e riguarda l'equilibrio della vita professionale e di quella familiare.²²⁰

A tal fine, all'art. 1 vengono sanciti il diritto al congedo di paternità, al congedo parentale e al congedo per i prestatori di assistenza e si stabiliscono modalità di lavoro flessibili per i genitori lavoratori o i prestatori di assistenza.

L'innovatività dell'approccio al tema dei congedi parentali si coglie già dai considerando della direttiva stessa: nello specifico si fa riferimento al considerando 6 e al considerando 11. Nel primo si legge che "le politiche in materia di equilibrio tra attività professionale e vita familiare dovrebbero contribuire al conseguimento della parità di genere promuovendo la partecipazione delle donne al mercato del lavoro e l'equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne"; nel secondo viene affermato come "le politiche in materia di parità di trattamento dovrebbero mirare ad affrontare la questione degli stereotipi relativi alle professioni e ai ruoli sia maschili sia femminili, e le parti sociali sono incoraggiate ad agire in base al loro ruolo fondamentale di informare sia i lavoratori sia i datori di lavoro e di sensibilizzarli in merito alla lotta alla discriminazione. Inoltre, l'uso di meccanismi per conciliare attività professionale e vita familiare da parte dei padri, come il congedo o le modalità di lavoro flessibili, ha dimostrato di incidere positivamente sulla riduzione della percentuale di

²¹⁶ Art. 10 della direttiva (UE) 2010/41 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010.

²¹⁷ Art. 12 della direttiva (UE) 2010/41 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010.

²¹⁸ Art. 14 della direttiva (UE) 2010/41 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010.

²¹⁹ Direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio in GU L. 188 del 12 luglio 2019.

²²⁰ E. CHEREGATO, *A Work-Life Balance for All? Assessing the Inclusiveness of EU Directive 2019/1158*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2020, pp. 59-80.

lavoro domestico non retribuito svolto dalle donne e di lasciare loro più tempo per il lavoro retribuito”.

L’ottica, dunque, è quella della condivisione e non della conciliazione.²²¹ Si sostiene che l’aumento della partecipazione femminile al mercato del lavoro non si ottiene consentendo alle donne di svolgere contemporaneamente lavoro produttivo e lavoro di cura, ma distribuendo equamente le responsabilità di cura.²²² Questa prospettiva, sebbene non nuova, è stata enfatizzata con maggiore intensità rispetto alla precedente legislazione europea.²²³

In effetti, la letteratura in materia di *work life balance* sottolinea la necessità di riconoscere il ruolo dei padri (e, ora, anche del secondo genitore equivalente) nei compiti di cura per migliorare la partecipazione delle donne al mercato del lavoro: in questo senso ha assunto un ruolo importante il diritto dell’UE che lavora affinché si possa realizzare il passaggio dall’idea di conciliazione come questione che riguarda esclusivamente le donne al concetto di condivisione o conciliazione condivisa.²²⁴

La direttiva, nel promuovere il ruolo dei padri (o dei genitori equivalenti) nello svolgimento dei compiti di cura, sembra andare in questa direzione, con l’obiettivo di migliorare la partecipazione delle donne nel mercato del lavoro.

La direttiva (UE) 2019/1158, pur con i suoi limiti, rappresenta il primo passo in questa direzione,²²⁵ un tentativo di promuovere una più equa ripartizione dei compiti di cura tra uomini e donne, nella prospettiva del perseguimento dell’uguaglianza.

In primo luogo, la direttiva riconosce al padre lavoratore (o genitore equivalente, nella misura in cui riconosciuto dal diritto nazionale) un congedo di paternità di 10 giorni lavorativi, utilizzabili prima o dopo la nascita del figlio, a prescindere dallo stato civile o di famiglia del lavoratore. Spetta agli Stati membri stabilire se questo congedo debba essere un diritto o un obbligo di astensione dal lavoro,²²⁶ dal momento che l’UE non è

²²¹ C. ALESSI, *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2018, pp. 804 ss.; D. LA ROCCA, *Differenze di genere e responsabilità di cura nell’ordinamento giuridico della crisi*, in *About Gender*, 2014, pp. 139 ss.

²²² M. L. VALLAURI, *Genitorialità e lavoro. Interessi protetti e tecniche di tutela*, Torino, 2020, pp. 46 ss.; I. FANLO CORTES, *Congedi genitoriali, politiche del diritto e disuguaglianze di genere. Riflessioni sul caso italiano nel quadro europeo*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2015, pp. 40 ss.

²²³ D. IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito di congedi dei padri*, in *Lavoro e diritto*, 2020, p. 341.

²²⁴ E. ASQUER, A. SCATTIGNO, E. VEZZOSI, *Felicità della politica, politica della felicità. Cittadinanza, giustizia, benessere in una visione di genere*, Trieste, 2016, pp. 103 ss.

²²⁵ C. DE LA PORTE, T. LARSEN, D. SZELEWA, *A Gender Equalizing Regulatory Welfare State? Enacting the EU’s Work-Life Balance Directive in Denmark and Poland*, in *The Annals of American Academy of Political and Social Science*, 2020, p. 85.

²²⁶ Art. 4 della direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019

competente in materia di famiglia.²²⁷ Occorre però ricordare che l'art. 33 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, alla quale la direttiva fa espresso riferimento, si fonda su una nozione ampia di famiglia, che ne ricomprende le più diverse espressioni. Una simile previsione potrebbe incentivare gli Stati che non hanno ancora una legislazione in materia a riaprire la discussione su questi profili, contribuendo così a colmare le lacune della direttiva che la dottrina non ha mancato di segnalare.²²⁸

Oltre al congedo di paternità, la direttiva comunitaria prevede, all'art. 5, un diritto individuale al congedo parentale di almeno quattro mesi, da utilizzare prima degli otto anni di vita del bambino, di cui due mesi non trasferibili. Rispetto alla direttiva (UE) 2010/18, questa modifica rappresenta un aumento significativo nella durata del congedo non trasferibile.

Al di là della durata del congedo parentale, tuttavia, un aspetto critico che potrebbe influire sull'effettiva fruizione del diritto riguarda la retribuzione da riconoscere al lavoratore o alla lavoratrice che richieda di assentarsi dal lavoro. È noto che il basso livello di compensazione economica associato ai congedi parentali scoraggi la loro utilizzazione da parte degli uomini.²²⁹ Nel considerando 31 della direttiva, infatti, si sottolinea che “nel fissare il livello della retribuzione o indennità previsti per il periodo minimo non trasferibile di congedo parentale, gli Stati membri dovrebbero tener conto del fatto che la fruizione del congedo parentale spesso comporta una perdita di reddito per la famiglia e che il primo percettore di reddito di una famiglia è in grado di esercitare il proprio diritto al congedo parentale soltanto se quest'ultimo è sufficientemente retribuito, in vista di consentire un tenore di vita dignitoso”. La direttiva (UE) 2019/1158 affronta il problema in modo differenziato per il congedo di paternità e per il congedo parentale non trasferibile. Per il primo l'art. 8, comma 2, stabilisce che gli Stati membri devono prevedere che il padre o il secondo genitore equivalente riceva una retribuzione o un'indennità almeno pari a quella garantita in caso di malattia. Per il congedo parentale (solo per la quota di congedo non trasferibile), all'art. 8, comma 3, è previsto che l'indennità o la retribuzione debba essere sufficiente a facilitare il ricorso al congedo parentale da entrambi i genitori. Sebbene la formulazione sia debole, riveste comunque un certo rilievo.

²²⁷ M.L. VALLAURI, *Genitorialità e lavoro. Interessi protetti e tecniche di tutela*, Torino, 2020, pp. 46 ss.

²²⁸ M. CORTI, *Il pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE*, Milano, 2021, p. 31.

²²⁹ M.L. VALLAURI, *Genitorialità e lavoro*, cit., p. 125.

La direttiva, nonostante introduca concetti importanti, fa emergere un quadro comunitario ancora piuttosto preoccupante sul tema: consentendo un congedo di paternità di soli 10 giorni (la cui gestione peraltro viene derogata alla competenza degli Stati membri) non fa altro che fossilizzare l'immagine della donna come prima responsabile della cura dei figli andando, inoltre, a discriminare i padri qualora desiderino cooperare o sostituire la madre nel ruolo che la società da millenni le impone; per di più, non fa altro che giustificare effettivamente quelle congetture sociali che ritengono la donna meno appetibile sul mercato del lavoro.²³⁰

2.6. Le più recenti direttive europee in materia di parità di genere.

Per terminare il quadro del diritto derivato e, in special modo, delle direttive di seconda generazione in tema di parità di genere, è opportuno menzionare le più recenti relative all'anno 2022 e 2023.

Nel 2022 è stata adottata la direttiva (UE) 2022/2381²³¹ riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori delle società quotate in borsa, di cui si vedrà nello specifico in seguito.

L'ultima direttiva adottata dall'UE in materia è la direttiva (UE) 2023/970 del 10 maggio 2023.²³² L'art. 1 sancisce l'oggetto della direttiva consistente nello stabilire "prescrizioni minime intese a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore tra uomini e donne ("principio della parità di retribuzione") sancito dall'articolo 157 TFUE e del divieto di discriminazione di cui all'articolo 4 della direttiva (CE) 2006/54, in particolare tramite la trasparenza retributiva e il rafforzamento dei relativi meccanismi di applicazione". Le nuove norme sono volte ad assicurare una maggiore trasparenza e una rigorosa

²³⁰ C. ALESSI, O. BONARDI, L. CALAFÀ, M. D'ONGHIA, MG. MILITELLO, P. SARACINI, ML. VALLUARI, *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della direttiva 2019/1158/UE*, Napoli, 2023; C. ALESSI, O. BONARDI, L. CALAFÀ, M. D'ONGHIA, *Per una trasposizione responsabile della Direttiva n. 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, in *Italian equality network*, 2022, pp. 111-120; M. CORTI, *Il pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE*, Milano, 2021, pp. 29 ss.; M. ROSSILLI, *I diritti delle donne nell'Unione Europea*, Roma, 2009, p. 92.

²³¹ Direttiva (UE) 2022/2381 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 novembre 2022 riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori delle società quotate e relative misure (Testo rilevante ai fini del SEE) in GU L. 315 del 7 dicembre 2022.

²³² Direttiva (UE) 2023/970 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023 volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza retributiva e i relativi meccanismi di applicazione (Testo rilevante ai fini del SEE) in GU L. 132 del 17 maggio 2023.

attuazione del principio di parità di trattamento tra i due sessi, oltre a migliorare l'accesso alla giustizia per coloro che subiscono una discriminazione retributiva.

Gli annunci di posti vacanti e i titoli professionali dovranno aderire a criteri di neutralità e il processo di selezione del personale dovrà essere condotto in modo esente da qualunque forma di disparità.²³³

Inoltre, è previsto che, qualora la differenza retributiva di genere sia superiore al 5%, sorge un obbligo, in capo ai datori di lavoro, di condurre un'analisi salariale congiunta in collaborazione con i rappresentanti dei loro dipendenti.²³⁴ Gli Stati membri saranno altresì chiamati a infliggere sanzioni ritenute efficaci, proporzionate e dissuasive ai datori di lavoro inadempienti;²³⁵ i lavoratori che subiscono un danno in relazione a una violazione delle disposizioni, avranno diritto di richiedere un adeguato risarcimento.²³⁶

Tale direttiva merita menzione anche per il fatto che, per la prima volta, l'ambito di applicazione delle norme contenute al suo interno si estende fino a comprendere le ipotesi di discriminazione intersezionale e di diritti delle persone non binarie.

3. La nuova definizione di discriminazione.

Le direttive di seconda generazione hanno permesso alla nozione di discriminazione di compiere un'evoluzione importante, come già è stato posto in evidenza. Infatti, nelle direttive di prima generazione veniva utilizzato e contemplato il termine "discriminazione" ma non veniva data una definizione esaustiva di esso. Dai primi anni 2000, invece, le direttive hanno iniziato a definire in modo dettagliato il concetto di discriminazione, suddividendolo in due diverse accezioni: le discriminazioni dirette (*disparate treatment* o *de jure*) e quelle indirette (*disparate impact* o *de facto*).²³⁷

3.1. La discriminazione diretta e indiretta.

La discriminazione diretta, definita dalla Direttiva 2000/43²³⁸ e dalla Direttiva 2000/78, consiste nel trattamento meno favorevole inflitto ad un individuo rispetto ad un altro, sulla base di uno dei motivi di discriminazione oggetto di protezione (sesso, razza,

²³³ Art. 5, n. 3 della direttiva (UE) 2023/970.

²³⁴ Art. 10, n. 1 lettera a) della direttiva (UE) 2023/970.

²³⁵ Art. 23, n. 1 della direttiva (UE) 2023/970.

²³⁶ Art. 16, n. 1 della direttiva (UE) 2023/970.

²³⁷ M. BARBERA, *La nozione di discriminazione*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1994, pp. 46 ss.

²³⁸ Direttiva (CE) 2000/43 del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, in GU L. 180 del 19 luglio 2000.

religione, orientamento sessuale...) e, dunque, incorpora l'idea di comparazione.²³⁹ La novità, che viene introdotta con il nuovo concetto di discriminazione, consiste nel fatto che la donna o l'uomo che si utilizza per la comparazione possano anche non esistere, né nel presente, né nel passato, ma essere persone ipotetiche.²⁴⁰ Per cui si può definire, più precisamente, la discriminazione diretta come quella situazione in cui un soggetto viene "trattato meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra persona in una posizione analoga", così come disciplinato dall'art. 2, paragrafo 2 della Direttiva UE sull'uguaglianza razziale.²⁴¹

È opportuno evidenziare come la definizione comunitaria appena presentata, sia diversa rispetto alla definizione di "discriminazione diretta" contenuta all'interno della normativa italiana. Infatti, l'ordinamento interno non ha trasposto la direttiva (CE) 2006/54 (c.d. *Refusion*) in modo fedele creando discrepanza tra le due definizioni. Per la normativa italiana non è possibile rinvenire un'ipotesi di discriminazione diretta qualora non vi sia una comparazione con un soggetto esistente, a differenza del diritto comunitario che, come appena visto, contempla anche l'ipotesi di comparazione virtuale.²⁴²

Con preciso riferimento al genere si deve sottolineare come una donna possa ritenersi discriminata, sulla base del sesso, anche a seguito di un trattamento meno favorevole a causa di gravidanza,²⁴³ congedo di maternità²⁴⁴ o di trattamento di fecondazione in vitro,²⁴⁵ in questi casi non vi sarà alcuna necessità di un termine di confronto.²⁴⁶

Il concetto di discriminazione diretta è definito in modo analogo sia all'interno del diritto dell'UE, sia in forza della CEDU. La differenza maggiore tra diritto dell'UE e

²³⁹ L'individuo A viene discriminato perché trattato meno favorevolmente dell'individuo B a causa di uno dei fattori di discriminazione.

²⁴⁰ D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie «di seconda generazione*, in *Diritto del lavoro e relazione industriale*, 2003, p. 423 ss.

²⁴¹ Direttiva (CE) 2000/43 del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, in GU L. 180 del 19 luglio 2000. Si veda: M. BARBERA, A. GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria: fonti, strumenti, interpreti*, cit. p. 54.

²⁴² L. FERLUGA, *I divieti di discriminazione per motivi di genere*, in *Diritti fondamentali*, 2012.

²⁴³ Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee del 8 novembre 1990, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, C-177/88; Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 14 luglio 1994, *Carole Louise Webb c. EMO Air Cargo (UK)*, C-32/93.

²⁴⁴ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 8 settembre 2005, *North Western Health Board c. Margaret McKenna*, C-191/03, punto 50.

²⁴⁵ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea (Grande Sezione) del 26 febbraio 2008, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, C-506/06.

²⁴⁶ Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, Consiglio d'Europa, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, cit.

CEDU, in questo caso, è identificabile dal punto di vista procedurale: secondo il diritto dell'UE è possibile procedere a identificare una discriminazione diretta anche in assenza di un denunciante identificabile. Un esempio concreto lo si può rinvenire nel caso *Feryn*²⁴⁷ in cui un datore di lavoro aveva dichiarato pubblicamente che non avrebbe assunto dipendenti appartenenti a una determinata etnia. La CGUE, nel caso di specie, aveva individuato una discriminazione diretta, ritenendo che queste dichiarazioni fossero idonee a dissuadere un possibile candidato a presentare la domanda, qualora appartenesse a quella determinata etnia. Il caso venne poi utilizzato come riferimento per risolvere altre controversie, una tra queste avvenuta in Italia: il noto caso *Taormina*.²⁴⁸

In tale sentenza, la CGUE si trova per la prima volta a pronunciarsi su un caso di *hate speech*. Il contesto si sviluppa dalle dichiarazioni omofobe di Carlo Taormina, noto avvocato italiano, durante la trasmissione radiofonica "La Zanzara" il 16 ottobre 2013. Taormina affermava categoricamente che non avrebbe mai assunto omosessuali nel suo studio legale.

La questione centrale posta dalla Cassazione italiana alla Corte di giustizia è se un'affermazione di tale natura, chiaramente omofoba e, di conseguenza, irrispettosa nei confronti di una specifica categoria di persone, possa configurare una discriminazione nell'accesso al lavoro e, dunque, stabilire se le dichiarazioni di Taormina rientrino nell'ambito applicativo della direttiva (CE) 2000/78 concernente le condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro. La CGUE risponde affermativamente, ponendo tuttavia il requisito della verifica del nesso di causalità come limite essenziale.

È necessario mettere in luce una premessa che influenzerà il prosieguo del ragionamento: la Corte sostiene implicitamente che l'utilizzo di linguaggio omofobo equivale a una discriminazione diretta.

L'ambito applicativo della direttiva comunitaria in relazione all'espressione "condizioni di accesso al lavoro" deve essere individuato considerando il contesto di riferimento: la presenza di una procedura di selezione in corso o programmata non è determinante; invece, è essenziale che le affermazioni influenzino le modalità di assunzione, cercando così il collegamento reale tra le dichiarazioni e le condizioni di accesso al lavoro.

²⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 10 luglio 2008, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, C-54/07.

²⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 23 aprile 2020, *NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI-Rete Lenford*, C-507/18.

I criteri cruciali per valutare questo nesso, come suggerito dalla Corte stessa, riflettono un preciso atteggiamento nei confronti di espressioni intolleranti e inaccettabili dal punto di vista etico. In particolare, la lotta contro le discriminazioni, obiettivo principale della direttiva (CE) 2000/78, passa attraverso la contestazione del linguaggio, anche quando non è certo che questo produca situazioni concrete di disparità, fermandosi al livello delle minacce o, più semplicemente, manifestando un disprezzo evidente. Nessuno dei requisiti suggeriti dalla Corte per il giudice del rinvio prova inequivocabilmente l'intenzione del datore di lavoro di non assumere persone omosessuali.

In primo luogo, si dovrebbe considerare lo *status* dell'autore delle dichiarazioni e la sua posizione. Come suggerito dall'avvocato generale,²⁴⁹ se lo stesso tipo di dichiarazioni fossero fatte da qualcuno che svolge un'attività diversa, avrebbero un impatto differente poiché non influenzerebbero la politica di assunzioni. Il dichiarante deve essere suscettibile di essere percepito dal pubblico o dagli ambienti interessati come capace di esercitare un'influenza siffatta, come specifica la Corte. Tuttavia, la valutazione di questo requisito da parte del giudice nazionale appare problematica, poiché misurare l'influenza di un professionista è un compito arduo.

In secondo luogo, si suggerisce di considerare la natura e il contenuto delle dichiarazioni. Queste devono riguardare le condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro presso il datore di lavoro specifico e dimostrare l'intenzione di discriminare sulla base di uno dei criteri previsti dalla direttiva (CE) 2000/78. Questo criterio sembrava scollegato dagli altri e richiede un'interpretazione accurata. Taormina non fece queste dichiarazioni come datore di lavoro che stava assumendo personale nel suo studio legale, quindi, o il contenuto delle sue dichiarazioni doveva essere valutato in un contesto di procedure di assunzione presso altri studi, o a suo esclusivo pregiudizio per la manifesta intenzione di non voler assumere in futuro personale con un preciso orientamento sessuale.

Infine, è rilevante il carattere pubblico o privato delle dichiarazioni e se sono state diffuse, indipendentemente dal fatto che ciò sia avvenuto attraverso i media tradizionali o i *social network*. Questo requisito è strettamente collegato al primo, poiché più un'informazione è pubblica, più ha la capacità di influenzare chi deve decidere.

²⁴⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston, C-507/18, *NH*, 31 ottobre 2019.

L'enumerazione dei criteri rivela l'inclinazione della CGUE a proteggere le persone più vulnerabili contro gli atteggiamenti arroganti di taluni, al fine di garantire loro un posto adeguato nella società. L'intera decisione suggerisce che il problema della discriminazione risieda a monte, dissuadendo le categorie oppresse dalla ricerca di un impiego e violando lo scopo principale della direttiva, che mira alla piena partecipazione dei cittadini alla vita economica, culturale e sociale.

Il senso di umiliazione subito da alcune categorie spinge a vigilare attentamente sull'ambiente circostante, cercando giuridicamente di creare e mantenere un clima sociale privo di conflitti. La Corte sostiene che questa restrizione della libertà di espressione sia necessaria solo per vietare le dichiarazioni che costituiscono discriminazione in materia di occupazione e lavoro, senza andare oltre quanto è necessario per realizzare gli obiettivi della direttiva.

L'individuazione della discriminazione diretta si basa, quindi, sul trattamento meno favorevole. Individuarla può essere relativamente semplice rispetto all'individuazione della discriminazione indiretta, perché, in questi casi, la differenza di trattamento è evidente. È però opportuno evidenziare come non è sempre necessario che si configuri un diverso trattamento perché si possa rinvenire un'ipotesi di discriminazione diretta; talvolta questa deriva, invece, da un trattamento identico nei confronti di due soggetti che riversano in condizioni differenti.²⁵⁰

In altre parole, quindi, la discriminazione diretta può essere definita come quel trattamento sfavorevole che subisce una persona rispetto a quello che invece hanno ricevuto o, ipoteticamente, riceverebbero altre persone in una situazione analoga, per il semplice fatto di rientrare all'interno di uno dei motivi di discriminazione che sono, quindi, oggetto di protezione.²⁵¹

La nozione di discriminazione indiretta è stata introdotta dalla direttiva 97/80 sull'onore della prova, all'art. 2, paragrafo 2, elaborata poi dalla CGUE facendo quasi esclusivo riferimento alla discriminazione sulla base del genere. Prima di essa, comunque, era già presente all'interno dell'ordinamento comunitario un accenno a tale concetto: l'art. 39 TCE prevedeva la discriminazione indiretta nella disciplina attuativa del principio di

²⁵⁰ Così come affermato dalla sentenza della Corte EDU del 6 aprile 2000, *Thlimmenos c. Grecia*, n. 34369/97, punto 44.

²⁵¹ I motivi che sono oggetto di divieto di discriminazione ai sensi della normativa europea sono: sesso, identità di genere, orientamento sessuale, disabilità, età, razza, origine etnica, origine nazionale e religione o convinzioni personali.

libera circolazione dei lavoratori e il regolamento (CEE) n. 1612/68²⁵² prevedeva, all'art. 3, l'inapplicabilità delle disposizioni legislative che, sebbene fossero applicabili senza distinzione di nazionalità, avessero come scopo quello di escludere i cittadini stranieri.²⁵³

Ulteriori riferimenti di un primo accenno al concetto di discriminazione indiretta sono rappresentati dalla direttiva 75/117 che riconosceva tale ipotesi all'interno dei sistemi di classificazione del personale; o anche, dalla direttiva 76/207 all'art. 2 in cui esprimeva il concetto di discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente.²⁵⁴

La nozione di discriminazione indiretta, a seguito anche delle pronunce della CGUE che hanno definito e delineato il concetto,²⁵⁵ è stata poi riformulata nelle direttive più recenti: all'interno della direttiva 2000/43²⁵⁶, della direttiva 2002/73, che modifica la precedente direttiva 76/207, della direttiva 2006/54 fino ad arrivare alla direttiva 2023/970.

Nella discriminazione indiretta colui che lamenta il trattamento meno favorevole deve dimostrare che una determinata norma o prassi, che risulta apparentemente neutra, possa, in realtà, collocare una persona, appartenente ai gruppi tutelati (in questo caso, una donna), in una posizione di svantaggio.²⁵⁷ Così come per la discriminazione diretta, anche per quella indiretta si parla di una comparazione in astratto: chi ritiene di essere discriminato non deve essere stato necessariamente soggetto ad un pregiudizio concreto e attuale.

Questo concetto risulta più evidente in relazione alla definizione di molestia che, come già è stato sottolineato all'interno dell'art. 2 della direttiva 2000/78, viene equiparata alle discriminazioni quando ha lo scopo, o comunque l'effetto, di ledere la dignità

²⁵² Regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, in GU L. 257 del 19 ottobre 1968.

²⁵³ P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2002, p. 88; D. IZZI, *Discriminazioni indirette e diritto comunitario: riflessioni dopo "Seymour-Smith"*, in *Lavoro e diritto*, 2000, pp. 305-324.

²⁵⁴ F. SAVINO, *Differenze di trattamento e giustificazioni legittime nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Lavoro e diritto*, 2004, p. 572.

²⁵⁵ M.V. BALLESTRERO, *La prova della discriminazione indiretta: ancora un passo avanti della Corte di Giustizia*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1990, pp. 781 ss; F. SAVINO, *Differenze di trattamento e giustificazioni legittime nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Lavoro e diritto*, 2004, pp. 571-592.

²⁵⁶ Direttiva (CE) 2000/43 del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, in GU L. 180 del 19 luglio 2000.

²⁵⁷ M. V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *Lavoro e diritto*, 2004, pp. 501-552; S. SANSONETTI, *La discriminazione e il genere come categoria universale*, in *Economia & lavoro*, 2010, pp. 171-177.

umana e di creare un clima intimidatorio od ostile. Le molestie possono essere molestie di genere o sessuali e consistono, secondo il legislatore comunitario, in comportamenti indesiderati adottati per uno dei motivi vietati, aventi lo scopo di ledere la dignità della persona o di creare un clima intimidatorio od ostile. Perché si configuri molestia sessuale il comportamento deve essere di natura sessuale, appunto (verbale, non verbale o fisico). È evidente, quindi, che nel caso delle molestie, non viene richiesta una comparazione tra l'individuo molestato e altri soggetti, l'attenzione è rivolta solo al bene protetto, quindi è sufficiente dimostrare che il comportamento che ha leso la dignità della persona sia legato al genere.²⁵⁸

Quindi, in altre parole, la discriminazione indiretta consiste in un trattamento sfavorevole dettato da una disposizione, o prassi, che sia di per sé neutra ma che colpisca in modo significativo un gruppo determinato di soggetti, oggetto del divieto di discriminazione, rispetto a quanto invece farebbe con altre persone in una posizione analoga.²⁵⁹

Le direttive più recenti che contengono la definizione di discriminazione indiretta portano con esse una rilevante novità. In precedenza, si faceva riferimento a uno "svantaggio proporzionalmente maggiore" subito da una determinata persona, avendo, quindi, come metro di valutazione un elemento quantitativo; oggi, invece, si parla, di un metro di valutazione qualitativo, facendo riferimento alla mera "posizione di svantaggio".

Un esempio per chiarire la distinzione tra le due diverse sfaccettature di discriminazione può essere il seguente: una donna potrebbe essere esclusa da un determinato posto di lavoro o perché donna (in questo caso si configura palesemente una discriminazione diretta) o perché le vengono richiesti requisiti, non giustificati al fine dello svolgimento di tale mansione, che, in linea generale, una donna non possiede.²⁶⁰

²⁵⁸ L. CORAZZA, *La direttiva 2002/73/CE in tema di discriminazione di genere: prime note sulla nozione comunitaria di molestie sessuali*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2003, pp. 214 ss.

²⁵⁹ Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, Consiglio d'Europa, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, cit., p. 57.

²⁶⁰ Per fare un esempio, si può citare un caso realmente accaduto portato dinanzi alla Cassazione il 4 febbraio 2019, riguardante la mancata assunzione di una donna come capotreno perché non raggiungeva un'altezza di 1.60 m.: tale limite viene ritenuto ingiustificato perché non strettamente legato alle mansioni che avrebbe dovuto svolgere la donna in quanto capotreno. Si veda: Sentenza della Corte di Cassazione del 4 febbraio 2019, *Trenitalia S.p.A., ferrovie in concessione, personale c. Torino Angela*, C-3196/19.

3.2. Le discriminazioni multiple e intersezionali.

Nel considerando 14 della direttiva (CE) 2000/43 e nel considerando 3 della direttiva (CE) 2000/78 vi erano brevi accenni a un'ulteriore forma di illecito consistente nella c.d. discriminazione multipla o intersezionale, caratterizzata dalla situazione in cui più di un fattore di discriminazione è coinvolto nel trattamento sfavorevole o nello svantaggio subito dalla persona. Quindi, quando si parla di una qualunque discriminazione (in questo caso di discriminazione di genere) bisogna tenere a mente che vi sono soggetti che subiscono due o più sfumature di svantaggio e di discriminazione:²⁶¹ un esempio può essere rappresentato da una donna nera che subisce sia la discriminazione di genere che quella razziale o, ancora, una donna nera disabile, che subisce oltre alle precedenti anche la discriminazione legata all'abilismo.²⁶²

Secondo un recente studio, le donne con disabilità mentale o psicologica sono più a rischio di subire abusi rispetto agli uomini che riversano nelle stesse condizioni psicofisiche o rispetto a donne prive di disabilità. I sistemi di protezione sociale e i servizi sanitari non riconoscono il genere come un fattore rilevante per le persone con disabilità.²⁶³ Questo comporta numerose problematiche derivanti anche dal fatto che le donne con disabilità sono particolarmente sottorappresentate nelle attività ricreative, nella cultura e nello sport.²⁶⁴

Ogni individuo possiede una serie di caratteristiche che influiscono sulla sua sfera relazionale e possono comportare la dominazione di alcuni su altri. In certi casi è possibile distinguere e separare i singoli fattori di discriminazione, mentre in altri casi i plurimi fattori interagiscono tra di loro di modo da non poter essere separati. Da questa distinzione è possibile definire i due concetti di discriminazione multipla e discriminazione intersettoriale (o intersezionale) che vengono spesso utilizzati come sinonimi ma, in realtà, hanno un significato leggermente differente.

²⁶¹ M. BARBERA, A. GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria: fonti, strumenti, interpreti*, cit. p. 56.

²⁶² È possibile domandarsi, così come fece Anna Loretoni ne *Un femminismo intersezionale e multidisciplinare*, in *Iride, Filosofia e discussione pubblica*, 2018, p. 311: “Come si può pensare di stabilire una comune condizione di oppressione e di discriminazione di tutte le donne per il solo fatto che esse siano donne? Non è evidente che, al di là della comune appartenenza al genere, le donne vivano condizioni assai diversificate [...]?” S. FAVALLI, D. FERRI, *Defining Disability in the European Union Nondiscrimination Legislation: Judicial Activism and Legislative Restraints*, in *European Public Law*, 2016, pp. 541-567.

²⁶³ Commission staff working document Background document *Strategy for Equality between Women and Men 2010-2015*.

²⁶⁴ La Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, adottata nel 2006 e entrata in vigore nel 2008, ribadisce che tutte le persone con qualsiasi tipo di disabilità devono godere di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali.

La discriminazione multipla consiste in quella discriminazione che trova il suo presupposto in una serie di motivi diversi che agiscono, separatamente, in momenti distinti o contemporaneamente. Nel primo caso si parlerà di discriminazione sequenziale, nel secondo di discriminazione aggiuntiva.

Nella discriminazione intersettoriale/intersezionale i plurimi fattori di discriminazione agiscono tra di loro contemporaneamente, rendendo impossibile distinguere i singoli motivi.

Questa distinzione è una distinzione meramente dottrinale;²⁶⁵ le norme in questione sono carenti²⁶⁶ e, soprattutto, il linguaggio che utilizzano è volto ad indicare obiettivi generali e non a stabilire specifici divieti.

La recente direttiva (UE) 2023/970 introduce due importanti innovazioni per la tutela contro le discriminazioni intersezionali.

La prima innovazione riguarda il versante letterale: il testo nomina esplicitamente la discriminazione intersezionale, definendo all'art. 3, paragrafo 2, lettera e) come “la discriminazione fondata su una combinazione di discriminazioni fondate sul sesso e su qualunque altro motivo di cui alla direttiva 2000/43/CE o alla direttiva 2000/78/CE”. Al considerando 25 viene evidenziato come “le donne con disabilità, le donne di origine razziale ed etnica diversa comprese le donne rom e le donne giovani o anziane rientrano tra i gruppi che possono subire la discriminazione intersezionale”. Inoltre, allo stesso considerando, viene chiarito che “nel contesto della discriminazione retributiva basata sul genere, dovrebbe essere possibile tenere conto di tale combinazione, eliminando in tal modo ogni dubbio che possa emergere al riguardo nell'ambito del quadro giuridico esistente e consentendo agli organi giurisdizionali nazionali, agli organismi per la parità e alle altre autorità competenti di tenere debitamente conto di qualsiasi situazione di svantaggio derivante da una discriminazione intersezionale in particolare a fini sostanziali e procedurali, compreso riconoscere l'esistenza di una discriminazione, decidere quali siano i lavoratori che devono servire da termine di paragone appropriato, valutare la proporzionalità e determinare, se del caso, il livello del risarcimento concesso o delle sanzioni imposte”. Inoltre, nel considerando 32 si fa riferimento a pratiche discriminatorie basate sul genere ma anche sull'intersezione di altri fattori.

²⁶⁵ M. BARBERA, A. GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria: fonti, strumenti, interpreti*, cit., p. 57.

²⁶⁶ Si veda considerando 14 della Direttiva 2000/43/CE relativa all'uguaglianza razziale e il considerando 3 della Direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia occupazionale.

La seconda innovazione introdotta dalla direttiva è maggiormente significativa: viene inserita la discriminazione intersezionale nella parte vincolante. All'art. 16, paragrafo 3 è chiarito che nel calcolo del risarcimento sono ricompresi i danni causati da fattori che possono includere la discriminazione intersezionale. L'art. 23, paragrafo 3 specifica che le sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive applicabili qualora vi sia violazione degli obblighi derivanti dal principio di parità di retribuzione, tengono in considerazione eventuali fattori aggravanti o attenuanti pertinenti che possono includere la discriminazione intersezionale.

L'art. 29, paragrafo 3 specifica che l'organismo preposto al monitoraggio che gli stati devono designare in attuazione della direttiva, deve sensibilizzare le imprese, le organizzazioni e le parti sociali al fine di promuovere il principio della parità di retribuzione e il diritto alla trasparenza retributiva, anche affrontando la discriminazione intersezionale in relazione alla parità di retribuzione per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

Dunque le novità contenute nella presente direttiva costituiscono un passo importante della normativa antidiscriminatoria dell'UE.²⁶⁷

3.2.1. Le discriminazioni multiple e intersezionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea e della Corte EDU: il caso *Achbita*.

Kimberle Crenshaw, nota come colei che ha introdotto il concetto di intersezionalità, ha mostrato come la giurisprudenza non riesca a cogliere l'intersecarsi delle diverse dimensioni nell'analisi dei fenomeni discriminatori, ma, piuttosto, vede i vari fattori di discriminazione come escludersi reciprocamente.²⁶⁸

La Corte EDU, nonostante ritenga possibile un ricorso sulla base di più motivi di discriminazione²⁶⁹ non ha mai utilizzato i termini di discriminazione multipla piuttosto che settoriale, benché, in varie cause sembri riconoscere tacitamente il fenomeno.²⁷⁰ Un esempio illustrativo di quanto appena delineato può essere individuato nella situazione di una donna, nigeriana, residente in Spagna che svolgeva la professione di prostituta,

²⁶⁷ B. G. BELLO, L. MANCINI, *La discriminazione intersezionale nella Direttiva 2023/970/UE sulla parità retributiva uomo/donna*, in *Italian Equality Network*, 2023, p. 2.

²⁶⁸ K. CRENSHAW, *Demarginalizing the intersection of race and sex: A Black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics*, in *Droit et société*, 2021, pp. 465-487; A. LORETONI, *Un femminismo intersezionale e multidisciplinare*, cit., pp. 307-318.

²⁶⁹ Si veda, a questo proposito, art. 14 CEDU e il protocollo aggiuntivo n. 12.

²⁷⁰ Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, Consiglio d'Europa, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, cit., p. 65.

che aveva dichiarato di essere stata discriminata sulla base di tre fattori consistenti nel genere, nella professione e nella sua origine etnica.²⁷¹ Un ulteriore esempio potrebbe essere rappresentato dalla causa *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portogallo* in cui la donna in questione riteneva di essere stata discriminata da parte del tribunale amministrativo supremo in base al sesso e all'età (la donna al momento dei fatti aveva 50 anni).²⁷²

Nel quadro del diritto dell'UE, invece, la CGUE ha sottolineato in diverse occasioni la sua impossibilità nell'estendere i motivi di discriminazione e, anche, il suo rifiuto nell'utilizzare il concetto di discriminazione multipla o intersezionale, benché si possa affermare, pacificamente, che i casi di discriminazioni basati su molteplici fattori siano la regola più che l'eccezione. Secondo la CGUE non le è possibile creare nuovi motivi di discriminazione come, per richiamare l'esempio precedente, quello di donna nera.²⁷³

Ipotesi di discriminazione multipla o intersezionale sono rinvenibili in diversi casi presentati di fronte alla CGUE la quale però, appunto, li ha riconosciuti ma non esaminati come tali. Un emblematico esempio può essere quello della causa *Achbita*.²⁷⁴ la questione riguardava il divieto posto da una società belga nei confronti dei propri dipendenti di indossare sul luogo di lavoro segni evidenti delle proprie convinzioni politiche, filosofiche o religiose. La sig.ra Achbita lavorava come *receptionist* per la società, tramite un contratto a tempo indeterminato, quando comunicò ai propri superiori l'intenzione di indossare il velo islamico durante l'orario lavorativo. La

²⁷¹ Sentenza della Corte EDU del 12 giugno 2012, *N.B. c. Slovacchia*, n. 29518/10, Sentenza della Corte EDU del 8 novembre 2011, *V.C. c. Slovacchia* n. 18968/07.

²⁷² Sentenza della Corte EDU del 25 luglio 2017, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portogallo*, n.17484/15.

²⁷³ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 11 luglio 2006, *Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA*, C-13/05, punto 56; Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 17 luglio 2008, *S. Coleman c. Attridge Law e Steve Law*, C-303/06, punto 46; Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 7 luglio 2011, *Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești c. Ștefan Agafitei e altri*, C-310/10; Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 9 marzo 2017, *Petya Milkova c. Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*, C-406/15.

²⁷⁴ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 13 marzo 2017, *Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, C-157/15; A. BORGHI, *Sulla libertà di manifestare le proprie opinioni religiose nel luogo di lavoro: brevi note in merito ai casi Achbita e Bougnaoui*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 2019, pp. 1-26; S. SCARPONI, *L'appartenenza confessionale delle donne lavoratrici davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2018, pp. 221-240; D. MARINO, *Il diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza delle Corti*, in *Lavoro e diritto*, 2021, pp. 399-416; R. COSIO, *L'uso del velo islamico nei posti di lavoro. Il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà d'impresa*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, 2017, disponibile online; D. DURISOTTO, *I recenti interventi della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE in tema di simboli religiosi, un percorso parallelo. Rassegna della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 2019, pp. 1-25; E. OLIVITO, *La Corte di giustizia non si "svela": discriminazioni indirette e neutralità religiosa nei luoghi di lavoro. Il cliente (non) ha sempre ragione!*, in *Diritti comparati*, 2017, pp. 1-6.

direzione della società rispose alla sig.ra Achbita che, il fatto di indossare il velo, non sarebbe stato tollerato in quanto contrario alla neutralità a cui mirava l'impresa.

Il 12 giugno 2006, in seguito alla perdurante volontà della sig.ra Achbita di indossare il velo islamico, venne licenziata e dunque ella presentò ricorso al Tribunale del lavoro di Anversa, il quale però lo respinse.

La sig.ra Achbita, allora, propose appello di fronte alla Corte d'appello del lavoro che però venne rigettato per il motivo che il licenziamento non poteva essere considerato ingiustificato in quanto il divieto generale di indossare sul luogo di lavoro segni visibili di convinzioni politiche, filosofiche o religiose non comporta una discriminazione diretta né indiretta. Infatti, il giudice nazionale riteneva che la sig.ra Achbita non fosse stata licenziata per la sua fede musulmana ma per il fatto che ella voleva manifestarla in maniera visibile durante l'orario di lavoro. Inoltre il regolamento interno della società era valido nei confronti di tutti i dipendenti, non vi era alcuna prova che dimostrasse che si fosse tenuto un comportamento più favorevole nei confronti di un lavoratore di altre convinzioni religiose. La sig.ra Achbita allora presentò ricorso alla Corte di cassazione belga, la quale ritenne di dover sospendere il procedimento e di presentare una questione pregiudiziale di fronte alla CGUE: veniva domandato se l'art. 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78 dovesse essere interpretato nel senso che il divieto per una donna musulmana di indossare un velo islamico sul luogo di lavoro non configurasse una discriminazione diretta qualora la regola vigente presso il datore di lavoro vietasse a tutti i dipendenti di indossare segni evidenti di convinzioni politiche, filosofiche e religiose.²⁷⁵

In primo luogo, la Corte evidenzia come, conformemente all'art. 1 della direttiva 2000/78, quest'ultima mirasse a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su religione o convinzioni personali, *handicap*, età o tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento.

L'art. 2, paragrafo 1, della direttiva stabiliva come per "principio della parità di trattamento" si intendesse l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1 della medesima direttiva. L'articolo 2, paragrafo 2, lettera a) precisava che sussisteva discriminazione diretta quando una

²⁷⁵ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 13 marzo 2017, *Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, C-157/15, punto 21.

persona veniva trattata in modo meno favorevole di un'altra che si trovava in una situazione analoga, sulla base di uno qualsiasi dei motivi previsti all'articolo 1 della direttiva comunitaria, tra i quali la religione.

Per quanto riguarda, invece, la nozione di "religione", di cui all'art. 1 occorre evidenziare come tale direttiva non contenesse alcuna definizione di detto concetto.

Tuttavia, il legislatore europeo all'interno del considerando 1 della direttiva 2000/78, fa riferimento ai diritti fondamentali garantiti dalla CEDU che prevede, all'art. 9, che ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, e che tale diritto include, in particolare, la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

Il legislatore europeo ha inoltre fatto riferimento alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto dell'UE e, tra i diritti risultanti da tali tradizioni comuni, riaffermati nella CDFUE, vi è il diritto alla libertà di coscienza e di religione sancito all'art. 10, paragrafo 1, della CDFUE. Conformemente a tale disposizione, il diritto in questione include la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

Dato che la CEDU e, successivamente, la CDFUE attribuiscono alla nozione di "religione" un'accezione ampia, poiché includono in tale nozione la libertà per le persone di manifestare la propria religione, si doveva ritenere che il legislatore dell'UE avesse inteso mantenere lo stesso approccio nell'adozione della direttiva 2000/78, cosicché fosse necessario interpretare la nozione di "religione" di cui all'articolo 1 di tale direttiva nel senso che essa comprendeva sia il *forum internum*, ossia il fatto di avere convinzioni, sia il *forum externum*, ossia la manifestazione pubblica della fede religiosa. In secondo luogo, occorre determinare se, dalla norma interna di cui al procedimento principale, emergesse una disparità di trattamento tra lavoratori a seconda della loro religione o delle loro convinzioni e, in caso affermativo, se tale disparità di trattamento costituisse una discriminazione diretta ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78.

Nel caso di specie, la norma interna di cui al procedimento principale si riferiva al fatto di indossare segni visibili di convinzioni politiche, filosofiche o religiose e riguardava quindi qualsiasi manifestazione di tali convinzioni, senza distinzione. Si deve dunque considerare che la norma in questione trattava in modo uguale tutti i dipendenti

dell'impresa, imponendo loro una neutralità di abbigliamento che si poneva dunque in contrasto al fatto di indossare tali segni.

Non risulta pertanto che l'applicazione della norma interna di cui al procedimento principale nei confronti della sig.ra Achbita, sia stata diversa dall'applicazione della medesima norma a qualsiasi altro dipendente.

Dunque, la Corte concluse affermando che una norma interna come quella di cui al procedimento principale non istituisce una disparità di trattamento direttamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78.

A questo punto però, secondo una costante giurisprudenza della CGUE spetta a quest'ultima trarre da tutti i presupposti forniti dal giudice nazionale gli elementi del diritto dell'UE che richiedono un'interpretazione, tenuto conto dell'oggetto della controversia.²⁷⁶

Qualora venga dimostrato (e verificato dal giudice nazionale) che l'obbligo apparentemente neutro contenuto all'interno del regolamento della società belga comportasse, di fatto, un particolare svantaggio per le persone che aderivano ad una determinata religione o ideologia, è possibile rinvenire un'ipotesi di disparità di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78, a meno che fosse oggettivamente giustificata da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento fossero appropriati e necessari.

A questo punto occorre rilevare che la volontà di mostrare, nei rapporti con i clienti, pubblici e privati, un sistema basato sulla neutralità politica, filosofica o religiosa, fosse legittimo in quanto rientrante nella libertà di impresa²⁷⁷ e, inoltre, bisognava constatare che il fatto di vietare ai lavoratori di indossare in modo visibile segni di convinzioni religiose era idoneo ad assicurare la corretta applicazione di una politica di neutralità.

Spettava al giudice nazionale verificare se la società belga avesse stabilito, prima del licenziamento della sig.ra Achbita, una politica generale ed indifferenziata che vietasse di indossare in modo visibile segni di convinzioni politiche, filosofiche o religiose nei confronti del personale in contatto con i suoi clienti.

²⁷⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 12 febbraio 2015, *Minister Finansów c. Oil Trading Poland sp. z.o.o. w Szczecinie*, C 349/13, punto 45.

²⁷⁷ Si veda art. 16 della CDFUE e art. 9 CEDU.

Per quanto riguarda il carattere necessario del divieto di cui al procedimento principale, occorre verificare se tale divieto fosse strettamente necessario e, dunque, se l'impedimento di indossare in modo visibile qualsiasi segno che potesse essere associato ad un credo religioso oppure ad una convinzione politica o filosofica interessasse unicamente i dipendenti della società che hanno rapporti con i clienti. In caso affermativo, detto divieto doveva essere considerato strettamente necessario per il conseguimento della finalità perseguita.

Nel caso di specie spettava al giudice del rinvio verificare, tenendo conto dei vincoli inerenti alla società, e senza che quest'ultima dovesse sostenere un onere aggiuntivo, se sarebbe stato possibile per la società belga, di fronte a siffatto rifiuto, proporre alla sig.ra Achbita un posto di lavoro che non comportasse un contatto visivo con i clienti, invece di procedere al suo licenziamento. Per questi motivi spettava al giudice del rinvio tenere conto degli interessi in gioco e limitare allo stretto necessario le restrizioni alle libertà in questione.

Dunque, alla luce di tutte le suddette motivazioni la Corte rispondeva alla questione sollevata dal giudice del rinvio dichiarando che l'art. 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78 dovesse essere interpretato nel senso che il divieto di indossare un velo islamico, derivante da una norma interna di un'impresa privata che vieta di indossare in modo visibile qualsiasi segno politico, filosofico o religioso sul luogo di lavoro, non costituisca una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali ai sensi di tale direttiva.

Tale norma interna di una società privata poteva invece costituire una discriminazione indiretta ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78, qualora fosse stato dimostrato che l'obbligo apparentemente neutro da essa previsto comportasse, di fatto, un particolare svantaggio per le persone che aderivano ad una determinata religione o ideologia, a meno che esso fosse oggettivamente giustificato da una finalità legittima, come il perseguimento, da parte del datore di lavoro, di una politica di neutralità nei rapporti con i clienti, e che i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità fossero appropriati e necessari, circostanza che spettava al giudice del rinvio verificare.

Il caso analizzato è un esempio di discriminazione multipla in cui i fattori toccati sono quelli relativi al sesso e relativi al credo religioso. Infatti, nella religione islamica sono solo le donne a dover indossare il velo e, quindi, vi è necessariamente una disparità di

trattamento sia tra donna non islamica e donna islamica sia tra uomo e donna, entrambi professanti la religione musulmana.

Il caso *Achbita* non è l'unica ipotesi di discriminazione multipla affrontata dalla CGUE: come affermato in precedenza, tali casi sono estremamente numerosi. Ulteriori esempi possono essere rappresentati dal caso *Coleman*²⁷⁸ e dal caso *Z*²⁷⁹ in cui i motivi di discriminazione erano il genere e la disabilità; oppure, ancora, dal caso *Meister*²⁸⁰ (genere, origine etnica e età).

Nonostante la discriminazione, nell'ambito del diritto dell'UE possa essere effettivamente fondata su più motivi, la CGUE ha da sempre ritenuto di non poter creare una nuova categoria di soggetti discriminati sulla base della concatenazione di diversi motivi di discriminazione.

²⁷⁸ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 31 luglio 2008, *S. Coleman c. Attridge Law e Steve Law*, C-303/06.

²⁷⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 18 marzo 2014, *Z. c. A Government department e The Board of management of a community school*, C-363/12.

²⁸⁰ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 19 aprile 2012, *Galina Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH*, C-415/10.

TERZO CAPITOLO

L'armonizzazione del diritto sull'equilibrio di genere negli organi societari nell'Unione Europea

SOMMARIO: 1. La parità di genere nei consigli di amministrazione; 2. Il contesto statale: le iniziative degli Stati membri in materia di parità di genere negli organi societari; 2.1. Una panoramica comparativa europea circa l'adozione di quote all'interno dei consigli di amministrazione; 2.1.1. Nord Europa; 2.1.2. Spagna; 2.1.3. Francia; 2.1.4. Belgio e Paesi Bassi; 2.1.5. Germania; 2.1.6. Italia; 2.1.7. Europa orientale; 2.2. Breve analisi comparativa; 3. *Timeline*: il percorso verso la direttiva (UE) 2022/2381; 3.1. I contributi della Commissione Europea; 3.2. I contributi del Consiglio dell'Unione Europea: il Patto europeo per la parità di genere 2011-2020; 3.3. I contributi del Parlamento Europeo: *Resolution on women and business leadership*; 3.4. La proposta di direttiva del novembre 2012 della Commissione Europea, riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori delle società quotate; 4. La direttiva (UE) 2022/2381; 4.1. Analisi della direttiva (UE) 2022/2381; 4.2. Aspetti problematici e aspetti positivi della direttiva (UE) 2022/2381.

1. La parità di genere nei consigli di amministrazione.

L'UE, fin dal 2010, ha posto una particolare attenzione nei confronti della disparità di genere presente all'interno delle società e, specialmente, all'interno delle posizioni dirigenziali. La limitata presenza femminile nelle sfere decisionali delle aziende si configura come un inequivocabile sintomo della persistente disuguaglianza di genere che permea il panorama lavorativo, estendendosi su scala globale e manifestandosi in maniera diffusa nei Paesi dell'UE. Questo fenomeno non solo rappresenta arretratezza, ma denuncia anche un'ingiustizia sociale profonda, risultato di politiche aziendali intrise di pregiudizi di genere. Esso riflette altresì i modelli culturali trasmessi attraverso contesti familiari e i mezzi di comunicazione di massa, contribuendo così a mantenere radici discriminatorie ancora presenti nella società.

È importante ricordare gli obiettivi e le motivazioni poste alla base delle politiche a favore delle donne nei consigli di amministrazione, che sostanzialmente si riferiscono al miglioramento dell'accesso femminile alle posizioni decisionali e allo sviluppo dei processi e dei risultati della *governance* aziendale.²⁸¹

²⁸¹ P. PROFETA, *Gender Equality and Public Policy: Measuring Progress in Europe*, Cambridge, 2020, p. 109 ss.; M.L. MONTAGNANI, M.L. PASSADOR, *Il consiglio di amministrazione nell'era dell'intelligenza artificiale: tra corporate reporting, composizione e responsabilità*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2021, pp. 121-151; C. GARILLI, *Le quote di genere nelle società a controllo pubblico*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2022, p. 415 ss; M. EROĞLU, M. KARATEPE KAYA, *Impact of Artificial Intelligence on Corporate Board Diversity Policies and Regulations in European Business Organization Law Review*, 2022, pp. 541-572; M. LESZCZYŃSKA, *Mandatory Quotas for Women on Boards of Directors in the European Union: Harmful to or Good for Company Performance?* in *European Business Organization Law Review Article*, 2017, pp. 35-61.

Fin dalla Dichiarazione e dalla Piattaforma d'azione di Pechino del 1995,²⁸² è stato posto in evidenza lo stretto collegamento tra l'accesso delle donne al processo decisionale e le nozioni di giustizia e di democrazia.

L'obiettivo di facilitare l'accesso delle donne a posizioni decisionali, sia nell'ambito politico che economico è generalmente perseguito tramite l'adozione di quote di genere o misure volontarie. Tuttavia, tali azioni vengono giustificate attraverso diverse linee di ragionamento. Nel contesto politico, le misure concepite per garantire una rappresentanza equa tra i sessi nelle assemblee legislative e negli enti pubblici, trovano giustificazione nell'ottica di migliorare la rappresentanza democratica e promuovere la partecipazione politica femminile. Dal punto di vista economico, invece, si fa riferimento ad argomenti di “*business case*”, sottolineando i vantaggi economici che le aziende possono trarre da una presenza equilibrata di donne e uomini.

Vari studi in materia, avvenuti negli Stati Uniti,²⁸³ in Australia,²⁸⁴ Italia,²⁸⁵ Germania²⁸⁶ mostrarono come una maggiore presenza di donne all'interno del consiglio di amministrazione promuova un miglioramento dell'accesso femminile anche nelle posizioni di alti dirigenti e *manager*. Tale connessione è dovuta al fatto che i consigli di amministrazione detengono il potere di nominare i dirigenti principali e, dunque, una rappresentazione più equilibrata all'interno di essi può portare a una maggiore probabilità di monitorare l'evoluzione della *leadership* aziendale. Le ragioni di questa connessione possono essere diverse: in primo luogo, potrebbero derivare dall'impegno delle consigliere di sesso femminile verso l'incremento dell'uguaglianza di genere all'interno delle società in cui detengono un ruolo nei consigli di amministrazione. In secondo luogo, i motivi potrebbero ricondursi al fatto che un maggior coinvolgimento

²⁸² La Dichiarazione finale di Pechino, sottoscritta da 189 paesi e la relativa piattaforma d'azione rappresentano la fine di un lungo percorso e allo stesso tempo il punto di partenza per il rispetto del *gender mainstreaming*. La piattaforma d'azione di Pechino del 1995 ha segnato 12 settori in cui si riteneva urgente un intervento per garantire maggiore parità uomo-donna. Dichiarazione e Programma di azione adottato a Pechino dalla quarta Conferenza mondiale sulle donne nella 16 seduta plenaria, il 15 settembre 1995 (A/CONF. 177/20, distribuito il 17 ottobre 1995).

²⁸³ D. BILIMORIA, *The relationship between women corporate directors and women corporate officers*, in *Journal of Managerial Issues*, 2006, pp. 47-61; A. COOK, C. GLASS, *Diversity begets diversity? The effects of board composition on the appointment and success of women CEOs*, in *Social Science Research*, 2015, pp. 137-147; D. MATSA, A. MILLER, *Chipping away at the glass ceiling: Gender spillovers in corporate leadership*, in *American Economic Review*, 2011, pp. 635-639.

²⁸⁴ P. K. BISWAS, H. ROBERTS, K. STAINBACK, *Does women's board representation affect non-managerial gender inequality?*, in *Human Resource Management*, 2021, pp. 659-680.

²⁸⁵ A. MAIDA, A. WEBER, *Female leadership and gender gap within firms: Evidence from an Italian board reform*, in *ILR Review online first*, 2020, pp. 488-515.

²⁸⁶ A. KIRSCH, K. WROHLICH, *More women on supervisory boards: increasing indications that the effect of the gender quota extends to executive boards* in *DIW Weekly Report*, 2020, pp. 44-49

delle amministratrici contribuisca a ridurre i pregiudizi tra i membri maschili e attenuare i loro dubbi sulle capacità di *leadership* delle donne.

Invece, in relazione ai c.d. motivi di *business case*, nel complesso sono stati pubblicati moltissimi studi²⁸⁷ volti ad evidenziare un esito positivo a seguito della rappresentanza femminile nei consigli di amministrazione. Tali esiti possono essere rappresentati da migliori *performance* finanziarie e sociali oppure, da un miglioramento nel comportamento etico della società. È stato dimostrato, infatti, che le aziende con un numero equilibrato di amministratrici siano meno soggette a compiere frodi aziendali o comunque a tenere comportamenti finanziari scorretti.²⁸⁸

Un ulteriore filone di ricerca²⁸⁹ è volto ad analizzare come cambia il lavoro all'interno dei consigli di amministrazione, come cambiano le discussioni, le decisioni e le interazioni quando vengono incluse le donne. Sulla base di diverse interviste con più direttori viene rivelato che molti di loro, sia uomini che donne, notano dei cambiamenti sostanziali nell'atmosfera del lavoro quali un aumento della cortesia e del rispetto reciproco tra i direttori, discussioni più intense e decisioni meglio analizzate.

Nonostante tali studi, molti ricercatori²⁹⁰ hanno affermato che utilizzare argomentazioni di *business case* per fondare le politiche di presenza delle donne nei consigli di amministrazione non sia una buona idea. Anzitutto perché sottolineano come la relazione tra la diversità di genere e i risultati economici può non essere di tipo causale. Secondariamente, le argomentazioni a favore della rappresentanza femminile, basate sull'idea secondo la quale le donne abbiano una minore propensione a correre rischi e a impegnarsi in una concorrenza eccessiva, non fanno altro che evidenziare un ulteriore stereotipo di genere, privo di fondamento dal momento in cui non vi sono prove circa la presenza di tali caratteristiche nelle donne amministratrici.

²⁸⁷ Tra molti si veda: H. KLARBACH, C. SEIERSTAD, *Gender Quotas on Corporate Boards: Similarities and Differences in Quota Scenarios*, in *European Management Review*, 2020, pp. 615-631; A. KIRSCH, *The gender composition of corporate boards: A review and research agenda*, in *The Leadership Quarterly*, 2018, pp. 346-364.

²⁸⁸ S. DE MASI, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit.

²⁸⁹ A. KIRSCH, K. WROHLICH, *Gender diversity benefits supervisory board work of many companies*, in *DIW Weekly Report*, 2021, pp. 32-38.

²⁹⁰ A. RENÉE B., *Women on boards: The superheroes of tomorrow?*, in *The Leadership Quarterly*, 2016, pp. 371-386; A. H. EAGLY, *When passionate advocates meet research on diversity, does the honest broker stand a chance?*, in *Journal of Social Issues*, 2016 pp. 199-222; D. FERREIRA, *Board diversity: Should we trust research to inform policy?*, in *Corporate Governance: An International Review*, 2015, pp. 108 ss.

2. Il contesto statale: le iniziative degli Stati membri in materia di parità di genere negli organi societari.

La partecipazione delle donne ai processi decisionali nella sfera politica è stata oggetto di discussione di diverse organizzazioni internazionali ed europee fin dagli anni '90, ma la loro partecipazione ai processi decisionali nella sfera economica non ha guadagnato attenzione fino agli inizi degli anni 2000, quando la Norvegia introdusse, come primo Paese al mondo, una quota di genere nei consigli di amministrazione²⁹¹ e influenzò notevolmente alcuni Stati membri dell'UE.²⁹²

Se, nella prima decade del ventunesimo secolo, solo un ristretto numero di Paesi avevano assunto un impegno concreto in termini di azioni finalizzate a promuovere la parità di genere nei consigli di amministrazione, ad oggi si assiste a un incremento costante del numero di Stati che si sta orientando verso tale obiettivo. Dal momento in cui entrò in vigore la legge norvegese, si svilupparono all'interno degli Stati membri tre approcci alternativi per tentare di aumentare la rappresentanza femminile nei consigli di amministrazione: alcuni Stati membri dell'UE hanno introdotto leggi sulle quote di genere e raccomandazioni, nei codici di *corporate governance*, per la rappresentanza delle donne nei consigli di amministrazione.²⁹³ Altri Stati membri dell'UE hanno adottato soltanto raccomandazioni “*soft*” nei loro codici di *governance* aziendale, ma non hanno una legge sulle quote di genere.²⁹⁴ Un ultimo gruppo di Stati membri dell'UE non ha né una quota né raccomandazioni per la diversità di genere nei consigli di amministrazione. Si tratta di Bulgaria, Croazia, Cipro, Cechia, Estonia, Ungheria, Lituania, Malta e Slovacchia.

Il Primo paese membro a introdurre una quota di genere nei consigli di amministrazione è stata la Spagna nel 2007, seguita successivamente da Belgio, Francia, Italia, Paesi Bassi e Germania.

²⁹¹ La legge n. 120 del 19 dicembre 2003, che modificò il Norwegian Public Limited Liability Companies Act del luglio 1997; si veda: A. SWEIGART, *Women on Board for Change: The Norway Model of Boardroom Quotas As a Tool For Progress in the United States and Canada* in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2012, pp. 81-105; A. A. DHIR, *Challenging Boardroom Homogeneity: Corporate Law, Governance, and Diversity*, New York, 2015.

²⁹² P. MONACO, A. VENCHIARUTTI, *Women on Corporate Boards: A Comparative Appraisal of Italian Law*, in *European Business Law Review*, 2017, pp. 1-17.

²⁹³ Austria, Belgio, Francia germanica, Grecia, Italia, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna.

²⁹⁴ Danimarca, Finlandia, Irlanda, Lettonia, Lussemburgo, Slovenia, Romaniaa, Svezia.

Le quote di genere differiscono, all'interno degli Stati membri che le hanno introdotte, per quanto riguarda la tempistica con cui sono state adottate, l'obiettivo (ossia la percentuale richiesta all'interno del consiglio di amministrazione)²⁹⁵ e la durata.²⁹⁶

I codici di *corporate governance*, invece, si sono sviluppati a partire dagli anni '90 e ricomprendono misure volontarie e non vincolanti volte a migliorare le pratiche di *governance* all'interno delle società quotate in borsa. Tutti e 27 gli Stati membri dell'UE hanno codici di governo societario a livello nazionale.

La politica presente all'interno dei codici di *corporate governance* si basa soprattutto sul principio del "*comply-or-explain*" che consiste nel conferire alle società la possibilità di discostarsi dalle raccomandazioni contenute tramite un'adeguata motivazione.

I codici di *corporate governance* contengono solitamente disposizioni sui processi di nomina dei consigli di amministrazione e, sebbene non vi sia alcun obbligo di redigere disposizioni volte al rispetto della parità di genere, diversi Stati membri includono raccomandazioni che tengono conto di tale diversità nei consigli di amministrazione.

Per esempio, il codice di *corporate governance* della Lettonia del 2020 richiede che sia assicurata la rappresentanza di entrambi i sessi all'interno del consiglio di sorveglianza. Nel caso del codice rumeno del 2015, si sottolinea la necessità di un adeguato equilibrio di competenze, esperienza, diversità di genere, conoscenze e indipendenza all'interno del consiglio di amministrazione, al fine di agevolare un efficace svolgimento dei rispettivi compiti e responsabilità.²⁹⁷

In alcuni codici, la presenza femminile all'interno dei consigli di amministrazione è inserita all'interno di una più ampia raccomandazione riguardante la diversità. Ad esempio, il codice di governo societario finlandese del 2020²⁹⁸ enuncia che l'inclusione di entrambi i sessi all'interno del consiglio di amministrazione costituisce uno degli elementi di una composizione diversificata del consiglio e suggerisce alle società di

²⁹⁵ La quota più alta è del 40% (Spagna e Francia, e recentemente la quota italiana è stata aumentata a questo livello), seguita dal 33% (Belgio, Portogallo e, fino a poco tempo fa, Italia), dal 30% (Paesi Bassi, Germania e Austria) e dal 25% (Grecia).

²⁹⁶ Infatti, sebbene la maggior parte delle quote non ha un termine finale di applicazione, Italia e Paesi Bassi introdussero quote temporanee.

²⁹⁷ A. KIRSCH, *Women on Boards Policies in Member States and the Effects on Corporate Governance*, Bruxelles, 2021, p. 30.

²⁹⁸ Securities Market Association, Codice di governo societario finlandese 2020, settembre 2019. Cito da Deloitte Global Boardroom Program. *Progress at a snail's pace. Women in the boardroom: A global prospective*.

definire e comunicare i principi relativi alla diversità all'interno del consiglio di amministrazione.

Fin dal 2004, invece, il codice di *corporate governance* svedese dichiara che "il conseguimento di una distribuzione di genere equa all'interno del consiglio di amministrazione deve costituire un obiettivo prioritario".²⁹⁹

Ciò che ha caratterizzato questi ultimi venti anni è rappresentato da una preoccupante ed eccessiva lentezza dei progressi compiuti in materia.

Dal 2010 la Commissione Europea lavora attivamente per rafforzare la diversità di genere nei consigli di amministrazione. Questo sforzo è nato in risposta alla crescente preoccupazione per la mancanza di progressi significativi verso l'equilibrio di genere nei consigli di amministrazione, nonostante l'attenzione pubblica e politica sul tema. Oggi la percentuale media di donne all'interno dei consigli di amministrazione in Europa è del 30%. Se questo tasso di cambiamento dovesse continuare invariato, potrebbe essere raggiunto qualcosa di simile alla parità soltanto nel 2045.³⁰⁰

2.1. Una panoramica comparativa europea circa l'adozione di quote all'interno dei consigli di amministrazione.³⁰¹

Agli albori del nuovo millennio, alcuni Stati membri dell'UE si dedicarono a promuovere una maggiore presenza femminile all'interno dei consigli di amministrazione. Tuttavia, il percorso intrapreso si rivelò particolarmente eterogeneo all'interno delle varie giurisdizioni. Pertanto, risulta opportuno condurre un'analisi delle scelte compiute dagli Stati al fine di offrire una panoramica completa circa la situazione nel contesto comunitario. Tale quadro delineò le circostanze che spinsero l'UE a ritenere necessario un intervento in questo ambito.

²⁹⁹ A. KIRSCH, *Women on Boards Policies in Member States and the Effects on Corporate Governance*, cit., p. 30.

³⁰⁰ B. KOTEVSKA, V. PAVLOU, *Promotion of gender balance in political decision-making*, in *European Gender Equality Law Review*, 2023, pp. 113 ss.

³⁰¹ La seguente analisi è stata condotta prendendo in considerazione i dati pubblicati dal Gender Statistics Database dell'EIGE (The European Institute for Gender Equality); da Deloitte Global Boardroom Program e da A. KIRSCH, *Women on Boards Policies in Member States and the Effects on Corporate Governance*, Bruxelles, 2021; L. SENDEN, M. VISSER, *Balancing a tightrope: the EU Directive on improving the gender balance among non-executive directors of boards of listed companies*, in *European Gender Equality Law Review*, 2013, pp. 17-33.

2.1.1. Nord Europa.

La Finlandia e la Svezia non seguirono lo stesso percorso intrapreso dalla Norvegia che stabiliva quote di genere, poiché già vantavano una significativa presenza femminile nei consigli di amministrazione. Pertanto, consentirono che l'adozione di tali misure si limitasse ad una semplice raccomandazione, permettendo alle società di discostarsi da qualsiasi regola basata sul genere a condizione che tale distacco fosse sufficientemente motivato (c.d. principio del “*comply-or-explain*”).³⁰²

Il governo finlandese si occupò del tema soltanto nel 2008, quando all'interno del codice di governo societario³⁰³ venne raccomandata, per la prima volta, la rappresentanza equa di entrambi i sessi nei consigli di amministrazione. Inoltre, nell'edizione 2020 del codice di governo societario venne raccomandato espressamente alle società quotate in borsa di definire le proprie politiche di diversità.³⁰⁴ Tali relazioni dovevano comprendere: l'obiettivo di rappresentare entrambi i sessi all'interno dei consigli di amministrazione, i mezzi utilizzati per raggiungere tale obiettivo e, inoltre, dovevano essere evidenziati i progressi mano a mano raggiunti. Per garantire una maggiore diversità all'interno dei consigli di amministrazione, nel codice societario del 2020, vennero elencati ulteriori fattori da dover considerare per la nomina dei consiglieri, oltre a quello del genere: l'età e il *background* occupazionale, educativo e internazionale.³⁰⁵

Il governo finlandese da sempre si è mostrato ostile all'introduzione di quote vincolanti all'interno dei consigli di amministrazione e ancora oggi ritiene che i progressi possano essere raggiunti senza la determinazione di quote, ma solo attraverso un impegno attivo da parte della comunità imprenditoriale.³⁰⁶ Attualmente la presenza di donne all'interno dei consigli di amministrazione delle società finlandesi è del 31,9%.

³⁰² A. KIRSCH, *Women on Boards Policies in Member States and the Effects on Corporate Governance*, cit.

³⁰³ Securities Market Association (Codice di governo societario finlandese 2008), ottobre 2008. Cito da Deloitte Global Boardroom Program. *Progress at a snail's pace. Women in the boardroom: A global prospective*.

³⁰⁴ Securities Market Association (Codice di governo societario finlandese 2020), settembre 2019. Cito da Deloitte Global Boardroom Program. *Progress at a snail's pace. Women in the boardroom: A global prospective*.

³⁰⁵ Making Finland a global leader in gender equality: Government action plan for gender equality 2020–2023, 2021. Cito da Deloitte Global Boardroom Program. *Progress at a snail's pace. Women in the boardroom: A global prospective*.

³⁰⁶ A. VIRTANEN, *Women on the boards of listed companies: Evidence from Finland*, in *Journal of Management and Governance*, 2012, pp. 571–593.

Anche in Svezia manca una vera e propria legislazione riguardante le quote di rappresentanza femminile all'interno dei consigli di amministrazione perché la materia è lasciata nelle mani dell'autoregolamentazione. Ciò nonostante, tale obiettivo è prioritario per le aziende svedesi, nonché per il governo e le autorità di regolamentazione, come è dimostrato dai dati: il 34% dei posti all'interno dei consigli di amministrazione in Svezia è occupato da donne.

Il codice di *corporate governance* svedese³⁰⁷ prevede che le società quotate in borsa si impegnino a raggiungere l'equilibrio di genere nei loro consigli di amministrazione sulla base del principio "*comply-or-explain*", il quale impone di fornire una giustificazione adeguata nel caso di un'eventuale deviazione dall'obiettivo di parità di genere.

2.1.2. Spagna.

La Spagna nel 2007 fu il primo paese dell'UE a introdurre una quota di genere all'interno dei consigli di amministrazione. Con la *Ley Orgánica, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*,³⁰⁸ era previsto l'obbligo in capo a tutte le società di sforzarsi ad includere un numero sufficiente di donne nei loro consigli di amministrazione al fine di raggiungere una presenza equilibrata entro il 2015.³⁰⁹ La legge stabiliva sostanzialmente che nessuno dei due sessi potesse rappresentare più del 60% o meno del 40% dei membri del consiglio di amministrazione, quindi in altre parole, la quota di genere era fissata al 40%. Tale obiettivo non è stato raggiunto, infatti oggi si stima che la rappresentanza media delle donne nei consigli di amministrazione di tutte le società quotate in Spagna sia del 26%.

Sono state avanzate diverse ipotesi per spiegare il mancato raggiungimento della quota, e probabilmente la più rilevante consiste nel fatto che la violazione del vincolo non comportava alcuna sanzione, al più il governo poteva mostrare una preferenza nell'assegnazione di appalti pubblici a imprese che avessero consigli di amministrazione equilibrati sotto il punto di vista del genere. Per questo motivo la quota stabilita dalla normativa spagnola era definita "*soft*".

³⁰⁷ Consiglio svedese per il governo societario, Codice svedese per il governo societario, gennaio 2020.

³⁰⁸ Ley Orgánica, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres n. 3 del 22 marzo 2007. (Legge organica per l'effettiva uguaglianza tra uomini e donne).

³⁰⁹ J. G. ÁLVAREZ, M. S. BARRIOS, *La participación de la mujer en los consejos de administración de empresas del Ibex*, in *Revista de Humanidades*, 2009, pp. 105-140; R. PALÁ-LAGUNA, L. ESTEBAN-SALVADOR, *Gender Quota for Boards of Corporations in Spain*, in *European Business Organization Law Review*, 2016, pp. 379-404.

Il primo codice di *corporate governance* in Spagna venne promulgato nel 1996, ma non conteneva al suo interno alcun riferimento alla promozione della presenza femminile all'interno dei consigli di amministrazione. Nel 2006 entrò in vigore un nuovo codice che armonizzava quelli precedenti³¹⁰ e includeva una raccomandazione riguardante la composizione equilibrata a livello di genere all'interno dei consigli di amministrazione. Nella versione del 2015 era stabilita la quota del 30% che doveva essere raggiunta entro il 2020.³¹¹

Il dibattito politico spagnolo circa il mancato raggiungimento della soglia prevista vede come responsabili una serie di motivazioni. *In primis*, coloro che si professano contrari ai sistemi di quote ritengono che la realizzazione di obiettivi quantificabili risulta inaccessibile per le imprese in virtù delle disparità esistenti nelle competenze, nella disponibilità e nell'interesse delle donne a ricoprire ruoli dirigenziali nei vari settori. Inoltre, affermano che la composizione dei consigli di amministrazione è disciplinata dal diritto societario, focalizzato sulla partecipazione al capitale, escludendo qualsiasi altro criterio. Infine, la determinazione di quote si mostra incompatibile con i principi di efficienza e di selezione mirata e, inoltre, la giurisprudenza della Corte di giustizia³¹² aveva sottolineato l'importanza di una valutazione obiettiva dei candidati basata sui loro meriti e sulle loro abilità mostrandosi contraria, dunque, all'attribuzione automatica e incondizionata di determinate posizioni alle candidate di sesso femminile.³¹³

2.1.3. Francia.

In Francia la *Loi relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle* states del 2011,³¹⁴ fissava l'obbligo per le società quotate e non quotate in borsa, con un numero non inferiore a 500 addetti e con un fatturato di almeno 50 milioni di euro, di

³¹⁰ El Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas (Il Codice Unificato di Buona Governance delle Società Quotate), approvato il 22 maggio 2006 come documento unico, insieme alle raccomandazioni di corporate governance ai fini della sezione 1.f) della prima disposizione dell'Ordine ECO/3722/2003 del 26 dicembre.

³¹¹ Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas (Codice di Autodisciplina delle società quotate) redatto con il supporto e la consulenza del Comitato di Esperti e approvato con Delibera del Consiglio di Amministrazione della CNMV del 18 febbraio 2015.

³¹² Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 17 ottobre 1995, *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93.

³¹³ J. O'REILLY, *Women on Corporate Boards and in Top Management: European Trends and Policy*, Londra, 2012, pp. 169-197.

³¹⁴ LOI n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle. (legge n. 103 del 27 gennaio 2011 circa la rappresentanza equilibrata delle donne nei consigli di amministrazione e nei consigli di sorveglianza).

raggiungere entro il 2017 la quota del 40% di donne all'interno dei consigli di amministrazione, adottando però una strategia graduale, partendo cioè da una quota del 20% da raggiungere nel primo triennio. In caso di non conformità, la nomina dei nuovi amministratori era considerata nulla e tutti i compensi per gli amministratori potevano essere trattenuti fino a quando i requisiti non sarebbero stati soddisfatti.

Nel 2017 il governo francese ha dichiarato la parità di genere un obiettivo nazionale.³¹⁵

Nel contesto di una nuova legge che promuove la partecipazione delle donne all'economia,³¹⁶ il 16 dicembre 2021 l'Assemblea nazionale francese ha adottato una quota per i comitati esecutivi e le posizioni dirigenziali: l'obiettivo è quello di raggiungere una rappresentanza di donne del 30% in queste posizioni entro il 2027 e del 40% entro il 2030. Tale obbligo è specificamente riferito a tutti i datori di lavoro con più di 1.000 dipendenti.

Così come il primo codice di *corporate governance* spagnolo, anche quello francese del 1995 non presentava alcun richiamo alla promozione della presenza di donne nei consigli di amministrazione.³¹⁷ Le prime raccomandazioni inerenti alla materia sono state inserite soltanto nel 2010, invitando le società quotate a assicurare un equilibrio di genere all'interno dei propri consigli di amministrazione: l'obiettivo consisteva nel raggiungere almeno il 20% di donne entro un periodo di tre anni e il 40% entro sei anni dalla data di pubblicazione della raccomandazione.³¹⁸ La versione attuale del codice, entrata in vigore nel 2020, non contiene più alcun obiettivo in materia di quote di genere.³¹⁹

La normativa relativa alle quote di genere in Francia, nonostante sia stata attuata, fu oggetto di diverse critiche, specialmente relative al fatto che i mandati degli amministratori uomini in carica non dovessero essere rinnovati per far posto alle donne,

³¹⁵ Le Ministère chargé de l'égalité entre les femmes et les hommes, de la diversité et de l'égalité des chances, Egalité Femmes-Hommes : grande cause du quinquennat. (Il Ministero per la Parità tra donne e uomini, la Diversità e le Pari Opportunità, La parità tra donne e uomini: una delle principali cause dei prossimi cinque anni).

³¹⁶ La Loi n° 2021-1774 du 24 décembre 2021 visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle (legge volta ad accelerare la parità economica e professionale del 24 dicembre 2021).

³¹⁷ Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, Afep-MedefI (codice di corporate governance per le società quotate), luglio 1995.

³¹⁸ Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, Afep-MedefI (codice di corporate governance per le società quotate), modificato ad aprile 2010.

³¹⁹ Code de gouvernance d'entreprise des sociétés cotée, Code Afep-Medef (codice di Autodisciplina delle società quotate), 30 gennaio 2020.

inoltre si lamentava il fatto che tali quote facessero venir meno il principio di meritocrazia.³²⁰

Quando è stata introdotta la prima legge relativa alle quote di genere in Francia, la presenza delle donne all'interno dei consigli di amministrazione era pari al 22% del totale. Tale percentuale continuò ad aumentare fino a superare il 45% nel 2020. Nonostante il dato sia particolarmente positivo, nettamente oltre la media europea, i dati dell'EIGE³²¹ sottolineano una grande disparità nella presenza di donne tra gli amministratori delegati e non delegati.

2.1.4. Belgio e Paesi Bassi.

Anche Belgio e Paesi Bassi hanno seguito la via regolamentare. Il Belgio nel 2011, all'interno del codice delle società ha inserito l'art. 518-*bis* che prevede, entro un periodo di 6 anni, un terzo dei componenti dei consigli di amministrazione delle società quotate destinato al genere sottorappresentato.³²² Negli ultimi anni, in Belgio sono stati compiuti progressi significativi per aumentare la presenza delle donne nei consigli di amministrazione: oggi tutte le società quotate in borsa rispettano ampiamente la quota di genere prevista dalla normativa e la percentuale femminile all'interno dei consigli di amministrazione è del 34,9%.

³²⁰ M. ARENA, *Dai "soliti noti" alla "gender diversity": come cambiano gli organi di amministrazione e controllo delle società– il modello francese: un approccio gradualistico verso la parità di genere*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2015, p. 2245 ss.; S. DE MASI, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit., 105 ss.

³²¹ L'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere (EIGE) consiste in un'agenzia comunitaria, entrata in funzione nel 2009, con il compito di fornire ricerche e informazioni di alta qualità per sostenere le istituzioni e i Paesi europei nei loro sforzi per porre fine alle disuguaglianze di genere, nonché nell'attuazione delle politiche di pari opportunità, nella lotta alle discriminazioni basate sul sesso e nella sensibilizzazione di tutti i cittadini e le cittadine alle "questioni di genere". In particolare, tale Istituto lavora per rendere la parità tra donne e uomini una realtà entro e oltre i confini dell'UE, in modo che tutti possano avere le stesse opportunità nella vita, indipendentemente dal genere. Individua i divari tra donne e uomini, raccogliendo e analizzando dati concreti, quindi fornendo informazioni pratiche volte a migliorare la vita sia delle donne che degli uomini.

La sede dell'EIGE è in Lituania, a Vilnius ed è composto da una cinquantina di dipendenti provenienti da 20 differenti paesi. L'EIGE si occupa di elaborare l'indice sull'uguaglianza di genere, che consiste in un'analisi di numerosi indicatori relativi ad alcune aree specifiche, ossia gli ambiti della vita quotidiana in cui le donne rischiano di trovarsi in condizioni di svantaggio rispetto agli uomini. Tali indicatori vengono definiti domini e sono: lavoro, denaro, conoscenza, tempo, potere e salute. A questi si è aggiunto nel 2023 un settimo dominio: quello relativo alla violenza contro le donne. A ognuno dei domini monitorato, viene assegnato un punteggio da 1 a 100: più alto è il valore, più alto è il livello di parità che si ritiene sia stato raggiunto in quel paese. I vari punteggi assegnati, contribuiscono unitamente a definire quello complessivo, cioè l'indice sull'uguaglianza di genere.

³²² Legge del 28 luglio 2011, per garantire alle donne un posto nel consiglio di amministrazione delle imprese statali, delle società quotate e della lotteria nazionale, settembre 2011.

Nei Paesi Bassi è stata stabilita nel 2013 una quota temporanea che consisteva nel garantire, entro il 2016, che almeno il 30% dei membri del consiglio di amministrazione appartenesse all'uno e all'altro sesso.³²³ Tale quota si applicava sia alle società quotate che a quelle non quotate ed era valida sia per quanto riguarda la composizione dei consigli di amministrazione, sia per quella dei consigli di sorveglianza. In caso di inosservanza non erano previste particolari sanzioni essendo il modello olandese orientato verso il principio di "*comply-or-explain*", dunque le società erano legittimate a non adempiere all'obbligo sancito dalla quota a patto che, nella loro relazione annuale, motivassero adeguatamente la scelta.³²⁴

La legge in questione aveva una validità temporanea di tre anni, per cui cessò di avere efficacia nel 2016 ma è poi stata reintrodotta per il periodo 2017-2020.

Il governo olandese a settembre 2021 ha approvato una legge sulla diversità di genere attraverso la quale è stata introdotta una quota per i consigli di sorveglianza delle società quotate in borsa richiedendo alle grandi società olandesi, quotate o non quotate, di fissare obiettivi di equilibrio di genere per i loro consigli di amministrazione e per l'alta dirigenza. La legge è entrata in vigore nel gennaio 2022 e la quota prevede una rappresentanza di donne e uomini nei consigli di sorveglianza delle società quotate pari ad almeno il 33%.³²⁵

Se gli uomini sono nominati per occupare i posti vacanti nelle società in cui il consiglio di amministrazione presenta una percentuale minore al 33% di donne, la loro nomina sarà dichiarata non valida e il posto resterà vacante.

Il codice di *corporate governance* olandese è stato redatto per la prima volta nel 2003 e all'epoca non conteneva alcun riferimento alla composizione nei consigli di amministrazione. Tale codice, però, è stato modificato nel 2008 e la situazione è cambiata: è stato raccomandato alle società di includere all'interno dei propri consigli di sorveglianza informazioni relative al genere, mentre per quanto riguarda i consigli di amministrazione, il codice si è limitato ad elencare il genere come uno degli aspetti della diversità.

³²³ T. LAMBOUY, *30% Women on Boards: New Law in the Netherlands*, in *European Company Law*, 2012, pp. 53-63.

³²⁴ R.A. FOORT-DIEPEVEEN, *Gender Quotas for Corporate Boards: A Comparison Between Belgium and the Netherlands*, in *European Company Law*, 2021, pp. 125-139.

³²⁵ Government of the Netherlands, *New legislation will improve gender diversity on corporate boards*, September 2021 (Una nuova legislazione migliorerà la diversità di genere nei consigli di amministrazione delle società). Cito da: Deloitte Global Boardroom Program. *Progress at a snail's pace. Women in the boardroom: A global prospective*.

La soglia minima richiesta, però, non è ancora stata raggiunta, infatti, oggi solo il 28% dei posti all'interno dei consigli di amministrazione appartiene a donne.

2.1.5. Germania.³²⁶

Nel 2015, è stata emanata una legge tedesca che imponeva alle società quotate in borsa di avere donne in almeno il 30% dei posti nei consigli non esecutivi. Le società che non si fossero mostrate adempienti a tale obbligo avrebbero dovuto nominare donne per occupare i posti vacanti nei consigli di amministrazione o lasciarli vuoti; in caso di mancato rispetto le nomine non sarebbero state valide.³²⁷

A giugno 2021 la legge è stata modificata prevedendo un requisito minimo per la rappresentanza femminile nei consigli di amministrazione, tuttavia, anche se si fa riferimento alle quote, in realtà, non è specificata una percentuale minima di donne nei consigli di amministrazione, ma si prescrive soltanto un requisito minimo applicabile alle società quotate dotate di un consiglio di amministrazione di almeno quattro membri. Il primo codice di *corporate governance* tedesco per le società quotate, risalente al 2002, non conteneva al suo interno alcun riferimento circa la composizione di genere del consiglio di amministrazione, soltanto nel 2010 è stato previsto l'obbligo di stabilire un adeguato grado di rappresentanza femminile.

Il codice del 2019, nella sua versione attuale, stabilisce che è necessario considerare la quota di genere prevista dalla legge all'interno del consiglio di amministrazione. Inoltre, raccomanda che il consiglio di sorveglianza determini obiettivi specifici in merito alla propria composizione e predisponga un profilo di competenze e professionalità necessarie per tutti i membri del consiglio, tenendo conto del requisito di diversità.³²⁸

Oggi la percentuale di donne all'interno dei consigli di amministrazione nelle società tedesche è di 28,9%.

³²⁶ K. MÖHRING, C. TENNEY, C. BUSS, *Who Supports Gender Quotas for Company Leadership? An Empirical Analysis of Determinants of Support and Rejection Among German Citizens*, in *Soziale Welt*, 2019, pp. 121-143.

³²⁷ Ersten Führungspositionen-Gesetz“, dem Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst vom 24. April 2015, (la legge per la partecipazione paritaria di donne e uomini alle posizioni dirigenziali nel settore pubblico e privato del 24 aprile 2015, Gazzetta ufficiale federale I pag. 642 – FÜPoG)

³²⁸ Regierungskommission, *Deutscher Corporate Governance Kodex*, December 2019 (Codice di Corporate Governance, dicembre 2019). Cito da: Deloitte Global Boardroom Program. *Progress at a snail's pace. Women in the boardroom: A global prospective*.

2.1.6. Italia.

Le società quotate in borsa in Italia possono scegliere alternativamente tre tipi di struttura consiliare: il tradizionale modello dualistico orizzontale italiano, in cui il consiglio di amministrazione e il collegio sindacale sono nominati dall'assemblea degli azionisti, un modello dualistico verticale simile al sistema tedesco, in cui il consiglio di sorveglianza nomina i membri del consiglio di gestione e un modello monistico simile al sistema anglo-americano. La grande maggioranza delle società quotate in Italia ha adottato il modello dualistico orizzontale. In questo modello, il consiglio di amministrazione comprende sia amministratori delegati e non delegati.³²⁹

In Italia la prima legge relativa alle quote di genere all'interno dei consigli di amministrazione è entrata in vigore il 12 luglio 2011: la c.d. legge Golfo-Mosca³³⁰ (dai nomi dei relatori della proposta: Lella Golfo e Alessia Mosca) che stabiliva, inizialmente una quota pari a un quinto e successivamente a un terzo destinata al sesso sottorappresentato nei consigli delle società private quotate e pubbliche non quotate. Tale legge aveva una validità temporanea: si applicava per tre mandati consecutivi.

La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (da ora: Consob) ha il compito di valutare la conformità delle società quotate alla legge relativa all'inserimento di donne nei consigli di amministrazione. Qualora la composizione del consiglio di amministrazione risultante dall'elezione non rispetti il criterio di riparto previsto, la Consob diffida la società interessata affinché si adegui a tale criterio entro il termine massimo di quattro mesi dalla diffida. In caso di inottemperanza alla diffida, la Consob applica una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 100.000 a euro 1.000.000 per il consiglio di amministrazione e da euro 20.000 a euro 200.000 per il collegio sindacale, secondo criteri e modalità stabiliti con proprio regolamento e fissa un nuovo termine di

³²⁹ M. BIANCO, A. CIAVARELLA, *Women on corporate boards in Italy*, Roma, 2013.

³³⁰ Legge n. 120, del 12 luglio 2011, Modifiche al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernenti la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati, in GU n.174 del 28 luglio 2011; in dottrina si veda: P. RIVA, *Ruoli di Corporate Governance*, Milano, 2020; F. CUCCU, *Il diritto diseguale delle quote di genere nelle società*, in *Nuova Giurisprudenza civile*, 2019, p. 115 ss.; S. DE MASI, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit., p. 121 ss. C. GARILLI, *Le azioni positive di genere nel diritto societario: le quote di genere nella composizione degli organi delle società per azioni*, in *Europa e diritto privato*, 2012, p. 885 ss.; U. MORERA, *Sulle ragioni dell'equilibrio di genere negli organi delle società quotate e pubbliche*, in *Rivista di Diritto commerciale*, 2014, pp. 155-157.

tre mesi per adempiere. In caso di ulteriore inottemperanza rispetto a tale nuova diffida, i componenti eletti decadono dalla carica.³³¹

Il regime previsto per le società pubbliche non quotate è solo parzialmente differente. La quota di genere prevista per le società private resta salva, ciò che cambia è l'organo di controllo, che in questo caso è la presidenza del Consiglio dei Ministri o il Ministero per le pari opportunità. La mancata osservanza delle percentuali richieste per aumentare l'equilibrio di genere causa una diffida da parte del Ministero a ottemperare in un tempo limite di sessanta giorni. Qualora la società rimanga inadempiente scatterà un ulteriore termine di sessanta giorni, decorso inutilmente il quale, segue la decadenza degli amministratori interessati. Una notevole differenza, rispetto al regime a cui sono sottoposte le società private, consiste nel tipo di sanzioni erogate: per le società a controllo pubblico non sono previste sanzioni amministrative pecuniarie.³³²

Tale legge è stata di estrema rilevanza all'interno dell'ordinamento italiano: già durante l'*iter* legislativo, dunque prima della sua entrata in vigore, molte società avevano apportato delle modifiche ai propri statuti al fine di conformarsi alla futura normativa. La quota di donne all'interno dei consigli di amministrazione è passata dal 7,2% nel 2010 al 30,8% nel 2016.³³³

Nel dicembre 2019, con la legge di bilancio³³⁴ sono state introdotte importanti novità in materia di equilibrio di genere nei consigli di amministrazione. La disposizione di cui all'art. 1 della Legge Golfo-Mosca è stata estesa da tre a sei mandati consecutivi aggiuntivi e intervenne anche una modifica della quota che richiedeva che il genere meno rappresentato occupasse almeno due quinti dei posti all'interno del consiglio.

³³¹ Artt. 1 e 2 legge n. 120, del 12 luglio 2011, Modifiche al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernenti la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati, in GU n.174 del 28 luglio 2011.

³³² M. SARALE, *Quote di genere e sistema monistico: precisazioni e omissioni nella legge Golfo Mosca*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2016, pp. 213-232; D. CARBONE, J. DAGNES, *Fare carriera ai vertici. La presenza delle donne nei consigli di amministrazione tra vecchi ostacoli e nuove opportunità*, in *Polis, Ricerche e studi su società e politica*, 2019, pp. 295-320.

³³³ D. CARBONE, J. DAGNES, *Tutte le strade (che) portano qui. Efficacia e limiti delle quote di genere nei CdA delle società quotate*, in *Sociologia del Lavoro*, 2017, pp. 167-187; D. CARBONE, J. DAGNES, *Fare carriera ai vertici. La presenza delle donne nei consigli di amministrazione tra vecchi ostacoli e nuove opportunità*, in *Polis, Ricerche e studi su società e politica*, 2019, p. 4.

³³⁴ Legge n. 160 del 27 dicembre 2019, Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022, in GU n. 304 del 30 dicembre 2019.

Questo aumento si applicava a partire dalla prima assemblea generale successiva alla data di entrata in vigore della legge, nel gennaio 2020.³³⁵

Il primo codice di *corporate governance* italiano, risalente al 1999, non presentava alcun riferimento circa la composizione di genere dei consigli di amministrazione. Il codice è stato modificato diverse volte, fino al 2020. In tale ultima versione viene espressamente stabilito, all'art. 2 "Composizione degli organi sociali", come i criteri di diversità, tra cui quello di genere, devono essere presi in considerazione dalle società nella formazione dei propri consigli di amministrazione.³³⁶

La percentuale di donne nei consigli di amministrazione, come già è stato sottolineato, è aumentata esponenzialmente in seguito all'entrata in vigore della Legge Golfo-Mosca.³³⁷ Prima di questa legge sulle quote di genere, più della metà delle amministratrici aveva legami familiari con la società, dopo l'introduzione della legge, tale percentuale è diminuita notevolmente e sono aumentate le dirigenti indipendenti con qualifiche accademiche elevate: ad oggi tale percentuale è pari al 36,6 % del totale dei membri del consiglio, una delle più elevate all'interno dell'UE. Secondo i dati dell'EIGE, però, nonostante l'apparente successo, esiste una grande disparità della quota di donne tra gli amministratori delegati e non delegati. La quota di donne tra gli amministratori delegati delle maggiori società quotate in borsa era di poco superiore al 13% nel 2020, ben al di sotto del 45% di donne tra gli amministratori non delegati.

2.1.7. Europa orientale.

I paesi dell'Europa orientale, quali Bulgaria, Croazia, Cechia, Estonia, Lettonia, Lituania e Slovacchia si trovano agli ultimi posti per quanto riguarda le statistiche circa il numero di donne presenti nei consigli di amministrazione. Nonostante l'uguaglianza di genere sia stata fortemente promossa dai regimi socialisti non è mai stata

³³⁵ F. GHEZZI, C. MOSCA, P. MARCHETTI, *Struttura e governance delle società quotate in Italia: commenti a margine del Rapporto Consob e di alcune analisi empiriche*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2020, p. 871 ss.

³³⁶ Codice di corporate governance, 31 gennaio 2020, approvato dal Comitato per la corporate Governance; A. PERRONE, *Il diritto del mercato dei capitali*, Milano, 2020, pp. 125 ss.

³³⁷ M. S. RICHTER, *Profili attuali dell'amministrazione delle società quotate*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, p. 416 ss.; P. MONTALENTI, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2020, pp. 829 ss.; V. DI CATALDO, D. ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, p. 69 ss.

raggiunta,³³⁸ così come la maggior parte degli Stati in questione non hanno mai adottato alcuna normativa, *hard* o *soft*, per colmare il divario di genere.

L'Ungheria e la Romania hanno adottato alcune misure di *soft-law* che si sono dimostrate poi assolutamente insoddisfacenti per il raggiungimento di una maggiore parità.³³⁹ Lo stesso si può dire per la Polonia dove la raccomandazione n. 9 per le migliori pratiche per le società quotate alla Borsa di Varsavia invitava le stesse a garantire una partecipazione equilibrata di donne e uomini nei ruoli di gestione e supervisione.³⁴⁰

2.2. Breve analisi comparativa.

Dall'analisi comparativa degli Stati membri esaminati risulta evidente la necessità di adottare quote di genere per garantire un più rapido e permanente cambiamento attraverso un percorso costante, infatti, gli Stati che inizialmente introdussero quote temporanee decisero in seguito di prorogarle, evidenziando la necessità di una regolamentazione. Inoltre si nota chiaramente che nei Paesi in cui sono previste sanzioni in caso di non adempimento alla normativa di quote, l'efficacia di tali misure è maggiore rispetto ai paesi in cui il mancato rispetto non venga sanzionato (come, per esempio, in Spagna e Paesi Bassi).

Oltre a ciò, dall'analisi risulta come i Paesi adottanti normative concernenti le quote di genere abbiano, altresì assunto disposizioni all'interno dei codici di *corporate governance*. Occorre, però, precisare che nella maggior parte dei codici ciò che viene raccomandato è un semplice rispetto dei criteri di diversità, dunque, le società potrebbero adempiere a tali raccomandazioni nominando, per esempio, amministratori con diversi *background* demografici o professionali, non andando quindi direttamente a favorire la parità di genere. Tali codici, inoltre, generalmente rifiutano l'applicazione di

³³⁸ A. KANJUO MRČELA, B. LUŽAR, S. ŠMUC, *Women's Under-Representation in Top Management Jobs in Slovenia: New and Persisting Barriers for Younger Generations of Women*, Londra, 2021.

³³⁹ L'Ungheria ha ospitato a Budapest il *Women Startup Competition*, il cui obiettivo era creare connessioni tra i migliori talenti imprenditoriali femminili e gli investitori influenti e ha promulgato nel 2003 la Legge sulla parità di trattamento e la promozione delle pari opportunità che dichiara che le donne e gli uomini sono uguali e devono avere gli stessi diritti, anche per quanto riguarda l'occupazione si veda: C. FAGAN, M.C. GONZÁLEZ MENÉNDEZ, S. GÓMEZ ANSÓN, *Women on Corporate Boards and in Top Management. Work and Welfare in Europe*, Londra, 2012.

In Romania, invece, il miglioramento dell'equilibrio di genere è stato attuato nel settore bancario, dal momento che la direttiva di Basilea III ha raccomandato alle banche di prendere in considerazione la diversità nei consigli di amministrazione.

³⁴⁰ Raccomandazione 9 sulle migliori pratiche per le società quotate alla Borsa di Varsavia. Cito da: A. KIRSCH, *Women on Boards Policies in Member States and the Effects on Corporate Governance*, Bruxelles, 2021.

sanzioni, abbracciando, invece, il principio del “*comply-or-explain*”, il che potrebbe contribuire a codificare norme culturali esistenti, ma non si dimostra necessariamente efficace a superare la resistenza al cambiamento.

I motivi sottesi all’opposizione a tali sistemi di quote sono sostanzialmente simili in tutti gli Stati membri. Chi si oppone fa riferimento alla violazione del principio di meritocrazia, sostenendo come iniziative di questo genere ledano i principi chiave di selezione.³⁴¹ In aggiunta, ritengono che il sistema di quote vada a danneggiare le donne dal momento che vengono stigmatizzate essendo nominate per il loro genere e non per il proprio merito e si lamenta la peculiarità dei vari settori che, pertanto, non si prestano a essere uniformati da un’unica disposizione.

3. *Timeline*: il percorso verso la direttiva (UE) 2022/2381.

Il 27 dicembre 2022 è entrata in vigore la direttiva c.d. *Women on boards* riguardante il miglioramento dell’equilibrio di genere fra gli amministratori delle società quotate, ossia per garantire l’applicazione del principio di pari opportunità all’interno dei consigli di amministrazione tramite determinati requisiti per la procedura di selezione dei candidati per la nomina alle posizioni di amministratore.

Il percorso per giungere all’approvazione di tale direttiva è stato particolarmente lungo e travagliato.

Infatti, fin dal 2010 l’UE ha posto una particolare attenzione circa la disparità di genere presente all’interno delle società e, in particolare, all’interno delle posizioni dirigenziali. La scarsa presenza femminile nei ruoli di vertice aziendale è un chiaro sintomo della persistente disuguaglianza di genere che affligge il panorama lavorativo, presente in tutto il mondo e molto diffusa nei Paesi dell’UE. Tale fenomeno rappresenta un segnale di arretratezza e ingiustizia sociale, figlia di politiche aziendali miopi e maschiliste, se non addirittura arcaiche. Esso riflette, altresì, i modelli di riferimento trasmessi da ambienti familiari e mezzi di comunicazione di massa, all’interno di una cultura che conserva, ancora oggi, profonde radici discriminatorie.³⁴²

Una specifica menzione merita lo studio “*A woke-up call for women leadership in Europe*” condotto dalla multinazionale tedesca McKinsey & Company nel 2007³⁴³ che

³⁴¹ V. SALVATORE, *I principi di uguaglianza e non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato*, Bruxelles, 2021; P. H. SCHUCK, *Affirmative Action: Past, Present, and Future*, in *Yale Law & Policy Review*, 2002, pp. 1–96.

³⁴² S. DE MASI, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, Torino, 2019.

³⁴³ MC. KINSEY & COMPANY, *A Wake-Up Call For Female Leadership in Europe*, Berlino, 2007.

venne preso poi come punto di riferimento dalla Commissione Europea per il progetto di direttiva del 2012 riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori delle società quotate.

Tale studio mostrava chiaramente come le donne di 25 Paesi membri dell'UE fossero in una posizione di assoluto svantaggio rispetto agli uomini per quanto riguardava le pari opportunità, inoltre metteva anche in evidenza l'importanza di aumentare l'impatto femminile all'interno dei più alti livelli di *governance* aziendale: nel 2007 veniva stimato che soltanto l'11% dei membri del consiglio di amministrazione delle più importanti società quotate nell'UE erano donne.

Nello stesso anno venne pubblicato un ulteriore studio in materia condotto da Catalyst³⁴⁴ riguardante le società quotate negli Stati Uniti che conteneva anche informazioni rilevanti per l'economia dell'UE, in quanto dimostrava come le società con una più elevata presenza femminile all'interno dei consigli di amministrazione, avessero prestazioni migliori. Nello specifico Catalyst mise in luce come nelle società con una maggiore partecipazione di donne il *return on equity*³⁴⁵ fosse del 53% superiore rispetto alle altre, il *return on invested capital*³⁴⁶ fosse superiore del 66% e il *return on sales*³⁴⁷ fosse superiore del 42%.

L'UE, dunque, riconoscendo l'esistenza del problema, adottò il 21 settembre 2010 un Piano Strategico quinquennale per raggiungere la parità di genere.³⁴⁸

3.1. I contributi della Commissione Europea.

La Strategia per la parità tra donne e uomini 2010-2015³⁴⁹ seguì la tabella di marcia 2006-2010 per la parità fra uomini e donne³⁵⁰ che evidenziava come, nonostante la normativa sulla parità di trattamento, l'UE si trovava ancora in una situazione di forte

³⁴⁴ Catalyst, *Workplaces that work for women. Leaders in a Global Economy: Talent Management in European Cultures (Report)*, 2007. Lo studio è consultabile qui: <https://www.catalyst.org/research/why-diversity-and-inclusion-matter/>.

³⁴⁵ Con questa espressione si fa riferimento all'indice di redditività del capitale societario.

³⁴⁶ Con questa espressione si fa riferimento all'indice che identifica la capacità di generare un flusso di ricavi in relazione ai capitali investiti.

³⁴⁷ Con questa espressione si fa riferimento all'indice di redditività delle vendite.

³⁴⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 21 settembre 2010, Strategia per la parità tra donne e uomini 2010-2015 [COM(2010) 491 def. - Non pubblicata nella Gazzetta ufficiale].

³⁴⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 21 settembre 2010, Strategia per la parità tra donne e uomini 2010-2015 [COM(2010) 491 def. - Non pubblicata nella Gazzetta ufficiale].

³⁵⁰ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Una tabella di marcia per la parità fra le donne e gli uomini 2006-2010 [COM(2006) 92 def. - Non pubblicata sulla Gazzetta ufficiale].

disparità. Tale tabella delineava sei settori prioritari che necessitavano di un intervento immediato; tra questi vi era l'obiettivo di raggiungere una rappresentanza equa nell'assunzione delle decisioni.

La Strategia 2010-2015 riprendeva le priorità delineate dalla Carta per le donne³⁵¹ e costituiva una base per la cooperazione tra la Commissione, le altre istituzioni europee, gli Stati membri e le altre parti interessate, nel quadro del patto europeo per la parità di genere.³⁵²

Tale Strategia si occupava di svariati aspetti quali l'indipendenza economica, la pari retribuzione per uno stesso lavoro o un lavoro differente di pari valore, la lotta alla violenza di genere e la parità nel processo decisionale. In relazione a quest'ultimo ambito veniva messo in luce come, nella stragrande maggioranza degli Stati membri dell'Unione Europea, le donne continuavano ad essere notevolmente sottorappresentate negli apparati decisionali, soprattutto ai livelli gerarchici più elevati. Tale circostanza si configurava come una costante, sebbene il loro contributo avesse ormai raggiunto la soglia di quasi la metà della forza lavoro e oltre la metà dei neolaureati nelle università.

In campo economico, la quota di donne nei ruoli decisionali e di vertice era inferiore a quella degli uomini, addirittura, nei consigli di amministrazione delle principali società quotate nell'Unione Europea, solo il 10% dei componenti e il 3% dei dirigenti erano donne. Inoltre, ricerche scientifiche³⁵³ confermavano che la diversificazione di genere apportava innegabili vantaggi, e che la correlazione positiva tra la presenza femminile nei ruoli di comando e le *performance* economiche era incontrovertibile.

La Commissione Europea dichiarò dunque il suo impegno a seguire le stesse norme che raccomandava agli Stati membri di adottare, compiendo gli sforzi necessari per promuovere l'uguaglianza di genere all'interno delle proprie strutture, in particolar modo per quanto riguardava le posizioni di *leadership*.

³⁵¹ In cui viene riconosciuto "l'impegno a perseguire l'obiettivo di una più equa rappresentazione di donne e uomini nelle posizioni di potere nella vita pubblica e nell'economia" grazie ad azioni positive "comprese le misure di incentivi dell'Unione, per promuovere un incremento della quota femminile in posizioni di responsabilità".

³⁵² Comunicazione della Commissione, del 5 marzo 2010, intitolata «Maggiore impegno verso la parità tra donne e uomini - Carta per le donne - Dichiarazione della Commissione europea in occasione della giornata internazionale della donna 2010 - Commemorazione del 15° anniversario dell'adozione della dichiarazione e della piattaforma d'azione della Conferenza mondiale dell'ONU sulle donne, svoltasi a Pechino, e del 30° anniversario della Convenzione dell'ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne» [COM(2010) 78 definitivo - Non pubblicata sulla Gazzetta ufficiale].

³⁵³ MC. KINSEY & COMPANY, *A Wake-Up Call For Female Leadership in Europe*, 2007.

Le azioni chiave che la Commissione voleva intraprendere, all'interno della Strategia 2010-2015, includevano mirate iniziative volte a migliorare l'equità di genere nei processi decisionali, come la vigilanza costante sull'obiettivo del 25% di donne nelle posizioni di alto profilo nel settore della ricerca, il monitoraggio del progresso verso il traguardo del 40% di rappresentanza del sesso sottorappresentato nei comitati e nei gruppi di esperti istituiti dalla Commissione e il sostegno agli sforzi diretti a incrementare la partecipazione femminile alle elezioni del Parlamento Europeo, anche in veste di candidate.

Da lì a qualche mese seguì poi “Il quadro dell’Unione Europea in materia di governo societario” del 5 aprile 2011³⁵⁴ in cui veniva dedicata un’intera parte alla “Diversità di genere”. Era evidenziato come fosse un fattore provato che le donne avessero uno stile di *leadership* differente, che frequentavano più meticolosamente le riunioni del consiglio di amministrazione e che avessero un’influenza positiva sulla collettività.³⁵⁵ Ciò portava a ritenere che vi fosse una correlazione tra la percentuale delle donne nei consigli di amministrazione delle società e i virtuosi risultati conseguiti da queste.

L’anno successivo, la Commissione pubblicò un documento avente ad oggetto il “*gender balance in business leadership*”³⁵⁶ in cui veniva ribadita l’importanza della presenza delle donne nel mondo del lavoro. Tuttavia la Commissione sottolineava come, per ottenere un maggior equilibrio, non fosse sufficiente introdurre misure positive quali le quote di genere, ma era necessario adottare contemporaneamente politiche a favore della diversità.

3.2. I contributi del Consiglio dell’Unione Europea: il Patto europeo per la parità di genere 2011-2020.

In quegli stessi anni, anche il Consiglio dell’UE avvertì la necessità di riconoscere la centralità delle politiche volte alla parità di genere nell’ambito economico e, attraverso il Patto europeo per la parità di genere 2011-2020 del 7 marzo 2011,³⁵⁷ sollecitò

³⁵⁴ Libro verde, Il quadro dell’Unione europea in materia di governo societario Bruxelles, 5 aprile 2011 COM(2011) 164 definitivo.

³⁵⁵ A. W. WOOLLEY ET AL., *Evidence for a Collective Intelligence Factor in the Performance of Human Groups in Science* 330, 2010, pp. 686-688; K. PIETERS, *More Efforts Needed to Improve Gender Equality in Corporate Governance in the EU*, in *European Business Organization Law Review*, 2012, pp. 475-496.

³⁵⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - L’equilibrio di genere nella leadership aziendale: un contributo a una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva (COM(2012) 615 definitivo 14.11.2012).

³⁵⁷ Conclusioni del Consiglio del 7 marzo 2011 sul Patto europeo per la parità di genere (2011-2020) (2011/C 155/02).

l'adozione di azioni volte alla promozione della pari partecipazione dei due sessi ai processi decisionali in tutti i livelli in modo da usufruire di tutte le risorse umane disponibili.

Il Consiglio dell'Unione Europea, all'interno di tale Patto, riconosce l'imprescindibile valore della parità tra i sessi come fondamento dell'UE e che l'importanza delle politiche volte a promuovere l'uguaglianza di genere è indispensabile nell'ottica di una crescita economica, di prosperità e di competitività.

Il Consiglio, pertanto, rinnova il suo impegno per realizzare le aspirazioni dell'Unione Europea concernenti l'uguaglianza di genere, come esplicitate nei trattati e pone particolare enfasi su una serie di aspetti, primo fra tutti quello atto a raggiungere un appianamento delle disuguaglianze di genere nell'ambito dell'occupazione e della protezione sociale, incluso il divario retributivo. Ciò era di particolare rilevanza in tre settori chiave per l'uguaglianza di genere, ossia l'occupazione, l'istruzione e la promozione dell'inclusione sociale con particolare attenzione alla riduzione della povertà, in modo da contribuire al pieno sfruttamento del potenziale di crescita della forza lavoro europea.

Il Consiglio, dunque, sollecita interventi a livello degli Stati membri e, ove ritenuto opportuno, dell'UE, rivolti ad adottare misure per colmare le disparità di genere e combattere la segregazione di genere nel mercato del lavoro, con l'obiettivo di promuovere l'occupazione femminile in tutte le fasce d'età e di eliminare le disuguaglianze di genere nell'ambito lavorativo, compresi gli sforzi per eliminare qualsiasi forma di discriminazione.

Inoltre si ritiene necessario abolire gli stereotipi sessisti e promuovere la parità a tutti i livelli del sistema educativo e formativo, nonché in ambiente lavorativo, con l'obiettivo di ridurre la segregazione femminile nel mercato del lavoro. Allo stesso modo, si vuole garantire una retribuzione equa per un lavoro uguale o un lavoro di valore equivalente, sostenere l'emancipazione delle donne nei settori politici ed economici, e promuovere l'imprenditorialità delle stesse. Inoltre, si incoraggiavano le parti sociali e le imprese a sviluppare ed attuare con successo iniziative a favore dell'uguaglianza di genere, promuovendo piani d'azione per la parità sul luogo di lavoro, oltre a favorire una partecipazione paritaria di donne e uomini in tutti i processi decisionali a tutti i livelli e in tutti i settori, al fine di sfruttare appieno il talento di entrambi i sessi.

3.3. I contributi del Parlamento Europeo: *Resolution on women and business leadership*.

Anche il Parlamento Europeo ha ripetutamente espresso il pensiero per cui fosse necessario che le imprese incrementassero la rappresentanza delle donne negli organi decisionali tramite la via legislativa.

Il 6 luglio 2011 viene pubblicato la *Resolution on women and business leadership*,³⁵⁸ con cui il Parlamento incita le imprese a raggiungere l'importante obiettivo del 30% di presenza femminile nei loro organi direttivi entro il 2015 e del 40% entro il 2020. Inoltre, sottolinea l'importanza di garantire un equo trattamento tra uomini e donne in ambito lavorativo, richiedendo pertanto l'introduzione di misure volte alla prevenzione di qualunque forma di discriminazione. In questo senso, è richiesto che il reclutamento aziendale dipenda unicamente da principi quali la trasparenza, l'obiettività, l'inclusività e l'efficacia. Vengono inoltre prese come punti di riferimento le politiche di alcuni Stati membri che prevedono quote di genere negli organi direttivi delle imprese, come quelle di Francia, Paesi Bassi e Spagna e si incoraggiano gli altri Stati, nonché la Commissione Europea, ad adottare nuove politiche per favorire una maggiore partecipazione del genere femminile nella gestione dell'azienda. Tali politiche non devono però limitarsi all'introduzione di quote di genere, ma deve essere necessariamente previsto un dialogo annuale tra i consigli di amministrazione delle grandi imprese e le parti sociali in cui vengano discussi gli obiettivi raggiunti e i mezzi utilizzati volti ad aumentare la rappresentanza femminile. Oltre a ciò, è indispensabile la promozione della responsabilità sociale delle imprese europee, con un impegno a garantire la responsabilità manageriale nei confronti delle donne e servizi di assistenza per le famiglie; l'introduzione di misure per incoraggiare le ragazze a intraprendere studi scientifici e tecnologici e lo sviluppo di corsi di formazione e supporto professionale destinato a loro. È poi considerato di importanza fondamentale l'incoraggiamento di iniziative volte a cambiare la percezione delle donne nell'ambito lavorativo e l'identificazione di modi per aumentare la rappresentanza delle donne provenienti da gruppi sottorappresentati, come quelle di origine immigrata o di minoranza etnica.

³⁵⁸ Parità tra donne e uomini nell'Unione europea, Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2012 sulla parità tra donne e uomini nell'Unione europea - 2011 (2011/2244(INI)) (2013/C 251 E/01)).

Ecco che in questo contesto si colloca la proposta di direttiva del novembre 2012 della Commissione Europea, riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori delle società quotate.

3.4. La proposta di direttiva del novembre 2012 della Commissione Europea, riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori delle società quotate.

La proposta di direttiva del 14 novembre 2012 della Commissione Europea, riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori delle società quotate³⁵⁹ fissa una quota al fine di raggiungere un equilibrio di genere nei consigli di amministrazione delle società nell'Unione Europea, imponendo una percentuale minima del 40% di presenza del sesso sottorappresentato tra i non esecutivi delle società quotate in borsa.³⁶⁰ Inoltre, impone alle società che non raggiungono questa quota di introdurre criteri predefiniti, chiari e neutri nei processi di selezione per tali posizioni.

La proposta è volta a promuovere la parità di genere nei processi decisionali e massimizzare l'utilizzo delle competenze dei candidati, al fine di garantire una rappresentanza più equilibrata tra uomini e donne nei consigli aziendali.

Per garantire un quadro uniforme e minimizzare complicazioni pratiche per le società quotate sul mercato interno, è essenziale stabilire un'armonizzazione minima riguardante l'obbligo per le imprese quotate di basare le decisioni di nomina su una valutazione oggettiva delle qualifiche dei candidati e l'istituzione di un obiettivo quantitativo per l'equilibrio di genere tra gli amministratori non esecutivi.³⁶¹

L'obiettivo del 40% previsto dalla proposta di direttiva si applica esclusivamente agli amministratori senza poteri esecutivi. Questa scelta è il risultato di un compromesso tra la necessità di aumentare la diversità di genere nei consigli e l'obiettivo di minimizzare

³⁵⁹ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente il miglioramento dell'equilibrio tra i generi negli amministratori senza incarichi esecutivi delle società quotate in borsa e misure connesse. 2012 (COM(2012) 614 definitivo 2012/0299 (COD)).

³⁶⁰ M. RUBINO DE RITIS, *L'introduzione delle c.d. quote rosa negli organi di amministrazione e controllo di società quotate*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2012; R. PAPADIMA, *Recent Developments regarding Gender Balance on EU Corporate Boards*, in *European Company Law*, 2015, pp. 245-252.

³⁶¹ Documento di lavoro dei servizi della Commissione sulla valutazione d'impatto dei costi e dei benefici del miglioramento dell'equilibrio di genere nei consigli di amministrazione delle società quotate in borsa, che accompagna il documento Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori senza incarichi esecutivi delle società quotate in borsa e le misure connesse /* SWD/2012/0348 final */; Documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna il documento Valutazione d'impatto dei costi e dei benefici derivanti da un miglior equilibrio di genere nei consigli delle società quotate in borsa SWD/2017/0479 final - 2017/0355 (COD).

l'interferenza nella gestione quotidiana delle società. Gli amministratori senza incarichi esecutivi e i consigli di sorveglianza svolgono un ruolo cruciale nella nomina dei vertici aziendali e nella definizione della politica aziendale sulle risorse umane, il che avrebbe un effetto positivo su tutta la gerarchia aziendale.

La proposta si concentra sulle società quotate a causa della loro rilevanza economica e della loro visibilità: esse, infatti, spesso definiscono gli *standard* del settore privato e tendono ad avere consigli di amministrazione più ampi, oltre a uno *status* giuridico uniforme in tutta l'Unione Europea, garantendo così una comparabilità adeguata delle situazioni all'interno dei vari Stati membri.

L'obiettivo del 40% proposto come quota minima per entrambi i sessi è in linea con le soglie già adottate o discusse in vari Stati membri dell'UE. Questa percentuale rappresenta un equilibrio tra la "massa critica" minima del 30% ritenuta necessaria per avere un impatto sostenibile sui consigli aziendali, e la piena parità di genere al 50%.³⁶²

Il Parlamento Europeo adotta la sua posizione il 20 novembre 2013 e, con determinazione, sostiene l'iniziativa legislativa e l'oggetto della proposta di direttiva; anzi, si spinge ancora più in là rispetto alla Commissione, avanzando richieste di misure aggiuntive concernenti, per esempio, un inasprimento delle sanzioni qualora non venga rispettata la quota prevista per il genere sottorappresentato, la rimozione delle esenzioni per le aziende che impiegano meno del 10% del sesso sottorappresentato e la possibilità di estendere l'ambito applicativo della direttiva anche alle società pubbliche non quotate in borsa.

Nonostante l'ampio consenso in seno all'UE sulla necessità di adottare provvedimenti volti a migliorare l'equilibrio di genere nei consigli di amministrazione delle società, non tutti gli Stati membri si sono mostrati favorevoli a una legislazione di carattere europeo. Alcuni di essi hanno ritenuto che misure vincolanti a livello comunitario non costituissero il modo più adeguato a perseguire tale obiettivo. I parlamenti nazionali di Danimarca, Paesi Bassi, Polonia, Svezia e una delle due camere del Parlamento della Repubblica Ceca (Camera dei deputati) hanno avanzato pareri motivati entro otto settimane dalla presentazione della proposta della Commissione, sostenendo che essa violasse il principio di sussidiarietà. Inoltre, alcuni Stati membri continuavano a

³⁶² Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente il miglioramento dell'equilibrio tra i generi negli amministratori senza incarichi esecutivi delle società quotate in borsa e misure connesse. 2012 (COM(2012) 614 definitivo 2012/0299 (COD)), p. 6.

preferire misure nazionali o misure di carattere non vincolante a livello europeo.³⁶³ Dunque la proposta di direttiva del 2012 rimase bloccata in Consiglio per un decennio non riuscendosi a formare un accordo tra il Parlamento Europeo e i Paesi dell'UE. L'opposizione politica alla proposta di direttiva, però, era in contrasto con il pensiero predominante dei cittadini dell'UE. Una ricerca condotta dall'Eurobarometro³⁶⁴ mostrava che 9 intervistati su 10 ritenevano, a parità di qualifiche, necessaria la presenza delle donne ai vertici delle aziende sostenendo che la società funzioni meglio quando viene rispettata la parità di genere.

4. La direttiva (UE) 2022/2381.

Il 23 novembre 2022 il Consiglio e il Parlamento Europeo, hanno finalmente, dopo più di 10 anni, approvato la direttiva (UE) 2022/2381.³⁶⁵

Tale direttiva, all'interno dei suoi considerando, mette in luce come negli ultimi anni la Commissione abbia fornito varie relazioni nelle quali delinea chiaramente la preoccupante situazione in tema di parità di genere nei processi decisionali e in ambito economico.³⁶⁶

Lo scopo della presente direttiva è, dunque, quello di perseguire e garantire l'applicazione del principio di pari opportunità tra i sessi e, di conseguenza, di tentare di conseguire una rappresentanza più equilibrata, delineando dei requisiti base per la selezione dei candidati e la nomina alle posizioni di amministratore.³⁶⁷ Le società e le imprese hanno il dovere di incoraggiare, sostenere e sviluppare i talenti femminili a tutti i livelli,³⁶⁸ soprattutto perché l'UE dispone di un elevato numero di donne qualificate visto che il 60% delle persone laureate è di sesso femminile. Quindi, la Commissione ritiene di notevole importanza il raggiungimento dell'equilibrio di genere nei consigli di amministrazione per un uso efficiente dei talenti a disposizione. La *ratio* di tali convinzioni non consiste soltanto in un desiderio di inclusione al fine di ridurre le

³⁶³ M. VISSER, *Balancing a tightrope: the EU Directive on improving the gender balance among non-executive directors of boards of listed companies*, in *European Gender Equality Law Review*, 2013, p. 17-33.

³⁶⁴ Special Eurobarometer 376: *Women in decision-making positions*, 2012. Studio consultabile qui: https://data.europa.eu/data/datasets/s1016_76_1_ebs376?locale=en

³⁶⁵ Direttiva (UE) 2022/2381 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 novembre 2022 riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori delle società quotate e relative misure in GU L. 315 del 7 dicembre 2022; si veda: B. LECOURT, *La directive européenne du 23 novembre 2022 et l'accès des femmes aux postes d'administrateurs et de dirigeants exécutifs*, in *Revue des sociétés*, 2023, p. 120.

³⁶⁶ *Ibidem*, considerando 8.

³⁶⁷ *Ibidem*, considerando 7.

³⁶⁸ *Ibidem*, considerando 13.

disuguaglianze e le discriminazioni subite da un individuo, ma piuttosto il *focus* della direttiva è basato sulle migliori pratiche che la presenza di donne all'interno di organi decisionali può apportare alla società. Infatti, è largamente riconosciuto che i risultati di squadra e la qualità del processo decisionale sono rafforzati notevolmente nel momento in cui vi è una mentalità quanto più diversificata in grado di cogliere una gamma più vasta di prospettive.³⁶⁹

Tale direttiva mette anche in evidenza come i progressi avvenuti in tema di equilibrio di genere all'interno dei consigli di amministrazione siano stati eccessivamente lenti e fortemente diversificati tra gli Stati dell'UE. Ciò che si riscontra è che nei Paesi membri dove sono state introdotte misure vincolanti, si sono avuti progressi molto più significativi rispetto ai Paesi che non si sono mossi in tale direzione.

L'UE, tramite la direttiva in questione, si prefigge l'obiettivo di aumentare la presenza delle donne nei consigli di amministrazione all'interno di tutti gli Stati membri, ma non intende armonizzare nel dettaglio le normative nazionali relative al processo di selezione e ai criteri di qualificazione alle posizioni di amministratore. L'obiettivo che si propone l'UE è quello di introdurre requisiti minimi per le società quotate, prive di una rappresentanza di genere equilibrata, relativi alla selezione di candidati per la nomina o l'elezione degli amministratori sulla base di un processo di selezione trasparente e di una valutazione oggettiva delle loro qualifiche.³⁷⁰

4.1. Analisi della direttiva (UE) 2022/2381.

L'art. 1 di tale direttiva esplicita lo scopo della stessa che consiste nel raggiungere una presenza più equilibrata di donne e uomini all'interno dei consigli di amministrazione delle società quotate,³⁷¹ stabilendo misure efficaci dirette ad accelerare i progressi verso la parità, tuttavia consentendo un tempo necessario alle società per assumere le relative disposizioni.

L'art. 4 sancisce che il diritto applicabile è quello dello Stato membro in cui una determinata società quotata in borsa ha sede legale, il quale sarà dunque competente a disciplinare le materie oggetto della presente direttiva.

³⁶⁹ *Ibidem*, considerando 16.

³⁷⁰ *Ibidem*, considerando 24-25.

³⁷¹ L'art. 2 della direttiva (UE) 2022/2381 stabilisce come tale direttiva si applichi soltanto alle società quotate e non alle micro, piccole e medie imprese (da ora: PMI). Le PMI, ai sensi dell'art. 3, n. 8, sono quelle società che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di euro oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di euro.

L'art. 5 delinea quello che alcuni hanno definito come un "approccio radicale",³⁷² riguardo agli obiettivi che tale direttiva si prefigge di raggiungere. Viene stabilito che le società quotate, entro il 30 giugno 2026, devono avere almeno una percentuale del 40% del genere sottorappresentato presente all'interno del consiglio di amministrazione non esecutivo.³⁷³ In alternativa, il sesso sottorappresentato deve occupare almeno il 33% del totale dei posti di amministratore, con e senza incarichi esecutivi.³⁷⁴

Nella misura in cui le società sono soggette alla quota del 40% per i non dirigenti e non alla quota del 33% per il consiglio di amministrazione più ampio, gli Stati membri devono garantire che le società fissino obiettivi quantitativi per migliorare l'equilibrio di genere tra gli amministratori con incarichi esecutivi.³⁷⁵ Inoltre, per evitare che il genere sottorappresentato superi l'altro genere, di conseguenza determinando un ulteriore disequilibrio, è stabilito che la rappresentanza del sesso sottorappresentato non potrà mai superare la percentuale del 49%.³⁷⁶

Si può notare, però, che se gli Stati membri scelgono di applicare la quota del 33% al consiglio di amministrazione (che può facilmente essere raggiunta con gli amministratori senza incarichi esecutivi), le società di tali Stati non avranno l'obbligo di diversificare i propri amministratori con incarichi esecutivi sulla base del genere. Ciò rappresenta un'occasione mancata per affrontare il problema della non diversificazione del potere.

L'art. 6 delinea i mezzi previsti, da parte degli Stati membri, per conseguire gli obiettivi richiesti, facendo particolare riferimento alla procedura di selezione dei candidati. Qualora le società non abbiano raggiunto l'equilibrio di quote richiesto devono applicare criteri predeterminati chiari, neutri e univoci durante tutta la procedura di selezione, comprese la preparazione degli avvisi di posto vacante, la fase di preselezione e la fase di preparazione di un elenco ristretto di candidati. Tale articolo stabilisce che gli Stati devono provvedere affinché nella scelta tra più candidati, parimenti qualificati per quanto concerne idoneità, competenza e rendimento professionale, venga preferito il candidato del sesso sottorappresentato.³⁷⁷ Al contrario, qualora fosse preferito un candidato parimenti qualificato del sesso non sottorappresentato, gli Stati membri

³⁷² E. HICKMAN, *The EU Directive on Women on Boards in European Company Law Journal*, 2023, p. 3.

³⁷³ Art. 5, n. 1, lettera a) della direttiva (UE) 2022/2381.

³⁷⁴ Art. 5, n. 1, lettera b) della direttiva (UE) 2022/2381.

³⁷⁵ Art. 5, n. 2 della direttiva (UE) 2022/2381.

³⁷⁶ Art. 5, n. 3 della direttiva (UE) 2022/2381.

³⁷⁷ Art. 6, n. 2 della direttiva (UE) 2022/2381.

dovranno provvedere affinché le società quotate informino il candidato escluso circa le considerazioni specifiche che hanno portato, in via del tutto eccezionale, a tale scelta.³⁷⁸

Riconosciuto che alcuni Stati membri avevano già raggiunto notevoli risultati in termini di equilibrio di genere nei consigli di amministrazione delle società, la direttiva consente ai Paesi di non rispettare alcune delle sue disposizioni: è stata infatti prevista all'art. 12 la possibilità, da parte di uno Stato membro, di sospendere l'applicazione dell'art. 6 e dell'art. 5, n. 2 qualora, entro il 27 dicembre 2022, in quel determinato Stato gli appartenenti al sesso sottorappresentato occupino almeno il 30% delle posizioni di amministratore senza incarichi esecutivi o almeno il 25% del totale delle posizioni di amministratore.

All'art. 7 è sancito l'obbligo per le società quotate di fornire a cadenza annuale informazioni alle autorità competenti e di pubblicare tali informazioni sul proprio sito *web*. Qualora tali società non abbiano rispettato i requisiti in materia di quote, sono tenute a fornire delle motivazioni e una descrizione dettagliata circa le misure che intendono adottare per raggiungerli.³⁷⁹

Gli Stati sono anche invitati a stabilire sanzioni proporzionate, effettive e dissuasive, in cui incorrerebbero le società quotate qualora violassero le disposizioni nazionali adottate per dare attuazione alla direttiva.³⁸⁰ Gli Stati membri, naturalmente, possono introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli di quelle previste dalla direttiva.³⁸¹

Con l'art. 11 il recepimento della direttiva è fissato entro il 28 dicembre 2024 e a partire dal 29 dicembre 2025, con cadenza biennale, gli Stati membri dovranno trasmettere alla Commissione una relazione in merito all'attuazione della direttiva; la Commissione, invece, entro il 31 dicembre 2030 e successivamente ogni due anni, dovrà riesaminare l'applicazione della presente direttiva e riferirne al Parlamento e al Consiglio.³⁸²

La direttiva ha scadenza fissata il 31 dicembre 2038.³⁸³

4.2. Aspetti problematici e aspetti positivi della direttiva (UE) 2022/2381.

Dopo 10 anni dalla redazione della proposta la direttiva è stata finalmente approvata e, per riprendere le parole utilizzate dalla Presidente Von der Leyen: *“This is a long-awaited moment, a moment to be celebrated as a breakthrough in gender equality. After*

³⁷⁸ Art. 6, n. 3, lettera c) della direttiva (UE) 2022/2381.

³⁷⁹ Art. 7, n. 2, della direttiva (UE) 2022/2381

³⁸⁰ Art. 8, n. 1, della direttiva (UE) 2022/2381.

³⁸¹ Art. 9 della direttiva (UE) 2022/2381.

³⁸² Art. 13 della direttiva (UE) 2022/2381.

³⁸³ Art. 14 della direttiva (UE) 2022/2381.

ten years since its proposal by the European Commission, we will now have an EU law to break the glass ceiling of listed companies boards. There are plenty of women qualified for top jobs and with our new European law, we will make sure that they have a real chance to get them”.³⁸⁴

La riflessione del presente paragrafo consiste nel domandarsi se tale direttiva non sia ormai divenuta obsoleta, dal momento che sono trascorsi 10 anni da quando era stata pensata. Ecco, quindi che risulta importante compiere un’analisi critica circa gli aspetti negativi e quelli positivi del presente atto.³⁸⁵

Anzitutto si sottolinea come l’art. 6, n. 1 della direttiva stabilisca l’obbligo gravante sulle società di applicare “criteri chiari, formulati in modo neutro e univoci” relativi al processo di nomina di quelle società che non abbiano conseguito le quote stabilite all’art. 5, paragrafo 1. Ciò che sorge spontaneo domandarsi è per quale motivo la necessità di tali criteri debba subentrare soltanto qualora non si raggiunga la quota fissata, mentre sarebbe sicuramente più ragionevole richiedere a tutte le società di applicare criteri che siano chiari, neutrali e non ambigui prima che le quote non vengano raggiunte, altrimenti l’applicazione di tali criteri appare essere troppo poco incisiva e in ritardo. Probabilmente tale formulazione della direttiva è un tentativo di limitare l’interferenza con le leggi e le società nazionali.

Inoltre, un ulteriore aspetto problematico della direttiva consiste nell’imposizione agli Stati di garantire che le società scelgano il candidato del sesso sottorappresentato qualora più candidati presentino pari qualifiche in termini di “idoneità, competenza e rendimento professionale”. Non è però ben chiaro come gli Stati membri possano garantire che le società rispettino tali requisiti, dal momento che i processi di nomina dei consigli di amministrazione hanno natura riservata e soggettiva. Inoltre, si può definire irrealistico il fatto che due candidati a posizioni di consiglieri di amministrazione, i quali, dunque, hanno necessariamente avuto una carriera lunga e di successo, presentino le stesse identiche qualifiche. Uno dei due avrà sempre qualche aspetto differente riguardante il *background* professionale o una particolare capacità personale. Dunque, il rischio è quello per cui o la situazione viene risolta semplicemente con la nomina del candidato del sesso sottorappresentato, andando quindi a ledere talvolta il principio di meritocrazia, (qualora fosse il candidato non preferito ad essere

³⁸⁴ Discorso consultabile qui: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_22_7074.

³⁸⁵ Si veda: B. LECOURT, *La directive européenne du 23 novembre 2022 et l’accès des femmes aux postes d’administrateurs et de dirigeants exécutifs*, cit.

maggiormente qualificato) oppure sarà facile per la società giustificare la sua scelta facendo riferimento a sfumature differenti presenti nel *curriculum* piuttosto che nelle *skills* personali del candidato che desiderano. Inoltre, pare evidente che la decisione della società di nominare un altro candidato difficilmente verrà impugnata da colui che è stato escluso dal momento che un'azione del genere avrebbe gravi e importanti conseguenze per il prosieguo della sua carriera.³⁸⁶

Ancora, il considerando 48 della direttiva mette in luce come gli Stati siano invitati ad applicare delle sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive in caso di mancato adempimento agli obblighi amministrativi di rendicontazione e non per il mancato raggiungimento della quota di genere. Come è stato messo in luce a seguito dell'analisi comparativa delle politiche adottate in materia di parità di genere nei consigli di amministrazione, in assenza di un vincolo e di una sanzione in caso di violazione di quest'ultimo, le società dimostrano, generalmente, di non adeguarsi alla quota prevista. Per questo motivo la direttiva dovrebbe prevedere una specifica sanzione in caso di violazione delle quote e non solo a seguito del mancato adempimento degli obblighi amministrativi.³⁸⁷

L'aspetto forse più obsoleto della direttiva è però quello riguardante la sospensione dell'applicazione dell'art. 6, di cui all'art. 12. È infatti previsto che lo Stato membro possa sospendere l'applicazione dell'art. 6. Nelle due ipotesi previste dall'art. 12 gli obiettivi del 40% e del 33% della direttiva si considerano quindi raggiunti. Di conseguenza, Paesi quali Francia, Italia, Paesi Bassi, Svezia, Belgio, Danimarca, Austria, Finlandia, Portogallo e Irlanda, che presentavano una percentuale di almeno 30% di donne nei consigli di amministrazione, non saranno soggetti agli obblighi imposti dalla direttiva. Questa eccezione, se poteva avere una logica nel 2011, dal momento che quasi nessun Paese presentava la soglia del 30%, è, invece, oggi, piuttosto assurda se si considera che un numero sostanzioso di Paesi ha raggiunto tale soglia. Al contrario, non è realistico ritenere che taluni paesi quali Bulgaria, Croazia, Cechia, Estonia, Lettonia o Lituania che presentano una percentuale estremamente bassa di donne all'interno dei consigli di amministrazione possano raggiungere il 40% entro il 2026.

³⁸⁶ E. HICKMAN, *The EU Directive on Women on Boards*, cit.

³⁸⁷ E. CHIEREGATO, *A Work-Life Balance for All? Assessing the Inclusiveness of EU Directive 2019/1158*, cit. p. 4.

Dunque, imporre un'unica quota in tutti gli Stati membri dell'UE potrebbe risultare in alcuni Stati poco incisivo e troppo incisivo in altri. La soluzione potrebbe essere quella di richiedere a tutti i Paesi dell'UE un aumento graduale della propria percentuale di donne all'interno dei consigli di amministrazione, di modo da progredire in tal senso in maniera proporzionata alla situazione nazionale attuale.

Inoltre, l'introduzione di una quota a livello nazionale non è sempre e necessariamente considerata sufficiente per realizzare una maggiore parità di genere.³⁸⁸ Non tutte le quote presentano la stessa difficoltà ad essere applicate e inoltre, i progressi nazionali raggiunti in tal senso possono essere limitati dal contesto istituzionale che può essere più o meno favorevole. In aggiunta, molto spesso accade che dopo l'introduzione delle quote si verifica un calo del sostegno politico in tal senso,³⁸⁹ quindi in tali circostanze consigli di amministrazione più equilibrati dal punto di vista di genere possono essere di fatto limitati. Un chiaro esempio di ciò che si vuole esprimere può essere rappresentato dall'Italia dove, l'introduzione delle quote di genere pare essere un rimedio simbolico. Infatti, nonostante sia stata raggiunta un'elevata diversità di genere all'interno dei consigli di amministrazione, grazie all'introduzione della Legge Golfo-Mosca, l'Italia resta un paese in cui il ruolo della donna nella società segue la concezione tradizionale che pare rimanere pressoché invariata.³⁹⁰ I dati riportati dell'EIGE³⁹¹ relativi all'anno 2023 mostrano, infatti, una situazione ancora preoccupante in merito alla disuguaglianza di genere: in Italia una donna, in media, guadagna il 43% in meno rispetto ad un uomo; ha il 38% in più di possibilità di svolgere le attività di cura familiare e il 51% di donne ha subito, almeno una volta nella vita, molestie sessuali.

Infine, in questo determinato periodo storico, in cui il dibattito sull'etichettatura binaria di maschio/femmina e uomo/donna si sta intensificando e il mondo inizia ad abbracciare identità differenti, pare non troppo adeguato imporre quote di genere destinate specificamente alle donne. Affrontare tali questioni è senza alcun dubbio incredibilmente complesso ma ciò non significa che debbano essere ignorate, poiché potrebbero comportare una durata estremamente limitata della quota di genere così

³⁸⁸ C. NATER, M. E. HEILMAN, S. SCZESNY, *Footsteps I Would Like to Follow? How Gender Quotas Affect the Acceptance of Women Leaders as Role Models and Inspirations for Leadership*, in *European Journal of Social Psychology*, 2023, p. 129-146.

³⁸⁹ H. MENSİ-KLARBACH, C. SEIERSTAD, *Gender Quotas on Corporate Boards: Similarities and Differences in Quota Scenarios*, in *European Management Review*, 2020, pp. 615–631.

³⁹⁰ Si veda: A. DONÀ, *Transforming Gender Citizenship: The Irresistible Rise of Gender Quotas in Europe*, Cambridge, 2018.

³⁹¹ European Institute for Gender Equality, dati consultabili qui: <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/game/IT/W>

come delineata dalla direttiva. Una possibile soluzione potrebbe essere quella di destinare una percentuale di rappresentanza minima all'interno dei consigli di amministrazione alle persone non binarie, così come a tutte quelle persone che presentano caratteristiche sottorappresentate nelle posizioni apicali delle società, come la comunità LGBTQ+ e le minoranze etniche, anche se probabilmente tale approccio sarebbe particolarmente oneroso dal punto di vista amministrativo.

Tra gli aspetti positivi della direttiva vi è sicuramente quello di aver conferito coerenza e omogeneità agli Stati membri: come è stato sottolineato, alcuni Stati membri disponevano già di quote prima dell'introduzione della direttiva comunitaria, altri avevano disposizioni non vincolanti in merito, contenute all'interno dei codici di *corporate governance*, altri Stati, invece, non disponevano (e non dispongo ancora oggi) di alcuna regolamentazione in materia. Tra i Paesi in cui già vigeva l'obbligo di rispettare una determinata quota di genere vi erano sostanziali differenze per quanto concerneva le sanzioni, le quali potevano essere di vario tipo: dalle sanzioni pecuniarie alla nullità della nomina degli amministratori. La direttiva lascia comunque un margine di discrezionalità agli Stati membri in tema di sanzioni, ma il fatto che venga espressamente sancito che queste debbano essere "effettive, proporzionate e dissuasive" aggiunge senz'altro certezza in questo ambito.³⁹²

³⁹² E. HICKMAN, *The EU Directive on Women on Boards*, cit.

QUARTO CAPITOLO

Le azioni positive

SOMMARIO: 1. Il fenomeno del “soffitto di cristallo”; 1.2. Segregazione orizzontale e verticale nel mercato del lavoro; 2. Le azioni positive; 2.1. La nascita delle azioni positive; 2.2. Tipologie di azioni positive; 3. La legittimazione delle azioni positive tramite la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea; 3.1. Caso *Kalanke*: l’uguaglianza tra i sessi ai blocchi di partenza; 3.1.1. I meriti del caso *Kalanke*; 3.2. Caso *Marshall*; 3.3. Caso *Badeck*; 3.4. Caso *Abrahamsson*; 3.5. Caso *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*; 3.6. Caso *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*; 3.7. Caso *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*; 3.7.1. La necessità di un diritto “flessibile”; 3.8. Principi desumibili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea; 4. Considerazioni conclusive circa le azioni positive.

1. Il fenomeno del “soffitto di cristallo”.

In occasione dell’adozione della direttiva comunitaria 2022/2381 relativa all’equilibrio di genere nei consigli di amministrazione delle società quotate la presidente von der Leyen ha dichiarato come, finalmente, dopo dieci anni dalla proposta della Commissione, l’UE aveva una normativa finalizzata a rompere il “soffitto di cristallo”.³⁹³

L’espressione “*glass ceiling*” tradotta in italiano con “soffitto di cristallo” è divenuta nota per la prima volta nel 1986, a seguito di un articolo ne *The Wall Street Journal* di Carol Hymowitz e Timothy D. Schellhardt in cui veniva fatto riferimento ad una barriera invisibile, un “soffitto di cristallo”, appunto, che impediva alle donne di raggiungere determinate posizioni dirigenziali nel mercato del lavoro.³⁹⁴ Con questa espressione si fa riferimento a barriere impercettibili/invisibili perché formalmente inesistenti dal momento che non sono presenti veri e propri impedimenti all’interno di norme formali.

Tale metafora, però, fu particolarmente criticata da diverse studiose per molteplici ragioni.³⁹⁵ Anzitutto si ritiene che tale espressione sembri indicare un limite assolutamente insuperabile, mentre sono esistite, ed esistono tuttora, donne che hanno penetrato tale barriera. Inoltre, l’espressione in esame sembrerebbe suggerire che uomini e donne abbiano un eguale accesso alle posizioni di entrata nella scala occupazionale, ma ciò non è vero, in quanto, le difficoltà per la carriera delle donne si

³⁹³ Discorso consultabile qui: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_22_7074.

³⁹⁴ C. HYMOWITZ, T. D. SCHELLHARDT, *The Glass ceiling: Why women can't seem to break the invisible barrier that blocks them from the top jobs glass ceiling cover*, in *Wall Street Journal*, 1986.

³⁹⁵ Si veda nota successiva.

distribuiscono lungo tutto il percorso lavorativo. Viene criticato anche l'utilizzo del termine "invisibile" perché, nella realtà dei fatti, alcuni ostacoli alla carriera delle donne sono tutt'altro che impercettibili. Infine, viene evidenziato come tale espressione sembri indicare un unico ostacolo al raggiungimento di determinate posizioni, mentre, nei fatti, gli ostacoli sarebbero diversi e complessi. Per questi motivi l'espressione più adeguata ad indicare la generale difficoltà che le donne incontrano nel raggiungere determinate posizioni apicali sarebbe quella di "*Labyrinth of Leadership*".³⁹⁶

Debora E. Myerson e Joyce K. Fletcher affermarono come non sia il "soffitto di cristallo" che tiene indietro le donne, bensì l'intera struttura delle organizzazioni in cui esse si muovono.³⁹⁷ Ancora, Cécile Guillaume e Sophie Pochic, ritenevano che il soffitto di cristallo non fosse dovuto tanto alla tardiva entrata delle donne nell'azienda, quanto più alla loro segregazione orizzontale e al loro inserimento nei cosiddetti "ghetti rosa", ossia nei settori della comunicazione, della finanza e delle risorse umane.³⁹⁸

1.2. Segregazione orizzontale e verticale nel mercato del lavoro.

Pare ormai evidente, quindi, che nonostante le donne che scelgono di lavorare avrebbero, teoricamente e formalmente, la possibilità di accedere a qualunque professione, nella pratica la differenza di genere è ancora particolarmente accentuata all'interno del mercato del lavoro, specialmente nelle posizioni di vertice.³⁹⁹ Tale segregazione occupazionale può essere analizzata sotto due punti di vista: quello della segregazione verticale e quello della segregazione orizzontale.

La segregazione verticale descrive la concentrazione di donne in fondo a una gerarchia organizzativa, al contrario degli uomini che si trovano al vertice di essa. Tale segregazione mette in luce l'esistenza del "soffitto di cristallo" che ostacola l'avanzamento professionale delle donne e le esclude nelle posizioni di vertice. Ad

³⁹⁶ A.H. EAGLY, L.L. CARLI, *Women and the Labyrinth of Leadership*, in *Harvard Business Review*, 2007, pp. 63-71. Non solo Eagly e Carli proposero una nuova metafora. Ricordiamo Joan Aker che suggeriva di utilizzare l'espressione "*inequality regimes*" o Regine Bendl e Angelika Schmidt che parlavano di "*firewall*". Si veda: J. ACKER, *Inequality Regimes Gender, Class, and Race in Organizations in Gender and Society*, 2006, pp. 441-464; R. BENDL, A. SCHMIDT, *From 'Glass Ceilings' to 'Firewalls'—Different Metaphors for Describing Discrimination*, in *Gender, Work and Organization*, 2010, p. 612-634

³⁹⁷ D.E. MEYERSON, J.K. FLETCHER, *A Modest Manifesto for Shattering the Glass Ceiling*, in *Harvard Business Review*, 2000, pp. 127-136.

³⁹⁸ M. ALBERTINI, *Donne in vetta. Il soffitto di cristallo nelle grandi aziende italiane in prospettiva comparata*, in *Polis, Ricerche e studi su società e politica*, 2011, p. 339

³⁹⁹ S. FOFFANO, N. PACE, *Le discriminazioni retributive: un approccio giuridico ed economico*, in *Lavoro e diritto*, 2011, p. 680.

esempio, nel settore della sanità le donne costituiscono la maggioranza della forza lavoro, ma sono estremamente sottorappresentate a livello dirigenziale.⁴⁰⁰

La segregazione orizzontale, invece, si riferisce alla scarsa concentrazione di donne in determinati settori o professioni: riflette la ripartizione dei compiti tradizionale per cui, per esempio, l'assistenza familiare viene considerata un "lavoro da donna".⁴⁰¹

La relazione tra la segregazione e la disparità retributiva di genere è particolarmente complessa. A differenza della discriminazione, la segregazione occupazionale è un termine descrittivo che denota il risultato finale di un processo lento e complesso di assegnazione degli individui ai posti di lavoro, che comporta scelte e investimenti in capitale umano che riflettono discriminazioni passate e presenti, nonché preferenze reali o norme sociali.⁴⁰²

Per mitigare l'ampio livello di segregazione ancora presente tra gli Stati membri, un efficace strumento è costituito dalle azioni positive, nonostante siano ancora oggetto di aspre critiche da parte di alcuni studiosi.⁴⁰³

2. Le azioni positive.

Le azioni positive o *affirmative actions* dispongono un trattamento speciale per una categoria stabilmente penalizzata per emanciparla da questa condizione di soggezione.⁴⁰⁴ Esse costituiscono uno degli strumenti principali per il raggiungimento dell'uguaglianza e delle pari opportunità. Il pensiero giuridico circa l'uguaglianza tra gli individui ha aperto due strade: la prima è quella dell'uguaglianza formale che predilige la regola generale piuttosto che il suo adattamento alla situazione di fatto (uguaglianza ai punti di partenza), la seconda è quella dell'uguaglianza sostanziale che privilegia l'adeguamento della legge alle situazioni concrete (uguaglianza nel punto di arrivo). Infatti, fra le due concezioni di uguaglianza si instaura una vera e propria antitesi: nell'uguaglianza formale fattori come sesso e razza devono restare giuridicamente indifferenti e non possono mai costituire la base per attribuire un vantaggio; viceversa

⁴⁰⁰ M. EBREO, *Leadership in sanità, poche le donne nei ruoli apicali*, in *Fortune Italia*, 2023, disponibile online.

⁴⁰¹ *Ibidem*.

⁴⁰² F. BETTIO, *The Pros and Cons of Occupational Gender Segregation in Europe* in *Canadian Public Policy*, 2002, pp. 65-84.

⁴⁰³ Il divario occupazionale tra uomini e donne nell'ultima relazione annuale 2023 dell'EIGE è risultato pari a 10,8 punti, calando soltanto di 1,7 punti dal 2011. Il motivo principale per cui le donne tendono a costituire meno del 50% della forza lavoro è la divisione di genere del lavoro domestico e la quota sproporzionata di lavoro domestico e di cura non retribuito delle donne.

⁴⁰⁴ L. DI CATALDO, *Azioni positive e trasformazioni sociali: riflettere sullo sfondo del caso C- 450/18, WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social*, in *Eurojus*, 2020, p. 216.

nel caso dell'uguaglianza sostanziale viene fatta leva sul sesso o sulla razza per determinare un trattamento giuridico.⁴⁰⁵ Le azioni positive sono dunque misure dirette a ristabilire le condizioni in cui l'eguaglianza formale può essere di nuovo sufficiente e funzionale.⁴⁰⁶

Tali azioni positive vengono così denominate proprio perché, a differenza delle misure "negative" (ossia proibizioni e divieti di discriminazioni), postulano un comportamento attivo, un *facere* positivo e non un'astensione pura e semplice.⁴⁰⁷

La legittimazione di tali azioni non fu senz'altro pacifica ma, piuttosto, frutto di un percorso contrastato. Il dibattito tipico delle azioni positive vede scontrarsi due fazioni: chi le considera vere e proprie discriminazioni alla rovescia (*reverse discrimination*) e, quindi, in contrasto con il principio di uguaglianza formale; e chi, al contrario, le ritiene pienamente legittime e, anzi, l'unico modo per far sì che venga rispettato il principio di uguaglianza sostanziale. Il concetto è espresso in modo estremamente chiaro da Uberto ScarPELLI il quale riteneva che non gli sarebbe stato di alcuna consolazione "uscir male dalla sala operatoria, sapendo che una donna meno capace, o un uomo meno capace, sono stati portati al posto di chirurgo da un nobile principio di giustizia".⁴⁰⁸ Al contrario, i sostenitori delle azioni positive rovesciano il ragionamento ritenendo che, senza alcun intervento positivo, i datori di lavoro sarebbero, talvolta anche inconsciamente, portati a assumere uomini bianchi meno qualificati piuttosto che donne o lavoratori neri maggiormente preparati.⁴⁰⁹

Le azioni positive sono necessariamente temporanee, devono essere periodicamente sottoposte a revisione proprio perché il loro successo consiste nel far venire meno quei presupposti che le legittimano.⁴¹⁰

⁴⁰⁵ M. AINIS, *Cinque regole per le azioni positive*, in *Quaderni costituzionali*, 1999, p. 363; M.V. BALLESTRERO, *Azioni positive e discriminazioni alla rovescia. Una importante sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Lavoro e diritto*, 1988, pp. 60 ss.

⁴⁰⁶ L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, 2005.

⁴⁰⁷ M. AINIS, *Cinque regole per le azioni positive*, in *Quaderni costituzionali*, 1999, p. 359; N. BOBBIO, *Sulle sanzioni positive*, Milano, 1971, pp. 227 ss.

⁴⁰⁸ U. SCARPELLI, *Classi logiche e discriminazioni fra i sessi*, in *Lavoro e diritto*, 1988, p. 622

⁴⁰⁹ C.A. CONRAD, *Economic Perspectives on Affirmative Action*, Washington, 1995, pp. 1-5.

⁴¹⁰ L'art. 1 della legge del 10 aprile 1991, n. 125 relativa alle azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, in GU L. 88, del 31 maggio 2006 definisce le azioni positive in modo chiaro. L'articolo, infatti stabilisce che sono misure dirette a "favorire l'occupazione femminile e realizzare l'uguaglianza sostanziale di uomini e donne nel lavoro anche mediante l'adozione di misure denominate azioni positive per le donne, al fine di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità."

2.1. La nascita delle azioni positive.

Le azioni positive nascono nell'ordinamento nordamericano in riferimento, almeno in origine, alle discriminazioni, estremamente radicate, nei confronti delle persone di colore.

La Corte Suprema nordamericana legittimò le azioni positive e, quindi, trattamenti differenziati volti a riequilibrare le opportunità, sia in ambito lavorativo che di istruzione. Le prime azioni positive erano volte a riservare un certo numero di posti nelle università a studenti di minoranze etniche. I requisiti di legittimità individuati dalla giurisprudenza della Corte nordamericana vennero utilizzati poi per estendere la valenza delle azioni positive nei confronti anche di altri gruppi svantaggiati, come, per l'appunto, coloro che vengono discriminati sulla base del sesso.⁴¹¹

A seguito di tale posizione intrapresa dalla giurisprudenza della Corte Suprema nordamericana, si accese il dibattito circa le *affirmative actions* anche in Europa. L'introduzione della direttiva (CEE) 76/207, in particolare dell'art. 2, n. 4, sembrava costituire una sorta di apertura verso il riconoscimento delle azioni positive: infatti, tale articolo descriveva le azioni preferenziali come misure volte a promuovere la parità tra i sessi, ponendo rimedio alle disparità di fatto che pregiudicavano le opportunità delle donne.⁴¹² Tale direttiva, però non legittimava propriamente le azioni positive, ma soltanto non le pregiudicava, attribuendovi però, sempre, il carattere di eccezione alla regola. Per la vera e propria legittimazione delle *affirmative actions* si dovrà intraprendere un percorso piuttosto accidentato il cui punto di partenza è rappresentato da una raccomandazione adottata soltanto otto anni dopo alla redazione della direttiva: la raccomandazione (CEE) 84/635⁴¹³ che invitava gli Stati membri ad “adottare una politica di azione positiva intesa ad eliminare le disparità di fatto di cui le donne sono oggetto nella vita lavorativa ed a promuovere l'occupazione mista, la quale comporti misure generali e specifiche adeguate [...]”.

Tuttavia, le raccomandazioni sono provvedimenti non vincolanti e questo dimostra le difficoltà circa il consenso alla legittimazione delle azioni positive all'interno dell'ordinamento dell'UE.⁴¹⁴

⁴¹¹ L. FREY, ET AL., *Le azioni positive: aspetti e problemi*, Milano, 1986.

⁴¹² E. GRANAGLIA, *Uguale opportunità. Sì, ma quali?*, Bari, 2022.

⁴¹³ Raccomandazione (CEE) 84/635 del Consiglio del 13 dicembre 1984 sulla promozione di azioni positive a favore delle donne, in GU L. 331 del 19 dicembre 1984.

⁴¹⁴ M. BARBERA, A. GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria: fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2019, pp. 501 ss.

Inoltre, dal tenore letterale della raccomandazione tali azioni venivano ricondotte esplicitamente alle donne.⁴¹⁵ Per un approccio *gender blind* alle azioni positive fu necessario l'intervento del Trattato di Amsterdam con la redazione di una base giuridica nuova e differente nell'art. 141 TCE, il quale si prefiggeva di promuovere una parità sostanziale anziché meramente formale.

Una comparazione tra l'art. 141 TCE e il precedente art. 2 della direttiva 76/207 permette di apprezzare maggiormente il valore aggiuntivo introdotto dall'art. 141 TCE. Anzitutto l'art. 2, c. 4 della direttiva descriveva le misure preferenziali come misure volte a promuovere la parità; mentre, la nuova formulazione dell'art. 141 TCE trattava di "misure che prevedono vantaggi specifici dirette a facilitare [...]"⁴¹⁶. Un'ulteriore distinzione significativa tra le due disposizioni, riscontrabile anche attraverso un'analisi puramente letterale dei testi normativi, si manifesta nella definizione dei soggetti destinatari della norma. L'art. 2, c. 4 faceva espresso riferimento alle donne, sostenendo implicitamente che fossero le uniche a poter essere soggette ad azioni positive; l'art. 141 TCE, al contrario, trattava di "sesso sottorappresentato", in senso più ampio, lasciando aperta e neutrale l'identificazione del destinatario. Si tenga presente che l'espressione "sesso sottorappresentato" comparirà solo in un secondo momento, a seguito di uno scontro tra Olanda e Svezia e Finlandia. La prima riteneva opportuno uno specifico riferimento alle donne all'interno della disposizione, le altre due nazioni, al contrario, insistevano affinché venisse codificata la formulazione bidirezionale.⁴¹⁷

L'approccio *gender blind*, in questo caso, conferiva all'art. 141 TCE il carattere di maggiore innovatività, consentendo al gruppo che di fatto si trovava ad essere il destinatario della norma in una determinata situazione, di trarre solo benefici dall'applicazione di essa.

Anche nelle direttive degli anni 2000 si trova esplicito riferimento alle azioni positive: nella direttiva 2000/43 e nella direttiva 2000/78 le azioni positive venivano descritte come clausole generali e ampie ma assolutamente necessarie all'interno della logica del principio di pari opportunità.

Più nello specifico, la direttiva 2000/43 che attuava il principio della parità di trattamento fra le persone, indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, all'art. 5,

⁴¹⁵ L. CALAFÀ, *Azioni positive possibili tra lotta alle discriminazioni e promozione dell'uguaglianza*, in *Lavoro e diritto*, 2005, p. 281.

⁴¹⁶ Art. 141, paragrafo 4 TCE.

⁴¹⁷ O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario: un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order*, Milano, 2005, pp. 131 ss.

rubricato “Azione positiva”, consentiva agli Stati membri di adottare misure dirette a evitare che si configurassero svantaggi in capo a coloro appartenenti a una determinata origine etnica. L’art. 6 della direttiva 2000/78, trattava di azioni positive nella misura in cui giustificava determinate disparità di trattamento collegate all’età, “laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate nell’ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari”. Ancora, l’art. 7 della medesima direttiva, “Azione positiva e misure specifiche”, faceva riferimento alla possibilità degli Stati di adottare misure volte a evitare svantaggi correlati a motivi quali la religione, le convinzioni personali, gli handicap, l’età o le tendenze sessuali.

Le azioni positive sono disciplinate anche dalla direttiva (CE) 2004/113 all’art. 6 in cui vengono descritte come misure aventi lo scopo di assicurare l’effettiva e completa parità tra i sessi e dalla direttiva (CE) 2006/54 all’art. 3 in cui si dice che tali azioni positive sono volte ad assicurare nella pratica la piena parità tra uomo e donna. Ancora, la direttiva (UE) 2010/41 tratta delle azioni positive all’art. 5 in cui viene fatto esplicito riferimento alle misure volte a promuovere le iniziative imprenditoriali delle donne.

Si può però sottolineare come, disciplinare tali azioni positive soltanto tramite le direttive antidiscriminatorie, e dunque lasciare alla disponibilità degli Stati tale possibilità, consentiva a questi di scegliere di non servirsene.

Oggi il fondamento giuridico delle azioni positive va individuato all’interno del testo del TFUE. L’art. 157 TFUE legittima le azioni positive con una formulazione più chiara di quella rinvenibile dalle direttive. L’articolo consente agli Stati membri di mantenere o adottare misure che prevedano dei vantaggi specifici volti a facilitare l’esercizio di un’attività professionale da parte del sesso sottorappresentato, rendendo ammissibile non solo la parità ai punti di partenza ma anche la parità di risultati.

2.2. Tipologie di azioni positive.

Le azioni positive non sono provvedimenti prestabiliti dalla legge ma possono, al contrario, assumere varie forme sulla base delle diverse finalità. Il loro contenuto è variato notevolmente nel tempo, in relazione al sentire sociale e alla situazione politico-economica del momento e per questo motivo non sono idonee ad avere un contenuto predeterminato perché gli obiettivi che si prefiggono possono continuare ad essere messi in discussione.

In riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia però, è stata formulata una classificazione che suddivide i potenziali schemi di azioni positive in tre distinte categorie.⁴¹⁸ La prima categoria ricomprende misure volte all'eliminazione delle cause delle minori opportunità lavorative offerte alle donne, focalizzandosi, quindi, su ambiti quali l'orientamento professionale e la formazione. La seconda categoria riguarda misure progettate per stabilire un equilibrio tra responsabilità familiari e impegno professionali, nonché per promuovere una distribuzione equa dei compiti domestici tra i generi. Queste misure influiscono prevalentemente sulle condizioni lavorative, tra cui orari, turni di servizio e accesso a servizi per l'assistenza all'infanzia. Infine, la terza categoria prevede l'istituzione di quote di posti riservati alle donne durante i processi di selezione e avanzamento di carriera, con l'obiettivo di aumentare la partecipazione femminile in settori specifici.

Le quote di genere furono frutto di molteplici dibattiti, a partire dagli Stati Uniti fino a giungere in Europa perché prescrivono una determinata proporzione o numero di posizioni che devono essere assegnate a donne e uomini. Queste quote sono state introdotte nei consigli di amministrazione delle società, come è stato analizzato nel capitolo precedente, ma anche all'interno delle assemblee legislative e degli organismi pubblici. Alcuni studiosi hanno denominato questa crescente richiesta di rappresentanza femminile nelle istituzioni decisionali come una "rivoluzione delle quote di genere".⁴¹⁹ La *ratio* dietro alle quote di genere è proprio quella di tentare di raggiungere una vera e propria uguaglianza in senso sostanziale dal momento in cui, evidentemente e purtroppo, l'uguaglianza formale non è sufficiente.⁴²⁰

3. La legittimazione delle azioni positive tramite la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea.

Anche la giurisprudenza comunitaria ha necessitato di alcuni anni e di un percorso talvolta contraddittorio, per consentire, pacificamente, l'introduzione di trattamenti preferenziali.⁴²¹

⁴¹⁸ F. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione Europea*, Roma, 2010, p. 106.

⁴¹⁹ *Ibidem*.

⁴²⁰ M. AINIS, *Cinque regole per le azioni positive*, in *Quaderni Costituzionali*, 1999, pp. 364 ss.

⁴²¹ Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'unione Europea si veda: M. CARTABIA, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, pp. 478 ss.; M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2008, pp. 126 ss.

3.1. Caso *Kalanke*: l'uguaglianza tra i sessi ai blocchi di partenza.

Nel caso ricordato con il nome *Kalanke*,⁴²² sono state poste due questioni pregiudiziali alla CGUE nel 1993, relative all'interpretazione dell'art. 2 n. 1⁴²³ e n. 4⁴²⁴ della direttiva (CEE) 76/207 che sfociarono in una pronuncia piuttosto discutibile. Il caso di specie vede scontrarsi il sig. Kalanke e la Freie Hansestadt Bremen (da ora: città di Brema).

Il procedimento di assunzione volto all'assegnazione di un posto come capo di dipartimento giardini dell'ufficio comunale di Brema, nella sua fase più finale, si trovò a dover selezionare uno tra il sig. Kalanke e la sig.ra Glißmann, considerati parimenti qualificati per tale mansione. Ai sensi dell'art. 4 del *Landesgleichstellungsgesetz* (legge del Land di Brema. Da ora: LLG), tale posizione venne assegnata alla candidata di sesso femminile.

Il caso giunse fino alla prima sezione del *Bundesarbeitsgericht*, investita di un ricorso per cassazione, la quale precisò come, ai sensi dell'art. 4, n. 2 del LLG le donne fruivano di una corsia preferenziale soltanto nel caso in cui presentassero pari qualifiche rispetto al candidato di sesso maschile; per questo motivo si riteneva compatibile l'art. 4 del LLG con le norme costituzionali tedesche e con l'art. 611 del BGB (codice civile tedesco).

Tuttavia il giudice nazionale, ritenendo che la questione non fosse totalmente priva di incertezze, sospese il procedimento e sottopose alla CGUE due questioni pregiudiziali, che occorre analizzare congiuntamente.

Veniva domandato alla Corte se l'art. 2, paragrafo 4 della direttiva (CEE) 76/207 dovesse essere interpretato nel senso che con esso contrasta la normativa nazionale che, come nel caso di specie, stabiliva l'assegnazione di un determinato posto lavorativo alla candidata di sesso femminile, che avesse pari qualifiche rispetto al candidato di sesso maschile, e che facesse parte del sesso meno rappresentato. Con l'espressione "sesso

⁴²² Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 17 ottobre 1995, *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93; si veda: C. BARNARD, *The Principle of Equality in the Community Context: P. Grant, Kalanke and Marschall: Four Uneasy Bedfellows?* in *The Cambridge Law Journal*, 1998, pp. 352-373; D. SCHIEK, *Sex Equality Law After Kalanke and Marschall*, in *European law journal: review of European law in context*, 1998, pp. 148-166; C. AQUINO DE SOUZA, *A paridade nos espaços de tomada de decisões: uma análise das sentenças Kalanke e Marshall*, in *Revista direitos fundamentais & democracia*, 2016, pp. 39-53; D. IZZI, *La Corte di giustizia e le azioni positive: da Kalanke a Marshall*, in *Lavoro e diritto*, 1998, pp. 675-712.

⁴²³ "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."

⁴²⁴ "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."

meno rappresentato” veniva fatto riferimento al sesso occupante una percentuale inferiore al 50% all’interno dei posti dell’organico. In caso di soluzione negativa il giudice nazionale domandava se, alla luce del principio di proporzionalità, l’art. 2, paragrafo 1 dovesse essere inteso nel senso che disposizioni di legge in forza delle quali, nell’assegnazione di posti in una categoria retributiva superiore, venisse accordata la preferenza alle donne (qualora risultassero insufficientemente rappresentate) in caso di parità di qualificazione professionale, rispetto ai concorrenti di sesso maschile, dovessero essere considerate inapplicabili.

Nonostante nella prima parte della decisione la Corte lasciasse presagire una risposta negativa, ossia una conclusione che prevedesse la conformità della normativa al diritto comunitario, alla fine, invece, offrì una lettura restrittiva⁴²⁵ ritenendo inammissibili (perché viste come discriminazioni sulla base del sesso) quelle clausole di preferenza assoluta che consistono nell’assegnare “in automatico” il posto di lavoro ad una donna avente le stesse qualifiche di un uomo. Il criterio guida, secondo la CGUE, che legittima un’azione positiva è il principio di proporzionalità. Tale principio consiste nel verificare che i mezzi utilizzati siano gli unici idonei a perseguire una determinata finalità, che siano proporzionati all’obiettivo e che la finalità sia abbastanza rilevante da giustificare un pregiudizio.

In altre parole, nel caso di specie venne affermato come le azioni positive fossero ammissibili nella misura in cui non determinassero una preferenza incondizionata e assoluta e purché superassero il test di proporzionalità.

Tale sentenza non fu esente da critiche, soprattutto perché la Corte per fondare la sua decisione si servì di una sentenza precedente, la c.d. *Johnston* del maggio 1986⁴²⁶ andando, però, ad attribuirle un significato diverso da quello che in realtà esprimeva, ponendo in essere un caso di sentenza manipolativa.⁴²⁷

Nella sentenza *Kalanke*, quindi, la CGUE ritenne inammissibili quelle clausole di preferenza assoluta ed incondizionata che consistono nell’assegnare in automatico il posto considerato ad una donna, avente le stesse qualifiche di un uomo, perché intese come discriminazioni sulla base del sesso. La Corte nel caso di specie, sebbene non illustrò espressamente tutto il percorso logico seguito per giungere alla propria

⁴²⁵ *Ibidem*, punto 21.

⁴²⁶ Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee del 15 maggio 1986, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, C-222/84.

⁴²⁷ O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario: un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order*, cit., p. 73.

decisione, si concentrò sulla distinzione tra parità ai punti di partenza, degli appartenenti ai due sessi, e parità nei risultati. Affermò che il principio di uguaglianza dovesse essere ristabilito ai punti di partenza e ciò era possibile solo tramite la rimozione degli ostacoli. Riteneva però non legittima l'assunzione di misure volte ad attribuire alle donne direttamente i risultati.⁴²⁸ Secondo la CGUE, infatti, tali clausole di preferenza avrebbero sostituito, all'obiettivo che si voleva conseguire (la parità di genere), un risultato che si sarebbe realizzato soltanto con l'attuazione dell'obiettivo stesso.⁴²⁹ Nel caso di specie il fatto che i due candidati in questione avessero pari qualifiche rendeva, appunto, la situazione ai blocchi di partenza paritaria; conferire alle donne, in automatico, il diritto di essere preferite in una situazione di questo tipo, avrebbe condotto al raggiungimento di un'eguaglianza di risultato che, secondo l'avvocato generale Giuseppe Tesauro avrebbe portato ad eccedere notevolmente lo scopo perseguito dal diritto comunitario.⁴³⁰ È opportuno precisare, ai fini dell'analisi del caso *Marshall* del paragrafo successivo, che, nonostante il contenuto delle considerazioni dell'avvocato generale, egli aveva, comunque, ammesso che la donna talvolta possa essere svantaggiata, pur avendo pari qualifiche di un uomo, nel momento in cui viene assegnato un posto lavorativo, a causa delle discriminazioni subite nel passato, o a causa del doppio ruolo che la società le attribuisce (lavoratrice e necessariamente madre).⁴³¹ Tale sentenza fu estremamente criticata dalla dottrina italiana (e non solo)⁴³², ma ovviamente deve essere contestualizzata. Essa è considerata emblematica proprio perché mostra chiaramente le difficoltà argomentative che le azioni positive pongono ai giudici.⁴³³

⁴²⁸ D. IZZI, *La Corte di giustizia e le azioni positive: da Kalanke a Marschall*, cit., p.681.

⁴²⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 17 ottobre 1995, *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen* C-450/93, punto 23.

⁴³⁰ Conclusioni dell'avvocato generale Tesauro, 6 aprile 1995, C-450/93, p. 2145-2158.

⁴³¹ *Ibidem*, punto 14 delle conclusioni.

⁴³² L. CALAFÀ, *Le "quote condizionate" a favore delle donne al vaglio della Corte del Lussemburgo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1998, pp. 214-225; P. MORI, *Quale uguaglianza? Ovvero le azioni positive davanti alla Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996, pp. 821 ss; M.V. BALLESTRERO, *Azioni positive. Punto e a capo*, in *Lavoro e Diritto*, 1996, pp. 122 ss; S. SCARPONI, *Pari opportunità e Frauenquoten davanti alla Corte di Giustizia*, in *Rivista di diritto europeo*, 1995, pp. 717-737; A. PETERS, *The Many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law - A Conceptual Analysis*, in *European Law Journal*, 1996, pp. 177-196; M. MOORE, *Positive action: nothing positive from the Court of justice*, in *European Law Review*, 1996, pp. 156 ss.

⁴³³ M. BARBERA, A. GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria: fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2019, pp. 505 ss.

3.1.1. I meriti del caso *Kalanke*.

In realtà, il caso *Kalanke*, si ritiene portatore maggiormente di meriti piuttosto che di demeriti. Anzitutto ha portato, finalmente, nell'ambito del diritto comunitario il dibattito circa l'ammissibilità e le modalità di attuazione dello strumento delle azioni di diritto diseguale. Confrontarsi circa uno strumento così fondamentale, indipendentemente da come si concluderà tale dibattito (ancora aperto), è estremamente importante perché permette di introdurre all'interno del territorio comunitario diverse ideologie e di mettere in luce come la normativa antidiscriminatoria, vigente nella comunità fino a quel momento, fosse ormai inadeguata.

In secondo luogo, la sentenza in questione è ricordata perché non solo ha dato origine ad ampie osservazioni accademiche, ma ha coinvolto anche le reazioni istituzionali. La Commissione europea, infatti, per la prima volta, ha adottato una comunicazione⁴³⁴ che può essere definitiva interpretativa (e, talvolta, manipolativa) di una sentenza della CGUE,⁴³⁵ per tentare di restringerne quanto più possibile la portata.

La comunicazione aprì le porte per un'ulteriore iniziativa della Commissione Europea sul tema: una proposta di modifica della direttiva (CEE) 76/207⁴³⁶ e, nello specifico, dell'art. 2, paragrafo 4 della stessa. In tale proposta veniva richiesto di sostituire l'articolo in questione con una nuova disposizione che prevedesse la possibilità di introdurre misure volte a promuovere le pari opportunità tra i sessi andando ad eliminare le disuguaglianze sostanziali che pregiudicavano le opportunità del sesso sottorappresentato nei settori quali l'accesso al lavoro, alla formazione professionale, alle condizioni di lavoro e alla sicurezza sociale.

Malgrado un'analisi superficiale possa suggerire una somiglianza tra la proposta della Commissione e la disposizione preesistente, è invece imperativo sottolineare la presenza di sostanziali discrepanze di notevole importanza.

Anzitutto venne per la prima volta utilizzata l'espressione neutra "sesso sottorappresentato" sottintendendo, quindi, che anche gli uomini avrebbero potuto

⁴³⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio COM (96) 88 circa l'interpretazione della sentenza della Corte di giustizia del 17 ottobre 1996, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*.

⁴³⁵ Tale episodio è quasi eccezionale: le comunicazioni della Commissione non sono atti vincolanti, generalmente vengono utilizzati per chiarire intenti, programmi ed effetti di atti precedenti giuridicamente vincolanti adottati dalla stessa; O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit., p. 104.

⁴³⁶ Proposta di direttiva del Consiglio che modifica la direttiva 76/207/CEE del Consiglio relativa all'attuazione del principio di parità di trattamento fra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (COM(96) 93 def. 96/0095, CSN).

riversare in questa condizione e godere, dunque, di misure preferenziali. Nella proposta della nuova formulazione dell'art. 2, inoltre, si fece riferimento alla “eliminazione della disuguaglianza sostanziale” utilizzando, quindi, un fine più vago e impreciso rispetto a “porre rimedio alla disparità di fatto”.

Infine, tale proposta avrebbe consentito di attribuire una copertura normativa al sistema di quote per il sesso sottorappresentato.

La proposta di modifica non venne, però, mai accolta, perché in sede di revisione del Trattato CE in tema di politica sociale si attuarono modifiche che di fatto superarono persino l'attualità della comunicazione della Commissione.⁴³⁷

La questione di cui al caso *Kalanke* lasciò evidentemente molti dubbi irrisolti, che vennero sciolti nel corso degli anni successivi: il diritto comunitario, infatti, ha compiuto notevoli passi avanti negli anni seguenti, anche a seguito della nuova formulazione dell'art. 119 TCE (attuale art.157 TFUE) che legittima pienamente le azioni positive.⁴³⁸

Con la sentenza *Marshall*,⁴³⁹ nonostante la Corte affermò di non discostarsi da quanto stabilito nelle pronunce precedenti, assunse in realtà una posizione molto più favorevole nei confronti delle azioni positive, arrivando poi a legittimarle pienamente con le sentenze successive *Badeck* e *Abrahamsson*.

3.2. Caso *Marshall*.

Il sig. Marshall insegnava presso il *Land Renania* settentrionale, Vestfalia (da ora: il Land) e nel 1994 presentò la sua candidatura per la promozione all'insegnamento alle scuole secondarie. La *Bezirksregierung* di Arnsberg gli comunicò, però, che avrebbe assegnato tale ruolo a una candidata di sesso femminile.

Il sig. Marshall propose opposizione che però venne respinta dalla *Bezirksregierung* perché riteneva che la concorrente donna dovesse necessariamente essere preferita in quanto in possesso delle medesime caratteristiche qualificative del sig. Marshall e in

⁴³⁷ O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit., p. 102 ss.

⁴³⁸ S. SCIARRA, *Effetto 'farfalla' La sentenza n. 33 del 1960*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2021, pp. 49-66.

⁴³⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 11 novembre 1997, *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, C-409/95; O'HARE, A. URSULA, *The Future of Positive Action in the European Union: The Marschall Case*, in *The Northern Ireland Legal Quarterly*, 1998, p. 426-435; R. FOGLIA, A. SAGGIO, *Parità tra uomo-donna nell'accesso al lavoro*, in *Il Corriere giuridico*, 1998, p. 208-209; M. CAIELLI, *L'ammissibilità delle azioni positive finalizzate alla realizzazione della parità uomo-donna*, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, pp. 3-6; J. ALAN, *Marschall and Equal Treatment: Toward Substantive Equality*, in *European Current Law*, 1997, pp. 9-12.

quanto il sesso femminile fosse estremamente sottorappresentato all'interno di quel determinato grado di insegnamento.

Il sig. Marshall, quindi, propose ricorso presso il *Verwaltungsgericht* di Gelsenkirchen: il giudice nazionale ritenne di dover sospendere il procedimento e di dover sottoporre alla CGUE una questione pregiudiziale. Tale questione verteva sulla compatibilità o meno tra la normativa nazionale di cui all'art. 25, n. 5 del *Beamtengesetz* (Statuto del personale del Land) che prevedeva la precedenza nella promozione di donne, che presentassero le stesse qualifiche dei colleghi uomini, ma che fossero sottorappresentate all'interno del settore, e l'art. 2, paragrafo 1 e 4 della direttiva (CEE) 76/207 del Consiglio.

Dagli artt. 1 e 2 della direttiva comunitaria risultava che essa perseguisse l'attuazione all'interno degli Stati membri del principio di parità di trattamento per quanto riguardava l'accesso al lavoro e anche alla promozione. Tale principio doveva essere applicato in assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, che fosse diretta o indiretta. Ai sensi dell'art. 2, paragrafo 4, inoltre, la direttiva non pregiudicava la possibilità degli Stati membri di introdurre misure volte a promuovere la parità delle opportunità.

Nella sentenza *Kalanke* era stato stabilito come non fosse possibile accordare alle candidate la preferenza in modo automatico. Ciò che distingueva la normativa nazionale inerente al caso *Kalanke* con la normativa nazionale del caso *Marshall* consisteva nel fatto che, in quest'ultima era presente una clausola di riserva per cui le donne non dovevano avere la precedenza nelle promozioni se fossero prevalsi motivi inerenti alla persona del sesso maschile: "a meno che non prevalgano motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile".⁴⁴⁰

Si sottolineò, inoltre, come, il fatto che due candidati di sesso diverso avessero, sulla carta, pari qualificazioni non implicava necessariamente che di fatto avessero pari opportunità. Infatti la Corte mise in evidenza al punto 29 che vi era la tendenza, molto spesso, a preferire i candidati di sesso maschile a causa, unicamente, di pregiudizi e di stereotipi circa il ruolo delle donne nella società. Da ciò conseguiva che, all'interno dell'art. 2, paragrafo 4 della direttiva, potesse rientrare una norma nazionale che stabilisse la precedenza di promozione delle donne nei settori in cui fossero in misura nettamente inferiore rispetto agli uomini, sempre che fosse fatta salva la clausola di

⁴⁴⁰ Art. 25, n. 5, del *Beamtengesetz*.

riserva, proprio perché una disposizione di questo tipo poteva contribuire a controbilanciare gli stereotipi di genere a cui sono soggette le donne e per i quali vengono tutt'ora svantaggiate.

La questione pregiudiziale veniva quindi risolta stabilendo che l'art. 2, paragrafo 1 e 4, della direttiva non ostava ad una norma nazionale che, in caso di pari qualifiche tra candidato di sesso maschile e candidata di sesso femminile obbligasse a dare la precedenza nella promozione alle candidate, nei settori in cui le donne erano sottorappresentate rispetto agli uomini, a meno che non fossero prevalsi determinati motivi inerenti alla persona in questione di sesso maschile. Dovevano, però, essere rispettate due condizioni: era necessario compiere un esame obiettivo delle candidature, che tenesse in considerazione tutti i criteri relativi alla persona dei candidati, e non tenesse conto della precedenza accordata ai candidati di sesso femminile quando uno o più di tali criteri facessero propendere per il candidato di sesso maschile; in secondo luogo, tali criteri non dovevano essere discriminatori nei confronti dei candidati di sesso femminile.

Nel caso *Marshall*, quindi, i giudici comunitari si distaccano da quanto affermato nella sentenza *Kalanke*, e riconoscono che la legittimità del trattamento preferenziale destinato alle donne (sempre che riversino in una condizione di parità di qualificazioni con gli uomini) non debba essere valutata facendo riferimento alla contrapposizione tra uguaglianza ai blocchi di partenza e uguaglianza nei risultati. La Corte in questo determinato caso ritenne, infatti, che le azioni positive siano necessarie per controbilanciare gli atteggiamenti e le ideologie socialmente diffuse che penalizzano le candidate di sesso femminile nella realtà della vita lavorativa,⁴⁴¹ così come aveva già affermato anche l'avvocato generale nel caso *Kalanke*. Per di più, talvolta, avviene che le candidate donne vengano svantaggiate rispetto agli uomini nella fase della valutazione delle competenze e delle capacità individuali, che precede, quindi, il giudizio sull'idoneità dei singoli candidati a ricoprire una determinata posizione.⁴⁴² Diverse ricerche sociologiche hanno dimostrato come il semplice appartenere al genere femminile determini una sottovalutazione dei meriti del soggetto in questione, nonostante il più delle volte tale sottovalutazione sia inconscia⁴⁴³ e non può considerarsi

⁴⁴¹ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 11 novembre 1997, *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, C-271/91, punto 31.

⁴⁴² D. IZZI, *La Corte di giustizia e le azioni positive: da Kalanke a Marschall*, cit., p. 684.

⁴⁴³ O. ASHENFELTER, A. REES, *Discrimination in Labor Markets*, Princeton, 1974, p. 157; D.A. BALLAM *Affirmative action: purveyor of preferential treatment or guarantor of equal opportunity? A call for a*

un semplice caso il fatto che in una gara “ad armi pari” tra un candidato di sesso maschile e uno di sesso femminile il vincitore sia, in linea di massima e tolte rare eccezioni, l'uomo.

Quindi, in virtù di un contesto in cui era assolutamente evidente la negazione delle pari opportunità, si ritenne indubbiamente necessaria l'adozione delle misure differenziate di cui all'art. 2, paragrafo 4 della direttiva 76/207 (misure, dunque, che incidono direttamente sui risultati) e si voleva quindi consentire a tutti di potere effettivamente vincere in egual misura e non soltanto di poter partecipare.

Alla luce di quanto analizzato in merito alle due sentenze *Kalanke* e *Marshall* è possibile rinvenire una vera e propria evoluzione circa il rapporto che intercorre tra uguaglianza formale e uguaglianza sostanziale.

Nel caso più recente è stata riconosciuta pari dignità sia all'uguaglianza formale che all'uguaglianza sostanziale: quest'ultima (che si esplica con le misure di diritto diseguale) si pone in un'ottica derogatoria rispetto all'uguaglianza formale, creando quindi un rapporto tra le due di regola ed eccezione. La regola, però, non deve necessariamente e sempre prevalere sull'eccezione, così come l'eccezione, dal momento che viene presa in considerazione a seguito di disparità di fatto, non può imporsi sull'uguaglianza formale senza alcun tipo di limite: proprio in relazione a tali limiti assumono notevole importanza le successive pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

3.3. Caso *Badeck*.⁴⁴⁴

Il 28 novembre 1994 quarantasei deputati del Repubblica federale di Germania adirono il giudice nazionale al fine di far sindacare la legittimità degli artt. 3, 5, 7, 8-11, 14, 16 e

«revisioning» of affirmative action, in *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 1997, p. 1; L. GIANFORMAGGIO, *Politica della differenza e principio di eguaglianza: sono veramente incompatibili?*, in *Lavoro e Diritto*, 1992. p. 187.

⁴⁴⁴ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, del 28 marzo 2000, *Georg Badeck e al. c. Hessische Ministerpräsident e Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, C-158/97. Si veda: O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit., pp. 148 ss.; C. SALAZAR, *La “ragionevole irragionevolezza” da ossimoro a endiadi? Un'importante precisazione della Corte di Giustizia sulle azioni positive in favore delle donne*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2000, pp. 975 ss.; S. NINATTI, *Azioni positive e discriminazioni per sesso nel diritto comunitario. Azioni positive: ammesse le quote purché transitorie e flessibili*, in *Quaderni Costituzionali*, 2000, pp. 465 ss.; M.B. BASTONI, *Parità di trattamento tra uomo e donna e azioni positive nel diritto comunitario: l'eccezione stenta a diventare regola*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2000, pp. 804 ss.; I. VIARENGO, *Principio di non discriminazione e azioni positive nel diritto comunitario: La Corte di Giustizia supera l'indirizzo di Kalanke?*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, pp. 57 ss.; F. SPITALERI, *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, Torino, 2013, pp. 141-174.

18 del *Hessische Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung* (legge dell'Assia sulla parità di trattamento tra donne e uomini e sulla rimozione di discriminazioni della donna nel pubblico impiego. Da ora: HGIG) ritenuti incompatibili con la costituzione della Repubblica.

In particolare, i ricorrenti ritenevano che lo HGIG, in quanto obbligava alla scelta di candidati sulla base del sesso, fosse in contrasto con il principio costituzionale di meritocrazia e con il principio di parità di trattamento sancito dalla direttiva (CEE) 76/207, dal momento che essa stabiliva il diritto fondamentale in capo a tutti gli individui consistente nel godere di uguali possibilità.

Il giudice nazionale decise di sospendere il procedimento e di sottoporre alla CGUE una questione pregiudiziale vertente sulla compatibilità tra le diverse misure di azione positiva adottate dalla Repubblica a favore del sesso femminile, rinvenibili in una serie di norme di cui agli artt. 3, 5, 7, 8-11, 14, 16 e 18 HGIG e l'art. 2, paragrafi 1 e 4 della direttiva comunitaria.

Veniva ricordato che la direttiva comunitaria in questione promuoveva la parità di trattamento tra uomini e donne e, di conseguenza, l'assenza di qualunque discriminazione basata sul sesso. Inoltre, l'art. 2, paragrafo 4 di tale direttiva non pregiudicava le misure volte a promuovere la parità delle opportunità per i due sessi.

Nella sentenza *Kalanke* era stato affermato che una norma nazionale, che accordi automaticamente ai candidati di sesso femminile la preferenza in tutti quei settori in cui le donne sono meno rappresentate degli uomini, comporta una discriminazione sulla base del sesso. Nella sentenza *Marshall*, invece, la Corte si è pronunciata sulla compatibilità di una norma nazionale che presentava una clausola di riserva secondo cui le donne non dovevano essere preferite nel momento in cui fossero sorti dei motivi inerenti alla persona di un candidato maschile che avrebbe giustificato la scelta di quest'ultimo. La Corte mise in evidenza diversi punti della sentenza *Marshall* attraverso cui erano state giustificate le vie preferenziali destinate al sesso femminile in virtù dei pregiudizi a cui, oggettivamente, le donne sono soggette. Dunque, un'azione diretta a promuovere la presenza di candidate femminili, nei settori dove queste sono sottorappresentate non poteva essere considerata in contrasto con il diritto comunitario qualora non accordasse automaticamente e incondizionatamente la preferenza ai candidati di sesso femminile, aventi una qualificazione pari a quella dei concorrenti di

semplice, e quando le candidature fossero oggetto di un esame obiettivo che tenesse conto della situazione particolare di tutti i candidati.⁴⁴⁵

Spettava al giudice *a quo*, quindi, accertare se tali condizioni fossero soddisfatte nel caso di specie.

La questione pregiudiziale, nello specifico, venne suddivisa in cinque parti. Nella prima parte di tale questione veniva domandato se l'art. 2, paragrafi 1 e 4 della direttiva 76/207 ostasse a una norma nazionale che accordasse, a parità di qualifiche e nei settori in cui le donne venivano sottorappresentate, una preferenza a queste ultime, a meno che non vi fossero ostacoli di maggiore rilevanza. A questo proposito venne evidenziato come il legislatore della Repubblica federale di Germania aveva delineato una c.d. quota finale flessibile, nel senso che non venivano stabilite propriamente delle quote da rispettare all'interno di ogni settore, ma, al contrario, si riteneva necessario dover verificare, caso per caso, la sottorappresentanza delle donne all'interno dell'ambito in questione.

Inoltre, per fornire una risposta al giudice nazionale la Corte evidenziò come, ai sensi della norma tedesca di cui all'art. 10, nn. 1-3 dello HGIG la procedura di selezione dei candidati comprendeva primariamente la valutazione delle qualifiche e delle competenze. Infatti, solo nel caso di parità di qualifiche tra un candidato di sesso maschile e uno di sesso femminile la decisione doveva orientarsi verso la donna, riducendo così le disuguaglianze sociali a cui era soggetta.

Spettava al giudice *a quo* valutare se la normativa in questione fosse o meno incondizionata e, quindi, se garantisse una valutazione obiettiva delle qualifiche dei candidati.

Quindi la prima parte della questione fu risolta nel senso che l'art. 2, paragrafi 1 e 4 della direttiva comunitaria non osta a una normativa nazionale che predilige l'assunzione di donne, parimenti qualificate rispetto agli uomini, nei settori in cui queste sono sottorappresentate.

La seconda parte della prima questione pregiudiziale domandava alla Corte se l'art. 2, paragrafi 1 e 4 della direttiva comunitaria ostasse a una norma nazionale che prevedesse una quota minima destinata alle donne nei settori scientifici pari alla percentuale che le donne rappresentavano tra i laureati, tra i detentori di titoli di dottorato e tra gli studenti di ciascun settore di studi.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, punto 23.

La Corte rispose a tale quesito sottolineando come tale regime di quote stabilito dall'art. 5, n. 7 del HGIG non fissava un limite assoluto, bensì proporzionato, con riferimento al numero di persone che avessero acquisito una formazione professionale in tali ambiti. Pertanto, l'esistenza di un simile regime speciale non dava luogo a obiezioni riguardo al diritto comunitario.⁴⁴⁶

La terza parte della questione domandava se con l'art. 2, paragrafi 1 e 4 della direttiva comunitaria si poneva in contrasto con una norma nazionale che attribuisse alle donne almeno la metà dei posti di formazione in tutte quelle professioni qualificate in cui esse erano sottorappresentate.

Il legislatore tedesco inserì all'interno dell'ordinamento nazionale l'art. 7, n. 1 dello HGIG perché, nonostante la presenza del principio di uguaglianza formale all'intero della Costituzione federale, l'uguaglianza sostanziale non era ancora rispettata e, dunque, le donne nella realtà dei fatti continuavano ad essere svantaggiate rispetto ai propri colleghi uomini.

L'art. 7, n. 2, comunque, stabiliva espressamente che se, nonostante l'adozione di misure adeguate a richiamare l'attenzione delle donne sulla disponibilità di posti di formazione, non si fosse ottenuto un numero sufficiente di candidate, più della metà dei posti poteva legittimamente essere occupata da uomini. Inoltre, ai sensi di tale norma nazionale, alle donne non venivano destinati dei posti di lavoro ma soltanto dei posti di formazione al fine di ottenere una qualifica.

La Corte, dunque, dichiarò che misure di questo tipo rientravano all'interno dell'art. 2, paragrafo 4 della direttiva comunitaria, in quanto volte a migliorare la possibilità per le donne di competere sul mercato del lavoro parimenti con gli uomini.

La quarta parte della questione pregiudiziale domandava, invece, se l'art. 2, paragrafi 1 e 4 della direttiva ostasse a una normativa nazionale che, a parità di qualifiche tra candidati di sesso diverso garantisse alle donne la convocazione a colloqui di assunzione nei settori in cui erano sottorappresentate.

L'art. 9 del HGIG stabiliva che “in settori nei quali le donne sono sottorappresentate sono invitate al colloquio di assunzione, ove abbia luogo, almeno tante donne quanti uomini, oppure tutte le candidate, quando soddisfino i requisiti stabiliti dalla legge o altrimenti richiesti per ricoprire il posto vacante o l'ufficio da ricoprire”. Tale disposizione, però, non comportava un risultato definitivo inteso in termini di

⁴⁴⁶ *Ibidem*, punto 43.

assunzione, ma, semplicemente, offriva la possibilità di agevolare le donne qualificate a compiere il proprio ingresso nel mondo del lavoro. Per questo motivo la norma nazionale si considerava assolutamente in linea con l'art. 2, paragrafo 4 della direttiva comunitaria, diretta a promuovere le pari opportunità.

La quinta e ultima parte della questione pregiudiziale domandava se l'art. 2, paragrafi 1 e 4 della direttiva ostasse a una norma nazionale in base alla quale venivano destinati alle donne almeno la metà dei posti all'interno degli organi rappresentativi dei lavoratori e degli organi di amministrazione.

L'art. 14 del HGIG, relativo alla composizione dei collegi non aveva valore vincolante in quanto riconosceva che molti collegi venivano formati su base legislativa e che, di conseguenza, la piena attuazione della partecipazione paritaria delle donne avrebbe richiesto una modifica della normativa applicabile.

Dunque, con l'art. 2, paragrafi 1 e 4 della direttiva comunitaria non si poneva in contrasto una normativa nazionale sulla composizione degli organi rappresentativi dei lavoratori e degli organi di amministrazione e di controllo che stabilisse di tenere in considerazione l'obiettivo di una partecipazione quanto meno paritaria delle donne in seno a tali collegi.

Ecco quindi che la CGUE attraverso tale sentenza stabilì che l'art. 2, paragrafi 1 e 4 della direttiva (CEE) 76/207, relativa all'applicazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso al lavoro, alla formazione alla progressione di professione e alle condizioni lavorative non ostava a una normativa nazionale che concedesse alle donne, aventi le medesime qualifiche dei colleghi uomini, nei settori in cui erano maggiormente sottorappresentate, un vantaggio rispetto ai candidati di sesso maschile purché detta normativa garantisse che le candidature fossero oggetto di una valutazione obiettiva che tenesse conto della situazione particolare sul piano personale di tutti i candidati.

Parimenti, con la direttiva comunitaria non si poneva in contrasto una normativa nazionale che stabilisse una percentuale minima di personale femminile equivalente a quella delle donne tra i laureati, i dottorati e gli studenti di ciascun ambito, a meno che, nonostante gli sforzi non fosse disponibile un numero sufficiente di candidate donne.

Tale direttiva non ostava, altresì, con una normativa nazionale che garantisse la precedenza alle donne per colloqui di assunzione nei settori in cui erano sottorappresentate. Infine, venne stabilito come con la direttiva (CEE) 76/207 non si poneva in contrasto una norma nazionale che richiedesse che le disposizioni adottate per

la formazione degli organi rappresentativi dei lavoratori e degli organi di amministrazione e controllo dovessero tenere in considerazione l'obiettivo di una partecipazione quanto meno paritaria delle donne in tali collegi.

3.4. Caso *Abrahamsson*.⁴⁴⁷

Il 3 giugno 1996 l'Università di Göteborg annunciava che la cattedra di professore in scienza dell'idrosfera era vacante e, nel bando di assunzione, veniva espressamente indicato come la nomina di tale posto dovesse essere in linea con il principio di promozione dell'uguaglianza tra i sessi sancito dal *förordningen om vissa anställningar som professor och forskarassistent vilka inrättas i jämställdhetssyfte* (regolamento svedese relativo all'assegnazione di taluni posti di docente e di ricercatore al fine di promuovere le pari opportunità. Da ora: il regolamento 1995:936).

La commissione incaricata della selezione procedeva a due scrutini: il primo prendeva in considerazione solo la qualificazione scientifica dei candidati, nel secondo scrutinio, invece, si teneva conto sia dei meriti scientifici che del regolamento 1995:936. Al termine dei due scrutini venne nominata la sig.ra Destouni che però, poco dopo, ritirò la sua richiesta e, dunque, la commissione dovette riesaminare le restanti candidature.

Il 18 novembre 1997 il rettore dell'Università di Göteborg decise di assegnare la cattedra alla sig.ra Fogelqvist.

Il sig. Anderson e la sig.ra Abrahamsson impugnarono tale provvedimento di assegnazione dinnanzi all'*Överklagandenämnden för Högskolan*. Nello specifico, il sig. Anderson riteneva che la designazione effettuata fosse in contrasto con l'art. 3 del regolamento 1995:936 che stabiliva che il ricorso a misure di discriminazione positiva dovesse essere escluso qualora la differenza di qualificazione tra i candidati fosse particolarmente rilevante e, quindi, facesse venire meno il criterio di obiettività. La sig.ra Abrahamsson, invece, sosteneva di avere maggiori competenze scientifiche rispetto alla Fogelqvist, nonostante, comunque, riconoscesse che i meriti del sig. Anderson fossero superiori ai suoi.

L'*Överklagandenämnden för Högskolan* decise di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte quattro questioni pregiudiziali.

⁴⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, del 6 luglio 2000, *Katarina Abrahamsson e Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*, C-407/98. Si veda: M. CAIELI, *Un'altra sentenza della Corte di giustizia sulle azioni positive in favore del lavoro femminile*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2000, pp. 1589 ss; A. NUMHAISER, *Swedish Sex Equality Law before the European Court of Justice*, in *Industrial Law Journal*, 2001, pp. 121 ss; O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso*, cit., pp. 165 ss.

La prima questione domandava se l'art. 2, paragrafi 1 e 4 ostasse a una normativa nazionale, come quella svedese, in forza della quale un candidato appartenente al sesso sottorappresentato ed in possesso di qualifiche sufficienti (ma non equivalenti) per ricoprire tale posizione dovesse essere preferito rispetto ad un altro candidato dell'altro sesso che, in assenza di una simile normativa, sarebbe stato designato.

Anzitutto si osservava che, a differenza delle normative nazionali analizzate nei casi *Kalanke*, *Marshall* e *Badeck*, la normativa svedese acconsentiva a che il candidato preferito non avesse qualifiche pari a quelle di altri candidati. La Corte evidenziò come simili criteri, quali quelli delineati dalla normativa svedese, avevano come scopo quello di promuovere un'eguaglianza sostanziale, riducendo le disuguaglianze sociali. La normativa oggetto del procedimento *a quo* accordava automaticamente la preferenza ai candidati del sesso sottorappresentato, purché in possesso di qualifiche sufficienti, alla sola condizione che la differenza tra i meriti dei candidati di ciascun sesso non fosse di rilevanza tale da dar luogo ad una violazione del criterio di obiettività che doveva essere osservato nelle assunzioni.⁴⁴⁸ Dunque, proprio in mancanza di una valutazione obiettiva che tenesse conto della singola situazione personale di tutti i candidati si riteneva che la normativa svedese non potesse trovare legittimazione nell'art. 2, paragrafo 4 della direttiva.

A questo punto, occorre stabilire se una normativa come quella controversa nel caso di specie potesse essere giustificata alla luce dell'art. 141, paragrafo 4 TCE che autorizzava gli Stati membri a mantenere o adottare misure che prevedevano vantaggi specifici diretti ad evitare o a compensare svantaggi nelle carriere professionali, al fine di assicurare una piena parità tra uomini e donne nella vita professionale. La Corte ritenne che tale art. 141 TCE non giustificasse un metodo di selezione quale quello proposto dalla normativa svedese in quanto considerato sproporzionato rispetto allo scopo.

La seconda questione verteva sulla compatibilità della normativa nazionale con l'art. 2, paragrafi 1 e 4 della direttiva comunitaria nel caso in cui la norma svedese venisse applicata solo alle selezioni per un numero specifico di posizioni, precedentemente stabilite, e ai posti derivanti da parte di un programma speciale che consentisse l'uso di misure di discriminazione positiva. In relazione a tale seconda questione fu sufficiente osservare che il fatto di restringere il campo d'applicazione di una misura di

⁴⁴⁸ *Ibidem*, punto 52.

discriminazione positiva, come quella controversa, non fosse idoneo a modificare il carattere assoluto e sproporzionato della stessa che venne accertato a seguito della prima questione pregiudiziale.

La terza questione domandava se l'art. 2, paragrafi 1 e 4 della direttiva ostasse a una regola giurisprudenziale nazionale secondo cui un candidato appartenente al sesso sottorappresentato venisse preferito ad un candidato dell'altro sesso, a condizione che entrambi fossero in possesso di equivalenti qualifiche. La Corte ritenne che tale regola dovesse essere considerata compatibile con il diritto comunitario, nella misura in cui le candidature fossero oggetto di un esame obiettivo.

Con il quarto quesito pregiudiziale veniva domandato alla Corte se le soluzioni delle prime tre questioni differissero a seconda che le regole nazionali fossero destinate alla selezione di candidati per posti di livello inferiore o superiore. La Corte, a questo proposito evidenziò come il diritto comunitario non facesse in alcun modo dipendere l'applicazione del principio di parità di trattamento tra i sessi dal livello dei posti da ricoprire.

Alla luce della giurisprudenza analizzata, vi è stata un'altra pronuncia della CGUE, il caso *Lommers*,⁴⁴⁹ che ha avuto ad oggetto la conformità di una circolare del Ministero dell'Agricoltura olandese al diritto dell'UE. Tale circolare intendeva mettere a disposizione un determinato numero di posti all'interno degli asili nido alle sole lavoratrici donne, dal momento che si considerava fossero loro a rinunciare più frequentemente a lavorare per motivi collegati alla cura dei figli. Tale provvedimento è stato considerato conforme dalla CGUE alla direttiva (CEE) 76/207 e all'art. 119 TCE perché la circolare consentiva di tenere in considerazione particolari situazioni concernenti gli uomini, come, ad esempio, il caso di padri che allevano soli i figli. Nonostante ciò, la CGUE mise in evidenza che un provvedimento di questo genere potrebbe rischiare di contribuire a perpetuare una distinzione tradizionale dei ruoli di uomo e donna all'interno della società.⁴⁵⁰ Proprio sulla base di questa affermazione la CGUE, pochi anni, dopo censurerà la normativa italiana in materia di età pensionabile nel pubblico impiego.

⁴⁴⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 19 marzo 2002, *H. Lommers c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-476/99.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, punto 41.

3.5. Caso *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*.⁴⁵¹

La Commissione delle Comunità europee presentò alla CGUE un ricorso relativo alla legge italiana n. 421 del 1992⁴⁵² e al successivo d. lgs n. 503⁴⁵³ dello stesso anno che introducevano elementi di differenziazione tra i due generi in tema di trattamento pensionistico dei dipendenti pubblici, in quanto era previsto che l'età pensionabile fosse di 65 anni per gli uomini e di 60 per le donne. La Commissione riteneva dunque che la Repubblica italiana fosse venuta meno agli obblighi di cui all'art. 141 TCE che sancisce l'obbligo in capo ad ogni Stato membro di garantire l'applicazione del principio di parità di retribuzione.

La contrapposizione tra la Commissione e la Repubblica italiana si fondava sulla diversa interpretazione del regime pensionistico gestito dall'Istituto nazionale della previdenza per i dipendenti dell'amministrazione pubblica, (da ora: INPDAP). L'istituzione comunitaria lo riteneva un regime avente natura professionale, mentre la Repubblica italiana lo considerava un regime di natura legale, e tale distinzione è rilevante, poiché ai due regimi corrispondono due inquadramenti ben differenti all'interno del contesto europeo.

La Commissione identificava tale regime pensionistico come professionale sulla base di una serie di criteri derivanti da una consolidata giurisprudenza della CGUE,⁴⁵⁴ vale a dire che la pensione interessasse soltanto una categoria particolare di lavoratori, che

⁴⁵¹ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 13 novembre 2008, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, C-46/07. Si veda: JP. LHERNOULD, *L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale*, in *Revue de jurisprudence sociale*, 2009, pp. 201-202; W. FERRANTE, *Condanna dell'Italia per la differente età pensionabile tra uomini e donne pubblici dipendenti*, in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 2008, pp. 50-52; A. VALLEBONA, *Età pensionabile e differenze*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2009, p. 76; L. TERMINIELLO, *La previsione di un diverso requisito anagrafico per uomini e donne ai fini della percezione della pensione INPDAP viola l'art. 141 del Trattato CE*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, pp. 452-456; C. BUZZACCHI, *In tema di età pensionabile: la parità tra i generi o la tutela della funzione familiare della donna?*, in *Quaderni costituzionali*, 2009 pp. 416-419; F. ANGELINI, *Il principio della parità retributiva nel lavoro pubblico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, pp. 721-730; P. SCHLESINGER, F. BONETTI, *Pensione di vecchiaia dei dipendenti pubblici e parità di trattamento tra uomini e donne*, in *Il Corriere giuridico*, 2009 pp. 589-599; F. DE BARI, *Parità di retribuzione ed età di pensionamento diverse sulla base del sesso del dipendente pubblico*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, pp. 403-407

⁴⁵² Legge n. 421 del 23 ottobre 1992, Delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale, in GU n. 257 del 31 ottobre 1992.

⁴⁵³ Decreto Legislativo n. 503 del 30 dicembre 1992, Norme per il riordinamento del sistema previdenziale dei lavoratori privati e pubblici, a norma dell'articolo 3 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, in G.U. n. 305 del 30 dicembre 1992.

⁴⁵⁴ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 23 ottobre 2003, *Silvia Becker c. Land Hessen*, cause riunite C-4/02 e C-5/02; Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 12 settembre 2002, *Niemi*, C-351/00 ha qualificato come regime professionale un regime che copre diverse categorie di lavoratori, ma tutti appartenenti al settore pubblico e ha così considerato l'insieme dei dipendenti pubblici come una categoria particolare.

derivasse direttamente dagli anni di servizio prestati e che il suo importo fosse calcolato in base all'ultimo stipendio del dipendente pubblico.

La Commissione, al fine di qualificare il regime pensionistico in questione, fece riferimento alla relazione dell'INPDAP del 23 dicembre 2004, allegata alla lettera della Repubblica italiana del 10 gennaio 2005, da cui risultava che la pensione versata nell'ambito di tale regime rispondeva a questi tre criteri. Il trattamento pensionistico del comparto pubblico italiano, secondo la Commissione, era assimilato ad una retribuzione e, in quanto tale, la pensione ricadeva nel campo di applicazione dell'art. 141 TCE, che vietava qualsiasi discriminazione in materia di retribuzione tra i lavoratori dei due sessi.

La Repubblica italiana, al contrario, sosteneva il carattere legale del regime pensionistico gestito dall'INPDAP, ritenendo inammissibile l'introduzione di nuove discriminazioni nel caso in cui la differenza di età per ottenere la pensione venisse rimossa solo nei confronti dei dipendenti pubblici. In secondo luogo sottolineava che i limiti di età, fissati a 65 anni per gli uomini e a 60 anni per le donne, erano uniformemente stabiliti, sia per lavoratori iscritti all'INPS che per i lavoratori iscritti all'INPDAP. Pertanto, la normativa contestata manteneva (proprio in quanto conforme a quella applicabile alle categorie di lavoratori iscritti all'INPS) una valenza generale, tale da far considerare il regime pensionistico gestito dall'INPDAP come avente natura legale. Considerata l'avvenuta privatizzazione di quasi tutta l'area del pubblico impiego, l'introduzione di differenziazioni nella fissazione dell'età pensionabile avrebbe comportato un'intollerabile disparità di trattamento tra i lavoratori. Secondo la Repubblica italiana, dato il carattere legale del regime pensionistico questo doveva essere ricondotto alla direttiva (CE) 79/7 relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento fra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale. La pensione non sarebbe stata, dunque, da considerare una retribuzione ma una prestazione di sicurezza sociale, rispetto alla quale la direttiva comunitaria concedeva agli Stati ampie possibilità di deroga al principio della parità del trattamento in vista del perseguimento di molteplici finalità, tra le quali, anzitutto, quella della protezione della donna a motivo della maternità. La fissazione di un'età pensionabile diversa a seconda del sesso era giustificata dall'obiettivo di eliminare discriminazioni a danno delle donne esistenti nel contesto socioculturale.

A tal riguardo, lo Stato membro in questione, precisava che il termine "retribuzioni", utilizzato dal legislatore italiano per indicare il sistema di calcolo delle pensioni, doveva

essere inteso come riferito ai contributi che su tali retribuzioni erano stati pagati e che la pensione tiene conto della media delle retribuzioni percepite nel corso degli ultimi 10 anni e dei corrispondenti contributi versati.

La CGUE ha accolto l'argomentazione della Commissione per cui la pensione di vecchiaia deve essere ricondotta alla nozione di discriminazione, non prendendo nemmeno in considerazione gli effetti della pronuncia in termini di nuove discriminazioni dovute al regime del rapporto di lavoro.

La Corte ha esaminato che il metodo di calcolo del regime pensionistico in questione rispondeva a due criteri accolti dalla giurisprudenza della Corte.⁴⁵⁵ Il primo dei due criteri consisteva nel qualificare come retribuzione ai sensi dell'art. 141 TCE una pensione il cui importo derivava dal prodotto di una percentuale applicata ad un importo base, il quale era costituito dallo stipendio corrispondente all'ultimo coefficiente retributivo applicabile al dipendente pubblico nel corso degli ultimi sei mesi di attività. Il secondo, invece, riconosceva il carattere di retribuzione, ai sensi dell'art. 141 TCE, ad una pensione il cui importo è calcolato sulla base del valore medio della retribuzione percepita nel corso di un periodo limitato ad alcuni anni immediatamente precedenti il ritiro dal lavoro⁴⁵⁶ ed anche ad una pensione il cui importo è calcolato sulla base di tutti i contributi versati durante l'intero periodo di iscrizione del lavoratore e ai quali si applica un fattore di rivalutazione.⁴⁵⁷

Dal momento che la base di calcolo del regime pensionistico gestito dall'INPDAP risponde ai criteri stabiliti dalla Corte nella sua giurisprudenza,⁴⁵⁸ ne deriva che la pensione versata nel caso di specie deve essere qualificata come retribuzione ai sensi dell'art. 141 TCE.

Come risulta da una costante giurisprudenza, l'art. 141 TCE vieta qualsiasi discriminazione in materia di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile, quale che sia il meccanismo che genera questa ineguaglianza. Inoltre, secondo questa stessa giurisprudenza, la fissazione di un requisito di età che varia

⁴⁵⁵ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar c. Repubblica francese*, C-366/99, punti 33 e 34.

⁴⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 12 settembre 2002, *Niemi*, C-351/00, punto 51.

⁴⁵⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 1 aprile 2008, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06, punto 55.

⁴⁵⁸ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar c. Repubblica francese*, C-366/99; sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 12 settembre 2002, *Niemi*, C-351/00; sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 1 aprile 2008, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06.

secondo il sesso per la concessione di una pensione che costituisce una retribuzione ai sensi dell'art. 141 TCE è in contrasto con questa disposizione.⁴⁵⁹

Come sostiene la Commissione, senza essere contraddetta al riguardo dalla Repubblica italiana, il regime pensionistico gestito dall'INPDAP prevede una condizione di età diversa a seconda del sesso per la concessione della pensione versata in forza di tale regime.

L'argomento della Repubblica italiana secondo cui la fissazione, ai fini del pensionamento, di una condizione di età diversa a seconda del sesso è giustificata dall'obiettivo di eliminare discriminazioni a danno delle donne non può essere accolto. Anche se l'art. 141, n. 4, TCE autorizza gli Stati membri a mantenere o a adottare misure che prevedano vantaggi specifici, diretti a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali, al fine di assicurare una piena uguaglianza tra uomini e donne nella vita professionale, non se ne può dedurre che questa disposizione consente la fissazione di età diversa a seconda del sesso. Infatti, i provvedimenti nazionali contemplati da tale disposizione devono, in ogni caso, contribuire ad aiutare la donna a vivere la propria vita lavorativa su un piano di parità rispetto all'uomo.⁴⁶⁰ È ben evidente che la fissazione, ai fini del pensionamento, di un'età diversa a seconda del sesso non è tale da compensare gli svantaggi ai quali sono esposte le donne durante le loro carriere aiutandole dunque nella loro vita professionale e ponendo rimedio ai problemi che esse possono incontrare durante il percorso.

Tenuto conto delle considerazioni che precedono, occorre constatare che, mantenendo in vigore una normativa in forza della quale i dipendenti pubblici hanno diritto a ricevere la pensione di vecchiaia a età diverse a seconda che siano uomini o donne, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi di cui all'art. 141 TCE.

3.6. Caso *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatz*

Il caso di specie riguarda la controversia sorta tra Cresco Investigation GmbH (agenzia di investigazioni private, da ora: la Cresco) e il sig. Markus Achatz in merito al diritto

⁴⁵⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 17 maggio 1990, *Douglas Harvey Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, C-262/88, punto 32; Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 14 dicembre 1993, *Michael Moroni c. Collo GmbH*, C-110/91, punti 10 e 20; Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 28 settembre 1994, *Constance Christina Ellen Smith e al. c. Avdel Systems Ltd*, C-408/92, punto 11; sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 12 settembre 2002, *Niemi*, C-351/00 punto 53.

⁴⁶⁰ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar c. Repubblica francese*, C-366/99, punto 64.

di quest'ultimo di beneficiare di un'indennità complementare alla retribuzione percepita per le prestazioni svolte nel corso di Venerdì santo.⁴⁶¹

Ai sensi dell'art. 7, paragrafo 3, dell'*Arbeitsruhegesetz* (legge in materia di periodi di riposo, da ora: l'ARG), per i membri delle Chiese evangeliche di confessione augustana e di confessione elvetica, della Chiesa vetero-cattolica e della Chiesa evangelica metodista (da ora: le chiese indicate nell'ARG) il Venerdì santo è un giorno festivo retribuito. Se, tuttavia, un membro di una di tali chiese lavora durante il Venerdì santo, egli ha diritto a una retribuzione supplementare (indennità).

Il sig. Achatzi è dipendente della Cresco e non è membro di alcuna delle chiese indicate nell'ARG e per questo ritiene di essere stato privato in maniera discriminatoria dell'indennità per giorno festivo per il lavoro svolto il 3 aprile 2015 (Venerdì santo), e chiede, a tale titolo, il pagamento, da parte del suo datore di lavoro, di 109,09 euro, oltre agli interessi.

La sentenza di primo grado aveva respinto il ricorso proposto dal sig. Achatzi, ma venne riformata in appello.

La Cresco impugna tale decisione d'appello di fronte alla Corte suprema austriaca, la quale rileva innanzitutto che, l'art. 7, paragrafo 2, dell'ARG elenca tredici giorni festivi aventi tutti un rapporto con il cristianesimo (le uniche eccezioni sono rappresentate dal 1 maggio e dal 26 ottobre, privi di qualsiasi aspetto religioso).

Il giudice del rinvio sottolinea che la *ratio* sottesa all'art. 7, paragrafo 3, dell'ARG consiste nel consentire ai membri di una delle chiese interessate di praticare la propria religione in un giorno di celebrazione particolarmente importante. L'art. 7, paragrafo 3, dell'ARG fa dipendere la concessione di un giorno festivo supplementare dalla religione dei lavoratori e questo comporta che le persone che non appartengono a determinate professioni beneficino di un giorno festivo pagato in meno rispetto ai membri di una di tali Chiese. Ciò costituisce, in linea di principio, un trattamento meno favorevole

⁴⁶¹ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*, C-193/17. Si veda: L. CECCHETTI, *Gli strumenti del giudizio di eguaglianza della Corte di giustizia alla prova del divieto di discriminazione sulla base della religione: il caso Cresco Investigation*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2020, pp. 317-361; A. CAPROTTI, *Il ruolo attivo del giudice nazionale con riferimento alla concreta applicazione del principio europeo di non discriminazione sul luogo di lavoro*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo Online*, 2019, 1721-1730; MJ. LOURENÇO, *Religious freedom, equal treatment in employment and occupation and case C-193/17 (22 January 2019)*, in *EU Law Journal*, 2019, disponibile online; G. CASSANO, *La libertà religiosa nel rapporto di lavoro alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2019, pp. 1379-1391.

fondato sulla religione e, dunque, occorre domandarsi se la situazione di tali due categorie di lavoratori sia paragonabile.

Il giudice del rinvio rileva inoltre che tale differenza di trattamento potrebbe essere assoggettata al diritto dell'UE, in una controversia tra privati come quella di cui al procedimento principale, solo se tale diritto fosse direttamente applicabile. Esso sottolinea, infatti, che la direttiva (CE) 2000/78 è stata recepita dalla legge relativa alla parità di trattamento, la quale non è preminente rispetto all'ARG, e che la chiara formulazione dell'art. 7, paragrafo 3, dell'ARG osta ad un'interpretazione conforme al diritto dell'UE che estendesse il regime del Venerdì santo ai lavoratori non appartenenti alle Chiese menzionate nell'ARG.

Inoltre, il giudice nazionale rileva che l'art. 2, paragrafo 5, la direttiva (CE) 2000/78 “lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui”. La libertà di religione e la libertà di culto figurano tra le basi della società democratica.

Detto giudice si chiede, pertanto, se il regime previsto all'art. 7, paragrafo 3, dell'ARG debba essere considerato una misura necessaria alla tutela della libertà di religione e di culto dei lavoratori appartenenti ad una delle Chiese indicate nell'ARG e se la differenza di trattamento di cui al caso di specie, possa essere giustificata sulla base dell'art. 7, paragrafo 1, della direttiva (CE) 2000/78, in quanto misura positiva destinata ad eliminare svantaggi esistenti.

Il giudice nazionale sottolinea che costringere i lavoratori appartenenti ad una delle Chiese indicate nell'ARG a lavorare in uno dei giorni più importanti per la loro religione, quando ciò non avviene, ad esempio, per i membri della Chiesa romano-cattolica, le cui grandi solennità sono giorni di riposo per tutti i lavoratori (ai sensi dell'art. 7, paragrafo 2 ARG), potrebbe essere considerato uno svantaggio, che l'art. 7, paragrafo 3, dell'ARG sarebbe quindi diretto a compensare.

Infine, nel caso in cui la CGUE dovesse ritenere che l'art. 7, paragrafo 3, dell'ARG si ponga in contrasto con la direttiva (CE) 2000/78, si porrebbe la questione se tale violazione debba essere compensata dall'obbligo per il datore di lavoro di accordare tale giorno festivo a tutti i suoi lavoratori.

Qualora dovesse essere constatato, inoltre, che il regime legale del Venerdì santo non costituisce un'azione positiva, ai sensi dell'art. 7, paragrafo 1, della direttiva (CE) 2000/78, il giudice del rinvio si chiede se tale constatazione debba condurre

all'inapplicabilità totale dell'art. 7, paragrafo 3, dell'ARG, per cui nessun lavoratore potrebbe beneficiare, il Venerdì santo, di un giorno festivo o dell'indennità per giorno festivo.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte suprema austriaca ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla CGUE quattro questioni pregiudiziali, di cui le prime tre devono essere analizzate congiuntamente.

Con le sue prime tre questioni, il giudice nazionale chiede se gli artt. 1 e 2, paragrafo 2, della direttiva (CE) 2000/78 debbano essere interpretati nel senso che una normativa nazionale in virtù della quale il Venerdì santo è un giorno festivo solo per i lavoratori appartenenti a talune chiese cristiane e contestualmente solo tali lavoratori hanno diritto, qualora lavorino in tale giorno festivo, a un'indennità, istituisca una discriminazione diretta fondata sulla religione. In caso di risposta affermativa, esso chiede anche se le misure previste da tale normativa nazionale possano essere considerate misure necessarie alla preservazione dei diritti e delle libertà altrui, ai sensi dell'art. 2, paragrafo 5, di detta direttiva, o misure specifiche destinate a compensare svantaggi correlati alla religione, ai sensi dell'art. 7, paragrafo 1, della medesima direttiva.

Nel caso in cui venga ravvisata una discriminazione ai sensi dell'art. 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva (CE) 2000/78 il giudice nazionale domanda alla CGUE se l'art. 21 della CDFUE, in combinato disposto con gli artt. 1, 2, paragrafo 2, lettera a), e 7, paragrafo 1, della direttiva 2000/78, debba essere interpretato nel senso che il datore di lavoro privato è tenuto a riconoscere a tutti i lavoratori i diritti descritti nella prima questione in relazione al giorno del Venerdì santo, oppure se la normativa nazionale descritta nella prima questione debba essere del tutto disapplicata, con la conseguenza che i diritti e le pretese relativi al Venerdì santo descritti nella prima questione non vengano riconosciuti ad alcun lavoratore.

Occorre anzitutto ricordare che, ai sensi dell'art. 1 della direttiva (CE) 2000/78, quest'ultima mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, al fine di rendere effettivo, negli Stati membri, il principio della parità di trattamento. L'art. 2, paragrafo 1, della direttiva (CE) 2000/78 stabilisce che con l'espressione "principio della parità di trattamento" si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'art. 1 della stessa. L'art. 2, paragrafo 2, lettera a), precisa che, ai fini dell'applicazione dell'art. 2, paragrafo 1 sussiste discriminazione diretta

quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'art. 1 della direttiva (tra cui è presente la religione), una persona è trattata in modo meno favorevole di un'altra che si trovi in una situazione analoga. Per cui, occorre determinare se dalla normativa di cui trattasi nel procedimento principale risulti una differenza di trattamento tra lavoratori fondata sulla loro religione.

A tale fine è possibile stabilire come l'art. 7, paragrafo 3, dell'ARG riconosce ai soli lavoratori appartenenti ad una delle Chiese indicate nell'ARG il diritto ad un giorno festivo il Venerdì santo e, di conseguenza, l'indennità per giorno festivo è dovuta soltanto a questi ultimi qualora svolgano la loro attività professionale il Venerdì santo. Pertanto, è evidente che la normativa di cui trattasi nel procedimento principale istituisce una differenza di trattamento fondata direttamente sulla religione dei lavoratori.

Inoltre, occorre esaminare se una tale differenza di trattamento riguardi categorie di lavoratori che si trovino in situazioni paragonabili. Il requisito relativo alla comparabilità delle situazioni al fine di determinare la sussistenza di una violazione del principio della parità di trattamento deve essere valutato alla luce della totalità degli elementi che le caratterizzano e, in particolare, dell'oggetto e dello scopo della normativa nazionale che istituisce la distinzione di cui trattasi.⁴⁶² Le situazioni non devono essere identiche, ma soltanto comparabili e inoltre, l'esame di tale comparabilità deve essere condotto non in maniera generale e astratta, bensì in modo specifico e concreto in riferimento alla prestazione di cui trattasi.⁴⁶³

L'art. 7, paragrafo 3, dell'ARG stabilisce effettivamente una differenza di trattamento in relazione alla concessione di un giorno festivo tra determinati lavoratori e il complesso di tutti gli altri. Occorre però precisare che il periodo di riposo accordato il Venerdì santo ai lavoratori appartenenti ad una delle Chiese indicate nell'ARG è giustificato, dalle autorità nazionali competenti, con l'importanza che un tale giorno riveste per alcune comunità religiose.

Tuttavia il lavoratore gode del giorno di riposo retribuito il Venerdì santo anche qualora questo non adempia effettivamente all'obbligo religioso determinato in tale giornata, restando pertanto libero di disporre a proprio piacimento, ad esempio a fini di riposo o

⁴⁶² Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 16 luglio 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, C-83/14, punto 89; sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 26 giugno 2018, *MB c. Secretary of State for Work and Pensions*, C-451/16, punto 42.

⁴⁶³ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 19 luglio 2017, *Abercrombie & Fitch Italia Srl c. Antonino Bordonaro*, C-143/16, punto 25.

di svago, del periodo relativo a tale giorno festivo. La situazione di un lavoratore così descritta, non si differenzia da quella degli altri lavoratori che desiderino disporre di un periodo di riposo o di svago un Venerdì santo senza che possano tuttavia beneficiare di un giorno festivo corrispondente.

Inoltre il lavoratore appartenente a determinate Chiese avrebbe diritto all'indennità anche se avesse lavorato di Venerdì santo senza aver sentito l'obbligo o l'esigenza di celebrare tale festa religiosa e tale situazione non si differenzerebbe quindi da quella degli altri lavoratori che abbiano lavorato il Venerdì santo senza beneficiare di una siffatta indennità.

Dunque la normativa nazionale istituisce una discriminazione diretta fondata sulla religione, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva (CE) 2000/78 dal momento che ha l'effetto di trattare in maniera diversa situazioni paragonabili.

Occorre poi determinare se una discriminazione diretta di questo tipo possa essere giustificata sulla base dell'art. 2, paragrafo 5 o dell'art. 7, paragrafo 1, della direttiva (CE) 2000/78.

L'art. 2, paragrafo 5, della direttiva (CE) 2000/78, lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla tutela dei diritti e delle libertà altrui.

Adottando tale disposizione, il legislatore europeo ha inteso prevenire un conflitto tra il principio della parità di trattamento e la necessità di assicurare la tutela dei diritti e delle libertà individuali, che sono indispensabili al funzionamento di una società democratica. Il legislatore ha deciso che, nei casi elencati dall'art. 2, paragrafo 5, della direttiva (CE) 2000/78, i principi posti da quest'ultima non si applicano a misure che contengano differenze di trattamento fondate su uno dei motivi di cui all'articolo 1 di tale direttiva, a condizione tuttavia che tali misure siano necessarie alla realizzazione delle finalità soprammenzionate.⁴⁶⁴ Inoltre, poiché l'art. 2, paragrafo 5, istituisce una deroga al divieto di discriminazione, deve essere interpretato in maniera restrittiva.

Occorre precisare che il riconoscimento del Venerdì santo come giorno festivo per i lavoratori appartenenti a una delle Chiese indicate nell'ARG e la concessione a tali lavoratori dell'indennità per giorno festivo nel caso in cui essi siano chiamati a lavorare durante tale giorno, sono previste dalla normativa nazionale, ai sensi dell'art. 2, paragrafo 5, della direttiva 2000/78.

⁴⁶⁴ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 13 settembre 2011, *Reinhard Prigge e al. c. Deutsche Lufthansa AG*, C-447/09, punto 55.

È pacifico che la libertà di religione fa parte dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti dal diritto dell'UE, e la nozione di religione deve essere intesa a tal proposito nel senso che essa comprende sia il *forum internum* (avere convinzioni), sia il *forum externum*, (manifestazione pubblica della fede religiosa).⁴⁶⁵ Ne consegue che l'obiettivo perseguito dal legislatore austriaco figura effettivamente tra quelli elencati all'art. 2, paragrafo 5, della direttiva (CE) 2000/78.

Occorre ancora determinare se tali misure siano necessarie alla tutela della libertà di religione dei lavoratori in questione. La possibilità per i lavoratori, che non appartengono alle chiese indicate nell'ARG, di celebrare una festa religiosa non coincidente con uno dei giorni festivi elencati all'art. 7, paragrafo 2, dell'ARG, è presa in considerazione nel diritto austriaco che consente a questi ultimi di ottenere il diritto ad assentarsi dal loro lavoro per la durata necessaria allo svolgimento di taluni riti religiosi. Ne consegue che misure nazionali come quelle di cui trattasi nel procedimento principale non possono essere considerate necessarie alla tutela della libertà di religione, ai sensi dell'art. 2, paragrafo 5, della direttiva (CE) 2000/78.

Occorre però verificare se tali disposizioni possano essere giustificate in virtù dell'art. 7, paragrafo 1, della direttiva (CE) 2000/78 che effettivamente stabilisce come il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi correlati a uno qualunque dei motivi di cui all'articolo 1 di detta direttiva.

Inoltre, nel determinare la portata di qualsiasi deroga ad un diritto fondamentale, come quello alla parità di trattamento, occorre rispettare il principio di proporzionalità che richiede che le limitazioni non eccedano quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo perseguito.⁴⁶⁶

Nel caso di specie, occorre rilevare che non si può ritenere che la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale contenga misure specifiche destinate a compensare un tale svantaggio nel rispetto del principio di proporzionalità e, per quanto possibile, del principio di uguaglianza. Infatti, le disposizioni di cui trattasi nel procedimento principale accordano un periodo di riposo il Venerdì santo, ai lavoratori appartenenti ad una delle Chiese indicate nell'ARG, mentre i lavoratori appartenenti ad

⁴⁶⁵ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 14 marzo 2017, *Samira Achbita e Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, C-157/15, punto 28; sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 14 marzo 2017, *Asma Bougnaoui e Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole SA*, C-188/15, punto 30.

⁴⁶⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 19 marzo 2002, *H. Lommers c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-476/99, punto 39.

altre religioni, le cui feste importanti non coincidano con i giorni festivi previsti all'art. 7, paragrafo 2, dell'ARG, in linea di principio, possono assentarsi dal proprio lavoro per svolgere i riti religiosi relativi a tale festa solo in virtù di un'autorizzazione accordata dal loro datore di lavoro.

Ne consegue che le misure di cui trattasi nel procedimento principale eccedono quanto è necessario per compensare un ipotetico svantaggio e che esse istituiscono una differenza di trattamento tra lavoratori che non garantisce il principio di uguaglianza.

Alla luce di ciò occorre rispondere alle prime tre questioni dichiarando che gli artt. 1 e 2, paragrafo 2, della direttiva (CE) 2000/78 devono essere interpretati nel senso che una normativa nazionale in virtù della quale, da un lato, il Venerdì santo è un giorno festivo solo per i lavoratori appartenenti a talune Chiese e, dall'altro, solo tali lavoratori hanno diritto, se chiamati a lavorare in tale giorno festivo, a un'indennità costituisce una discriminazione diretta fondata sulla religione. Inoltre, le misure previste da tale normativa nazionale non possono essere considerate né misure necessarie alla preservazione dei diritti e delle libertà altrui, ai sensi dell'art. 2, paragrafo 5, di detta direttiva, né misure specifiche destinate a compensare svantaggi correlati alla religione, ai sensi dell'art. 7, paragrafo 1, della medesima direttiva.

Con la quarta questione, il giudice del rinvio domanda alla CGUE se il diritto dell'UE debba essere interpretato nel senso che un datore di lavoro privato abbia l'obbligo di accordare ai suoi lavoratori, che non facciano parte delle religioni delineate dalla normativa nazionale, il diritto di un giorno festivo il Venerdì santo e di conseguenza, se questi lavorano in tale giorno, il diritto a un'indennità, fino a che lo Stato membro non abbia modificato la propria normativa.

Dalla risposta fornita alle prime tre questioni deriva che la direttiva (CE) 2000/78 deve essere interpretata nel senso che essa osta a una differenza di trattamento fondata sulla religione, ma occorre rilevare che, secondo una giurisprudenza costante della CGUE, una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un privato e dunque non può essere fatta valere ai fini della disapplicazione della normativa di uno Stato membro contraria a tale direttiva.⁴⁶⁷

⁴⁶⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 7 agosto 2018, *David Smith c. Patrick Meade e al.*, C-122/17, punto 44.

Tuttavia, spetta ai giudici nazionali decidere se e in quale misura una disposizione nazionale possa essere interpretata conformemente alla direttiva (CE) 2000/78, senza procedere ad un'interpretazione *contra legem* di tale disposizione nazionale.⁴⁶⁸

Se però fosse impossibile al giudice del rinvio procedere a un'interpretazione conforme, occorre precisare che la direttiva (CE) 2000/78 non sancisce espressamente il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, ma ha il solo obiettivo di stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su diversi motivi, tra i quali la religione.

Il divieto di ogni discriminazione fondata sulla religione o le convinzioni personali riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell'UE, ai sensi dell'art. 21, paragrafo 1, della CDFUE. Per cui, tale divieto è di per sé sufficiente a conferire ai privati un diritto invocabile nell'ambito di una controversia che li vede opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'UE.⁴⁶⁹

Inoltre, il giudice del rinvio sarebbe tenuto ad assicurare la protezione giuridica derivante per i lavoratori dall'articolo 21 della CDFUE e a garantirne la piena efficacia. Occorre anche rilevare che, in virtù di una giurisprudenza costante della Corte, quando una discriminazione, contraria al diritto dell'UE, sia stata constatata e finché non siano adottate misure volte a ripristinare la parità di trattamento, le persone sfavorite devono essere poste nella stessa situazione in cui si trovano le persone che beneficiano del vantaggio in questione.⁴⁷⁰

In tale ipotesi, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione da parte del legislatore.

Pertanto, finché non sia intervenuto il legislatore nazionale, il datore di lavoro deve riconoscere, in virtù dell'articolo 21 della CDFUE, ai lavoratori non appartenenti ad alcuna di dette chiese il diritto a un giorno festivo il Venerdì santo purché tali lavoratori abbiano informato, prima di tale giorno, il loro datore di lavoro della loro intenzione di non lavorare detto giorno. Un lavoratore non appartenente ad alcuna delle chiese indicate nell'ARG, invece, ha il diritto di ottenere il versamento, da parte del proprio

⁴⁶⁸ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 17 aprile 2018, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e V*, C-414/16, punto 71.

⁴⁶⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 17 aprile 2018, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e V*, C-414/16, punto 76.

⁴⁷⁰ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 9 marzo 2017, *Petya Milkova c. Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*, C-406/15, punto 66.

datore di lavoro, dell'indennità qualora tale datore di lavoro non abbia accolto la sua richiesta di non dover lavorare tale giorno.

3.7. Caso *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*.⁴⁷¹

Il caso in questione mette in luce le difficoltà incontrate dal legislatore spagnolo a porre in essere azioni positive conformi agli atti normativi, nonché alla giurisprudenza comunitaria.

La controversia in questione riguardava il sig. WA, padre di due figlie, e l'*Instituto Nacional de la Seguridad Social* (da ora: INSS) (Istituto nazionale di previdenza sociale, in Spagna), in merito al rifiuto di concedere al sig. WA un'integrazione della pensione di cui beneficiano le donne che abbiano avuto almeno due figli, biologici o adottati.

Il 25 gennaio 2017 l'INSS ha riconosciuto al sig. WA una pensione per inabilità permanente al lavoro assoluta pari a 1.604,04 euro mensili, ma il sig. WA ha ritenuto che, essendo padre di due figlie, dovesse beneficiare del diritto all'integrazione della pensione previsto per le donne dall'art. 60, paragrafo 1 della *Ley General de la Seguridad Social* (da ora: LGSS), pari al 5% dell'importo della pensione iniziale. Per questo motivo il sig. WA ha presentato un previo reclamo amministrativo avverso a tale decisione che però venne respinto il 9 giugno 2017 dall'INSS dichiarando che l'integrazione della pensione di cui trattasi è riconosciuta soltanto alle donne titolari di una pensione contributiva della previdenza sociale spagnola.

Il sig. WA ha dunque presentato ricorso avverso la decisione dell'INSS di fronte al Tribunale del lavoro di Girona, ma il 9 dicembre 2019 morì. La sig.ra DC, moglie del sig. WA è succeduta al *de cuius* in qualità di ricorrente nel procedimento principale e il tribunale del lavoro ritenne allora che l'eventuale versamento dell'integrazione della pensione avrebbe dovuto essere eseguito fino alla data del decesso. Il giudice nazionale ha rilevato che l'articolo 60, paragrafo 1, della LGSS riconosce il diritto all'integrazione

⁴⁷¹ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 12 dicembre 2019, *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, C-450/18. Si veda: L. DI CATALDO, *Le azioni positive alla prova delle trasformazioni sociali: un altro caso di discriminazione diretta a danno degli uomini?*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2020, pp. 337-343; S. MAIR, *Why Less Is Not Always More: Mother's Pensions and Parenthood in WA. Case C-450/18, WA v Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Judgment of the Court of Justice (First Chamber) of 12 December 2019, EU:C:2019:1075*, in *Common Market Law Review*, 2022, pp. 201-222.

della pensione di cui trattasi alle donne che abbiano avuto almeno due figli biologici o adottati, a motivo del loro apporto demografico alla previdenza sociale, mentre gli uomini che si trovano in una situazione identica non beneficiano di tale diritto. Il giudice ha espresso però dubbi quanto alla conformità di una disposizione di questo tipo con il diritto dell'UE. Infatti, la nozione di “apporto demografico alla previdenza sociale”, contenuta all'interno dell'art. 60, paragrafo 1, della LGSS, potrebbe valere tanto per le donne quanto per gli uomini, dato che la responsabilità per quanto riguarda le cure, l'alimentazione e l'educazione dei figli, così come l'attenzione prestata a questi ultimi, valgono per chiunque abbia la qualità di genitore. Di conseguenza, l'interruzione del lavoro motivata dalla nascita, dall'adozione o dalle cure apportate a tali figli potrebbe pregiudicare allo stesso modo le donne e gli uomini, indipendentemente dal loro apporto demografico alla previdenza sociale. In tale contesto, l'art. 60, paragrafo 1, della LGSS introdurrebbe una disparità di trattamento ingiustificata a favore delle donne, a scapito degli uomini che si trovano in una situazione identica. Tuttavia è necessario evidenziare come la procreazione comporta un sacrificio maggiore per le donne sul piano personale e professionale: esse dovrebbero affrontare un periodo di gravidanza nonché il parto, che hanno implicazioni biologiche e fisiologiche evidenti, con il pregiudizio che ciò implica nella sfera fisica nonché per quanto riguarda il lavoro e le legittime aspettative di promozione nell'ambito professionale. Dal punto di vista biologico, le disposizioni di cui all'art. 60, paragrafo 1, della LGSS potrebbero quindi essere giustificate in quanto sono intese a tutelare le donne dalle conseguenze della gravidanza e della maternità.

Dunque, in tali circostanze, il giudice nazionale decise di sospendere il procedimento e di sottoporre alla CGUE la seguente questione pregiudiziale: se una norma nazionale (nel caso di specie l'art. 60, paragrafo 1, della LGSS) che riconosca il diritto a un'integrazione della pensione, per il loro apporto demografico alla previdenza sociale, alle donne che abbiano avuto figli biologici o adottivi e siano titolari, nell'ambito di uno dei regimi del sistema di previdenza sociale, di pensioni contributive di vecchiaia, di reversibilità o di invalidità permanente, ma non riconosca tale diritto agli uomini che si trovino in una situazione identica, leda il principio della parità di trattamento che vieta qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, sancito dall'articolo 157 TFUE e dalla direttiva 76/207, modificata dalla direttiva 2002/73 e rifiuta dalla direttiva 2006/54.

Nella causa in esame, il giudice del rinvio ha formalmente limitato la sua questione all'interpretazione dell'art. 157 TFUE e della direttiva 2006/54, ma ciò non impedisce

alla Corte di fornire tutti gli elementi interpretativi del diritto dell'UE che possano essere utili per definire la controversia di cui il giudice nazionale è investito, a prescindere dal fatto che vi abbia fatto riferimento nel formulare la propria questione.⁴⁷² La Corte evidenzia come la nozione di retribuzione di cui all'art. 157, paragrafo 2 TFUE comprenda le pensioni che dipendono dal rapporto di lavoro che vige tra lavoratore e datore di lavoro, eccetto quelle derivanti da un sistema legale al cui finanziamento contribuiscono i lavoratori, i datori di lavoro e i pubblici poteri in una misura che dipende meno da un rapporto di lavoro che da considerazioni di politica sociale. In tal senso, non possono essere inclusi in tale nozione i regimi o le prestazioni previdenziali, quali le pensioni di vecchiaia, direttamente disciplinati dalla legge al di fuori di qualsiasi concertazione nell'ambito dell'impresa o della categoria professionale interessata, e obbligatori per categorie generali di lavoratori. Una pensione contributiva di invalidità permanente come quella di cui ha beneficiato il sig. WA, sulla base della quale viene calcolata l'integrazione della pensione, appare come una pensione che dipende non tanto da un rapporto di lavoro tra lavoratori e datore di lavoro quanto da considerazioni di ordine sociale.⁴⁷³ Inoltre, l'art. 60, paragrafo 1, della LGSS precisa che l'integrazione della pensione presenta sotto ogni profilo la natura giuridica di una pensione pubblica contributiva.

Considerazioni di politica sociale, di organizzazione dello Stato, di etica, così come preoccupazioni di bilancio che hanno avuto o possono aver avuto un ruolo nella determinazione di un regime da parte del legislatore nazionale non possono considerarsi prevalenti se la pensione interessa soltanto una categoria particolare di lavoratori, se è direttamente proporzionale agli anni di servizio prestati e se il suo importo è calcolato in base all'ultima retribuzione.⁴⁷⁴ In relazione a ciò, come sostiene l'INSS, la prima di queste tre condizioni non appare soddisfatta, dal momento che non emerge alcun elemento secondo cui una pensione contributiva di invalidità permanente, come quella

⁴⁷² Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 12 gennaio 2010, *Wolf c. Stadt Frankfurt am Main*, C-229/08, punto 32, e sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 8 maggio 2019, *PI c. Landespolizeidirektion Tiro*, C-230/18, punto 43.

⁴⁷³ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 22 novembre 2012, *Isabel Elbal Moreno c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) e Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, C-385/11, punto 20.

⁴⁷⁴ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 28 settembre 1994, *Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds c. G. A. Beune*, C-7/93, punto 45; sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 22 novembre 2012, *Isabel Elbal Moreno c. Instituto Nacional de la Seguridad*, C-385/11, punto 23.

di cui al procedimento principale, interesserebbe soltanto una categoria particolare di lavoratori.

Pertanto, la pensione contributiva di invalidità permanente non rientra nella nozione di “retribuzione”, ai sensi dell’articolo 157, paragrafi 1 e 2, TFUE, né nell’ambito di applicazione della direttiva 2006/54,⁴⁷⁵ ma dall’art. 1, c. 2, lettera c), della direttiva 2006/54, letto in combinato disposto con l’art. 2, paragrafo 1, lettera f), della stessa risulta che tale direttiva non si applica ai regimi legali disciplinati dalla direttiva 79/7. Dunque, l’integrazione della pensione di cui trattasi rientra nell’ambito di applicazione di quest’ultima direttiva, in quanto essa si iscrive nel contesto di un regime legale di tutela nei confronti di uno dei rischi elencati all’art. 3, paragrafo 1, della direttiva 79/7, vale a dire l’invalidità, ed è direttamente ed effettivamente connessa alla tutela rispetto a tale rischio.⁴⁷⁶

Infatti, tale integrazione della pensione mira a tutelare le donne che hanno avuto almeno due figli e che sono titolari di una pensione d’invalidità, garantendo che esse possano disporre dei mezzi necessari in considerazione delle loro necessità.

In tali circostanze, dunque, si deve intendere la questione sollevata di fronte alla CGUE come volta a stabilire se la direttiva 79/7 debba essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale che, a motivo dell’apporto demografico delle donne alla previdenza sociale, preveda il diritto a un’integrazione della pensione per coloro che abbiano avuto almeno due figli e siano titolari di pensioni contributive di invalidità permanente in forza di un regime del sistema di previdenza sociale nazionale, mentre gli uomini che si trovano in una situazione identica non hanno diritto a una siffatta integrazione della pensione.

Ai sensi dell’art. 4, paragrafo 1 della direttiva 79/7, il principio della parità di trattamento implica l’assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso per quanto riguarda il calcolo delle prestazioni.

⁴⁷⁵ Sentenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea del 13 febbraio 1996, *Joan Gillespie e al. C. Northern Health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board e Southern Health and Social Services Board*, C-342/93, punto 14; Sentenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea del 22 novembre 2012, *Isabel Elbal Moreno c. Instituto Nacional de la Seguridad*, C-385/11, punto 25; Sentenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea del 14 luglio 2016, *Maria Cristina Elisabetta Ornano c. Ministero della Giustizia, Direzione Generale dei Magistrati del Ministero*, C-335/15, punto 38.

⁴⁷⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea del 16 dicembre 1999, *The Queen c. Secretary of State for Social Security, ex parte John Henry Taylor*, C-382/98, punto 14.

Il procedimento principale verte sul calcolo dell'importo totale della pensione di invalidità permanente di un uomo che ha avuto due figli e che chiede che gli venga riconosciuto il diritto all'integrazione della pensione di cui trattasi.

Ai sensi dell'art. 60, paragrafo 1, della LGSS, tenuto conto dell'apporto demografico delle donne alla previdenza sociale, l'integrazione della pensione di cui trattasi è riconosciuta a queste ultime qualora le stesse abbiano avuto almeno due figli e siano titolari, in particolare, di pensioni contributive di invalidità permanente nell'ambito di un regime del sistema di previdenza sociale. Per contro, gli uomini, quando si trovano in una situazione identica, non beneficiano di tale integrazione della pensione. Tale normativa nazionale accorda un trattamento meno favorevole agli uomini che hanno avuto almeno due figli, idoneo a costituire una discriminazione diretta, ai sensi dell'art. 4, paragrafo 1, della direttiva 79/7.

Secondo una costante giurisprudenza della Corte, sussiste una discriminazione quando si applicano norme diverse a situazioni comparabili oppure quando si applica la stessa norma a situazioni diverse.⁴⁷⁷

Occorre quindi verificare se la disparità di trattamento tra uomini e donne istituita dalla normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale riguardi categorie di persone che si trovano in situazioni comparabili. Il requisito della comparabilità delle situazioni non richiede che queste siano identiche, ma soltanto che siano simili.⁴⁷⁸ La comparabilità delle situazioni deve essere valutata non da un punto di vista globale e astratto, bensì in modo specifico e concreto alla luce della totalità degli elementi che le caratterizzano, tenuto conto in particolare dell'oggetto e dello scopo della normativa nazionale e dei principi e degli obiettivi del settore cui tale normativa nazionale appartiene.⁴⁷⁹

Per quanto riguarda l'obiettivo perseguito dall'art. 60, paragrafo 1, della LGSS, vale a dire ricompensare l'apporto demografico delle donne alla previdenza sociale, va osservato che l'apporto degli uomini alla demografia è necessario quanto quello delle donne. Pertanto, il solo motivo dell'apporto demografico alla previdenza sociale non

⁴⁷⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 13 febbraio 1996, *Joan Gillespie e al. C. Northern Health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board e Southern Health and Social Services Board*, C-342/93, punto 16; sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 8 maggio 2019, *RE c. Praxair MRC SAS*, C-486/18, punto 73.

⁴⁷⁸ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 26 giugno 2018, *MB c. Secretary of State for Work and Pensions*, C-451/16, punto 41.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, punto 42.

può giustificare che gli uomini e le donne non si trovino in una situazione comparabile per quanto riguarda la concessione dell'integrazione della pensione di cui trattasi.

Tuttavia, in risposta a un quesito scritto posto dalla Corte, il governo spagnolo ha sottolineato che l'obiettivo perseguito da tale integrazione della pensione non consiste soltanto nel ricompensare le donne che hanno avuto almeno due figli per il loro apporto demografico alla previdenza sociale, ma l'integrazione sarebbe stata altresì concepita come una misura diretta a ridurre il divario tra gli importi di pensione degli uomini e quelli delle donne, derivanti dalle differenze di percorsi professionali. Lo scopo perseguito consisterebbe nel garantire la concessione di pensioni adeguate alle donne la cui capacità contributiva e, dunque, l'importo della pensione sono stati ridotti quando le loro carriere professionali sono state interrotte o ridotte, a motivo del fatto che esse hanno avuto almeno due figli.

Inoltre, nelle sue osservazioni scritte, l'INSS sostiene che l'integrazione della pensione di cui trattasi è giustificata da motivi di politica sociale e, a tal fine, fornisce numerosi dati statistici da cui emerge una effettiva differenza tra gli importi delle pensioni degli uomini e quelli delle donne e tra gli importi delle pensioni delle donne senza figli o che hanno avuto un figlio e quelli delle donne che hanno avuto almeno due figli.

Per quanto riguarda l'obiettivo consistente nel ridurre il divario tra gli importi delle pensioni delle donne e quelli degli uomini concedendo l'integrazione della pensione di cui trattasi, occorre rilevare che l'art. 60, paragrafo 1, della LGSS mira, almeno in parte, alla tutela delle donne nella loro qualità di genitore. Quindi si tratta di una qualità che può essere propria degli uomini così come delle donne nella situazione in cui un padre venga comparato a una madre per quanto riguarda l'educazione dei figli.⁴⁸⁰

In particolare, la circostanza che le donne siano più colpite dagli svantaggi professionali risultanti dall'educazione dei figli, in quanto in generale sono esse che prendono a loro carico tale onere, non è tale da escludere la comparabilità della loro situazione con quella di un uomo che abbia preso a carico l'onere di educare i propri figli e sia stato, in tal modo, esposto agli stessi svantaggi di carriera.⁴⁸¹

⁴⁸⁰ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar c. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de la Décentralisation*, C-366/99, punto 56, e Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 26 marzo 2009, *Commissione c. Grecia*, C-559/07, punto 69.

⁴⁸¹ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar c. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de la Décentralisation*, C-366/99, punto 56.

In tali circostanze l'esistenza di dati statistici che evidenziano differenze strutturali tra gli importi delle pensioni delle donne e quelli degli uomini non è sufficiente per giungere alla conclusione che, per quanto riguarda l'integrazione della pensione di cui trattasi, le donne e gli uomini non si trovano in una situazione comparabile in quanto genitore.

Secondo la giurisprudenza della Corte, una deroga al divieto, enunciato all'art. 4, paragrafo 1, della direttiva 79/7, di qualsiasi discriminazione diretta fondata sul sesso è possibile soltanto nei casi tassativamente elencati dalle disposizioni di tale direttiva.⁴⁸²

Per quanto riguarda tali motivi di deroga, occorre rilevare, in primo luogo, che, ai sensi dell'art. 4, paragrafo 2, della direttiva 79/7, il principio della parità di trattamento non pregiudica le disposizioni relative alla protezione della donna a motivo della maternità.

A tale riguardo, dalla giurisprudenza della Corte risulta che, riservando agli Stati membri il diritto di mantenere in vigore o di istituire norme destinate ad assicurare tale protezione, l'art. 4, paragrafo 2, della direttiva 79/7 riconosce la legittimità, riguardo al principio della parità di trattamento tra i sessi, in primo luogo, della protezione della condizione biologica della donna durante e dopo la gravidanza, e, in secondo luogo, della protezione delle particolari relazioni tra la donna e il bambino durante il periodo successivo al parto.⁴⁸³

Nel caso di specie, l'art. 60, paragrafo 1, della LGSS non contiene alcun elemento che stabilisca un nesso tra la concessione dell'integrazione della pensione di cui trattasi e l'aver beneficiato di un congedo di maternità o gli svantaggi che subirebbe una donna nella sua carriera a causa del suo allontanamento dal servizio nel periodo successivo al parto.

In particolare, detta integrazione è concessa alle donne che abbiano adottato bambini, il che indica che il legislatore nazionale non ha inteso limitare l'applicazione dell'art. 60, paragrafo 1, della LGSS alla protezione della condizione biologica delle donne che hanno partorito.

⁴⁸² Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 3 settembre 2014, *X c. Ministero degli affari sociali*, C-318/13, punti 34 e 35, sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 26 giugno 2018, *MB c. Secretary of State for Work and Pensions*, C-451/16, punto 50.

⁴⁸³ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 12 luglio 1984, *Ulrich Hofmann c. Barmer Ersatzkasse*, C-184/83, punto 25, sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 19 settembre 2013, *Marc Betriu Montull c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, C-5/12, punto 62.

Inoltre la disposizione in questione non richiede che le donne abbiano effettivamente smesso di lavorare nel momento in cui hanno avuto figli, venendo così meno la condizione relativa all'aver beneficiato di un congedo di maternità.⁴⁸⁴

Pertanto, si deve constatare che un'integrazione della pensione come quella di cui trattasi nel procedimento principale non rientra nell'ambito di applicazione della deroga al divieto di discriminazione di cui all'art. 4, paragrafo 2, della direttiva 79/7.

In secondo luogo, ai sensi dell'art. 7, paragrafo 1, lettera b), di tale direttiva, quest'ultima non pregiudica la facoltà degli Stati membri di escludere dal suo campo di applicazione i vantaggi accordati in materia di assicurazione vecchiaia alle persone che hanno provveduto all'educazione dei figli e l'acquisto di diritti alle prestazioni a seguito di periodi di interruzione del lavoro dovuti all'educazione dei figli.

A tale riguardo, occorre rilevare che, in ogni caso, l'art. 60, paragrafo 1, della LGSS subordina la concessione dell'integrazione della pensione di cui trattasi non già all'educazione dei figli o all'esistenza di periodi di interruzione del lavoro dovuti all'educazione dei figli, ma unicamente al fatto che le donne beneficiarie abbiano avuto almeno due figli biologici o adottati e siano titolari di una pensione contributiva di vecchiaia, di reversibilità o di invalidità permanente nell'ambito di un regime del sistema previdenziale. Di conseguenza, l'art. 7, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 79/7 non è applicabile a una prestazione come l'integrazione della pensione di cui trattasi.

Occorre infine aggiungere che, in forza dell'art. 157, paragrafo 4, TFUE, 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. Tuttavia, tale disposizione non può essere applicata a una normativa nazionale quale l'art. 60, paragrafo 1, della LGSS, dal momento che l'integrazione della pensione di cui trattasi si limita a concedere alle donne un vantaggio al momento della concessione di una pensione, in particolare nel

⁴⁸⁴ Conclusione dell'avvocato generale Michael Bobek presentate il 10 settembre 2019, punto 54.

caso di invalidità permanente, senza porre rimedio ai problemi che esse possono incontrare nel corso della loro carriera lavorativa.⁴⁸⁵

Pertanto, occorre constatare che una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale è costitutiva di una discriminazione diretta fondata sul sesso ed è quindi vietata dalla direttiva 79/7.

Per questi motivi, la Corte rispose alla questione posta dichiarando che la direttiva 79/7 deve essere interpretata nel senso che con essa contrasta una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede il diritto a un'integrazione della pensione per le donne che abbiano avuto almeno due figli biologici o adottati e siano titolari, nell'ambito di un regime del sistema di previdenza sociale nazionale, di pensioni contributive di invalidità permanente, mentre gli uomini che si trovano in una situazione identica non hanno diritto a una siffatta integrazione della pensione.

3.7.1. La necessità di un diritto “flessibile”.

Nella sentenza del caso *WA* viene posta l'attenzione su quella che è la condizione di maternità che si compone di gravidanza, parto, normalizzazione delle funzioni psicofisiche della donna e dal rapporto con il bambino.⁴⁸⁶ Tale condizione è chiaramente specifica della biologia femminile e dunque è distinta dalla condizione più generale della genitorialità (che comprende anche gli uomini). Per questo motivo sono legittimate misure preferenziali volte a raggiungere una reale uguaglianza fra i lavoratori.

Durante la controversia il governo spagnolo dichiarò come la legge nazionale fosse rivolta alla figura materna seppur intesa in un'accezione più ampia rispetto a quella europea. Inoltre, l'INSS presentò dati empirici che dimostrarono effettivamente la distanza degli importi fra uomini e donne e fra donne con più di due figli o con uno solo. Ciò che ha condotto la CGUE a dichiarare l'incompatibilità della norma spagnola con il diritto dell'UE consiste nell'incoerenza del legislatore nazionale che ha fatto rientrare all'interno dei destinatari della norma in questione madri con figli adottivi (che dunque non hanno affrontato né il periodo della gravidanza né il parto), donne che hanno avuto figli prima dell'ingresso nel mondo del lavoro, ma ha invece escluso le

⁴⁸⁵ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar c. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de la Décentralisation*, C-366/99, punto 101.

⁴⁸⁶ Si veda: la direttiva 92/85 concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento.

madri di figli unici. Dunque, per la CGUE la norma è necessariamente rivolta alla condizione di genitorialità e non a quella di maternità.

Inoltre, in merito a quanto affermato dall'INSS a seguito dell'elargizione di dati statistici si può affermare come questi non possano giustificare le discriminazioni dirette. Difatti, le evidenze empiriche possono essere poste alla base di un intervento compensativo, ma non sono sufficienti a escludere un test di comparazione del caso concreto dal momento che non è possibile ritenere a priori che tendenze generali possano corrispondere alle situazioni concrete presentate di fronte al giudice.⁴⁸⁷ Per cui, nonostante il rilievo dei dati forniti dall'INSS, non è possibile escludere l'ipotesi che membri dell'altro sesso possano vivere la stessa condizione delle donne. Inoltre, il caso di cui alla sentenza *WA* non si presenta neppure come un'eccezione alla regola,⁴⁸⁸ dal momento che i dati forniti da Eurostat evidenziano una crescita notevole delle famiglie monogenitoriali in cui dunque, la composizione dei nuclei, gli oneri connessi alla cura dei figli e gli impegni lavorativi siano concentrati su un genitore solo.⁴⁸⁹ Per questo motivo, non è più possibile affrontare certe situazioni tramite un approccio antidiscriminatorio tradizionale: sebbene quest'ultimo abbia un'origine radicata nell'emancipazione femminile non può venir meno quella che è la sua missione, consistente nel raggiungere l'eguaglianza sostanziale. Per di più modelli obsoleti che concentrano determinati diritti solamente alle madri escludendo a priori i padri, rischiano di cristallizzare stereotipi di genere tali per cui soltanto la donna deve provvedere alla cura dei figli e della famiglia in generale.⁴⁹⁰

Dunque, in conclusione è possibile affermare come la sentenza in questione sia un chiaro esempio della necessità del diritto di essere flessibile e di adattarsi alle persone, ai loro bisogni e alle innovazioni tipiche dei vari periodi storici.⁴⁹¹

⁴⁸⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar c. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de la Décentralisation*, C-366/99, punto. 55.

⁴⁸⁸ M. AVILES HERNANDES, *La monoparentalidad masculina en Espana*, CIS- Centro de investigaciones sociológicas, Madrid, 2015.

⁴⁸⁹ Eurostat, *Private households by household composition*, 2008-2018.

⁴⁹⁰ M. BELL, *The Principle of Equal Treatment and the European Pillar of Social Rights*, in *Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2018, pp. 783-810; C. ALESSI, O. BONARDI, L. CALAFÀ, M. D'ONGHIA, MG. MILITELLO, P. SARACINI, ML. VALLUARI, *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della direttiva 2019/1158/UE*, Napoli, 2023.

⁴⁹¹ L. DI CATALDO, *Azioni positive e trasformazioni sociali: riflettere sullo sfondo del caso C- 450/18, WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social*, cit. pp. 215-223; M. BELL, L. WADDINGTON, *Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, in *Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, pp. 373-398.

3.8. Principi desumibili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea.

La giurisprudenza di cui sopra può essere concisamente riassunta nei seguenti principi. Una disposizione nazionale che preveda l'assunzione o la promozione di donne al fine di affrontare la sottorappresentanza del genere femminile in un determinato settore o nelle posizioni di responsabilità di specifiche carriere è in conformità con il diritto comunitario, purché siano soddisfatte tre condizioni: anzitutto, le candidate di sesso femminile devono presentare una qualificazione almeno pari a quella dei concorrenti di sesso maschile; in secondo luogo, la normativa nazionale non deve conferire automaticamente e incondizionatamente l'accesso alle candidate di sesso femminile; infine, le candidature devono essere sottoposte a un esame obiettivo che tenga conto delle circostanze personali di tutti i candidati, indipendentemente dal loro genere.⁴⁹²

La giurisprudenza della Corte in materia di azioni positive rivela chiaramente che tali misure trovano una limitazione nel principio meritocratico che si articola in due dimensioni. *In primis* vengono considerate inderogabili le pari qualificazioni dei candidati dei due sessi; in secondo luogo, si ritiene sempre necessaria una comparazione calata sui singoli candidati e sulla loro condizione personale. Di conseguenza si può pacificamente escludere la possibilità che possa essere assunta una donna meno qualificata di un uomo per una determinata mansione, così come sarà esclusa una valutazione astratta di gruppi, categorie o insiemi.

4. Considerazioni conclusive circa le azioni positive.

Le azioni positive sono considerate ad oggi l'unico strumento concreto per tentare di realizzare un'uguaglianza di fatto e la promozione delle pari opportunità tra i sessi, nonostante presentino delle criticità e siano ancora al centro del dibattito in merito alla conformità rispetto ai principi di uguaglianza formale e sostanziale.⁴⁹³ Le critiche nei confronti delle azioni positive sono molteplici: gli oppositori fanno riferimento alla *reverse discrimination*⁴⁹⁴ attraverso l'obiezione di meritocrazia e, inoltre, viene messa in discussione l'efficacia stessa delle misure preferenziali. Per esempio, se si prendono in considerazione le misure promozionali inserite all'interno di taluni contratti collettivi

⁴⁹² F. SPITALERI, *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, cit.

⁴⁹³ L. CECCHETTI, *Gli strumenti del giudizio di eguaglianza della Corte di giustizia alla prova del divieto di discriminazione sulla base della religione: il caso Cresco Investigation*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2020.

⁴⁹⁴ V. SALVATORE, *I principi di uguaglianza e non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato*, Bruxelles, 2021.

che riservano unicamente alle lavoratrici la possibilità di avere un orario lavorativo ridotto o flessibile o la possibilità di lavorare in *smartworking*, si nota come tali misure assicurano alle donne pari opportunità e permanenza nel mercato del lavoro, permettendo loro di poter conciliare vita personale e vita professionale, ma non riescono a scalfire il modello patriarcale di distribuzione delle responsabilità di cura.⁴⁹⁵

Ciò che maggiormente viene messo in discussione riguarda la legittimità delle quote di genere tanto che alcuni ritennero sufficiente l'eliminazione di queste perché le *affirmative actions* non siano più considerate discriminatorie.⁴⁹⁶

I dati di un sondaggio del 2019 avvenuto in Germania indicarono come le donne *single* che ricoprono ruoli dirigenziali sono tra le più favorevoli all'introduzione di quote di genere, mentre le donne sposate sono maggiormente contrarie. Il gruppo più ostile fra tutti, invece, è rappresentato dagli uomini nella fascia di età compresa tra i 20 e i 40 anni.⁴⁹⁷ Tali risultati di certo non sorprendono: coloro che hanno maggiormente la possibilità di poter beneficiare di una quota di genere sono più propensi a mostrarsi favorevoli, al contrario di coloro che hanno la possibilità di esserne svantaggiati. Dunque, per quanto riguarda il rifiuto da parte degli uomini, il motivo è molto chiaro: la quota potrebbe essere percepita come un danno per le loro prospettive di carriera. Invece, è meno facile spiegare il punto di vista delle donne sposate: probabilmente esse ritengono che le quote possano ledere in qualche modo la prospettiva di carriera dei figli o dei mariti.⁴⁹⁸

Nonostante i molteplici giudizi negativi sollevati sia dai sostenitori che dagli obiettori, le azioni positive continuano ad essere utilizzate e individuate come strumento utile per perseguire la parità tra i sessi, ma pur sempre da migliorare e è sempre necessario che i trattamenti preferenziali comprendano tutti coloro che si trovano in una situazione comparabile, altrimenti, creano una disparità inaccettabile tanto quanto quelle che hanno intenzione di attenuare.

⁴⁹⁵ ML. VALLUARI, *Le azioni positive per la libertà sostanziale*, in *Lavoro e diritto*, 2023, p. 37.

⁴⁹⁶ P. H. SCHUCK, *Affirmative Action: Past, Present, and Future*, in *Yale Law & Policy Review*, 2002, pp. 1–96.

⁴⁹⁷ K. MÖHRING, C. TENNEY, C. BUSS, *Who Supports Gender Quotas for Company Leadership? An Empirical Analysis of Determinants of Support and Rejection Among German Citizens*, in *Soziale Welt*, 2019, pp. 121-143.

⁴⁹⁸ E. HICKMAN, *The EU Directive on Women on Boards*, in *European Company Law Journal*, 2023, p. 5.

CONCLUSIONI

La disciplina contro la discriminazione di genere ha subito una vera e propria evoluzione nel corso del tempo. Il percorso seguito dal legislatore comunitario mostra chiaramente come l'iniziale interesse legato a logiche economiche, evidente nei primi provvedimenti, si sia affievolito lasciando spazio a una consapevolezza sociale più profonda riguardo al problema dell'uguaglianza. Le pronunce della Corte di giustizia hanno rivestito un ruolo essenziale in tal senso.

Tuttavia, nonostante i significativi miglioramenti, la condizione della donna è ancora fortemente vincolata a stereotipi di genere e alla concezione tradizionale che la designa come prima responsabile delle cure familiari e del lavoro domestico non retribuito. Questi fattori, insieme a quelli biologici legati al parto e alla gravidanza, contribuiscono a percepire la donna come meno appetibile sul mercato del lavoro rispetto ai colleghi uomini.

In risposta a ciò il legislatore comunitario ha intrapreso svariate iniziative normative e azioni positive mirate alla rimozione di qualunque discriminazione, diretta o indiretta, basata sul sesso. In questo contesto si inserisce la direttiva (UE) 2022/2381 finalizzata a aumentare la presenza delle donne all'interno dei consigli di amministrazione. Essa fissa delle quote minime di rappresentanza femminile all'interno degli organi decisionali delle società quotate degli Stati membri.

Tuttavia, sebbene sia vista come un notevole passo avanti nella promozione della parità di genere, il decennio trascorso tra la proposta di direttiva e l'approvazione di questa ha contribuito a renderla, per certi aspetti, obsoleta, dal momento che un numero consistente di Stati membri, in questi anni, aveva già provveduto, attraverso la legislazione nazionale, a raggiungere tali quote.

Dunque, sebbene nell'ambito del lavoro e, nello specifico, di un maggiore parità all'interno dei consigli di amministrazione, i risultati raggiunti sono positivi, il problema, in molti campi, persiste. Per ragioni storiche il potere è sempre stato concentrato nelle mani degli uomini e la donna è sempre stata confinata ai lavori domestici o, al più, a impieghi precari e a tempo parziale, ritenendola incapace e inadatta a occupare posizioni apicali all'interno della società.

Nonostante gli interventi normativi siano necessari, l'auspicio è quello di assistere ad un autentico rinnovamento di pensiero che consenta l'applicazione del principio di eguaglianza formale. I cambiamenti culturali, tuttavia, richiedono tempi estremamente lunghi, pertanto, finché uomo e donna non saranno considerati come forze lavoro

equivalenti all'interno della società, rimangono indispensabili azioni positive volte a stabilire un'uguaglianza *de facto*.

BIBLIOGRAFIA

- A DHIR A., *Challenging Boardroom Homogeneity: Corporate Law, Governance, and Diversity*, New York, 2015.
- ACKER J., *Inequality Regimes Gender, Class, and Race in Organizations in Gender and Society*, 2006, pp. 441 ss.
- ADAM R., TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2020.
- Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, Consiglio d'Europa, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, Lussemburgo, 2018.
- AINIS M., *Cinque regole per le azioni positive*, in *Quaderni costituzionali*, 1999, p. 359 ss;
- ALAN J., *Marschall and Equal Treatment: Toward Substantive Equality*, in *European Current Law*, 1997, pp. 9 ss.
- ALBERTI R., *Radiodiffusione via satellite e clausole di esclusiva territoriale: note a margine di CEG, 4 ottobre 2011*, in *Europa e diritto privato*, 2012, pp. 256 ss.
- ALBERTINI M., *Donne in vetta. Il soffitto di cristallo nelle grandi aziende italiane in prospettiva comparata*, in *Polis, Ricerche e studi su società e politica*, 2011, p. 333 ss.
- ALESSI C., BONARDI O., CALAFÀ L., D'ONGHIA M., MILITELLO MG., SARACINI P., VALLUARI ML., *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della direttiva 2019/1158/UE*, Napoli, 2023.
- ALESSI C., BONARDI O., CALAFÀ L., D'ONGHIA M., *Per una trasposizione responsabile della Direttiva n. 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, in *Italian equality network*, 2022, pp. 111 ss.
- ALESSI C., *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2018, pp. 804 ss.
- ÁLVAREZ J. G., BARRIOS M. S., *La participación de la mujer en los consejos de administración de empresas del Ibex*, in *Revista de Humanidades*, 2009, pp. 105 ss.
- AMALFITANO C., *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2018.

- AMALFITANO C., *Il diritto non scritto nell'accertamento dei diritti fondamentali dopo la riforma di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, pp. 21 ss.
- ANGELES BARRÈRE UNZUETA M., *Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo. Il principio d'uguaglianza di donne e uomini come strategia per una rilettura giuridica*, in *Ragion pratica, Rivista semestrale*, 2004, pp. 363 ss.
- ANGELINI F., *Il principio della parità retributiva nel lavoro pubblico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, pp. 721 ss.
- AQUINO DE SOUZA C., *A paridade nos espaços de tomada de decisoes: uma analise das sentenças Kalanke e Marshall*, in *Revista direitos fundamentais & democracia*, 2016, pp. 39 ss.
- ARENA M., *Dai "soliti noti" alla "gender diversity": come cambiano gli organi di amministrazione e controllo delle società– il modello francese: un approccio gradualistico verso la parità di genere*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2015, p. 2245 ss.
- ASHENFELTER O., A. REES, *Discrimination in Labor Markets*, Princeton, 1974,
- ASQUER E., SCATTIGNO A., VEZZOSI E., *Felicità della politica, politica della felicità. Cittadinanza, giustizia, benessere in una visione di genere*, Trieste, 2016.
- ATKINS S., HOGGETT B., *Equality at work*, in *Women and the Law*, 1984, pp. 29 ss.
- AVILES HERNANDES M., *La monoparentalidad masculina en Espana*, CIS-Centro de investigaciones sociologicas, Madrid, 2015.
- BALLAM D.A. *Affirmative action: purveyor of preferential treatment or guarantor of equal opportunity? A call for a «revisioning» of affirmative action*, in *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 1997, p. 1 ss.
- BALLESTRERO M. V., *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *Lavoro e diritto*, 2004, pp. 501 ss.
- BALLESTRERO M.V., *Azioni positive e discriminazioni alla rovescia. Una importante sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Lavoro e diritto*, 1988, pp. 53 ss.
- BALLESTRERO M.V., *Azioni positive. Punto e a capo*, in *Lavoro e Diritto*, 1996, pp. 117 ss.

- BALLESTRERO M.V., *La prova della discriminazione indiretta: ancora un passo avanti della Corte di Giustizia*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1990, pp. 781 ss;
- BARATTA R., *Una precisazione alla giurisprudenza Defrenne?*, in *Giustizia Civile*, 2006, pp. 2275 ss.
- BARBERA M. E GUARISO A., *La tutela antidiscriminatoria: fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2019.
- BARBERA M., *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, p. 399.
- BARBERA M., *La nozione di discriminazione*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1994, pp. 46 ss.
- BARBERA M., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007.
- BARNARD C., *The Principle of Equality in the Community Context: P, Grant, Kalanke and Marschall: Four Uneasy Bedfellows?* in *The Cambridge Law Journal*, 1998, pp. 352 ss.
- BASTONI M.B., *Parità di trattamento tra uomo e donna e azioni positive nel diritto comunitario: l'eccezione stenta a diventare regola*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2000, pp. 804 ss.
- BAZZOCCHI V., LUCATI I., *Parità di genere nell'UE e riflessi nell'ordinamento italiano*, in *European rights*, 2012, pp. 1 ss.
- BELL M., *The Principle of Equal Treatment and the European Pillar of Social Rights*, in *Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2018, pp. 783 ss.
- BELL M., WADDINGTON L., *Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, in *Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, pp. 373 ss.
- BELLA A., *Ipazia e le scintille astronomiche dell'anima*, in *Revue Internationale en Sciences Humaines et Sociales*, 2017, disponibile online.
- BELLO B. G., MANCINI L., *La discriminazione intersezionale nella Direttiva 2023/970/UE sulla parità retributiva uomo/donna*, in *Italian Equality Network*, 2023, disponibile online.

- BENDL R., SCHMIDT A., *From 'Glass Ceilings' to 'Firewalls'— Different Metaphors for Describing Discrimination*, in *Gender, Work and Organization*, 2010, p. 612 ss.
- BERNITZ U., GROUSSOT X., SCHULYOK F., *General Principles of EU Law and European Private Law*, Alphen aan den Rijn, 2013.
- BETTIO F., *The Pros and Cons of Occupational Gender Segregation in Europe in Canadian Public Policy*, 2002, pp. 65 ss.
- BIANCO M., CIAVARELLA A., *Women on corporate boards in Italy*, Roma, 2013.
- BIFULCO M., ET AL. *Trotula de Ruggiero: The Magistra Mulier Sapiens and Her Medical Dermatology Treatises*, in *Journal of cosmetic dermatology*, 2019, pp. 1613 ss.
- BILIMORIA D., *The relationship between women corporate directors and women corporate officers*, in *Journal of Managerial Issues*, 2006, pp. 47 ss.
- BISWAS P. K., ROBERTS H., STAINBACK K., *Does women's board representation affect non-managerial gender inequality?*, in *Human Resource Management*, 2021, pp. 659 ss.
- BOCK G., *Le donne nella storia europea. Dal Medioevo ai nostri giorni*, Bari-Roma, 2006.
- BONACCHI G., GROPPI A., *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, Roma-Bari, 1993.
- BONANI V., MUNTHE K., *Relevance of the Practice of Medicine by Trotula de Ruggiero, a Magistra Mulier Sapiens (female wisdom teacher). Medicine and pharmacy today rediscover the remedies of the Medical School of Salerno*, in *Journal of Medical Biography*, 2012, pp. 47 ss.
- BONARDI O., *La nuova linfa dell'uguaglianza dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2011, pp. 848 ss.
- BORGHI A., *Sulla libertà di manifestare le proprie opinioni religiose nel luogo di lavoro: brevi note in merito ai casi Achbita e Bougnaoui*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 2019, pp. 1 ss.
- BOSCARIOL G., *Il diritto antidiscriminatorio. Uno squarcio nel velo di Maya in Ius in itinere*, 2020, disponibile online.
- BOUNOUS C., *Lidia Poët. Una donna moderna. Dalla toga negata al cammino femminile nelle professioni giuridiche*, Torino, 2022.

- BOVINO C., *Nessun obbligo europeo a concedere l'orario fisso al turnista che vuole occuparsi dei figli*, in *Altalex*, 2019, disponibile online;
- BRUNELLI G., *Donne e politica*, Bologna, 2006.
- BURROWS N., *The Promotion of women's rights by the European Economic Community*, in *Common market law review*, 1980, pp. 191 ss.
- BUZZACCHI C., *In tema di età pensionabile: la parità tra i generi o la tutela della funzione familiare della donna?*, in *Quaderni costituzionali*, 2009 pp. 416 ss.
- C. CARLETTI, M. PAGLIUCA, *Parità ed empowerment di genere. Strumenti giuridici, programmi e politiche internazionali, regionali e nazionali*, Roma, 2023;
- CAIELI M., *Un'altra sentenza della Corte di giustizia sulle azioni positive in favore del lavoro femminile*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2000, pp. 1589 ss;
- CAIELLI M., *L'ammissibilità delle azioni positive finalizzate alla realizzazione della parità uomo-donna*, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, pp. 3 ss.
- CALAFÀ L., *Azioni positive possibili tra lotta alle discriminazioni e promozione dell'uguaglianza*, in *Lavoro e diritto*, 2005, pp. 273 ss.
- CALAFÀ L., *Considerazioni sul contenzioso sociale della Corte di giustizia*, in *Lavoro e diritto, Rivista trimestrale*, 1998, pp. 419 ss.
- CALAFÀ L., *Le "quote condizionate" a favore delle donne al vaglio della Corte del Lussemburgo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1998, pp. 214 ss.
- CALAFÀ L., *Le direttive antidiscriminatorie di «nuova generazione»: il recepimento italiano*, in *Studium iuris*, 2004, pp. 873 ss.
- CALIGIURI A., *La parità di trattamento tra uomo e donna in materia di sicurezza sociale: profili di diritto comunitario*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2008, pp. 209 ss.
- CANTA F., *Empowerment Delle Donne e Well-Being Dei Bambini: Un Approccio Allo Sviluppo Umano*, in *Culture e studi del sociale*, 2020, pp. 153 ss.
- CAPPUCCIO L., *Il caso Association Belge des Consommateurs e la non discriminazione nel settore delle assicurazioni: la parità al volante?*, in *Quaderni costituzionali*, 2011 pp. 690 ss.

- CAPROTTI A., *Il ruolo attivo del giudice nazionale con riferimento alla concreta applicazione del principio europeo di non discriminazione sul luogo di lavoro*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo Online*, 2019, 1721 ss.
- CARBONE D., DAGNES J., *Tutte le strade (che) portano qui. Efficacia e limiti delle quote di genere nei CdA delle società quotate*, in *Sociologia del Lavoro*, 2017, pp. 167 ss.
- CARBONE D., DAGNES J., *Fare carriera ai vertici. La presenza delle donne nei consigli di amministrazione tra vecchi ostacoli e nuove opportunità*, in *Polis, Ricerche e studi su società e politica*, 2019, pp. 295 ss.
- CARTABIA M., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, pp. 478 ss.;
- CASSANO G., *La libertà religiosa nel rapporto di lavoro alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea* in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2019, pp. 1379 ss.
- CASTELLANETA M., *Esclusa la possibilità di discriminazione uomo-donna nei contratti stipulati con le compagnie assicurative*, in *Guida al Diritto*, 2011, pp. 80 ss.
- CATALANO SGROSSO G., *Il principio della parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici nel diritto comunitario*, in *Rivista di diritto europeo*, 1979, pp. 245 ss.;
- Catalyst, *Workplaces that work for women. Leaders in a Global Economy: Talent Management in European Cultures (Report)*, 2007.
- CECCHETTI L., *Gli strumenti del giudizio di eguaglianza della Corte di giustizia alla prova del divieto di discriminazione sulla base della religione: il caso Cresco Investigation*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2020, pp. 317 ss.
- CHERCHI R., DEFFENU A., *Le politiche comunitarie di lotta alla discriminazione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2004, pp. 43 ss.
- CHIECO P., *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2002, pp. 75 ss.
- CHIEREGATO E., *A Work–Life Balance for All? Assessing the Inclusiveness of EU Directive 2019/1158*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2020, pp. 59 ss.

- CHITI G., *Il principio di non discriminazione e il Trattato di Amsterdam*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, pp. 851 ss.
- CISOTTA R., *Brevi note sulla giurisprudenza sull'art. 52 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali... con uno sguardo in avanti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, pp. 19 ss.
- COFRANCESCO G., *Diritto Comunitario. Tra liberismo e dirigismo*, Roma, 2009;
R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, pp. 21 ss.
- COLOMBO L., *Olympe de Gouges, La Musa barbara. Scritti politici (1788-1793)*, Milano, 2018.
- CONRAD C.A., *Economic Perspectives on Affirmative Action*, Washington, 1995.
- COOK A., GLASS C., *Diversity begets diversity? The effects of board composition on the appointment and success of women CEOs*, in *Social Science Research*, 2015, pp. 137 ss.
- CORAZZA L., *La direttiva 2002/73/CE in tema di discriminazione di genere: prime note sulla nozione comunitaria di molestie sessuali*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2003, pp. 214 ss.
- Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida all'articolo 14 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e all'articolo 1 del Protocollo n. 12 della Convenzione, Divieto di discriminazione*, 31 agosto 2020.
- CORTI M., *Il pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE*, Milano, 2021.
- COSIO R., *L'uso del velo islamico nei posti di lavoro. Il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà d'impresa*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, 2017, disponibile online.
- CRENSHAW K., *Demarginalizing the intersection of race and sex: A Black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics*, in *Droit et société*, 2021, pp. 465 ss.
- CUCCU F., *Il diritto diseguale delle quote di genere nelle società*, in *Nuova Giurisprudenza civile*, 2019, p. 115 ss.;
- D'AMICO M., *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2008, pp. 126 ss.

- DAVEY J., *Genetic discrimination in insurance: Lessons from Test Achats, Genetic Discrimination*, Londra, 2015 pp.143 ss.
- DE BARI F., *Parità di retribuzione ed età di pensionamento diverse sulla base del sesso del dipendente pubblico*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, pp. 403 ss.
- DE GOUGES O., *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina*, Roma, 2012.
- DE LA PORTE C., LARSEN T., SZELEWA D., *A Gender Equalizing Regulatory Welfare State? Enacting the EU's Work-Life Balance Directive in Denmark and Poland*, in *The Annals of American Academy of Political and Social Science*, 2020, pp. 84 ss.
- DE LUCA P., PUGLIA M., *Cronache della giurisprudenza dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011 pp. 781 ss.
- DE MARTINO G., M. BRUZZESE, *Le filosofe. Le donne protagoniste nella storia del pensiero*, Napoli, 2001.
- DE MASI S., *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, Torino, 2019.
- DE MICHELE V., *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro italiano: alla ricerca di un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2010, pp. 113 ss.
- DE RUGGERO T., *Sulle malattie delle donne prima, durante e dopo il parto*, Palermo, 1994.
- Deloitte Global Boardroom Program. Progress at a snail's pace. Women in the boardroom: A global prospective, 2020.
- DI CATALDO L., *Azioni positive e trasformazioni sociali: riflettere sullo sfondo del caso C- 450/18, WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social*, in *Eurojus*, 2020, pp. 215 ss.
- DI CATALDO L., *Le azioni positive alla prova delle trasformazioni sociali: un altro caso di discriminazione diretta a danno degli uomini?*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2020, pp. 337 ss.
- DI CATALDO V., ARCIDIACONO D., *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, p. 69 ss.

- DI LALLO A., *Lidia Poët, storia della prima donna avvocato in Italia. Una storia ricca di passione, coraggio e determinazione*, in *Blog di Studio Legale Di Nella*, 2021, disponibile online.
- DI SARACINA F. ET AL., *Cultura di genere e politiche di pari opportunità: il gender mainstreaming alla prova tra UE e Mediterraneo*, Bologna, 2014.
- DI SARACINA F., *L'Europa delle donne. La politica di pari opportunità nella storia dell'integrazione europea*, Bologna, 2010.
- DI STASI A., *Diritti umani e sicurezza regionale. Il sistema europeo*, Napoli, 2000.
- DONÀ A., *Transforming Gender Citizenship: The Irresistible Rise of Gender Quotas in Europe*, Cambridge, 2018.
- DURISOTTO D., *I recenti interventi della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE in tema di simboli religiosi, un percorso parallelo. Rassegna della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 2019, pp. 1 ss.
- EAGLY A. H., *When passionate advocates meet research on diversity, does the honest broker stand a chance?*, in *Journal of Social Issues*, 2016 pp. 199 ss.
- EAGLY A.H., CARLI L.L., *Women and the Labyrinth of Leadership*, in *Harvard Business Review*, 2007, pp. 63 ss.
- EBREO M., *Leadership in sanità, poche le donne nei ruoli apicali*, in *Fortune Italia*, 2023, disponibile online.
- EROĞLU M., KARATEPE KAYA M., *Impact of Artificial Intelligence on Corporate Board Diversity Policies and Regulations in European Business Organization Law Review*, 2022, pp. 541-572;
- European Commission, *Compilation of case law on the equality of treatment between women and men and on non-discrimination in the European Union*, Lussemburgo, 2010.
- FAGAN C., GONZÁLEZ MENÉNDEZ M.C., GÓMEZ ANSÓN, S. *Women on Corporate Boards and in Top Management. Work and Welfare in Europe*, Londra, 2012.
- FANLO CORTES I., *Congedi genitoriali, politiche del diritto e disuguaglianze di genere. Riflessioni sul caso italiano nel quadro europeo*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2015, pp. 40 ss.

- FAVALLI S., FERRI D., *Defining Disability in the European Union Nondiscrimination Legislation: Judicial Activism and Legislative Restraints*, in *European Public Law*, 2016, pp. 541 ss.
- FAVILLI C., *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2009.
- FERLUGA L., *I divieti di discriminazione per motivi di genere*, in *Dirittifondamentali.it*, 2021, pp. 153 ss.
- FERRAJOLI L., *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari-Roma, 2019.
- FERRANTE W., *Condanna dell'Italia per la differente età pensionabile tra uomini e donne pubblici dipendenti*, in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 2008, pp. 50 ss.
- FERREIRA D., *Board diversity: Should we trust research to inform policy?*, in *Corporate Governance: An International Review*, 2015, pp. 108 ss.
- FOFFANO S., PACE N., *Le discriminazioni retributive: un approccio giuridico ed economico*, in *Lavoro e diritto*, 2011, pp. 663 ss.
- FOGLIA R., SAGGIO A., *Parità tra uomo-donna nell'accesso al lavoro*, in *Il Corriere giuridico*, 1998, p. 208 ss.
- FOORT-DIEPEVEEN R.A., *Gender Quotas for Corporate Boards: A Comparison Between Belgium and the Netherlands*, in *European Company Law*, 2021, pp. 125 ss.
- FREY L., ET AL., *Le azioni positive: aspetti e problemi*, Milano, 1986.
- FRIGESSI DI RATTALMA M., *Blocco delle tariffe assicurative e responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: riflessioni a margine di Corte di Giustizia 25 febbraio 2003 C-59/01*, in *Assicurazioni*, 2003, pp. 629 ss.
- FRIGESSI DI RATTALMA M., *Premi "unisex" vs tariffe differenziate nel settore assicurativo: la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso Test-Achats*, in *Assicurazioni*, 2012, pp. 3 ss.
- FUCCARO N., *Divieto di discriminazione della donna incinta nell'accesso al lavoro e tutela del dipendente che interviene in sua difesa*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo Online*, 2019, pp. 1869 ss.
- GABRIELLI G., *Le "disposizioni in materia di r.c. auto" del dicembre 2002: elusione dell'obbligo di contrarre da parte delle imprese assicuratrici ed elusione del principio di libertà tariffaria da parte del legislatore italiano*, in *Assicurazioni*, 2003, pp. 4 ss.;

- GARILLI C., *Le azioni positive di genere nel diritto societario: le quote di genere nella composizione degli organi delle società per azioni*, in *Europa e diritto privato*, 2012, p. 885 ss..
- GARILLI C., *Le quote di genere nelle società a controllo pubblico*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2022, p. 415 ss.
- GHEZZI F., MOSCA C., MARCHETTI P., *Struttura e governance delle società quotate in Italia: commenti a margine del Rapporto Consob e di alcune analisi empiriche*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2020, p. 871 ss.
- GIANFORMAGGIO L., *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, 2005.
- GIANFORMAGGIO L., *Filosofia e critica del diritto*, Torino, 1995.
- GRANAGLIA E., *Uguali opportunità. Sì, ma quali?*, Bari, 2022.
- HASSARD J., L. D. TORRES, *Aligning Perspectives in Gender Mainstreaming: Gender, Health, Safety, and Wellbeing*, Cham, 2021.
- HERVEY T. K., *The Sex of Labour Law in Europe*, Londra, 1996;
- HICKMAN E., *The EU Directive on Women on Boards in European Company Law Journal*, 2023, pp. 3 ss.
- HOSKYNS C., *Gender Issues in International Relations: The Case of the European Community*, in *Review of International Studies*, 1994, pp. 225 ss.
- HOWARD S., *En Hedu'anna*, in *Journal of the Washington Academy of Sciences*, 2017, pp. 21 ss.
- HYMOWITZ C., SCHELLHARDT T. D. , *The Glass ceiling: Why women can't seem to break the invisible barrier that blocks them from the top jobs glass ceiling cover*, in *Wall Street Journal*, 1986.
- IZZI D., *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie «di seconda generazione»*, in *Diritto del lavoro e relazione industriale*, 2003, p. 423 ss.
- IZZI D., *Discriminazioni indirette e diritto comunitario: riflessioni dopo "Seymour-Smith"*, in *Lavoro e diritto*, 2000, pp. 305 ss.
- IZZI D., *Il work-life balance al maschile: a proposito di congedi dei padri*, in *Lavoro e diritto*, 2020, pp. 333 ss.
- IZZI D., *La Corte di giustizia e le azioni positive: da Kalanke a Marschall*, in *Lavoro e diritto*, 1998, pp. 675 ss.

- IZZO F., *Le avventure della libertà: Dall'antica Grecia al secolo delle donne*, Roma, 2021.
- K. LENAERTS, *The European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, pp. 281 ss.
- KANJUO MRČELA A., LUŽAR B., ŠMUC S., *Women's Under-Representation in Top Management Jobs in Slovenia: New and Persisting Barriers for Younger Generations of Women*, Londra, 2021.
- KIRSCH A., *The gender composition of corporate boards: A review and research agenda*, in *The Leadership Quarterly*, 2018, pp. 346 ss.
- KIRSCH A., *Women on Boards Policies in Member States and the Effects on Corporate Governance*, Bruxelles, 2021.
- KIRSCH A., WROHLICH K., *Gender diversity benefits supervisory board work of many companies*, in *DIW Weekly Report*, 2021, pp. 32 ss.
- KIRSCH A., WROHLICH K., *More women on supervisory boards: increasing indications that the effect of the gender quota extends to executive boards* in *DIW Weekly Report*, 2020, pp. 44 ss.
- KLARBACH H., SEIERSTAD C., *Gender Quotas on Corporate Boards: Similarities and Differences in Quota Scenarios*, in *European Management Review*, 2020, pp. 615 ss.
- KOTEVSKA B., PAVLOU V., *Promotion of gender balance in political decision-making*, in *European Gender Equality Law Review*, 2023, pp. 113 ss.
- LA ROCCA D., *Differenze di genere e responsabilità di cura nell'ordinamento giuridico della crisi*, in *About Gender*, 2014, pp. 139 ss.
- LAMBOUY T., *30% Women on Boards: New Law in the Netherlands*, in *European Company Law*, 2012, pp. 53 ss.
- LAZZERINI N., *Direttiva 2010/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 luglio 2010 sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma e che abroga la direttiva 86/613/CEE del Consiglio*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2010, disponibile online.
- LECOURT B., *La directive européenne du 23 novembre 2022 et l'accès des femmes aux postes d'administrateurs et de dirigeants exécutifs*, in *Revue des sociétés*, 2023, pp. 120 ss.

- LESZCZYŃSKA M., *Mandatory Quotas for Women on Boards of Directors in the European Union: Harmful to or Good for Company Performance?* in *European Business Organization Law Review Article*, 2017, pp. 35 ss.
- LHERNOULD JP., *L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale*, in *Revue de jurisprudence sociale*, 2009, pp. 201 ss.
- LORETONI A., *Un femminismo intersezionale e multidisciplinare*, in *Iride, Filosofia e discussione pubblica*, 2018, 307 ss.
- LOURENÇO MJ., *Religious freedom, equal treatment in employment and occupation and case C-193/17 (22 January 2019)*, in *EU Law Journal*, 2019, disponibile online.
- LUCIANI M., *I principi di eguaglianza e di non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato*, in *EPRS | Servizio Ricerca del Parlamento europeo*, 2020.
- LUGATO M., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2001, pp. 490 ss.
- MACKINNON C.A., *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge, 1989.
- MAIDA A., WEBER A., *Female leadership and gender gap within firms: Evidence from an Italian board reform*, in *ILR Review online first*, 2020, pp. 488 ss.
- MAIR S., *Why Less Is Not Always More: Mother's Pensions and Parenthood in WA. Case C-450/18, WA v Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Judgment of the Court of Justice (First Chamber) of 12 December 2019, EU:C:2019:1075*, in *Common Market Law Review*, 2022, pp. 201 ss.
- MARANO P., *Le assicurazioni discriminano o differenziano in base al sesso?*, in *Europa e diritto privato*, 2012, pp. 265 ss.
- MARCHESINI L., *Un'analisi diacronica della disciplina europea in materia di congedo parentale: la ricerca di una politica comune*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo Online*, 2019, pp. 3017 ss.
- MARINO D., *Il diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza delle Corti*, in *Lavoro e diritto*, 2021, pp. 399 ss.
- MATSA D., MILLER A., *Chipping away at the glass ceiling: Gender spillovers in corporate leadership*, in *American Economic Review*, 2011, pp. 635 ss.
- MC. KINSEY & COMPANY, *A Wake-Up Call For Female Leadership in Europe*, Berlino, 2007.

- MCLEAN H., *Equal Pay. The Employer's Defence*, in *The Cambridge Law Journal*, 1987, pp. 224 ss.
- MELIADÒ F., *La Protezione Dei Diritti Umani Nel Consiglio d'Europa Ampliato*, in *Rivista Di Studi Politici Internazionali*, 2008, pp. 216 ss.
- MENGOZZI P. ET AL., *Casi e materiali di diritto comunitario : dal Trattato di Roma al Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998.
- MENSİ-KLARBACH H., SEIERSTAD C., *Gender Quotas on Corporate Boards: Similarities and Differences in Quota Scenarios*, in *European Management Review*, 2020, pp. 615 ss.
- MEYERSON D.E., FLETCHER J.K., *A Modest Manifesto for Shattering the Glass Ceiling*, in *Harvard Business Review*, 2000, pp. 127 ss.
- MÖHRING K., TENEY C., BUSS C., *Who Supports Gender Quotas for Company Leadership? An Empirical Analysis of Determinants of Support and Rejection Among German Citizens*, in *Soziale Welt*, 2019, pp. 121 ss.
- MONACO P., VENCHIARUTTI A., *Women on Corporate Boards: A Comparative Appraisal of Italian Law*, in *European Business Law Review*, 2017, pp. 1 ss.
- MONTAGNANI M.L., PASSADOR M.L., *Il consiglio di amministrazione nell'era dell'intelligenza artificiale: tra corporate reporting, composizione e responsabilità*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2021, pp. 121 ss.
- MONTALENTI P., *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2020, pp. 829 ss.
- MOORE M., *Positive action: nothing positive from the Court of justice*, in *European Law Review*, 1996, pp. 156 ss.
- MORI P., *Quale uguaglianza? Ovvero le azioni positive davanti alla Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996, pp. 821 ss.
- N. BOBBIO, *Sulle sanzioni positive*, Milano, 1971.
- NASCIMBENE B., LANG A., *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?*, in *Il Corriere Giuridico*, 2008, pp. 137 ss.
- NASKOU-PERRAKI P., *EU Gender Equality Law*, in *Common Market Law Review*, 2008, pp. 286 ss.

- NATER C., HEILMAN M. E., SCZESNY S., *Footsteps I Would Like to Follow? How Gender Quotas Affect the Acceptance of Women Leaders as Role Models and Inspirations for Leadership*, in *European Journal of Social Psychology*, 2023, p. 129 ss.
- NINATTI S., *Azioni positive e discriminazioni per sesso nel diritto comunitario. Azioni positive: ammesse le quote purché transitorie e flessibili*, in *Quaderni Costituzionali*, 2000, pp. 465 ss.
- NUMHAISER A., *Swedish Sex Equality Law before the European Court of Justice*, in *Industrial Law Journal*, 2001, pp. 121 ss.
- O'REILLY J., *Women on Corporate Boards and in Top Management: European Trends and Policy*, Londra, 2012, pp. 169 ss.
- O'HARE, URSULA A., *The Future of Positive Action in the European Union: The Marschall Case*, in *The Northern Ireland Legal Quarterly*, 1998, p. 426 ss.
- OLIVA R. ET AL., *Cinquant'anni non sono bastati: le carriere delle donne a partire dalla sentenza n. 33/1960 della Corte costituzionale*, Trieste, 2016.
- OLIVITO E., *La Corte di giustizia non si "svela": discriminazioni indirette e neutralità religiosa nei luoghi di lavoro. Il cliente (non) ha sempre ragione!*, in *Diritti comparati*, 2017, pp. 1 ss.
- PALÁ-LAGUNA R., ESTEBAN-SALVADOR L., *Gender Quota for Boards of Corporations in Spain*, in *European Business Organization Law Review*, 2016, pp. 379 ss.
- PALLADINO R., *Diritti, principi ed effetto diretto orizzontale delle disposizioni (in materia sociale) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2019, pp. 175 ss.
- PAPADIMA R., *Recent Developments regarding Gender Balance on EU Corporate Boards*, in *European Company Law*, 2015, pp. 245 ss.
- PASQUALI G., *Il trattato di Maastricht*, Napoli, 1995; F. POCAR, et al., *Il trattato di Maastricht sull'Unione Europea*, Milano, 1992.
- PETERS A., *The Many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law - A Conceptual Analysis*, in *European Law Journal*, 1996, pp. 177 ss.

- PIETERS K., *More Efforts Needed to Improve Gender Equality in Corporate Governance in the EU*, in *European Business Organization Law Review*, 2012, pp. 475 ss.
- POLLICINO O., *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario: un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order*, Milano, 2005.
- PROFETA P., *Gender Equality and Public Policy: Measuring Progress in Europe*, Cambridge, 2020, p. 109 ss.
- RENÉE B. A., *Women on boards: The superheroes of tomorrow?*, in *The Leadership Quarterly*, 2016, pp. 371 ss.
- RICHTER M. S., *Profili attuali dell'amministrazione delle società quotate*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, p. 416 ss.
- RIVA P., *Ruoli di Corporate Governance*, Milano, 2020.
- ROSSELLI A., *Parità di genere, una lunga strada ancora da percorrere*, in *Economia & lavoro*, 2010, pp. 167 ss.
- ROSSI LS., *'Stesso valore giuridico dei Trattati'? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, pp. 229 ss.
- ROSSILLI M., *I diritti delle donne nell'Unione Europea*, Roma, 2009.
- ROWE D. E., *Emmy Noether. Mathematician extraordinaire*, Svizzera, 2021.
- RUBINO DE RITIS M. , *L'introduzione delle c.d. quote rosa negli organi di amministrazione e controllo di società quotate*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2012;
- S. SCIARRA, *Effetto 'farfalla' La sentenza n. 33 del 1960*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2021, pp. 49.
- SALAZAR C., *La "ragionevole irragionevolezza" da ossimoro a endiadi? Un'importante precisazione della Corte di Giustizia sulle azioni positive in favore delle donne*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2000, pp. 975 ss.
- SALVATORE V., *I principi di uguaglianza e non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato*, Bruxelles, 2021, pp. 36 ss.
- SANSONETTI S., *La discriminazione e il genere come categoria universale*, in *Economia & lavoro*, 2010, pp. 171 ss.

- SANTONE P., *Diritto e statistica, in "genere" diversi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011 pp.1244 ss.
- SARALE M., *Quote di genere e sistema monistico: precisazioni e omissioni nella legge Golfo Mosca*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2016, pp. 213 ss.
- SAVINO F., *Differenze di trattamento e giustificazioni legittime nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Lavoro e diritto*, 2004, pp. 571 ss.
- SCARPELLI U., *Classi logiche e discriminazioni fra i sessi*, in *Lavoro e diritto*, 1988, pp. 615 ss.
- SCARPONI S., *L'appartenenza confessionale delle donne lavoratrici davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2018, pp. 221 ss.
- SCARPONI, S. *Pari opportunità e Frauenquoten davanti alla Corte di Giustizia*, in *Rivista di diritto europeo*, 1995, pp. 717 ss.
- SCHIEK D., *Sex Equality Law After Kalanke and Marschall*, in *European law journal: review of European law in context*, 1998, pp. 148 ss.
- SCHLESINGER P., BONETTI F., *Pensione di vecchiaia dei dipendenti pubblici e parità di trattamento tra uomini e donne*, in *Il Corriere giuridico*, 2009 pp. 589 ss.
- SCHOFIELD P., *Equal Pay. What's the Difference?*, in *The Modern Law Review* 50, n. 3, 1987, pp. 379 ss.
- SCHUCK P. H., *Affirmative Action: Past, Present, and Future*, in *Yale Law & Policy Review*, 2002, pp. 1 ss.
- SCIARRA S., *Effetto farfalla. La sentenza n. 33 del 1960*, in *Associazione italiana dei Costituzionalisti*, 2021, pp. 46 ss.
- SCIORTINO A., *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutela*, in *Rivista Associazione Italiana dei costituzionalisti*, 2020, pp. 19 ss.
- SENDEN L., VISSER M., *Balancing a tightrope: the EU Directive on improving the gender balance among non-executive directors of boards of listed companies*, in *European Gender Equality Law Review*, 2013, pp. 17 ss.
- SILEONI S., ET AL., *Costituzione francese (1791): Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Macerata, 2009.
- SPITALERI F., *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, Torino, 2013.

- SPITALERI F., *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione Europea*, Roma, 2010.
- STEINER J. M., *Sex Discrimination under UK and EEC Law: Two plus Four Equals One*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1983, pp. 399 ss.
- STOCKER O., *Le second arret Defrenne. L'égalité de rétribution des travailleurs masculins e des travailleurs féminin*, in *Cahier de dr. Eur.*, 1977, pp. 180 ss.
- SWEIGART A., *Women on Board for Change: The Norway Model of Boardroom Quotas As a Tool For Progress in the United States and Canada in Northwestern Journal of International Law & Business*, 2012, pp. 81 ss.
- TAS S., *Defrenne v. SABENA: A Landmark Case with Untapped Potential*, in *European papers*, 2021, pp. 881 ss.
- TERMINIELLO L., *La previsione di un diverso requisito anagrafico per uomini e donne ai fini della percezione della pensione INPDAP viola l'art. 141 del Trattato CE*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, pp. 452 ss.
- TESTA L., *Sulla giustificazione del datore di lavoro cui è contestata una discriminazione salariale: continua la strada del "progresso sociale" inaugurata da "Defrenne II"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2013, pp. 639 ss.
- TRUCCO L., *Le tutele comunitarie nei confronti delle lavoratrici alla prova della fecondazione in vitro*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2008, pp. 2143 ss.
- TUFANO ML., *La certezza del diritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2019, pp. 767 ss.
- TUMMINELLO F., *L'adesione dell'Unione Europea al sistema della CEDU, quali prospettive?*, in *Ius in Itinere*, 2018, disponibile online.
- U. MORERA, *Sulle ragioni dell'equilibrio di genere negli organi delle società quotate e pubbliche*, in *Rivista di Diritto commerciale*, 2014, pp. 155 ss.
- VALLAURI M. L., *Genitorialità e lavoro. Interessi protetti e tecniche di tutela*, Torino, 2020, pp. 46 ss.
- VALLEBONA A., *Età pensionabile e differenze*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2009, pp. 76 ss.
- VALLUARI ML., *Le azioni positive per la libertà sostanziale*, in *Lavoro e diritto*, 2023, pp. 34 ss.

- VIARENGO I., *Principio di non discriminazione e azioni positive nel diritto comunitario: La Corte di Giustizia supera l'indirizzo di Kalanke?*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, pp. 57 ss.;
- VIRTANEN A., *Women on the boards of listed companies: Evidence from Finland*, in *Journal of Management and Governance*, 2012, pp. 571 ss.
- VISSER M., *Balancing a tightrope: the EU Directive on improving the gender balance among non-executive directors of boards of listed companies*, in *European Gender Equality Law Review*, 2013, p. 17 ss.
- WESTERN P., *Speaking of Equality, An Analysis of the Rhetorical Force of Equality in Moral and Legal Discourses*, Princeton, 1990.
- WOOLLEY A. W. ET AL., *Evidence for a Collective Intelligence Factor in the Performance of Human Groups* in *Science* 330, 2010, pp. 686 ss.
- ZALEWSKI M., *I Don't Even Know What Gender Is: a Discussion of the Connections Between Gender, Gender Mainstreaming and Feminist Theory*, in *Review of international studies*, 2010, pp. 3 ss.

GIURISPRUDENZA

- Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee del 21 maggio 1985, *Commissione delle comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, C- 248/83.
- Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee, del 17 maggio 1990, *Douglas Harvey Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, C-262/88
- Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee, del 27 marzo 1980, *Macarthys Ltd c. Wendy Smith*, C-129/79.
- Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee, del 13 maggio 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz*, C-170/84..
- Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee, del 31 marzo 1981, *J.P. Jenkins c. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd*, C-96/80
- Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee, del 15 giugno 1978, *Defrenne c. Sabena*, C-149/77.

- Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee, del 8 aprile 1976, *Defrenne c. Sabena*, C-43/75.
- Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee, del 2 febbraio 1989, *Cowan c. Trésor Public Francia*, C-186/87.
- Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee, del 20 ottobre 1993, *Phil Collins c. Imtrat Handelsgesellschaft mbH*, C-92/92.
- Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee del 20 ottobre 1993, *Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH, Leif Emanuel Kraul c. EMI Electrola GmbH*, C-326/92.
- Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee del 8 novembre 1990, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, C-177/88.
- Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee, del 9 febbraio 1982, *Garland c. British Rail Engineering*, C- 12/81.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 12 gennaio 2010, *Wolf c. Stadt Frankfurt am Main*, C-229/08.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 8 maggio 2019, *PI c. Landespolizeidirektion Tiro*, C-230/18.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 22 novembre 2012, *Isabel Elbal Moreno c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) e Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, C-385/11.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 28 settembre 1994, *Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds c. G. A. Beune*, C-7/93.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 13 febbraio 1996, *Joan Gillespie e al. C. Northern Health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board e Southern Health and Social Services Board*, C-342/93.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 14 luglio 2016, *Maria Cristina Elisabetta Ornano c. Ministero della Giustizia, Direzione Generale dei Magistrati del Ministero*, C-335/15.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 16 dicembre 1999, *The Queen c. Secretary of State for Social Security, ex parte John Henry Taylor*, C-382/98.

- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 8 maggio 2019, *RE c. Praxair MRC SAS*, C-486/18.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 26 giugno 2018, *MB c. Secretary of State for Work and Pensions*, C-451/16.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar c. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de la Décentralisation*, C-366/99.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 26 marzo 2009, *Commissione c. Grecia*, C-559/07.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 3 settembre 2014, *X c. Ministero degli affari sociali*, C-318/13.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 12 luglio 1984, *Ulrich Hofmann c. Barmer Ersatzkasse*, C-184/83.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 19 settembre 2013, *Marc Betriu Montull c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, C-5/12.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 17 aprile 2018, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e V*, C-414/16.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 9 marzo 2017, *Petya Milkova c. Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*, C-406/15.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 12 dicembre 2019, *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, C-450/18.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 16 luglio 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, C-83/14.
- Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 26 giugno 2018, *MB c. Secretary of State for Work and Pensions*, C-451/16.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 19 luglio 2017, *Abercrombie & Fitch Italia Srl c. Antonino Bordonaro*, C-143/16.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 13 settembre 2011, *Reinhard Prigge e al. c. Deutsche Lufthansa AG*, C-447/09.

- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 14 marzo 2017, *Samira Achbita e Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, C-157/15.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 14 marzo 2017, *Asma Bougnaoui e Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole SA*, C-188/15.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 19 marzo 2002, *H. Lommers c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-476/99.
- Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 7 agosto 2018, *David Smith c. Patrick Meade e al.*, C-122/17.
- Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 23 ottobre 2003, *Silvia Becker c. Land Hessen*, cause riunite C-4/02 e C-5/02.
- Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 12 settembre 2002, *Niemi*, C-351/00.
- Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar c. Repubblica francese*, C-366/99.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 1 aprile 2008, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 17 maggio 1990, *Douglas Harvey Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, C-262/88.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 14 dicembre 1993, *Michael Moroni c. Collo GmbH*, C-110/91.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 28 settembre 1994, *Constance Christina Ellen Smith e al. c. Avdel Systems Ltd*, C-408/92.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*, C-193/17.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 13 novembre 2008, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, C-46/07.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 11 novembre 1997, *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, C-271/91.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 17 ottobre 1995, *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93.

- Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee del 15 maggio 1986, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, C-222/84.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 12 febbraio 2015, *Minister Finansów c. Oil Trading Poland sp. z.o.o. w Szczecinie*, C 349/13.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 31 luglio 2008, *S. Coleman c. Attridge Law e Steve Law*, C-303/06.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 18 marzo 2014, *Z. c. A Government department e The Board of management of a community school*, C-363/12.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 19 aprile 2012, *Galina Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH*, C-415/10.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 13 marzo 2017, *Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, C-157/15.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 11 luglio 2006, *Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA*, C-13/05.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 7 luglio 2011, *Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești c. Ștefan Agafiței e altri*, C-310/10.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 9 marzo 2017, *Petya Milkova c. Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*, C-406/15.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 14 luglio 1994, *Carole Louise Webb c. EMO Air Cargo (UK)*, C-32/93.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 8 settembre 2005, *North Western Health Board c. Margaret McKenna*, C-191/03.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 26 febbraio 2008, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, C-506/06.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 10 luglio 2008, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, C-54/07.

- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 23 aprile 2020, *NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI-Rete Lenford*, C-507/18.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 18 settembre 2019, *José Manuel Ortiz Mesonero c. UTE Luz Madrid Centro*, C-366/18.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 20 giugno 2019, *Tine Vandenbon e al. c. WTG Retail BVBA*, C-404/18.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert c. Land Hessen*, cause riunite C-92/09 e C-93/09.
- sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 16 dicembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e altri c. Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable e Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, C-127/07.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 1 marzo 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e altri c. Conseil des ministres*, C-236/09.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 8 novembre 1990, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund c. Dansk Arbejdsgiverforening* C-179/88.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 30 giugno 1998, *Mary Brown c. Rentokil Ltd*, C-394/96.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea 11 ottobre 2007, *Nadine Paquay c. Société d'architectes Hoet e Minne SPRL*, C-460/06.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 8 settembre 2005, *North Western Health Board c. Margaret McKenna*, C-191/03.
- Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 9 febbraio 1999, *Regina c. Secretary of State for Employment*, C-167/97.
- Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 26 febbraio 2008, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, C-506/06.

- Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee del 26 febbraio 1986, *M. H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, C- 152/84.
- Sentenza della Corte di giustizia delle comunità economiche europee del 19 gennaio 1982, *Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*, C- 8/81.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 8 maggio 2019, *Violeta Villar Láiz c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) e Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, C-161/18.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, cause riunite, del 10 febbraio 2000, *Deutsche Post AG c. Elisabeth Sievers*, C-270/97 e *Brunhilde Schrage*, C-271/97.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, C-112/00.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 14 ottobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, del 28 marzo 2000, *Georg Badeck e al. c. Hessische Ministerpräsident e Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, C-158/97.
- Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, del 6 luglio 2000, *Katarina Abrahamsson e Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*, C-407/98.
- Sentenza della Corte EDU del 12 giugno 2012, *N.B. c. Slovacchia*, n. 29518/10, Sentenza della Corte EDU del 8 novembre 2011, *V.C. c. Slovacchia* n. 18968/07.
- Sentenza della Corte EDU del 25 luglio 2017, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portogallo*, n.17484/15.
- Sentenza della Corte EDU, del 23 luglio 1968, *Belgio c. Belgio*, n. 1474/62.
- Sentenza della Corte EDU del 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, n. 6833/74; Sentenza della Corte EDU del 22 giugno 2004, *Aziz c. Cipro*, n. 69949/01; Sentenza della Corte EDU del 6 luglio 2005, *Nachova e al. c. Bulgaria*, n. 43577/98.

- Sentenza della Corte EDU del 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danimarca*, n. 8777/79; Sentenza della Corte EDU del 22 marzo 2012, *Rangelov c. Germania*, n. 5123/07; Sentenza della Corte EDU del 18 giugno 2020, *Molla Sali c. Grecia*, n. 20452/14.
- Sentenza della Corte EDU, del 20 giugno 2006, *Zarb Adami c. Malta*, n. 17209/02.
- Sentenza della Corte EDU del 17 gennaio 2017, *A.H. e al. c. Russia*, n. 6033/13.
- Sentenza della Corte Costituzionale del 19 dicembre 1968, n. 126/68.
- Sentenza della Corte Costituzionale del 3 dicembre 1969, n. 147/69.
- Sentenza della Corte Costituzionale del 6 aprile 1960, n. 33/1960.