

## CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentate il 10 luglio 2007<sup>1</sup>

1. Il Bundesverwaltungsgericht (supremo giudice contenzioso amministrativo federale tedesco) ha chiesto alla Corte di giustizia, in via pregiudiziale, un'interpretazione dell'art. 141 CE, con riferimento alla remunerazione delle ore straordinarie prestate dai lavoratori a tempo parziale, in maggioranza donne.

**I — Contesto normativo***A — Diritto comunitario*

3. L'equiparazione della retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro «è uno dei principi fondamentali della Comunità»<sup>3</sup>, come chiara espressione dell'abolizione delle distinzioni in materia di lavoro<sup>4</sup>.

4. Essa è riconosciuta, dal 1957, nell'art. 119 del Trattato CE, che, dopo il Trattato di Amsterdam<sup>5</sup>, è diventato l'art. 141 CE, con la seguente formulazione:

«1. Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribu-

2. Esso chiede, in concreto, se, conformemente alla sentenza 27 maggio 2004, causa C-285/02, *Elsner-Lakeberg*<sup>2</sup>, le disposizioni nazionali che esso deve applicare comportino una discriminazione indiretta, vietata dall'ordinamento comunitario, in quanto determinano la retribuzione a seconda della categoria professionale e non in proporzione alla retribuzione dei dipendenti occupati a tempo pieno.

3 — Sentenza 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne II* (Racc. pag. 455, punto 12).

4 — Quintanilla Navarro, B., *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pagg. 63-168.

5 — GU 1997, C 340, pag. 1.

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — Racc. pag. I-5861.

zione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

2. Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo.

La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica:

- a) che la retribuzione corrisposta per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura;
- b) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per uno stesso posto di lavoro.

(...)

I - 10576

## B — *La normativa tedesca*

5. Ai sensi dell'art. 35, n. 2, della *Landesbeamtengesetz* (legge del Land di Berlino sul pubblico impiego)<sup>6</sup>, solo in casi eccezionali sono possibili prestazioni straordinarie purché, se esse superano di cinque ore mensili il normale orario di lavoro, venga concesso un riposo compensativo o, se non è possibile, un compenso.

6. Il *Verordnung über die Gewährung von Mehrarbeitsvergütung für Beamte* (regolamento sulla retribuzione del lavoro straordinario dei dipendenti pubblici; in prosieguo, il «*MVergV*»)<sup>7</sup> prescrive, all'art. 4, che ad ogni ora di lavoro straordinario corrisponde una retribuzione graduata a seconda della categoria di inquadramento di chi la esegue; all'art. 5, n. 2, punto 1, si aggiunge che nell'ambito dell'insegnamento scolastico, tre ore di lezione equivalgono a cinque ore complete effettive.

## II — **Fatti, controversia nella causa principale e questione pregiudiziale**

7. La sig.ra Vofß occupa un posto di insegnante alle dipendenze del Land di

6 — Nuova versione del 20 febbraio 1979 (GVBl. BE, pag. 368).

7 — Versione di cui alla comunicazione del 3 dicembre 1998 (BGBl. I, pag. 3494).

Berlino. Essa è stata autorizzata a lavorare a tempo parziale dal 15 luglio 1999 al 29 maggio 2000, per 23 ore di insegnamento alla settimana, a fronte delle 26,5 attribuite ai maestri a tempo pieno.

8. Tra l'11 gennaio e il 23 maggio 2000 l'interessata effettuava 27 ore straordinarie di lezione. In forza del MVergV, ella doveva percepire una retribuzione di DEM 1 075,14, ma reclamava una somma conforme a quella corrisposta ai maestri a tempo pieno, che raggiungeva l'ammontare di DEM 1 616,15.

9. Il datore di lavoro rigettava tale richiesta ma la domanda veniva accolta dinanzi al Verwaltungsgericht (Tribunale amministrativo), che, basandosi sull'art. 141 CE e sull'art. 1 della direttiva 75/117/CEE<sup>8</sup>, riconosceva all'interessata il diritto a percepire le ore straordinarie conformemente alla retribuzione dei lavoratori del suo grado.

10. A seguito di un ricorso in cassazione per saltum, il Bundesverwaltungsgericht

(Seconda Sezione) ha sospeso il procedimento formulando la seguente questione pregiudiziale:

«Se una normativa nazionale, ai sensi della quale la retribuzione per il lavoro straordinario sia uguale per i dipendenti occupati a tempo pieno e per quelli occupati a tempo parziale, ed essa sia inferiore alla retribuzione proporzionale spettante ai dipendenti occupati a tempo pieno per un equivalente tempo di lavoro svolto durante l'orario normale, sia incompatibile con l'art. 141 CE qualora i lavoratori occupati a tempo parziale siano prevalentemente di sesso femminile».

### III — Procedimento dinanzi alla Corte

11. Hanno presentato osservazioni, entro il termine fissato dall'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia, la sig.ra Voß, il governo tedesco e la Commissione.

12. La sig.ra Voß sostiene che la MVergV comporta una discriminazione indiretta per i lavoratori a tempo parziale, principalmente

8 — Direttiva del Consiglio 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 (GU L 45, pag. 19).

maestre, in quanto percepiscono una somma inferiore rispetto a quelle che seguono un orario a tempo pieno, senza giustificazione obiettiva dato che, in base alla giurisprudenza, le ore straordinarie comportano un onere maggiore per coloro che non seguono l'orario a tempo pieno.

15. Chiusa la fase scritta del procedimento, nessuno ha chiesto che fosse tenuta un'udienza, per cui, dopo la riunione generale del 5 giugno 2007, la causa era pronta per l'elaborazione delle presenti conclusioni.

#### IV — Esame della questione pregiudiziale

13. Il governo federale nega però che vi sia disparità di trattamento, dato che, prendendo in considerazione le diverse voci dello stipendio, si rileva che la retribuzione è identica per tutti i dipendenti e per qualunque tipo di ora di lavoro, in relazione alla categoria professionale.

16. Per facilitare la soluzione della questione pregiudiziale, occorre illustrare, innanzitutto, il divieto di discriminazioni sul lavoro nel contesto comunitario in linea con quanto accennato in conclusioni precedenti<sup>9</sup>; successivamente, le caratteristiche particolari del lavoro a tempo parziale, con particolare riferimento alla remunerazione di tale tipo di lavoro, per affrontare, da ultimo, la questione sollevata dal Bundesverwaltungsgericht.

14. La Commissione pone l'accento sul metodo di confronto delle retribuzioni, poiché un controllo efficace richiede un esame di ciascun elemento dello stipendio, senza ammettere una valutazione globale. Con questa premessa, essa asserisce che, con il sistema tedesco, per una uguale quantità di lavoro settimanale, gli insegnanti a tempo parziale ricevono un trattamento inferiore rispetto a quelli a tempo pieno. Questa disparità di trattamento violerebbe l'art. 141 CE se pregiudicasse più le donne degli uomini.

*A — La parità tra i lavoratori dell'uno e dell'altro sesso nell'Unione*

17. La discriminazione della donna sul mercato del lavoro dipende, in gran parte,

<sup>9</sup> — Conclusioni presentate nella causa che ha dato luogo alla sentenza 21 luglio 2005, causa C-207/04, Vergani (Racc. pag. I-7453, punti 19-38).

dal fatto che, tradizionalmente, essa è stata considerata di condizione inferiore e relegata alle incombenze familiari<sup>10</sup>. San Tommaso d'Aquino pensava che la natura culmini nella mascolinità; la donna è una «cosa imperfetta e occasionale», «essendo normalmente sottomessa all'uomo, che ha un miglior discernimento razionale; e che lo stato di innocenza non esclude la disuguaglianza di condizioni»<sup>11</sup>. Con questa ideologia non stupisce che il diritto medievale richiedesse il consenso del padre o del marito perché la donna potesse alienare il patrimonio, amministrare i beni o presentarsi dinanzi ad un giudice, benché la realtà fosse diversa, come dimostra il fatto che, nel 1270, sia stato introdotto nel *Sachsenspiegel* (raccolta di costumi germanici) il seguente paragrafo: «essendo certo che le donne leggono più libri essi debbono pertanto spettar loro in eredità»<sup>12</sup>.

donne, che per la maggior parte suole essere esasperato e scomposto» [traduzione libera]. L'autore allude poi alla «(...) leggerezza delle donne, alla loro incostanza, alle loro maniere doppie, alle loro promesse morte, alla loro fede corrotta, e, infine, allo scarso raziocinio che hanno nel saper sistemare i loro pensieri e le loro idee» [traduzione libera]<sup>13</sup>.

18. Miguel de Cervantes si fa eco di questa caratterizzazione secolare quando il capraio, nel raccontare a Don Chisciotte la storia di Leandra, menziona «(...) l'affetto delle

19. Tuttavia si alzarono progressivamente voci che, come Stuart Mill nel 1869, denunciarono la condizione di «schiavitù civile» in cui si trovavano le donne sposate<sup>14</sup>, anche se la incapacità giuridica permaneva, dato che veniva recepita nei codici civili del secolo XIX, ispirati a quello di Napoleone.

20. Al momento della costituzione delle Comunità europee, il principio di parità di trattamento tra i due sessi soffriva di notevoli carenze. Il Trattato di Roma nella sua versione originale si limitava a proclamare la parità salariale, ma tale circostanza non ha

10 — Rodríguez-Piñero e Bravo-Ferrer, M., «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)», *Relaciones Laborales*, 1999/II, pag. 27.

11 — Somma teologica, parte I, questione 92, *Creazione della donna*.

12 — Riporto la citazione di Rucquoy, A., «La mujer medieval: fin de un mito», *Cuadernos de Historia* 16, Grupo 16, Madrid, 1985.

13 — Cervantes Saavedra, M., *Don Quijote de la Mancha*, edizione, introduzione e note di Martín de Riquer, capitolo LI della prima parte, Ed. RBA, Barcellona, 1994, pagg. 597 e 598.

14 — Stuart Mill, J., *Il sometimiento de las mujeres*, Ed. EDAE, Madrid, 2005.

evitato che il menzionato principio si trasformasse in uno dei fulcri dell'attività comunitaria, dando luogo ad una serie di norme<sup>15</sup>, tra le quali spiccano quelle relative all'equiparazione in materia retributiva<sup>16</sup>, in materia di accesso all'impiego, in materia di formazione e di promozione professionale, nonché di condizioni di lavoro<sup>17</sup> o di previdenza sociale<sup>18</sup>.

21. Con il Trattato dell'Unione Europea nel 1992<sup>19</sup> questa politica comunitaria egualitaria acquista una dimensione propria ed autonoma rispetto a quella economica (ex artt. B del Trattato UE e 2 del Trattato CE).

22. La tendenza si accentua nel Trattato di Amsterdam del 1997, che incarica espressamente la Comunità di «(...) promuovere (...) la parità tra uomini e donne (...)» (art. 2), incorporando tra i suoi obiettivi quello di

eliminare le ineguaglianze nonché quello di promuovere tale parità (art. 3). Inoltre vengono aggiunti all'art. 119, divenuto dopo Amsterdam art. 141 CE, due nuovi paragrafi che prevedono, da un lato, che il Consiglio assicuri l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento in materia di occupazione e impiego — ivi compreso l'aspetto retributivo — e, dall'altro, 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.

23. Il Trattato di Nizza nel 2001 conferma i progressi anteriori e modifica la redazione dell'art. 13 CE, il cui punto 1 autorizza il Consiglio ad adottare «provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso (...)».

24. Queste innovazioni rispetto al diritto originario, nonché l'evoluzione dei tempi e il consolidamento del rigetto delle distinzioni tra lavoratori dell'uno e dell'altro sesso, hanno spinto non solo all'approvazione di disposizioni che fissano un quadro generale

15 — Uno studio delle disposizioni più importanti e della loro evoluzione normativa si trova, tra l'altro, in Pérez del Río, T., *Una aproximación al derecho social comunitario*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, pagg. 87 e segg.; Sala Franco, T., «Igualdad de trato. Despidos colectivos», in *El espacio social europeo*, Centro de Documentación Europea, Università di Valladolid, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1991, pagg. 249 e segg.; o Saullé, M.R., «Gli interventi comunitari in tema di parità uomo-donna e le azioni positive in favore delle donne», in *Lavoro femminile e pari opportunità*, Ed. Cacucci, Bari, 1989, pagg. 60 e segg.

16 — Direttiva 75/117, cit.

17 — Direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (GU L 39, pag. 40).

18 — Direttive del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale (GU 1979, L 6, pag. 24); e 24 luglio 1986, 86/378/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore di regimi professionali di sicurezza sociale (GU L 225, pag. 40), modificata dalla direttiva del Consiglio 20 dicembre 1996, 96/97/CE (GU 1997, L 46, pag. 20).

19 — GU 1992, C 191, pag. 1.

per la parità di trattamento nell'impiego e nell'occupazione<sup>20</sup>, ma anche al cambiamento della direttiva 76/207<sup>21</sup>.

25. Tuttavia questa gamma di norme contro la discriminazione non riesce a modificare la tendenza, radicata nella società da secoli, dato che, anche se aumenta il numero di donne sul mercato del lavoro, i tassi di occupazione<sup>22</sup> e il livello salariale non sono equiparabili<sup>23</sup> a quelli degli uomini.

26. Questi dati rivelano che, per ottenere un bilancio più equo, non bastano le iniziative legislative, dato che la sorte avversa della donna sul lavoro si basa su credenze e su abitudini ferreamente ancorate a pregiudizi ancestrali. È necessario un cambiamento di mentalità che stabilizzi le fondamenta storiche di tanta mancanza di considerazione, impresa ardua, complessa e lenta in cui tutti, in particolare i pubblici poteri, sono impegnati.

20 — Direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE (GU L 303, pag. 16).

21 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 23 settembre 2002, 2002/73/CE, che modifica la direttiva menzionata (GU L 269, pag. 15).

22 — Rivas García, J., *La Europa social*, Ed. José María Bosch, Barcellona, 1999, pagg. 77-80, fornisce dati statistici per dimostrare che, nel 1995, l'occupazione media ammontava al 66,2% per gli uomini e al 45% per le donne.

23 — Nell'anno 2002 le donne europee percepirono meno degli uomini in media il 18% nel settore privato e il 13% in quello pubblico (*Europeas discriminadas*, EL PAÍS, 14 ottobre 2002, pag. 12).

27. La Corte si è accollata questo compito e, nell'ambito delle sue competenze, contribuisce all'eliminazione delle frequenti discriminazioni che ancora permangono in ordinamenti giuridici così avanzati come quello dell'Unione europea e quelli degli Stati che la compongono.

## B — *Il lavoro a tempo parziale*

### 1. Valutazione generale

28. Nell'ambito comunitario, per «lavoratore a tempo parziale» si intende «il lavoratore il cui orario di lavoro normale, calcolato su base settimanale o in media su un periodo di impiego che può andare fino ad un anno, è inferiore a quello di un lavoratore a tempo pieno comparabile»<sup>24</sup>.

24 — Clausola 3, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES, allegato alla direttiva del Consiglio 15 dicembre 1997, 97/81/CE, (GU L 14, pag. 9). Per l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (in prosieguo: l'«OIL»), l'espressione «designa ogni lavoratore subordinato la cui attività lavorativa ha una durata normale inferiore a quella dei lavoratori a tempo pieno in posizione analoga» [lett. a) dell'art. 1 dell'accordo n. 175, sul lavoro a tempo parziale, adottato il 24 giugno 1994, in vigore dal 28 febbraio 1998].

29. L'ampiezza della nozione permette di comprendere molteplici rapporti di lavoro che rispondono a diversi obiettivi, di modo che la gran voga di questa modalità deriva dalla sua utilizzazione per promuovere la cosiddetta «ripartizione dell'impiego»<sup>25</sup>, grazie alla flessibilità che offre<sup>26</sup>.

30. Con questa modalità di lavoro viene resa una prestazione giornaliera inferiore a quella piena che viene effettuata in forma prevalente essendo il punto di riferimento della normativa di legge e collettiva. Così, quindi, la qualità essenziale del lavoro a tempo parziale si riflette sull'orario, su cui incidono anche le ore straordinarie, per cui la pratica di tali supplementi di prestazioni ridotte ha ricevuto ripetute critiche<sup>27</sup>.

25 — Durán López, F., «La reducción del tiempo de trabajo: una aproximación al debate europeo», *Revista de Trabajo*, nn. 57 e 58, 1980, pag. 52.

26 — Primo paragrafo del preambolo, terzo e quarto 'considerando' e clausola I, lett. b), dell'accordo quadro citato.

27 — Cabeza Pereiro, J., e Losada Arochena, J.F., *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Ed. Comares, Granada, 1999, pagg. 43-45, fanno un'esposizione delle obiezioni dottrinali, come la non funzionalità delle ore straordinarie rispetto alle premesse del contratto a tempo parziale, la contraddizione con le finalità di ripartizione dell'impiego e con la flessibilità propria di tale contratto, così come le frodi che provoca. Negli Stati membri si coglie l'eco di tali obiezioni, ad es., in Spagna, l'art. 12, n. 4, lett. c), dello Statuto dei lavoratori [nella redazione data dal regio decreto-legge. 27 novembre 1998, n. 15 (BOE n. 285, pagg. 39188 e segg.)] vieta in via generale tali ore straordinarie, sostituite da quelle «complementari»; in Francia, anche gli artt. L. 212-4-3 e L. 212-4-4 del Code du Travail [modificati dalla Legge 26 luglio 2005, n. 2005-841 (JORF del 27 luglio 2005)], menzionano le «ore complementari»; e in Italia, l'art. 3 del decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61, attuazione della direttiva 97/81/CE relativa all'accordo-quadro sul lavoro a tempo parziale (GURI n. 66 del 20 marzo 2000), impone talune restrizioni.

31. Inoltre si constata che le donne fanno un uso maggiore rispetto agli uomini di questo tipo di lavoro, dato che esso procura loro una maggiore disponibilità per svolgere altri compiti, come quelli domestici<sup>28</sup>, anche se il tempo da dedicare alla famiglia dipende dal numero dei suoi componenti, dall'età dei figli, dalle eventuali persone non autonome, dagli usi culturali e sociali, dai mezzi economici disponibili, dall'ambiente in cui si vive<sup>29</sup> e da altre circostanze di ogni tipo.

## 2. Le discriminazioni retributive

### a) Idee generali

32. Esiste un principio fondamentale nei rapporti tra i contratti a tempo parziale e quelli a tempo pieno: il principio di uguaglianza, che impedisce un trattamento meno favorevole in caso di riduzione dell'orario

28 — McRae, S., *El trabajo a tiempo parcial en la Unión Europea: dimensión en función del sexo*, Ufficio delle pubblicazioni delle Comunità europee, Lussemburgo, 1996, identifica i vantaggi e gli inconvenienti per le donne di questa modalità di lavoro. Grossin, W., nell'introduzione dell'edizione spagnola della sua opera *Trabajo y tiempo*, Ed. Nova Terra, Barcellona, 1974, rileva già che «la vita lavorativa determina la vita totale del lavoratore». La stessa ricorrente asserisce nelle sue osservazioni scritte di effettuare un lavoro di minor durata per conciliare la vita familiare e quella lavorativa.

29 — Beltrán Felip, R., «Las mujeres y el trabajo a tiempo parcial en España. Elementos para su análisis», *Cuaderno de Relaciones Laborales*, n. 17, 2000, pag. 145.



giornaliero, a meno che esso non si giustifichi per motivi obiettivi<sup>30</sup>. Tale principio comporta che le differenze tra i due contratti derivino esclusivamente dalla durata della prestazione, dato che per il resto sussistono identici diritti e obblighi.

33. Tale equiparazione vale anche nell'ambito salariale<sup>31</sup> dato che la retribuzione deve essere proporzionale alla durata della prestazione<sup>32</sup>. Tuttavia nello stipendio confluiscono componenti di varia natura, alcuni svincolati dall'orario di lavoro, per cui potrebbero non formare oggetto di esame<sup>33</sup>. Ecco perché l'equiparazione non significa adottare una posizione lineare o di identità che sfocerebbe in situazioni assurde<sup>34</sup>.

34. La Corte ha esaminato la discriminazione in base al sesso nella remunerazione

dei lavoratori a tempo parziale di sesso femminile rispetto ai loro colleghi di sesso maschile tenuti a seguire l'orario giornaliero a tempo pieno<sup>35</sup>.

35. La sentenza 31 marzo 1981, causa 96/80, Jenkins<sup>36</sup>, ha risolto una controversia sollevata da un'impiegata a tempo parziale che percepiva per un'ora di lavoro una retribuzione inferiore a quella di un collega a tempo pieno. La Corte ha considerato che la differenza tra le spettanze dell'una e dell'altra categoria di lavoratori dipendenti violava l'ex art. 119 del Trattato in quanto riduceva la retribuzione dei lavoratori impiegati a tempo parziale, quando «questo gruppo di dipendenti è composto esclusivamente o prevalentemente di persone di sesso femminile» (punto 15).

36. Sulla scia della sentenza Jenkins vengono in rilievo, anni dopo, le sentenze 13 maggio 1986, causa 170/84, Bilka<sup>37</sup>, secondo la quale l'esclusione dei lavoratori a tempo parziale, soprattutto donne, dal regime pensionistico aziendale viola il diritto comunitario, a meno che essa non sia basata su fattori obiettivamente estranei a qualsiasi giustificazione basata sul sesso; quella del 13 luglio 1989, causa 171/88, Rinner-Kühn<sup>38</sup>, in cui, a fronte

30 — Quarta clausola, n. 1, del menzionato accordo quadro che, nondimeno, lo restringe alle «condizioni di impiego».

31 — Benavente Torres, M.L., *El trabajo a tiempo parcial*, Ed. Consejo Económico y Social de Andalucía, Siviglia, 2005, pag. 333.

32 — L'art. 5 dell'accordo n. 175 dell'OIL richiede la «proporzionalità» nello stipendio, calcolato «su base oraria, per rendimento o per unità».

33 — La disparità tra alcune voci e altre si coglie al punto 10 della raccomandazione n. 182 dell'OIL, di pari data rispetto all'accordo n. 175, quando riconosce il diritto a godere, «a condizioni eque», delle compensazioni pecuniarie aggiuntive.

34 — Merino Senovilla, H., *El trabajo a tiempo parcial*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1994, pag. 136.

35 — Allo stesso modo essa ha deciso altri aspetti del lavoro a tempo parziale. Così dimostrano, tra le sentenze più recenti, le sentenze 22 novembre 2005, causa C-144/04, Mangold (Racc. pag. I-9981), circa la possibilità di stipulare contratti di questo tipo senza alcun limite; 10 marzo 2005, causa C-196/02, Nikoloudi (Racc. pag. I-1789), sul calcolo dell'anzianità e sull'inserimento nell'organico del personale ordinario; e 12 ottobre 2004, causa C-313/02, Wippel (Racc. pag. I-9483), relativa alla durata della prestazione giornaliera e alla distribuzione dell'orario di lavoro.

36 — Racc. pag. 911.

37 — Racc. pag. 1607.

38 — Racc. pag. 2743.

di un caso analogo la Corte ha esaminato la stessa trasgressione consistente nella privazione del diritto a conservare lo stipendio durante l'assenza per malattia; e quella del 27 giugno 1990, causa C-33/89, Kowalska<sup>39</sup>, in cui, in circostanze analoghe, è stata vietata l'esclusione della concessione di un'indennità temporanea in caso di cessazione del rapporto di lavoro.

37. Parimenti, sono state rilevate disuguaglianze a danno di coloro che scelgono un'attività lavorativa a tempo parziale, in maggioranza lavoratrici, nelle sentenze 7 febbraio 1991, causa C-184/89, Nimz<sup>40</sup>, relativa alla durata dei periodi di prova necessari per raggiungere una categoria retributiva superiore; e 4 giugno 1992, causa C-360/90, Böttel<sup>41</sup>, sulla minor compensazione dei corsi di formazione a cui partecipano i membri della commissione interna.

38. Più di recente, nelle sentenze 20 marzo 2003, causa C-187/00, Kutz-Bauer<sup>42</sup>, e 11 settembre 2003, causa C-77/02, Steinicke<sup>43</sup>, sono stati esaminati i requisiti necessari perché i dipendenti pubblici tedeschi di una certa età possano beneficiare di un regime di lavoro a tempo parziale; e in quella 23 ottobre 2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, Schönheit e Becker<sup>44</sup>, è stata ribadita la dottrina Bilka, ritenendosi contra-

stante con le norme comunitarie una normativa che comporta «una riduzione dell'importo della pensione dei funzionari pubblici che hanno svolto le loro funzioni a orario ridotto durante una parte almeno della loro carriera, quando questa categoria di funzionari pubblici comprende un numero considerevolmente più elevato di donne che di uomini» (punto 74).

#### b) I criteri di comparazione

39. Anche se le sentenze passate in rassegna hanno un filo conduttore comune, si osservano divergenze nei fattori esaminati per constatare una discriminazione.

40. Così, nella sentenza Helmig e a., le impiegate a tempo parziale che superavano l'orario giornaliero contrattuale reclamavano una maggiorazione retributiva prevista in un accordo collettivo per le ore straordinarie eccedenti l'orario giornaliero a tempo pieno. Nella sentenza 15 dicembre 1994, cause riunite C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 e C-78/93<sup>45</sup>, è stato

39 — Racc. pag. I-2591.

40 — Racc. pag. I-297.

41 — Racc. pag. I-3589.

42 — Racc. pag. I-2741.

43 — Racc. pag. I-9027.

44 — Racc. pag. I-12575.

45 — Racc. pag. I-5727.

sottolineato che «c'è disparità di trattamento tutte le volte in cui la retribuzione totale pagata ai lavoratori a tempo pieno sia più elevata, a parità di ore prestate in forza di un sottostante rapporto di lavoro retribuito, di quella versata ai lavoratori a tempo parziale» (punto 26), circostanza che non si verificava nella causa principale, in cui entrambi i gruppi di dipendenti ricevevano la stessa retribuzione per un identico numero di ore ordinarie o straordinarie di lavoro (punti 27-29)<sup>46</sup>.

41. Nella sentenza 31 maggio 1995, causa C-400/93, Royal Copenhagen<sup>47</sup>, si è fatto cenno ancora una volta di un esame «complessivo» (punto 18), a parte il fatto che, nell'ambito del lavoro a cottimo l'eventualità di retribuzioni medie differenti per donne e per uomini «non basta a dimostrare l'esistenza di una discriminazione» (punto 22). In termini analoghi nella sentenza 6 febbraio 1996, causa C-457/93, Lewark<sup>48</sup>, è stato fatto ricorso alla «retribuzione totale» (punto 25) per qualificare come disparità di trattamento il diniego ad una lavoratrice a tempo parziale del compenso per assistere a corsi di formazione organizzati per l'attività delle commissioni interne, dato che essi erano organizzati al di fuori del suo orario di lavoro, anche se durante

46 — Infatti, da un lato «il lavoratore a orario ridotto, il cui orario di lavoro, contrattualmente fissato, sia di 18 ore riceve in tal modo, lavorando per una diciannovesima ora, una retribuzione complessiva uguale a quella ottenuta dal lavoratore a tempo pieno per le 19 ore prestate» (punto 28), dato che l'ora straordinaria viene pagata come una normale; d'altro lato, «il lavoratore ad orario ridotto gode parimenti di una retribuzione complessiva uguale a quella del lavoratore a tempo pieno quando superi il limite del normale orario di lavoro quale stabilito dai contratti collettivi, poiché egli gode in tal caso anche della maggiorazione retributiva per le ore di lavoro straordinario» (punto 29).

47 — Racc. pag. I-1275.

48 — Racc. pag. I-243.

l'orario di lavoro a tempo pieno, di modo che quelli che si regolavano in base a quest'ultimo avrebbero percepito tale compenso (punto 26).

42. Ciononostante, nella sentenza 17 maggio 1990, causa C-262/88, Barber<sup>49</sup>, è stato affermato che una vera trasparenza, che consenta un controllo efficace delle disuguaglianze, non si ottiene comparando tutti i vantaggi di varia natura concessi a seconda dei casi ai lavoratori di sesso maschile o a quelli di sesso femminile, ma applicandola a ciascun elemento della retribuzione (punto 34).

43. La giurisprudenza Barber è stata ribadita in sentenze successive, come la sentenza 30 marzo 2000, causa C-236/98, JämO<sup>50</sup>, in cui è stato considerato necessario raffrontare «la retribuzione base mensile delle ostetriche con quella dei tecnici ospedalieri» (punto 44), o la citata sentenza 27 maggio 2004, Elsner-Lakeberg, in cui viene esaminata una normativa che retribuiva le ore straordinarie ai lavoratori, a tempo pieno o a tempo parziale, solo quando superavano le tre al mese. In tale sentenza è stato imposto di mettere separatamente a confronto la retribuzione dell'orario normale e quella delle ore straordinarie (punto 15), in quanto anche se la retribuzione di queste ultime è soggetta

49 — Racc. pag. I-1889.

50 — Racc. pag. I-2189.

alle stesse condizioni per qualunque tipo di orario giornaliero, «3 ore di straordinario rappresentano un onere maggiore per gli insegnanti a tempo parziale che per quelli a tempo pieno», e se ne è desunta una «disparità di trattamento» a danno dei primi (punto 17)<sup>51</sup>.

44. Rilevo pertanto due orientamenti giurisprudenziali per quanto riguarda i criteri utilizzabili per verificare la violazione della parità salariale: quello che opera una valutazione globale e quello che effettua un esame per singole voci. Questo dilemma si trova nel fondo della questione pregiudiziale del Bundesverwaltungsgericht.

45. Ritengo che la stessa Corte sia consapevole di tali due criteri, dato che li ha collegati nella sentenza 26 giugno 2001, causa C-381/99, Brunnhofer<sup>52</sup>, in un caso in cui un'impiegata di banca non percepiva un'indennità integrativa individuale riconosciuta ad un collega della stessa categoria professionale, ed era controverso se essi svolgessero un lavoro simile; è stato dichiarato che

«la parità delle retribuzioni deve essere assicurata non solo in relazione ad una valutazione globale dei vantaggi concessi ai lavoratori, ma anche alla luce di ciascun elemento della retribuzione preso separatamente» (primo trattino del dispositivo).

46. Con analogo intento di mettere d'accordo i due criteri, l'avvocato generale Jacobs, al paragrafo 32 delle conclusioni nella causa che ha dato luogo alla citata sentenza JämO, avverte che quando, per ragioni storiche o di altro tipo, la struttura della retribuzione sia complessa e risulti difficile o impossibile identificare le sue componenti o i criteri per la loro attribuzione, può rivelarsi nel contempo poco realistico e vano «esaminare in modo separato» le singole componenti della retribuzione complessiva, di modo che sarebbe necessaria la «valutazione globale»<sup>53</sup>.

51 — Nella sentenza è stato rimesso al giudice del rinvio il compito di valutare se la disparità interessasse un numero molto più elevato di donne che di uomini, se essa rispondesse a un obiettivo estraneo all'appartenenza a un determinato sesso e se fosse necessaria per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito (punto 18).

52 — Racc. pag. I-4961.

53 — Al paragrafo 44 delle conclusioni l'avvocato generale Jacobs aggiunge che «la regola generale deve essere di tenere naturalmente conto del numero delle ore di lavoro prestate da due dipendenti la cui retribuzione costituisce oggetto di raffronto e che una differenza in merito giustificherebbe una differenza retributiva, sicché, per considerare esempi estremi, sarebbe ovviamente non discriminatorio retribuire un uomo che lavori a tempo pieno il doppio di una donna che svolga il medesimo lavoro a metà tempo, o un uomo che presta lavoro straordinario in misura superiore rispetto ad una lavoratrice che non svolga prestazioni di lavoro straordinario».

*C — Il dilemma sollevato nella questione pregiudiziale*

obiettiva estranea a qualsiasi discriminazione basata sul sesso<sup>57</sup>.

47. Non vi è dubbio che il pagamento delle ore straordinarie costituisce una forma di retribuzione, soggetta al principio di uguaglianza tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile sancito all'art. 141 CE.

48. La giurisprudenza ha rinvenuto una discriminazione contraria a tale principio nell'applicazione di precetti distinti a situazioni analoghe o nell'utilizzazione della stessa norma in ipotesi diverse<sup>54</sup>; la valutazione di questo punto richiede che venga chiarito se le disposizioni controverse producano effetti più sfavorevoli nei confronti dei lavoratori di un determinato sesso<sup>55</sup>, senza dimenticare che il principio di uguaglianza delle retribuzioni, così come quello di non discriminazione, di cui esso è espressione particolare, si presenta sempre di fronte a situazioni paragonabili<sup>56</sup>. Non si verifica neppure una discriminazione indiretta nel caso in cui sia adottata, ad esempio, una normativa che, pur essendo formulata in maniera neutra, pregiudichi un numero molto maggiore di donne che di uomini, a meno che non ricorra una giustificazione

49. La proiezione di queste idee nella causa in esame comporta tre operazioni successive per accertare: in primo luogo, se esista una disparità di trattamento tra lavoratori a tempo pieno e lavoratori a tempo parziale o qualche conseguenza sfavorevole per questi ultimi; in secondo luogo, se essa pregiudichi un numero superiore di donne che di uomini; infine, se essa sia indispensabile per conseguire l'obiettivo perseguito e dipenda da fattori obiettivamente giustificati ed estranei a qualsiasi discriminazione sulla base del sesso.

1. L'accertamento di una discriminazione

a) Esposizione

50. Un professore a tempo pieno percepisce la retribuzione corrispondente a un carico di ore di lezione di 26,5 settimanali. Un altro

54 — Sentenze 14 febbraio 1995, causa C-279/93, Schumacker (Racc. pag. I-225, punto 30); 13 febbraio 1996, causa C-342/93, Gillespie e a. (Racc. pag. I-475, punto 16); e 27 ottobre 1998, causa C-411/96, Boyle e a. (Racc. pag. I-6401, punto 39).

55 — Sentenze 9 febbraio 1999, causa C-167/97, Seymour-Smith e Pérez (Racc. pag. I-623, punto 58), e Schönheit e Becker, cit., punto 69.

56 — Sentenze 16 settembre 1999, causa C-218/98, Abdoulaye e a. (Racc. pag. I-5723, punto 16), e 29 novembre 2001, causa C-366/99, Griesmar (Racc. pag. I-9383, punto 39).

57 — Sentenze 30 novembre 1993, C-189/91, Kirsammer-Hack (Racc. pag. I-6185, punto 22); 2 ottobre 1997, causa C-1/95, Gerster (Racc. pag. I-5253, punto 30), e causa C-100/95, Kording (Racc. pag. I-5289, punto 16); 17 giugno 1998, causa C-243/95, Hill e Stapleton (Racc. pag. I-3739, punto 34); 12 luglio 2001, causa C-189/01, Jippes e a. (Racc. pag. I-5689, punto 129); 12 dicembre 2002, causa C-442/00, Rodríguez Caballero (Racc. pag. I-11915, punto 32), e le citate sentenze Rinner-Kühn, punto 12; Lewark, punto 31, e Kutz-Bauer, punto 50.

professore a tempo parziale percepisce la somma proporzionale alle 23 ore settimanali assegnategli. L'ora straordinaria si paga allo stesso modo in entrambe i casi, a seconda della categoria in cui risultino inquadrati, nella misura dell'orario effettuato, anche se l'importo è minore rispetto a quello dell'ora normale pagata all'insegnante tenuto a seguire l'orario giornaliero a tempo pieno<sup>58</sup>.

cussione svantaggiosa si deduce raffrontando esclusivamente, da un lato, la retribuzione ridotta degli impiegati a tempo parziale con quella normale degli impiegati a tempo pieno e, dall'altro, la retribuzione delle ore straordinarie pagate a ciascun gruppo.

53. Di conseguenza, il dilemma si basa sull'ampliamento del criterio per il raffronto.

51. Questa determinazione del valore dell'ora implica che una persona che effettui ore straordinarie durante la fascia compresa tra il limite del suo orario giornaliero ridotto e quello dell'orario giornaliero a tempo pieno — da 23 a 26,5 ore settimanali — riceva, in proporzione, una somma minore rispetto a chi effettua l'orario giornaliero a tempo pieno. Pertanto se lavorasse 3,5 ore più delle 23 contrattuali, essa non otterrebbe la retribuzione di chi si trova tenuto sin dall'inizio a lavorare 26,5 ore, poiché la compensazione di quelle 3,5 ore è diversa nell'uno e nell'altro caso<sup>59</sup>.

b) Soluzione proposta

i) Idee preliminari

54. Ho già detto che, per avvalorare la violazione della parità salariale, la giurisprudenza si è pronunciata o per una valutazione globale ovvero per un esame per voci separate.

52. Ciononostante, come abilmente sostiene il Bundesverwaltungsgericht, nessuna ripre-

55. Questi due criteri, lungi dal contraddirsi, si integrano tra loro e il loro impiego in ciascuna causa dipende dalle circostanze che si presentano. Non si intravede neppure una prevalenza, poiché, in generale, si ricorre all'esame particolareggiato e solo occasionalmente alla valutazione generale.

58 — A differenza di quanto, secondo la ricorrente, avviene abitualmente in quanto le ore straordinarie di norma si pagano di più, benché il governo tedesco ritenga il contrario (punto 35 delle sue osservazioni).

59 — Il fenomeno non si verifica quando si oltrepassa la prestazione giornaliera tipica, a partire dalle 26,5 ore, poiché da tale momento vi è coincidenza totale.

56. Affrontare la soluzione ricorrendo meccanicamente a uno qualunque dei due criteri distorce la prospettiva esposta quando ho accennato all'uguaglianza comunitaria tra i lavoratori dipendenti dei due sessi, così come alle particolarità del lavoro a tempo parziale, e tiene in non cale la regola base dell'art. 141 CE secondo cui lo stesso lavoro deve ricevere la stessa retribuzione.

57. Inoltre, risulta equivoco il riferimento alla retribuzione lorda o alle sue componenti, poiché alcune si trovano svincolate dall'orario lavorativo giornaliero, che, a sua volta, rappresenta l'elemento caratterizzante dei contratti a orario ridotto. Occorrerebbe anche ammettere la ponderazione globale di taluni ingredienti specifici.

58. Perciò, il compito della Corte non è soggetto ad una coercizione rigida, ma, ove si presenti la possibilità di utilizzare strumenti diversi, deve scegliere il migliore per conseguire l'obiettivo della norma comunitaria che essa deve interpretare.

## ii) Controversia nella causa principale

59. Ove il principio di uguaglianza fosse esaminato a fronte della retribuzione delle

ore, normali o straordinarie, e si raffrontassero solo quelle di ciascun tipo, non si constatarebbe alcuna infrazione dato che, in concreto, hanno valore analogo le ore aggiuntive effettuate dai lavoratori a tempo parziale e quelle effettuate dai lavoratori a tempo pieno.

60. Tuttavia, procedendo in tal modo, si trascurerebbe l'incidenza sulla retribuzione finale della somma pagata per i due tipi di ore, malgrado il fatto che entrambe sono di identica natura. Per di più non si è mai insinuato che il lavoro della sig.ra Voß al di là del suo orario differisca da quello effettuato nel corso dell'orario giornaliero contrattuale o da quello svolto da chi si basa sull'orario a tempo pieno.

61. Sarebbe quindi necessaria una valutazione globale, con la valutazione di voci omogenee, tenendo sempre presente il principio secondo cui ugual lavoro merita uguale retribuzione.

62. Pertanto posso soltanto condividere le osservazioni della ricorrente e della Commissione, in virtù delle quali la Corte dovrebbe verificare se, nel caso in esame, il

lavoro svolto durante ore straordinarie dalle persone soggette all'orario ridotto è pagato peggio di quello effettuato durante tali periodi da quelle soggette all'orario ordinario.

comunitario, spetta al giudice del rinvio accertare se la maggior parte dei contratti a tempo parziale siano sottoscritti dalle donne, anche se esso ha già anticipato che così avviene<sup>60</sup>.

63. Sostenere una posizione diversa farebbe venir meno l'equilibrio del rapporto tra i lavoratori soggetti alle due modalità di orario lavorativo giornaliero, a discapito degli impiegati a tempo parziale.

64. Orbene, la discriminazione si verifica unicamente nella fascia compresa tra i limiti di ciascuno degli orari giornalieri, dato che, al di là dell'orario ordinario, la retribuzione per ogni ora straordinaria coincide.

3. L'esistenza di una giustificazione

65. Non si deve neppure dimenticare la posizione del datore di lavoro — come ha commentato la Commissione — che potrebbe lasciarsi tentare dall'avidità e costringere i suoi dipendenti a tempo parziale a prestarle ore straordinarie al fine di risparmiare costi.

67. Così come per quanto riguarda il punto precedente, spetta al giudice nazionale verificare se la disparità di trattamento risulti adeguata alla pretesa finalità e se essa debba essere giustificata per motivi obiettivi, estranei alla discriminazione in ragione del sesso, benché esso abbia anticipato anche la sua opinione al riguardo<sup>61</sup>.

2. Il pregiudizio nei confronti delle donne

66. Una volta qualificata una discriminazione come contrastante con il diritto

60 — Secondo quanto risulta al punto 2 dell'ordinanza di rinvio, il Verwaltungsgericht ha rilevato che, nella primavera del 2000, l'88% circa dei maestri dipendenti del Land di Berlino a tempo parziale erano donne, dato ribadito al punto 19 della stessa ordinanza.

61 — Al punto 19 dell'ordinanza di rinvio si afferma che «nulla dimostra che la retribuzione inferiore delle ore di straordinario si fonda su fattori giustificati da ragioni obiettive e che non hanno nulla a che vedere con una discriminazione basata sul sesso».



## V — Conclusione

68. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di risolvere la questione pregiudiziale del Bundesverwaltungsgericht dichiarando che:

«L'art. 141 CE deve interpretarsi nel senso che osta ad una normativa nazionale che retribuisce le ore straordinarie effettuate dai lavoratori a tempo parziale nella fascia compresa tra il termine del loro orario giornaliero e quello dell'orario dei lavoratori a tempo pieno, in misura minore rispetto alle ore ordinarie effettuate da questi ultimi, qualora la disparità di trattamento riguardi un numero molto maggiore di donne che di uomini, ove non sia provato che tale regime risulti necessario per conseguire un fine legittimo e sia giustificato da fattori obiettivi, estranei a qualsiasi discriminazione basata sul sesso».