

Conferenza ERA, Il quadro giuridico UE in materia di uguaglianza, Trier, 29-30 gennaio 2018

Azione positiva nell'UE

Prof. Dr. Linda Senden
Utrecht University, RENFORCE



Questa sessione di formazione è finanziata dal programma "Diritti, uguaglianza e cittadinanza" 2014-2020 della Commissione europea.

Schema della presentazione

- 1) Fenomeno di azione positiva
 - Che cosa, perché, come, con quale obiettivo finale?
- 2) Legalità delle misure nazionali di azione positiva nel quadro giuridico UE
 - Quadro giuridico in evoluzione; giurisprudenza e legislazione
 - Valutazione; quale obiettivo finale?
- 3) Proposta di direttiva sull'equilibrio di genere nei consigli delle imprese

1) Fenomeno; concetto

“misure che accordano qualche forma di trattamento preferenziale a persone appartenenti a fasce svantaggiate per superare gli ostacoli e/o le discriminazioni cui si trovano a far fronte nella società”...

ovvero, in senso più ampio...

“tutte le misure intese a modificare, a mezzo di interventi positivi, le prassi sociali esistenti onde eliminare modelli di esclusione o svantaggio di determinate fasce”

Fattori

- **Difendere l'uguaglianza/le pari opportunità:**
 - Giustizia individuale, equità
 - Valore sociale, fondamentale
 - Logica economica
- **Ma discriminazione e ineguaglianza di fatto persistono in molti campi:**
 - Limiti modello denunce individuali
 - Pregiudizi e stereotipi sociali dominanti
 - Scarsa rappresentanza presso reti, enti pubblici, organizzazioni, mancanza di modelli di ruolo => discriminazione istituzionale

Fattori nel contesto dell'UE

Raccomandazione del Consiglio 84/635/CEE:

'(1) adottare una politica di azione positiva intesa a **eliminare le disparità di fatto** di cui le donne sono oggetto nella vita lavorativa e a **promuovere l'occupazione mista**, la quale comporti misure generali e specifiche adeguate, nel quadro delle politiche e delle prassi [...], nell'intento di:

(a) **eliminare o compensare gli effetti negativi derivanti, per le donne** che lavorano o cercano un lavoro, **da atteggiamenti, comportamenti e strutture** basati su **una divisione tradizionale dei ruoli**, all'interno della società, tra uomini e donne;

(b) **incoraggiare la partecipazione delle donne alle varie attività** nei settori della vita lavorativa nei quali esse siano attualmente **sottorappresentate**, in particolare nei settori d'avvenire, e ai livelli superiori di responsabilità, per ottenere una **migliore utilizzazione di tutte le risorse umane**.

Categorie di azione positiva

Ch. McCrudden:

- 1) Eliminare la discriminazione vietata
- 2) Politiche attivamente inclusive
- 3) Sensibilizzare
- 4) Ridefinire il merito
- 5) Preferenze => **punto controverso...**

Ma preferenze di tipo diverso...

- **Preferenza assoluta:** riservare taluni vantaggi esclusivamente ai rappresentanti del sesso sottorappresentato.
- **Preferenza forte:** accordare vantaggi ai rappresentanti del sesso sottorappresentato che presentano dei criteri minimi di eleggibilità a una data posizione.
- **Preferenza tie-break:** accordare un vantaggio ai rappresentanti del sesso sottorappresentato a parità di qualificazione per una data posizione o a parità di merito per un dato beneficio.
- **Preferenza flessibile:** permette di scavalcare dei vantaggi accordati a un sesso sulla base di altre motivazioni socialmente valide (p.es. disoccupati di lungo termine, genitori singoli, ecc.). Le preferenze forti e tie-break possono essere preferenze flessibili.
- **Preferenza debole:** il sesso è solo uno tra altri criteri di selezione, ciascuno dei quali ha una ponderazione più o meno uguale. (Rapporto Selanec-Senden)

no?

=> **Giuridicamente accettabile** o

Qual è l'obiettivo normativo soggiacente della legislazione e della politica sull'uguaglianza?

Uguaglianza

Formale Stesso trattamento di casi uguali/analoghi	Pari opportunità Garantire parità di condizioni	Sostanziale Parità di risultati	Trasformativa Affrontare gli stereotipi di genere
--	---	---	---

2) Legalità delle misure nazionali di azione positiva nel quadro giuridico UE

- vecchio art. 2(4) direttiva 76/207:

4. 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

Cause faro

Tutte relative all'art. 2(4) dir. 76/207:

- Causa C-450/93 Kalanke v Freie Hansestadt Bremen
- Causa C-409/95 Marschall v Land Nordrhein-Westfalen
- Causa C-158/97 Badeck v Landesamt für Statistik und Datenverarbeitung des Landes Hessen
- Causa C-407/98 Abrahamsson v Fogelqvist
- Causa C-476/99 Lommers v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij
- Causa C-104/09 Roca Alvarez

Kalanke

- “le legislazioni nazionali che garantiscono alle donne **priorità assoluta e incondizionata** per le nomine e promozioni nei settori in cui sono sottorappresentate **vanno oltre i limiti dell'eccezione** di cui all'art. 2(4)”

Marschall; nessuna preferenza automatica

“L'art. 2, nn. 1 e 4, della direttiva del Consiglio del 9 febbraio 1976 non osta ad una norma nazionale che in caso di **pari qualificazioni di candidati di sesso diverso quanto a idoneità, competenza e prestazioni professionali**, obblighi a dare la **precedenza** nella promozione ai **candidati di sesso femminile** nei settori di attività pubblici in cui, al livello del posto considerato, le **donne sono meno numerose degli uomini** *a meno che non prevalgano motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile*, a condizione che:

- a. la detta norma garantisca, in ciascun caso individuale, ai candidati di sesso maschile aventi una **qualificazione pari** a quella dei candidati di sesso femminile un **esame obiettivo** delle candidature che prenda in considerazione tutti i criteri relativi alla persona dei candidati e **non tenga conto della precedenza** accordata ai candidati di sesso femminile quando uno o più di tali criteri facciano propendere per il candidato di sesso maschile, e
- b. tali criteri **non siano discriminatori** nei confronti dei candidati di sesso femminile.”

Badeck

- “L'articolo 2(4) non osta a una norma nazionale che
 - nei settori del pubblico impiego in cui le donne sono **sottorappresentate**, accordi la preferenza, **a parità di qualifiche** tra candidati di sesso diverso, ai candidati di sesso femminile quando ciò sia necessario per garantire il rispetto degli obiettivi del piano di promozione delle donne e non vi siano ostacoli di maggiore rilevanza giuridica, purché detta normativa garantisca che le candidature siano oggetto di **un esame obiettivo che tenga conto della situazione particolare personale di tutti i candidati**,
 - prescrive che gli obiettivi vincolanti del piano di promozione delle donne per posti temporanei del servizio scientifico e per assistenti scientifici devono prevedere una quota minima di personale femminile pari almeno alla percentuale che le donne rappresentano tra i laureati, i titolari di dottorato e gli studenti di ciascun settore di studi,

- essendo diretta ad eliminare una situazione di insufficiente rappresentanza delle donne nelle professioni qualificate in cui le donne siano sottorappresentate e rispetto alle quali lo Stato non abbia il monopolio nella gestione della formazione, attribuisce alle donne almeno la metà dei posti di formazione, a meno che, nonostante l'adozione di misure adeguate per richiamare l'attenzione delle donne sulla disponibilità di posti di formazione, non si abbia un numero sufficiente di candidature femminili,

- a parità di qualifiche tra candidati di sesso diverso, garantisce alle donne in possesso di qualifiche che soddisfino tutti i requisiti stabiliti o previsti la convocazione a colloqui di assunzione nei settori nei quali esse sono sottorappresentate,

- in merito alla composizione degli organi rappresentativi dei lavoratori e degli organi di amministrazione e di controllo, prescrive che le disposizioni legislative adottate per la sua attuazione tengano conto dell'obiettivo di una partecipazione quanto meno paritaria delle donne in seno a tali collegi.

Abrahamsson

- **Gli articoli 2(1) e (4) e l'articolo 141(4) CE ostano a**

“una normativa nazionale in forza della quale un candidato ad un posto nel pubblico impiego appartenente al **sexso sottorappresentato** ed in possesso delle **qualifiche sufficienti** a ricoprire tale posto debba essere scelto con preferenza rispetto a un candidato dell'altro sesso che sarebbe stato designato in assenza di tale normativa, qualora tale misura sia necessaria affinché ad ottenere la nomina sia un candidato del sesso sottorappresentato e la **differenza tra i rispettivi meriti dei candidati non sia di rilevanza tale da dar luogo ad una violazione del criterio di obiettività che deve essere osservato nelle assunzioni.**”

- "L'articolo 2(1) e (4) della direttiva 76/207 e l'articolo 141(4) CE ostano a una normativa nazionale del tipo anzidetto anche nel caso in cui essa trovi applicazione esclusivamente alle selezioni volte ad assegnare un numero di posti preventivamente determinato nonché ai posti creati nell'ambito di un programma speciale adottato da un singolo istituto di insegnamento superiore, programma che autorizzi l'applicazione di misure di discriminazione positiva
- .
- L'articolo 2(1) e (4) della direttiva 76/207 non osta ad una regola giurisprudenziale nazionale in forza della quale a un candidato ad un posto nel pubblico impiego appartenente al sesso sottorappresentato possa essere accordata la preferenza rispetto a un concorrente dell'altro sesso, sempre che i candidati posseggano meriti equivalenti o quasi equivalenti, qualora le candidature siano oggetto di un esame obiettivo che tenga conto della singola situazione personale di tutti i candidati.
- La questione se le norme nazionali che introducono una discriminazione positiva nelle assunzioni nel settore dell'insegnamento superiore siano legittime non può dipendere dal livello del posto da ricoprire."

Lommers

- "L'articolo 2(1) e (4) non si oppone a una normativa introdotta da un ministero al fine di far fronte ad una rilevante sottorappresentazione delle donne nel suo ambito e che, in un contesto caratterizzato da un'insufficienza riconosciuta di strutture di accoglienza adeguate e finanziariamente sostenibili, riserva solo ai dipendenti di sesso femminile posti in asili nido sovvenzionati in numero limitato che esso mette a disposizione dei suoi dipendenti, mentre i dipendenti di sesso maschile possono avervi accesso solo in casi di necessità riconosciuti dal datore di lavoro. Questo vale tuttavia solo laddove ***la deroga così prevista a favore dei dipendenti di sesso maschile sia in particolare interpretata nel senso che essa consente a quelli tra di loro che si assumono da soli la custodia dei loro figli di avere accesso a questo sistema di asili nido alle stesse condizioni dei dipendenti di sesso femminile.***"

Briheche

- Gli articoli 3(1) e 2(4) devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale, quale quella controversa nella causa principale, che riserva l'inopponibilità dei limiti di età per l'accesso ai pubblici impieghi alle vedove non risposate che si trovino nella necessità di lavorare, con l'esclusione dei vedovi non risposati che si trovino nella stessa situazione.

[27 Come ha giustamente rilevato la Commissione, tale disposizione accorda automaticamente e incondizionatamente la preferenza alle candidature di talune categorie di donne, incluse vedove non risposate obbligate a lavorare, riservando loro il vantaggio dell'esenzione dal limite di età per accedere a un impiego pubblico ed escludendo vedovi non risposati che si trovano nella stessa situazione.]

Articolo 157 TFUE

4. Al fine di garantire un'**effettiva e completa parità** tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta 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.

Articolo 23 CDFUE

- La parità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione.
- Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano **vantaggi specifici** a favore del **sexo sottorappresentato**.

Direttiva 2000/78

- Articolo 7 (Azione positiva)
 1. Allo scopo di assicurare **l'effettiva e completa parità**, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a evitare o compensare svantaggi correlati a uno qualunque dei motivi di cui all'articolo 1.

Rifusione direttiva (2006/54)

- Art. 3: Gli Stati membri possono mantenere o adottare misure ai sensi dell'articolo 141, paragrafo 4, del trattato *volte ad assicurare nella pratica la piena parità* tra gli uomini e le donne nella vita lavorativa.
- Sostituisce il vecchio art. 2(4) della direttiva 76/207

Quadro di verifica

Elementi chiave:

- Sesso sottorappresentato
- Pari qualificazioni
- Nessuna precedenza automatica e incondizionata => valutazione del merito oggettiva e individuale, che tenga conto della singola situazione personale di tutti i candidati (clausola di avversità)

Valutazione

Quale concetto di uguaglianza:

- formale?
 - *Stesso trattamento di casi uguali/analoghi*

- Pari opportunità
 - *Garantire parità di condizioni*

- Sostanziale?
 - *Parità di risultati*

- Trasformativo?
 - *Affrontare anche gli stereotipi di genere*

Roca Alvarez

- ³³ Secondo costante giurisprudenza, l'art. 2, n. 4, della direttiva 76/207 ha lo scopo preciso e limitato di autorizzare provvedimenti che, pur apparendo discriminatori, **mirano effettivamente a eliminare o a ridurre le disparità di fatto che possono esistere nella realtà della vita sociale.** Tale norma autorizza misure nazionali in materia di accesso al lavoro, compresa la promozione, le quali, favorendo in special modo le donne perseguono lo scopo di **migliorare la loro capacità di competere sul mercato del lavoro e di coltivare una carriera in posizione di parità rispetto agli uomini** (v. causa C-450/93 *Kalanke* [1995] Racc. pag. I-3051, punti 18 e 19; causa C-409/95 *Marschall* [1997] Racc. pag. I-6363, punti 26 e 27; causa C-158/97 *Badeck and Others* [2000] Racc. pag. I-1875, punto 19; e *Lommers*, punto 32).
- ³⁴ Il citato art. 2, n. 4, mira a ottenere una parità sostanziale anziché formale riducendo le disuguaglianze di fatto che possono intervenire nella vita sociale e, pertanto, ad evitare o a compensare, in conformità all'art. 157, n. 4, TFUE, gli svantaggi nella carriera professionale delle persone interessate (v., in questo senso, sentenze *Kalanke*, cit., punto 19, 6 luglio 2000, causa C-407/98, *Abrahamsson and Anderson*, Racc. pag. I-5539, punto 48, nonché 30 settembre 2004, causa C-319/03, *Briheche*, Racc. pag. I-8807, punto 25).

- 35 Come è stato osservato al punto 21 della presente sentenza, il permesso nella causa principale si concretizza in un'autorizzazione ad assentarsi durante la giornata lavorativa o in una riduzione della durata di quest'ultima. È certo che tale disposizione può avere l'effetto di favorire le donne permettendo alle madri aventi lo status di lavoratore subordinato di conservare l'impiego pur dedicando tempo al proprio figlio. Questo effetto è rafforzato dal fatto che, se il padre del bambino ha egli stesso lo status di lavoratore subordinato, questi ha il diritto di avvalersi del permesso in sostituzione della madre, che non subirebbe conseguenze negative sul suo impiego a causa delle cure e delle attenzioni prestate a suo figlio.
- 36 Tuttavia, il fatto che, come sostiene il governo spagnolo, solo la madre avente lo status di lavoratore subordinato sarebbe titolare del diritto a beneficiare del permesso di cui alla causa principale, mentre il padre avente lo stesso status potrebbe soltanto usufruire di questo diritto senza averne la titolarità, **è invece tale da perpetuare una distribuzione tradizionale dei ruoli tra uomini e donne mantenendo gli uomini in un ruolo sussidiario a quello delle donne per quanto riguarda l'esercizio della loro funzione genitoriale** (v., in tal senso, sentenza *Lommers*, cit., punto 41)."

3) Proposta di direttiva sull'equilibrio di genere nei consigli delle imprese

Da legislazione propositiva a legislazione vincolante =>

Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul **'miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori senza incarichi esecutivi delle società quotate in borsa'** (2012, ultimo aggiornamento del 2017)

➤ **Quali obblighi** comporta effettivamente e quali conseguenze per gli Stati membri?

Oggetto

Art. 1:

La presente direttiva intende raggiungere una rappresentanza più equilibrata di uomini e donne fra gli **amministratori delle società quotate**, stabilendo misure dirette ad accelerare i progressi verso la parità di genere pur lasciando alle imprese quotate il tempo sufficiente per prendere le necessarie disposizioni.

Obiettivo

Articolo 4

Obiettivi riguardanti gli amministratori senza incarichi esecutivi

1. Gli Stati membri provvedono affinché le società quotate:

(a) si prefiggano di raggiungere, entro il 1° gennaio 2020, l'obiettivo che gli appartenenti al sesso sottorappresentato **occupino almeno il 40% dei posti di amministratore senza incarichi esecutivi**

o

(a) si prefiggano di raggiungere, entro il 31 dicembre 2020, l'obiettivo che gli appartenenti al sesso sottorappresentato **occupino almeno il 33% dei posti di amministratore, con e senza incarichi esecutivi**

Obbligo procedurale 1: procedura di assunzione

Articolo 4a

Mezzi previsti per conseguire gli obiettivi

1. Gli Stati membri provvedono affinché, per raggiungere l'obiettivo di cui all'articolo 4, paragrafo 1, nelle società quotate che non conseguano tali obiettivi la **selezione dei candidati all'elezione o alla nomina** per i posti di cui all'articolo 4, paragrafo 1, si svolga sulla base di **un'analisi comparativa delle qualifiche di ciascun candidato**, applicando criteri **chiari, formulati in modo neutro e univoci**, stabiliti prima del processo di selezione.

Obbligo procedurale 2: norma di priorità

2. Nella selezione dei candidati alla nomina o all'elezione per i posti di cui all'articolo 4, paragrafo 1, gli Stati membri provvedono affinché, nella scelta tra candidati **ugualmente qualificati** in termini di **idoneità, competenza e rendimento professionale**, sia data **priorità** al candidato del **sexo sottorappresentato**, a meno che una **valutazione obiettiva** che tenga conto di tutti i criteri specifici dei singoli candidati non faccia propendere per il candidato dell'altro sesso.

Obbligo procedurale 3: dovere di informazione

3. Nel rispetto delle disposizioni della direttiva 95/46/CE, gli Stati membri provvedono affinché, in risposta a una richiesta di un candidato che è stato preso in considerazione nella selezione per la nomina o l'elezione, le società quotate siano tenute a **informare** il candidato di quanto segue:

- (a) i *criteri di qualificazione* su cui si è basata la selezione,
- (b) la *valutazione comparativa obiettiva* dei candidati sulla base di tali criteri, e
- (c) in caso, le *considerazioni* che hanno portato a scegliere un candidato dell'altro sesso.

Obbligo procedurale 4: onere della prova

4. Gli Stati membri adottano le misure necessarie, conformemente ai rispettivi sistemi giuridici nazionali, affinché **qualora un candidato del sesso sottorappresentato adduca elementi** che permettano di presumere la parità delle sue qualifiche rispetto a quelle del candidato dell'altro sesso selezionato per la nomina o l'elezione, ***spetti alla società quotata dimostrare che non è stato violato l'articolo 4 bis, paragrafo 2.***

Discrezionalità per gli Stati membri: clausola di flessibilità

Art. 4b

1. Uno Stato membro nel quale, prima del [GU: *inserire il termine per l'attuazione a norma dell'articolo 8, paragrafo 1*], siano state adottate **misure ugualmente efficaci** allo scopo di conseguire una più equilibrata rappresentanza uomo-donna fra gli amministratori delle società quotate in linea con gli obiettivi di cui all'articolo 4, paragrafo 1, **o siano stati compiuti progressi verso tali obiettivi**, può sospendere l'applicazione dell'articolo 4a. In questo caso, gli obiettivi di cui all'articolo 4, paragrafo 1, sono considerati raggiunti.

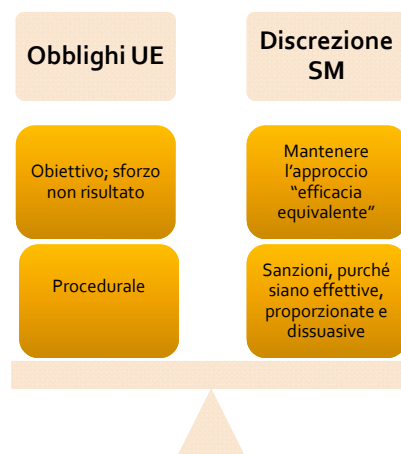
Le condizioni per la sospensione si considerano soddisfatte se, per esempio:

- a) la normativa nazionale impone che gli appartenenti al sesso sottorappresentato occupino almeno il 30% dei posti di amministratore senza incarichi esecutivi o almeno il 25% di tutti i posti di amministratore entro il 1° gennaio 2020 e si applichino misure di esecuzione effettive, proporzionate e dissuasive in caso di inottemperanza a tali requisiti;
- b) gli appartenenti al sesso sottorappresentato occupano almeno il 30% del totale dei posti di amministratore senza incarichi esecutivi o almeno il 25% del totale dei posti di amministratore;
- c) gli appartenenti al sesso sottorappresentato occupano almeno il 25% del numero totale dei posti di amministratore senza incarichi esecutivi o il 20% del numero totale dei posti di amministratore e il livello di rappresentanza è aumentato di almeno 7,5 punti percentuali nei cinque anni precedenti la sospensione dell'applicazione dell'articolo 8, paragrafo 1.

Misure di applicazione

1. Gli Stati membri definiscono un regime di sanzioni **per le violazioni delle disposizioni nazionali adottate in recepimento degli articoli 4a, 4b(1a)(a), 4c, e 5** della presente direttiva e prendono tutte le misure necessarie per garantire che sia applicato.
2. Le sanzioni devono essere **effettive, proporzionate e dissuasive**.
3. Le società quotate possono essere ritenute responsabili soltanto per atti od omissioni che possono essere loro imputati conformemente alla normativa nazionale

Proposta UE in bilico su una corda tesa



Fonti

- C. MCCRUDDEN, 'Rethinking Positive Action' (1986) 15 Industrial Law Journal 219-243.
- C. BELL, A. HEGARTY AND S. LIVINGSTONE, 'The Enduring Controversy: Developments on Affirmative Action Law in North America' (1996) International Journal of Discrimination and the Law 233, a p. 234.
- G. SELANEC AND L.A.J. SENDEN, Positive Action to ensure full equality in practice between men and women, including in company boards, report for the European Commission, 2012, http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender_balance_decision_making/report_gender-balance_2012_en.pdf
- C. O' CINNEIDE, Positive action, 2012 http://www.era-comm.eu/oldoku/SNLLaw/o4_Positive_action/2012_Cinneide_EN.pdf
- Conclusioni del Consiglio europeo, 30 novembre 2015, sulla proposta di direttiva sull'equilibrio di genere nei consigli delle imprese, 14343/15
- L.A.J. Senden, The Multiplicity of Regulatory Responses to Remedy the Gender Imbalance on Company Boards, Utrecht Law Review, 2015 <https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.3004>