

Giulia Druetta

**Le misure normative volte a rimuovere gli ostacoli al diritto al lavoro delle
donne**

© CIRSDe (Centro Interdisciplinare Ricerche e Studi delle Donne)

Via S. Ottavio 20, 10124 Torino

tel. 011/6703129, fax 011/6709699

www.cirsde.unito.it

cirsde@unito.it

Prefazione

Il lavoro di Giulia Druetta concerne le misure normative volte a rimuovere gli ostacoli al diritto al lavoro delle donne, e dunque affronta il tema dell'eguaglianza e dei diritti delle donne.

Eguaglianza e diritti non sono affatto sinonimi: se si intendono i diritti nel senso liberale di libertà negative *dallo Stato*, come ambiti riservati alla libera determinazione dell'individuo, ne deriva che ciascuno può godere dei suoi diritti e dei suoi beni senza limiti, mantenendo, e anzi rafforzando le diseguaglianze esistenti. Sotto questo profilo l'eguaglianza può essere intesa solo come eguaglianza formale, come diritto astratto alla parità di trattamento, senza discriminazioni e senza distinzioni.

Con lo Stato sociale, in seguito all'industrializzazione, si afferma invece l'eguaglianza intesa in senso sostanziale, come impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli che si frappongono ad un'eguaglianza effettiva. Ed è in questo quadro che l'eguaglianza si accompagna ai diritti, e al diritto al lavoro in particolare.

La nostra Costituzione nei suoi primi quattro articoli garantisce in modo particolarmente forte il diritto al lavoro, il riconoscimento della pari dignità sociale, dell'eguaglianza formale e sostanziale, dei diritti inviolabili dell'uomo, come singolo e nelle formazioni ove si svolge la sua personalità, e dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Il lavoro è dunque il filo conduttore della dignità umana, dell'eguaglianza e dei diritti individuali e collettivi all'interno di una società democratica e sociale, ispirata ai valori della solidarietà,

Giulia Druetta analizza i diritti delle donne alla luce del disegno costituzionale e dell'evoluzione legislativa in materia di parità e di tutela del lavoro femminile.

Centrale nell'analisi è il problema delle azioni positive, e cioè di quelle misure introdotte a favore delle donne per compensare situazioni di forte squilibrio, particolarmente nel mondo del lavoro. Forme di privilegio in violazione del principio di eguaglianza o misure disposte per assicurare un'eguaglianza effettiva?

Il lavoro di Druetta affronta il problema dal punto di vista giuridico, tenendo conto dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale, ma anche da un punto di vista più ampio, con attenzione ai profili storici, politici e sociologici.

In questa prospettiva pluridisciplinare si pone oggi la questione centrale della garanzia del lavoro su basi paritarie, senza discriminazioni, in una società sempre più complessa e globalizzata, sospesa

tra una crisi economica da un lato e modelli culturali e sociali europei dall'altro, che rendono ormai inaccettabile arrestare la spinta verso una piena parità tra uomini e donne.

Elisabetta Palici Di Suni

Indice

1. I principi costituzionali che regolamentano l'inclusione sociale e le implicazioni rilevanti del genere in materia giuridica.....	1
1.1 Il principio di uguaglianza nella carta costituzionale.....	1
1.2 Uguaglianza come giustizia: distribuzione, diseguaglianze illegittime e adeguatezza alle situazioni concrete.....	4
1.3 Il concetto di dignità quale elemento essenziale per il pieno sviluppo della persona umana. ..	8
1.4 Il lavoro come strumento dell'azione pubblica teso al riequilibrio dello svantaggio.	11
1.5 La costruzione del genere come minoranza discriminata e le ragioni della separatezza della normativa.	12
2. Il principio di non discriminazione per motivi di genere e il diritto al lavoro.....	15
2.1 La discriminazione sessuale diretta: principio comparatistico, fattore <i>ab origine</i> determinato e dissimulazione del fattore vietato.	15
2.2 La discriminazione indiretta: oggettivizzazione della discriminazione e considerazione della dimensione collettiva.	18
2.2.1 La clausola apparentemente neutra come condizione di vantaggio sproporzionato, particolare e potenziale.....	19
2.3 La proiezione processuale della dimensione collettiva: esempi.	20
2.3.1 L'alleggerimento dell'onere della prova.....	20
2.3.2 Le prove statistiche.....	22
3. La rimozione degli ostacoli al diritto al lavoro delle donne: una questione giuridico –politica che necessita un approccio multidisciplinare.	23
3.1 Il diritto e le sue implicazioni nella costruzione di meccanismi di emancipazione e segregazione. Una lettura femminista.....	23
3.2 Effettività del sistema di protezione e definizione del concetto di famiglia.....	26
3.3 Fattori di intersezione tra diritto e società: un condizionamento indiretto.	28
3.3.1 La conciliazione fra tempi di vita e tempi di lavoro.....	28
3.3.2 Dimissione volontarie, pratica delle dimissioni in bianco.	32
4. Conclusioni.	34
Bibliografia	35
Abstract	40

1. I principi costituzionali che regolamentano l'inclusione sociale e le implicazioni rilevanti del genere in materia giuridica.

1.1 Il principio di uguaglianza nella carta costituzionale.

L'uguaglianza, come previsione di garanzia¹, è posta dai costituenti a piattaforma dello stato democratico: uno sforzo storico teso alla previsione e attuazione sistematica dei diritti.

L'art. 3 è il punto di riferimento per cogliere il legame tra la nostra forma di stato e la tutela dei diritti fondamentali, un legame che si esplica in un diverso ruolo di questo rispetto al passato². Il principio infatti non può essere mortificato a generica sottoposizione alle stesse norme giuridiche, ma opera come valore fondante una sintesi tra libertà e dignità umana³.

Lo stato deve rispettare e garantire l'invulnerabilità di sfere di autonomia privata, ma deve anche promuovere misure collettive in modo che sia assicurato a tutti gli individui l'esercizio effettivo dei diritti e delle libertà sanciti costituzionalmente. I diritti e le libertà portano un valore positivo: si fanno strumenti di partecipazione democratica.⁴

Nei suoi due commi l'art 3, sancisce i principi di uguaglianza formale e sostanziale. Il rapporto tra i due è diverso a seconda che venga ricostruito⁵ in termini di sovra-ordinazione strutturale⁶, di regola-eccezione⁷, o di reciproca complementarietà⁸.

¹M. MONTALDI, *L'uguaglianza come valore e nelle sue declinazioni normative*, in *Pol. Dir.*, 2009, p. 103.

²C. SMURAGLIA, *Sull'intangibilità dei diritti sociali nel contesto costituzionale*, in *Riv. Giur. Prev. Soc.*, 1994, p. 352.

Carlo Smuraglia sostiene che, una delle caratteristiche delle costituzioni di questo dopoguerra, sia aver ridotto, se non eliminato, la distanza tra i diritti fondamentali classici e i diritti cosiddetti sociali. Sui diritti sociali come dimensione principale dell'uguaglianza sostanziale. Si veda A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale, contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Cedam, Padova, 2002, p. 10.

³M. MONTALDI, *L'uguaglianza come valore*, p. 108.

⁴V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 47 ss.

⁵G. BRUNELLI, *L'alterazione del concetto di rappresentanza politica: leggi elettorali e "quote" riservate alle donne*, in *Quad. Cost.*, 1994, pp. 556-557.

⁶Si veda P. COMANDUCCI, *Uguaglianze*, in *Lavoro 80*, 1988, pp. 829-830.

⁷Si veda M. AINIS, *Azioni positive e principio di uguaglianza*, *Giur. Cost.*, 1992, p. 603.

⁸Si veda A. BALDASSARRE, *Diritti Sociali*, in *Enc. Giur*, Treccani, Roma, 1989, vol. XI, par. 6.

La prima impostazione, tipica dello stato liberale, esprime il concetto di pari soggezione di tutti i cittadini di fronte alla legge, e intende il secondo comma quale norma programmatica con effetti sussidiari, un indirizzo per la futura attività del legislatore⁹. In tale prospettiva risulterebbe insostenibile l'ammissibilità delle misure di diritto diseguale.

Seconda interpretazione intende i principi quali simbolo del conflitto tra anima liberale e socialista e traduce il rapporto in regola-eccezione, il primo risulta essere in posizione subordinata e quindi cedevole rispetto al secondo, decretando la materia del diritto diseguale assolutamente lecita.

E' però in una terza direzione, di reciproca complementarità, che si sviluppa l'orientamento della Corte Costituzionale ed è in tal senso che si definisce il discorso sul diritto diseguale e sulla necessità di una valutazione di effettività delle garanzie¹⁰. Come si dirà, è riconducibile allo stesso filone, l'identificazione della pari dignità sociale quale *trait d'union* tra il primo e secondo comma dell'art 3¹¹.

Ma è opportuno andare ad analizzare nel merito questa relazione tra principi.

Il principio di uguaglianza formale nel comma 1 è l'imposizione al legislatore del divieto di introdurre discriminazioni illegittime, quindi trattamenti illegittimamente differenziati in ragione dell'appartenenza a specifici gruppi sociali. Con illegittima deve intendersi irrazionale¹², una valutazione della situazione di fatto tale per cui si trattano in modo uguale situazioni differenti o si trattano in modo diverso situazioni assimilabili.

L'aderenza della situazione concreta al principio si deve basare su un giudizio di ragionevolezza, una ragionevolezza relativa, intesa come coerenza al sistema complessivo¹³: un principio di chiusura, un limite alla discrezionalità del legislatore. In tal senso vengono sanzionati gli arbitri del legislatore e legittimati trattamenti diseguali in condizioni diseguali¹⁴.

Il secondo comma è quasi la naturale prosecuzione del primo, che ne è il presupposto¹⁵, e

⁹Si veda C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966, p. 420.

¹⁰Sent 163/1993 "per la quale il secondo comma esprime un criterio interpretativo che si riflette anche sulla latitudine e sull'attuazione da dare al principio di uguaglianza formale" in G. BRUNELLI, *L'alterazione del concetto di rappresentanza politica*, cit., p. 557.

¹¹Si veda G. FERRARA, *La pari dignità sociale, (appunti per la ricostruzione)*, in *Scritti in onore di Giuseppe Chiarielli*, II, Milano, 1974, pp. 1104-1105.

¹²P. CARETTI, *I diritti fondamentali, libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 156.

¹³Corte Cost. 416/2000. La sentenza sgancia il giudizio di ragionevolezza dal criterio ternario di valutazione.

¹⁴Corte Cost. 3/1957. Corte Cost. 53/1958. Corte Cost. 56/1958 in G. Cost. 1958, p. 862. Commento prof. Vezio Crisafulli e prof. Carlo Esposito: le donne e i pubblici uffici. Interessante ricorso ad una norma che prevedeva che dei sei giudici popolari, almeno 3 fossero uomini. Corte Cost. 49/1959. Corte Cost. 15/1960.

¹⁵M. AINIS, *Azioni positive*, cit., p. 602.

pone in essere un obbligo strumentale alla realizzazione del principio enunciato nel primo comma: esprime una responsabilità che lo Stato si assume nei confronti dei suoi cittadini¹⁶ e che la sfera del potere pubblico ha il dovere di porre in essere¹⁷.

Questa è espressione di una volontà del costituente che dà bidimensionalità agli obblighi del legislatore: non si limita a garantire la non ingerenza nella sfera privata ma descrive l'obbligo di rimuovere le diseguaglianze attraverso la realizzazione dei diritti sociali¹⁸.

La natura della norma non è solo programmatica, ma prevede anche un intervento nel campo delle discriminazioni *de facto* come principio interpretativo di tutto l'ordinamento.¹⁹

Questo intervento si posa su un sindacato di ragionevolezza anche delle scelte del legislatore, il quale è tenuto al bilanciamento tra le garanzie costituzionali della persona e i vincoli derivanti dalla disponibilità delle risorse²⁰. Tale valutazione si fonda però su un giudizio di priorità stabilito *ex ante*, l'aumento generalizzato del livello di benessere è teso alla realizzazione dei diritti, perché questi sono lo strumento messo in campo per arrivare al fine ultimo: la tutela e il libero sviluppo della persona²¹. Si tratta di un bilanciamento sbilanciato a favore del soddisfacimento dei diritti e quindi della realizzazione della persona all'interno della collettività e grazie ad essa²².

Il legislatore dunque deve creare degli strumenti che garantiscano il diritto almeno nel suo contenuto minimo essenziale per non snaturare il *dictat* della norma.

Il legislatore “deve” perché è investito dell'obbligo di riequilibrare le disparità tramite la sua attività normativa. Il suo obiettivo è la coincidenza tra l'effetto dell'applicazione delle norme e il principio di uguaglianza sostanziale, mentre il principio di uguaglianza formale è una proprietà della norma stessa.²³

Alla luce delle implicazioni definite dal principio di uguaglianza si deduce la legittimità di una differenza di trattamento che ha l'obiettivo di determinare una parità di condizioni e il

¹⁶“La fruizione dei servizi essenziali diventa una delle condizioni di effettività della cittadinanza sociale. A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., p. 72.

¹⁷A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti di uguaglianza materiale*, Jovene, Torino, 1997, p. 60.

¹⁸A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. Dir.*, 1991, p. 654 ss.

¹⁹L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Teoria Politica*, 1998, p. 7. Include tra i diritti fondamentali anche i diritti sociali che sono da considerarsi il fondamento e il parametro dell'uguaglianza giuridica e che formano così la dimensione sostanziale della democrazia.

²⁰P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., p. 403.

²¹Sull'elasticità del contenuto del fine del libero sviluppo della persona (e della sua tutela) e degli strumenti per realizzarlo, si veda: A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., p. 96.

²²P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., p. 403.

²³L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, in *Il Foro italiano*, 1996, p. 1965.

percorso per arrivarci sarà la “rimozione degli ostacoli (...) di fatto, un processo verso il pieno libero sviluppo e la pari dignità di ogni persona”²⁴. Come rileva Norberto Bobbio, infatti, “il diritto insegue il fatto nella sua oggettività, le misure positive riequilibrano lo svantaggio e vanno nella direzione della trasformazione del fatto”²⁵.

1.2 Uguaglianza come giustizia: distribuzione, diseguaglianze illegittime e adeguatezza alle situazioni concrete.

La regolamentazione della nostra società è frutto di una mediazione tra gruppi che richiedono la soddisfazione dei propri interessi ed è la delicata relazione tra essi, mediata dai principi di uguaglianza, giustizia e libertà, che pone un equilibrio²⁶ in grado di arginare il conflitto per il dominio²⁷. “Dire, come fa la nostra costituzione, che la sovranità appartiene al popolo, è da questo punto di vista, un puro espediente che in realtà apre la strada ai molteplici soggetti sociali e ai loro accordi”²⁸.

L'uguaglianza è un rapporto, un parametro che qualifica le relazioni tra gli esseri umani, si determina *secundum quid*, ed è proprio tale rapporto che ne costruisce il significato²⁹. I diritti: “esistono solo a patto di esercitarli, sono relazioni, non cose (..) si riferiscono piuttosto al fare che semplicemente all'avere, servono se e nella misura in cui riescono a diventare strumenti di emancipazione in costante avanzamento dei singoli e della comunità”³⁰.

Quando l'art. 3 della nostra costituzione specifica che l'uguaglianza deve essere di fatto, si riferisce all'effettività del principio quale obiettivo dell'ordinamento³¹; considerato che la questione concerne la definizione di bene³², così come la determinazione di quali bisogni la

²⁴D. IZZI, *Eguaglianze e differenze nei rapporti di lavoro, Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005, p. 280.

²⁵N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. Trim. Pro. Civ.*, 1969, p. 1324.

²⁶N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995, p. 25.

²⁷M. WALZER, *Sfere di giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1987 pp. 26-27.

²⁸G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il mulino, Bologna 2005 p. 357.

²⁹N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995, p. 16.

³⁰J. HABERMAS, *Fatti e norme, Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano, 1996, p. 469.

³¹G. BRUNELLI, *L'alterazione del concetto di rappresentanza politica*, cit., p. 557.

³²M. WALZER, *Sfere di giustizia*, cit., pp. 18-40.

società ritiene giusto che tutti gli uomini e le donne siano posti in condizioni di soddisfare³³.

Si rende necessario analizzare il modo in cui le persone vengono in rapporto con i beni e quindi come questi stessi beni sono distribuiti; “Il carattere egualitario di una dottrina non sta nella richiesta che tutti siano trattati in modo eguale rispetto ai beni rilevanti³⁴ ma che il criterio in base al quale questi vengono distribuiti sia esso stesso massimamente egualitario”³⁵. Il contenuto dell’uguaglianza infatti trova forma attraverso le idee politiche, sociali, morali e dipende dal significato che la società attribuisce a quelle risorse per le quali si esige che gli uomini siano trattati in modo uguale³⁶.

Se la soddisfazione degli interessi di persone e gruppi sociali si esercita all'interno di una struttura legata al significato dei beni e alla loro distribuzione, la giustizia o l’ingiustizia della distribuzione del bene sociale sarà quindi conseguenza della definizione del suo significato.³⁷

Può risultare però limitativo³⁸ focalizzare la riflessione sul rapporto tra allocazione di beni materiali o posizioni sociali e il concetto di giustizia sociale.

In un primo rilievo, si osserva che non si prende in considerazione l’impatto di altri elementi, come la struttura sociale e il contesto istituzionale, i quali contribuiscono a creare gli schemi distributivi stessi. Inoltre l’idea di distribuzione del bene sociale “come oggetto concreto, e non come relazione e processo sociale, porta a considerare l’individuo come possessore e consumatore di beni distogliendo l’attenzione dalla complessità del contesto che dovrebbe includere l’agire, le decisioni sull’agire e l’accesso agli strumenti che consentono lo sviluppo e l’esercizio di qualità e competenze”³⁹.

Quello che Iris Marion Young critica è la concentrazione sul paradigma distributivo, “la focalizzazione sulla distribuzione del reddito, delle ricchezza e dell’occupazione, tende a mettere in ombra il contesto istituzionale entro il quale la distribuzione di questi elementi

³³N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, cit., p. 27.

³⁴ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, V, 1131 a). “Se queste, infatti, non sono uguali, non avranno cose uguali; ma le lotte e le recriminazioni è allora che sorgono: o quando persone uguali hanno o ricevono cose non uguali, o quando persone non uguali hanno o ricevono cose uguali. Questo risulta chiaro anche dal principio della distribuzione secondo il merito. Tutti, infatti, concordano che il giusto nelle distribuzioni deve essere conforme ad un certo merito, ma poi non tutti intendono il merito allo stesso modo, ma i democratici lo intendono come condizione libera, gli oligarchici come ricchezza o come nobiltà di nascita, gli aristocratici come virtù”. (trad., intr. e note di C. Natali) http://www.webethics.net/testi/Aristotele_Etica_Nicomachea.pdf

³⁵M. WALZER, *Sfere di giustizia*, cit., p. 27.

³⁶Cfr. N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, cit., 1995, p. 27; M. WALZER, *Sfere di giustizia*, cit., 1987, pp. 25-29.

³⁷M. WALZER, *Sfere di giustizia*, cit., p. 9.

³⁸I. M. YOUNG, *Le politiche della differenza*, Feltrinelli, Milano, 1996, p. 21.

³⁹*Ivi*, p. 22.

avviene, e spesso, almeno in parte, è la causa stessa degli schemi prevalenti di distribuzione delle occupazioni o della ricchezza”.⁴⁰

La contraddizione che intende evidenziare è la parzialità e i limiti applicativi della logica distributiva: se esiste un riconoscimento del carattere primario del concetto normativo di giustizia⁴¹, in base al quale valutare tutti gli aspetti delle istituzioni sociali, perché ridurre il suo ambito di influenza alla sola distribuzione?⁴²

La giustizia dovrebbe essere considerata come insieme di condizioni istituzionalizzate che consentono a tutti di acquisire capacità socialmente riconosciute, di partecipare al processo decisionale e di esprimere i propri sentimenti, la propria esperienza. Lo sviluppo democratico della partecipazione esiste infatti se i gruppi oppressi possono esprimere interessi ed esperienza su una base di parità con gli altri gruppi⁴³.

In tale contesto si inserisce la critica all'imparzialità, quale espressione di una logica dell'identità⁴⁴ che mira a ridurre a unità le differenze, che intende sdoganare l'ideale liberista

⁴⁰Ivi, p. 29.

⁴¹Si veda J. Rawls. Una concezione di giustizia “in primo luogo (deve) essere considerata come uno standard rispetto al quale vengono valutati gli aspetti distributivi della struttura fondamentale della società”, “l'idea guida è piuttosto quella che i principi di giustizia per la struttura fondamentale della società sono oggetto di accordo originario. (...) chiamerò giustizia come equità questo modo di considerare i principi di giustizia” J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, a cura di S. Malfettone, Milano, Feltrinelli, 1983, pp. 26-27.

⁴²I.M. YOUNG, *Le politiche della differenza*, cit., pp. 30 ss.

⁴³“la mia tesi è invece che il fatto di ricondurre il concetto di potere a una logica distributiva porta ad un'errata comprensione del suo significato. (...) Primo: considerare il potere come un possesso o un attributo degli individui tende a nascondere il fatto che il potere è una relazione e non una cosa.(...) Secondo: il pregiudizio atomistico proprio dei paradigmi distributivi induce a concentrare l'attenzione da un lato, su particolari soggetti o ruoli dotati di potere e, dall'altro, sui soggetti sopra i quali quei soggetti o ruoli dotati di potere esercitano, appunto, potere.(...) Un'interpretazione distributiva del potere, dove il potere è trattato come una sorta di merce che può essere scambiata e distribuita non è in grado di cogliere i fenomeni strutturali del dominio.(...)dicendo che il potere e dominio hanno una base strutturale, non voglio negare che sono gli individui a essere potenti e a dominare.(...) Ciò nonostante, con un'interpretazione distributiva non si riesce a cogliere in che modo i potenti attuano e riproducono il proprio potere.” I.M. YOUNG, *Le politiche della differenza*, cit., pp. 41-42.

⁴⁴I.M. YOUNG, *Le politiche della differenza*, cit., pp. 14 ss. Si veda anche L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, il Mulino, Bologna, 2005, pp. 54-55. la teoria della differenza sottolinea che il concetto di “imparzialità” ha “valenze ideologiche sotto mentite spoglie logiche, sotto le mentite spoglie di un criterio ovvio di correttezza del ragionamento. E' un' accusa fondata? Come sempre, dipende.(...) Se il discorso è svolto nella prospettiva che i giuristi chiamano *de iure condendo*, allora certamente l'imparzialità è un mito, meglio ancora una menzogna, che può essere anche estremamente pericolosa, ove intenda raffigurare come necessariamente pur se indirettamente tutti i bisogni, gli interessi e i valori di tutti (..) Ma se invece il discorso è svolto dalla prospettiva che i giuristi

del principio di uguaglianza. Lo strumento ugualitario infatti è inefficiente nella sua funzione se le conseguenze della sua applicazione non trasformano dominio in libertà, ma perpetrano la situazione di dominio. Le norme dovrebbero tener conto delle caratteristiche socio-culturali del contesto in cui agiscono poiché il principio di uguaglianza si dovrebbe intendere “come imperativo di adeguatezza delle situazioni concrete (uguaglianza-differenziazione)”⁴⁵.

Si intrecciano due teorie; mentre quella della differenza si cura dell'eguale considerazione e rispetto dovuto ad ogni singolo individuo e dunque della dignità assoluta della persona, l'uguaglianza richiede che a ciascuno venga distribuito quanto merita: ha quindi un contenuto prescrittivo di pari trattamento.⁴⁶ In tal senso Letizia Gianformaggio rileva “come né la politica della differenza neghi l'uguaglianza, né il principio di uguaglianza dimentichi le differenze⁴⁷ e parla di eguaglianza valutativa⁴⁸ nel definire il significato di discriminazione.

Si tratta di un trattamento differenziato di certi comportamenti, di certi soggetti, poiché essi sono considerati diversi, cioè sulla base di una valutazione differenziata dei soggetti. In tal senso discriminare può essere inteso come l'esplicita esclusione di qualcuno dalla distribuzione di risorse o di sacrifici, in base ad un giudizio valutativo del diverso⁴⁹.

Quindi si potrebbe dire che anche l'uguaglianza pregi la differenza, ma la differenza-merito⁵⁰. La questione problematica rimane la misurazione, visto che il metro in vigore è quello

chiamano *de iure condito*, allora l'imparzialità, alla stessa stregua dell'uguaglianza prescrittiva di cui è espressione, significa solo <corretta applicazione> della regola”.

⁴⁵G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 217.

⁴⁶“Il contesto di riferimento di quella che abbiamo convenuto chiamare <teoria dell'uguaglianza> è invece, quello della *distribuzione*. La distribuzione è qui intesa in senso ampio: non solo come distribuzione di beni materiali, ma anche di benefici, di diritti, rispetto, considerazione, onore. Riportare in ogni caso il discorso sull'uguaglianza e sulla differenza ai criteri della distribuzione (...) significa individuare una differenza prescrittiva quale unico fattore su cui si possa o si debba intervenire al fine di eliminare la differenza valutativa. L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, cit., pp. 50-51.

⁴⁷L. GIANFORMAGGIO, *Politica della differenza e principio di uguaglianza: sono veramente incompatibili*, in *Dir. Lav.*, 1992, p. 187.

⁴⁸“L'uso dei termini eguaglianza e differenza (...) si riferisce sempre ad una operazione di misurazione già compiuta, ma che esprime la relazione di comparazione tra l'entità misurata e l'unità di misura. In questo senso, dunque, il secondo termine della relazione e l'unità di misura vengono, se non a identificarsi *concettualmente*, a coincidere *fenomenologicamente*. Cosicché dire che A è uguale a B significa dire che A è conforme al modello costituito da B (...) essere diverso significa essere inferiore. Propongo di chiamarla eguaglianza valutativa (...)”.

L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, cit., p. 41.

⁴⁹*Ivi*, p. 43.

⁵⁰*Ibidem*.

maschile⁵¹.

Si tratta di due percorsi che devono svolgersi in parallelo, non potendosi cancellare con un solo colpo di spugna l'impostazione sociale dei rapporti di egemonia⁵². Non tutte le diseguaglianze, quindi, si debbono qualificare come illecite ma occorre preliminarmente identificare le caratteristiche dei rapporti di oppressione che rendono illecita una diseguaglianza e non equa una misura egualitaria.

1.3 Il concetto di dignità quale elemento essenziale per il pieno sviluppo della persona umana.

Il concetto di dignità umana è soggetto a differenti interpretazioni e rappresenta un altro dei pilastri della nostra carta costituzionale come dell'ordinamento comunitario e internazionale.

E' proprio nell'opposizione ai regimi totalitaristici che si manifesta in tutta la sua ampiezza, proponendosi come elemento unificatore del genere umano e cardine su cui fondare le istituzioni democratiche⁵³. Lo statuto delle Nazioni Unite definisce la dignità un elemento strutturante le relazioni umane e il rapporto persona-istituzione.

Il concetto a cui si riferisce la nostra costituzione ha una dimensione prevalentemente sociale, legata al concetto di uguaglianza sostanziale e solidarietà sociale⁵⁴. La "pari dignità sociale" viene menzionata in termini di rispetto della dignità dell'uomo mediante la tutela e la promozione dei diritti fondamentali: il diritto del cittadino a essere trattato con pari dignità indipendentemente dall'estrazione sociale, a ricevere una retribuzione che gli consenta

⁵¹*Ibidem*, "Le due teorie interpretano diversamente l'origine di questa <diversità>; per la teoria della differenza> messa è il prodotto dell'ideologia reificante del sessismo, che è una delle relazioni sociali di *dominio/oppressione* tra gruppi; (...) questa "costruisce come *norma* le specificità del gruppo dominante, e come *scarto*, alterità assoluta, <diversità> appunto, le specificità del gruppo oppresso. All'interno di questa ideologia reificante, <diverso> significa necessariamente inferiore".

⁵²*Ibidem*.

⁵³E.B. CATTINARI, *Dignità umana: obbligo di rispetto o contenuto prescrittivo? note su un recente convegno*, *Soc. Dir.*, 2011, p. 179.

⁵⁴"La dignità è fatta salva e pienamente realizzata nel momento in cui il massimo della libertà consentito dall'ordinamento si risolve e converte nel massimo dell'obbligazione solidale, così come questo in quello". Prosegue alla nota 18. "un'obbligazione solidale (...) fatta cioè attenzione ai doveri gravanti su ciascuno di noi e sulla comunità tutta verso le generazioni a venire" A. RUGGIERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo secondo diritto costituzionale*, in *Riv. Tel. Giur. AIC*, n. 1/2011, pp. 6 ss.

un'esistenza libera e dignitosa, a essere tutelato di fronte all'attività economica privata che deve svolgersi in modo da non recar danno alla sicurezza, libertà e dignità umana.

Nella definizione di questo valore bisogna considerare quelle esigenze di dignità per cui la persona, essendone spogliata, perde quei connotati che la privano del proprio essere; esiste infatti un paradigma relazionale inteso come qualità necessaria dell'essere umano in quanto tale⁵⁵.

Sul suo valore ontologico vengono poi in considerazione le questioni sulla possibilità di definire gradazioni di dignità, se essa sia sempre uguale o se il concetto in sé sia immutabile o sia definito secondo l'opinione dominante e il periodo storico.

La domanda che riassume questi nodi problematici è se alla nozione di dignità debba attribuirsi un contenuto all'interno di un discorso pubblico o se debba essere considerato un mero obbligo di rispetto nei confronti di una sfera di inviolabilità della persona.⁵⁶

Dal momento in cui un concetto filosofico si inserisce in un contesto normativo, divenendo principio, si rende necessario uno sforzo per definire portata e contenuto di questo.

La proposta di Bobbio⁵⁷, a partire dall'adozione della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo nel 1948, di adottare un punto di vista sui diritti concentrato su meccanismi di garanzia, risulta però insufficiente⁵⁸.

Francisco Javier Ansuategui Roig⁵⁹ propone di analizzare il legame tra diritti e dignità all'interno di un'ottica laica e antropocentrica. L'individuo da una parte è protagonista per quanto riguarda titolarità delle rivendicazioni morali e responsabilità derivate da decisioni individuali. Dall'altra il carattere laico ne permette l'accettazione del contenuto in una società pluralista indipendentemente dal convincimento ideologico. La dignità implica quindi sia una certa idea di umanità sia la comprensione di sé del soggetto. Il fine da raggiungere è il libero sviluppo dei progetti di vita e le capacità per arrivarci devono essere garantite e tutelate.

⁵⁵«dopo l'uccisione della persona morale e l'annientamento della persona giuridica la distruzione dell'individualità riesce quasi sempre. (...) Perché distruggere l'individualità è distruggere la spontaneità, la capacità dell'uomo di dare inizio coi propri mezzi a qualcosa che non si può spiegare con la reazione all'ambiente e agli avvenimenti. (...) Quelli che aspirano al dominio totale devono liquidare ogni spontaneità, quale la mera esistenza dell'individualità continuerebbe a generare, e colpirla nelle sue manifestazioni più private, per quanto apolitiche e innocue queste possano sembrare.» H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Edizioni di comunità, Milano, 1967, p. 623.

⁵⁶E.B. CATTINARI, *Dignità umana: obbligo di rispetto o contenuto prescrittivo?*, cit., p. 181.

⁵⁷N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, p. 61.

⁵⁸F. J. ANSUÀTEGUI ROIG, *Diritti fondamentali e dignità umana, atti del convegno "dignità dell'uomo: testo e contesto"*. Dipartimento scienze giuridiche Università di Modena e Reggio Emilia, Modena 14 ottobre 2010, pp. 1 ss.

⁵⁹*Ivi*, p. 2.

“Al di là dei differenti significati che si attribuiscono a libertà ed uguaglianza, al di là della riflessione sul senso pubblico e privato della solidarietà, il fondamento dei diritti viene indirizzato a questi valori ed esigenze di dignità. L'autonomia individuale richiede libertà in condizioni di uguaglianza ed una comprensione dell'altro in cui ci possiamo riconoscere”⁶⁰.

Da parte della Corte Costituzionale italiana c'è difficoltà però a riconoscere un valore autonomo⁶¹ alla pari dignità sociale⁶², così come appare dalla sentenza sulle azioni positive⁶³ in tema di imprenditoria femminile. La corte ha individuato il fondamento costituzionale delle azioni positive nella garanzia effettiva del valore costituzionale primario della pari dignità sociale ma ha riconosciuto, le azioni volte a promuovere l'imprenditoria femminile, quali svolgimento immediato del dovere ex art. 4 co. 2; ha letto quindi il concetto di dignità in connessione con quello di uguaglianza sostanziale.

Ansuategui Roig riprendendo l'analisi dworkiana⁶⁴ arriva a riconoscere un senso strumentale dei diritti rispetto alla dignità⁶⁵: sono il senso dell'organizzazione sociale e il rispetto dei diritti che nella loro soddisfazione vanno a disegnare il contenuto della dignità.

Così l'etica pubblica dovrebbe porsi in modo strumentale all'etica privata. Se l'etica pubblica ha il fine di stabilire contesti in cui gli individui possano sviluppare le loro preferenze personali, allora non può che favorire la realizzazione di etiche private con gli strumenti dei diritti e delle libertà. Il rispetto e lo sviluppo della persona umana si sostanzia nella volontà di assicurare la tutela della dignità. Dignità quale fine dell'azione pubblica, e privata; azione pubblica quale strumento per rimuovere gli ostacoli materiali che si oppongono alla sua realizzazione⁶⁶.

Il soggetto titolare quindi non è riferito all'essere umano in quanto tale ma come individuo inserito in un contesto sociale e lavorativo; è proprio il lavoro nella sua massima

⁶⁰Ivi, p. 8.

⁶¹G. MONACO, *Tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. Dir.*, 2011, p. 66.

⁶²Sentenza C. Cost. 28 novembre 494/2002. In riferimento ai figli nati da persona legati da vincolo di parentela in linea retta. Si riferisce al concetto di dignità sociale come fondamento della pronuncia di illegittimità ma intendendolo solo quale aspetto del principio di uguaglianza.

⁶³Sentenza C. Cost. 26 marzo 109/1993.

⁶⁴I diritti quali argomenti inderogabili contro la maggioranza, argomenti che mai cedono. Ne deriva un senso strumentale dei diritti rispetto alla dignità: “l'articolazione di un particolare sistema di diritti, - con un'adeguata istituzionalizzazione di forme di titolarità, esercizio, e garanzia- si presenta come un mezzo per fare rispettare i contenuti della dignità umana. Questo comporta affermare che la soddisfazione dei diritti è l'obiettivo dell'organizzazione sociale, (...)”. F. J. ANSUATEGUI ROIG, *Diritti fondamentali e dignità umana*, cit., p. 8.

⁶⁵*Ibidem*.

⁶⁶E. B. CATTINARI, *Dignità umana: obbligo di rispetto o contenuto prescrittivo?*, cit., p. 183.

ampiezza interpretativa che rappresenta il fondamento della dignità sociale e il titolo di dignità esplicitamente considerato dalla Costituzione.

1.4 Il lavoro come strumento dell'azione pubblica teso al riequilibrio dello svantaggio.

Il fondamento lavoristico della carta costituzionale è sempre stato al centro di un acceso dibattito interpretativo tra lettura liberista e altra che illustra la sintesi fra principio personalistico e solidaristico.

Nella stessa costituente, il dibattito era stato portato avanti, in particolare da Amintore Fanfani⁶⁷, in merito al collegamento tra riconoscimento del diritto e affermazione del dovere di contribuire al progresso della collettività. Sarà Giuseppe Dossetti ad istituire una più stretta ed esplicita relazione fra artt.1 e 2 Cost. intendendo il lavoro quale espressione della priorità ed autonomia della persona nei confronti dello Stato⁶⁸ e al contempo del dovere di ogni individuo di contribuire al progresso materiale e spirituale della società.

L'art. 2 rappresenta l'equilibrio tra inviolabilità dei diritti e inderogabilità dei doveri di solidarietà tale che il carattere fondativo⁶⁹ della Repubblica risulta legato ad un'attitudine finalistica che il lavoro deve possedere e che diventa oggetto di dovere e di libera scelta. Sembra identificarsi uno spirito del diritto al lavoro in cui si connettono diritti, doveri e responsabilità⁷⁰.

Il lavoro si può figurare come *conditional opportunity*⁷¹, il cui godimento dipende dalle risorse ed è necessariamente dipendente dallo sviluppo economico del sistema in cui opera.

Nel contempo il contenuto della tutela è connotato da un'esigenza di varietà e gradualità delle regole di protezione previste e, coerentemente con il principio di uguaglianza, esiste un imperativo di differenziazione delle caratteristiche di protezione.

⁶⁷L. NOGLER, *Cosa significa che l'Italia è una repubblica fondata sul lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2009, pp. 430 ss.

⁶⁸Si veda L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, a cura di M. Napoli, *Vita e pensiero*, Milano, 1998, pp. 7 ss. Secondo Mengoni il termine "lavoro" deve essere inteso "come una sineddoche (pars pro toto), cioè quale espressione della persona umana, portatrice dei valori riconosciuti dall'art. 2".

⁶⁹Si veda L. NOGLER, *Cosa significa che l'Italia è una repubblica fondata sul lavoro*, *cit.*, pp. 430 ss.

⁷⁰M. PEDRAZZOLI, *Assiologia del lavoro e fondamento della Repubblica*, *cit.*, pp. 972 ss.

⁷¹J.M. BARBALET, *Cittadinanza, diritto, conflitto e disuguaglianza sociale*, Liviana, Torino, 1988, pp. 80 ss.

Viene in luce come il diritto al lavoro, quale fondamento della Repubblica, non possa individuarsi come diritto sociale fondamentale, “in quanto i diritti fondamentali in senso proprio attengono alla singola persona quali diritti liberali dell’uomo riconosciuti dallo stato”⁷². Ma non si può non notare come il principio lavoristico sia innalzato a pilastro costituente del sistema tanto che per negarlo si dovrebbe prevedere un diverso atto fondativo. Il lavoro è strumento teso alla realizzazione delle garanzie della persona nelle sue relazioni e, in tal senso, l’azione pubblica ne dispone per raggiungere il fine di rimuovere gli ostacoli materiali che si oppongono al libero sviluppo della persona, facendosi così portatrice della sua funzione attiva primaria di riequilibrio dello svantaggio sociale.

Nel panorama italiano però i dati e lo sviluppo normativo sembrano essere indicatori di una sorta di resistenza diffusa nell’effettiva applicazione del principio di uguaglianza tra i sessi nel settore del lavoro⁷³.

Prendendo in considerazione l’assunto della disposizione iniziale della carta costituzionale che pone a fondamento del nostro sistema democratico il lavoro pare chiaro come la disegualianza di genere in questo settore abbia conseguenze significative. La questione è tale da mettere in discussione le fondamenta della nostra società partendo proprio dai principi fondamentali.

1.5 La costruzione del genere come minoranza discriminata e le ragioni della separatezza della normativa.

La discriminazione fattuale è il fattore che cristallizza le categorie nello svantaggio⁷⁴, in tal senso l’obiettivo delle misure anti-discriminatorie sarà quello denaturalizzare quelle categorie sociali: “è la discriminazione che fa della donna un’appartenente al genere (discriminato), ed è compito del diritto antidiscriminatorio sottrarla al genere”⁷⁵. Il genere quale minoranza, infatti, si inserisce come parte della definizione di discriminazione nel momento in cui, non vi è un’identificazione numerica ma un rapporto di potere che rende minoranza chi è discriminato⁷⁶.

⁷²Cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1927), Giuffrè, Milano, 1984.

⁷³Rapporto annuale Istat, La situazione del Paese nel 2009.

⁷⁴M.V. BALLESTRERO, *Le discriminazioni di genere sul lavoro, dall’Europa all’Italia*, AA.VV., *Le discriminazioni di genere sul lavoro*, a cura di Carlo Smuraglia, Ediesse, Roma, 2005, p. 19.

⁷⁵*Ivi*, p. 20.

⁷⁶E. FASSIN, *Penser la discrimination positive*; AaVv, *Lutter contre le discrimination*, Parigi, 2003, pp. 59 ss.

La normativa su parità di trattamento e non discriminazione ha dunque una funzione sociale: riequilibrare lo svantaggio.

La nozione di discriminazione, quando riguarda il genere, si presenta attraverso caratteristiche peculiari e, in molti casi, è regolata da una disciplina separata o da una specifica previsione della parità uomo-donna.

Così l'art. 37 della nostra Costituzione sottolinea che la lavoratrice ha gli stessi diritti, e a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore mentre l'art. 23 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali specifica la previsione di parità tra uomini e donne in tutti i campi.

La necessità di un regime separato è data dalla trasversalità del fattore genere: si tratta una componente di ordine naturale che si incrocia necessariamente con altri fattori relativi sempre all'identità personale o di appartenenza ad un gruppo. Il genere dunque può essere una base che complica altri fattori presentandosi come fattore multiplo di discriminazione⁷⁷. L'obiettivo a cui tendere è la parità, ma non può essere confusa con la lotta contro le disuguaglianze sociali, ispirate a principi come solidarietà, redistribuzione dei beni e delle risorse, in quanto possiede caratteristiche, obiettivi e strumenti propri. Il fine non è di natura prettamente distributiva ma si tratta della partecipazione del genere femminile, in condizioni di pari dignità sociale, a tutti i livelli della vita professionale, sociale e politica⁷⁸.

Nelle direttive europee di seconda generazione è presente una deliberata intenzione delle autorità di mantenere la differenza di genere su un piano distinto da quello in cui si collocano gli altri tratti dell'identità considerandola oggetto specifico delle politiche antidiscriminatorie europee. Inoltre si nota la volontà di sottolineare la particolare inclinazione del genere ad interferire con le restanti differenze soggettive⁷⁹.

Negli stessi d.lgs. nn. 215 e 216 del 2003 si afferma la doverosità di tener conto “del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini”, così anche, nella revisione del Trattato di Amsterdam, la previsione di uguaglianza esce dallo schema lavorativo e contamina tutti gli ambiti che regolamentano la società.

Dopo questo debutto di coesistenza di fattori tipicamente individuali e collettivi, caratterizzati da una separatezza nella definizione, si tende oggi ad andare verso un'unificazione della normativa antidiscriminatoria. Unificazione che potrebbe produrre un regresso in termine di certezza interpretativa in merito alla nozione di discriminazione indiretta di genere rispetto a

⁷⁷D. GOTTARDI, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie e sovrapposte: le transizioni*, in *Gior. Dir. Lav. e Rel. Ind.*, 2003, p. 99.

⁷⁸Viene indicato con il concetto di pari o equa rappresentazione dalle fonti comunitarie, ex art. 157 TFUE .

⁷⁹Direttiva 2000/43 e Direttiva 2000/78 in preamboli 14° e 3°.

quanto poteva ritenersi acquisito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia ⁸⁰. La sostituzione del concetto di *disparate impact*, quale effetto sfavorevole proporzionalmente maggiore per una categoria di persone, con il concetto di particolare svantaggio di alcune persone rispetto ad altre, potrebbe portare ad una minor certezza del parametro valutativo rispetto a quello quantitativo, con il rischio di perdere quella dimensione collettiva evidente nel criterio quantitativo di proporzione⁸¹.

⁸⁰M.V. BALLESTRERO, *Le discriminazioni di genere sul lavoro, cit.*, p. 21.

⁸¹*Ibidem.*

2. Il principio di non discriminazione per motivi di genere e il diritto al lavoro.

2.1 La discriminazione sessuale diretta: principio comparatistico, fattore *ab origine* determinato e dissimulazione del fattore vietato.

La prima caratteristica che si rileva dalla definizione di discriminazione diretta contenuta nell'art. 25, 1° comma, del d. lgs. 198/2006, noto come “Codice delle pari opportunità”, è l'estrema ampiezza della sua operatività. La norma rende perseguibile qualsiasi comportamento produttivo di disparità, a prescindere dalla sua riconducibilità ad un negozio giuridico, rendendo gli strumenti attuativi della condotta irrilevanti al fine della definizione della fattispecie. Anche la qualificazione giuridica del soggetto che subisce la condotta è irrilevante: può essere beneficiaria della tutela qualsiasi persona già lavoratore o che aspira ad esserlo⁸².

L'aspetto, immediatamente rinvenibile, dell'oggettività della nozione di discriminazione sottolinea, segnando una distanza con il passato, la non rilevanza dell'elemento soggettivo⁸³. La terminologia anglofona lo descrive come *disparate treatment*.

In alcuni casi tali trattamenti sono manifesti⁸⁴, nella maggioranza dei casi però, la discriminazione è celata dietro motivazioni giuridicamente legittime. L'interesse di non instaurare un rapporto di lavoro con un soggetto di sesso femminile viene dissimulato con il richiamo a ragioni giuridicamente accettabili⁸⁵.

Le fattispecie discriminatorie si riconoscono, individuando i tratti di disegualianza arbitraria secondo una valutazione comparativa; ciò si desume dalla stessa definizione di

⁸²D. IZZI, *Uguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., pp. 29 ss.

⁸³M. BARBERA, *La nozione di discriminazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, pp. 219 ss. M. CATTANI, *Un decreto del pretore bolognese in tema di discriminazione indiretta*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, pp. 298 ss.

⁸⁴In tema di mancata ammissione per le donne ai colloqui di guardia giurata: Pret. Lucca 20 luglio 1993 (decr.), Pret. Pomigliano d'Arco 22 luglio 1989. Nel caso di annunci di ricerca di personale maschile in particolare nelle case editrici. Nel 1999 La consiglieria di parità nazionale e la federazione italiana editori giornali hanno sottoscritto un protocollo di intesa teso all'eliminazione delle discriminazioni tra uomini e donne. Si veda nota 61 e 62 in D. IZZI, *Uguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., p. 59.

⁸⁵Un esempio: il giudizio medico di inidoneità fisica Pret. Milano 30 maggio 1988 o di caratteristiche legate alle esigenze produttive Pret. Alessano 27 luglio 1985. Si veda nota 64 in D. IZZI, *Uguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., p. 60.

discriminazione diretta elaborata dal legislatore comunitario⁸⁶: “una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe stata trattata”.

Il significato tradizionale del giudizio di comparazione, presupposto della valutazione di una situazione di discriminazione, sembra essere qui però parzialmente superato. Sembrerebbe un superamento del parametro a favore di una dimensione astratta, la possibilità di definire la fattispecie basandosi su un raffronto virtuale. La Corte di Giustizia Europea ha infatti chiarito, nella sua giurisprudenza la possibilità di prescindere dalla concreta comparazione nell'ambito del giudizio; lo spazio concesso al raffronto virtuale non pregiudica la natura comparativa della discriminazione⁸⁷.

Il raffronto virtuale si può operare solo nei casi in cui il nesso tra trattamento sfavorevole e fattore di rischio⁸⁸ del soggetto sia qualificato *ab origine*.

Il caso Dekker⁸⁹ è stato un punto di partenza. In questa situazione i giudici hanno riconosciuto la fattispecie come discriminazione diretta in base al sesso poiché il pregiudizio subito dalla lavoratrice si riteneva legato esclusivamente alla sua appartenenza di genere.

Un filone interpretativo, apparentemente diverso, sembrerebbe però rinvenibile nella sentenza Marcarthys⁹⁰: si esclude l'ammissibilità di comparazioni virtuali per rivendicare la retribuzione a cui potrebbe aver avuto diritto la lavoratrice se fosse stata dell'altro sesso considerato che in azienda non erano presenti lavoratori uomini che svolgevano mansioni analoghe.

In realtà le sentenze non sono in contraddizione: si esige un termine di paragone concreto ogni qual volta non sia possibile dimostrare la discriminazione. Pare quindi potersi affermare che ogniqualvolta sia possibile dimostrare la discriminazione per un fattore *ab origine* determinato si possa porre in essere un confronto virtuale⁹¹.

⁸⁶Art. 2 direttiva 2006/54.

⁸⁷Sulla natura comparativa della discriminazione D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione? appunti sulle direttive comunitarie di seconda generazione*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003, p. 423.

⁸⁸Si veda G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2001; G. DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, in M. BARBERA, *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, *Commentario sistematico al d.lgs. 196/00*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2003, pp. 711-735.

⁸⁹Corte Giust. 8 novembre 1990, A. Dekker v. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte causa 177/88. Il datore di lavoro si rifiuta di assumere una donna perché in gestazione. La corte ha ritenuto violata la direttiva n 76/207. La decisione datoriale, lesiva degli interessi della lavoratrice, era collegata al suo stato di gravidanza, per questo la comparazione tra situazione maschile e femminile diventa superflua.

⁹⁰Corte Giust. 27 marzo 1980, causa 129/79, Marcarthys Ltd. v. Wendy Smith.

⁹¹Cfr. Corte Giust., 30 aprile 1998, causa C-136/95, Caisse Nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés v. Evelyne Thibault. “*Se non fosse stata in gravidanza e se non avesse fruito del congedo di maternità*”

La comparazione virtuale non incide sulla struttura del divieto di discriminazione ma sul profilo probatorio visto che ciò che rileva, non è l'effettiva presenza di un lavoratore trattato illegittimamente più favorevolmente, ma l'effetto discriminatorio dell'atto, dato dall'appartenenza ad un gruppo portatore di una caratteristica di rischio.

L'art. 25 del Codice nella sua formulazione, propone una definizione di discriminazione essenzialmente diversa rispetto alle direttive comunitarie di riferimento⁹² poiché non tiene conto della possibilità del raffronto virtuale.⁹³ La nozione ex art. 25 deve però essere letta alla luce di quanto previsto per le direttive comunitarie poiché si applica il principio dell'interpretazione conforme⁹⁴ formulato dalla Corte di Giustizia Ue; è infatti previsto che i giudici nazionali debbano interpretare il diritto interno "alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima"⁹⁵.

In tal senso si riconosce che la discriminazione possa colpire anche solo un sottogruppo di donne (cd. Discriminazione sex-plus) purché il fattore di riferimento abbia costante possibilità di manifestarsi relativamente al genere. Quando viene in rilievo una condizione propriamente femminile come la gravidanza è accettabile una comparazione virtuale perché ci si basa su caratteristiche originarie, naturali e con la costante possibilità di manifestarsi⁹⁶.

Appare ancora controverso invece il riconoscimento della possibilità per altri fattori di influire sul percorso lavorativo della donna. Se prendiamo in considerazione, come sopra citata, la parità salariale, il confronto ipotetico non è ammesso⁹⁷, ed ecco che il condizionale della norma viene immediatamente ridimensionato⁹⁸ soprattutto in un ambito che, per delimitazione e condizioni di operatività, porta difficilmente ad esperire un'azione giudiziale.

Ne deriva che la sfera salariale in molti settori ad alta segregazione rimane legata ad una

cui aveva diritto, la detta dipendente avrebbe ricevuto le sue note di qualifica per l'anno di cui trattasi ed avrebbe potuto, di conseguenza, ottenere una promozione".

⁹²Ci si riferisce alla Direttiva 2006/54 CE. Stessa resistenza anche del diritto interno francese art. 1 l. 2008/496 "La situation dans laquelle, pour des motifs mentionnés à l'article 2, un personne est traité de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable". Nella legge si è sostituito il condizionale con un futuro anteriore, anche se poi la Cassazione è arrivata ad un'interpretazione estensiva vicina a quella della Corte di Giustizia.

⁹³ O. LA TEGOLA, *Sui divieti di discriminazione per motivi di genere*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, pp. 185.

⁹⁴ Cfr. Tra le tante: Corte Giust. 10 aprile 1984, c-14/83, Von Colson e Kaumann; Corte Giust. 13 novembre 1990, c-106/89 Marleasing.

⁹⁵ Corte Giust. 13 novembre 1990 c-106/89, Marleasing, punto 8.

⁹⁶ D. IZZI, *Uguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., p. 59.

⁹⁷ Orientamento che si può ritenere consolidato. Sentenze Macarthy e Coloroll. Corte Giust. 28 settembre 1994, causa C-200/91, Coloroll Trustess v. Russel e altri.

⁹⁸ D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione?*, cit., p. 423.

prassi di sotto-retribuzione⁹⁹ di matrice sessuale¹⁰⁰.

2.2 La discriminazione indiretta: oggettivizzazione della discriminazione e considerazione della dimensione collettiva.

Il concetto di discriminazione indiretta prende forma dalla necessità di rendere sostanziale il principio di uguaglianza in relazione alla situazione di penalizzazione che deriva dall'appartenenza individuale ad un gruppo socialmente svantaggiato¹⁰¹.

Il *disparate impact* è il profilo oggettivo della discriminazione che si manifesta negli effetti; per cui i datori di lavoro devono tenere conto delle diversità che intercorrono tra i componendi di gruppi distinti proprio per non creare un vantaggio illecito. Si rileva infatti come “condizioni di partenza differenti e perpetrarsi di prassi svantaggiose, riproducano nel tempo gli stessi effetti rendendo così necessario l'utilizzo di uno strumento che spezzi la catena di iniquità che si riproduce”¹⁰². L'obiettivo è il riequilibrio della disparità di fatto tramite richieste distributive non riferite all'individuo ma al gruppo svantaggiato¹⁰³; si prescinde dall'uguaglianza come diritto individuale¹⁰⁴ considerando la situazione dei singoli quale frutto di una condizione collettiva.

La dimensione collettiva del diritto all'uguaglianza pone l'attenzione sul nesso tra trattamento ricevuto e appartenenza al gruppo di riferimento; la posizione del singolo è valutata in rapporto alla situazione tipica del gruppo. Sarà la relativa comparazione tra gruppo e gruppo

⁹⁹M. BARBERA, *L'evoluzione storica e normativa del problema della parità retributiva tra uomo e donna*, cit., p. 593.

¹⁰⁰D. IZZI, *Uguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., p. 49-50. Nei paesi dove manca una forte contrattazione collettiva è difficile trovare strumento di confronto se non all'interno dello stesso stabilimento.

¹⁰¹M. WALZER, *Sfere di giustizia*, cit., pp. 27 ss.

¹⁰²G. DE SIMONE, *Ancora su diritto diseguale e uguaglianza sostanziale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 30.

¹⁰³Il legislatore decide di introdurre la nozione di lavoratori svantaggiati scegliendo di far propria la definizione di lavoratori svantaggiati elaborata dal diritto comunitario a fini specifici (limitazione agli aiuti di stato: regolamento 2204/2002) e di “confonderla” poi con altri svantaggi di volta in volta individuati nello stesso decreto in relazione alle diverse forme di occupazione, ha “integrato le donne (alcune donne, almeno) con gli altri lavoratori svantaggiati”. G. DE SIMONE, *obiettivi e tecniche del diritto diseguale nei confronti dei lavoratori svantaggiati*, in *Lav. Dir.*, 2005, p. 45.

¹⁰⁴G. DE SIMONE, *Ancora su diritto diseguale e uguaglianza sostanziale*, cit., pp. 27-28.

a definire il fenomeno oggettivamente discriminatorio¹⁰⁵ rendendo più equo il rapporto tra la dimensione individuale dello svantaggio e la dimensione collettiva dell'oppressione. Il riconoscimento giuridico della dimensione collettiva è da ricondursi alla giurisprudenza angloamericana dei primi anni 70 ed in particolare alla sentenza *Griggs et al. v. Duke Power Co.*¹⁰⁶ La Corte Suprema ha sanzionato le pratiche inique che determinavano un impatto sfavorevole per tutta la categoria. Si possono individuare due elementi rilevanti quali la situazione di fatto svantaggiosa e la portata collettiva dello svantaggio, e sono proprio questi due fattori che si pongono alla base della definizione di discriminazione indiretta e che verranno poi assimilati dal giudice comunitario e nazionale.

2.2.1 La clausola apparentemente neutra come condizione di vantaggio sproporzionato, particolare e potenziale.

La valutazione oggettiva della discriminazione, ossia la non necessarietà che questa sia voluta dal datore di lavoro, ci porta ad analizzare l'impatto che norme indifferenziate hanno sui diversi gruppi sociali e a sanzionare gli effetti lesivi legati all'appartenenza di genere. Quando l'effetto sperequato è dovuto all'adozione di un criterio solo apparentemente neutro il *focus* dell'analisi si sposta sulla questione della sufficienza del pregiudizio potenziale e sul superamento della dimensione puramente quantitativa della sproporzione di effetti sfavorevoli. Il *disparate impact* può anche non manifestarsi in concreto; sarà sufficiente l'idoneità del criterio "neutro" adottato a provocare lo svantaggio¹⁰⁷.

Il datore di lavoro potrà essere ritenuto responsabile dell'adozione di un criterio discriminatorio a prescindere dal fatto che esso colpisca in modo proporzionalmente maggiore o una quota nettamente più elevata di soggetti portatori del fattore di rischio¹⁰⁸.

L'oggettivizzazione della discriminazione parte dal presupposto dell'analisi degli effetti posti in essere¹⁰⁹: l'impatto di una norma può essere ragionevolmente previsto e il

¹⁰⁵CSM, *Incontro di studio sul tema: il contenzioso in materia di lavoro e previdenza sociale*, relazione di F. AMATO, Pistoia, 2000.

¹⁰⁶Corte Suprema Usa 1971. In tale caso si ritenne che i test di accesso all'istruzione violassero il Civil Right Act del 1964: nel momento in cui i requisiti di accesso ad un settore producono effetti svantaggiosi mantengono di fatto le prassi discriminatorie nei confronti della minoranze, in questo caso, della minoranza di colore.

¹⁰⁷G. DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, cit., p. 725.

¹⁰⁸L. DI PAOLA, *Discriminazioni sul posto di lavoro: si amplia l'area dei divieti*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2003, p. 869.

¹⁰⁹M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto discriminatorio comunitario*, in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003, p. 411.

riconoscimento della fattispecie discriminatoria può dipendere dalla presenza di una lesione solo eventuale, al di là del riscontro materiale della disparità¹¹⁰.

In tal senso la nozione di “particolare svantaggio” derivare dalla tendenza ad un distacco dalla valutazione tout court del dato statistico¹¹¹ che, come si dirà in seguito, ha delle problematicità fisiologiche in relazione alla sua idoneità probatoria e alla necessità di integrare ai criteri di valutazione giudiziale elementi quali la notorietà sociale e la comune esperienza.

“Particolare” sta a significare che, per chi assume è sufficiente un pregiudizio anche solo potenziale per integrare la prova della discriminazione superando così l'esigenza di una quantificazione della sproporzione di effetti sfavorevoli¹¹².

E' sufficiente dunque che il comportamento o l'atto posto in essere dal datore di lavoro sia potenzialmente lesivo ovvero idoneo a produrre un effetto discriminatorio.

D'altro canto però Maria Vittoria Ballestrero¹¹³ osserva che con la formula “particolare svantaggio” si mette a rischio la dimensione collettiva della valutazione di impatto sfavorevole, elemento evidente nella valutazione proporzionale, e in questo modo, c'è il pericolo che, in futuro, lo slittamento semantico porti a scindere la questione discriminatoria dal riferimento al genere.

2.3 La proiezione processuale della dimensione collettiva: esempi.

2.3.1 L'alleggerimento dell'onere della prova.

La questione dell'effettiva applicazione delle garanzie di ordine sostanziale porta all'inserimento all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri di misure che permettano di far valere i propri diritti in via giudiziaria.

Nei casi di discriminazione la direttiva n° 2006/54, che assume un consolidato orientamento giurisprudenziale, prevede uno spostamento dell'asse dell'onere della prova. L'onere della prova rimane a carico del ricorrente ma è sufficiente la deduzione di una prova

¹¹⁰D. IZZI, *Discriminazione indirette e diritto comunitario, riflessioni dopo. Seymour-Smith*, in *Lav. Dir.*, 2000, p. 314.

¹¹¹Direttiva 2002/73 art. 1 punto 2: Divieto di discriminazione indiretta basate sui nuovi fattori che presentano una maggiore problematicità alla rilevazione statistica del disparate impact in gruppi più eterogenei.

¹¹²Cfr. D. IZZI, *Uguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro, cit.*, pp. 153 ss.

¹¹³MV. BALLESTRERO, *Le discriminazione di genere sul lavoro, cit.*, p. 23.

prima facie affinché scatti l'onere per il convenuto di dimostrare che non c'è stata violazione del divieto¹¹⁴.

Gli stati membri sono inoltre chiamati a predisporre le opportune garanzie anche riguardo la protezione dei dipendenti dalle possibili ritorsioni del datore di lavoro¹¹⁵ e a conformarsi allo standard europeo riguardo effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni previste¹¹⁶.

La regola probatoria, pur essendo applicabile ai processi di discriminazione diretta e indiretta, trova applicazione, in particolare, in relazione alle fattispecie illecite del secondo tipo, e per questo, ottiene riconoscimento legislativo insieme alla nozione di discriminazione indiretta.

Un alleggerimento dell'onere della prova, gravante sulla parte che lamenta la discriminazione, è il consequenziale sviluppo del modello logico della discriminazioni *by effect*: per il lavoratore è sufficiente dedurre elementi di carattere presuntivo per far ricadere sul convenuto l'onere di dimostrare l'insussistenza della discriminazione¹¹⁷. A tal proposito:

“quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione”¹¹⁸.

Prescindendo dal requisito di gravità si arriva ad un allentamento del processo induttivo¹¹⁹ tale che il grado di attendibilità del ragionamento del giudice sia inferiore a quello ordinariamente necessario per maturare il proprio convincimento.

Altra particolarità riguardo l'applicazione del regime probatorio semplificato concerne la non necessarietà da parte del ricorrente di dimostrare lo specifico criterio da cui dipende la disparità¹²⁰: è infatti sufficiente dimostrare l'esistenza della disparità di effetti svantaggiosi.

¹¹⁴D. IZZI, *Uguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit, pp. 141 ss.

¹¹⁵Art. 9 direttiva 43/2000, art. 11 direttiva 78/2000. Precedente giurisprudenziale Corte di Giustizia 22/09/1998 causa C-185/95 Coote v. Granata hospitality.

¹¹⁶P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, pp. 78 ss.

¹¹⁷ML. DECRISTOFARO, *Il riparto dell'onere della prova in caso di discriminazione sessuale per una lavoratrice*, in *Riv. Giur. Lav. e Prev. Soc.*, 1990, pp. 527 ss. La previsione di criteri di svantaggio sistematici: la prova della media degli stipendi delle lavoratrici più bassi porterebbe ad un inversione dell'onere della prova.

¹¹⁸Art. 40 Codice Pari opportunità.

¹¹⁹B. SASSANI, *L'onere della prova*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2003, p. 744.

¹²⁰Differente rispetto al *Civil Right Act*.

2.3.2 Le prove statistiche.

Le statistiche, in questo campo, sembrano essere un elemento per l'individuazione di effetti oggettivamente e quantitativamente svantaggiosi a livello collettivo; in Italia ne è stato legittimato l'uso, come prove nelle controversie di parità, nel 1991.

L'utilizzo di questi strumenti¹²¹ crea una situazione di agevolazione nella prova della discriminazione; un'agevolazione individuale secondo parametri collettivamente caratterizzanti. Questo mezzo, dunque, è di fondamentale innovazione anche se la sua portata e le problematiche ad esso connesse ne hanno fortemente limitato il campo di applicazione.

L'uso processuale delle statistiche difetta sotto il profilo della loro costruzione e valutazione; queste possono essere inficiate da errori, arbitrarietà, limitatezza del campione posto sotto esame e valutazione.

Altro aspetto è l'individuazione dell'ambito di comparazione che presuppone un termine di riferimento non sempre attendibile. Il raffronto tra le candidature maschili e femminili in un determinato settore non tiene conto della popolazione femminile che è stata scoraggiata nell'accesso stesso al mercato del lavoro da altri fattori come prassi discriminatorie del settore o dell'attitudine dei datori di lavoro operanti nel dato ambito¹²².

I giudici, nella valutazione di idoneità del dato statistico, rischiano inoltre di considerare in modo diverso l'impatto della sproporzione e, quindi, la relativa rilevanza giuridica, portando ad una serie non coerente di pronunce giurisprudenziali¹²³.

Diversamente dalla giurisprudenza statunitense che opera secondo la regola dei 4/5¹²⁴ la nozione europea di effetti sproporzionalmente sfavorevoli, pur negando valore alle differenze percentuali non accentuate, non è accompagnata dall'indicazione di indici di proporzione o limiti ed è così soggetta alla flessibilità operativa dei giudici.

¹²¹Si veda G. CALVES, *Au service de la connaices et du droit: le testing*, in *Horizons stratégiques*, 2007/3, n. 5, p. 8.

¹²²D. IZZI, *Uguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., pp. 146 ss.

¹²³*Ibidem*.

¹²⁴Producono effetti sproporzionalmente sfavorevoli per le donne quei requisiti che esse riescono a soddisfare in percentuale inferiore all'80% alla percentuale degli uomini in possesso di tali requisiti. *Equal Employment Opportunities Commission* 1978.

3. La rimozione degli ostacoli al diritto al lavoro delle donne: una questione giuridico –politica che necessita un approccio multidisciplinare.

3.1 Il diritto e le sue implicazioni nella costruzione di meccanismi di emancipazione e segregazione. Una lettura femminista.

Il diritto è considerato uno strumento plurivalente¹²⁵, un supporto ma anche uno strumento di segregazione¹²⁶.

A seguito delle iniziali rivendicazioni egualitarie si sviluppano le critiche al modello comparatistico date dal carattere non neutrale del soggetto-parametro¹²⁷, al carattere sessuato dell'impianto e alla finta neutralità della cultura liberale.

Carol Smart¹²⁸ individua tre fasi del diritto. Il diritto sessista come condizione in cui il diritto discrimina le donne¹²⁹; il diritto maschile come condizione in cui il diritto opera secondo criteri maschili¹³⁰ e infine il diritto sessuato come analisi dei processi che connettono genere e sistemi di significato¹³¹. Il diritto viene considerato prodotto e strumento della cultura patriarcale, non soltanto riguardo ai suoi contenuti, ma alla sua stessa natura. Si mette in discussione come le norme giuridiche siano costruite in base a modelli, categorie, interessi,

¹²⁵La descrizione è parziale viste le necessità di brevità. Si sono considerate quelle correnti che hanno maggiormente influenzato la cultura giuridica europea.

¹²⁶Si veda T. PITCH, *I diritti fondamentali*, cit., p. 63.

¹²⁷“Un soggetto maschile, bianco e borghese” ossia le caratteristiche del gruppo dominante. I.M. YOUNG, *Le politiche della differenza*, cit., p. 111.

¹²⁸Si veda C. SMART, *The woman of legal discourse*, in *Social And Legal Studies*, vol. 1, n. 1, 1992.

¹²⁹Secondo C. Smart l'argomentazione del diritto come impostazione sessista si fonda sull'idea che differenziazione e discriminazione siano la stessa cosa. Il concetto implica un possibile superamento della diversità sessuale.

¹³⁰C. SMART critica la costruzione del maschile e del femminile secondo sistemi binari oppositivi che non permettono un'analisi sulle loro differenziazioni interne.

¹³¹Un'analisi di come il genere operi nel diritto e come il diritto produca il genere “il diritto non è più definito come quel sistema che può imporre la neutralità circa il genere, ma come uno dei sistemi produttivi non solo di differenza di genere, ma di soggettività e identità a cui l'individua viene legata e associata” in T. PITCH, *I diritti fondamentali*, p. 71.

valori prevalentemente maschili e come siano applicate e interpretate prevalentemente da uomini e dal loro punto di vista, escludendo quello delle donne¹³².

Catherine Mackinnon è stata un' importante e controversa esponente di quel femminismo radicale che metteva in discussione il diritto come strumento di subordinazione e oppressione.

Il diritto veniva percepito come strumento di oppressione e le stessa idea di obiettività, imparzialità, universalità quali strategie maschili di egemonia¹³³. Ciò deriva dal fatto che, non essendoci una prospettiva neutra rispetto al genere, la loro affermazione nega di fatto l'eguaglianza tra ai sessi e contribuisce a costruire la realtà dal punto di vista di chi comanda.

Per Mckinnon, per esempio, la sessualità è una delle forme di potere che definisce il rapporto tra generi¹³⁴ e, in tal senso, il consenso si traduce in un elemento all'interno di una relazione di potere, così come nella violenza sessuale lo standard di criminalizzazione risiede nell'intreccio tra i significati che l'atto assume socialmente per la vittima e per gli assalitori.

Altra questione si rileva nella gestione del carattere sessuato del diritto. In un sistema di norme, inficiato da categorie maschili dalle quali emerge una reale incapacità di rispecchiare la visione e gli interessi femminili, si pone l'alternativa se rendere pubblico ciò che tradizionalmente è stato privato, facendo emergere aree di potere maschile, oppure sottrarre alla sfera pubblica questioni ritenute esclusivamente dell'autodeterminazione femminile¹³⁵.

Ciononostante, come si può osservare dalle conseguenze di alcune battaglie di MacKinnon¹³⁶ "Il diritto può servire per registrare e ufficializzare un mutamento, e dunque

¹³²A. FACCHI, *Il pensiero femminista sul diritto: un percorso da Carol Gilligan a Tove Stang Dahl*, Filosofi del diritto contemporanei, a cura di G. Zanetti, Cortina, Milano, 1999, p. 11.

¹³³*Ivi*, p. 14.

¹³⁴“la sessualità è per il femminismo ciò che il lavoro è per il marxismo(..)come l'esproprio organizzato del lavoro di alcuni per il beneficio di altri definisce una classe- i lavoratori- l'esproprio organizzato per la sessualità di alcuni per l'uso di altri definisce il sesso, la donna(..), marxismo e femminismo sono teorie sul potere e sulla sua distribuzione: l' ineguaglianza. Essi forniscono spiegazioni di come costruzioni sociali di modelli di disuguaglianza possano essere interamente razionali, benché ingiuste” in C.A. MACKINNON, *Feminism, marxism, method, and state*, cit, pp. 515-516 in 1982. “Feminism, Marxism, Method and the State: An Agenda for Theory.” *Signs*, 7, 1982, 515-516 http://www2.law.columbia.edu/faculty_franke/Certification%20Readings/catherine-mackinnon-feminism-marxism-method-and-the-state-an-agenda-for-theory1.pdf.

¹³⁵A. FACCHI, *Il pensiero femminista sul diritto*, cit., p. 18.

¹³⁶Una delle sue più importanti battaglie è stata il riconoscimento giuridico delle molestie sessuali sul luogo di lavoro che ha portato alla criminalizzazione del comportamento da parte delle istituzioni.

anche per comunicarlo e affermarlo simbolicamente, legittimando determinati comportamenti e delegittimandone altri, permette alle donne di farli propri e opporvisi”¹³⁷.

Lo sviluppo odierno di parte del femminismo giuridico da un lato supera la diffidenza del diritto quale strumento maschile di potere, ma dall’altro si propone di decostruire le categorie giuridiche tradizionali e di svelare il reale impatto delle misure normative all’interno di un sistema socio-culturale¹³⁸.

L’aspetto che si dovrebbe favorire, attraverso l’impostazione normativa, sarebbe l’espressione del femminile. Creare il soggetto donna infatti non può essere un’operazione neutrale, ma deve essere ricondotta al concreto delle condizioni materiali di specificità: delle risorse economiche, dei condizionamenti culturali, dei rapporti di potere, della divisione del lavoro in ambito familiare.

Il femminismo scandinavo di Tove Stang Dahl, promuove una teoria articolata su diversi piani: quello della ricerca e della proposta, e richiede un approccio multidisciplinare che integri la pura scienza giuridica, con l’obiettivo di migliorare la posizione delle donne nel diritto e nella società.

Il punto di partenza sono le donne e la conoscenza del loro punto di vista¹³⁹. Un’analisi sociologica che rivaluta le constatazioni empiriche, sviluppando nuove prospettive di tutela a partire proprio dall’indagine del soggetto ed arriva ad individuare tre fonti di conoscenza quali fondamentali per la costruzione della nuova disciplina: le dottrine giuridiche, i dati empirici e i valori morali e politici. Si tratta di una disciplina descrittiva volta a far emergere le implicazioni di genere contenute nel diritto vigente ma anche una scienza critica che si presenta come prospettiva etica e politica di riforma del diritto¹⁴⁰.

¹³⁷A. FACCHI, *Il pensiero femminista sul diritto*, cit., p. 17.

¹³⁸*Ivi*, p. 24.

¹³⁹“L’armamentario giuridico di oggi, neutro rispetto al genere, si incontra con una realtà sessuata, o viceversa, la realtà sessuata si incontra con il moderno diritto monosessuato. E’ il complicato scambio tra vita e diritto che ne risulta ciò che le ricercatrici del diritto delle donne intendono mappare e capire, con l’obiettivo specifico di contribuire all’uguaglianza vera, al riconoscimento dell’eguale valore, e alla maggiore libertà delle donne” Si veda S.T. DAHL, *Building women’s law, international journal of the sociology of law*, vol. 14 3 /4, 1986, p. 239.

¹⁴⁰A. FACCHI, *Il pensiero femminista sul diritto*, cit., pp. 25 ss.

3.2 Effettività del sistema di protezione e definizione del concetto di famiglia.

Occorre inizialmente partire dai concetti di familiarizzazione e de-familiarizzazione che, attraversando le politiche sociali, definiscono le relazioni familiari rilevanti in ambito di emancipazione del femminile da ruoli socialmente e storicamente definiti.

La familiarizzazione comporta l'addossamento del lavoro di cura al nucleo familiare e quindi la dipendenza dei membri dal capo famiglia quale titolare dei diritti sociali originari; intuitivo, dallo stesso significato di dipendenza, il suo sviluppo in subordinazione¹⁴¹.

De-familiarizzare è una formula di sostegno alle famiglie che si basa sulla predisposizione di politiche di welfare che permettano di non dover sostenere obblighi di assistenza nei confronti dei membri deboli della famiglia. C'è un profilo di doppia emancipazione, da una parte degli individui adulti che ottengono indipendentemente dalle relazioni familiari uno standard di vita dignitoso, attraverso il lavoro e la sicurezza sociale, dall'altra dei soggetti che dovrebbero sostenere il peso della cura¹⁴².

Cambia la percezione pubblica del modello familiare da male *breadwinner*¹⁴³ a *parity caregiver model*¹⁴⁴ e si cerca di istituzionalizzare la pari responsabilità nel lavoro di cura e attività del mondo del lavoro, in modo che i diritti non derivino, o siano filtrati, attraverso un soggetto per arrivare ad un altro, ma siano direttamente accessibili dal soggetto percipiente.

Sin dalle origini degli studi in questo settore si è ravvisata l'esigenza di analizzare forme di lavoro non pagate dal mercato, quale elemento non riconosciuto dalle politiche pubbliche, o riconosciuto parzialmente. Come paese europeo, investiamo notevolmente al di sotto della media per la spesa per la famiglia¹⁴⁵ e, dal punto di vista politico, abbiamo difficoltà a riconoscere l'esistenza stessa del lavoro di cura come parte del prodotto e del valore dell'economia nazionale¹⁴⁶.

¹⁴¹R. TRIFILETTI, "Ri-familiarizzazione?", in *Welfare. Ruoli del pubblico e culture del privato, ricalibratura, credenze, crisi*, in *Riv. Pol. Soc.*, 2011, pp. 218 ss.

¹⁴²Ivi, p. 219.

¹⁴³C. CROUCH, *Sociologia dell'Europa occidentale*, Il mulino, Bologna, 2001.

¹⁴⁴N. FRASER, *After the family wage. Gender equity and welfare state*, in *Political theory*, vol. 22, n. 4, 1994, pp. 591 ss.

¹⁴⁵Istat 2010, la situazione del paese: L'Italia è al 27 posto.

¹⁴⁶A. CIARINI, *Alla ricerca di nuovi equilibri. Lavoro di cura, conciliazione e intervento pubblico di welfare europei*, *Riv. Pol. Soc.*, 2011, p. 274.

Inoltre “il supporto alle garanzie dei livelli essenziali di assistenza non è riuscito, nel nostro paese, a trovare una via di sviluppo normativo tale da garantirne uno svolgimento costante”¹⁴⁷.

Il problema della carenza dei fondi ha determinato la mancanza di approvazione dei livelli essenziali delle prestazioni; una riforma che sarebbe stata utile a creare un livello standard della rete di servizi su tutto il territorio¹⁴⁸. La politica sociale però è fatta di scelte ed è stata organizzata attraverso dispositivi categoriali tradizionali: l’aumento dei finanziamenti di origine assicurativa¹⁴⁹, la crescita della spesa assistenziale dedicata a strumenti¹⁵⁰ che poggiano su canali di finanziamento categoriale. Si tratta di una politica per i non autosufficienti di tipo prettamente assistenziale a discapito del taglio netto alle politiche di sostegno¹⁵¹.

Una delle questioni strutturali da tenere in considerazione è la coordinazione tra tutele specifiche, quali congedi e assegni di cura inerenti a politiche sociali nello specifico settore familiare, e politiche sociali generiche che però hanno ripercussioni in ambito familiare.¹⁵²

La definizione del concetto di famiglia crea una struttura che trasferisce i suoi effetti sulla partecipazione al lavoro e sulle scelte di fecondità, che a loro volta interagiranno con i regimi dell’impiego e i regimi dei tempi di lavoro prevalenti nel mercato¹⁵³.

Non sempre i diritti sono coerenti con le obbligazioni, né la definizione di famiglia ai fini fiscali o per l’accesso ai servizi sulla base dell’Isee coincide con i componenti che hanno obbligazioni di natura giuridica; infatti, in Italia, i diritti e la tutela sono spesso della famiglia di convivenza mentre le obbligazioni investono la rete parentale più vasta.

Pare opportuna un’analisi che tenga conto dell’innovatività nell’uso degli strumenti rispetto al passato e soprattutto delle combinazioni di strumenti di politiche sociali come per esempio la creazione di occupazione nei servizi alle famiglie (Francia) o riforme che vedono l’interazione tra servizi per la conciliazione vita-lavoro e il riconoscimento formale del lavoro familiare di uomini e donne (Germania)¹⁵⁴.

¹⁴⁷“A differenza di paesi come la Gran Bretagna o la Finlandia che ne vedono sia un’uniformità a livello nazionale ma che addirittura assume la funzione quasi comunitaristica di stimolo alla società civile” R. TRIFILETTI, “*Ri-familiarizzazione?*”, *cit.*, p. 220.

¹⁴⁸*Ivi*, pp. 220 ss.

¹⁴⁹Un esempio: Pensioni di invalidità e cassa integrazione per gli effetti delle misure anticrisi 2009

¹⁵⁰Un esempio: Indennità di accompagnamento.

¹⁵¹A. CIARINI, *Alla ricerca di nuovi equilibri*, *cit.*, pp. 274 ss.

¹⁵²Si veda: C. SARACENO, *Mutamenti della famiglia e politiche sociali in Italia*, Il mulino, Bologna, 2003.

¹⁵³R. TRIFILETTI, “*Ri-familiarizzazione?*”, *cit.*, p. 222.

¹⁵⁴A. CIARINI, *Alla ricerca di nuovi equilibri*, *cit.*, pp. 274-275.

3.3 Fattori di intersezione tra diritto e società: un condizionamento indiretto.

3.3.1 La conciliazione fra tempi di vita e tempi di lavoro.

Il concetto di riconciliazione si interseca con le esigenze di effettiva applicazione del principio di uguaglianza sostanziale e la partecipazione di genere alla dimensione pubblica: è il contratto sociale di genere che rende il concetto di riconciliazione “complementare a quello di uguaglianza”¹⁵⁵ e gli strumenti per la sua attuazione sono “l’equilibrata partecipazione degli uomini e delle donne all’attività professionale e alla vita familiare”¹⁵⁶.

Non è dunque sufficiente favorire l’ingresso delle donne nel mercato del lavoro ma è necessario eliminare il presupposto che il lavoro di cura non retribuito sia responsabilità del “femminile” mentre la retribuzione derivante da attività economica sia responsabilità del “maschile”. Rimane dunque complessa la questione del superamento dei ruoli all’interno della famiglia, visto che il testo normativo delle direttive non incoraggia ad una revisione in tal ottica del concetto di riconciliazione¹⁵⁷.

In tal senso assume rilievo l’art. 33 delle carta di Nizza che pone il diritto alla conciliazione come diritto fondamentale ossia come una combinazione tra la tutela della vita familiare, la protezione della donna lavoratrice e la garanzia di parità di trattamento.

La riconciliazione, quale esercizio combinato di diritti fondamentali, si deve declinare anche rispetto al contesto sociale e secondo la percezione del livello minimo di effettività dei diritti fondamentali. La pluralità di cause e implicazioni sociali della riconciliazione necessitano di una pluralità di misure attuative che determinano la difficoltà della sua definizione normativa. I punti di maggiore debolezza derivano dalla mancata gestione in ottica di genere degli elementi connessi dell’evoluzione dei concetti di lavoro e di famiglia¹⁵⁸.

Partendo dall’analisi dei soggetti beneficiari delle prestazioni a favore dei soggetti bisognosi o che prestano la cura si arriva ad inquadrare il concetto di famiglia. Tale definizione non corrisponde pienamente a quella formulata sulla Carta costituzionale di famiglia nucleare né a quella formulata dalla legislazione ordinaria¹⁵⁹.

¹⁵⁵L. CALAFÀ, *Congedi e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, p. 256.

¹⁵⁶*Ibidem*.

¹⁵⁷S. RENGÀ, *Protezione sociale e istituti della riconciliazione*, in *Lav. Dir.*, 2009, p. 235.

¹⁵⁸MR. SPALLAROSSA, *Il modello di famiglia: normativa vigente e prospettive di riforma nella dimensione delle “politiche sociali per le famiglie”*, in *Pol. Dir.*, 2007, p. 243.

¹⁵⁹Ex art. 433 cc - in tema di alimenti - famiglia patriarcale o estesa.

La famiglia rilevante ai fini previdenziali è “variabile e pragmaticamente definita, perché calibrata in rapporto ad esigenze politiche specifiche: attraverso di essa viene attribuito rilievo e prevalenza, di volta in volta, a criteri giustificativi diversi”¹⁶⁰. Beneficiari, in primo luogo, i componenti della famiglia nucleare fondata sul matrimonio ma l’estensione del nucleo è condizionata a criteri che consentano di verificare l’effettiva condizione di bisogno¹⁶¹.

L’effettività del sistema di protezione sociale è messa in pericolo dai cambiamenti di struttura e organizzazione familiare: dal progressivo aumento di separazione e divorzi, dalla progressiva diminuzione del tasso di natalità, dal progressivo invecchiamento della popolazione¹⁶², dalla diffusione di nuclei familiari fondati su legami affettivi¹⁶³, dall’incremento degli stranieri nel paese e di culture e strutture familiari diverse¹⁶⁴.

Questo allargamento del concetto di famiglia è uno degli elementi che impone al legislatore un adeguamento per soddisfare l’esigenza di conciliazione tutelata dal diritto.

Altro elemento rilevante è la crescente mobilità della forza lavoro e le ricadute in termini di solidarietà intergenerazionale¹⁶⁵; ciò crea la necessità di utilizzare differenti strumenti di conciliazione.

Prendendo in considerazione i requisiti per selezionare i soggetti meritevoli dei trattamenti di tutela sociale viene in primo luogo in considerazione lo svolgimento di un’attività lavorativa di carattere subordinato. Si distingue in trattamenti che prescindono dalla retribuzione percepita, trattamenti che dipendono dalla retribuzione percepita, trattamenti che richiedono una particolare anzianità contributiva o lavorativa¹⁶⁶. Nelle ultime due situazioni l’accesso al particolare trattamento previdenziale è condizionato da vari elementi, tra i quali la

¹⁶⁰Si veda M. CINELLI, *Il diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 543.

¹⁶¹S. BORRELLI, *Famiglie e lavori. Le misure a sostegno del reddito come strumento di soddisfazione dei bisogni di riconciliazione*, in *Lav. Dir.*, 2009, p. 208. “Talora si richiede la convivenza con il familiare (art. 4 l. 53/2000). In altre occasioni si fa riferimento alla vivente a carico. Altre disposizioni richiedono la prova dell’assistenza continua ed esclusiva (art. 20 l. 53/2000). In altri casi ancora è richiesta la prova dell’assoluta e permanente impossibilità familiare di procurarsi altra fonte di sostentamento (l. 153/88 in riferimento a fratelli, sorelle, nipoti)

¹⁶² Sorge l’esigenza di far fronte a nuove esigenze di cura nei confronti degli anziani; non si tratta di un invecchiamento della popolazione ma delle reti familiari. Si veda: M. NALDINI, C. SARACENO, *Conciliare famiglia e lavoro*, cit., pp. 21 ss.

¹⁶³Corte Cost. 461/2000.

¹⁶⁴Si veda M. NALDINI, *Le politiche sociali in Europa. Trasformazioni dei bisogni e risposte di policy*, Carocci, Roma, 2006, p. 57.

¹⁶⁵MV. BALLESTRERO, *La conciliazione tra lavoro e famiglia*, cit., *Brevi considerazioni introduttive*, in *Lav. Dir.*, 2009, pp. 161 ss.

¹⁶⁶S. BORRELLI, *Famiglie e lavori*, cit., p. 215.

durata dell'orario di lavoro e la continuità dell'impiego. E' evidente che la questione di genere è nettamente intrecciata con la possibilità di usufruire di tali misure di sostegno: la percentuale delle donne impiegate in lavori ad orario ridotto è molto maggiore rispetto agli uomini¹⁶⁷. La questione si pone anche in termini di reddito, di segregazione o minor accesso a posizioni apicali in termini di carriera¹⁶⁸, di "dimissioni in bianco" o mancati rinnovi contrattuali, e di impiego maggiore delle donne in contratti a termine¹⁶⁹;

“diverse ricerche mostrano che i lavori a tempo determinato riguardano prevalentemente lavori a bassa qualifica (Presser 2004), scarsamente remunerativi (OECD 2006); tendono inoltre a essere associati a forme di protezione sociale più limitate e a più elevati rischi di disoccupazione rispetto a lavori a tempo indeterminato (Paugam e Zhou 2007; Giesecke 2009). In altre parole si tratta di occupazioni meno vantaggiose a parità di livello di istruzione e professionalità (Giesecke 2009)”¹⁷⁰.

Le politiche di riconciliazione, nonostante l'interesse europeo, restano parte della discrezionalità politica dei singoli stati e l'impegno di risorse utilizzabili dipende dalla differente percezione sociale della questione. Nel contesto italiano non può dirsi attuata una politica multidisciplinare attenta ai bisogni di genere; è esempio proprio la l. 169/2008 di riforma del sistema scolastico che, diminuendo notevolmente le ore settimanali nelle scuole primarie¹⁷¹, ha evidenti ricadute sulle donne e sulle famiglie in termini di custodia dei minori e tempi di cura.

In tale contesto di deve considerare un altro fattore: un marcato divario nella partecipazione al lavoro domestico. L'avvicinamento dei tempi maschili e femminili è dovuto ad una riduzione da parte delle donne del lavoro domestico¹⁷² mentre il contributo degli uomini è aumentato solo in modo modesto e ha un trend di crescita molto lento¹⁷³.

In materia è intervenuta la legge 29 giugno 2012 n. 92 che prevede l'obbligo per il padre lavoratore subordinato di astenersi dal lavoro per un giorno e la facoltà di fruire di ulteriori due giorni di congedo entro i cinque mesi dalla nascita del figlio.

I giorni di congedo risultano integralmente compensati, il primo a carico del datore di lavoro mentre i successivi due a carico dell'Inps, tuttavia i due giorni facoltativi sono sottoposti

¹⁶⁷G. ALTIERI, G. FERRUCI, F. DOTA, *Donne e lavoro atipico: un incontro molto contraddittorio*, 83° rapporto sull'osservatorio permanente sul lavoro atipico in Italia, IRES, 2008, p. 37.

¹⁶⁸ASDO, *Donne e politica*, rapporto di ricerca, novembre 2006.

¹⁶⁹G. ALTIERI, G. FERRUCI, F. DOTA, *Donne e lavoro atipico*, pp. 14-19.

¹⁷⁰M. NALDINI, C. SARACENO, *Conciliare famiglia e lavoro*, cit., p. 48. Per un approfondimento si veda C. SARACENO, *Coppie e famiglie, non è una questione di natura*, Feltrinelli, Milano, 2012.

¹⁷¹“Le ore sono diminuite da 32 a 24. In S. RENGA, *protezione sociale e istituti della riconciliazione*, cit., p. 239.

¹⁷²Soprattutto quello di routine, non il lavoro di cura dei figli. M. NALDINI, C. SARACENO, *Conciliare famiglia e lavoro*, cit, p. 60.

¹⁷³*Ibidem*.

a condizione ossia il “previo accordo con la madre e in sua sostituzione in relazione al periodo di astensione obbligatoria spettante a quest’ultima”¹⁷⁴. La richiesta dei giorni di congedo deve essere comunicata al datore di lavoro per scritto con un preavviso di 15 giorni.

La disposizione tuttavia desta qualche perplessità in merito alla sua effettiva incidenza dato l’esiguo numero di giorni fruibili.¹⁷⁵

La norma prosegue con la previsione per le madri della facoltà, al termine del congedo di maternità e per i successivi undici mesi, in alternativa al congedo parentale, di ottenere “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”¹⁷⁶.

In termini economici i voucher risultano una scelta vantaggiosa rispetto alla parziale indennità corrisposta per il congedo (6 mesi al 30% della retribuzione) per cui la norma andrebbe ragionevolmente a favorire la continuità dell’impiego¹⁷⁷.

L’immediato reinserimento sul posto di lavoro tuttavia va a discapito del rapporto tra madre e figlio e relega ad aspetti secondari: “la promozione dell’allattamento al seno, l’importanza del rapporto fisico ed affettivo nel primo anno di vita, il rientro al lavoro mediato dalla riduzione di orario”¹⁷⁸.

E’ necessaria un’ ulteriore osservazione: se da un parte è fondamentale un ruolo positivo da parte dello stato nel prevedere servizi, in modo da sottrarre le donne al lavoro di cura, dall’altra però, nel riequilibrio dei ruoli, è fondamentale anche una condivisione delle responsabilità familiari che non potrà essere totalmente delegata alla funzione pubblica di sostegno¹⁷⁹. In tal senso si dovrebbe intervenire anche sul piano formativo e culturale con la predisposizione di percorsi educativi che non cristallizzino dall’infanzia le divisioni dei ruoli e delle segregazioni.

¹⁷⁴L. 92/2012 Art. 4 co. 24 lett. a.

¹⁷⁵D. GOTTARDI, *Maternità e paternità*, In F. CARINCI, M. MISCIONE, *Commentario alla Riforma Fornero. Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, Supplemento Dir. e Prat. del Lavoro, Milano, 2012, p. 125.

¹⁷⁶L. 92/2012 Art. 4 co. 24 lett. b.

¹⁷⁷D. GOTTARDI, *Maternità e paternità, cit.*, p. 126.

¹⁷⁸*Ibidem*.

¹⁷⁹S. RENGÀ, *Protezione sociale e istituti della riconciliazione, cit.*, p. 241.

3.3.2 Dimissione volontarie, pratica delle dimissioni in bianco.

Una questione con rilevanti effetti di genere è la pratica delle dimissioni in bianco ossia quelle dimissioni estorte al lavoratore al momento dell'assunzione o durante il rapporto di lavoro.

Analizzando la fattispecie delle dimissioni volontarie è evidente il requisito fondamentale: l'effettiva volontarietà, ossia la libera valutazione del lavoratore e il conseguente non condizionamento da comportamenti del datore di lavoro.

La legge 188/2007, abrogata nel 2009 dal governo Berlusconi, prevedeva un irrigidimento formale della disciplina. Lo strumento di tutela offerto era l'imposizione della forma scritta *ad substantiam* con compilazione di apposito modulo¹⁸⁰. L'espressione della volontà di dimettersi si qualificava tramite l'atto prescritto dalla legge e in forza di esso il negozio si considerava valido¹⁸¹.

La modalità di compilazione era parte integrante la tutela¹⁸². La data di rilascio e il codice alfanumerico della pratica erano posti a garanzia del rispetto dell'utilizzo legittimo di tale atto da parte del datore di lavoro¹⁸³.

Il campo di applicazione di questa legge aveva quindi il potenziale di prevenire situazioni di dipendenza del lavoratore o per lo più della lavoratrice da comportamenti illegittimi.

La misura ha avuto però breve sopravvivenza e nella regolamentazione della materia è intervenuta la l. 92/2012. Tale legge prevede l'istituto della convalida alla quale è sospensivamente condizionata l'efficacia delle dimissioni.

In particolare, l'art. 4 co. 16 della legge prevede che durante il periodo di gravidanza della lavoratrice e durante i primi tre anni di vita del bambino, o di accoglienza del minore adottato o in affidamento, la risoluzione consensuale del rapporto o la richiesta di dimissioni da parte della lavoratrice debbano essere convalidate "dal servizio ispettivo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali competente per territorio. Per cui la convalida risulta condizione sospensiva dell'efficacia della risoluzione del rapporto di lavoro.

Analoga disciplina è prevista anche all'infuori delle ipotesi ex art. 4 co. 16 l. 92/2012. La

¹⁸⁰MV. BALLESTRERO, *Recesso online ovvero la nuova disciplina delle dimissioni volontarie*, in *Lav. Dir.*, 2008, p. 512.

¹⁸¹*Ibidem*.

¹⁸²MV. BALLESTRERO, G. DE SIMONE, *Diritto del lavoro. Domande e percorsi di risposta*, II edizione, Milano, Giuffrè, 2003, p. 193. Si veda A. VALLEBONA, *Le dimissioni e il nuovo vincolo di forma*, *Mass. Giur. Lav.*, 2007, p. 862.

¹⁸³MV. BALLESTRERO, *Recesso online ovvero la nuova disciplina delle dimissioni volontarie*, *cit.*, p. 512.

disciplina generale sulle dimissioni, all'infuori dei casi di tutela "forte" precedentemente riportati, prevede che la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro e la richiesta di dimissioni da parte del lavoratore siano sospensivamente condizionate alla convalida effettuata presso la Direzione territoriale del lavoro o il Centro per l'impiego territorialmente competenti¹⁸⁴ o, in alternativa, alla sottoscrizione di apposita dichiarazione del lavoratore apposta in calce alla ricevuta di trasmissione della comunicazione di cessazione del rapporto di lavoro. "L'oggetto del giudizio di convalida finisce per ampliarsi oltre «la valutazione della effettiva volontà del soggetto al momento della presentazione delle sue dimissioni» e intende accertare «la spontaneità di tale atto»"¹⁸⁵.

Quella delle dimissioni in bianco è una questione particolarmente avvertita dalle donne perché opera soprattutto nei casi di matrimonio, maternità, congedi parentali. L'oggetto della tutela è previsto in norme specifiche quali il divieto di licenziamento per causa di matrimonio¹⁸⁶ e la tutela e sostegno delle maternità e della paternità¹⁸⁷, tuttavia in questo ambito le resistenze da parte dei privati sono un fenomeno evidente tanto da rendere necessaria l'adozione di una procedura specifica al fine di prevenire i comportamenti illegittimi.

Si è ritenuto tale fenomeno rilevante poiché lo svantaggio non deriva da una mancata tutela ma tale lacuna viene in essere a causa di una prassi socialmente costruita: la discriminazione è connessa alle condizioni materiali di vita delle donne e non è prevedibile se non attraverso l'osservazione del soggetto in relazione allo specificità del contesto sociale.

¹⁸⁴“ovvero presso le sedi individuate dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale” ex art. 4 co. 17 l. 92/2002.

¹⁸⁵M. DEL CONTE, *Le dimissioni del lavoratore dalla L. 188/2007 alla riforma del 2012*, in F. CARINCI, M. MISCIONE, *Commentario alla Riforma Fornero. Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, Supplemento Dir. e Prat. del Lavoro, Milano, 2012, p. 155.

¹⁸⁶Art. 35 co. 2 d.lgs. 198/2006.

¹⁸⁷Art. 55 d. lgs. 151/2001. Si veda, L. CAPPUCIO, *Corte di Giustizia: la non discriminazione in base al sesso e l'efficacia orizzontale delle direttive*, in *Quad. Cost.*, 2011, p. 167.

4. Conclusioni.

Quando si parla di “rimozione degli ostacoli” al diritto al lavoro delle donne si intende garantire tutela antidiscriminatoria ed equità di genere. A tal proposito si pone la questione della ricerca di strumenti che siano legittimi e contemporaneamente efficaci in termini di risultato.

Il diritto antidiscriminatorio ha avuto un ruolo attivo decisivo sia per ciò che concerne il proprio campo di azione, che nel tempo si è notevolmente ampliato, sia per la definizione degli strumenti da adottare. Le azioni positive difatti si inseriscono in piena legittimità nell’interpretazione del principio di uguaglianza e soddisfano quei valori cogenti di solidarietà espressi nella carta costituzionale.

Si evidenzia dunque la funzione positiva del diritto ossia inseguire il fatto nella sua oggettività e trasformarlo nella direzione del riequilibrio dello svantaggio¹⁸⁸, affinché aderisca a quei principi costituzionali che sono alla base della nostra democrazia.

Tuttavia bisogna considerare che il fatto si inserisce all’interno di un contesto sociale in continuo mutamento per cui si rende necessario un adeguamento permanente delle previsioni alle prassi illegittime socialmente diffuse.

Al fine di rendere maggiormente efficace l’azione del diritto si potrebbero sperimentare delle forme di studio analoghe a quelle già effettuate da T.S. Dahl¹⁸⁹, e dunque di indagine, attraverso un approccio multidisciplinare, del soggetto e delle esigenze che si creano in correlazione all’ambiente in cui questo vive.

Si ritiene che tali sperimentazioni potrebbero favorire una maggiore dinamicità del diritto ma anche essere di impulso all’adozione da parte del legislatore di misure di riequilibrio dello svantaggio in grado di rispondere a bisogni effettivi e nel contempo di rinnovarsi rapidamente.

¹⁸⁸ N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. Trim. Pro. Civ.*, 1969, p. 1324.

¹⁸⁹ Si veda Cap. III, par. 1.

Bibliografia

- AA.VV., *Le discriminazioni di genere sul lavoro*, a cura di Carlo Smuraglia, Ediesse, Roma, 2005
- AINIS MICHELE, *Azioni positive e principio di uguaglianza*, in *Giur. Cost.*, 1992
- ALTIERI GIOVANNA., FERRUCCI GIULIANO, DOTA FRANCESCA, *Donne e lavoro atipico: un incontro molto contraddittorio*, 2008, 83° rapporto sull'osservatorio permanente sul lavoro atipico in Italia, IRES, 2008
- ARENDT HANNA., *Le origini del totalitarismo*, Edizioni di comunità, Milano, 1967
- ARISTOTELE, *Etica nicomachea*
- BALDASSARRE ANTONIO, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. Dir.*, 1991
- Diritti Sociali*, in *Enc. Giur.*, Vol. XI, Treccani, Roma, 1989
- BALLESTRERO MARIA VITTORIA., *Le discriminazioni di genere sul lavoro, dall'Europa all'Italia*, In AA. VV., *Le discriminazioni di genere sul lavoro*, a cura di Carlo Smuraglia, Ediesse, Roma, 2005
- Recesso online ovvero la nuova disciplina delle dimissioni volontarie*, in *Lav. Dir.*, 2008
- La conciliazione tra lavoro e famiglia. Brevi considerazioni introduttive*, in *Lav. Dir.*, 2009
- BALLESTRERO - DE SIMONE GISELLA, *Diritto del lavoro. Domande e percorsi di risposta*, Giuffrè, Milano, 2003
- BARBALET JEAN-MARIE., *Cittadinanza, diritto, conflitto e disuguaglianza sociale*, Liviana, Torino, 1988
- BARBERA MARZIA, *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità (d. lgs. 196/2000)*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2003
- Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003
- L'evoluzione storica e normativa del problema della parità retributiva tra uomo e donna*, in *Lav. Dir.*, 1989
- La nozione di discriminazione*, in *Nuove leggi civ comm.*, 1994
- BOBBIO NORBERTO, *Uguaglianza e libertà*, Torino, 1995
- L'età dei diritti*, Torino, 1990
- BORELLI SILVIA, *Famiglie e lavori. Le misure a sostegno del reddito come strumento di soddisfazione dei bisogni di riconciliazione*, in *Lav. Dir.*, 2009
- BRUNELLI GIUDITTA, *L'alterazione del concetto di rappresentanza politica: leggi elettorali e*

“quote” riservate alle donne, in *Quad. Cost.*, 1994

CALAFÀ LAURA, *Congedi e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004

CAIELLI MIA, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Jovene editore, Torino, 2008

CALVES GWENAËLE, *Au service de la connaissance et du droit: le testing*, in *Horizons stratégiques*, n 5, 2007

CAPPUCCIO LAURA, *Corte di Giustizia: la non discriminazione in base al sesso e l'efficacia orizzontale delle direttive*, in *Quad. Cost.*, 2011

CARETTI PAOLO, *I diritti fondamentali, libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2000

CATTANI MARCO, *Un decreto del pretore bolognese in tema di discriminazione indiretta*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999

CATTINARI ENRICO BERTRAND, *Dignità umana: obbligo di rispetto o contenuto prescrittivo? note su un recente convegno*, in *Soc. Dir.*, 2011

CHIECO PASQUALE, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002

CIARINI ANDREA, *Alla ricerca di nuovi equilibri. Lavoro di cura, conciliazione e intervento pubblico di welfare europei*, in *Riv. Pol. Soc.*, 2011

CINELLI MAURIZIO, *Il diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2008

COMANDUCCI PAOLO, *Uguaglianze*, in *Lavoro* 80, 1988

CRISAFULLI VEZIO, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952

CROUCH COLIN, *Sociologia dell'Europa occidentale*, Il mulino, Bologna 2001

CSM, *Incontro di studio sul tema: il contenzioso in materia di lavoro e previdenza sociale*, relazione di F. AMATO, Pistoia, 2000

D'ALOIA ANTONIO, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale, contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Cedam, Padova, 2002

DAHL STAND TOVE., *Building women's law*, in *international journal of the sociology of law*, vol 14 3 /4, 1986

DEL CONTE MAURIZIO, *Le dimissioni del lavoratore dalla L. 188/2007 alla riforma del 2012.*, in F. CARINCI, M. MISCIONE, *Commentario alla Riforma Fornero. Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, Supplemento Dir. e Prat. del Lavoro, Milano, 2012

DE SIMONE GISELLA, *Ancora su diritto diseguale e uguaglianza sostanziale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994

Dai principi alle regole. Uguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro, Giappichelli, Torino, 2001

La nozione di discriminazione diretta e indiretta, in *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità, Commentario sistematico al d.lgs.196/00*, in *Nuove leggi civ.*

comm., 2003

Obiettivi e tecniche del diritto diseguale nei confronti dei lavoratori svantaggiati, in *Lav. Dir.*, 2005

DECRISTOFARO MARIA LUISA., *Il riparto dell'onere della prova in caso di discriminazione sessuale per una lavoratrice*, in *Riv. Giur. Lav. e Prev. Soc.*, 1990

FACCHI ALESSANDRA, *Il pensiero femminista sul diritto: un percorso da Carol Gilligan a Tove Stang Dahl*, *Filosofi del diritto contemporanei*, a cura di G.Zanetti, Cortina, Milano, 1999

FASSIN ERIC, *Penser la discrimination positive*, Aa.Vv, *Lutter contre les discrimination*, Parigi, 2003

FERRAJOLI LUIGI, *Diritti fondamentali*, in *Teoria Politica*, 1998

La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza, in *Dem. Dir.*, 1993

FERRARA GIOVANNI, *La pari dignità sociale, (appunti per la ricostruzione)*, in *scritti in onore di Giuseppe Chiarielli*, II, Milano, 1974

FRASER NANCY, *After the family wage. Gender equity and welfare state*, in *Political theory*, vol 22, n4, 1994

GIANFORMAGGIO LETIZIA, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco (a proposito della sentenza n.422/1995 della corte costituzionale)*, in *Il Foro italiano*, 1996

Eguaglianza, donne e diritto, Il mulino, Bologna, 2005

Politica della differenza e principio di uguaglianza: sono veramente incompatibili, in *Dir. Lav.*, 1992

GIORGIS ANDREA, *La costituzionalizzazione dei diritti di uguaglianza materiale*, Jovene, Torino, 1997.

GOTTARDI DONATA, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003

Maternità e paternità, In F. CARINCI, M. MISCIONE, *Commentario alla Riforma Fornero. Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, Supplemento Dir. e Prat. del Lavoro, Milano, 2012

HABERMAS JÜRGEN., *Fatti e norme, Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano, 1996

ISTAT, *Rapporto annuale, la situazione del paese nel 2009*

IZZI DANIELA, *Eguaglianze e differenze nei rapporti di lavoro, Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005

Discriminazione indiretta e diritto comunitario: riflessioni dopo Seymour-Smith, in *Lav. e Dir.*, 2000

Discriminazione senza comparazione? appunti sulle direttive comunitarie di seconda generazione, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003

LA TEGOLA ORNELLA, *Oltre le discriminazione: legittima differenziazione e divieti di discriminazione*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009

Sui divieti di discriminazione per motivi di genere, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2011

MACKINNON CATHERIN., *Feminism, marxism, method, and state: an agenda for theory*. in *signs*, 1982

MENGONI LUIGI, *Fondata sul lavoro: la repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà, in costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, a cura di M. Napoli, Vita e pensiero, Milano, 1998

MONACO GIUSEPPE, *Tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, *Pol. Dir.*, 2011

MONTALDI MORRIS, *L'uguaglianza come valore e nelle sue declinazioni normative*, in *Pol. Dir.*, 2009

NALDINI MANUELA, *Le politiche sociali in Europa. Trasformazioni dei bisogni e risposte di policy*, Carocci, Roma, 2006

NALDINI MANUELA, SARACENO CHIARA, *Conciliare famiglia e lavoro, vecchi e nuovi patti tra sessi e generazioni*, Il mulino, Bologna, 2011

NOGLER LUCA, *Cosa significa che l'Italia è una repubblica fondata sul lavoro*, in *Lav. Dir.*, in 2009

PALICI DI SUNI ELISABETTA, *Tra parità e differenza, dal voto alle donne alle quote elettorali*, Giappichelli, Torino, 2004

M. PEDRAZZOLI, *Assiologia del lavoro e fondamento della repubblica: il lavoro è una formazione sociale*, in *Quad. Cost.*, 2011

Le ragioni delle donne e le donne nelle regioni, in *Riv. Dir. Pubbl. Comp. ed Eur.*, 2001.

PITCH TAMAR, *I diritti fondamentali, differenze culturali, disuguaglianze sociali e differenze culturali*, Giappichelli, Torino, 2004

RAWLS JOHN, *Una teoria della giustizia*, a cura di S. Malfettone, Milano, Feltrinelli, 1983

RENGA SIMONETTA, *Protezione sociale e istituti della riconciliazione*, in *Lav. Dir.*, 2009

ROSSANO CLAUDIO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966

RUGGIERI ANTONIO, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo secondo diritto costituzionale*, in *Riv. Tel. Giur. AIC*, 2011

SARACENO CHIARA, *Mutamenti della famiglia e politiche sociali in Italia*, Il mulino Bologna, 2007

SARACENO, *Coppie e famiglie, non è una questione di natura*, Feltrinelli, Milano, 2012

SASSANI BRUNO, *L'onere della prova*, in *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità, Commentario sistematico al d.lgs. n.196/00, Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2003

SMART CAROL, *The woman of legal discourse*, in *Social And Legal Studies*, vol 1, n1, 1992

SCHMITT CARL, *Dottrina della costituzione*, 1927

SMURAGLIA CARLO, *Sull'intangibilità dei diritti sociali nel contesto costituzionale*, in *Riv. Giur.*

Prev. Soc., 1994

SPALLAROSSA MARIA ROSA, *Il modello di famiglia: normativa vigente e prospettive di riforma nella dimensione delle “politiche sociali per le famiglie”*, in *Pol. Dir.*, 2007

TRIFILETTI ROSSANA, “*Ri-familiarizzazione?*”, in *Welfare. Ruoli del pubblico e culture del privato, ricalibratura, credenze, crisi*, in *Riv. Pol. Soc.*, 2011

VALLEBONA ANTONIO., *Le dimissioni e il nuovo vincolo di forma*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007

WALZER MICHAEL, *Sfere di giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1987

YOUNG IRIS MARION, *Le politiche della differenza*, Feltrinelli, Milano, 1996

ZAGREBELSKY GUSTAVO, *La legge e la sua giustizia*, Il mulino, Bologna, 2005

Il diritto mite, Einaudi, Torino, 1992

Abstract

The article has the objective to analyze the effective application of women's right to work in the Italian context. Using statistical data as the empirical evidence of de facto discrimination, it becomes clear that the law is unable to meet the requirement of equality. For this reason we will study the meaning of constitutional values in connection with the multiplicity of law instruments that could protect the right. That existing obstacles to equality can be removed only if the law making process is informed by the actual life conditions of women. Therefore, it will be necessary to explore anti-discrimination law by taking into account the interactions between law and society.

Keywords: Donne Lavoro Discriminazione Uguaglianza

Parole chiave: Women Work Discrimination Equality