



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea magistrale

in Economia e Gestione delle Aziende

Tesi di Laurea

—

Ca' Foscari
Dorsoduro 3246
30123 Venezia

La parità uomo-donna e la genitorialità nell'Unione Europea e in Italia

Relatore

Ch. Prof. Vania Brino

Laureando

Chiara Carrieri

Matricola 816257

Anno Accademico

2012 / 2013

*“Viviamo tutti sotto il medesimo cielo,
ma non tutti abbiamo lo stesso orizzonte”*

K. Adenauer

INDICE

INTRODUZIONE	4
1. LAVORO O FAMIGLIA: UNA SCELTA NECESSARIA? LA DONNA NEGLI ANNI 2000	6
1.1. La partecipazione femminile al mondo del lavoro	6
1.2. Le scelte professionali che caratterizzano le donne: la segregazione.....	9
1.2.1. <i>La segregazione orizzontale</i>	10
1.2.2. <i>La segregazione verticale</i>	11
1.3. Il lavoro a tempo parziale tra opportunità e minaccia.	13
1.4. Essere mamme e lavoratrici.....	14
1.5. I differenziali retributivi tra uomini e donne.....	18
1.6. Il ruolo degli uomini nell'uguaglianza di genere	20
2. IL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO E IL CONCETTO DI EGUAGLIANZA..	22
2.1. Il principio di eguaglianza e parità di trattamento nel diritto antidiscriminatorio.....	22
2.2. La normativa comunitaria in materia di parità tra i sessi.....	26
2.2.1. <i>Le fonti primarie del diritto comunitario: i Trattati</i>	26
2.2.2. <i>Le fonti secondarie del diritto comunitario: le Direttive</i>	39
2.2.3. <i>La normativa vigente: la Direttiva quadro 54/2006</i>	44
2.3. La normativa nazionale in materia di parità tra i sessi	45
2.3.1. <i>Partendo dal principio: gli articoli 3 e 37 della Costituzione</i>	45
2.3.2. <i>Le pari opportunità in Italia: un excursus storico</i>	47
2.3.3. <i>“Il codice delle pari opportunità” d. lgs 198/2006</i>	52
2.3.4. <i>Il recepimento della direttiva comunitaria: il d. lgs 05/2010</i>	55
3. LA TUTELA DELLA MATERNITÀ E I CONGEDI PARENTALI.....	59
3.1. Una lettura storica della regolamentazione dei rapporti all'interno del nucleo familiare tra diritto del lavoro e politiche sociali	59

3.2. La tutela della maternità della visione europea	63
3.2.1. <i>La Direttiva n. 92/85/CEE</i>	64
3.2.2. <i>La Raccomandazione n. 92/241/CEE sulla custodia dei bambini</i>	66
3.2.3. <i>Dall'Accordo Quadro sul congedo parentale del 1995 alla Direttiva n. 2010/18/UE</i>	67
3.3. La normativa interna e la sua evoluzione.....	75
3.3.1 <i>Prima dell'8 marzo 2000. La normativa italiana degli anni '70</i>	75
3.3.2. <i>La Legge n. 53 dell'8 marzo 2000 ed il D. lgs, n. 151 del 26 marzo 2001 «Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità»</i>	79
3.3.3. <i>La disciplina dei congedi parentali e le novità introdotte dalla legge 92/2012</i>	87
3.4. L'autoregolazione aziendale e il suo contributo alla conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di vita.....	91
 CONCLUSIONI	 96
 BIBLIOGRAFIA.....	 99
 SITOGRAFIA.....	 104

INTRODUZIONE

Due sono gli input che mi hanno spinto ad affrontare un tema come quello proposto. Il primo dettato dalle esperienze di studio, lavoro e volontariato fatte in Paesi stranieri, dove, per motivi e condizioni diverse, era immediato fare un paragone tra la cultura di genere italiana e quella dei diversi Paesi che ho avuto modo di conoscere. Il secondo da un episodio riferito alla mia vita privata, episodio tanto banale quanto significativo. Da una frase, detta in buona fede da un amico davanti ad un caffè, è arrivato il secondo stimolo: “Saresti tanto una brava ragazza, peccato che hai questa fissa per la carriera...”. Sono sorte, quindi, spontanee in me le domande: Un mio coetaneo, maschio, si sarebbe mai sentito rivolgere un’affermazione del genere? Lo farebbero mai sentire in colpa per la sua ambizione? E nel 2013, in generale, a che punto siamo?

Da qui sono, perciò, partita scegliendo di affrontare l’argomento dal punto di vista del diritto del lavoro completandolo di una panoramica iniziale di stampo statistico-sociologico.

La trattazione di seguito presentata si compone di tre capitoli.

Il primo capitolo è incentrato sull’analisi statistico-sociologica della situazione della donna lavoratrice, ma anche moglie e madre. In questa prima parte si vuole, in particolar modo, concentrare l’attenzione sulle criticità tipiche che investono le donne nel mondo del lavoro e si affrontano, di conseguenza, i temi della segregazione occupazionale, del lavoro a tempo parziale, della conciliazione tra tempi di cura e tempi di lavoro e dei differenziali retributivi uomo-donna.

Il secondo capitolo prosegue poi con l’analisi della disciplina contro le discriminazioni di genere. Esso si divide idealmente in due parti: una prima dedicata alla normativa europea e una seconda al percorso svolto dal legislatore in ambito nazionale. Per ciascuna delle due parti si è partito dalle fonti del diritto primarie, e quindi rispettivamente dai Trattati e dalla Costituzione, per poi passare alle fonti secondarie attraverso le direttive e le leggi ordinarie.

Il terzo e ultimo capitolo si concentra, infine, sulla tutela della maternità e sul valore della genitorialità, con un occhio puntato verso la disciplina dei congedi parentali. Anche quest'ultima parte, come la precedente, si divide tra la normativa comunitaria e la regolazione all'interno dei confini nazionali, per poi completare il quadro con un breve focus sugli strumenti di autoregolazione a disposizione dalle aziende al fine di migliorare il cosiddetto *worklife balance*.

1. LAVORO O FAMIGLIA: UNA SCELTA NECESSARIA? LA DONNA NEGLI ANNI 2000

Rilevare le soluzioni politiche e legislative al fenomeno della disuguaglianza tra generi nel mondo del lavoro risulta impossibile senza far riferimento al quadro sociologico in cui tale fenomeno prende forma.

Malgrado, infatti, si sia in presenza di un aumento della percentuale delle donne che entrano nel mondo del lavoro rispetto al passato, ciò non può essere considerata una conquista essendo comunque presenti condizionamenti che pregiudicano la qualità e la continuità dell'esperienza lavorativa nel tempo.

Per tale ragione lungo la trattazione verrà descritta la condizione in cui vertono le donne nel contesto lavorativo attuale, sia nazionale che europeo. Si darà maggior risalto a quegli elementi particolarmente critici come il fenomeno della segregazione nelle sue diverse forme (orizzontale e verticale), la diffusione del part-time come mezzo di conciliazione da una parte e di ulteriore discriminazione dall'altra, l'adeguatezza degli strumenti di protezione e supporto alla maternità e la presenza di un *gender pay gap*. Infine, si cercherà di inquadrare il ruolo degli uomini nel raggiungimento dell'equità di genere.

1.1. La partecipazione femminile al mondo del lavoro

La partecipazione delle donne al mercato del lavoro non è un fenomeno scontato in quanto fortemente influenzato non solo dalla volontà personale dei soggetti in considerazione, ma anche dalla presenza di servizi atti a supportare la conciliazione tra i diversi ruoli impersonati dalle donne in quanto lavoratrici, mogli e madri. Non da ultimo, risulta fondamentale per il conseguimento della parità sostanziale tra uomo e donna la propensione della società nei confronti del lavoro in rosa: se infatti il lavoro maschile viene visto

sostanzialmente come un dovere, l'impegno professionale femminile è ancora considerato un diritto (più o meno completamente riconosciuto), motivo per il quale una donna che sceglie di dedicarsi esclusivamente alle cure parentali non viene biasimata, mentre accade spesso il contrario specialmente in presenza di figli piccoli⁽¹⁾.

I recenti dati raccolti ed elaborati dall'ISTAT nel Rapporto annuale 2013 uniti alle ricerche pubblicate dalla Banca d'Italia confermano le difficoltà incontrate dalla popolazione femminile che partecipa o vorrebbe prendere parte al mondo del lavoro.

Nonostante la maggiore tenuta dell'occupazione femminile negli anni della crisi, dovuta soprattutto al crollo dei livelli occupazionali in settori ad alta incidenza maschile come l'edilizia e l'industria in senso stretto, la quota di donne occupate in Italia rimane inferiore a quella dell'UE assestandosi al 47,1% contro una media europea del 58,6%. Tale tenuta è ascrivibile in particolar modo all'aumento delle occupate straniere nei ruoli di assistenza familiare e all'aumento delle lavoratrici ultra 49enni che compensano la riduzione occupazionale delle più giovani. L'inversione di tendenza, registrata dallo scoppio della crisi a oggi, può essere interpretata come una strategia a supporto dei redditi familiari già resi precari dai processi di "flessibilizzazione"⁽²⁾ del mercato del lavoro, soprattutto giovanile, e ora maggiormente a rischio a causa dell'incremento della disoccupazione nei settori tradizionalmente maschili. Dalle indagini svolte dall'Istat risulta, infatti, aumentato il numero di donne, non più giovani, che cercano per la prima volta un lavoro o che decidono di rientrare nel mercato dopo una lunga assenza. Interessante anche il monitoraggio svolto dall'Isfol⁽³⁾ sul mercato del lavoro femminile italiano in relazione al contesto europeo. Dalla lettura del testo di rileva, infatti, come, sebbene il tasso di disoccupazione femminile sia in linea con la media europea (nel 2011 in Italia si assesta ad un 9,6% contro

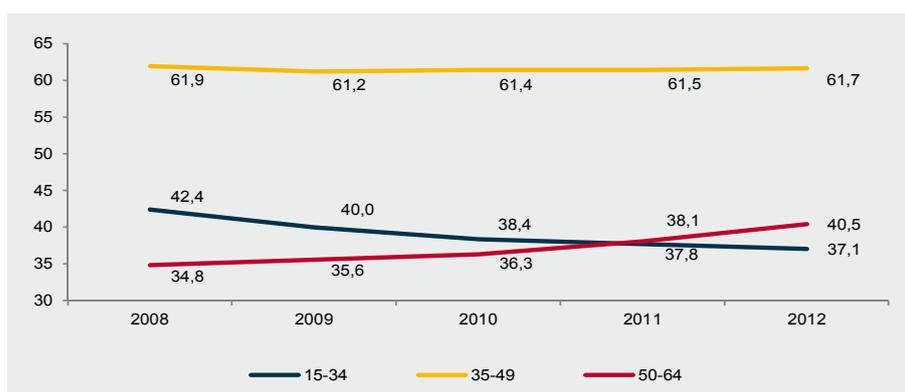
¹ Pruna, M.L., (2007) "Donne al lavoro", ed. Il Mulino Bologna

² Tra la fine degli anni '90 e l'inizio del secolo si assistette all'avvio di un profondo cambiamento della legislazione in ambito occupazionale ascrivibile principalmente alla Legge 196/1997 cosiddetta "Legge Treu" e alla Legge 30/2003 cosiddetta "Legge Biagi".

³ Isfol, (2013) "Rapporto di monitoraggio del mercato del lavoro 2012", Roma.

il 9,8% in Europa), la situazione si aggrava quando si osserva la disoccupazione di lunga durata: analizzando i dati si nota come il nostro Paese si discosti solo di uno 0,3% dalla media europea dato che però sale a 0,9% nel caso lo si guardi al femminile, e come valori più alti dei nostri si riscontrino nei Paesi dell'Est europeo, in Grecia, Spagna, Portogallo e Croazia. Non solo il basso tasso di occupazione, ma anche e soprattutto l'elevata inattività femminile caratterizzano il mercato del lavoro italiano. Rispetto alla media europea, in Italia, si rilevano percentuali più alte anche per le persone disponibili a lavorare, ma non alla ricerca di un impiego (11,6% in Italia contro 3,6% della media UE). Tale dato è ancora più marcato se si guarda alle donne inattive che registrano ben 11,9 punti percentuali in più rispetto alle europee arrivando ad un 16,8% che è il valore più alto tra i Paesi europei.

Fig. 1.1 Tasso di occupazione delle donne per classi d'età - Anni 2008-2012 (valori percentuali)



Fonte: Istat, Rilevazione sulle forze di lavoro

Fig. 1.2 Tasso di disoccupazione femminile, media annuale, II trimestre 2012, variazione 2007-2011, gap di genere 2011 (%)

	Media 2011	II trim 2012	Var. 2007/2011	Gap di genere 2011
Unione europea	9,8	10,4	1,9	0,2
Area euro	10,5	11,3	1,8	-1,8
Italia	9,6	11,4	1,7	-9,0
Norvegia	3,1	2,5	0,6	-5,2
Austria	4,3	-	-0,7	-8,4
Paesi Bassi	4,4	5,1	0,3	-4,6
Germania	5,6	5,2	-3,2	-11,9
Lussemburgo	6,2	6,4	0,9	0,0
Romania	6,8	6,3	1,4	-6,8
Francia	10,2	10,2	1,2	2,1
Spagna	22,2	24,8	11,3	14,6
Grecia	21,4	-	8,6	12,3
Lettonia	13,8	14,7	7,8	9,9
Slovacchia	13,6	14,4	0,8	6,0
Lituania	13,0	11,7	9,0	2,0
Portogallo	13,2	15,5	3,2	5,0
Croazia	13,2	15,5	2,8	3,8

Fonte: Eurostat

Fig. 1.3 Tasso di disoccupazione di lunga durata totale e femminile, media 2011

Territorio/Tempo	Totale	Donne
Unione europea	4,1	4,1
Area euro	4,6	4,7
Svezia	1,4	1,2
Finlandia	1,7	1,2
Regno Unito	2,7	2,0
Germania	2,8	2,6
Francia	4,0	4,2
Irlanda	8,6	5,0
Italia	4,4	5,0
Portogallo	6,2	6,4
Croazia	8,6	8,6
Spagna	9,0	9,5
Grecia	8,8	11,5

Fonte: Eurostat

Fig. 1.4 Persone tra i 15 e i 74 anni disponibili a lavorare, ma non alla ricerca di un lavoro. Incidenza sulla popolazione attiva. Media 2011

Territorio	Totale	Donne	Uomini
Unione Europea	3,6	4,5	2,8
Area euro	3,7	4,9	2,7
Italia	11,6	16,8	7,9
Germania	1,4	1,8	1,1
Irlanda	2	1,6	2,3
Grecia	1,3	2,3	0,6
Spagna	4,2	6,2	2,5
Francia	1,1	1,3	0,9
Finlandia	3,7	3,5	3,9
Svezia	2,4	2,6	2,2
Regno Unito	2,4	2,8	2,2

Fonte: Eurostat

1.2. Le scelte professionali che caratterizzano le donne: la segregazione.

Se da un lato l'occupazione femminile è un trend in aumento, dall'altro lato permangono e si rafforzano fenomeni di segregazione occupazionale che portano le donne a scegliere settori caratterizzati da un'alta incidenza della componente femminile. In particolar modo si possono distinguere due tipi di segregazione, quella orizzontale e quella verticale. La segregazione orizzontale può essere definita come un fenomeno sociale che determina la concentrazione dell'occupazione femminile in pochi settori e rami dell'attività economica e in un numero limitato di mestieri e professioni a fronte di una

presenza esigua in altri ambiti lavorativi. La segregazione verticale, invece, è un concetto utilizzato per indicare le barriere invisibili, ma straordinariamente resistenti, che ostacolano l'accesso alle donne ai livelli più elevati delle gerarchie aziendali (Pruna, 2007).

1.2.1. La segregazione orizzontale

Per quanto concerne il primo tipo di segregazione, l'Istat sottolinea come per spiegare il 50% dell'occupazione maschile occorrono 51 professioni, mentre per dar conto della totalità del fenomeno occupazionale femminile ne siano sufficienti 18. L'effetto di maggior rilievo della segregazione orizzontale tuttavia non consiste tanto nella perdurante caratterizzazione di genere di alcune attività (il cosiddetto *sex typing* in base al quale una segretaria o una collaboratrice domestica non possono che essere donne, così come un elettricista o un saldatore non può che essere uomo), quanto nelle caratteristiche complessivamente meno vantaggiose delle occupazioni a prevalenza femminile associate spesso a profili professionali non elevati, posizioni subordinate, retribuzioni basse e scarse opportunità di carriera. Le professioni nelle quali le donne si concentrano sono infatti attinenti principalmente ai servizi sanitari e alle famiglie, all'educazione primaria, al commercio al dettaglio e alla ristorazione.

Pur essendo l'Italia al 101esimo posto per quanto riguarda la partecipazione economica e le opportunità secondo il *Global Gender Gap 2012*⁽⁴⁾ stilato dal Forum Economico Mondiale, il fenomeno della segregazione non riguarda solo il nostro Paese. L'OIL⁽⁵⁾ evidenzia come esso sia diffuso in tutte le economie mondiali in modo indifferenziato tra Paesi in via di sviluppo e Paesi maturi sotto il profilo socio-economico. La principale causa del fenomeno viene individuata nelle differenti scelte a livello educativo e formativo

⁴ È un rapporto internazionale sul divario di genere pubblicato per la prima volta nel 2006 dal Forum Economico Mondiale. Il report mira a rilevare i Paesi che distribuiscono in modo più equo le proprie risorse tra la popolazione femminile e quella maschile, senza considerare il livello totale delle risorse utilizzate.

⁵ ILO, (2012) "Global Employment Trends for Women", Geneva.

soprattutto per quanto riguarda l'istruzione scolastica ed il percorso di formazione universitario, oltre che nella presenza di stereotipi e pregiudizi sulle caratteristiche intrinseche nei due generi. Le donne sono maggioritarie nei settori di cura delle persone ricoprendo ruoli d'infermiera, insegnante di scuola primaria e dell'infanzia, assistente sociale. Tali ruoli rispondono ai cinque stereotipi femminili positivi individuati da Anker⁽⁶⁾: propensione alla cura delle persone, propensione alla cura della casa, destrezza nelle attività manuali, profondo senso dell'onestà e attrattività fisica. Gli uomini tendono invece a concentrarsi nel settore edilizio e nelle aree gestionali associate con la necessità di assumersi dei rischi, utilizzare la forza fisica e prendere decisioni. Anche tali caratteristiche possono essere interpretate attraverso quattro stereotipi femminili negativi: l'incapacità di supervisionare gli altri, la minor forza fisica, la minor abilità nelle scienze e nella matematica, l'incapacità di affrontare situazioni di pericolo. Gli uomini, inoltre, sono considerati maggiormente in grado di sopportare lunghi turni lavorativi. Queste considerazioni, sommate agli stimoli sociali che forzano le donne a cercare un equilibrio tra lavoro e responsabilità familiari, contribuiscono a spiegare la maggiore presenza femminile nei settori sopracitati e, come vedremo poi, la maggior incidenza del lavoro a tempo parziale nel loro percorso professionale.

1.2.2. La segregazione verticale

L'innalzamento del livello d'istruzione, che ha dato impulso alla partecipazione femminile al lavoro e ne ha ampliato l'intensità e la durata, ha anche alimentato nel tempo le aspettative di carriera delle donne. Aspettative destinate il più delle volte ad essere deluse: il miglioramento delle carriere femminili appare, infatti, debole e lento. L'aumento della presenza femminile non ha, infatti, risolto le disuguaglianze di genere, ma le ha spostate dalla fase d'inserimento professionale alla progressione di carriera. Basti pensare che,

⁶ Anker, Melkas and Kortten, (2003) "Gender based occupational segregation in 1990's", ILO.

anche nei settori dove le donne sono più presenti e presenti da più tempo, non vi è equilibrio di genere nelle posizioni al vertice della scala gerarchica. Un esempio è dato dalla scuola dove le donne sono il 75% del corpo docente, ma meno del 40% dei dirigenti scolastici sono di sesso femminile.

Tale fenomeno viene spesso interpretato attraverso elementi di stampo sociologico. È opinione diffusa, ad esempio, che le donne siano meno interessate alla carriera dei colleghi maschi e, per tale ragione, meno propense a sacrificare la propria vita privata per far fronte a esigenze di tipo lavorativo. Secondo quest'ottica la segregazione verticale sarebbe quindi un falso problema essendo considerata implicitamente una scelta delle donne. Altri punti di vista sostengono che gli uomini al comando tenderebbero al mantenimento dello *status quo* perpetuando così la disparità di genere attraverso meccanismi di reclutamento imparziali. Anche le caratteristiche organizzative non aiutano le carriere in rosa: le imprese spesso vincolano l'accesso ai ruoli dirigenziali all'accettazione di condizioni di lavoro proibitive per le donne con responsabilità familiari che le costringono a rinunciare a un eventuale incremento di carriera. Tale considerazione è ancora più vera se consideriamo che le carriere si costruiscono nei primi anni di lavoro, periodo coincidente con la costruzione della famiglia. La concomitanza di questi eventi penalizza la donna, la quale a differenza dei colleghi maschi deve affrontare il *trade-off* tra lavoro e famiglia (Pruna, 2007).

La segregazione occupazionale limita le possibilità di scelta delle donne nel mondo del lavoro e costituisce il maggior ostacolo all'uguaglianza di opportunità e trattamento tra i sessi. Tale fenomeno, infatti, è causa a sua volta della maggior incidenza del lavoro *part-time* tra le donne e della differenza salariale tra esse e i colleghi maschi. La rimozione dei fenomeni di segregazione influenzerebbe, inoltre, il modo in cui gli uomini percepiscono le donne e in cui le donne percepiscono loro stesse, andando ad abolire gli stereotipi che influenzano negativamente il loro ruolo nella vita sociale ed economica e scatenando un circolo virtuoso di cambiamento. A tal proposito agire sul sistema educativo e scolastico risulta essere il punto di partenza imprescindibile per eliminare preconcetti e modelli obsoleti.

1.3. Il lavoro a tempo parziale tra opportunità e minaccia.

L'occupazione a tempo parziale è la modalità lavorativa femminile per eccellenza. Non solo in Italia, infatti, le donne costituiscono la più alta percentuale di lavoratori a tempo ridotto. Tale tipologia di orario presenta sia caratteristiche positive, sia negative. Dal punto di vista macroeconomico le politiche occupazionali a supporto del *part-time* fanno aumentare la partecipazione al mercato del lavoro soprattutto femminile, allo stesso tempo tuttavia possono determinare uno spreco di risorse in capitale umano in quanto le competenze dei lavoratori a tempo parziale, anche con titoli di studio superiori, vengono spesso sottoutilizzate. Dal punto di vista dei datori di lavoro il lavoro a tempo parziale consente di utilizzare le risorse nel modo più efficiente possibile in base alle necessità e, contemporaneamente, per quanto riguarda i dipendenti, permette una maggior conciliazione tra lavoro e responsabilità familiari, condizione di rilievo soprattutto per la componente femminile della popolazione. Il lavoro a tempo parziale non è tuttavia immune da lati negativi: a causa della presenza di costi fissi (selezione, formazione, etc.) va ad incrementare il costo del lavoro in modo più che proporzionale rispetto a quelli di un contratto a tempo pieno. A ciò si aggiunga che si configura più come un tipo di lavoro che come una configurazione dell'orario andando ad estendere la parzialità del tempo lavorativo al ruolo ricoperto e connotando quindi i *part-timers* come lavoratori non completamente partecipi ai fini dei vertici aziendali. Questa situazione rende difficile per le imprese il passaggio da un rapporto a tempo pieno a un rapporto a tempo parziale e viceversa poiché implica un cambiamento nel ruolo del lavoratore e non solo dei tempi di lavoro. Le donne, poi, che sono la maggior parte dei lavoratori a tempo parziale, cominciano ad accettare con difficoltà la marginalità professionale che il *part-time* sembra spesso conferire⁽⁷⁾.

⁷ EUROFOUND, (2011) "European Company Survey 2009 - Part time work in Europe", Luxembourg

Secondo i dati pubblicati dall'OECD, in Europa nel 2012 mediamente il 19,3% delle lavoratrici *part-time* preferirebbero lavorare a tempo pieno, percentuale che sale al 43,5% in Italia. Tale evidenza, giunta alla prevalenza del *part-time* in rosa porta a considerare la possibilità che il lavoro a tempo parziale involontario sia dettato non solo dall'impossibilità di trovare un lavoro a tempo pieno, ma anche dalla difficoltà d'accesso ai servizi per l'infanzia pubblici e all'onerosità dei servizi offerti da enti privati che costringono le madri a scegliere di ridurre l'orario lavorativo. Una volta che i figli sono cresciuti e diventati più autonomi le madri iniziano ad avere l'esigenza ampliare l'impegno lavorativo, tale esigenza, però, viene spesso disattesa e quando ascoltata non riporta ai livelli salariali precedenti il periodo di lavoro a tempo ridotto. All'impossibilità prevalente di aumentare le ore lavorate fuori dal nucleo familiare, si deve aggiungere l'impossibilità di aspirare a posizioni manageriali. Alcuni datori di lavoro sembrano supportare l'idea secondo la quale le posizioni di controllo e supervisione dovrebbero essere disponibili solo per chi lavora a tempo pieno, ciò limita il numero di lavori *part-time* qualificati con la conseguenza che una riduzione dell'orario di lavoro spesso porta alla retrocessione ad una posizione meno qualificata per la quale il lavoratore risulta essere più che competente (ILO, 2012).

1.4. Essere mamme e lavoratrici

La relazione tra lavoro in rosa e maternità è stata un tema al centro di forti dibattiti in Europa ed in particolare in Italia. Come testimoniato da numerosi studi una bassa partecipazione femminile al mercato del lavoro è strettamente correlata alla compatibilità tra il lavoro e le responsabilità familiari oltre che alla disponibilità di servizi a supporto delle cure dei figli in età prescolare.

Altresì è ormai chiara la correlazione positiva tra la crescita demografica e la disponibilità di servizi di supporto alla conciliazione tra lavoro e famiglia. Tali servizi, oltre che alla presenza di asili nido e scuole per l'infanzia, fanno riferimento alla possibilità di flessibilizzare l'orario di lavoro, di accedere ai

congedi parentali e non di meno alla possibilità di scegliere il lavoro a tempo parziale, soprattutto nei mesi precedenti e successivi alla nascita, come mezzo per evitare l'uscita dal mondo del lavoro⁽⁸⁾. L'accesso ai servizi di cura dell'infanzia è comunque un nodo fondamentale soprattutto nei primi anni di vita del bambino: la presenza di tale aiuto sostiene la conciliazione e, al contempo, aumentando la percentuale di madri lavoratrici, espande la domanda degli stessi.

In Europa la partecipazione femminile al lavoro varia profondamente da Paese a Paese e ciò è ancor più vero alla presenza di uno o più figli. L'Italia occupa l'ultimo posto per occupazione femminile nella fascia d'età tra i 25 e i 49 anni e ciò non cambia in presenza di un unico figlio. La situazione poi peggiora se si considerano le donne con due o più figli. Al contrario, nei Paesi scandinavi la maternità non sembra avere un forte impatto nel tasso di occupazione femminile determinando, in Svezia, una caduta di soli 4,4 punti percentuali tra il tasso in assenza di figli (80%) e quello in presenza di tre figli (75,6%)(⁹). Il tradizionale modello di partecipazione femminile è caratterizzato da una curva ad M che evidenzia la diminuzione del numero delle lavoratrici alle prese con i primi anni di vita dei figli, numero che poi torna ad aumentare con la crescita dei bambini. L'andamento di tale curva è più o meno accentuato a seconda dei diversi Paesi, tuttavia in alcuni Paesi, tra cui l'Italia, la percentuale di donne occupate continua a diminuire, indice di un mancato rientro in servizio⁽¹⁰⁾. A conferma di tale interpretazione anche il dato secondo il quale che il tasso di partecipazione al lavoro delle donne con figli tra i 0 e i 3 anni è pressoché identico a quello con figli tra i 3 e i 5 anni e tra i 6 e i 14 anni, ad indicare come la maggior autonomia degli stessi non influenzi la possibilità di un rientro al lavoro⁽¹¹⁾.

Come già accennato la presenza di servizi di sostegno all'infanzia è fondamentale nell'implementare la partecipazione delle madri al mondo del

⁸ Come già rilevato la reversibilità dal lavoro *part-time* al lavoro a tempo pieno resta condizione necessaria affinché si possa parlare di effettiva flessibilità.

⁹ Bergamante, F. (2013) "Female Participation in the Labour Market in Europe", Kluwer Law International BV, The Netherlands.

¹⁰ OECD Family database <http://www.oecd.org/social/family/database>

¹¹ OECD Family database <http://www.oecd.org/social/family/database>

lavoro extradomestico. Il nostro Paese è caratterizzato da una buona offerta di scuole per l'infanzia, ma un'offerta ancora insufficiente per quando riguarda i nidi, infatti, solo l'11% dei bambini italiani va al nido, ventuno punti in meno rispetto ai numeri raccomandati dalla strategia di Lisbona del 2002. In Europa, l'Italia si trova davanti solo a Paesi come Polonia e Repubblica Ceca. In testa, Danimarca, Svezia e Islanda, con una copertura di posti del 50 per cento⁽¹²⁾. Tale situazione, sposta la cura dei bimbi nei primi anni di vita dall'assistenza per così dire "formale" al sistema di solidarietà familiare. Se ciò poteva rappresentare una soluzione equilibrata in passato, ora le reti informali sono entrate in forte crisi. Secondo le stime dell'Istat riportate dal CNEL al convegno sulle donne al lavoro in Italia, considerando tre generazioni di donne nate rispettivamente nel 1940, 1960 e 1970, risulta evidente come il carico di lavoro sia aumentato. Se la donna nata nel 1940 al compimento del quarantesimo anno d'età poteva contare sul supporto di altri 9 adulti per la cura di anziani e bambini, la donna nata nel 1970 può contare al massimo su 5 adulti. A ciò si deve aggiungere l'aumento dell'intervallo di tempo caratterizzato dalla presenza di anziani all'interno della rete familiare. Se negli anni '80 mediamente un anziano era presente per 12 anni, nel 2010 gli anni sono diventati 22, determinando così una maggior necessità di assistenza e un carico di lavoro aggiuntivo per le donne. Anche le nonne, prevalente aiuto e supporto per le figlie, sono ormai schiacciate dal cambiamento sociale e dalle nuove necessità emergenti. Il progressivo aumento dell'età pensionabile, la prolungata permanenza dei figli all'interno della famiglia d'origine, la presenza di genitori anziani, porta le donne quasi sessantenni a non poter più essere un sostegno esclusivo alla cura dei nipoti. Questi fenomeni, sommandosi, portano ad una crisi del modello di *welfare* basato sugli aiuti intergenerazionali e evidenziano la necessità del miglioramento del *welfare* formale⁽¹³⁾. La mancanza d'assistenza, oltre a bassi tassi d'occupazione femminile, si riversa in ambiti diversi da quello

¹² Linkista <http://www.linkiesta.it/asili-nido-comunali>. Creato il 30 Maggio 2013. Ultima visualizzazione 31 luglio 2013.

¹³ CNEL, (2012) "Atti del convegno: stati generali sul lavoro delle donne in Italia.", Roma.

strettamente occupazionale, basti pensare al progressivo invecchiamento della popolazione a cui si assiste da ormai molti anni. Storicamente si è sempre pensato che le scelte di fertilità fossero influenzate dal reddito della famiglia e che quindi il costo dei figli aumentasse con il reddito. Questo effetto porterebbe a supporre una relazione negativa tra fertilità e occupazione, ma dalla fine degli anni Ottanta si è individuata una correlazione positiva tra tasso di fertilità e tasso d'occupazione; secondo gli studi tale effetto è da collegarsi a congedi parentali più generosi, maggiori servizi alle famiglie e una maggiore diffusione del lavoro *part-time*. A conferma di ciò si nota come nei Paesi nordici, dove vi è un'offerta più generosa di servizi per l'infanzia, alti tassi d'occupazione femminile coesistono con alti tassi di fertilità; al contrario nei Paesi dell'Europa meridionale bassi tassi di fertilità sono collegati ad altrettanto bassi tassi d'occupazione femminile ⁽¹⁴⁾.

Oltre che provvedere in modo più efficace alla disposizione di servizi di supporto alla maternità e, più in generale, alla cura parentale, emerge prepotentemente la necessità di stimolare un cambiamento culturale nella divisione dei ruoli tra uomini e donne. Negli ultimi anni si è assistito a una progressiva ridefinizione dei ruoli all'interno della coppia stimolando e incoraggiando una corretta ripartizione dei doveri familiari. Tuttavia tale distribuzione varia notevolmente da Paese a Paese in virtù del *background* culturale che caratterizza i diversi Stati.

Se, infatti, nei Paesi scandinavi vi è una maggior partecipazione maschile sia ai doveri di cura parentale nei confronti di figli e anziani, che alle incombenze più prettamente domestiche, nella maggior parte dei Paesi del sud Europa emerge ancora un modello tradizionale della divisione di ruoli all'interno del nucleo familiare. Tali influenze culturali a loro volta determinano differenti approcci nell'implementazione di politiche di *welfare* nazionali provocando così l'insorgere di un circolo virtuoso o vizioso a seconda dei casi.

Basterebbe, tuttavia, tenere a mente che una migliore distribuzione delle mansioni familiari non porta solo a conseguenze positive in termini di

¹⁴ Boeri, Van Ours (2009) "Economia dei mercati del lavoro imperfetti", Milano.

opportunità lavorative per le donna, ma anche apprezzabili miglioramenti nella qualità della vita dell'uomo, dal rapporto con i figli a quello con la compagna⁽¹⁵⁾.

1.5. I differenziali retributivi tra uomini e donne

Il *gender pay gap* (GPG), ovvero il differenziale retributivo di genere, misura la differenza relativa delle retribuzioni delle donne e degli uomini (in base alle retribuzioni orarie medie di tutti i settori dell'economia) espressa come percentuale della retribuzione media maschile. Nel 2010 il GPG è pari al 16% nell'Unione Europea (UE27) e al 5,3% in Italia. ⁽¹⁶⁾. Citando Paola Villa ⁽¹⁷⁾: "E' interessante osservare che il differenziale è inferiore alla media nei paesi in cui il tasso di occupazione femminile è relativamente basso (v. Italia, Malta, Polonia), e ciò potrebbe essere spiegato dalla bassa quota di donne occupate in lavori manuali, e/o senza qualifica. Viceversa, si osserva un elevato differenziale nei mercati del lavoro caratterizzati da una elevata segregazione (v. Cipro, Estonia, Slovacchia, Finlandia) o da una alta incidenza di donne occupate a tempo parziale (v. Germania, Regno Unito, Olanda, Austria, Finlandia)".

Reyneri⁽¹⁸⁾, confermando quanto affermato dalla Villa, nota come tale situazione sia solo apparentemente poco penalizzante per le donne italiane poiché l'indice che colloca l'Italia in una posizione favorevole è un valore grezzo che non tiene conto della composizione dell'occupazione. Egli continua osservando come tale indicatore sia influenzato dalla quasi assoluta assenza di differenziali salariali nel settore pubblico, mentre analizzando la

¹⁵ EUROPEAN COMMISSION, (2012) "The role of men in gender equality – European strategies & insights", Vienna/Berlin/Graz.

¹⁶ European Commission, (2013) "Tackling the gender pay gap in the European Union", Luxembourg

¹⁷ Villa, P. (2010) "Differenziali retributivi di genere – come misurare e come leggere il differenziale salariale tra uomini e donne", FSE Bolzano

¹⁸ Reyneri, E. "Offerta di lavoro e occupazione femminile", Cnel [http://www.portalecnel.it/Portale/IndLavrapportiFinali.nsf/vwTuttiPerCodiceUnivoco/4-1/\\$FILE/4%20-%20OFFERTA%20DI%20LAVORO%20E%20OCCUPAZIONE%20FEMMINILE%20-%20PARTE%20I.pdf](http://www.portalecnel.it/Portale/IndLavrapportiFinali.nsf/vwTuttiPerCodiceUnivoco/4-1/$FILE/4%20-%20OFFERTA%20DI%20LAVORO%20E%20OCCUPAZIONE%20FEMMINILE%20-%20PARTE%20I.pdf)

situazione nel comparto privato si nota come l'Italia sia a pari livello con Paesi come la Germania. Osservando poi le ragioni che portano a tale differenziale è esplicito notare come le differenti caratteristiche personali ed occupazionali non abbiano alcun ruolo nello giustificare tale *gap* mettendo in luce la natura meramente discriminatoria del fenomeno italiano.

Allontanandosi dall'analisi della situazione nazionale si può comunque affermare che tale complesso fenomeno incorpora e riflette le conseguenze prodotte dalle discriminazioni già affrontate nel corso della trattazione. In alcuni casi uomini e donne non vengono pagati egualmente malgrado svolgano lo stesso lavoro o un lavoro di uguale valore, tale circostanza può essere considerata una discriminazione diretta. Vi possono poi essere casi in cui politiche o pratiche non volte a discriminare portano a trattamenti diseguali. Entrambi i tipi di discriminazioni, come vedremo in seguito, sono proibiti da leggi comunitarie, ma purtroppo permangono in alcuni luoghi di lavoro. Donne e uomini inoltre sono presenti in diversi settori economici e generalmente i comparti ad alta intensità di lavoro femminile sono quelli con un più basso livello salariale. Anche la concentrazione del lavoro femminile in ruoli e posizioni non standard determina una paga bassa e poche possibilità di crescita professionale, l'effetto di politiche retributive ad personam poi amplifica le differenze tra impiegati allo stesso livello e diminuiscono la trasparenza nella definizione dei livelli retributivi dei lavoratori. Non da ultimo l'impatto di una non equilibrata distribuzione dei carichi familiari porta gli uomini a potersi dedicare in modo più costante al proprio percorso di avanzamento gerarchico rispetto alle donne, evenienza che genera una sotto rappresentanza femminile in posizioni di comando⁽¹⁹⁾.

Eliminare il *Gender Pay Gap* non è solo un atto di giustizia sociale e di promozione dell'equità tra lavoratori e lavoratrici, ma una necessità al fine di prevenire il rischio di povertà per le donne nella vecchiaia, va sempre ricordato l'impatto che esso ha non solo sulle retribuzioni attuali, ma anche sulle pensioni future.

¹⁹ European Commission, (2013) "Tackling the gender pay gap in the European Union", Luxembourg

1.6. Il ruolo degli uomini nell'uguaglianza di genere

Sia nei Paesi in via di sviluppo che nei paesi facenti parte del cosiddetto "Primo mondo" gli uomini continuano ad avere un enorme potere su vari aspetti della vita delle donne. Per quanto riguarda la sfera pubblica basti pensare a ministri, leader politici, religiosi o alle autorità giudiziarie per capire come gli uomini controllino una vasta parte delle risorse pubbliche di cui è destinataria tutta la popolazione, donne comprese. Osservando invece la sfera privata, gli uomini in quanto padri o mariti, influenzano direttamente il progresso sociale ed economico delle donne. Ignorare gli uomini nella progettazione e nell'implementazione delle politiche orientate alle pari opportunità porta, quindi, non solo a limitare l'efficacia delle stesse, ma anche ad ampliare le disparità esistenti. Uno studio della Banca Mondiale ⁽²⁰⁾ mette in luce come il sesso della prole influenzi la visione politica degli uomini e le loro preferenze in merito alla redistribuzione del potere tra uomini e donne. Si evidenzia, infatti, come, secondo una prospettiva storica, un buon livello d'istruzione sia interesse prioritario dei padri in quanto consente di aumentare il "potere contrattuale" delle figlie all'interno della coppia, potere che oltre ad influenzare direttamente la relazione con il compagno, condiziona l'educazione ricevuta dai nipoti. Si noti come il modello teorico sopra accennato suggerisca che l'avanzamento dei diritti delle donne sia attribuibile principalmente ad interessi tipicamente maschili, tale evidenza suggerisce come politiche di rafforzamento dei diritti delle donne in accordo con la visione maschile siano presumibilmente più efficaci di provvedimenti governativi imposti dall'alto. Se oggi ciò è vero soprattutto per quanto riguarda i Paesi in via di sviluppo, anche nelle economie moderne gli uomini con un livello d'istruzione elevato cercano compagne istruite poiché considerate, in chiave prospettica, maggiormente capaci di stimolare l'accrescimento delle competenze dei figli. Interessante notare come negli

²⁰ Farré, L. (2013) "The Role of Men in the Economic and Social Development of Women: implications on gender equality", policy research working paper n. 6323, Institut d'anàlisi econòmica and Barcelona GSE.

Stati Uniti e in Canada l'interesse per politiche indirizzate all'equità di genere sia particolarmente forte per i genitori di figlie femmine, soprattutto padri, i quali sarebbero favorevoli a politiche volte a favore delle donne come l'accesso alla contraccezione per le adolescenti, una maggiore flessibilità nell'orario di lavoro e una riduzione dei costi dell'istruzione. Tale attenzione porterebbe questi padri a preferire politiche di stampo più democratico e meno conservatore, determinando anche uno spostamento verso sinistra nelle scelte elettorali.

Le considerazioni sopra esposte unite alla necessità di un maggior coinvolgimento dei padri nell'educazione e nella cura dei figli portano ad osservare con crescente attenzione le scelte di Paesi come Norvegia e Svezia dove i permessi di maternità sono stati estesi anche ai padri già a partire dagli anni '70 e dove in genere si verifica una maggiore equità di ruoli all'interno della società.

2. IL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO E IL CONCETTO DI EGUAGLIANZA

2.1. Il principio di eguaglianza e parità di trattamento nel diritto antidiscriminatorio.

La situazione sociologica sopra esposta porta ad una riflessione giuridica su quale sia il modo migliore per conciliare le necessità emerse (ed emergenti) della donna sempre più emancipata ed il suo tradizionale ruolo di supporto alla famiglia in un'ottica di parità di genere.

Con l'affermarsi di un modello sociale (oltre che economico) improntato sul modello liberale (e liberista) c'è chi sostiene che il diritto del lavoro debba evolvere, mettendo in secondo piano le identità e le appartenenze collettive che hanno caratterizzato il secolo scorso, per concentrarsi sulle ritrovate idee di eguaglianza e libertà individuale. Ciò anche in funzione della crescente globalizzazione dei sistemi economici nazionali che ha contribuito a mettere in crisi il diritto del lavoro tradizionale, il quale, continuando ad operare all'interno del territorio nazionale, non funge più da contrappeso al principio regolatore della competizione economica. Da qui nasce un dibattito sul legame tra i concetti di libertà ed eguaglianza. Secondo un'idea di eguaglianza puramente formale, essa è raffigurabile come eguaglianza di opportunità, intesa come libertà dell'individuo di competere lealmente. Tale idea è connessa a quella di libertà come diritto dell'individuo di provvedere in modo autonomo alla regolazione dei propri affari ed interessi, a prescindere da ogni legame collettivo. Riprendendo un'interessante riflessione della Ballestrero⁽²¹⁾ si può affermare che tale nuova interpretazione dei concetti di libertà ed eguaglianza (sostanziale) si debba al fallimento del progetto politico socialdemocratico che, come già ricordato, ha portato al formarsi di un nuovo modello dominante che tende a restituire valore primario all'individuo nella sua unicità, estraniandolo dall'idea di collettività e solidarietà.

²¹ Ballestrero, M.V. (2004) "Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive" in *Lavoro e Diritto* n.3-4/2004, ed. Il Mulino, Bologna.

Tale visione non è tuttavia esente da critiche, è importante sottolineare, infatti, come chi sostiene tale tesi vada a sovvertire la gerarchia delle fonti, interpretando la Costituzione alla luce dell'evoluzione della legislazione ordinaria. Tuttavia, proprio a causa del cambiamento storico in atto, non è possibile chiudere la questione semplicemente riflettendo sul rapporto tra fonti primarie e fonti secondarie. Una contrapposizione tra i concetti di eguaglianza e di diritti fondamentali è, infatti, fondamentale scorretta in quanto è grazie alla prima che l'individuo può godere in modo effettivo dei secondi, dando senso all'idea di eguaglianza come eguaglianza nei diritti, concetto alla base delle costituzioni moderne. Si può anzi affermare che proprio la deriva mercantilistica verso la quale sta approdando il mercato del lavoro rende sempre più necessario un rafforzamento del concetto di eguaglianza sostanziale in ottica collettivistica, riequilibrando i rapporti di forza tra le parti ed eliminando tutte le forme di disparità che minano l'eguaglianza tra i lavoratori. Sarebbe, infatti, deleterio, ai fini dell'affermazione dei principi costituzionali, avvicinare il diritto del lavoro al diritto civile privilegiando così la contrattazione individuale, poiché, sebbene il diritto civile sia fondato sull'idea di eguaglianza, essa si connota nell'ambito della disciplina civilistica come un'eguaglianza formale, ben diversa da quella sostanziale alla base del diritto del lavoro.

Parlare di eguaglianza sostanziale porta inevitabilmente a riflettere sul diritto antidiscriminatorio inteso come corpus normativo che regola il modo in cui arrivare all'eguaglianza sostanziale tra soggetti diversi. Esso non mira a eliminare le differenze, ma tende piuttosto ad eliminare le diseguaglianze e le disparità di trattamento basate su alcune differenze per giungere all'eguaglianza. Resta poi da ribadire come non tutte le diseguaglianze e non tutte le disparità costituiscano una discriminazione in senso giuridico. La discriminazione nasce, infatti, con la qualificazione, da parte del diritto, della diseguaglianza come fattore che porta a conseguenze discriminatorie e come tale la qualifica come illecita nel momento in cui la vieta. Sempre secondo la Ballestrero, le regole antidiscriminatorie trovano la propria base in due principi correlati, ma autonomi: la discriminazione diretta nel principio di

eguaglianza in senso formale, secondo cui il fattore differenziale individuato è la causa del trattamento svantaggioso e la discriminazione indiretta nel principio di eguaglianza sostanziale, dove l'effetto di disparità è dato dalla mancata presa in considerazione dell'esistenza del fattore di diversità creando così una disparità di trattamento degli appartenenti ad un genere, un gruppo o una categoria, sebbene la misura in considerazione sia di stampo totalmente neutro.

La tendenza in atto, in campo di diritto antidiscriminatorio, è comunque quella di riconoscere le differenze esistenti che derivano dalle appartenenze e, quindi, teso a vietare che la discriminazione traduca in diseguaglianza la differenza.

Un'ulteriore riflessione è emersa dall'evoluzione del diritto antidiscriminatorio. Ci si chiede, infatti, se oltre a mostrare una tendenza ad un allargamento universalistico del suo raggio d'azione (per quanto riguarda il diritto del lavoro e i sistemi di protezione sociale, sembra essere l'ultimo strumento atto ad arginare la deriva mercantilistica dei rapporti di lavoro), ci si trovi di fronte ad una nuova nozione di discriminazione. Marzia Barbera ⁽²²⁾ sostiene come:

“In passato l'attivismo dei giudici sui temi dell'eguaglianza e della non discriminazione era stato favorito, e al tempo stesso limitato, da alcune condizioni: 1) i divieti di discriminazione erano enumerati; 2) si trattava di un giudizio di tipo comparativo: i giudici dovevano decidere se i soggetti tutelati erano stati più svantaggiati di altri (...); 3) i diritti in questione erano principalmente di contenuto negativo; 4) il concetto di eguaglianza preso a riferimento era di tipo formale o procedurale (...)” (Barbera, 2007, p.XXXI-XXXII).

Mentre oggi si sta assistendo a due fenomeni principali. Il primo, secondo cui, la dimensione comparativa della disciplina antidiscriminatoria è stata sostituita da una visione del diritto antidiscriminatorio di tipo assoluto, per il quale non è più necessario essere maggiormente svantaggiati rispetto ad un

²² Barbera, M. (a cura di) (2007), “Il nuovo diritto antidiscriminatorio”, ed. Giuffrè Editore, Milano.

secondo soggetto, ma è sufficiente essere svantaggiati. Il secondo, che vede l'introduzione di diritti a contenuto positivo e di azioni volte all'eliminazione della causa che porta alla diseguaglianza (lo strumento delle azioni positive). Per quanto attiene la progressiva dissoluzione del meccanismo di comparazione, l'autrice, nel sostenere la propria tesi, evidenzia come i soggetti con cui l'individuo che lamenta di essere vittima di diseguaglianze può essere comparato possano essere individui collocati in un contesto temporale diverso o, addirittura, possano essere profili meramente ipotetici. Così interpretata la discriminazione si profilerebbe come uno svantaggio sociale da una parte e come una lesione dei diritti fondamentali dall'altra. A sostegno di tale quadro vi è l'approccio del legislatore comunitario che definisce le molestie come "situazione nella quale si verifica un comportamento indesiderato connesso al sesso di una persona avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di tale persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo"(art.2 co.1 Dir. 2006/54/CE). Tuttavia altri autori, come la già citata Ballestrero, fanno notare come non sia sufficiente l'estensione di una tecnica di tutela per includere le molestie all'interno della nozione di discriminazione e come la comparazione sia un elemento fondamentale affinché si possa parlare effettivamente di discriminazione.

Tra i molteplici fattori di discriminazione, il genere mantiene nel diritto antidiscriminatorio una sua specificità e una disciplina separata (basti a tal proposito pensare agli articoli 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali, il primo riferito ad una pluralità di fattori tra cui il sesso, il secondo riferito specificatamente alla parità uomo-donna in tutti i campi). Tale separatezza evidenzia la natura trasversale del fattore "genere", infatti se per esempio non si è giovani o anziani tutta la vita e quindi il fattore discriminante (in ambito lavorativo) può venire a mancare, si è donne sempre e quindi il genere è una caratterizzazione costante dell'identità personale. Ciò è sicuramente vero anche per altri fattori, come ad esempio il colore della pelle o le disabilità congenite, ma solo la divisione tra uomini e donne è una costante anche tra disabili, stranieri etc. e come tale può dar luogo a un'amplificazione

dell'intensità del fenomeno discriminatorio. Da evidenziare come si stia parlando di discriminazione di "genere" e non di "genere femminile", infatti se è vero che lo squilibrio nei rapporti di potere crea una minoranza (non numerica) discriminata identificabile con la popolazione femminile, è ugualmente vero che l'obiettivo che il legislatore comunitario si pone non è quello di una mera eguaglianza formale, che miri ad eliminare le differenze nei punti di partenza tra uomini e donne, ma un'eguaglianza sostanziale ed effettiva che porti alla pari partecipazione in ambito di diritti, di doveri e di rappresentanza.

2.2. La normativa comunitaria in materia di parità tra i sessi

2.2.1. Le fonti primarie del diritto comunitario: i Trattati

Pur essendo l'Unione Europea uno dei più felici esempi moderni d'integrazione tra le necessità dettate dal mercato e la garanzia del rispetto dei diritti fondamentali, essa non nacque con tale intento. Risulta quindi adeguato ripercorrere rapidamente l'evoluzione del progetto europeo dalla sua fondazione ad oggi al fine di contestualizzare il percorso legislativo che ha accompagnato la sua implementazione. Prima di tutto, ritengo utile, cercare di capire se all'interno del diritto comunitario, ed in particolar modo partendo dai Trattati, esiste una definizione certa del concetto di eguaglianza. Silvia Borelli⁽²³⁾ nota come il diritto del lavoro comunitario non si costituisca come un corpus ordinato di norme, rendendo così necessario analizzare la normativa comunitaria antidiscriminatoria partendo dai singoli principi per poi procedere alla verifica dell'esistenza di un principio formale ed univoco di eguaglianza, muovendosi quindi a ritroso. Al principio del percorso di formazione dell'Unione Europea, al tempo ancora Comunità Economica Europea (CEE), si ritrovano solo sporadiche norme che regolano la condizione di impiego della manodopera, e i divieti discriminatori sono limitati ad alcuni ambiti circoscritti.

²³ Borelli, S. (2007) "Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro", Giappichelli, Torino.

L'obiettivo fondamentale della costituzione della comunità era, ed è rimasto a lungo, infatti, di tipo squisitamente mercantilistico volto quindi ad ottenere il massimo vantaggio economico dalla collaborazione tra i diversi Stati. Ogni riferimento a qualsivoglia normativa di stampo sociale si deve quindi leggere in ottica di favoreggiamento della leale concorrenza tra gli Stati membri. A ciò si riferisce esplicitamente il secondo comma dell'ex. art.117 (ora art. 136 del TCE) quando sostiene la necessità della promozione di un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera e che tale evoluzione sarà dovuta anche all'efficace funzionamento del mercato comune secondo una teoria di stampo smithiano. Anche l'art. 119 (ora art. 141 del TCE), inerente alla parità retributiva tra lavoratori di sesso maschile e femminile per uno stesso lavoro, deve essere letta secondo una logica antidumping. Tradizionalmente, infatti, le donne partecipanti al mercato del lavoro erano peggio retribuite rispetto ai colleghi uomini e ciò avrebbe potuto portare ad una posizione competitiva più favorevole per il datore di lavoro che avesse assunto in numero maggiore lavoratrici(²⁴). Anche il divieto di discriminazione in base al genere è da leggere in ottica di mercato. Si vogliono, infatti, evitare episodi di danno economico a quei Paesi in cui, grazie al rispetto dei diritti di parità di trattamento, il costo della manodopera femminile risulta superiore rispetto ad altri Stati europei. Malgrado l'iniziale *ratio* meramente economica di tali principi, essi si sono rivelati poi essere una sorta di "embrionale integrazione politica intorno ai valori sociali comuni" fondamentale per lo sviluppo di una politica sociale in cui prevalesse la certezza dei diritti fondamentali del cittadino comunitario.

Doveroso poi è ricordare la funzione della giurisprudenza nell'affermazione dei principi di cui all'articolo 141 ex. art 119. Dall'entrata in vigore del Trattato nel 1958 fino all'Atto Unico del 1987, la Corte di Giustizia, spesso spinta dai giudici nazionali è stata, più volte chiamata ad esprimersi in materia di parità e lavoro. In questa sede basti ricordare la sentenza Defrenne

²⁴ Foglia, R. e Cosio, R. (a cura di), (2011) "Il diritto del lavoro nell'unione europea", Giuffrè Editore, Milano.

II⁽²⁵⁾, in cui la Corte di Giustizia afferma inequivocabilmente il principio di parità di retribuzione come uno dei fondamenti della Comunità Europea riconoscendo a tale disposizione la duplice funzione di protezione da forme di svantaggio competitivo per le aziende che hanno attuato tale principio e di promozione del progresso sociale.

Come sopra accennato, l'Atto Unico europeo può essere visto come il secondo *step* in tema di politica sociale all'interno della Comunità europea. Esso non tende a modificare le competenze riconosciute dal precedente Trattato, ma piuttosto le integra con alcune novità. Anche in questo caso da notare la predominanza di una *ratio* di tipo economico prima che sociale, ciò emerge dall'introduzione dell'art. 118 A (ora art. 153 TFUE). In tale disposizione si ammette la possibilità da parte del Consiglio di adottare decisioni, in materia di ambiente di lavoro e sicurezza dei lavoratori, non più all'unanimità, ma a maggioranza qualificata. Da questo consegue che ciascun Paese ha un peso rapportato alla sua popolazione, evitando così che il mercato unico apra le porte ad una concorrenza sleale fondata sullo sfruttamento dei lavoratori. Tale possibilità è stata, è giusto ricordarlo, prevista, anche, per una ragione squisitamente politica, ovviare, cioè ai numerosi veti posti dal Regno Unito alle innovazioni in ambito sociale.

Si fai poi strada, aprendo le porte a un'idea di politica sociale non più conseguente a interessi meramente economici, la possibilità di un "dialogo sociale europeo" tra organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori, in un'ottica che tende a favorire la contrattazione collettiva ai fini di una più efficace integrazione comunitaria^(26). Tale direzione si esprime successivamente nelle trattative e nella redazione del Trattato di Maastricht, entrato in vigore nel 1993. È in quest'occasione che emergono chiaramente delle differenze sostanziali tra l'idea di protezione sociale dei Paesi membri. A causa di un percorso storico, politico ed economico molto diverso, si creano

²⁵ Sentenza della Corte di Giustizia dell'8 aprile 1976, causa 43/75. Gabrielle Defrenne, ex hostess della compagnia aerea belga Sabena, chiede un risarcimento per la violazione dei diritti a cui l'art. 119 fa riferimento.

²⁶ Galantino, L. (2010) "Diritto Comunitario del lavoro", Giappichelli editore, Torino.

delle spaccature in materia sociale tra gli Stati membri e il Regno Unito ⁽²⁷⁾. Si arriva quindi a non inserire all'interno del Trattato le norme sociali, bensì ad integrarle ad esso allegando un "Accordo sulla politica sociale" previsto dal "Protocollo sulla politica sociale" in cui si afferma la volontà di undici su dodici Stati membri di proseguire sulla strada di un rafforzamento dell'autonomia della politica sociale della Comunità.

Non solo dall'*escamotage* sopra esposto per avere la possibilità di implementare la politica sociale senza scendere a compromessi con il Regno Unito, ma anche da un indizio per così dire "semantico" si nota il progressivo avanzamento verso un'idea di Europa sociale prima che economica. Al Trattato di Maastricht si deve, infatti, l'eliminazione dell'aggettivo "economica": con l'entrata in vigore del Trattato la Comunità Economica Europea, diviene la Comunità Europea e tale resterà fino al 2009 anno in cui con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nascerà l'Unione Europea che conosciamo oggi. Per quanto riguarda la materia qui trattata, l'Accordo sulla politica sociale riprende da una parte (art.6 co.1-2) il diritto alla parità della retribuzione tra lavoratori e lavoratrici già sancito con il Trattato di Roma, dall'altra (art.6 co.3) la Carta Comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori ⁽²⁸⁾, approvata a Strasburgo quattro anni prima ed in cui si fa riferimento alla possibilità di adottare azioni positive volte ad eliminare le discriminazioni possibili per le donne in ambito lavorativo, oltre che alla previsione di una più corretta redistribuzione delle responsabilità familiari tra uomo e donna (ma di questo ci occuperemo in seguito). Esso, infatti, riporta "Il presente articolo non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici intesi a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte delle donne ovvero a evitare o compensare svantaggi nella loro carriera professionale." Nell'analizzare quanto stabilito

²⁷ Ricordiamo che il Regno Unito era uscito da poco da quella che è stata poi definita "era thatcheriana" caratterizzata dalla fusione tra conservatorismo e liberismo economico.

²⁸ Tale carta può essere vista come una sorta di prima elaborazione di una costituzione sociale, nata dall'esigenza di individuare uno "zoccolo duro" di diritti dai quali non si sarebbe potuto prescindere nello sviluppo del progetto europeo. Sotto il profilo giuridico tale Carta è un documento di *soft law* e non è quindi vincolante per i firmatari, si può quindi affermare che ha un valore principalmente politico.

dal legislatore, vorrei porre l'accento su due punti a mio parere fondamentali: la previsione per l'appunto di misure di diritto diseguale volte a consentire alle lavoratrici l'esercizio del proprio diritto al lavoro e alla carriera riequilibrando una situazione inizialmente sfavorevole⁽²⁹⁾. E la previsione, per riequilibrare tale situazione, di "vantaggi specifici", anche in questo caso il legislatore getta le basi per una politica sociale orientata all'omogeneizzazione al rialzo dei diritti. In nessun caso infatti si mira a rivalutare al ribasso i diritti dei lavoratori. Tali evidenze portano in primo piano la questione sul progressivo passaggio da una forma di eguaglianza formale ad un'idea di eguaglianza sostanziale che si concretizzerà poi in modo più deciso con la Carta di Nizza.

È con il Trattato di Amsterdam però che si fa il primo vero e proprio passo verso una politica sociale comunitaria coesa e non più *market oriented*, scatenando anche una corposa produzione letteraria sulla questione se il Trattato rappresenti o meno la "chiave di volta" in materia diritti sociali.

Questione fondamentale sulla quale si era incentrato il dibattito antecedente alla stesura del Trattato in esame era il grave problema della disoccupazione, in area europea ben più presente che nelle altre economie sviluppate, quali Stati Uniti e Giappone. E così assieme a misure di stampo economico ed infrastrutturale, vennero suggerite misure atte a ad assicurare un sistema di garanzie minimo, non solo per la popolazione attiva, ma anche per chi si trovava momentaneamente escluso dal mercato del lavoro professionale. Tale esigenza sorse dalla necessità di mantenere e rafforzare un sistema di *welfare state* atto a evitare l'emarginazione dei cittadini verso le fasce estreme della società, evenienza che avrebbe dato luogo ad episodi di instabilità pericolosi tanto quanto una qualsiasi crisi economica (Foglia e Cosio, 2011).

Nel Trattato vengono perciò seguite più direzioni per promuovere un mercato del lavoro dinamico ed efficiente. Dal focus sulla formazione continua per evitare una perdita di competitività delle risorse umane, alle agevolazioni fiscali volte a stimolare la creazione di nuovi posti di lavoro,

²⁹ Sciarra, S. (a cura di) (2010), "Manuale di diritto sociale europeo", Giappichelli Editore, Torino.

dalla creazione di un mercato flessibile e al contempo di tutela nei confronti dei lavoratori allo sviluppo di una politica rigorosa delle risorse umane per far fronte alle nuove esigenze organizzative della vita lavorativa che aveva ormai spostato il proprio baricentro dalla società industriale a quella dei servizi. Si arriva così alla definizione degli obiettivi del Trattato, stipulato questa volta anche dal Regno Unito. Essi sono elencati all'art. 1 (ora art. 136 TCE) dell'Accordo sulla politica sociale che con il Trattato di Amsterdam è stato integrato nel TCE:

- La promozione dell'occupazione
- Il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro
- Una protezione sociale adeguata
- Il dialogo sociale
- Lo sviluppo delle risorse umane
- La lotta all'emarginazione

Si conferma poi l'estensione delle competenze comunitarie del Consiglio ai seguenti settori (art. 137 TCE) (Galantino, 2010):

- Miglioramento dell'ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori
- Condizioni di lavoro
- Una protezione sociale adeguata
- Integrazione delle persone escluse nel mercato del lavoro
- Parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità professionali ed il rispettivo trattamento sul lavoro, con la possibilità degli Stati di mantenere o adottare misure di diritto disuguale al fine di eliminare o compensare gli svantaggi a cui sono soggette (art. 141 TCE).

In tali materie si fa riferimento alla regola della maggioranza qualificata di cui abbiamo già parlato, la regola dell'unanimità continua invece ad essere adottata per quanto riguarda le norme elencate al 3° comma dell'art 137 del TCE. Restano da sottolineare: l'esclusione dalle competenze comunitarie alcune importanti questioni sociali quali le retribuzioni, il diritto di

associazione, il diritto di sciopero e il diritto di serrata e la logica di sussidiarietà che cerca di conciliare l'esigenza dell'integrazione comunitaria con la necessaria tutela delle diverse tradizioni nazionali. Il trattato di Amsterdam ha, poi, iscritto la parità uomini-donne tra gli obiettivi della Comunità (art. 2 del TCE), prevedendo esplicitamente che in ogni sua azione essa debba cercare di eliminare le disuguaglianze e promuovere la parità tra uomini e donne (art.3, par.2, TCE).

Il nuovo articolo 141 del trattato CE implica un potenziamento della parità di trattamento tra uomini e donne e della parità di opportunità. L'ex articolo 119, infatti, si limitava alle questioni relative alla parità di retribuzione tra i due sessi per un medesimo lavoro. La nuova disposizione permette al Consiglio di adottare, previa consultazione del Comitato economico e sociale e in conformità della procedura di co-decisione, misure positive volte a garantire l'applicazione di questo principio. Gli Stati membri avranno inoltre la possibilità di mantenere o adottare vantaggi specifici per il sesso sottorappresentato, onde agevolarlo nell'esercizio di un'attività professionale o per prevenire o compensare eventuali svantaggi nella carriera professionale⁽³⁰⁾.

Il trattato di Amsterdam segna quindi l'avvio all'interno della Comunità Europea di quello che viene chiamato il *Gender Mainstreaming*. Con tale locuzione si intende il processo di valutazione delle implicazioni per uomini e donne discendenti da decisioni in ambito sociale, politico legislativo, ma più in generale in tutti i settori e a tutti i livelli. Tale strategia mira a "tenere sotto controllo" le disparità di genere ed evitare che le discriminazioni e le disparità di trattamento si perpetuino, arrivando all'obiettivo finale identificato con la parità dei sessi⁽³¹⁾.

Tale politica era già stata introdotta, a seguito della IV Conferenza mondiale sulle donne organizzata a Pechino nel 1995 dalle Nazioni Unite, dalla

30

<http://www.europamica.it/Database/europamica/europamica.nsf/pagine/8E226E227CDAE826C12569DD0037D0A3?OpenDocument>

³¹ Strazzari, D. "Gender Mainstreaming: genesi di un termine comunitario e le difficoltà nella sua traduzione", Rete per l'eccellenza dell'italiano istituzionale.

Comunicazione della Commissione del 21 febbraio 1996 e confermata dalla Raccomandazione del Consiglio del 2 dicembre 1996, n. 96/694, che trova ora formalmente spazio nell'art.2 par.2 del Trattato di Amsterdam. Il legislatore comunitario, lascia ampio spazio di manovra al legislatore nazionale nella scelta dei percorsi più idonei al raggiungimento della parità soprattutto nel caso in cui si vogliono implementare politiche occupazionali per le quali la Comunità Europea intende realizzare una strategia sì coordinata, ma con provvedimenti di tipo *soft* che hanno quindi una valenza più politica che prescrittiva.

Un'applicazione degna di nota della politica di *gender mainstreaming* è il *Gender budgeting* "inteso come costruzione dei bilanci pubblici a tutti i livelli della prospettiva di genere" (Galantino, 2009). Grazie a tale strumento diventa più semplice strutturare la spesa pubblica sulla base degli obiettivi di parità tra i sessi. Elemento di discussione e opinioni contrastanti in merito alle politiche di *gender mainstreaming* è la previsione o meno di "quote" (intese come una percentuale di presenza obbligatoria di individui di sesso femminile all'interno delle istituzioni al fine di riequilibrare la distribuzione del potere politico tra i sessi). Tali quote possono essere "transitorie" e quindi solo temporanee oppure, nel caso soprattutto in cui la rappresentanza politica femminile nel Paese sia sotto il 30%, possono determinare una riesamina dell'impatto differenziato dei sistemi elettorali sulla rappresentanza politica di genere e incoraggiare i partiti ad introdurre delle quote al loro interno. Aldilà della questione di principio che è stata spesso oggetto di discussione nel dibattito non solo politico, ma anche sociale, per la quale ci si domanda se sia corretto riservare obbligatoriamente un determinato numero di ruoli a delle persone semplicemente in base al sesso o se invece non si dovrebbe far sì che le scelte formative e professionali delle donne si indirizzino autonomamente verso percorsi ad oggi tipicamente maschili, aumentando la loro presenza e rendendo quindi più probabile la scelta di un profilo femminile non in quanto donna, ma in quanto professionista preparata, si è in presenza dell'intervento della Corte costituzionale. Essa, infatti, si è espressa dapprima in senso contrario alla

previsione delle cosiddette “quote rosa”⁽³²⁾ per poi affermare la legittimità del vincolo in quanto esso non incide sull’esito della competizione elettorale⁽³³⁾.

Prima di leggere ed analizzare i passi successivi all’entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, è interessante cercare di capire se effettivamente esso sia un punto di svolta nel piano di formazione di una politica sociale europea o se in realtà rappresenti in qualche modo un progetto incompiuto.

Secondo il “Rapporto Simitis”⁽³⁴⁾ il Trattato contiene luci ed ombre, in quanto da una parte afferma esplicitamente l’importanza che i diritti fondamentali hanno nell’Unione Europea e prevede l’utilizzo di tecniche e strumenti per implementarli e per combattere ogni forma di discriminazione (art. 13 e art.136), dall’altra vi sono lacune ed incoerenze. In primo luogo, la commissione di esperti che ha redatto il rapporto, nota come il rafforzamento dei diritti fondamentali avvenga solo nell’ambito di competenze del “primo pilastro” dell’Unione Europea, senza coinvolgere il secondo e il terzo⁽³⁵⁾ ciò va ad inficiare l’effettività dell’impegno dell’Unione Europea a favore dei diritti fondamentali che dovrebbe guidare l’attività di tutte e tre le aree d’azione. Secondariamente, si vede come:

“L’attuale sistema di riferimenti ad altre convenzioni è confuso e controproducente. Mentre, ad esempio, il Trattato sull’Unione europea cita due volte la Convenzione europea dei diritti dell’uomo, il Trattato CE non ne fa mai menzione. Di contro, entrambi i documenti citano la Carta sociale europea e la Carta comunitaria. Ma se il preambolo del Trattato UE cita esplicitamente entrambi i documenti, l’Art. 6 fa riferimento unicamente alla

³² Si veda a tal proposito la sentenza Kalanke.

³³ Decisione 13 febbraio 2003, n.49

³⁴ Commissione Europea (1999), “Per l’affermazione dei diritti fondamentali nell’Unione Europea. È tempo di agire”

³⁵ I tre pilastri dell’UE sono stati istituiti con il trattato di Maastricht e sono stati un modo per dividere le politiche dell’Ue in tre campi. Il primo: riguarda le “Comunità europee”, la creazione di un mercato unico, dell’unione monetaria, della sanità, la ricerca, il welfare etc.; il secondo, “Politica estera e di sicurezza comune” si occupa di diritti umani, aiuti umanitari, democrazia; il terzo, “Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale” ha come aree di competenza il traffico di droga, il contrabbando d’armi, il terrorismo, il traffico di esseri umani, le organizzazioni criminali e la corruzione e la truffa. I tre pilastri sono stati in seguito aboliti con il Trattato di Lisbona.

Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'Art. 136 del Trattato CE, invece, cita la Carta sociale europea e la Carta comunitaria, ma non la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonostante l'impatto che diritti fondamentali, quali la libertà d'associazione, il rispetto della vita privata e familiare o la libertà di espressione, esercitano sui rapporti di lavoro.” (Commissione europea, 1999, p. 9)

Ciò porta a riflettere sul fatto che si ha come l'impressione di essere davanti ad un “approccio selettivo dei diritti fondamentali”, dove taluni godono di effettiva protezione mentre altri non vengono presi in considerazione come il diritto di sciopero e di serrata. La Commissione conclude poi con una serie di raccomandazioni:

- Utilizzare un “Approccio Globale” poiché la possibilità di realizzare una società rispondente agli obiettivi e alle aspirazioni che l'Unione si è data dipenderà dalla possibilità dei propri cittadini di comprendere e vedere riconosciuti i propri diritti fondamentali in tutte le sfere di competenza dell'Unione.
- “Estendere il campo d'applicazione” dei diritti fondamentali in quanto vengono considerati alla stregua di diritti di cittadinanza, ma tale interpretazione va' a limitare i diritti fondamentali che prima del cittadino, sono dell'uomo.
- Dare maggiore “Visibilità ai diritti”. La trasparenza e l'agevolazione nel portare a conoscenza i cittadini comunitari dei propri diritti può svolgere una funzione di maggiore attaccamento sociale e culturale all'Unione Europea portando così alla creazione di un effettivo “popolo europeo”.
- Fornire un'effettiva “Protezione giudiziaria”. Non è sufficiente proclamare i diritti fondamentali, bisogna anche renderli reclamabili favorendo l'introduzione di misure regolamentari specifiche.
- In merito alle “Competenze comunitarie e quelle nazionali”, viene rivendicato uno sviluppo parallelo e costante dei sistemi normativi, in modo da creare un corpus normativo coeso e coerente.

- Si raccomanda poi il dialogo tra le parti sociali e i vari organismi non governativi che possono fornire punti di vista e pareri utili ad uno sviluppo della normativa rispondente ai bisogni emergenti della popolazione.

Anche Marzia Barbera⁽³⁶⁾ individua una sorta di ambivalenza nel Trattato in esame. Secondo la giurista l'aggettivo più utilizzato dai commentatori ad un primo impatto per giudicare il Trattato è stato: modesto, soprattutto se messo in comparazione con i suoi predecessori. Non bisogna però lasciarsi trarre in inganno e dare giudizi affrettati in quanto, ad un'analisi più approfondita, esso si rivela ambiguo. A causa nel particolare contesto storico in cui si svolgono le trattative esso si trova ad affrontare l'impossibilità di un'armonizzazione verso l'alto dei diritti sociali dovuta alla crescita inflazionistica che caratterizzò gli anni '80 e all'aumento costante della disoccupazione all'interno dell'area d'applicabilità dello stesso.

Bisogna inoltre notare che mentre i primi Trattati e l'Atto Unico rappresentavano i pilastri fondativi della Comunità Europea, il Trattato di Amsterdam mirava ad affinare una struttura già esistente nel tentativo di donarle un'identità sovranazionale e una legittimazione (anche di tipo costituzionale) agli occhi delle nazioni che la componevano.

Il trattato di Amsterdam si può quindi definire un trattato negoziato in una situazione d'incertezza, dove non vi era alle spalle un progetto ambizioso come la creazione di un mercato unico di scambio o una moneta unica, ma la condivisione di temi e idee di tipo sociale che, soprattutto in tempo di crisi, tendono a rivendicare una dimensione prettamente nazionalistica. Ecco perché il metodo da esso seguito è una sorta di "ibrido", all'insegna della flessibilità, tra istituzioni centralizzate e i vari enti nazionali. Ed è proprio questa ambiguità che rende difficile determinare il ruolo effettivo del Trattato nel progetto di integrazione europea.

Al Trattato di Amsterdam fa seguito un anno più tardi un altro tentativo di omogeneizzazione della politica sociale europea. Tale tentativo consiste

³⁶ Barbera, M. (2000) "Dopo Amsterdam - i nuovi confini del diritto sociale comunitario", ed. Promodis Italia Editrice.

nell'elaborazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, meglio conosciuta come Carta di Nizza dalla città in cui è stata approvata. Essa si configura come un abbozzo di costituzione europea in quanto prende in considerazione i cittadini nella sua totalità a prescindere dalla loro caratterizzazione come lavoratori o membri attivi nel tessuto economico. Essa inoltre mette, dieci anni dopo la Carta del 1989, in primo piano la questione sociale, tralasciando le ragioni economiche che fino ad ora erano sottese agli accordi in ambito comunitario. La Carta presenta nel suo impianto i sei principi su cui si basa il modello europeo: la dignità, la libertà, l'uguaglianza, la solidarietà, la cittadinanza e la giustizia. Essa tuttavia resta per lungo tempo priva di un'efficacia giuridica vincolante consistendo semplicemente in una dichiarazione solenne firmata da tutti i Capi di Stato e di governo, si dovrà attendere la firma del Trattato di Lisbona per rendere la Carta vincolante. La ritrosia nel rendere vincolante tale Carta, unita ad un periodo storico-economico di grande apertura e globalizzazione accompagnato dal riaffermarsi di principi di stampo liberista, rende lampante quanto le motivazioni economiche siano ancora preponderanti alla base del progetto europeo. Tale documento è comunque estremamente significativo in quanto introduce rilevanti novità. In tema di diritto del lavoro, fondamentale è segnalare come all'articolo 15 essa riconosca il lavoro come un diritto e colleghi a questo il diritto ad un'esistenza dignitosa, all'assistenza abitativa e all'informazione, in un'idea dello stesso non più solo come mezzo di produzione, ma come caratteristica implicita nell'uomo e alla base della sua dignità. Allo stesso articolo, al co. 3°, per la prima volta, inoltre, i cittadini extra comunitari vengono equiparati ai cittadini europei in una visione di libera circolazione e scambio. Per quanto riguarda la parità uomo-donna di rilievo è l'articolo 23 che per la prima volta supera il concetto di parità nella retribuzione e nella presenza nel mercato del lavoro, per sostituirla con un'idea di parità che pervade tutti i campi della vita civile⁽³⁷⁾. Da ciò si può

³⁷ Carta di Nizza, art. 23: "La parità tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione. Il principio di parità non osta al

dedurre che anche nella previsione di strumenti atti ad eliminare le disuguaglianze, il legislatore faccia riferimento non solo al lavoro retribuito, ma in generale al ruolo della donna nella società.

Nel 2004, la Comunità, con l'idea di dar vita ad una vera e propria Costituzione europea, convoca una Conferenza Intergovernativa allo scopo di rivedere i Trattati al fine di renderli più comprensibili e unitari. Tale processo si conclude con la firma a Roma di un Trattato che avrebbe adottato una *Costituzione per l'Europa*, tuttavia il parere contrario all'introduzione di una Costituzione europea di alcuni Stati, fa fare un passo indietro alla Comunità che sceglie quindi di intraprendere un percorso più graduale di revisione dei trattati precedenti, e non di abrogazione degli stessi, con la stipula del Trattato di Lisbona che entra in vigore il 1° dicembre 2008. Il Trattato quindi va' a modificare i Trattati precedenti e li riunisce nel Trattato sull'Unione Europea (TUE) e nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione (TFUE). Tale processo non porta però a una maggiore comprensione dei testi (com'era nelle intenzioni iniziali della Comunità) poiché essi presentano oltre quattrocento articoli e numerosi protocolli aggiuntivi (Galantino, 2010).

Il Trattato presenta numerose novità volte a rafforzare i valori democratici dell'Unione e la sua identità, come ad esempio il rafforzamento del ruolo svolto dal Parlamento europeo. In esso viene depennato tuttavia il riferimento alla supremazia del diritto comunitario sul diritto nazionale, presente nell'iniziale elaborazione della Costituzione Europea. Per quanto riguarda le materie sociali è importante notare come la Carta dei Diritti Fondamentali, pur non essendo stata integrata nel testo del Trattato, assuma valenza pari a quella dei Trattati stessi.

Ciò rende possibile per il cittadino europeo, che si senta vittima della violazione dei diritti ai quali ha titolo, di rivolgersi direttamente alla Corte di Strasburgo, bypassando il proprio Stato membro e riferendosi quindi direttamente al testo della Carta, mentre prima era possibile procedere solo nei confronti di quegli Stati che attuavano il diritto comunitario.

mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sotto rappresentato."

La centralità che il progetto costituzionale ha avuto soprattutto nella redazione degli ultimi Trattati rende interessante una breve digressione sull'effettiva possibilità da parte dell'Unione Europea di adottare una Costituzione e sul rapporto tra i diritti sociali e i diritti fondamentali.

Alla domanda "Può l'Unione Europea avere una Costituzione?" i commentatori si dividono in due frange, coloro i quali danno risposta negativa e coloro che, all'opposto, non negano questa possibilità⁽³⁸⁾. I primi, nell'argomentare la propria posizione, fanno riferimento ad una sorta di "deficit di democrazia" in quanto l'Unione Europea non è nata da una volontà comune del popolo che la compone, ma è una comunità artificiale nata a scopi economici, senza l'impulso sociale e civile che ha invece caratterizzato la nascita degli Stati che la compongono. Per tale ragione se mai vi sarà una Costituzione europea essa rientrerà nel campo del diritto internazionale e non di quello costituzionale, poiché l'esistenza di un popolo europeo è *conditio sine qua non* per la creazione e, soprattutto, l'accettazione di una Costituzione europea. I secondi invece partono dal presupposto che ciò sia possibile se la Costituzione viene intesa come un progetto politicamente neutro per disegnare l'insieme delle norme fondamentali che identificano e caratterizzano ciascun ordinamento giuridico. Tra questa seconda corrente poi c'è chi vede nei principi fondamentali già incorporati nei Trattati la sua "Costituzione" e che quindi, pur ritenendolo possibile, non crede sia necessario per l'Unione un ulteriore documento, e chi già sostiene l'esistenza di uno "spazio costituzionale europeo" fondato sulla legittimazione reciproca dei vari Stati che lo compongono in quanto essi stessi rappresentano il potere costituente dell'Unione.

2.2.2. Le fonti secondarie del diritto comunitario: le Direttive

Le Direttive vincolano lo stato membro cui sono rivolte per quanto riguarda il risultato da raggiungere, ma fanno salva la competenza degli Stati per quanto

³⁸ Ballestrero, M.V. (2000), "Brevi osservazioni su Costituzione europea e diritto del lavoro italiano", in Lavoro e Diritto n.4/2000, ed. Il Mulino, Bologna.

riguarda i mezzi e le modalità più idonee per raggiungerlo, esse assieme ad altri strumenti danno applicazione ai principi affermati nei Trattati.

Uno degli obiettivi fin da subito perseguiti dall'allora CEE è stata la parità di trattamento tra uomo e donna in materia di lavoro. Esso, come abbiamo già ricordato, è stato presente fin dagli albori del progetto europeista e, anche se attinente esclusivamente all'aspetto retributivo, fu inserito nel Trattato di Roma.

A partire dagli anni '70 ha inizio poi un'intensa emanazione di direttive attinenti le pari opportunità. Ciò presumibilmente è ricollegabile al periodo di intensa partecipazione che stava vivendo la donna per far valere i propri diritti nei confronti di una società a misura d'uomo. La prima Direttiva emanata è stata la 75/117/CEE che dava applicazione al diritto alla parità retributiva sancito nell'articolo 119 del Trattato di Roma. Nella direttiva 76/207/CEE si afferma invece il principio di parità di trattamento per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alle condizioni di lavoro. In tale direttiva si vieta esplicitamente qualsiasi tipo di discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia (art.2). Intendendo per discriminazione diretta una situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto sia, sia stata o sarebbe stata trattata in una situazione analoga (art. 2 co.1 lett. a). La discriminazione diretta a sua volta può essere implicita, cioè attraverso il riferimento a situazioni specifiche per quel genere (per esempio lo stato di gravidanza per le donne), o esplicita, cioè attraverso un esplicito riferimento all'appartenenza di genere. Per discriminazione indiretta si intende invece la situazione nella quale una disposizione, un criterio o una prassi, apparentemente neutri, e cioè rivolti indistintamente agli appartenenti ai due generi, è in grado di produrre effetti svantaggiosi per l'uno o per l'altro sesso, fatto salvo che tale diversità di trattamento sia sorretta da una giustificazione oggettiva (art. 2 co.1 lett. b).

In tale definizione è evidente il mutamento di prospettiva rispetto alla nozione di discriminazione indiretta introdotta dall'art. 2, par. 2 della direttiva n. 97/80/CE sul tema dell'onere della prova, che riconosce il

trattamento discriminatorio nel caso in cui gli effetti di atti formalmente neutri ricadano in numero maggiore sugli appartenenti ad un sesso rispetto all'altro. Episodi di discriminazione indiretta possono, ad esempio, prendere luogo nel terreno fertile del lavoro a tempo parziale essendo una modalità lavorativa principalmente femminile, pur essendo indirizzata a tutti i lavoratori⁽³⁹⁾.

All'interno di tale direttiva vi sono poi anche delle deroghe al principio di parità di trattamento, il quale non viene applicato in tre casi:

- Attività professionali per le quali, in considerazione della loro natura o del contesto per il loro esercizio, il sesso rappresenti un requisito essenziale e determinante, purchè l'obiettivo sia legittimo e il requisito proporzionato;
- Disposizioni relative alla protezione della donna;
- Disposizioni relative alla protezione della donna in gravidanza e maternità.

In questa sede, analizzerò brevemente solo le prime due deroghe al principio di parità di trattamento, rimandando ad un momento successivo la considerazione in merito alla protezione della maternità.

Per quanto riguarda la prima deroga, la Corte di giustizia ha ritenuto idoneo meglio specificare le attività per le quali si può accettare la deroga onde evitare un'estensione eccessiva della casistica. Ad esempio, può essere ritenuta idonea una preferenza per i lavoratori di sesso maschile in ruoli come quello di sorvegliante capo nelle carceri, mentre è giudicata troppo limitante l'esclusione delle donne da impieghi che implicano l'uso delle armi. Per quanto riguarda il secondo tipo di deroga si fa spesso riferimento alla normativa riguardo il divieto di lavoro notturno. Tale previsione di legge ha fatto scaturire un dibattito sul fatto se fosse in realtà una violazione del divieto di discriminazione o se fosse effettivamente una misura a favore della protezione della donna. Si è giunti alla conclusione attraverso diverse sentenze della Corte di giustizia che vietare il lavoro notturno alle donne

³⁹ Sciarra, S. (a cura di), (2010), "Manuale di diritto sociale europeo", ed. G.Giappichelli Editore, Torino.

fosse eccessivamente restrittivo e discriminante e quindi vengono inserite, nella direttiva n. 93/104 solo alcune garanzie particolari per tutti i lavoratori notturni.

Vengono, in seguito, emanate la Direttiva 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento in materia di sicurezza sociale e la Direttiva 86/613/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne nei regimi professionali di sicurezza sociali.

La Direttiva 79/7 è rivolta alla popolazione attiva, escludendo così il lavoro di cura qualora non retribuito. Essa inoltre ammette, tra le eccezioni alla parità, l'età di pensionamento in quanto qualora esistesse una differenza di età pensionabile tra lavoratori e lavoratrici, sarebbe legittimo il calcolo della pensione in modo diverso a seconda del sesso del lavoratore (Galantino,2009).

Secondo l'art. 4, la parità di trattamento riguarda poi tutto il campo di applicazione dei regimi previdenziali, l'obbligo di versamento dei contributi, il calcolo degli stessi, le condizioni relative alla durata e al mantenimento del diritto alle prestazioni. L'art. 6 istituisce l'obbligo da parte dei diversi Paesi di rendere possibile, ai lavoratori lesi, difendere i propri diritti per via giudiziaria o attraverso gli organi competenti. Il risarcimento del danno subito tuttavia non è scontato in quanto la violazione deve essere grave e manifesta e deve essere chiaro il legame causale tra il danno subito dal soggetto e la violazione del diritto da parte dello Stato.

La Direttiva n. 86/378 ha poi esteso l'obbligo di parità di trattamento in campo previdenziale ai sistemi previdenziali integrativi o sostitutivi, a prescindere dalla loro obbligatorietà. Tale direttiva riunisce le decisioni prese dalla Corte di giustizia in merito a tale fattispecie, andando ad integrare la precedente direttiva. Tale provvedimento si giustifica riferendo i contributi e le prestazioni previdenziali, pagati a fondi pensionistici privati, compresi nel concetto di retribuzione esposto all'art.141 del Trattato con il quale, dunque, i lavoratori, sono pienamente soggetti al principio di parità retributiva. La stessa direttiva stabilisce che l'età pensionabile prevista per gli uomini e le

donne sia identica sempre in relazione a quanto previsto dall'art. 141 del Trattato. Tuttavia, al fine di cercare un equilibrio tra la sostenibilità economico-finanziaria di tali fondi pensionistici e i diritti dei lavoratori, stabilisce tale norma come applicabile dal 17 maggio 1990, prevedendo la retroattività della norma solo nel caso in cui il lavoratore avesse già fatto valere il proprio diritto con un reclamo o un'azione in giudizio. La Direttiva continua affermando la possibilità di opporre la normativa interna ai lavoratori che chiedono il riconoscimento del proprio diritto a patto che tale normativa sia parimenti o maggiormente favorevole rispetto alla direttiva comunitaria, che si pone quindi come soglia minima di tutela. Infine essa si conclude escludendo le prestazioni finanziate dai lavoratori su base volontaria dal campo di azione dell'art. 141 e quindi determinando la non applicabilità della direttiva.

Un'altra direttiva che da applicazione all'art.141 del Trattato di Amsterdam è la n. 2002/73/CE che ribadisce l'utilizzo delle azioni positive per la promozione delle pari opportunità. Essa definisce tali misure come "vantaggi specifici" volti a facilitare l'inserimento ed il percorso professionale del sesso sottorappresentato. In altre direttive (n. 2000/43 e n. 2000/78) tali provvedimenti non vengono definiti come vantaggi specifici bensì come "misure specifiche destinate ad evitare o a compensare gli svantaggi legati al sesso".

Resta quindi da chiedersi se le azioni positive debbano dare luogo a dei "vantaggi aggiuntivi". In tale ambito si è acceso il dibattito circa l'utilizzo di quote che si è concluso ritenendo legittimo che, in un ambito in cui uno dei due sessi sia sottorappresentato, a parità di formazione professionale e competenze, il datore di lavoro scelga il soggetto appartenente al sesso sottorappresentato. Si è quindi escluso ed è stato ritenuto illegittimo un meccanismo rigido puramente quantitativo che non prendesse in considerazione i *curricula* e le competenze dei candidati. Con le Direttive 2000/43/CE, 2000/78/CE e 2002/73/CE si rafforzano gli strumenti di protezione contro le molestie sessuali che prima erano inseriti all'interno della Raccomandazione della Commissione 92/131/CEE e si equipara la

molestia alla discriminazione estendendo tutte le norme contro la discriminazione ai casi di molestie. L'oggetto della tutela nello specifico si riferisce alla dignità umana e per tale ragione l'elemento qualificante della molestie non è l'intenzione che sottostà a tale comportamento, ma l'indesideratezza dello stesso unito alla percezione avuta dalla vittima del vessatore. Da tale direttiva nasce anche la previsione dell'attuazione di politiche di *gender mainstreaming* di cui sopra già discusso.

2.2.3. La normativa vigente: la Direttiva quadro 54/2006

La Direttiva 54/2006 si propone lo scopo di razionalizzare ed integrare, con le disposizioni emanate nelle sentenze della Corte di giustizia, in un unico documento tutte le precedenti direttive in ambito di parità di trattamento e di opportunità. Essa, come ci ricorda la Barbera (⁴⁰), contiene quindi le previsioni sia in ambito retributivo che quelle in merito alla parità di trattamento nel settore dei regimi professionali e di sicurezza sociale. Per quanto riguarda gli articoli inerenti al diritto di parità in ambito retributivo si è presenti ad una modifica: il termine "retribuzione" è sostituito dalla locuzione "qualunque aspetto o condizione della retribuzione" ciò amplia, seguendo le indicazioni della Corte di Giustizia, l'idea stessa di retribuzione integrandola con qualsiasi tipo di pagamento diretto o indiretto che il datore di lavoro operi in favore del lavoratore comprese eventuali integrazioni della remunerazione di base. La verifica di tale principio implica, quindi, il confronto tra lavoratori e lavoratrici che svolgono uno stesso lavoro o un lavoro di pari valore impiegati simultaneamente o in periodi diversi. L'idea di "lavoro di pari valore" riguarda aspetti di carattere qualitativo poiché sono attinenti alla natura delle prestazioni lavorative compiuti dagli interessati. Per tale ragione si arriva alla conclusione che i sistemi classificatori della classificazione professionale debbano adottare criteri comuni e che inoltre debbano essere formali ed analitici. L'art. 3 della Direttiva sostiene che le

⁴⁰ Barbera, M. (a cura di) (2007), "Il nuovo diritto antidiscriminatorio", ed. Giuffrè Editore, Milano.

iniziative dirette ad evitare o a compensare gli svantaggi correlati ai fattori di discriminazione vietati, non derogano al divieto di discriminazione, ma sono, insieme a questo, gli strumenti fondamentali per la promozione dell'uguaglianza sostanziale. Infatti, se il divieto di discriminazione è lo strumento scelto per raggiungere l'uguaglianza formale, le azioni positive lo sono per il raggiungimento dell'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale. Tali strumenti, per dirla in altri termini, sono le due facce di una stessa medaglia e quindi, se guardiamo al risultato da realizzare, ogni distinzione potrebbe essere considerata fittizia. Il vero problema è piuttosto l'ammissione dell'utilizzo di azioni positive per avvantaggiare il sesso sottorappresentato, senza però obbligare in alcun modo gli Stati membri a rimuovere gli ostacoli che impediscono l'uguaglianza formale.(Borelli, 2007)

2.3. La normativa nazionale in materia di parità tra i sessi

2.3.1. Partendo dal principio: gli articoli 3 e 37 della Costituzione

I principi di eguaglianza, non discriminazione e di pari opportunità viene previsto dallo Stato italiano fin dagli albori, inserendo all'interno della propria Costituzione tre articoli, riferiti: al principio di eguaglianza in senso generale (art. 3), al diritto delle lavoratrici di ottenere pari trattamento rispetto ai colleghi maschi (art. 37) e al riequilibrio nella distribuzione delle cariche elettive (art. 51, modificato nel 2002 appunto per garantire una maggior partecipazione delle donne nella vita pubblica dello Stato).

L'art. 3 recita: "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.

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."

Esso sancisce pari dignità sociale e uguaglianza ai cittadini davanti alla legge e si rifà al diritto all'eguaglianza in senso formale come diritto fondamentale della persona, da una parte, e come criterio di giudizio delle leggi dall'altra (Borelli, 2007). Diritto fondamentale della persona inteso come il diritto all'eguaglianza e al divieto di porre in atto discriminazioni sulla base delle caratteristiche riportate al primo comma. Tale precetto non deve essere confuso con la totale impossibilità di porre in atto distinzioni, in quanto vieta le discriminazioni arbitrarie, mentre accetta e valuta, a seconda dei casi, le ragionevoli giustificazioni addotte in funzione della distinzione effettuata. Ciò è legittimo in quanto, sebbene bisognerebbe collegare fattispecie analoghe e conseguenze uguali e fattispecie diverse con conseguenze diverse, ciò è reso impossibile dall'eterogeneità esistente in natura, dove è impossibile trovare due soggetti completamente diversi o completamente uguali.

Per quanto riguarda invece la seconda funzione di criterio di giudizio delle leggi, esso va' inteso come metodo che valuta "se il legislatore, nello stesso atto normativo o in atti normativi diversi, avesse dichiarato o considerato dissimili situazioni identicamente disciplinate" o "se, attraverso l'esame delle situazioni di fatto, la qualificazione legislativamente introdotta apparisse arbitraria e perciò irragionevole", il principio di eguaglianza è quindi violato "quando la legge, senza un ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso a cittadini che si trovino in situazioni uguali."⁽⁴¹⁾ Da sottolineare tuttavia, come il principio di parità di trattamento (eguaglianza formale) tra uomini e donne non sia sufficiente a garantirne le pari opportunità e come quindi le leggi nate a partire dall'art.3 co.1 volte a combattere le discriminazioni evidenti non siano state sufficienti a garantire un'effettiva parità. In particolare, la tutela antidiscriminatoria, attraverso la sola imposizione del divieto di determinati comportamenti di sfavore, si è dimostrata insufficiente a rimuovere gli ostacoli che di fatto il mercato e l'organizzazione del lavoro frappongono al raggiungimento della concreta eguaglianza tra lavoratore e lavoratrice. Con il secondo comma l'art. 3 prevede la necessità di raggiungere

⁴¹ Borelli, (2007) cit. p.18.

un'eguaglianza di tipo sostanziale, dando l'avvio a politiche e programmi volti all'effettiva parità di opportunità tra uomini e donne e promuovendo misure finalizzate alla rimozione degli ostacoli alla base delle difficoltà nella parità di trattamento⁽⁴²⁾.

L'art. 37, 1° e 2° comma, secondo il quale: "La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore.

Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione." Da spazio ad alcune ambiguità per la sua struttura ed ha alimentato per lungo periodo interpretazioni sfavorevoli al diritto della donna all'eguaglianza, vietandole l'accesso, ad esempio a professioni tipicamente maschili come quelle attinenti al corpo della polizia o alle forze armate.

Nel secondo comma dell'articolo si dà, infatti, grande rilevanza al ruolo di donna come catalizzatore della famiglia e centro di essa. Dagli anni '70 però, si inizia ad assistere ad un cambiamento del ruolo della donna e all'affermazione di un nuovo modello della stessa che pretende, da un lato, che il lavoro di cura sia egualmente distribuito, dall'altro che non vi sia subordinazione tra lavoro professionale retribuito e lavoro di cura familiare.

Ecco che, a partire da queste nuove esigenze, si cercano nuovi strumenti al fine di eliminare l'ambiguità dettata dall'art. 37, elaborato in un periodo storico e sociale profondamente diverso da quello che ci si stava apprestando a vivere.

2.3.2. Le pari opportunità in Italia: un excursus storico

I provvedimenti attinenti allo sviluppo e all'implementazione delle norme relative al principio di pari opportunità tra generi, sono confluiti negli ultimi anni nel cosiddetto "Codice delle pari opportunità", utile però è dapprima cercare di ripercorrere i principali atti normativi che hanno affrontato il tema delle pari opportunità.

⁴² La Tegola, O. "politiche e strumenti di pari opportunità tra uomini e donne"
http://strega.unisalento.it/pari_opportunita_dal_diritto_alle_azioni/la_tegola.ppt

Inizialmente la tutela del lavoro femminile e la lotta alle norme discriminatorie erano orientate ai principi di parità retributiva, dall'altro alla tutela e quindi al preservare le donne da lavori pesanti o pericolosi.

Con la legge n. 903 del 1977⁽⁴³⁾ si ha il primo tentativo di realizzare le pari opportunità in senso effettivo, anche a seguito dei movimenti femminili di quegli anni. Si vuole, cioè, tutelare la lavoratrice creando i presupposti per una maggiore autonomia.

L'articolo 1 vieta ogni forma di discriminazione nell'accesso al lavoro e in ugual misura ogni discriminazione per quanto riguarda i percorsi di orientamento, perfezionamento, formazione e aggiornamento professionale.

Anche l'art. 3 vieta le discriminazioni ponendo l'accento sull'obbligatorietà di garantire pari opportunità in fase di attribuzione delle qualifiche, delle mansioni o in fase avanzamento della carriera.

Si ripropone la parità di trattamento retributivo all'art. 2 e all'articolo 4 si dà la possibilità alla lavoratrice di allontanare il periodo di pensionamento fino all'età prevista di pensionamento maschile, dare la possibilità alle donne di permanere più a lungo all'interno del mercato del lavoro previene il pericolo di povertà e/o il pericolo di dipendenza economica dal partner e conseguentemente va' ad incidere sull'ampliamento delle libertà e del ventaglio di opportunità per le donne. All'interno di tale legge si continua a trovare la norma che vieta il lavoro notturno, normativa che poi è stata sostituita con la legge n. 25 del 1999 che lo vieterà solo alle donne in stato di gravidanza e fino ad un anno d'età del bambino e lo renderà facoltativo nei casi in cui:

- La lavoratrice sia madre di un figlio di età inferiore ai 3 anni;
- La lavoratrice sia l'unico affidatario e convivente di un figlio fino ai 12 anni;
- La lavoratrice abbia a proprio carico un disabile.

⁴³ http://www.solideadonne.org/pdf/legislazione/scheda_legge_903_1977.pdf
ultima visualizzazione 8 settembre 2013

Un altro importante provvedimento volto alla realizzazione della parità uomo-donna è la legge n.125 del 1991⁽⁴⁴⁾: “Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro”.

L’obiettivo della legge è quello, attraverso meccanismi di eliminazione dei possibili fattori discriminatori che impediscono la realizzazione di una effettiva parità di opportunità tra uomini e donne, di stimolare il rafforzamento della presenza femminile nel mercato del lavoro e di migliorare la qualità delle mansioni femminili, avendo quindi un occhio di riguardo verso non solo la quantità, ma anche la qualità del lavoro e la possibilità di raggiungere elevate posizioni gerarchiche e/o la opportunità di lavorare in settori in cui la popolazione femminile è sottorappresentata.

In particolare all’articolo 1 si individuano gli obiettivi di tali azioni positive:

- a) eliminare le disparità di fatto di cui le donne sono oggetto nella formazione scolastica e professionale, nell’accesso al lavoro, nella progressione di carriera, nella vita lavorativa e nei periodi di mobilità;
- b) favorire la diversificazione delle scelte professionali delle donne in particolare attraverso l’orientamento scolastico e professionale e gli strumenti della formazione; favorire l’accesso al lavoro autonomo e alla formazione imprenditoriale e la qualificazione professionale delle lavoratrici autonome e delle imprenditrici;
- c) superare condizioni, organizzazione e distribuzione del lavoro che provocano effetti diversi, a seconda del sesso, nei confronti dei dipendenti con pregiudizio nella formazione nell’avanzamento professionale e di carriera ovvero nel trattamento economico e retributivo;
- d) promuovere l’inserimento delle donne nelle attività nei settori professionali e nei livelli nei quali esse sono sottorappresentate e in particolare nei settori tecnologicamente avanzati ed ai livelli di responsabilità;

⁴⁴ http://www.solideadonne.org/pdf/legislazione/scheda_legge_125_1991.pdf
ultima visualizzazione 8 settembre 2013.

- e) favorire anche mediante una diversa organizzazione del lavoro, delle condizioni e del tempo di lavoro l'equilibrio tra responsabilità familiari e professionali e una migliore ripartizione di tali responsabilità tra i due sessi.

Per far ciò viene poi previsto all'art. 5 l'istituzione di un "Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed uguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici"⁽⁴⁵⁾, da notare come tale organismo preveda la partecipazione di quaranta soggetti, cosa che rende dubbia la possibilità di interventi rapidi ed efficienti. I compiti di tale Comitato sono: promuovere le azioni positive ed informare e sensibilizzare riguardo al tema, dare pareri sui progetti da finanziare ed elaborare codici di comportamento, verificare l'applicazione delle leggi in materia di parità, fare da supporto nella risoluzione delle controversie e richiedere all'ispettorato del lavoro rapporti sui luoghi di lavoro.

Le azioni positive previste possono essere di tre tipi a seconda degli effetti prodotti:

- simboliche: finalizzate all'inserimento, in ruoli spesso a loro esclusi, delle donne. Coinvolgono un numero ridotto di soggetti, ma sono altamente rappresentative;
- strategiche: orientate a un miglioramento effettivo e percepibile nella realtà aziendale;
- di sensibilizzazione: prevedono attività formative e di promozione al fine di contrastare le discriminazioni indirette;

è possibile operare un secondo tipo di distinzione: le azioni positive di natura promozionale, volte al superamento di posizioni di svantaggio e le azioni positive di natura risarcitoria che propongono soluzioni al tema dell'uguaglianza retributiva e della carriera.

Da sottolineare, infine, come per la prima volta il legislatore nazionale dia una definizione di discriminazione indiretta. All'art. 4 co. 2, il legislatore definisce la discriminazione indiretta come "ogni trattamento pregiudizievole

⁴⁵ Tale comitato era già stato istituito nel 1983 presso il Ministero del lavoro, ma viene meglio definito sia nella struttura che nei compiti con la legge oggetto d'analisi.

conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso e riguardano requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa." Unica deroga resta, quindi, la natura particolare dell'attività lavorativa, della quale, comunque, il datore di lavoro ha l'onere della prova.

In ordine alla valutazione di tale legge si riconoscono alcuni elementi di innovazione ⁽⁴⁶⁾: il primo è il principio di eguaglianza sostanziale, che va' a compensare i processi di diversificazione del diritto del lavoro dovuti alla "perdita di generalità" dello stesso per confluire in una diversificazione delle discipline applicabili. Infatti se il processo di diversificazione, soprattutto tra lavoratori, si scontra negativamente con il principio di uguaglianza formale, non è invece in contrasto con il principio di uguaglianza sostanziale sempre che i diversi trattamenti siano giustificati alla luce di considerazioni meritevoli di tutela. Questo principio viene, in questo testo, affermato con decisione dal legislatore in riferimento alle donne. Tale riaffermazione del principio di eguaglianza sostanziale è il presupposto su cui sono incentrate le azioni positive al centro della legge. Esse mirano non ad eliminare le differenze, bensì ad eliminare gli effetti negativi che possono derivare da tali differenze, nel rispetto della diversità delle persone. Un secondo elemento di novità è ravvisato dalla Ballestrero, nella definizione di discriminazione, che, secondo la giurista, si spinge oltre le discriminazioni di sesso, per guardare soprattutto alle discriminazioni razziali. L'elemento di originalità si ritrova nell'idea della discriminazione indiretta come una discriminazione che interessa una categoria di soggetti, tuttavia non viene introdotto uno strumento tale da rendere la tutela effettiva. Manca infatti la previsione di uno strumento equiparabile ad una *class action* di stampo statunitense.

Concludiamo, prima di passare all'analisi del "Codice delle pari opportunità", accennando alla legge n.215 del 1992 "Azioni positive per l'imprenditoria femminile"⁽⁴⁷⁾. Gli obiettivi del disegno di legge sono lo sviluppo

⁴⁶ Ballestrero, M.V., (1993) "Dopo la L. 125/1991: valutazioni, esperienze e prospettive" in "Le azioni positive un primo bilancio sulla legge 125/1991" ed. FrancoAngeli, Milano.

⁴⁷ Solidea: http://www.solideadonne.org/pdf/legislazione/scheda_legge_215_1992.pdf.

dell'imprenditoria femminile anche in forme cooperative, la qualificazione professionale dell'imprenditrice, l'accesso al credito agevolato e la promozione dell'imprenditoria femminile in settori innovativi. Le agevolazioni previste sono di tipo economico-finanziario e per la gestione dei fondi e l'analisi dei progetti presentati è stato istituito un "Comitato per l'imprenditoria femminile" (art. 5). Per poter beneficiare dei fondi predisposti è necessario che le imprese richiedenti siano a partecipazione maggioritaria femminile e che si impegnino a mantenere la maggioranza di presenza femminile per almeno cinque anni, pena la revoca del prestito.

2.3.3. "Il codice delle pari opportunità" d. lgs 198/2006

Il codice delle pari opportunità dovrebbe riassumere e riordinare, in modo organico, eliminando le sovrapposizioni, il corpus di leggi e di decreti legislativi che è stato prodotto negli anni in tema di pari opportunità. Esso, secondo l'idea iniziale, non dovrebbe contenere solo le previsioni contro le discriminazioni di genere, bensì anche le disposizioni contro le discriminazioni di razza, origine etnica, credenze religiose o convinzioni personali, disabilità, età, e orientamento sessuale. Le disposizioni inserite in tale codice non riguardano solo le pari opportunità nei rapporti di lavoro, ma racchiudono anche la normativa vigente nei confronti dei rapporti sociali, civili e politici.

Il codice si compone di 58 articoli suddivisi in 4 libri a seconda del tema trattato. Il primo libro "Disposizioni per la promozione delle pari opportunità tra uomo e donna" racchiude due titoli. Il primo che vieta ogni forma di discriminazione tra uomini e donne, il secondo che individua e caratterizza gli organismi preposti alla promozione della pari opportunità (Commissione per le pari opportunità tra uomo e donna, Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed eguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici, consigliere e consiglieri di parità, Comitato per l'imprenditoria femminile). Il secondo libro si compone di due titoli ed ha come oggetto la parità uomo-donna nei rapporti etico-sociali e, in particolar modo, il tema

delle violenze nelle relazioni familiari. A causa dell'imponenza del corpus normativo esistente, si adotta la tecnica del rinvio integrale che rinvia ad altri luoghi dell'ordinamento. Il terzo libro, "Parità tra uomini e donne nei rapporti economici", si articola nelle disposizioni per le pari opportunità nel lavoro, per la tutela giudiziaria, per la promozione delle pari opportunità e per le pari opportunità nell'esercizio dell'attività di impresa. Nel primo titolo del terzo libro si va dalla definizione di discriminazione alle tutele per la maternità e per la paternità. Nel secondo libro si lascia, invece, spazio alle agevolazioni previste per la parità di genere nelle attività imprenditoriali. Infine, il quarto libro si occupa delle pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive e stabilisce una quota di rappresentanza presso il Parlamento europeo non superiore ai 2/3 per ogni sesso.

Pur non contenendo novità rilevanti, il codice produce alcuni benefici poiché rende di più facile comprensione il contesto in cui ci si sta muovendo (anche se come vedremo poi vi sono alcune lacune). Il codice sostiene il divieto a qualsiasi tipo di discriminazione che riguardi:

- l'accesso al lavoro (art.27);
- la retribuzione (art.28);
- la prestazione lavorativa e la carriera (art.29);
- l'accesso alle prestazioni previdenziali (art.30);
- l'accesso ad impieghi pubblici (art.31);
- l'arruolamento nelle forze armate e nei corpi speciali (art. 32, 33, 34);
- il divieto di licenziamento per causa di contratto matrimonio (art.35).

La Barbera, ci fa notare come tale codice sia stato promulgato in contemporanea con il riassetto sul medesimo tema compiuto dall'Unione Europea con la dir. 54/2006 di cui abbiamo già parlato.

Tale percorso, tuttavia, non risulta parallelo in quanto, mentre il legislatore comunitario ha scelto di distinguere la normativa in merito al divieto di discriminazione in funzione del genere da tutte le altre fattispecie discriminatorie, il legislatore italiano ha optato inizialmente per un percorso di integrazione per poi focalizzarsi sulla questione di genere. In realtà come si

ha avuto modo di considerare precedentemente, il fattore di genere è un fattore trasversale quindi l'idea di mantenere separata la normativa sulla discriminazione di genere da quella riferita agli altri fattori di rischio risulta preferibile. Pur titolando "Divieto di discriminazione tra uomo e donna" l'art.1 che così recita: "Le disposizioni del presente decreto hanno ad oggetto le misure volte ad eliminare ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza, o come scopo, di compromettere o di impedire il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo" non nomina le discriminazioni che la *donna*, in quanto soggetto debole, subisce, ma si limita ad una disposizione neutra, dove il soggetto non viene menzionato.

Il testo non dedica spazio neppure alle politiche di *gender mainstreaming* e, anzi, restringe il campo degli strumenti atti ad implementare delle politiche efficienti in campo di parità. Se all'art.1 co.1 della legge 125/1991 il legislatore indicava "anche" le azioni positive come mezzo di favoreggiamento dell'uguaglianza tra uomini e donne (quindi prevedeva altri strumenti), all'articolo 42 del Codice tale congiunzione scompare.

Malgrado l'intento della legge delega n. 246/2005 fosse quello di un riassetto delle disposizioni vigenti che devono essere unite e coordinate, il risultato che ottiene è un mero riordino, che non riforma e tantomeno innova le sue norme. Questa considerazione fa sorgere il dubbio se esso possa quindi essere considerato un codice, in quanto, secondo la definizione di Codice, esso dovrebbe essere un sistema cioè un ordine e tuttavia quest'ordine non si rinviene. Sempre secondo Barbera tale documento non è neppure classificabile come Testo Unico, in quanto, oltre a mancare un nesso causale che ripercorra la *ratio* seguita nella stesura dei diversi articoli, non contiene neppure la totalità della normativa collegata alla materia. Mancano, ad esempio, i riferimenti inerenti alla parità di trattamento nell'accesso alla fornitura di beni e servizi e nel Libro III, dedicato alle Pari opportunità nei rapporti economici, si parla dell'esercizio dell'attività di impresa e del lavoro, senza menzionare il lavoratore autonomo. Il Codice così risulta una sorta di

progetto incompiuto anche a causa di una mancata sinergia tra i vari attori che avrebbero potuto apportare contributi significativi al progetto di coordinamento normativo, come le Regioni, gli organismi rappresentativi a livello nazionale, tecnici ed esperti e così via. La speranza, in definitiva, è quella di una nuova riformulazione e riordino del corpus normativo, in modo più coerente e coeso.

2.3.4. Il recepimento della direttiva comunitaria: il d. lgs 05/2010

La Direttiva comunitaria 54/2006 è stata recepita, con un ritardo di circa due anni rispetto al tempo massimo fornito dall'Unione Europea, con il d. lgs 05/2010. La causa del ritardo, è stata dovuta, ad una difficoltà nell'accogliere l'aumento della protezione della maternità anche dal punto di vista economico-finanziario promossa dal testo comunitario, con i vincoli di bilancio a cui l'Italia non può non sottostare, giungendo alla fine ad una implementazione della direttiva senza un finanziamento ad esso dedicato, poiché, come vedremo in un'altra sede, ha puntato su altre forme di finanziamento come i *voucher* per gli asili nido e le *babysitter*.

Tale decreto va' a modificare il "Codice delle Pari opportunità" del 2006, il Testo Unico sulla maternità e sulla paternità e i due decreti recanti il regolamento per il riordino, rispettivamente, della Commissione per l'imprenditoria femminile e della Commissione per le pari opportunità, in alcuni punti sostanziali.

Già l'articolo 1 del d.lgs 198/2006 viene completamente riscritto, facendo esplicito riferimento ai soggetti oggetto della disposizione (uomo e donna) e ovviando all'astrattismo che aveva operato il legislatore italiano in prima battuta. In tale articolo iniziale, viene inoltre specificato che la parità di trattamento deve avvenire in tutti i campi, compreso il campo retributivo e che comunque ciò non influisce nella possibilità di adottare particolari misure volte a fornire vantaggi specifici al sesso sottorappresentato.

Anche per quanto riguarda il comitato parità, di cui all'art. 8, si presentano alcune novità. Il comma 1 viene infatti integrato prevedendo che il Comitato

attui i principi di parità ed uguaglianza non solo per quanto riguarda l'accesso al lavoro e alle prospettive di carriera, ma anche "...nelle condizioni di lavoro, compresa la retribuzione, non in relazione alle forme pensionistiche complementari collettive...". Il comma 3 è parzialmente riscritto: in merito al funzionamento del Comitato si stabilisce che devono partecipare, senza diritto di voto, non più "sei esperti in materie giuridiche, economiche e sociologiche, con competenze in materia di lavoro", bensì "sei esperti in materie giuridiche, economiche e sociologiche, con competenze in materia di lavoro e *politiche di genere*" (comma 3 lett.a) alla lett.b invece, si aumentano i da 5 a 6 i rappresentanti che devono partecipare al Comitato individuandoli tra i Ministeri già previsti con l'aggiunta del coinvolgimento del Ministero dello Sviluppo Economico e del Dipartimento per le politiche per la famiglia. La logica sottostante a questa aggiunta è sicuramente prevedere un'azione congiunta e quindi probabilmente più efficace per l'implementazione delle politiche di genere. Sempre sul Comitato per le pari opportunità è incentrato l'art. 10 che ne individua i compiti. In questo caso vengono fatte delle aggiunte al testo già in vigore. È infatti precisata la necessità di utilizzare un metodo tecnico-scientifico per la valutazione dei progetti da finanziare mentre in precedenza non era fatta menzione della tecnica valutativa da utilizzare. Alle lettere f-bis e g-bis viene poi promosso il dialogo con le parti sociali e con le organizzazioni non governative che hanno un interesse legittimo nella lotta contro le discriminazioni uomo-donna nel lavoro. Anche quest'ultimo accento sul dialogo tra soggetti diversi può essere letto alla luce di un maggior arricchimento nella costruzione del contesto su cui andare ad agire per pervenire così a risultati più efficaci. Alla lettera i-ter, in tema di azioni positive, torna la congiunzione "anche" (provvede, anche attraverso la promozione di azioni positive, alla rimozione degli ostacoli...) che era sparita nel precedente testo normativo come già fatto notare dalla Barbera. In tal modo si amplia il ventaglio di provvedimenti utilizzabili per combattere la disparità di trattamento.

È stata poi modificata anche la definizione di discriminazione inserendo tra ciò che potrebbe determinare un episodio di discriminazione diretta, “...qualsiasi disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento...”

Più interessante è l’aggiunta del comma 2-bis che identifica come atto discriminatorio “ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità e paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell’esercizio dei relativi diritti.”

Il concetto di diritto alla parità retributiva tra uomini e donne viene poi rivisto e nell’articolo attualmente in vigore si vieta in modo esplicito la discriminazione, sia diretta che indiretta (1° comma). Al 2° comma, si aggiunge all’elaborazione di criteri di classificazione professionale comuni per uomini e donne il fatto che tali criteri debbano essere elaborati in modo da eliminare le discriminazioni.

Novità anche in merito alle pensioni in quanto si elimina la necessità di dare comunicazione al datore di lavoro, almeno tre mesi prima della data di perfezionamento del diritto alla pensione di vecchiaia, della volontà di proseguire l’attività professionale(art. 30).

In tema sanzionatorio, le pene per la mancata ottemperanza del divieto di discriminazione diventano più severe con l’intento di sensibilizzare maggiormente i datori di lavoro in tema di pari opportunità. È, infatti, prevista sanzione amministrativa che va dai 250 ai 1500 euro in caso di inosservanza dei principi di parità di trattamento, mentre in caso di condanna per comportamenti discriminatori, l’inottemperanza dei provvedimenti presi dal giudice porta al pagamento di un’ammenda di 50000 euro e ad una condanna di massimo sei mesi di carcere.

Al Codice sulle pari opportunità vengono poi aggiunti due articoli ex novo, l’art. 41-bis e l’art. 50-bis. Il primo prevede l’estensione della tutela anche a chi, vittima o meno di discriminazione, tenta di far valere i propri diritti in tema di parità di opportunità e in virtù di ciò viene vessato.

L’art. 50-bis. introduce la possibilità di inserire nei contratti collettivi, prassi, buone pratiche, codici di condotta volti a prevenire ogni forma di discriminazione nei rapporti di lavoro.

Vengono, infine, poste in essere modifiche anche per quanto riguarda il d. lgs. 151/2001 in tema di tutela della maternità e della paternità, che tuttavia si preferisce per ora tralasciare

La revisione del Codice delle pari opportunità, ha sicuramente ovviato ad alcune delle molte lacune presenti nel testo iniziale, tuttavia continua a mancare un riferimento chiaro all'implementazione di politiche di *mainstreaming* che a livello europeo sono considerate essenziali per il raggiungimento di un'effettiva coscienza sociale sul diritto alle pari opportunità. Anche solo il fatto che il ritardo, di ben due anni, nel recepimento della direttiva europea sia passato sotto silenzio, la dice lunga sul livello di consapevolezza e reale sensibilità rispetto al tema presente nel nostro Paese a livello sia politico che sociale.

3. LA TUTELA DELLA MATERNITÀ E I CONGEDI PARENTALI

3.1. Una lettura storica della regolamentazione dei rapporti all'interno del nucleo familiare tra diritto del lavoro e politiche sociali

La tutela del diritto alla non discriminazione tra generi è intimamente collegata alla tutela della maternità poiché la funzione procreativa è una caratteristica congenita dell'essere donna e, in quanto tale, necessita di essere protetta dalle logiche utilitaristiche che potrebbero escludere la madre lavoratrice dal mercato del lavoro. In quest'ottica la tutela della maternità interessa da un lato le politiche sociali e per la famiglia, dall'altro il diritto del lavoro e il diritto antidiscriminatorio in un rapporto complesso a metà tra la protezione effettiva e il rischio collaterale di ulteriore segregazione.⁽⁴⁸⁾

Il rapporto tra le politiche del lavoro e le politiche della famiglia seguono inizialmente tre direzioni ⁽⁴⁹⁾:

1. La regolamentazione del lavoro delle donne e dei fanciulli
2. L'assicurazione contro il rischio di povertà derivato dalla perdita del lavoro e del guadagno a esso connesso (vedi ad esempio l'introduzione del sussidio di disoccupazione, dell'indennità in caso di malattia, delle pensioni d'anzianità...)
3. Il sostegno alla famiglia rivolgendosi, in particolar modo, ai lavoratori con familiari a carico (vedi in questo caso l'introduzione degli assegni familiari, la reversibilità delle pensioni...)

Come osservato in dottrina, nel regolare le condizioni di lavoro, nel definire le politiche per la famiglia e nel decidere quali bisogni debbano essere considerati responsabilità dell'individuo o debbano piuttosto essere inseriti

⁴⁸ È il caso, ad esempio in Italia, dell'introduzione dell'astensione obbligatoria dal lavoro in caso di maternità introdotta con la Legge Carcano (l. 242 del 1902), che prevedeva il divieto di adibire le donne al lavoro se non dopo che fosse trascorso un mese dalla data del parto, e dell'introduzione dell'indennità di maternità che viene introdotta più tardi e separatamente (l. 520 del 1910), mettendo le madri di fronte al dilemma di dover scegliere tra la propria salute e quella del nascituro ed un reddito quanto mai necessario.

⁴⁹ Saraceno, C. (2001) "Politiche del lavoro e politiche della famiglia: una alleanza lunga e problematica" in Lavoro e Diritto n.1 del 2011, ed. Il Mulino, Bologna.

negli interessi della comunità, l'azione del legislatore plasma i modi e i tempi di formazione della famiglia e i rapporti di forza al suo interno⁽⁵⁰⁾.

Partendo dalla definizione di famiglia data dall'art. 29 della nostra Costituzione come istituzione formata da persone di sesso diverso legate da una rete complessa di obblighi e diritti⁽⁵¹⁾, appare evidente come le limitazioni poste in essere dal legislatore in relazione all'utilizzo del lavoro delle donne e dei bambini, assieme all'introduzione di un livello minimo di scolarità obbligatoria, abbiano contribuito alla definizione e alla regolazione dei rapporti interni ad essa anzitutto distinguendo i lavoratori dai familiari a carico.

Le prime forme di legislazione sociale, le cosiddette leggi protettive hanno in generale riguardato i lavoratori "deboli" cioè donne e ragazzi e non i lavoratori maschi e qualificati com'era, invece, avvenuto con le norme previste in caso di malattia, infortunio o disoccupazione. Tali protezioni, come già accennato, hanno assunto più la forma di vincolo che non quella di effettiva tutela, vincolo soprattutto per quanto concerne gli orari e l'accesso a determinate mansioni⁽⁵²⁾. Così facendo la legislazione sociale ha definito nettamente i ruoli individuando nel maschio il capofamiglia *breadwinner*, recettore delle agevolazioni a sostegno del reddito familiare e dei familiari a carico e, nella donna, la titolare e responsabile delle mansioni di cura, sia dei bambini che degli anziani. Ciò ha contribuito a determinare una sempre

⁵⁰ A tal proposito basti pensare all'introduzione delle pensioni di vecchiaia e a come la loro introduzione abbia sollevato, almeno in parte, le generazioni più giovani dalla preoccupazione derivata dal mantenimento dei genitori anziani, o a come, in tempi più recenti, si stia riaccendendo il dibattito sulla definizione di famiglia che influisce sui diritti delle cosiddette coppie di fatto, sia etero che omosessuali.

⁵¹ Definizione, è giusto ricordarlo, di formulazione travagliata durante i lavori dell'Assemblea costituente e tuttora oggetto di dibattiti si veda, a titolo esemplificativo, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/relazione_criscuolo.pdf e Bin, R. "Per una lettura non svalutativa dell'art. 29" in Forum di Quaderni Istituzionali <http://www.forumcostituzionale.it/site/content/view/3/3/#b>

⁵² Pensiamo alle norme contenute nelle leggi n. 416 del 7 luglio 1907 e n. 653/1934, poi ritenute incostituzionali in virtù dell'articolo 37 della Costituzione successivamente emanata, che prevedevano il divieto generale di lavoro notturno per le donne e il divieto a lavori pericolosi, faticosi, insalubri, oltre che il divieto di trasporto e sollevamento di pesi.

maggior rigidità della manodopera femminile alimentando la convinzione che essa fosse meno competitiva rispetto a quella maschile⁽⁵³⁾.

Con l'evoluzione sociale e le spinte per ottenere una maggiore parità uomo-donna attraverso, da una parte, una distribuzione più equa del lavoro di cura tra partner e, dall'altra, una equiparazione tra lavoro di cura e lavoro professionale, si giunge ad una profonda revisione della disciplina che porta, in Italia, alla promulgazione della legge 903/77 nel tentativo di migliorare l'accesso al lavoro professionale per le donne e di tutelare le loro specificità, in primis riconoscendo il valore della maternità. In tale legge viene poi previsto, come già al 2° comma dell'art. 15 della l. n. 1204 del 1971, anche per il padre il diritto ad assentarsi dal lavoro e al trattamento economico corrispondente, anche se in una logica di diritto derivato in quanto subordinato alla rinuncia del godimento di tale diritto della madre⁽⁵⁴⁾. Malgrado la valenza simbolica di questa innovazione, tale opzione ha avuto scarsa applicazione, sia per ragioni di costume sociale e sopravvissuti retaggi culturali, che per motivazioni imputabili a questioni di origine economica, poiché: "trattandosi di congedi non assistiti da una completa indennità, il costo dell'assenza è minore per il reddito familiare nel caso che ad usufruirne sia la madre, a causa del fenomeno, ancora prevalente, di svolgimento di attività a minore contenuto professionale retribuito" (Scarponi, 2001, pg.103) Come si vedrà in seguito, la normativa nazionale evolverà soprattutto a seguito dell'attualità che il tema delle politiche per la famiglia ritroverà negli anni '90. Il calo delle nascite, i mutamenti dei comportamenti femminili, l'aumento della popolazione anziana e la crisi di risorse finanziarie che ha interessato (e continua ad interessare) lo Stato, ripropongono, infatti, l'esigenza di rafforzare le tradizionali responsabilità familiari attribuite alla figura femminile con il miglioramento del suo ruolo di lavoratrice, non solo in

⁵³ Scarponi, S. (2001) "Il lavoro delle donne fra produzione e riproduzione: profili costituzionali e citizenship" in *Lavoro e Diritto* n.1 del 2001, ed. Il Mulino, Bologna

⁵⁴ "Il diritto di assentarsi dal lavoro e il trattamento economico previsti rispettivamente dall'articolo 7 e dal secondo comma dell'articolo 15 della legge 30 dicembre 1971, n.1204, sono riconosciuti anche al padre lavoratore, anche se adottivo o affidatario ai sensi dell'articolo 314/20 del codice civile, in alternativa alla madre lavoratrice ovvero quando i figli siano affidati al solo padre" 1°co., Art.7, l. 903/77.

termini quantitativi, ma ora soprattutto qualitativi. Si arriverà così alla legge n. 285 del 1997 “Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza” e al “Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità” (D. lgs, n. 151 del 26 marzo 2001), provvedimenti tesi a riconoscere la rilevanza positiva dell'assunzione di responsabilità intergenerazionali in coerenza con il modello improntato dalle politiche promosse dall'Unione Europea che vede il coinvolgimento contemporaneo di più attori tra cui le famiglie, lo Stato, gli Enti locali, le imprese e quanti operano nel Terzo settore.

Per quanto riguarda le politiche sociali a livello europeo, si delinea una sempre maggior importanza rivestita dalle politiche a sostegno della famiglia. A tal proposito si può osservare come gli interventi al fine di promuovere la parità uomo-donna siano stati spesso il pretesto per adottare provvedimenti atti a conciliare la vita professionale con la dimensione familiare. D'altra parte, pur non entrando direttamente nei settori d'intervento dell'Unione Europea, è chiaro il ruolo che quest'ultima può ricoprire nell'indirizzare le attività legislative nazionali in materia familiare attraverso le direttive promosse al fine di una maggiore conciliazione tra vita familiare e professionale, nel campo di un pieno raggiungimento della parità tra i sessi nell'ambiente lavorativo e nello sviluppo e nella protezione dell'infanzia.⁽⁵⁵⁾

Sostanziale a tal proposito è la Direttiva n. 92/85/CEE sull'introduzione di misure volte a tutelare la salute e la sicurezza sul lavoro di lavoratrici gestanti, puerpere o che stiano allattando, seguita dalla direttiva n. 96/34, ora n. 2010/18. Da notare che se in tempi più recenti è stato sempre più chiaro ed incisivo il tentativo di modificare la tradizionale divisione dei ruoli all'interno del nucleo familiare da parte della produzione normativa europea, guardando al passato si può affermare che non sia stato sempre così. Basti pensare alla sentenza secondo la quale la previsione dettata dalla normativa italiana, che consentiva solo alle donne la fruizione del congedo per maternità, non veniva giudicata contraria ed incompatibile alla disciplina comunitaria, mantenendo, come effetto collaterale di tale decisione, una visione della donna come

⁵⁵ Bergamini, E. (2012) “La famiglia nel diritto dell'unione europea”, ed. Giuffrè Editore, Milano.

titolare delle funzioni di cura e minando il tentativo di cambiamento della tradizionale ripartizione dei ruoli⁽⁵⁶⁾. Fortunatamente tale atteggiamento è cambiato come dimostrato dalla sentenza *Roca Álvarez*⁽⁵⁷⁾ in cui viene pienamente riconosciuto il ruolo paterno nello sviluppo e nell'educazione dei figli e in cui si tenta di contrastare la tradizionale ripartizione dei ruoli familiari (Bergamini, 2012).

3.2. La tutela della maternità della visione europea

La tutela della maternità e la conciliazione tra i tempi di lavoro e i tempi di cura, come detto, entrano prepotentemente nell'agenda europea degli anni '90. Gli obiettivi proposti si distinguono in due filoni: quello della tutela della salute della lavoratrice e quello relativo alla custodia dei bambini che include la disciplina in merito ai congedi parentali. Per quanto riguarda il primo indirizzo si fa riferimento principalmente alla Direttiva n. 92/85/CEE, per quanto vige la seconda direttrice ritroviamo, invece, la Raccomandazione 92/241/CEE poi evoluta nella Direttiva 96/34/CE (ora Direttiva 18/2010/UE).

La necessità di conciliare il lavoro e la vita familiare e sociale è un obiettivo che può essere ascritto a quello più generale inerente al raggiungimento della parità effettiva di trattamento fra donne e uomini nel mondo professionale. Ciò è largamente confermato dalle evidenze empiriche, basti pensare alle conseguenze positive che, negli anni, l'introduzione dei servizi per l'infanzia hanno avuto nel coinvolgimento delle donne nel mercato del lavoro.

⁵⁶ Ci si riferisce alla sentenza del 1983 *Commissione c. Italia*, nella quale la normativa italiana, che ammetteva le sole donne al godimento del congedo di tre mesi per maternità in caso di adozione (l. n. 903/1977), è stata considerata compatibile alla direttiva 76/207/CEE in materia di parità uomo-donna.

⁵⁷ Un padre, lavoratore subordinato, chiedeva di poter usufruire di un permesso, previsto dall'ordinamento iberico, chiamato "permesso per allattamento"(art. 37 n. 4 dello Statuto dei lavoratori spagnolo). Essendo la moglie lavoratrice autonoma, il signor Roca Álvarez si vedeva negato tale permesso. La Corte riconosce al padre in questione il diritto di godere di tale diritto in virtù della parità di ruoli tra padre e madre nell'educazione dei figli. (sentenza 30 settembre 2010, causa C-104/09)

3.2.1. La Direttiva n. 92/85/CEE

Dalla lettura del titolo (Direttiva...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) la direttiva in esame può sembrare limitata alla tutela della salute della lavoratrice, ma in realtà, come ci fa notare la Gottardi ⁽⁵⁸⁾, essa estende il suo campo d'azione fino a dare indicazioni sulla durata minima e sul trattamento economico previsto nei casi di astensione dal lavoro. Rilevanza specifica viene comunque riservata alla protezione dall'esposizione a sostanze nocive, alla tutela da lavori pesanti (e di conseguenza pericolosi per la salute della donna incinta) e alla normativa in tema di lavoro notturno.

La direttiva in esame segue quindi quattro linee guida (Sciarra, 2010):

1. L'obbligo per il datore di lavoro di attuare una specifica valutazione dei rischi ai quali possono ritrovarsi esposte le gestanti e di predisporre misure idonee ad evitare conseguenze dannose per la salute delle lavoratrici in stato interessante.
2. La possibilità per le lavoratrici durante la gravidanza e l'allattamento, di rifiutare di essere esposte a quelle condizioni di lavoro o a quegli agenti nocivi indicati nella direttiva stessa e di essere esonerate dal lavoro notturno (art. 6 e 7). La possibilità di esonero dal lavoro notturno diventa un divieto allo stesso nel caso in cui venga presentato un certificato medico.
3. La tutela della gravidanza e della maternità anche attraverso la previsione di un congedo di almeno 14 settimane ininterrotte di cui 2 obbligatorie (art.8) e la previsione di sospensione del servizio lavorativo, senza perdita della retribuzione, al fine di effettuare esami clinici prenatali (art.9)⁽⁵⁹⁾.

⁵⁸ Gottardi, D. (1996) "La direttiva europea del marzo 1996 - I congedi parentali in Europa" in Lavoro Informazione n. 9, ed. Franco Angeli, Milano.

⁵⁹ Si noti come tale previsione era completamente assente dal panorama legislativo italiano.

4. Il divieto di licenziamento dall'inizio dello stato di gravidanza al termine del congedo di maternità, posto che il datore di lavoro deve essere a conoscenza dello stato della lavoratrice. Si prevede, inoltre, la garanzia della retribuzione o del versamento di un'adeguata indennità sostitutiva durante i periodi di sospensione dell'attività lavorativa per ragioni connesse alla gravidanza e alla maternità (art.11).

In relazione al divieto di licenziamento, si noti come, già prima l'emanazione della direttiva in esame, la Corte di Giustizia si fosse pronunciata sull'illegittimità di qualsivoglia previsione nazionale che consentisse il licenziamento della lavoratrice madre, adducendo a ragione di tali pronunce il rispetto del divieto alla discriminazione in ragione del sesso del lavoratore.

La Corte ha poi esteso le previsioni di tutela, da una parte, ai casi di licenziamento notificati dopo la scadenza del periodo protetto, ma i cui atti preparatori fossero stati posti in essere prima di tale momento, dall'altra, alle ipotesi di mancato rinnovo di un contratto a tempo determinato motivato dallo stato di gravidanza della lavoratrice⁽⁶⁰⁾. La giustificazione di tale interpretazione estensiva è ricondotta ad una protezione della salute della lavoratrice non solo dal punto di vista fisico, ma anche psicologico, consentendole di vivere lo stato di maternità in un contesto di maggior tranquillità possibile.

Da notare che i livelli di protezione minimi assicurati dalla Direttiva sono sostanzialmente inferiori a quelli già assicurati in alcuni Stati membri e che, onde evitare una rilettura al ribasso dei diritti conquistati, essa riporta in

⁶⁰ Si vedano le Sentenze della Corte nelle cause C-438/99 e C-109/00 relative al caso Melgar e Nielsen. La prima, firmataria di un contratto a tempo determinato e ridotto, veniva licenziata durante il periodo di gravidanza; la seconda, anch'essa lavoratrice a tempo determinato, per non aver informato il datore di lavoro del suo stato interessante al momento dell'assunzione. Per quanto riguarda il primo caso la Corte ha stabilito che *"il divieto di licenziamento di donne gestanti sancito nelle disposizioni comunitarie, ... , si applica tanto ai contratti di lavoro a tempo determinato quanto a quelli conclusi a tempo indeterminato."*, per il secondo caso ha ribadito che *"il rifiuto di assunzione a causa dello stato interessante non può trovare giustificazione in motivi relativi al danno economico eventualmente subito dal datore di lavoro"*

apertura il divieto di abbassamento del livello di protezione delle lavoratrici (art.1 co.3) ⁽⁶¹⁾.

In merito all'importo previsto come indennizzo per il congedo di maternità si può osservare come al 3° comma dell'art. 11 esso venga rapportato ai "redditi almeno equivalenti a quelli che la lavoratrice interessata otterrebbe in caso di interruzione delle sue attività per motivi connessi allo stato di salute". Dal punto di vista simbolico questa equiparazione è scorretta in quanto si paragona uno stato patologico, ad una funzione sociale e naturale riconosciuta.

3.2.2. La Raccomandazione n. 92/241/CEE sulla custodia dei bambini

Precorritrice dell'Accordo Quadro del 1995 è la raccomandazione in questione, in quanto, pur nella sua natura non vincolante, ispirandosi ai principi della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, si pone l'obiettivo di "conciliare le responsabilità professionali con quelle familiari ed educative derivanti dalla custodia dei bambini."(art.1)

Essa già nella sua premessa individua i punti critici caratterizzanti l'area comunitaria e le necessità più incombenti per la realizzazione di una effettiva conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

In particolare, riconosce nella generale inadeguatezza dei servizi per l'infanzia (soprattutto in termini di accessibilità economica) un ostacolo ad una più efficace partecipazione femminile al mercato del lavoro, alla parità tra uomini e donne e alla loro presenza nei vari settori della società. Sottolinea come le responsabilità derivanti dalla custodia dei bambini e dalla loro educazione vada oltre il periodo di scolarità e riconosce il ruolo che lo sviluppo di un ambiente di lavoro appropriato e la presenza di servizi di custodia rispondenti alle diverse esigenze rivestono nel soddisfacimento delle necessità del bambino. Infine, pone l'accento sulla necessità di una politica globale che veda la partecipazione di tutti gli attori sociali in ragione anche

⁶¹ In Italia tuttavia lo stato delle finanze pubbliche, il bilancio negativo dell'Inps, l'alto costo del lavoro sommati alla crescente concorrenza economica internazionale, rendono sempre più difficile mantenere e migliorare le conquiste sociali ottenute precedentemente.

del fatto che “In taluni Stati membri, a motivo del basso livello del reddito nazionale e della necessità di ridurre rigorosamente l'aumento delle spese pubbliche, il ruolo delle autorità pubbliche può essere sottoposto a particolari costrizioni.”

Analizzando il testo della Raccomandazione si nota come gli obiettivi proposti siano riassunti in quattro settori di iniziative (art. 2):

1. L'organizzazione dei servizi di custodia dei bambini sia in forma collettiva che individuale, che pubblica o privata, in relazione ai tempi di lavoro, di formazione e di ricerca del lavoro da parte dei genitori (art. 3).
2. La concessione di congedi parentali ai genitori lavoratori che hanno la custodia dei figli (art. 4).
3. L'ambiente, le strutture e l'organizzazione del lavoro al fine di adeguarli alle necessità dei bambini e dei genitori stessi (art. 5)⁽⁶²⁾.
4. Le azioni per un'equa condivisione delle responsabilità parentali fra donne e uomini (art. 6).

Pur rispettando la sua natura non vincolante, la Raccomandazione prevede l'obbligo da parte degli Stati membri, entro tre anni dalla data di adozione, di predisporre una relazione sulle misure intraprese per attuarla (art. 7).

Si può quindi concludere osservando come la raccomandazione qui esaminata si sia posta l'obiettivo di un cambio di prospettiva: dalla visione dei congedi come benefici professionali, alla considerazione degli stessi in quanto diritti atti a svolgere una funzione sociale, quella di genitori (Saraceno, 2001).

3.2.3. Dall'Accordo Quadro sul congedo parentale del 1995 alla Direttiva n. 2010/18/UE

Il 14 dicembre 1995 UNICE, CEEP e CES⁽⁶³⁾ hanno siglato un “Accordo quadro sul congedo parentale”, esempio di dialogo fra le parti sociali come fattore

⁶² Tale articolo, giunto alla considerazione letteralmente citata relativa ai vincoli di spesa dello Stato, fa presumere che il coinvolgimento dei diversi attori non debba essere limitato all'organizzazione dei servizi, ma anche al cofinanziamento degli stessi.

propulsivo della legislazione sociale che mira ad intervenire dove vi sia una difficoltà d'azione da parte dagli organi istituzionali dettata dall'impossibilità di trovare un accordo tale da permettere l'emanazione di una direttiva.⁽⁶⁴⁾

Tale forma di dialogo sociale, sopra richiamata, trova legittimazione nei principi introdotti con il Protocollo Sociale di Maastricht e poi integrati nel Trattato di Amsterdam, principi che "promuovono e valorizzano il ruolo dell'autonomia collettiva dei *partners* sociali europei, assicurando a questi ultimi la possibilità di giocare un ruolo di rilievo nello scenario politico ed istituzionale comunitario"⁽⁶⁵⁾.

Tale Accordo è stato poi recepito dalla direttiva 96/34/CE che non modifica i contenuti dell'Accordo, ma si limita ad allegarli al testo della stessa, mirando all'individuazione di alcuni strumenti minimi atti alla conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di vita, in una visione di una più equa distribuzione dei carichi familiari in senso generale, oltre che di pari responsabilità tra genitori per ciò che riguarda in primo luogo l'educazione dei figli.

Anche qui, come prima con la raccomandazione sulla custodia dei bambini, si passa da un concetto di pari opportunità riferito principalmente alla tutela della donna, a un'evoluzione dello stesso, verso un'idea più concreta di "pari responsabilità" tra uomini e donne, facendo così riferimento non tanto ad una semplice parificazione dei punti di partenza, ma ad un'uguaglianza sostanziale tra i generi⁽⁶⁶⁾.

Alla lettura della direttiva appare immediata la distinzione operata tra congedi di maternità, diretti alla protezione della salute della madre e del nascituro, e congedi parentali, volti invece indifferentemente al padre o alla madre al fine di assistere il bambino durante la fase di sviluppo e di crescita. A ulteriore riprova della volontà di attribuire gli stessi diritti e gli stessi

⁶³ UNICE: rappresenta la più grande organizzazione di grandi, medie e piccole imprese europee, può essere vista come una sorta di "confindustria europea". CEEP: Centro europeo per le imprese pubbliche. CES: Confederazione Europea dei Sindacati.

⁶⁴ Gottardi, D. (1999) "I congedi parentali nell'ordinamento italiano", in Lavoro e Diritto, n. 3 del 1999, ed. Il Mulino, Bologna.

⁶⁵ Nunin, R. "La direttiva n. 96/34/CE in materia di congedi parentali" in Miscione, M. (a cura di) (2001), "I congedi parentali", ed. IPSOA, p. 13.

⁶⁶ Calafà, L. (2007) "Paternalità e lavoro", ed. Il Mulino, Bologna.

doveri ad entrambi i genitori, vi è la trasformazione del congedo parentale, riferito al padre, da diritto derivato dalla rinuncia di godimento della madre a diritto potestativo, riconosciuto al genitore di sesso maschile a prescindere dalla volontà della madre di usufruirne. Alla clausola 2.2 si afferma, infatti: “Per promuovere la parità di opportunità e di trattamento tra gli uomini e le donne, le parti firmatarie del presente accordo considerano che il diritto al congedo parentale⁽⁶⁷⁾... dovrebbe, in linea di principio, essere attribuito in forma non trasferibile.” Resta, tuttavia, la locuzione “in linea di principio”, che mitiga l’idea di non trasferibilità del diritto lasciando un margine d’azione ai legislatori dei vari Stati membri ai quali spetterà decidere come rendere operativamente efficace quanto previsto dalla Direttiva (e quindi dall’Accordo).

Per quanto riguarda l’accesso a tale diritto il tentativo è quello di garantirne la fruibilità senza danneggiare il datore di lavoro più del necessario, soprattutto nel caso in cui il lavoratore subordinato sia impiegato in una piccola o media impresa. Le piccole e medie imprese sono, infatti, considerate mediamente più sensibili agli “scossoni” organizzativi, e di conseguenza anche economici, derivanti dall’introduzione di diritti che incidono direttamente sui tempi di lavoro. La direttiva a tal proposito prevede che gli Stati membri e/o le parti sociali possono in particolare:

- a) stabilire che il congedo parentale sia accordato a tempo pieno, a tempo parziale, in modo frammentato o nella forma di un credito di tempo;
- b) subordinare il diritto al congedo parentale ad una determinata anzianità lavorativa e/o aziendale che non può superare un anno;
- c) adeguare le condizioni di accesso e le modalità d’applicazione del congedo parentale alle circostanze particolari proprie dell’adozione;
- d) fissare i termini del preavviso che il lavoratore deve dare al datore di lavoro allorché intendesse esercitare il diritto al congedo parentale; tale preavviso deve indicare l’inizio e la fine del periodo di congedo⁽⁶⁸⁾;

⁶⁷ La durata minima del congedo è fissata in 3 mesi da godersi entro gli 8 anni d’età del bambino (clausola 2.1 dell’Accordo)

⁶⁸ Emerge qui la difficoltà per il genitore di definire con chiarezza la fine del periodo di congedo, in quanto, soprattutto nel caso optasse per un uso frazionato del congedo parentale, potrebbe

- e) definire le circostanze in cui il datore di lavoro, previa la consultazione conforme alla legge, ai contratti collettivi e alle prassi nazionali, è autorizzato a rinviare la concessione del congedo parentale per giustificati motivi attinenti al funzionamento dell'impresa (ad esempio allorché il lavoro è di natura stagionale, o se non è possibile trovare un sostituto durante il periodo di preavviso, o se una quota significativa della manodopera domanda il congedo parentale allo stesso tempo, o allorché una funzione particolare rivesta importanza strategica). Qualsiasi difficoltà derivante dall'applicazione di questa clausola deve essere risolta secondo la legge, i contratti collettivi e le prassi nazionali⁽⁶⁹⁾;
- f) in aggiunta a quanto stabilito nella lettera e), autorizzare accordi particolari intesi a soddisfare le esigenze operative e organizzative delle piccole imprese.

Le ultime disposizioni dell'Accordo toccano il sistema di tutele individuali. Viene ribadito il divieto di licenziamento dovuto alla richiesta o alla fruizione del congedo parentale (clausola 2.4), affermato il diritto, al termine del periodo di congedo, di rientrare nella propria posizione lavorativa o, dove ciò non fosse possibile, essere adibiti a una mansione di pari valore (clausola 2.5) e riconosciuto il mantenimento dei diritti acquisiti o in acquisizione fino alla data di fine congedo, termine oltre il quale vengono applicate le modificazioni introdotte dai contratti collettivi nazionali, dalle leggi o dalle prassi nazionali (clausola 2.6).

Le disposizioni finali rinviano agli Stati membri e/o alle parti sociali la definizione del contratto o del rapporto di lavoro durante il periodo di congedo parentale (clausola 2.7), la stessa logica viene seguita per quanto riguarda le questioni di previdenza e assistenza sociale in cui si rinvia agli organismi preposti a livello nazionale (clausola 2.8).

essere quanto meno complicato prevedere i tempi in cui dare risposta alle necessità familiari emergenti.

⁶⁹ Si noti come si tende a limitare in modo ben definito i casi in cui il diritto al congedo possa essere rinviato, e mai, si badi bene, negato.

Interessante notare, il testo della clausola 4.2. Esso oltre a prevedere la classica predisposizione di divieto di riduzione del livello generale di protezione rispetto a quello dato dalla Direttiva e di salvaguardia delle disposizioni nazionali più favorevoli, non vieta la possibilità “di stabilire con l'evolversi della situazione (compresa anche l'introduzione della non trasferibilità) disposizioni legislative, regolamentari o contrattuali diverse, purché le prescrizioni minime previste nel presente accordo siano rispettate.” Sembra quasi, cioè, che prima si vieti di scendere al di sotto del “trattamento di miglior favore” per poi confondere il lettore impedendogli di capire se attraverso il processo di armonizzazione vi sia effettivamente stato un innalzamento o un abbassamento della protezione.

Si osservi che nulla viene detto in merito al trattamento economico previsto in caso di fruizione del congedo parentale. Qualsiasi decisione in merito viene rimandata ai diversi legislatori nazionali che possono decidere in merito alla presenza o meno di un indennizzo ed, eventualmente, alla misura in cui spetta al lavoratore. Tale decisione è guidata dalla necessità di preservare da ulteriori difficoltà i bilanci degli Stati membri, anche se, in assenza di un indennizzo più che simbolico, si ha l'impressione che gli intenti alla base della Direttiva siano destinati a rimanere disattesi e quindi il percorso di riforma, anche culturale, destinato a bloccarsi.(Miscione, 2001)

LA DIRETTIVA 18/2010/UE ⁽⁷⁰⁾

Quattordici anni dopo l'emanazione della Direttiva incorporante l'Accordo quadro di cui abbiamo già provveduto alla disamina, le parti sociali europee si riuniscono nuovamente con l'intento di revisionare la disciplina iniziale. È così che nel giugno 2009, facendo seguito alle sollecitazioni della Commissione europea, CES, BUSINESSEUROPE⁽⁷¹⁾, UEAPME e CEEP⁽⁷²⁾

⁷⁰ Nilson, V., Sechi, C. e Clauwaert, S. (a cura di) “Accordo quadro sul congedo parentale (riveduto)-guida interpretativa della CES”, ETUC.

⁷¹ La dicitura BUSINESSEUROPE sostituisce la vecchia UNICE, fermo restando che si individua sempre lo stesso attore sociale firmatario dell'Accordo precedente.

firmano la revisione dell'accordo sui congedi parentali. Tale revisione, sebbene il testo iniziale avesse avuto un impatto positivo nella conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro, si proponeva di adeguare e rivedere alcuni elementi dell'Accordo al fine di meglio adattarli alle trasformazioni sociali che, anche a causa del cambiamento nella struttura della famiglia, richiedeva nuovi strumenti al fine di agevolare soprattutto l'accesso dei padri ai congedi parentali.

In particolare, l'accordo riveduto estende il periodo di congedo da tre a quattro mesi, di cui uno intrasferibile; prevede un'indennità di congedo al fine di agevolare l'accesso ad esso; predispose la possibilità per il lavoratore di richiedere una maggiore flessibilità dei tempi di lavoro una volta rientrato dal periodo di congedo; sollecita gli Stati membri ad esprimersi circa la definizione dei tempi di preavviso che il lavoratore è tenuto a dare al datore di lavoro; si impegna, infine, a riconoscere la trasformazione dell'istituzione familiare e a incoraggiare una maggior ripartizione delle responsabilità familiari tra uomini e donne.

La direttiva aggiornata contiene numerose novità. Già nelle Osservazioni Generali fa riferimento non solo alle fonti diritto primario che ne legittimano l'azione, ma riprende le fonti secondarie ed in particolare le direttive fino ad allora emanate riguardanti la parità uomo-donna ⁽⁷³⁾. Oltre a ciò, fa esplicito riferimento agli obiettivi della strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione che prevedevano di portare il tasso di occupazione complessivo al 70%, quello femminile al 60% e quello relativo ai lavoratori anziani al 50%

⁷² Ai tre attori originari, si aggiunge in questa sede l'UEAPME che rappresenta gli interessi in ambito europeo delle piccole e medie imprese. Si ricorda in questa sede che ai tempi del primo accordo quadro, l'UEAPME aveva lamentato di essere stata esclusa arbitrariamente dalle trattative, tuttavia il Tribunale europeo in quell'occasione non si è espresso in merito ai criteri di rappresentatività da seguire, ma si è limitato piuttosto a dichiarare sufficiente la rappresentatività data dalle tre associazioni originarie. (causa T-135/96)

⁷³ Si ricorda una volta di più che l'Unione Europea non ha competenza in merito alla produzione normativa in tema di diritto di famiglia e che perciò ogni norma emanata, anche se va' a rispondere ad esigenze di tale istituzione, si colloca nel campo della parità uomo-donna. Ciò viene confermato anche nel Considerando n. 8 della presente direttiva: "considerando che le politiche familiari dovrebbero contribuire al conseguimento della parità di genere e che andrebbero considerate alla luce dell'evoluzione demografica, delle conseguenze dell'invecchiamento della popolazione, del superamento del divario generazionale, della promozione della partecipazione delle donne al mondo del lavoro e della ripartizione delle responsabilità familiari tra donne e uomini"

entro il 2010 e a quelli di Barcellona⁽⁷⁴⁾ sulla disponibilità di servizi per l'infanzia volti a conciliare "vita professionale, privata e familiare"⁽⁷⁵⁾.

Nel considerando n. 12 si ammette l'insufficienza dei risultati raggiunti in termini di equa ripartizione dei doveri familiari, le azioni di sensibilizzazione già previste nell'accordo precedente non hanno, infatti, dato i risultati attesi, si cerca così di prevedere azioni più stringenti come la non trasferibilità di un mese di congedo (considerando n. 16) e la previsione del pagamento di un'indennità al lavoratore che gode del diritto di cui è titolare (considerando n.20).

Andando poi ad esaminare le clausole si trova subito una precisazione sui destinatari del congedo. Adattandosi ai cambiamenti avvenuti nel mercato del lavoro e alla progressiva moltiplicazione delle fattispecie contrattuali, si precisa, nella clausola 1.3, che non si escludono dall'accordo "i lavoratori, i contratti di lavoro o i rapporti di lavoro unicamente per il fatto che riguardano lavoratori a tempo parziale, lavoratori a tempo determinato o persone che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro con un'agenzia interinale".

La clausola 2.2 estende il congedo da tre a quattro mesi di cui uno non trasferibile tra i genitori. Tale previsione è stata introdotta poiché nella maggioranza degli Stati membri il congedo parentale era un diritto individuale trasferibile e ciò portava a un maggior godimento dello stesso da parte delle donne, si voleva, invece, promuovere una partecipazione più attiva dei padri alle cure parentali.

Passando alle "Modalità di applicazione" si evince come il diritto di cui alla clausola 1.3 venga rafforzato al punto 1 lettera b dove viene chiaramente stabilito che, in caso di più contratti a tempo determinato presso lo stesso datore di lavoro, occorre tener conto della durata complessiva di tali contratti

⁷⁴ Al fine di eliminare ogni disincentivo alla partecipazione femminile al mondo del lavoro, il Consiglio Europeo pone l'obiettivo di garantire, entro il 2010, una copertura del 90% per quanto riguarda i servizi per l'infanzia dei bambini superiori ai 3 anni d'età, e almeno del 33% per i bimbi di età inferiore ai 3 anni.

⁷⁵ Interessante è notare come non venga fatta una distinzione esclusiva tra vita professionale e familiare, ma venga introdotto il concetto di vita privata e quindi di tempo libero ad uso esclusivo dell'individuo.

per il calcolo dell'anzianità minima per accedere al diritto al congedo. Anzianità lavorativa e/o aziendale⁽⁷⁶⁾ che non può comunque essere superiore ad un anno.

Una delle novità più significative dell'Accordo si ritrova nella clausola 5 relativa ai diritti dei lavoratori alla non discriminazione. In essa si ritrova un'affermazione aggiuntiva, rispetto all'Accordo del 1995, sull'importanza del reddito nel godimento del congedo (punto 5 della clausola). Ulteriore rafforzamento rispetto al passato si ha anche nella protezione rispetto, non solo al licenziamento, ma anche i "trattamenti meno favorevoli" derivati dalla domanda di godimento o dal godimento del congedo. Viene poi introdotta, nella clausola successiva, la possibilità di usufruire di turni lavorativi più flessibili in fase di rientro dal periodo di congedo. Tale previsione deve essere concordata con il datore di lavoro, il quale non potrà in alcun modo anteporre tale flessibilità come motivo in ragion del quale ridurre il tempo del congedo.

Per concludere, uno spunto di riflessione può essere dato dall'assenza di un richiamo all'art. 16 della direttiva 54/2006 il quale "lascia impregiudicata la facoltà degli Stati membri di riconoscere diritti distinti di congedo di paternità e/o adozione". Ad oggi, a livello comunitario, infatti, non vi è alcun obbligo relativo all'introduzione di un congedo diverso da quelli di maternità e parentale, tale mancanza potrebbe essere interpretata come una "non esigenza", ciò è vero nel caso in cui il congedo di maternità venga considerato principalmente atto alla protezione della salute della madre e del figlio, protezione della salute che, ovviamente, non è necessaria nel caso del padre.

D'altra parte potrebbe essere visto in ottica negativa e quindi come una non raggiunta consapevolezza dell'importanza del ruolo del padre nello sviluppo dei figli oppure secondo una visione strumentale che non vuole aggravare, con nuove disposizioni di protezione sociale, i bilanci statali in un periodo di difficoltà economiche generalizzate all'interno dell'Unione.

⁷⁶ Per anzianità lavorativa si intende il tempo complessivo di lavoro a prescindere dal numero di contratti e dal numero di datori di lavoro. Per anzianità aziendale invece si sottostà al calcolo del servizio prestato ad un unico datore di lavoro, a prescindere dal numero di contratti. La scelta di operare tale distinguo risponde alla volontà di lasciare libero margine d'azione agli Stati e alle parti sociali di definire in modo più precisi i criteri d'accesso

3.3. La normativa interna e la sua evoluzione

3.3.1 Prima dell'8 marzo 2000. La normativa italiana degli anni '70.

Nel periodo fascista la donna era vista come funzionale all'espansione demografica promossa dal regime, ciò influenzò le politiche di protezione della donna; se da una parte, infatti, le lavoratrici in stato di gravidanza erano fortemente tutelate al fine di garantirne la salubrità, dall'altra, proprio la visione della donna come mezzo atto alla procreazione, la porta ad essere il più possibile esclusa dal mercato del lavoro riservato principalmente agli uomini. All'indomani della liberazione del Paese, con la nascita della Repubblica e la scrittura della Costituzione, si ha l'occasione per liberarsi dai retaggi d'epoca fascista e dare un forte segnale di cambiamento. È così che viene inserito l'art. 37 della Costituzione relativo alla parità tra uomini e donne nel lavoro. Ovvio fu fin dal principio che la disposizione di tale articolo non sarebbe stata sufficiente a cambiare le cose e che premeva la necessità di individuare in tale principio un sistema di valori atto a guidare la formulazione delle leggi ordinarie volte a renderlo effettivo. Si chiedeva, quindi, al costituente di recuperare la parte migliore della normativa che fino ad allora aveva guidato il Paese e di rileggerla e riadattarla secondo le esigenze delle lavoratrici in quanto donne e madri. Ciò non fu facile e così il tentativo di unire eguaglianza di diritti e una protezione speciale si risolse con un ambiguo compromesso (l'art. 37), in cui si nota l'incerta maturazione raggiunta dai partiti sul ruolo da assegnare al lavoro della donna nella nuova società repubblicana. Esso, infatti, è il risultato del compromesso tra la fronda democristiana, che rinveniva nella donna la base dell'istituzione familiare, e lo schieramento comunista, che vedeva nel lavoro in fabbrica la chiave per la vera emancipazione⁽⁷⁷⁾. Ma è con i movimenti femministi e le lotte sindacali che si arriva alle prime significative riforme degli anni'70.

La legge 30 dicembre 1971, n. 1204 "Tutela delle lavoratrici madri", approvata in sostituzione della precedente legge 26 agosto 1950, n. 860,

⁷⁷ Ballestrero, M.V., (1979) "Dalla tutela alla parità", ed. Il Mulino, Bologna.

costituì un notevole avanzamento dei diritti delle lavoratrici madri. Essa fa' della protezione della lavoratrice in dolce attesa il nodo principale: prevede il divieto di licenziamento durante il periodo di gestazione ⁽⁷⁸⁾, attribuisce il diritto a un congedo di maternità della durata totale di cinque mesi ripartiti tra prima (due mesi) e dopo il parto (tre mesi), concede un periodo di astensione facoltativa di sei mesi da utilizzare in modo anche frazionato durante il primo anno d'età del bambino e riconosce un'indennità pari all'80% della retribuzione nel caso di astensione obbligatoria e del 30% durante il godimento dell'astensione facoltativa.

Per quanto riguarda il divieto di licenziamento della lavoratrice madre, sono destinatarie di tale norma protettiva anche le lavoratrici assunte in prova non escludendo però il licenziamento per esito negativo della prova (art. 1 D.P.R. n. 1026/1976). È evidente a questo punto, essendo il datore di lavoro colui il quale decide in modo discrezionale l'esito del periodo di prova, che egli potrebbe preferire interrompere il rapporto di lavoro celando la vera motivazione (cioè lo stato interessante della lavoratrice) dietro la mancata adeguatezza lavorativa della donna in valutazione. Malgrado tale anomalia, la legge in questione ha fatto un passo in avanti rispetto alla precedente legando il divieto di licenziamento non alla sua certificazione, ma allo stato oggettivo di gravidanza ⁽⁷⁹⁾.

⁷⁸ A meno di: colpa grave da parte della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro; di cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta; di ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine.(titolo 1 punto 2)

⁷⁹ Con la legge n. 860/1950, il divieto di licenziamento entrava in azione nel momento in cui il datore di lavoro veniva messo a conoscenza dello stato di gravidanza della lavoratrice, ora invece tale divieto prescinde dalla comunicazione al datore di lavoro e vige dal momento di accertamento dello stato di gravidanza della stessa. Nel caso in cui tale norma venga violata, tuttavia secondo l'art.4 del Regolamento d'esecuzione della legge: "Per la determinazione dell'inizio del periodo di gravidanza ai fini previsti dall'art. 2, secondo comma, della legge, si presume che il concepimento sia avvenuto 300 giorni prima della data del parto, indicata nel certificato medico di cui al successivo art. 14.

Il termine di 90 giorni fissato per la presentazione della certificazione decorre dal giorno successivo a quello nel quale si è determinata la cessazione effettiva del rapporto di lavoro. La mancata prestazione di lavoro durante il periodo di tempo intercorrente tra la data di cessazione effettiva del rapporto di lavoro e la presentazione della certificazione non dà luogo a retribuzione. Il periodo stesso è tuttavia computato nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie e alla tredicesima mensilità, o gratifica natalizia." Ciò fa ricadere sulle spalle della lavoratrice il danno economico derivato dal licenziamento senza giusta causa.

Altre innovazioni riguardanti la tutela della salute della lavoratrice madre sono state introdotte rispetto alla legge precedente. Per quanto riguarda le modificazioni alle tutele già prima previste, basti qui ricordare che il periodo di astensione obbligatoria dal lavoro è stato allungato a due mesi precedenti la data del parto fino ai tre mesi successivi (prima variava in base al tipo di impiego, se industriale, agricolo o dia altro genere) e il divieto di adibire le gestanti a lavori pesanti è stato allungato a sette mesi dopo il parto (prima era di tre mesi, estendibili a sette nel caso di allattamento).

Guardando, invece, alle nuove disposizioni menzione va' fatta all'introduzione dell'astensione facoltativa. L'art. 7 prevede, infatti, la possibilità per la madre lavoratrice di assentarsi per un periodo di sei mesi durante il primo anno di vita del figlio, tale istituto risponde alla necessità della madre di occuparsi del figlio nella consapevolezza che i servizi sociali volti alla conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di cura sono ancora insufficienti (Ballestrero, 1979).

In relazione alla necessità di servizi di supporto alla conciliazione lavoro-famiglia, completamento naturale della legge sopra esaminata è la legge n. 1044 del 6 dicembre 1971. Essa predispose un piano quinquennale di finanziamento per l'istituzione di asili nido comunali individuando in essi "un servizio sociale di interesse pubblico"(art. 1 co.1) e lo strumento idoneo per "assicurare una adeguata assistenza alla famiglia e anche per facilitare l'accesso della donna al lavoro nel quadro di un completo sistema di sicurezza sociale" (art.1 co.2) ⁽⁸⁰⁾. Tale legge è importante su due fronti, da una parte

⁸⁰ Si osservi come nulla viene detto in merito alla funzione educativa degli stessi, che vengono visti come meri strumenti di custodia. Si dovrà aspettare la sentenza della Corte Costituzionale n.467/2002 per vedere riconosciuto il ruolo educativo degli stessi. ("Il servizio fornito dall'asilo nido non si riduce ad una funzione di sostegno alle famiglie nella cura dei figli o di mero supporto per facilitare l'accesso dei genitori al lavoro, ma comprende anche finalità formative, essendo rivolto a favorire l'espressione delle potenzialità cognitive, affettive e relazionali del bambino. Le finalità di educazione e formazione sono peraltro confermate a livello normativo, essendo ora gli asili nido riconosciuti come "strutture dirette a garantire la formazione e la socializzazione delle bambine e dei bambini di età compresa tra i tre mesi e i tre anni ed a sostenere le famiglie e i genitori" (art. 70 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria per il 2002") Anche se menzione sul ruolo degli asili nido era già stata nel disegno di legge n.118 del 9 maggio 1996 in cui si proponeva di sostituire il 1° e 2° co. con: "Gli asili nido sono servizi socio-educativi rivolti ai bambini di età fino ai tre anni. Hanno finalità di aggregazione e socializzazione che realizzano mediante attività ludiche, educative e culturali e devono rispondere ai differenti bisogni delle famiglie con particolare attenzione a quelle monoparentali".

costituisce un primo passo verso la “deprivatizzazione della condizione di madre”⁽⁸¹⁾, dall’altra attribuisce alle Regioni la competenza per lo sviluppo di una rete rispondente alle esigenze, anche logistiche, della popolazione.

Un vero e proprio riconoscimento della funzione materna come funzione sociale, che va’ aldilà del riconoscimento e della protezione dello stato fisico della donna in gravidanza, si ha con l’introduzione della legge 903/1977.

Essa, come già precedentemente affermato, si occupa in generale della parità di trattamento uomo-donna, tuttavia contiene due previsioni interessanti ai fini della nostra analisi sulla valorizzazione e la tutela della maternità e da questo momento anche della paternità. Per quanto riguarda il riconoscimento del valore della maternità, all’articolo 6 della stessa il legislatore estende i diritti concessi alle madri naturali nella precedente legge 1204/1971 anche alle madri adottive o che li abbiano ottenuti in affidamento preadottivo e consente il godimento dell’astensione facoltativa non più entro il primo anno d’età del bambino, ma entro i primi tre anni ⁽⁸²⁾. Per quanto vige, invece, il ruolo dei padri, il legislatore introduce la possibilità per essi di usufruire del periodo di astensione facoltativa nel caso in cui la madre vi rinunci o egli sia l’unico affidatario dei figli. Se da una parte ciò è un passo verso la corresponsabilità dei genitori nella crescita dei figli, dall’altro continua a presentare forti criticità. Esso oltre a configurarsi come un diritto derivato, in quanto subordinato alla rinuncia del diritto materno, mette il padre di fronte a effettive difficoltà burocratiche per accedere a tale privilegio.

Infatti, al fine di godere del periodo di astensione, il lavoratore non solo ha il dovere di dare comunicazione al proprio datore di lavoro dell’intenzione di sospendere la prestazione e di fornirgli un’adeguata documentazione circa l’effettiva presenza del bambino in famiglia e l’età dello stesso, ma è anche tenuto a prestare una dichiarazione di rinuncia della madre e, entro dieci giorni dalla data di tale privazione, deve consegnare una dichiarazione del

⁸¹ Ballestrero, 1979, p. 183.

⁸² Non è nel testo normativo fatto esplicito riferimento alla previsione di un’indennità per le madri adottive, ma al fine di rendere effettivo il diritto e a non creare una sorta di “diritto a metà”, viene applicata la norma sul trattamento economico previsto per le madri naturali in modo estensivo.

datore di lavoro dell'altro genitore a conferma dell'effettività di tale rinuncia (art. 7)⁽⁸³⁾.

Essendo un diritto derivato si supposeva, inoltre, che egli potesse goderne solo nel caso in cui la madre fosse una lavoratrice subordinata in quanto ella doveva detenere un diritto al quale rinunciare. Come ci ricorda la Vallauri ⁽⁸⁴⁾, la dottrina aveva ritenuto opportuno un'interpretazione estensiva del diritto considerando ingiusta la penalizzazione delle coppie in cui la madre fosse lavoratrice autonoma o libera professionista intenzionata a non interrompere la propria attività, ma impossibilitata a farlo per non lasciare il figlio privo delle cure necessarie, tuttavia la Corte Costituzionale aveva ribadito l'esclusione di tale diritto in capo ai padri di figli di lavoratrici autonome, riferendosi alla situazione delle stesse come non rapportabile a quella delle lavoratrici subordinate.

L'iter burocratico complesso unito alla natura deriva del diritto del padre portano, fortunatamente, con la legge 53/2000, il legislatore ad intervenire nel correggere tali criticità.

3.3.2. La Legge n. 53 dell'8 marzo 2000 ed il D. lgs, n. 151 del 26 marzo 2001 «Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità»

Un primo tentativo di introdurre una disciplina sui congedi parentali si ebbe nel 1998 quando il governo presentò un disegno di legge specifico sul tema (d.d.l. n. 4624), tuttavia, durante la discussione parlamentare, la procedura di approvazione subì una battuta d'arresto dovuta alla riscoperta di una vecchia proposta di legge d'iniziativa popolare intitolata "Le donne cambiano i

⁸³ La lavoratrice che voglia avvalersi del periodo di astensione facoltativa ha, invece, come unico onere la comunicazione al datore di lavoro e all'istituto assicurativo nel caso in cui le spetti un'indennità (art. 8 D.P.R. 25 novembre 1976, n. 1026).

⁸⁴ Vallauri, M.L. "Il congedo parentale" in Gottardi, D. e Del Punta, R. (2001) "I nuovi congedi" ed. Il Sole 24 Ore, Milano.

tempi”⁽⁸⁵⁾ ⁽⁸⁶⁾. Tale mescolanza di iniziative diverse ha portato ad allungare i tempi di approvazione di una normativa che si occupasse, in modo indipendente, di congedi parentali, per arrivare poi ad una legge che, partendo dalle proposte del 1988, si occupasse dei tempi di vita delle persone alla luce dell’evoluzione che la società stava vivendo.

La legge 53 del 2000 dà forma normativa a questo nuovo punto di vista concependo, per la prima volta, il tempo libero come concettualmente diverso dal tempo extra lavorativo ⁽⁸⁷⁾. Tale prospettiva è totalmente nuova per il diritto del lavoro che deve fare i conti con la riflessione sociale che ha caratterizzato gli anni ’80 e ’90. È chiaro, infatti, che essendo il lavoro l’attività che assorbe maggior tempo nell’arco della vita, non si poteva che partire dalla legislazione che lo riguarda. Partendo da qui, si può quindi affermare che la legge in esame equipara i tempi di lavoro e i tempi di vita rivolgendosi non più alle donne o agli uomini, ma ai cittadini nella loro totalità. Per questa visione complessiva del problema della conciliazione tra i diversi momenti della vita ⁽⁸⁸⁾ sarebbe riduttivo leggere tale legge semplicemente come il recepimento della direttiva europea 96/34 ⁽⁸⁹⁾.

Prima di analizzare il testo della legge e di concentrarsi sul suo contenuto e sui cambiamenti che ne derivano, osserviamo come tra la legge 903 del 1977 e quella in esame si presenti un’evoluzione non solo sostanziale, ma anche formale. Si passa difatti dall’utilizzo del sostantivo “astensione” a quello di “congedo”. Tale sostituzione omogeneizza la normativa nazionale con quella europea creando però, inizialmente, confusione, in quanto a livello nazionale

⁸⁵ Proposta di legge datata 1988 ad opera delle donne del PCI, mette al centro la conciliazione tra tempi di cura, di lavoro e momenti per sé facendo, per la prima volta, del problema, una questione sociale e anche politica.

³⁹ Calafà, L. (2004) “Congedi e rapporto di lavoro”, ed. CEDAM, Padova.

⁸⁷ Il lavoro familiare e di cura non è più considerato, nell’epoca contemporanea, tempo libero. Il tempo libero nell’accezione moderna comprende lo svago, da un parte, ma anche le attività legate ad impegni sociali, culturali e politici, dall’altra. (Calafà, 2004)

⁸⁸ Già dal titolo della legge in esame (“Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città”) è chiaro come tale legge promuova l’equilibrio dei tempi di vita attraverso l’istituzione dei congedi, da una parte, e il coordinamento dei tempi di funzionamento delle città, dall’altra.

⁸⁹ Miscione, M. “La legge sui congedi parentali per modificare la società” in Miscione, M. (a cura di) (2001), “I congedi parentali”, ed. IPSOA.

il termine “congedo” veniva utilizzato in relazione alla sospensione del servizio lavorativo in ambito pubblico ed, in particolare, in riferimento al servizio militare o al congedo matrimoniale.

Con il d. lgs. 151/2001 il legislatore attua un’armonizzazione del linguaggio rispetto alla normativa degli anni ’70 e nell’art. 2 (⁹⁰) equipara il termine “congedo” a quello di “astensione”, obbligatoria o facoltativa a seconda dei casi.

A livello contenutistico la rivisitazione dell’istituto dell’astensione facoltativa è la novità che, ai fini della nostra analisi, risulta di maggior interesse e fa da indicatore della nuova filosofia che sta alla base del testo normativo nel suo insieme. I nuovi congedi parentali si caratterizzano, infatti, per il passaggio da una logica incentrata sull’idea del congedo rivolto alla donna come principale destinataria, al riconoscimento della presenza di uguali responsabilità nel “mantenere, istruire ed educare la prole” (art. 147 codice civile)

In questa prospettiva la direttiva comunitaria prima e il nostro ordinamento poi, hanno consacrato in via definitiva la distinzione tra congedo di maternità e di paternità e congedo parentale. I primi sono riferiti alla tutela della salute della madre e del neonato (⁹¹), il secondo è invece volto all’effettiva conciliazione della vita professionale e familiare chiamando entrambi i genitori a farsi carico delle responsabilità domestiche. (Vallauri, 2001)

Ciò viene attuato attraverso la “duplicazione” dei destinatari del diritto. Esso, infatti, non è più un diritto derivato, ma diviene potestativo e come tale è riconducibile ad un genere neutro riferendosi difatti ad entrambi i genitori ed

⁹⁰ “...a) per “congedo di maternità” si intende l’astensione obbligatoria dal lavoro della lavoratrice;

b) per “congedo di paternità” si intende l’astensione dal lavoro del lavoratore, fruito in alternativa al congedo di maternità;

c) per “congedo parentale”, si intende l’astensione facoltativa della lavoratrice o del lavoratore;

d) per “congedo per la malattia del figlio” si intende l’astensione facoltativa dal lavoro della lavoratrice o del lavoratore in dipendenza della malattia stessa...” (art.2 d.lgs. 151/2001)

nulla viene invece detto in relazione ai congedi formativi e ai congedi per eventi e cause particolari.

⁹¹ Il congedo di paternità infatti sostituisce quello di maternità solo in casi particolari e con il fine di preservare la salute del neonato. (“il padre lavoratore ha diritto di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice, in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre.” Art. 28 d.lgs. 151/2001)

estendendo l'ambito di applicazione della disciplina anche a tutti i casi in cui l'altro genitore non ne abbia diritto.

Ma partiamo con ordine. La legge 53, secondo le finalità che si propone, si divide in tre ambiti di applicazione (art.1):

- l'istituzione dei congedi dei genitori e l'estensione del sostegno ai genitori di soggetti portatori di *handicap*;
- l'istituzione del congedo per la formazione continua e l'estensione dei congedi per la formazione;
- il coordinamento dei tempi di funzionamento delle città e la promozione dell'uso del tempo per fini di solidarietà sociale;

creando norme che verranno poi integrate nel "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità". Tale testo, infatti, recepisce la "legge sui congedi parentali"⁽⁹²⁾ e la integra con la precedente regolamentazione, creando un corpus normativo compatto. Ai fini della nostra analisi ci concentreremo prevalentemente sulla parte che si riferisce ai congedi e al recepimento della direttiva comunitaria.

Il 2° art. fa riferimento alla diffusione delle disposizioni della legge in questione e prevede la predisposizione di campagne informative tramite mezzi stampa, mezzi radio-televisivi e ogni altro mezzo utile al fine di aumentare la consapevolezza e la fruibilità della stessa da parte dei cittadini.

Con l'articolo 3 si entra nel vivo del testo normativo. Esso, nel primo comma, estende il diritto all'astensione facoltativa previsto per la madre nella legge 1204 del 1971 al padre, anche nel caso in cui la madre non è abbia diritto. Interessante notare il linguaggio utilizzato dal legislatore che pur riferendosi chiaramente alla figura maschile (poiché le madri erano già titolari di tale diritto potestativo) utilizza il termine neutro "genitore" ⁽⁹³⁾. Al fine di rendere più agevole l'accesso al diritto da parte del padre, viene eliminato l'onere di produrre la complessa documentazione di cui alla legge 903/77 e impone come unico limite procedurale la comunicazione con un preavviso di almeno

⁹² Altro nome con cui è conosciuta la legge 53/2000.

⁹³ ...Il diritto di astenersi dal lavoro di cui all'articolo 7, ed il relativo trattamento economico, sono riconosciuti anche se l'altro genitore non ne ha diritto... (art. 3 co.1)

quindici giorni al datore di lavoro, salvo i casi di oggettiva impossibilità. Oltre a ciò estende la titolarità del diritto al congedo parentale anche alle lavoratrici autonome dimezzandone però la durata. L'ampliamento della tutela della maternità si evince, quindi, anche dall'estensione della stessa a nuove beneficiarie, la differenza di tutela è ritenuta giustificata in virtù dell'obbligo per le lavoratrici subordinate di sospendere la prestazione lavorativa, a fronte della possibilità di scelta di cui invece dispongono le lavoratrici autonome. Quindi, se si può dire che la totale mancanza di tutela sarebbe stata discriminatoria, una giustificazione si può trovare nella differenza di trattamento⁽⁹⁴⁾.

Ulteriore innovazione è data dal notevole ampliamento del periodo temporale in cui è possibile fruire del congedo infatti il nuovo congedo si è arricchito in termini non solo di durata, ma anche di frazionabilità (si può usufruire di un solo giorno per volta), dilazionabilità (non è più necessario il godimento entro il primo anno d'età del bambino, ma entro agli 8 anni) e compresenza nella cura (possono fruirne contemporaneamente entrambi i genitori) (⁹⁵). (Miscione, 2001) A ciò si aggiunga anche che la durata del congedo si moltiplica in caso di parto gemellare o plurigemellare al fine di agevolare l'evidente aumento del carico di lavoro di cura previsto.

E' interessante notare come il legislatore italiano sia andato oltre la tutela prevista dalla Direttiva europea nella parte in cui richiede di "definire le circostanze in cui il datore di lavoro... è autorizzato a rinviare la concessione del congedo parentale per giustificati motivi attinenti al funzionamento dell'impresa", scegliendo di non inserire tale opzione nella volontà di privilegiare, a qualsiasi motivazione economica e organizzativa, la cura del minore e la condivisione delle responsabilità familiari. Anche per quanto riguarda le ragioni che determinano l'accesso al congedo, il legislatore non ha

⁹⁴ Bozzao, P., (2001), "La protezione sociale della famiglia", Lavoro e Diritto n.1/2001, ed. Il Mulino, Bologna

⁹⁵ Fino ad un massimo di sei mesi per genitore e dieci mesi per coppia, elevabili a undici mesi nel caso in cui il padre eserciti il diritto al congedo parentale per un periodo non inferiore ai tre mesi. Tale "mese premio" è chiaramente un modo posto in atto dal legislatore per implementare la fruizione del congedo da parte nei padri.

posto alcun limite, lasciando ai genitori la possibilità di accedere al diritto di cui sono titolari per qualsivoglia ragione (Vallauri, 2001).

L'astensione per malattia del bambino e il relativo diritto viene poi riconosciuto ad entrambi i genitori, senza limiti di tempo se il figlio ha meno di tre anni, nel limite di cinque giorni lavorativi all'anno se l'età del bambino è compresa tra i tre e gli otto anni.

L'articolo 3 della legge in questione modifica inoltre l'art.15 della 1204/71 prevedendo una modulazione differente dell'indennità economica per i periodi di astensione facoltativa in relazione al reddito dell'interessato. Oltre a ciò ha rimodulato le ipotesi di accredito figurativo dei contributi previdenziali in relazione alla nuova configurazione dettata per l'istituto delle astensioni figurative: per i periodi di astensione oltre i sei mesi fino al terzo anno d'età del figlio la copertura contributiva figurativa è pari "al 200 per cento del valore massimo dell'assegno sociale, proporzionato ai periodi di riferimento, salva la facoltà di integrazione da parte dell'interessato" (art. 3 co.4 lett. b).

Ulteriore strumento a sostegno della conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di vita è la previsione di cui all'art. 9 intitolato "Misure a sostegno della flessibilità di orario"⁹⁶. Esse prevedono delle agevolazioni per le imprese, in particolar modo quelle sotto i cinquanta dipendenti, al fine di promuovere azioni volte alla facilitazione del reintegro in azienda del dipendente che rientra al termine del congedo. Tale previsione normativa è senza dubbio

⁹⁶ Al fine di promuovere e incentivare forme di articolazione della prestazione lavorativa volte a conciliare tempo di vita e di lavoro, nell'ambito del Fondo per l'occupazione di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1993, n. 236, è destinata una quota fino a lire 40 miliardi annue a decorrere dall'anno 2000, al fine di erogare contributi, di cui almeno il 50 per cento destinato ad imprese fino a cinquanta dipendenti, in favore di aziende che applichino accordi contrattuali che prevedono azioni positive per la flessibilità, ed in particolare:

a) progetti articolati per consentire alla lavoratrice madre o al lavoratore padre, anche quando uno dei due sia lavoratore autonomo, ovvero quando abbiano in affidamento o in adozione un minore, di usufruire di particolari forme di flessibilità degli orari e dell'organizzazione del lavoro, tra cui *part time* reversibile, telelavoro e lavoro a domicilio, orario flessibile in entrata o in uscita, banca delle ore, flessibilità sui turni, orario concentrato, con priorità per i genitori che abbiano bambini fino ad otto anni di età o fino a dodici anni, in caso di affidamento o di adozione;

b) programmi di formazione per il reinserimento dei lavoratori dopo il periodo di congedo;

c) progetti che consentano la sostituzione del titolare di impresa o del lavoratore autonomo, che benefici del periodo di astensione obbligatoria o dei congedi parentali, con altro imprenditore o lavoratore autonomo. (art. 9 legge 53/2000)

utile allo scopo che si prefigge, deve però essere accompagnata da una miglior redistribuzione dei ruoli familiari e quindi da un cambiamento culturale sottostante, ed inoltre, andando verso una individualizzazione dell'orario di lavoro per rispondere alle esigenze del singolo lavoratore, deve rispondere al rischio che da strumento di conciliazione diventi strumento di "subordinazione dell'individuo all'organizzazione" (⁹⁷).

In definitiva, possiamo concludere affermando che la legge 53 è un corpus normativo che a partire dalla disciplina sulla maternità, va a toccare vari punti focali come i congedi, le misure a favore della flessibilità del lavoro e i progetti di armonizzazione territoriale. Il filo conduttore di ciò è il passaggio dalle politiche di conciliazione a quelle di redistribuzione delle responsabilità familiari che consenta alle donne di godere del tempo liberato dal lavoro senza che si trasformi necessariamente in tempo di cura dei familiari.

Come ci fanno notare la Gottardi e Del Punta sono ancora tuttavia presenti alcuni punti critici come la difficoltà a far decollare il part-time che rappresenta una delle forme di flessibilità più importanti, la troppa limitata presenza di incentivi alle imprese che ricorrano alla sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto(⁹⁸) e l'assenza della previsione di un congedo parentale per le libere professioniste e co.co.co.

BREVE INCISO SULL'EFFICACIA DELLA LEGGE IN ESAME

A questo punto è legittimo chiedersi quanto una disciplina sicuramente innovativa come quella presentata sia stata effettivamente assimilata e utilizzata dai cittadini. Alla lettura della ricerca sui congedi parentali effettuata dall'Osservatorio Nazionale sulla Famiglia (⁹⁹) emergono profonde

⁹⁷ Allamprese, A., "Il sostegno delle forme di flessibilità di orario" in Miscione, M. (a cura di), (2001) "I congedi parentali", ed. IPSOA, p.132.

⁹⁸ gli incentivi sono previsti solo per il congedo durante il primo anno di vita del figlio e solo per le imprese fino a 20 dipendenti.

⁹⁹ L'UTILIZZO DEI CONGEDI GENITORIALI IN ITALIA

http://www.osservatorionazionalefamiglie.it/images/documenti/ricerche/sintesi%20ricerca%20sui%20congedi%20genitoriali_de_pasquale.pdf ultima visualizzazione 22 settembre

disparità tra l'utilizzo dei congedi da parte dei lavoratori impiegati presso la Pubblica Amministrazione e i lavoratori occupati presso aziende private, disparità che si amplificano se si fa poi riferimento alle lavoratrici autonome, e, all'interno delle diverse categorie, tra il godimento del diritto da parte degli uomini e donne (¹⁰⁰).

Nel corso del 2009 il congedo parentale è stato utilizzato dal 4,9% del totale dei dipendenti pubblici inclusi nella rilevazione, con differenze importanti se si guarda alla distribuzione per genere. Si rileva, infatti, che il 76% delle utilizzatrici sono donne contro il 24% dei colleghi uomini, in termini relativi rispetto al totale degli occupati (utilizzatrici donne sul totale delle dipendenti donne e utilizzatori uomini sul totale dei dipendenti uomini) il 6,2% dei fruitori del congedo sono donne, mentre il 2,9% uomini.

Osservando poi le giornate utilizzate in un anno solare, si nota come esse sono impiegate in numero maggiore per le donne (mediamente 36 giornate le donne contro le 14 dei padri) ed in special modo per le madri con figli entro il primo anno d'età (61 giorni di congedo nell'anno solare).

In generale il congedo viene richiesto anche per figli con più di un anno d'età però le giornate godute diminuiscono in proporzione all'aumentare dell'età del figlio.

Come ci si può aspettare l'entità dell'indennità corrisposta influenza l'utilizzo del congedo, soprattutto per quanto riguarda gli uomini (¹⁰¹). A fronte di un 55,6% di madri che utilizzano il congedo retribuito al 30%, solo il 17,5% dei padri ne fruisce, percentuale che scende all'11,2% se le giornate non sono retribuite.

Secondo la ricerca svolta tuttavia vi sono segnali incoraggianti, soprattutto per quanto riguarda l'utilizzo del diritto da parte dei padri. Dal 2002 al 2009, infatti, essi sono passati dall'essere il 19% del totale degli utenti al 24%.

¹⁰⁰ Nota metodologica: Per i lavoratori dipendenti del settore pubblico (per i quali non è disponibile un archivio centralizzato dei dati) si tratta di una ricerca campionaria compiuta su 106 enti pubblici; per tutte le tipologie di impiego privato, invece, i dati sono esaustivi. Per queste ultime, le elaborazioni sono state compiute dalla curatrice della ricerca a partire dai dati estratti dagli archivi centralizzati dell'INPS. I dati di riferimento si riferiscono al 2009 per gli enti pubblici e al triennio 2007-2009 per tutte le altre categorie.

¹⁰¹ Si tenga presente che in un'ottica migliorativa rispetto alla legge, per la P.A. i primi 30 giorni di congedo parentale vengono indennizzati al 100%.

La situazione è diversa osservando il comparto privato. Per i lavoratori dipendenti l'utilizzo del congedo è stato, nel 2009, del 1,8% crescendo di 0,2 punti percentuali rispetto al 2007; tuttavia a fronte di 259.180 lavoratori dipendenti privati che hanno utilizzato almeno un giorno di congedo parentale, il 91,6% sono donne (237.455) e solo il restante 8,4% uomini (21.725). Osservando i dati relativi alle lavoratrici autonome ⁽¹⁰²⁾ l'utilizzo del congedo parentale è rimasto a livelli bassi e costanti dalla sua introduzione al 2009, assestandosi allo 0,2%, ciò è confermato dallo scarto rispetto alle lavoratrici che hanno utilizzato il congedo di maternità (20.615) e quelle che nello stesso periodo hanno utilizzato il congedo parentale (2.883).

In conclusione si può affermare che lo strumento dei congedi parentali non sia ancora stato pienamente accolto dalla cittadinanza poiché viene utilizzato in misura inferiore rispetto a quanto sarebbe previsto per la legge. Tuttavia si nota come le differenze siano più marcate tra lavoro dipendente nel settore pubblico e in quello privato soprattutto per quanto riguarda il genere maschile. Ciò è in parte sicuramente riconducibile alle condizioni più favorevoli riservate ai dipendenti della P.A., ma anche alla presenza di un *gender pay gap* più alto nel comparto privato che rende più economicamente svantaggioso, ai fini del bilancio familiare, assentarsi dal lavoro per l'uomo che per la donna avendo ella una retribuzione mediamente più bassa.

3.3.3. La disciplina dei congedi parentali e le novità introdotte dalla legge 92/2012.

Novità rilevanti per quanto riguarda i congedi parentali, ma più in generale le politiche per il lavoro femminile sono state introdotte con la legge 92/2012 cosiddetta "Legge Fornero".

¹⁰² Ricordiamo che per i lavoratori autonomi il congedo può essere utilizzato solo dalle madri e per un periodo di tre mesi entro il primo anno di vita del figlio.

Prima di tentare di dare un giudizio di valore sulla riforma in oggetto individuamo le direttrici seguite dal legislatore.

Fin dal 1° comma dell'art. 1 si fa espresso riferimento, tra i macro obiettivi proposti, alla promozione di una "maggiore inclusione delle donne nella vita economica". Obiettivo comunque non nuovo, in quanto, a più riprese e da più parti sollecitato al fine di rafforzare la nostra economia attraverso l'incremento del PIL che deriverebbe da una maggior partecipazione femminile al mercato del lavoro (¹⁰³).

Nello specifico il legislatore si propone di:

- contrastare il fenomeno delle "dimissioni in bianco", attraverso un controllo del servizio ispettivo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali competente nel caso di "dimissioni presentate durante alla lavoratrice, durante il periodo di gravidanza, e dalla lavoratrice o dal lavoratore durante i primi tre anni di vita del bambino o nei primi tre anni di accoglienza del minore adottato o in affidamento" (art. 3 co. 16)
- implementare il ruolo dei padri nella genitorialità attraverso l'istituzione, in via sperimentale per il biennio 2013-2015, di un congedo di paternità obbligatorio di un giorno lavorativo e facoltativo per ulteriore due giorni lavorativi, anche continuativi, entro i 5 mesi dalla nascita del figlio, tale congedo è indennizzato nella misura del 100%. Si precisa che il godimento dei due giorni di congedo facoltativi sono subordinati alla rinuncia da parte della madre di un equivalente periodo relativamente al congedo di maternità. (art. 3 co. 24 lett. a)
- conciliare i tempi di vita con i tempi di lavoro attraverso "la corresponsione di *voucher* per l'acquisto di servizi di *baby-sitting*, ovvero per fare fronte agli oneri della rete pubblica dei servizi per l'infanzia o dei servizi privati accreditati, da richiedere al datore di lavoro." Tali *voucher* possono essere richiesti per gli undici mesi

¹⁰³ Così ad esempio l'ex governatore della Banca d'Italia, ora Ministro dell'Economia e delle Finanze, Fabrizio Saccomanni all'apertura del convegno "Crescita economica, equità, uguaglianza: il ruolo delle donne".

successivi il termine del congedo di maternità ed in alternativa al godimento del congedo parentale. (art. 3 co. 24 lett. b)

- potenziare l'accesso delle donne a posizioni gerarchicamente elevate attraverso l'introduzione di "quote rose" nelle società controllate dalla pubblica amministrazione. (D.P.R 251/2012)

Andando ad esaminare i commenti dei giuslavoristi alla legge in esame si evince, non solo per le norme inerenti alla disciplina sulla genitorialità e la non discriminazione, una sostanziale inadeguatezza della stessa di fronte alle problematicità del sistema lavorativo nazionale.

Per quanto riguarda il tema qui trattato, lapalissiana è la sostanziale inutilità del congedo di paternità qui previsto. L'introduzione dell'obbligo di un giorno di congedo obbligatorio non risponde in alcun modo né alle necessità concrete del padre lavoratore, né tantomeno appare efficace nell'ottica di una effettiva educazione alla ripartizione degli obblighi familiari.

Sorge quindi spontaneo chiedersi come i "nuovi congedi di paternità" rientrino nella *ratio* che ha portato alla previsione dei congedi di maternità e parentali. Si ricorda, infatti, che i primi hanno come obiettivo la tutela della madre e del nascituro, mentre i secondi una maggiore condivisione della funzione educative nei confronti della prole, il congedo di paternità così formulato non sembra rispondere a nessuna di queste due logiche. Ciò è tanto più vero se si nota, come fa Gisella De Simone ⁽¹⁰⁴⁾, che con alta probabilità il giorno o i giorni fruiti saranno quelli in occasione del parto (la cui data non è prevedibile con esattezza), e che malgrado ciò rimane l'obbligo di preavviso al datore di lavoro di almeno quindici giorni.

Sullo stesso tema interviene anche la Gottardi ⁽¹⁰⁵⁾ che pone in luce ulteriori discriminazioni, come il diverso trattamento economico riservato al congedo di paternità (100% della retribuzione) rispetto a quello di maternità (80% della retribuzione) e incomprensibili decisioni come la configurazione di un giorno di congedo come obbligo e non come scelta nella sua interezza.

¹⁰⁴ De Simone, G. (2012), "Tra il dire e il fare. Obiettivi e tecniche delle politiche per il lavoro femminile nella riforma Fornero", Lavoro e Diritto n.3-4/2012, ed. Il Mulino, Bologna.

¹⁰⁵ Gottardi, D. (2012), "Responsabilità genitoriali in salsa italiana", Lavoro e Diritto n. 3-4/2012, ed. Il Mulino, Bologna.

Evidenzia ancora come “la necessità dello scambio di presenza per la cura del figlio tra il padre e la madre significa che, affinché il padre possa goderne, è necessario che la madre sia una lavoratrice subordinata, ancorando ancora una volta l’esercizio di un diritto del padre alla peculiare condizione lavorativa della madre”(Gottardi, 2012, p.614). La giurista sottolinea, inoltre, come il finanziamento di tale diritto sia a carico della comunità (i due giorni di indennità di congedo facoltativo vengono corrisposti dall’INPS) e che, gli stimati 78 milioni di euro necessari, verranno sottratti dal “Fondo per il finanziamento di interventi a favore dell’incremento in termini quantitativi e qualitativi dell’occupazione giovanile e delle donne.” determinando, vista l’inutilità sostanziale del congedo così concepito, ulteriori sprechi a carico della collettività.

Altre critiche possono poi essere fatte in relazione all’introduzione dei *voucher* per l’acquisto di servizi di sostegno all’infanzia. Il diritto agli stessi è, infatti, subordinato alla rinuncia della fruizione del congedo parentale da parte della madre, la quale viene posta di fronte alla scelta tra uno o l’altro diritto, quasi a voler spingere la madre a tornare immediatamente al lavoro privilegiando logiche legate al mercato e alla produttività rispetto al valore del legame madre-figlio che si viene a creare nei primi mesi di vita, anche attraverso l’allattamento al seno, e la possibilità di assecondare le diverse esigenze che possono nascere nella totalità del periodo di godimento del congedo parentale (fino agli otto anni d’età del figlio). Sempre la Gottardi fa notare come l’opzione di scambio tra congedo parentale e sostegno economico ai servizi per l’infanzia vada contro la direttiva europea 96/34 anche per il semplice fatto che, nel caso del congedo parentale la madre può decidere se e quando utilizzarlo nell’arco dei primi otto anni della nascita del figlio, mentre, la scelta di usufruire dei *voucher* si riduce agli undici mesi successivi il rientro dal congedo di maternità.

Oltre a quanto detto, “Colpisce il fatto che tale scelta tra congedo parentale e *voucher* sia prevista per la sola madre, e non invece per il padre: certo, nulla cambierebbe se potesse scegliere anche il padre...per quanto riguarda l’assistenza al figlio, ma molto cambierebbe nel riparto dei costi “sociali”, che

gravano sul datore di lavoro della sola madre, rendendo ancora una volta più costoso, e dunque meno appetibile, il lavoro femminile.” (De Simone, 2012, pp. 601-602)

A parere di chi scrive probabilmente nell'intento del legislatore vi era il tentativo di “obbligare” in qualche modo i padri ad usufruire dei congedi parentali così da implementare il tempo effettivo che essi passano con i figli.

Tale considerazione pone però davanti ad un altro problema: la durata massima di godimento del congedo per coppia genitoriale è di dieci mesi di cui al massimo sette destinati al padre e sei alla madre, se la madre rinuncia al congedo parentale, di sei mesi, a favore dei *voucher*, validi per undici mesi, a quanto ammonta il congedo parentale destinato al padre? L'unica interpretazione possibile, sempre secondo la Gottardi, è che lo scambio avvenga solo per quanto riguarda il diritto attribuibile alla madre e che, di conseguenza, rimangano fruibili cinque dei sette mesi di congedo previsti per il padre. Se così non fosse si andrebbe ad intaccare in modo macroscopico anche i diritti dei padri.

In definitiva sembra che, fatta salva la previsione di controllo in caso di dimissioni durante il periodo di maternità e nei primi anni di vita/affidamento del bambino, nulla di buono abbia introdotto la riforma Fornero per quanto riguarda le donne e la conciliazione dei tempi di vita, ma che anzi abbia ampliato la confusione normativa sulla disciplina.

3.4. L'autoregolazione aziendale e il suo contributo alla conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di vita.

In un contesto normativo tanto complesso in cui a volte non è facile accedere ai propri diritti o non è conveniente farlo, una risposta ad alcune concrete esigenze del lavoratore e della lavoratrice possono provenire direttamente dalle imprese.

Soprattutto negli ultimi anni, a seguito dello sviluppo di tecniche di management innovative e a politiche aziendali che riscoprono la

valorizzazione delle risorse umane, si assiste ad una sorta di integrazione tra *welfare* pubblico e privato che va' in qualche modo ad integrare le aree lasciate scoperte dallo Stato.

Ciò è tanto più vero se letto attraverso il contesto storico, culturale ed economico attuale. Da una parte si vorrebbe porre al centro l'esigenza dell'individuo come uomo con doveri sì, ma anche diritti, desideri e necessità specifiche, dall'altro ci si deve scontrare con un mercato sempre più globale e concorrenziale che sembra (?) dare più rilevanza all'uomo nella sua accezione di consumatore che all'uomo nella sua essenza di individuo. A ciò si deve poi aggiungere la situazione economica mondiale che, specialmente in Paesi come il nostro, impone il rispetto di vincoli di bilancio tali da rendere necessaria una forte selezione sulla destinazione da dare alle risorse a disposizione, scegliendo cosa è un diritto minimo imprescindibile e cosa può essere lasciato alla sfera privata del singolo cittadino. È qui che i servizi messi a disposizione da imprese e associazioni trovano il loro spazio naturale.

La possibilità per organismi privati di organizzarsi per finalità inerenti a bisogni sociali come quelli previdenziali, assistenziali e, per altro verso, culturali e di istruzione è prevista dalla Costituzione negli articoli 18, 33, 38 e 39 e legittima il contributo dei privati nel raggiungimento del benessere sociale, non solo la Carta costituzionale, ma anche le leggi ordinarie promuovono il rilievo sociale di ulteriori forme di risposta ai bisogni dei cittadini organizzate dai privati, attraverso la previsione di regimi contributivi e fiscali favorevoli che mirano ad incentivare la libera iniziativa dell'impresa e l'integrazione tra *welfare* e *welfare State* ⁽¹⁰⁶⁾. Aldilà degli strumenti più diffusi (e discussi) inerenti all'assicurazione sanitaria e previdenziale integrativa, altri nuovi *benefits* si stanno diffondendo all'interno delle imprese dirigendosi, più che al singolo lavoratore, alla famiglia nel suo insieme. Tali misure non sono erogate sotto forma monetaria, ma prevalentemente elargendo servizi che vanno dal sostegno psicologico,

¹⁰⁶ Treu, T. (2013), "welfare e benefit: esperienze aziendali e territoriali" in Treu, T. (a cura di) "Welfare aziendale: migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti", ed. Wolters Kluwer Italia S.r.l, Milano.

all'assistenza agli anziani o alle persone affette da disabilità, alla custodia dei figli, bambini e adolescenti. Proprio quest'ultimo strumento fa parte delle più ampie politiche rivolte alla famiglia, dove oltre ai servizi elargiti, stanno prendendo sempre più piede le misure volte alla flessibilità d'orario all'interno delle iniziative di *worklife balance* che mirano al raggiungimento di un corretto equilibrio tra vita lavorativa ed extra lavorativa attraverso concreti accorgimenti: dal servizio di lavanderia, allo psicologo aziendale, dall'asilo nido per i dipendenti alla flessibilità negli orari di lavoro, e così via. Ciò è di preminente importanza soprattutto se riferito alla figura della donna, essa, infatti, vive più dei colleghi maschi la tensione tra il proprio ruolo professionale e quello di responsabile dei servizi di cura all'interno della famiglia. Ciò porta, come abbiamo avuto modo di notare precedentemente, ad una maggiore fruizione dei congedi parentali da parte delle donne rispetto ai colleghi uomini, ad un più alto tasso di *part-timers* tra le lavoratrici che tra i lavoratori e ad una percentuale di abbandono del posto di lavoro più alto per le donne che per i colleghi.

I servizi di *welfare* aziendale, già largamente diffusi all'estero, hanno incontrato inizialmente forti resistenze nel nostro Paese da parte sia delle organizzazioni sindacali che dei lavoratori stessi i quali temevano una diminuzione progressiva del welfare pubblico e un atteggiamento opportunistico da parte delle imprese stesse. Tali diffidenze sono in parte state superate e la previsione di servizi integrativi è una possibilità sempre più discussa in sede di contrattazione collettiva, rendendo conseguentemente sempre più diffusi gli esempi di buone pratiche aziendali (Treu, 2013).

Guardando alla struttura dei modelli organizzativi concilianti, si possono individuare quattro categorie di misure (¹⁰⁷):

- misure che riducono o articolano diversamente il tempo di lavoro;

¹⁰⁷ PROGETTO DI SUPPORTO ALLE ATTIVITÀ DELL'UFFICIO DELLA CONSIGLIERA NAZIONALE DI PARITÀ - buone prassi per la conciliazione dei tempi di cura e di lavoro in italia.
<http://annazavaritt.blog.ilsole24ore.com/files/osservatorio-buone-prassi.pdf>

- misure che supportano il rientro dalla maternità o dai congedi parentali;
- misure che supportano il lavoro di cura;
- misure che liberano il tempo.

Concretamente nel primo gruppo di misure possono rientrare le pratiche di flessibilità nell'entrata al lavoro che permette, ad esempio, di accompagnare i figli a scuola, il part-time reversibile, l'interscambiabilità dei dipendenti o la banca ore.

All'interno del secondo gruppo possono rientrare strumenti di supporto di tipo organizzativo (attraverso tutor che aiutino a gestire la nuova realtà familiare che si è creata) o, per altro verso, psicologico, utile sia per affrontare il rientro al lavoro che il profondo cambiamento che investe la vita dei neogenitori.

Per quanto riguarda i servizi di cura, sicuramente, strumenti largamente diffusi sono gli asili nido e le scuole per l'infanzia aziendali, essi consentono di ottimizzare i tempi di spostamento e di affrontare il rientro al lavoro con una maggiore serenità.

Tali servizi oltre che un impatto positivo sui dipendenti dell'azienda, si possono riversare sulla collettività del territorio dove è sita l'impresa. Si pensi ad esempio al caso di Calzedonia Spa, la quale, quando aprì il primo asilo nido aziendale nel 1987 a Vallese di Oppeano in provincia di Verona, fece un accordo con il Comune in questione secondo il quale, al fine di sfruttare la capacità della struttura nella sua interezza, si prevedeva l'accesso, a retta agevolata, ai figli delle famiglie più indigenti residenti nel territorio.

All'interno dell'ultimo gruppo rientrano, infine, le convenzioni con erogatori di servizi esterni. Tali accordi possono andare dalla fruizione di servizi per i ragazzi (colonie estive, vacanze studio, nursery, ecc.), all'assistenza per gli anziani non autosufficienti, al godimento di servizi di pulizia, stiratura, disbrigo pratiche e così via.

È chiaro che le politiche aziendali volte al sostegno del lavoratore e della sua famiglia non sono un atto di carità da parte dell'impresa, ma mirano,

attraverso le agevolazioni concesse, a stimolare un aumento della produttività, un maggior attaccamento all'azienda e ad attrarre lavoratori qualificati. Tutto ciò, a parere di chi scrive, non mina l'apprezzabilità di politiche aziendali e di stili di management lungimiranti in un'ottica *win-win*. Ciò è ancor più vero se consideriamo che nel luogo di lavoro ognuno di noi trascorre la maggior parte della giornata e che quindi un clima più disteso e rispondente alle esigenze della lavoratrice (lavoratore) in quanto madre (padre) e/o moglie (marito) sia sicuramente benefico.

CONCLUSIONI

Durante la trattazione si è potuta osservare l'evoluzione della disciplina sulla tutela contro la discriminazione di genere e in merito alla tutela della maternità e, in generale, della genitorialità. Per quanto riguarda il percorso attuato dal legislatore comunitario, è chiaro come le logiche economiche, che hanno accompagnato i primi provvedimenti, siano andate pian piano scemando lasciando spazio ad una più profonda coscienza sociale del problema dell'uguaglianza di genere.

Ciò è confermato sia dalla strategia per la parità proposta dalla Commissione europea per il periodo 2011-2015, sia dal Patto europeo per la parità di genere 2011-2020 riconosciuto dal Consiglio dell'Unione Europea all'interno della strategia "Europa 2020" per un'occupazione e una crescita sostenibile.

Entrambe mirano al raggiungimento di un tasso d'occupazione femminile pari al 75%, a una maggiore emancipazione femminile, alla parità di retribuzione, allo sviluppo di una cultura della parità e alla diminuzione delle violenze contro le donne, lasciando, tuttavia, agli Stati membri l'elaborazione dei piani d'azione nazionali. Anche per quanto riguarda la protezione della maternità si è assistito ad un progressivo ampliamento delle tutele, malgrado queste rimangano inferiori rispetto alle tutele già garantite da alcuni Stati membri. La protezione della maternità e, in seguito, la tutela della genitorialità e il riconoscimento del ruolo del padre rientrano, in parte, all'interno della strategia per un'effettiva uguaglianza di genere. Attraverso esse il legislatore vuole, infatti, evitare che la peculiarità tipica dell'essere donna diventi motivo di discriminazione e svantaggio nell'ambito lavorativo e al contempo desidera stimolare una corretta ripartizione dei doveri familiari all'interno della coppia.

Dall'altra parte abbiamo poi il legislatore nazionale, che sviluppa in un senso un percorso di evoluzione autonomo, dettato dalle necessità emergenti e dai cambiamenti culturali e sociali che hanno caratterizzato il Paese dalla sua unificazione ad oggi, nell'altro attua le direttive europee attraverso gli strumenti a disposizione.

Se però il percorso europeo sembra abbastanza lineare e all'insegna di un progressivo aumento della tutela (pur essendo iniziato con significativo ritardo rispetto a quello dei Paesi che compongono l'Unione Europea) lo stesso non si può dire per la normativa nazionale. Si ha come l'impressione, infatti, che dopo lo sviluppo intercorso tra il dopo guerra e la fine degli anni '70, ci si sia limitati al recepimento delle direttive europee da una parte e dedicati alla costruzione di un mercato del lavoro sempre meno tutelato dall'altra, nel tentativo, attraverso la flessibilizzazione (precarizzazione?), di risolvere la delicata situazione occupazionale del Paese. Un chiaro esempio di tale tendenza, per quanto riguarda (anche) il lavoro femminile, si ha guardando al "contratto d'inserimento" introdotto dalla legge n. 30/2003. Questo, infatti, concede agevolazioni alle imprese che assumono i cosiddetti "lavoratori svantaggiati", consentendo di assumere il lavoratore ad un inquadramento di due livelli inferiore rispetto al livello spettante secondo il contratto nazionale per i lavoratori che svolgono la stessa mansione. Tale previsione, nel caso femminile, è chiaramente discriminatoria in quanto colpisce tutte le donne residenti in zone in cui il tasso di occupazione maschile sia di almeno 20 punti percentuali superiore a quello femminile o il tasso di disoccupazione femminile più alto di almeno un 10% di quello maschile, il che si verifica da anni in tutto il Paese ⁽¹⁰⁸⁾.

C'è da chiedersi, quindi, quale sia il limite tra il principio di non discriminazione e il riconoscimento delle "azioni positive" atte ad eliminare le disuguaglianze e se veramente, utilizzando una popolare espressione, "il gioco valga la candela".

Si nota, inoltre, che la maggior parte delle misure attuate per eliminare le disparità vanno ad inserirsi nell'ambito degli sgravi per le imprese cercando in tal modo di rendere la categoria di lavoratori in oggetto più "appetibile". Nulla si è fatto in tema di politiche attive diverse come quelle orientate al

¹⁰⁸ È sufficiente guardare le serie storiche dell'Istat per rendersi conto che tali valori limite sono esigui rispetto alle reali differenze tra i tassi di occupazione/disoccupazione maschile e femminile nel Paese.

supporto nella ricerca del lavoro e nella formazione continua, ambiti in cui si spende poco e male.

Ciò, a mio parere, è sintomo di una mancata visione di lungo periodo dovuta anche all'immobilismo politico, prima, e all'instabilità, poi, che da anni impedisce di attuare riforme realmente strutturali.

Oltre a tutto questo vi è, sempre secondo la mia personale opinione, una forte resistenza al cambiamento culturale necessario per poter veramente parlare efficacemente di equità ed uguaglianza. Ciò si nota non solo per la quasi totale assenza nel dibattito pubblico e politico di discussioni sui diritti delle donne (ad esclusione del dibattito, purtroppo attuale, sul cosiddetto "femminicidio" e sul fenomeno dello *stalking*), ma anche dal perpetrarsi di modelli educativi obsoleti che vedono, già dai primi libri di scuola, insidiarsi nell'immaginario infantile una moltitudine di stereotipi di genere. Interessante a tal proposito è l'articolo apparso su Linkiesta.it ⁽¹⁰⁹⁾ che evidenzia come, sia a livello di mansioni svolte, che a livello di caratteristiche distintive della personalità dei soggetti presi ad esame, vi sia, nei libri di scuola elementare, un diffuso sessismo, per il quale le donne "sono pettegole, invidiose, vanitose, smorfiose, affettuose, apprensive, angosciate, premurose, pazienti, tenere, vergognose, silenziose, servizievoli, comprensive, docili. Tra gli aggettivi riferiti invece esclusivamente al genere maschile si trovano: sicuro, coraggioso, serio, orgoglioso, onesto, ambizioso, minaccioso, pensieroso, concentrato, generoso, fiero, duro, egoista, iroso, virtuoso, saggio, deciso, audace, libero."

Da qui, per concludere, bisognerebbe partire. Da qui e da una sorta di "educazione genitoriale" che porti i padri e le madri del futuro a non replicare *tout court* i modelli educativi ricevuti dai rispettivi genitori, ma che siano in grado di rispettare le naturali inclinazioni dei figli e delle figlie aldilà degli schemi sociali precostituiti.

¹⁰⁹ <http://www.linkiesta.it/discriminazione-libri-scolastici#ixzz2g0HWPYRE>

BIBLIOGRAFIA

Allamprese, A., (2001), "Il sostegno delle forme di flessibilità di orario" in Miscione, M. (a cura di), *I congedi parentali*, ed. IPSOA, p.132.

Anker, Melkas and Korten, (2003), *Gender based occupational segregation in 1990's*, ILO.

Ballestrero, M.V., (1979), *Dalla tutela alla parità*, ed. Il Mulino, Bologna.

Ballestrero, M.V., (1993), "Dopo la L. 125/1991: valutazioni, esperienze e prospettive" in *Le azioni positive un primo bilancio sulla legge 125/1991* ed. FrancoAngeli, Milano.

Ballestrero, M.V. (2000), "Brevi osservazioni su Costituzione europea e diritto del lavoro italiano", *Lavoro e Diritto* n.4/2000, ed. Il Mulino, Bologna.

Ballestrero, M.V. (2004), "Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive", *Lavoro e Diritto* n.3-4/2004, ed. Il Mulino, Bologna.

Barbera, M. (2000), *Dopo Amsterdam – i nuovi confini del diritto sociale comunitario*, ed. Promodis Italia Editrice.

Barbera, M. (a cura di) (2007), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, ed. Giuffrè Editore, Milano.

Bergamini, E., (2012), *La famiglia nel diritto dell'unione europea*, ed. Giuffrè Editore, Milano.

Bergamante, F., (2013), *Female Participation in the Labour Market in Europe*, Kluwer Law International BV, The Netherlands.

Bin, R., *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, Forum di Quaderni Istituzionali.

Boeri, Van Ours, (2009), *Economia dei mercati del lavoro imperfetti*, ed. Egea, Milano.

Borelli, S. (2007), *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Giappichelli editore, Torino.

Bozzao, P., (2001), "La protezione sociale della famiglia", *Lavoro e Diritto* n.1/2001, ed. Il Mulino, Bologna.

Calafà, L. (2004), *Congedi e rapporto di lavoro*, ed. CEDAM, Padova.

Calafà, L. (2007), *Paternità e lavoro*, ed. Il Mulino, Bologna.

CNEL, (2012), "Atti del convegno: stati generali sul lavoro delle donne in Italia.", Roma.

Commissione Europea (1999), "Per l'affermazione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea. È tempo di agire".

De Simone, G. (2012), "Tra il dire e il fare. Obiettivi e tecniche delle politiche per il lavoro femminile nella riforma Fornero", *Lavoro e Diritto* n.3-4/2012, ed. Il Mulino, Bologna.

EUROFOUND, (2011) "European Company Survey 2009 – Part time work in Europe", Luxembourg.

European Commission, (2012), "The role of men in gender equality – European strategies & insights", Vienna/Berlin/Graz.

European Commission, (2013), "Tackling the gender pay gap in the European Union", Luxemburg.

European Social Partners, (2005), "Framework of Action on Gender Equality".

EUROSTAT, (2013), "European social statistics - report 2013", Bruxelles.

Farré, L. (2013) "The Role of Men in the Economic and Social Development of Women: implications on gender equality", policy research working paper n. 6323, Institut d'anàlisi econòmica and Barcelona GSE.

Foglia, R. e Cosio, R. (a cura di), (2011), *Il diritto del lavoro nell'unione europea*, Giuffrè Editore, Milano.

Galantino, L. (2010), *Diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli editore, Torino.

Gottardi, D. (1996) "La direttiva europea del marzo 1996 - I congedi parentali in Europa", *Lavoro Informazione* n. 9, ed. Franco Angeli, Milano.

Gottardi, D. (1999) "I congedi parentali nell'ordinamento italiano", *Lavoro e Diritto* n. 3 del 1999, ed. Il Mulino, Bologna.

Gottardi, D. e Del Punta, R. (2001), *I nuovi congedi*, ed. Il Sole 24 Ore, Milano.

Gottardi, D. (2012), "Responsabilità genitoriali in salsa italiana", *Lavoro e Diritto* n. 3-4/2012, ed. Il Mulino, Bologna.

ILO, (2003) "Gender-based occupational segregation in the 1990's", Geneva.

ILO, (2012) "Global Employment Trends for Women", Geneva.

ISFOL, (2013) “Rapporto di monitoraggio del mercato del lavoro 2012”, Roma.

ISTAT, (2013) “Rapporto annuale. La situazione del Paese nel 2012”, Roma.

Miscione, M., (2001), “La legge sui congedi parentali per modificare la società” in Miscione, M. (a cura di), *I congedi parentali*, ed. IPSOA.

Nilson, V., Sechi, C. e Clauwaert, S. (a cura di), *Accordo quadro sul congedo parentale (riveduto)-guida interpretativa della CES*, ETUC.

Nunin, R. “La direttiva n. 96/34/CE in materia di congedi parentali” in Miscione, M. (a cura di) (2001), *I congedi parentali*, ed. IPSOA.

Pruna, M.L., (2007), *Donne al lavoro*, ed. Il Mulino Bologna.

Reyneri, E., “Offerta di lavoro e occupazione femminile”, CNEL.

Saraceno, C. (2001), “Politiche del lavoro e politiche della famiglia: una alleanza lunga e problematica”, *Lavoro e Diritto* n.1 del 2011, ed. Il Mulino, Bologna.

Scarponi, S. (2001), “Il lavoro delle donne fra produzione e riproduzione: profili costituzionali e *citizenship*”, *Lavoro e Diritto* n.1 del 2001, ed. Il Mulino, Bologna.

Sciarra, S. (a cura di) (2010), *Manuale di diritto sociale europeo*, Giappichelli Editore, Torino.

Strazzari, D. “Gender Mainstreaming: genesi di un termine comunitario e le difficoltà nella sua traduzione”, Rete per l'eccellenza dell'italiano istituzionale.

Treu, T. (2013), “welfare e benefit: esperienze aziendali e territoriali” in Treu, T. (a cura di), *Welfare aziendale: migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, ed. Wolters Kluwer Italia S.r.l, Milano.

Vallauri, M.L., (2001), “Il congedo parentale” in Gottardi, D. e Del Punta, R. *I nuovi congedi*, ed. Il Sole 24 Ore, Milano.

Villa, P. (2010) “Differenziali retributivi di genere – come misurare e come leggere il differenziale salariale tra uomini e donne”, FSE Bolzano.

World Economic Forum, (2012) “The Global Gender Gap Report 2012”, Geneva.

SITOGRAFIA

<http://curia.europa.eu>

<http://eur-lex.europa.eu>

<http://stats.oecd.org/>

<http://strega.unisalento.it>

www.camera.it

www.cnel.it

www.cortecostituzionale.it

www.europamica.it

www.ilsole24ore.it

www.inps.it

www.isfol.it

www.istat.it

www.linkiesta.it

www.oecd.org

www.osservatorionazionalefamiglie.it

www.repubblica.it

www.solideadonne.org