



**PARITÀ DI GENERE NELL'UE
E
RIFLESSI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO**

di

Valentina Bazzocchi e Isabella Lucati

Progetto realizzato con il contributo del Dipartimento per le Pari opportunità



INDICE

	Pag.
Abbreviazioni	3
Premesse	4
Introduzione sulle fonti europee e nazionali in materia di parità	5
Capitolo I - Donne e lavoro	13
Premessa	13
1.1 Parità di retribuzione	17
1.2 Uguale trattamento nell'accesso al lavoro e alla formazione	30
1.3 Parità di trattamento nel lavoro autonomo	37
Capitolo II - Lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento	44
Capitolo III - Congedo parentale	62
Capitolo IV - Violenza contro le donne	73
Conclusioni	91

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

CEE: Comunità economica europea

CE: Comunità europea

CEDS: Comitato Europeo dei Diritti Sociali

CEDU: Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

CSE: Carta Sociale Europea

CSER: Carta Sociale Europea Riveduta

UE: Unione europea

TCE: Trattato che istituisce la Comunità europea (così chiamato dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, 1 novembre 1993, sino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, 1 dicembre 2009)

TUE: Trattato sull'Unione europea (così chiamato dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht; denominazione mantenuta anche dal Trattato di Lisbona)

TFUE: Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (introdotto con il Trattato di Lisbona, si aggiunge al Trattato sull'Unione europea)

Premesse

Alla prospettiva di genere è ancora oggi dedicata troppa poca attenzione. La questione della parità tra donne e uomini, pur avendo carattere trasversale, viene trattata il più delle volte isolatamente senza alcun collegamento con gli altri aspetti della politica e della vita sociale ed economica. Prova ne è la perdurante sottorappresentazione delle donne nella vita politica e pubblica e le durevoli discriminazioni in tutti i settori della società: persiste ed è ancora forte il divario dei salari; numerosi e spesso insormontabili sono gli ostacoli che si frappongono all'ingresso delle donne nel mondo del lavoro ed agli avanzamenti di carriera; condizioni degradanti, di sfruttamento e di precariato portano le donne ad essere più gravemente colpite dalla povertà rispetto agli uomini.

Una vera democrazia deve, invece, utilizzare pienamente i talenti, le competenze e la creatività tanto degli uomini quanto delle donne, così da costruire una società con una migliore qualità della vita per tutti.

In tale ottica, la rimozione degli ostacoli al raggiungimento della parità di genere, soprattutto nel mondo del lavoro, necessita di una attenta individuazione delle cause strutturali della disuguaglianza e della conseguente adozione di misure sociali ed economiche capaci di sradicarle. Nondimeno, la conquista della parità deve passare anche attraverso la predisposizione di condizioni idonee a garantire alle donne una vita sicura nella sfera pubblica ed in quella privata mediante la prevenzione e la lotta contro tutte le forme di violenza.

È parere di chi scrive che una migliore diffusione dell'informazione sulla legislazione e sulla giurisprudenza nazionale ed dell'Unione europea in materia di parità tra donne e uomini sia un modo per contribuire alla sua realizzazione. Per dare un quadro il più possibile esaustivo non mancherà anche uno sguardo a quanto adottato dal Consiglio d'Europa.

Introduzione sulle fonti europee e nazionali in materia di parità

La Carta Sociale Europea Riveduta (CSER) del 1996¹, adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa, ha sancito all'art. 20 il diritto alla parità di opportunità e di eguale trattamento nell'accesso al lavoro, nelle condizioni di impiego e di lavoro (ivi compresa la retribuzione), nella tutela in caso di licenziamento e reinserimento professionale, nell'orientamento, nella formazione professionale nonché nelle progressioni di carriera, comprese le promozioni².

Tale disposizione va interpretata nel senso del più ampio divieto di ogni discriminazione, diretta o indiretta, e dell'assoluta eguaglianza dei lavoratori, a prescindere dalla loro appartenenza al settore pubblico o a quello privato, senza distinzione per coloro che sono impegnati a tempo pieno o a tempo parziale.

Nell'Unione europea il principio di parità tra donne e uomini ha subito un'evoluzione. Esso ha trovato una sua prima consacrazione nel Trattato di Roma del 1957 (art. 119 Trattato CEE)³, anche se veniva circoscritto all'aspetto retributivo, in stretta rispondenza alla finalità funzionalista perseguita dalla Comunità economica europea. La previsione di un'uguale retribuzione tra lavoratori e lavoratrici era volta infatti a soddisfare l'esigenza di eliminare le distorsioni della concorrenza in un mercato che ambiva ad essere integrato.

Con l'istituzione della cittadinanza dell'UE la prospettiva è però cambiata, essendo stata attribuita all'Unione una nuova dimensione rivolta al progresso sociale e al miglioramento delle condizioni non solo di lavoro, ma di vita. L'accento è stato dunque posto sulla persona in quanto tale, a prescindere dall'esercizio di un'attività economica⁴.

¹ La Carta sociale europea del 1961 non prevedeva alcuna menzione al principio di non discriminazione.

² L'art. 20 è tra le disposizioni che, in vista della ratifica della Carta riveduta, devono essere necessariamente accettate dagli Stati, i quali però non devono limitarsi ad inscrivere il principio di eguaglianza in Costituzione, ma devono garantire sul piano normativo interno, in maniera esplicita ed effettiva, l'eguaglianza tra donne e uomini in ambito lavorativo e professionale. Lo stesso Comitato Europeo dei Diritti Sociali (CEDS), tanto nelle conclusioni formulate all'esito dei suoi controlli annuali in ordine al rispetto della Carta da parte dagli Stati quanto attraverso le decisioni di merito sui reclami collettivi che gli vengono presentati, ha sistematicamente affermato come la semplice non applicazione di una disposizione discriminatoria non sia sufficiente perché uno Stato ottenga una dichiarazione di conformità del suo ordinamento e delle sue prassi alla Carta.

³ L'art. 119 del Trattato CEE.

⁴ Già la Corte di giustizia, nel celebre caso *Defrenne II*, aveva posto le basi per la costruzione di una dimensione sociale europea, sancendo che «l'art. 119 rientrava, a pieno titolo, negli scopi sociali della Comunità dato che questo non si limitava soltanto a realizzare un'unità economica ma doveva garantire, al tempo stesso, mediante un'azione comune, il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei», Corte di giustizia, sentenza dell'8 aprile 1976, *Defrenne c. Sabena*, causa 43/75. Cfr. O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, 2005, p. 35. La Corte ha inoltre chiarito che l'art. 119 del

La successiva riforma di Amsterdam ha rappresentato un'ulteriore e significativa tappa. Il principio di parità tra donne e uomini è stato introdotto tra le missioni della Comunità europea (art. 2 TCE), e la sua promozione è venuta ad assumere una dimensione trasversale, applicabile a tutte le politiche comunitarie (art. 3 par. 2 TCE). Il Trattato di Amsterdam ha inoltre previsto una base giuridica per l'adozione, da parte delle istituzioni comunitarie, di provvedimenti volti a combattere le discriminazioni fondate sul sesso e di misure d'incentivazione destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri per la realizzazione degli obiettivi di lotta alla discriminazione (art. 19 TCE). La norma sulla parità di retribuzione è stata poi integrata con la previsione di azioni positive volte a garantire un'eguaglianza reale (art. 141 TCE).

Le azioni positive sono riconosciute come ammissibili anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE che le ha estese a tutti gli ambiti, e non solo quindi a quello professionale. La Carta ha inoltre consacrato il divieto di discriminazione sulla base del sesso (art. 21) e la parità tra donne e uomini (art. 23) come diritti fondamentali di tutti gli individui⁵, a prescindere quindi non solo dall'esercizio di un'attività economica, ma anche dall'appartenenza ad uno Stato membro⁶.

In linea con le previsioni del Trattato di Amsterdam, la Commissione europea ha adottato una strategia fondata su un duplice approccio, da un lato l'integrazione della dimensione di genere in tutte le politiche e le azioni comunitarie, dall'altro il ricorso a misure specifiche (atti legislativi, campagne di sensibilizzazione, programmi di finanziamento) a favore delle donne per eliminare le ineguaglianze strutturali persistenti. Alla Strategia relativa al periodo 2006-2010 è seguita la Strategia per l'uguaglianza tra donne e uomini (2010-2015) che ha confermato le cinque priorità tematiche individuate nella Carta per le donne adottata l'8 marzo 2010⁷: pari

Trattato sulla Comunità economica europea ha effetti diretti. Esso dunque può essere fatto valere dinanzi ai giudici nazionali dai singoli, nel caso di discriminazioni che traggono direttamente origine da norme di legge o da contratti collettivi di lavoro, come pure nel caso di retribuzione diversa di lavoratrici e lavoratori per lo stesso lavoro svolto nella stessa azienda o ufficio, privato o pubblico.

⁵ Il diritto alla tutela contro la discriminazione per tutti gli individui costituisce un diritto universale riconosciuto dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, dalla Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, dai Patti delle Nazioni Unite relativi ai diritti civili e politici e ai diritti economici e sociali e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

⁶ Tra le disposizioni della Carta che vengono in rilievo a tale riguardo occorre richiamare anche l'art. 33 paragrafo 2 il quale prevede: «al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni persona ha il diritto di essere tutelata contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto ad un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio».

⁷ Carta per le donne, adottata dalla Commissione europea in occasione della giornata internazionale della donna 2010, in commemorazione del 15° anniversario dell'adozione della dichiarazione e della piattaforma d'azione della Conferenza mondiale dell'ONU sulle donne, svoltasi a Pechino, e del 30°

indipendenza economica, pari retribuzione per lo stesso lavoro o per un lavoro di pari valore, parità nel processo decisionale, dignità, integrità e fine della violenza sulla donne, parità tra donne e uomini nelle azioni esterne⁸.

L'impegno degli Stati membri in materia è stato formalizzato nel Patto europeo per l'uguaglianza di genere del Consiglio per il periodo 2011-2020. In esso il Consiglio ha riaffermato l'impegno dell'UE di ridurre la differenza tra i sessi nel lavoro, nell'educazione e nella protezione sociale, di conciliare la vita lavorativa con quella familiare, migliorando l'offerta di servizi per l'infanzia e introducendo modalità di lavoro flessibili, di promuovere la partecipazione delle donne al processo decisionale, e di lottare contro ogni forma di violenza contro le donne. Quest'ultima, al pari di altre forme di discriminazione, costituisce un vero ostacolo alla parità tra donne e uomini.

L'ultima riforma dei Trattati, quella di Lisbona, ha avuto il merito non solo di aver attribuito alla Carta dei diritti fondamentali valore giuridico vincolante (con le relative conseguenze in termini di sindacabilità degli atti delle istituzioni dell'UE e degli Stati membri che attuano il diritto dell'UE), ma anche di aver qualificato la parità tra donne e uomini come uno dei cinque valori su cui si fonda l'Unione europea (art. 2 TUE), e che la stessa Unione promuove nelle sue azioni (art. 3 TUE e art. 8 TFUE). Ad una formulazione generale e trasversale applicabile a tutti i settori, si affianca quella originaria più strettamente legata all'ambito lavorativo (art. 157 TFUE)⁹, che sarà oggetto del primo capitolo. Anche la procedura legislativa risulta in parte modificata. Se da un lato si applica la procedura speciale (con voto all'unanimità del Consiglio e approvazione del Parlamento europeo) per l'adozione dei provvedimenti volti a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale, dall'altro viene applicata la procedura legislativa ordinaria (che vede il Parlamento europeo svolgere il ruolo di vero co-legislatore e il Consiglio deliberare a maggioranza qualificata) per l'adozione dei principi di base delle misure

anniversario della Convenzione dell'ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne, COM(2010)78.

⁸ La nuova strategia ha previsto che ogni anno il Parlamento europeo, le Presidenze del Consiglio e gli stakeholders si riuniscano per discutere sui progressi raggiunti nell'attuazione della strategia.

⁹ La riforma di Lisbona ha aggiornato la norma contenuta nell'art. 141 TCE solo dal punto di vista della procedura legislativa applicabile per l'adozione di misure volte ad assicurare le pari opportunità e il pari trattamento in materia di occupazione e impiego, ivi compreso la parità di retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

di incentivazione dell'Unione destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri e volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi antidiscriminatori.

La riforma di Lisbona ha comportato inoltre un passaggio di competenze in materia di uguaglianza di genere e di lotta contro la discriminazione dalla DG Occupazione, affari sociali e inclusione della Commissione europea (EMPL) alla DG Giustizia (JUST). Questo cambiamento è indice della volontà di affrontare la discussione su questi temi, considerando anche altri aspetti oltre a quelli più strettamente legati al lavoro. Si tratta di una scelta che se da un lato è da accogliere con favore perché mostra una più attenta considerazione di tutti gli ambiti in cui si può manifestare la disuguaglianza di genere, dall'altro può comportare una contrazione delle politiche antidiscriminatorie in ambito lavoristico.

Oltre alle disposizioni di diritto primario sopra richiamate, l'Unione europea dispone da tempo anche di una normativa contro la discriminazione sulla base del sesso, che promuove la parità tra donne e uomini e ha ad oggetto l'accesso al lavoro, la retribuzione, la protezione della maternità, la conciliazione tra vita professionale e vita privata la sicurezza sociale e i regimi professionali di sicurezza sociale¹⁰. Si tratta di aspetti su cui si ritornerà nei prossimi capitoli. Fin d'ora però è possibile affermare che la legislazione adottata non risulta volta solo all'integrazione del mercato interno, ma persegue obiettivi di coesione economica e sociale, solidarietà e sviluppo dell'Unione come spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹¹. La recente semplificazione

¹⁰ Direttiva 79/7/CEE del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale; Direttiva 92/85/CEE del 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento; Direttiva 96/97/CE del 20 dicembre 1996 che modifica la direttiva 86/378/CEE relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nei regimi professionali di sicurezza sociale; Direttiva 97/80/CE del 17 dicembre 1997 riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso; Direttiva 2002/73/CE del 23 settembre 2002 che modifica la Direttiva 76/207/CEE relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro; Direttiva 2004/113/CE del 13 dicembre 2004 che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura; Direttiva 2006/54/CE del 5 luglio 2006 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione); Direttiva 2010/41/UE del 7 luglio 2010 sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma e che abroga la Direttiva 86/613/CEE; Direttiva 2010/18/UE dell'8 marzo 2010, che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES e abroga la Direttiva 96/34/CE. È stato istituito con il Regolamento n. 1922/2006 del 20 dicembre 2006 l'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere con l'obiettivo di supportare le istituzioni dell'UE e gli Stati membri nei loro rispettivi impegni per la promozione dell'uguaglianza di genere. Per conseguire tale obiettivo, l'Istituto raccoglie, analizza e diffonde informazioni, risultati di ricerche, migliori pratiche, conduce indagini, istituisce e coordina una rete europea sull'uguaglianza di genere, organizza riunioni *ad hoc* di esperti e conferenze.

¹¹ Se fino al 2000 la legislazione in vigore nell'UE in materia di non discriminazione, pur comprendendo aspetti quali pensioni, gravidanza e regimi di sicurezza sociale, si applicava esclusivamente all'ambito del lavoro e della sicurezza sociale e proibiva solo la discriminazione fondata sul sesso, con l'entrata in vigore

e modernizzazione della normativa in materia, di cui la direttiva rivista del 2006 e le direttive del 2010 costituiscono importanti esempi¹², rispecchia tale cambiamento di prospettiva. Un quadro giuridico efficace richiede però monitoraggio, applicazione, valutazione e aggiornamento regolari, ed un dialogo continuo con le imprese, le parti sociali e gli organismi attivi nel campo della parità¹³.

Per poter dare un quadro il più possibile esaustivo degli aspetti legati alla discriminazione sessuale e alla parità tra donne e uomini, verrà presa in considerazione un'altra fonte del diritto dell'Unione europea, rappresentata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, limitando l'esame alle pronunce rese negli ultimi cinque anni.

Precisate le fonti che saranno oggetto del presente lavoro, è possibile svolgere alcune considerazioni preliminari. Innanzitutto è opportuno sottolineare che l'integrazione della dimensione di genere è molto di più della semplice promozione della parità mediante l'attuazione di misure specifiche a favore delle donne, o in alcuni casi del sesso sottorappresentato, perché essa implica la mobilitazione di tutte le politiche e le misure generali al fine specifico di conseguire tale parità. Questa finalità è perseguita dal Parlamento europeo attraverso un duplice approccio¹⁴ - che vede coinvolte non solo la commissione parlamentare competente (FEMM), ma anche le altre commissioni¹⁵ - e dalla Commissione europea attraverso valutazioni d'impatto di genere e procedure di valutazione.

È senz'altro auspicabile una politica che stimoli l'informazione e la stampa a tenere sistematicamente conto della parità di genere, ma occorre anche indirizzare l'attenzione sull'istruzione perché si inizi, fin dalla più giovane età, un percorso educativo fondato sulla parità, al fine di eliminare gli stereotipi e determinare così una vera e propria modifica culturale. I rigidi ruoli di genere possono infatti

della Direttiva 2000/43/CE sulla parità di trattamento delle persone indipendentemente dalla razza il campo d'applicazione si è esteso fino ad includere l'accesso ai beni e ai servizi, essendosi fatta strada l'idea che per garantire un eguale trattamento sul luogo di lavoro fosse necessario garantire tale eguaglianza in altri ambiti che avevano comunque un'incidenza sul lavoro. Risale al dicembre 2004 la Direttiva 2004/113/CE sulla parità di trattamento per quanto riguarda l'accesso ai beni e servizi e la loro fornitura. La Corte di giustizia ha però dichiarato invalido l'art. 5 n. 2 della suddetta Direttiva per violazione degli artt. 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali, sentenza del 1° marzo 2011, causa C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*.

¹² Cfr. *supra*.

¹³ Strategia per la parità tra donne e uomini 2010-2015 della Commissione europea del 21 settembre 2010, COM (2010) 491

¹⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 17 novembre 2011 sull'integrazione della dimensione di genere nei lavori del Parlamento europeo.

¹⁵ Il Parlamento europeo persegue inoltre l'obiettivo di uno sviluppo continuo della rete parlamentare per l'integrazione della dimensione di genere, per cui ogni commissione ha nominato un membro responsabile dell'attuazione dell'integrazione della dimensione di genere nei propri lavori.

ostacolare le scelte individuali e limitare il potenziale delle future donne e dei futuri uomini.

La parità tra donne e uomini è una condizione necessaria per la realizzazione degli obiettivi di crescita, lavoro, coesione sociale che si è data l'Unione europea dapprima con la strategia di Lisbona del 2000, poi con quella "Europa 2020". L'ineguaglianza rappresenta, infatti, un peso per un'economia che ambisce ad essere intelligente, sostenibile e solidale e che intende conseguire elevati livelli di occupazione, produttività e coesione sociale. Il potenziale e i talenti delle donne devono essere utilizzati più largamente e più efficacemente. La questione è senz'altro delicata, anche se l'Unione europea persegue una delle più evolute politiche in materia di parità al mondo. Non è dunque un caso che il Parlamento europeo abbia affermato che la parità di genere debba essere e continuare ad essere un elemento caratterizzante dell'identità culturale e politica europea¹⁶.

L'atteggiamento del legislatore italiano con riguardo al lavoro femminile è stato caratterizzato da tre fasi, nelle quali l'attenzione al fenomeno è andata evolvendosi, passando da una tutela della lavoratrice intesa quale soggetto in condizioni di debolezza psico-fisica ad una visione di uguaglianza e di promozione delle pari opportunità tra donna e uomo nel lavoro.

Alla prima di queste fasi appartiene la legge 653 del 1934, oggi abrogata, la quale rivolgendosi a donne e fanciulli poneva il divieto di lavori pericolosi, insalubri e faticosi, di lavoro notturno, di trasporto e di sollevamento pesi; stabiliva i limiti massimi di orario di lavoro e prevedeva riposi intermedi. Tale legislazione si poneva quale obiettivo quello di evitare lo sfruttamento delle cosiddette mezze forze di lavoro – donne e minori – tipico dell'inizio del processo di rivoluzione industriale.

La seconda fase si apre con l'intervento del legislatore costituente. L'art. 37, comma 1, Cost. da una parte introduce il principio paritario sancendo che «la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore», dall'altra ribadisce la necessità dell'intervento protettivo assumendo che «le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre ed al bambino una speciale ed adeguata protezione»¹⁷.

¹⁶ Risoluzione del Parlamento europeo del 17 giugno 2010 sulla valutazione dei risultati della tabella di marcia per la parità tra donne e uomini 2006-2010 e raccomandazioni per il futuro.

¹⁷ La norma ad alto tasso ideologico presenta una formulazione ambigua e contraddittoria. Essa è il frutto di un difficile compromesso fra la posizione cattolica che sottolineava l'essenzialità della funzione familiare della donna e quella della sinistra che premeva per una concezione più emancipata del lavoro femminile e della famiglia. Per superare le ambiguità è stata proposta una lettura che pone l'accento sul

Il mutamento di prospettiva rispetto alla fase precedente è palese: la donna appare bisognosa di protezione specifica nel momento in cui diventa madre, in considerazione delle esigenze di tutela della salute sua e del bambino. Qualora, invece, venga in rilievo la posizione della donna lavoratrice in quanto tale, quest'ultima è considerata su un piano di parità rispetto al lavoratore uomo.

La nuova linea di tendenza indicata dal costituente viene seguita sin da subito dal legislatore con riferimento alla tutela della lavoratrice madre, come testimonia la legge 860 del 1950, poi sostituita dalla legge 1204 del 1971 e dal D.Lgs. 151 del 2001.

Con notevole ritardo, invece, si realizza la direttiva costituzionale della parità di trattamento tra donna e uomo nel rapporto di lavoro. Un primo passo in tal senso è rappresentato dalla legge 7 del 1963 in materia di divieto di licenziamento a causa di matrimonio.

Dello stesso anno è la legge 66 con la quale fu finalmente consentito alle donne di «accedere a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, compresa la Magistratura, nei vari ruoli, carriere e categorie, senza limitazioni di mansioni e di svolgimento di carriera». Fino ad allora, alle donne era stato consentito l'accesso ai soli ruoli subalterni: l'art. 7 della legge 1176 del 1919 le escludeva «da tutti gli uffici pubblici che implicavano l'esercizio di diritti e di potestà pubbliche». A questa norma, il successivo regolamento di attuazione, approvato l'anno successivo, aggiungeva che le donne erano escluse dagli uffici pubblici, non perché non fossero giuridicamente capaci, ma perché erano inidonee ad assumere la responsabilità degli uffici cui aspiravano.

Solo il 13 maggio 1960 la Corte Costituzionale con la sentenza n. 33 dichiarò l'incostituzionalità di tale norma in cui il sesso femminile era «assunto come tale a fondamento di incapacità o di minore capacità».

L'intervento di maggior rilievo in tale direzione è, però, rappresentato dalla legge 903 del 1977, sollecitata dalla normativa comunitaria, la quale, accanto a quella internazionale, interviene in maniera più incisiva in questa tematica. La legge introduce il principio secondo cui le donne devono ricevere lo stesso trattamento degli uomini in ambito lavorativo: vieta, pertanto, qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda l'accesso al lavoro, indipendentemente dalle modalità

profilo della tensione verso la parità ed assegna alle donne il diritto a privilegiare la funzione familiare e lo svolgimento di un'attività lavorativa, potendo contare solo nel primo caso nel sostegno protettivo dello Stato.

di assunzione e qualunque sia il settore o il ramo di attività, a tutti i livelli della gerarchia professionale. Si stabilisce il diritto della lavoratrice alla stessa retribuzione del lavoratore quando le prestazioni richieste siano uguali o di pari valore. Viene, infine, sancito il divieto di discriminazione fra donne e uomini in ordine all'attribuzione delle qualifiche, delle mansioni e delle progressioni di carriera.

La terza fase della normativa nazionale in materia di lavoro femminile è rappresentata dalla legge 125 del 1991, intitolata alla realizzazione di pari opportunità tra donne e uomini: anche quest'ultima normativa è di ispirazione comunitaria. Il provvedimento normativo a differenza della legge del 1977 appare inteso a realizzare il principio di parità di trattamento nell'ambito del rapporto di lavoro sotto un profilo sostanziale, piuttosto che formale¹⁸.

Il nostro legislatore, infine, non solo ha recepito le direttive antidiscriminatorie di genere con appositi provvedimenti, ma ha anche raggruppato il materiale legislativo esistente nel D.Lgs. 198 del 2006 o Codice delle pari opportunità fra uomo e donna, emanato ai sensi dell'art. 6 della legge delega 246 del 2005, e modificato dal D.Lgs. 5 del 2010, che ha recepito la Direttiva 2006/54/CE appunto con la tecnica delle modifiche al D.Lgs. 198 del 2006, oltre che al D.Lgs. 151 del 2001 in tema di tutela della maternità e della paternità e ai D.P.R. 101 e 115 del 2007¹⁹.

¹⁸ Il legislatore interno è stato stimolato dai numerosi interventi comunitari che si sono succeduti in materia.

¹⁹ Di conseguenza risultano abrogate le leggi 7 del 1963, 903 del 1977 (ad eccezione degli artt. 5, 6, 7, 8, 13, 14), 125 del 1991 (ad eccezione dell'art. 11), la legge 215 del 1992 (ad eccezione degli artt. 10, comma 6, 12 e 13), l'art. 5 del D.Lgs. 303 del 1999, il D.Lgs. 24 del 2000, il D.Lgs. 196 del 2000 (ad eccezione dell'art. 10, comma 4), il D.Lgs. 226 del 2003 (ad eccezione degli artt. 6, comma 2 e 7, comma 1).

Capitolo I - Donne e lavoro

Premessa

1.1 Parità di retribuzione

1.2 Uguale trattamento nell'accesso al lavoro e alla formazione

1.3 Parità di trattamento nel lavoro autonomo

Premessa

Il mercato del lavoro in Europa, continua ad essere caratterizzato da fenomeni di segregazione orizzontale e verticale²⁰. Lo affermano le statistiche di Eurostat²¹ e il documento di lavoro della Commissione europea relativo ai progressi nella parità tra donne e uomini nel 2010²². Anche se le donne costituiscono quasi la metà della forza lavoro e più della metà dei nuovi diplomati universitari dell'UE, l'ineguaglianza continua a persistere e trova espressione nel divario retributivo, nella sovrarappresentazione delle donne in determinati settori e con determinate tipologie contrattuali, nella difficoltà per l'avanzamento in carriera e nel diverso utilizzo del congedo parentale.

Il Parlamento europeo, da sempre incline, in quanto istituzione rappresentativa dei popoli europei, a farsi promotore del rispetto dei diritti fondamentali, ha in più occasioni lamentato il persistente divario esistente tra donne e uomini in ambito lavorativo, pur constatando che negli ultimi anni si sono registrati alcuni miglioramenti. Tra il 2009 e il 2010 infatti la differenza, su scala europea, tra il tasso d'occupazione di uomini e donne è calata dello 0,4%, passando dal 13,3% al 12,9%. La percentuale di donne inattive dal 2000 al 2010 è scesa del 4%, mentre quella degli uomini è rimasta sostanzialmente invariata, anche se risulta ancora inferiore a quella delle donne²³. Il quadro si presenta senz'altro migliorato, anche se l'aggravarsi della crisi economica rischia di incidere negativamente sui progressi ottenuti. I risultati raggiunti non sono ancora sufficienti per giungere all'obiettivo,

²⁰ La segregazione orizzontale è data dalla predominanza di donne in settori in cui il lavoro risulta meno valutato e meno pagato. La segregazione verticale si verifica quando in uno stesso settore, le donne sono maggiormente impiegate in ruoli di valore inferiore, con salari più bassi.

²¹ Eurostat, Labour market participation by sex and age, Ottobre 2011.

²² Commission Staff Working Paper, Report on the progress on equality between women and men in 2010, SEC (2011)193 dell'11 febbraio 2011.

²³ Secondo l'indagine di Eurostat dell'ottobre 2011, la differenza di percentuale tra uomini e donne inattivi è molto più marcata nella fascia d'età che va dai 24 ai 54 anni, rispetto a quella dai 15 ai 24. In entrambi i casi però le cause dell'esclusione dal mercato del lavoro sono da ricondurre alle responsabilità familiari (il 9% delle donne, contro lo 0,5% degli uomini). La maternità incide per il 31,9% per l'inattività delle donne, mentre per gli uomini vale il contrario: l'inattività degli uomini con uno o più figli è inferiore rispetto a quella di coloro che non li hanno.

posto dalla Strategia "Europa 2020", del 75% di persone con un lavoro in età compresa tra i 20 e i 64 anni. Per riuscire a conseguire tale risultato occorrerà puntare sull'innalzamento del tasso di occupazione femminile che attualmente si aggira intorno al 62,5%.

Il trend positivo a favore dell'impiego delle donne è dovuto al fatto che molte di esse lavorano part-time. Nel 2009 si trattava del 31,4% delle donne contro l'8,1% degli uomini²⁴, nel 2010 del 31,1% contro il 7,9%²⁵.

In alcuni casi si parla di lavoro a tempo parziale "forzato" perché si tratta per le donne di una scelta obbligata dalla necessità di provvedere all'assistenza dei familiari, mancando strutture di assistenza accessibili e adeguate²⁶. Le donne di oggi infatti si trovano ad affrontare «un triplice problema, aumentare la loro partecipazione al mercato del lavoro, partorire più figli e assumere compiti sempre più impegnativi all'interno delle loro famiglie»²⁷. È alla donna che si richiede quasi sempre di accettare i compromessi necessari per adattare la sua attività lavorativa alle esigenze della famiglia ed è quasi sempre la donna che subisce i più alti livelli di stress e ansia a causa della combinazione dei ruoli da sostenere sul lavoro e in famiglia.

In altri casi il ricorso al tempo parziale da parte delle donne riflette preferenze personali, come quelle di avere più tempo da dedicare alla famiglia e al lavoro di cura, soprattutto in determinati periodi della vita, legati, per esempio, alla nascita di un figlio.

La situazione si mostra diversa per gli uomini. L'indagine europea sulle condizioni di lavoro condotta dalla Fondazione di Dublino ha evidenziato infatti che non vi era differenza tra lavoratori a tempo pieno e lavoratori a tempo parziale per quanto riguarda il tempo dedicato alla famiglia e al lavoro di cura²⁸.

²⁴ Negli Stati scandinavi il tasso d'occupazione delle donne raggiunge il 75%, cui corrisponde un'elevata percentuale di lavori part-time.

²⁵ Risoluzione del Parlamento del 10 febbraio 2010 sulla parità tra donne e uomini nell'Unione europea (2009).

²⁶ La Commissione europea ha evidenziato in più occasioni come l'assenza di servizi per l'infanzia accessibili, abordabili da un punto di vista economico e di alta qualità accentui tale squilibrio. Cfr. Comunicazione COM (2007)424; Rapporto della Commissione europea sui progressi nella parità tra donne e uomini relativa al 2010.

²⁷ Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 luglio 2007, Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo.

²⁸ Cfr. sul punto D. GOTTARDI, *Lo stato di avanzamento dei lavori a livello di istituzioni europee sulla parità di genere*, in L. CALAFÀ, D. GOTTARDI (a cura di) *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009, p. 32.

In una risoluzione del 2007 il Parlamento europeo ha promosso una riflessione su un lavoro dignitoso per tutti²⁹, sottolineando come spesso il principio del lavoro dignitoso non sia rispettato nel lavoro a tempo parziale (soprattutto quando le persone non lo hanno scelto, ma sono state costrette), nella sottoccupazione e nell'economia sommersa.

Lo stesso Parlamento europeo, pensando a come modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo³⁰, ha posto l'accento sulla necessità di prevedere un'organizzazione dell'orario di lavoro sufficientemente flessibile per rispondere alle esigenze di datori di lavoro e lavoratori e per consentire ai lavoratori di conciliare meglio vita lavorativa e vita privata, oltre ad assicurare la competitività e migliorare la situazione occupazionale in Europa, senza trascurare però la salute dei lavoratori.

Se da un lato la flessibilità nel lavoro, letta secondo una prospettiva di genere, è idonea a produrre conseguenze positive in termini di occupazione e conciliazione di esigenze familiari, dall'altro si associa tuttavia spesso a settori sottopagati, con pochi margini di carriera e di opportunità d'avanzamento, tutti aspetti su cui si tornerà nella presente trattazione.

Ciò detto, è importante sottolineare come, nell'ambito della normativa particolare, ci si affidi per una sua reale effettività a tutta una serie di istituzioni nazionali della parità.

Viene in evidenza, in primo luogo, il Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed eguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici, del quale fanno parte, oltre al Ministro del lavoro o suo delegato, rappresentanze paritetiche di organizzazioni sindacali di lavoratori e datori di lavoro, nonché rappresentanti delle associazioni e movimenti femminili più rappresentativi sul piano nazionale e il Consigliere nazionale di parità componente la commissione centrale per l'impiego³¹.

Il Comitato ha varie funzioni, fra cui le più rilevanti sono di carattere propositivo-promozionale³², consultivo³³, contenzioso³⁴, ricognitivo³⁵.

²⁹ Risoluzione del Parlamento europeo del 23 maggio 2007 sulla promozione di un lavoro dignitoso per tutti.

³⁰ Il Parlamento europeo ritiene che il miglioramento del diritto del lavoro debba essere coerente con i principi della Carta dei diritti fondamentali, con particolare riferimento al titolo IV, e debba rispettare e salvaguardare i valori del modello sociale europeo e i diritti sociali consolidati.

³¹ Partecipano alle riunioni del Comitato senza diritto di voto anche sei esperti in materie giuridiche ed i rappresentanti di altri ministeri, oltre a funzionari del Ministero del lavoro.

³² Formula proposte su questioni generali relative all'attuazione degli obiettivi della parità, informa e sensibilizza l'opinione pubblica, promuove l'adozione di azioni positive da parte delle istituzioni pubbliche,

Più in particolare, con il D.Lgs. 196 del 2000 è stata data una cadenza più stringente e mirata all'attività promozionale, prevedendosi che entro il 31 maggio di ogni anno il Comitato debba formulare un programma-obiettivo, nel quale indicare le specifiche tipologie di progetti di azioni positive da promuovere, i soggetti ammessi ed i criteri di valutazione.

Va, altresì, ricordata l'importanza della previsione di organi amministrativi quali i Consiglieri di parità, istituiti con la legge 863 del 1984, le cui funzioni, meglio definite dalla legge 125 del 1991, sono state ulteriormente riviste per effetto del D.Lgs. 196 del 2000 ed oggi precisate nel Codice delle pari opportunità³⁶.

Tali organi operano a livello nazionale, regionale e provinciale³⁷ svolgendo funzioni di promozione e controllo dell'attuazione dei principi di uguaglianza di opportunità e di non discriminazione per donne e uomini. In particolare, tra i loro compiti rientrano: la rilevazione delle situazioni di squilibrio di genere e di violazione della normativa in materia di parità, la promozione di progetti di azioni positive e verifica di tali progetti, la diffusione della conoscenza e scambio di buone prassi, la verifica della coerenza della programmazione delle politiche di sviluppo territoriale rispetto agli indirizzi istituzionali in tema di pari opportunità, il sostegno delle politiche attive del lavoro, comprese quelle formative, sotto il profilo della promozione e realizzazione di pari opportunità, la promozione di politiche di pari opportunità da parte dei soggetti pubblici e privati operanti nel mercato del lavoro, la partecipazione all'attività della Rete Nazionale delle Consigliere, la richiesta alle Direzioni provinciali del lavoro di informazioni sulla situazione occupazionale maschile e femminile, in relazione allo stato delle assunzioni, della formazione e promozione

promuove una adeguata rappresentanza di donne negli organismi pubblici nazionali e locali competenti in materia di lavoro.

³³ Esprime a maggioranza parere sul finanziamento di progetti di azioni positive.

³⁴ Propone soluzioni alle controversie collettive.

³⁵ Verifica lo stato di applicazione della legge, richiede alla Direzione provinciale del lavoro di acquisire presso i luoghi informazioni sulla situazione occupazionale maschile e femminile, redige il rapporto biennale sullo stato di attuazione della legge

³⁶ La nomina delle Consigliere e dei Consiglieri di parità regionali e provinciali avviene con decreto del Ministro del Lavoro, di concerto con il Ministro per le Pari Opportunità, su designazione degli organi a tal fine individuati dalle regioni e dalle province. Essi devono possedere requisiti di specifica competenza ed esperienza pluriennale in materia di lavoro femminile, con riferimento alle normative sulle pari opportunità e sul mercato del lavoro. Il loro mandato ha durata di 4 anni ed è rinnovabile una sola volta.

³⁷ Gli Uffici dei Consiglieri regionali e provinciali, ubicati rispettivamente presso le regioni e le province, sono stati dotati, inoltre, di opportune strutture regionali di assistenza tecnica e monitoraggio per il supporto tecnico necessario a rilevare le situazioni di squilibrio di genere, ad elaborare i dati contenuti nei rapporti sulla situazione del personale, a promuovere e realizzare piani di formazione e riqualificazione professionale, a promuovere progetti di azioni positive (art. 3 D.Lgs. 196 del 2000).

professionale, delle retribuzioni, delle condizioni di lavoro, della cessazione del rapporto di lavoro.

Particolarmente nuove ed interessanti per il nostro ordinamento sono le funzioni giurisdizionali di tali organi. Il Consigliere di parità può non solo prestare assistenza tecnica nella promozione delle conciliazioni, ma proporre ricorsi, sia su delega delle lavoratrici interessate sia direttamente, ed intervenire nei procedimenti promossi dalle lavoratrici, davanti al giudice del lavoro o al giudice amministrativo. L'azione diretta va qualificata come una vera e propria azione pubblica, cui è legittimato il Consigliere di parità territorialmente competente, che non è di per sé sostitutiva di quella eventualmente promossa dalle singole lavoratrici.

1.1 Parità di retribuzione

L'eguaglianza salariale tra donne e uomini, in linea di principio, è pienamente tutelata dal combinato disposto degli art. 4, §3, e 20 della CSER. Difatti, l'art. 4, in materia di diritto ad un'equa retribuzione, sprigiona tutta la sua portata garantistica proprio grazie al §3, che combinato con l'art. 20, rubricato "Diritto alla parità di opportunità e di trattamento in materia di lavoro e di professione senza discriminazioni basate sul sesso", consente di imporre che a donne e uomini, indistintamente, sia effettivamente garantita non solo una retribuzione eguale per un lavoro eguale, ma anche una retribuzione eguale per un lavoro di eguale valore³⁸.

Agli Stati, in particolare, è chiesto di intervenire espressamente, con atti normativi idonei, a garanzia di quanto disposto dalla CSER alla tutela della parità in materia di retribuzione. Essi possono scegliere di lasciare alla sola contrattazione collettiva le dinamiche dell'eguaglianza salariale, purché siano chiaramente previste nel diritto interno idonee sanzioni in caso di violazione di tale principio ed a condizione che siano individuate le regole generali alle quali i sindacati si devono attenere nei negoziati.

³⁸ L'art. 4 CSER dedicato al «Diritto ad un'equa retribuzione» dispone che: «Per garantire l'effettivo esercizio del diritto ad un'equa retribuzione, le Parti s'impegnano a: 1. riconoscere il diritto dei lavoratori ad una retribuzione sufficiente tale da garantire ad essi e alle loro famiglie un livello di vita dignitoso; 2. riconoscere il diritto dei lavoratori ad un tasso retributivo maggiorato per le ore di lavoro straordinario ad eccezione di alcuni casi particolari; 3. riconoscere il diritto, dei lavoratori maschili e femminili a parità di lavoro per un lavoro di pari importanza; 4. riconoscere il diritto di tutti i lavoratori ad un ragionevole periodo di preavviso nel caso di cessazione del lavoro; 5. autorizzare trattenute sui salari solo alle condizioni e nei limiti stabiliti dalla legislazione o dalla regolamentazione nazionale, ovvero da convenzioni collettive o sentenze arbitrali. L'esercizio di questi diritti deve essere garantito sia da convenzioni collettive liberamente concluse sia da meccanismi legali di determinazione dei salari, sia in ogni altro modo conforme alle condizioni nazionali».

Compito attribuito agli Stati membri dalla Carta è anche quello di elaborare, nei propri ordinamenti, metodi e criteri di classificazione del lavoro che permettano di comparare il valore degli impieghi ed il trattamento salariale tra più imprese, soprattutto tra quelle in cui maggiore è la presenza femminile. In tal modo le donne con compiti diversi da quelli affidati agli uomini, ma di eguale valore, potranno ottenere una eguale retribuzione, grazie a valutazioni oggettive che tengano conto della responsabilità, della competenza, dell'impegno e delle condizioni di lavoro.

Il CEDS ha ritenuto indispensabile pervenire a valutazioni oggettive sulla situazione di ciascuno Stato circa i posti di lavoro nei diversi settori dell'economia, con particolare riguardo per quelli in cui è predominante la presenza femminile.

Il Comitato ha inoltre precisato, nelle proprie conclusioni sulla situazione di taluni Stati, che l'eguaglianza salariale deve riguardare tutti i profili della retribuzione: il salario e i trattamenti di base o al minimo, nonché tutti i vantaggi, diretti o indiretti, in denaro o in natura, che devono essere riconosciuti dal datore di lavoro³⁹.

La parità di trattamento in materia di retribuzioni deve comunque essere garantita, in virtù dei principi sanciti dalla Carta, anche tra i lavoratori a tempo pieno e quelli a tempo parziale.

Nonostante tali previsioni la legislazione in materia adottata dagli Stati membri del Consiglio d'Europa è apparsa all'Assemblea parlamentare inefficace e inadeguata. Nella Risoluzione del 18 aprile 2007 l'Assemblea parlamentare ha sottolineato l'importanza di fissare obiettivi concreti a livello europeo e nazionale ed ha invitato gli Stati membri del Consiglio d'Europa a trovare metodi più innovativi per garantire che le donne ricevano parità di retribuzione per eguale lavoro⁴⁰.

Con il Rapporto denominato "Divario salariale tra donne e uomini", la Commissione sulle pari opportunità tra donne e uomini ha individuato i fattori della differenza retributiva basata sul sesso, indicando la necessità di trarre conclusioni e

³⁹ L'Olanda è stata ritenuta dal CEDS non conforme alla CSE, per il fatto che la nozione di retribuzione, ai fini dell'eguaglianza salariale, presente nell'ordinamento interno ha un'accezione troppo limitata. Sulla accezione di "retribuzione" in ambito comunitario e dell'UE, cfr. *infra*.

⁴⁰ Molteplici sono stati nel 2010 gli interventi dell'Assemblea parlamentare in materia di differenza salariale tra donne e uomini: il rapporto dell'8 febbraio della Commissione sulle pari opportunità tra donne e uomini; il parere del 9 febbraio della Commissione per gli affari economici e dello sviluppo; la Risoluzione 1715 (2010) e la Raccomandazione 1907 (2010). Con una proposta di raccomandazione datata 13 maggio 2008, "Il divario salariale tra donne e uomini", l'Assemblea parlamentare ha definito il divario salariale una "realtà statistica": le donne in media guadagnano meno, sia al lordo che al netto, per ora, al mese, all'anno e ciò con ricadute e implicazioni sulla pensione.

formulare raccomandazioni⁴¹. Tra queste quella di invitare gli Stati membri ad introdurre nella legislazione nazionale il diritto a un salario uguale per un lavoro di pari valore, laddove non ancora presente, di stabilire pesanti sanzioni per i datori di lavoro che non rispettano tale diritto, e di prevedere il diritto inviolabile dei lavoratori di agire in giudizio per il riconoscimento di tale diritto senza rischi per il loro lavoro.

A parere della Commissione, i sistemi di classificazione delle mansioni e dei compensi devono essere quindi il più possibile equi, anche nel settore privato, sull'esempio norvegese e sulla scia della recente iniziativa francese, in base alla quale almeno il 40% dei membri dei consigli di amministrazione delle aziende deve essere rappresentato da donne. Proprio la classificazione delle funzioni rappresenta una delle maggiori cause della disparità salariale tra donne e uomini. Sarebbe auspicabile l'apertura, all'interno degli Stati membri, di un confronto tra organi di governo e parti sociali allo scopo di eliminare la discriminazione nella valutazione delle funzioni e nella classificazione del lavoro e di aggiornare i settori "femminili".

Una valutazione obiettiva dei contenuti delle mansioni deve essere la base per la determinazione del reddito. Questo è l'unico fattore oggettivamente verificabile sul mercato del lavoro che, se valutato adeguatamente e in modo professionale, può colmare il divario salariale. Lo stipendio dipende unicamente dalla qualità del lavoro prestato e deve prescindere dal modo in cui viene prestato e da chi lo svolge. Tale valutazione deve essere effettuata sulla base di criteri che non lascino spazio a pregiudizi e stereotipi: solo in questa maniera si potrà creare un sistema equilibrato di classificazione delle funzioni in grado di rimuovere le discriminazioni. Spesso, però, proprio il sistema di valutazione diventa uno strumento nascosto che contribuisce ad aumentare il divario salariale. I criteri divengono, in alcuni casi, strumenti di discriminazione sessuale indiretta. Ci sono molti esempi nella pratica⁴². A criteri, tipicamente associati a caratteristiche maschili, quali la responsabilità, la decisione o la formazione viene attribuito maggiore valore rispetto alla facilità di comunicazione, l'empatia e la precisione, propriamente femminili.

La Commissione per gli affari economici e lo sviluppo con il parere del 9 febbraio 2010, condividendo i risultati e le proposte contenute nella bozza di risoluzione e di raccomandazione presentata dalla Commissione per le pari

⁴¹ Non è il primo rapporto della commissione sull'argomento. Nel marzo del 2005 relazione dal titolo "La discriminazione contro le donne nella forza lavoro e sul posto di lavoro", ha portato all'adozione della Raccomandazione 1700 (2005) del Assemblea parlamentare

⁴² I lavoratori edili sono esposti ad un duro lavoro fisico perché spostano massi e sollevano pesi, ma spesso ci dimentichiamo che gli infermieri devono sollevare i pazienti più volte al giorno

opportunità tra donne e uomini, ha sottolineato come il divario salariale non sia soltanto una questione che richiede un efficace intervento normativo, ma è anche un problema che attiene la generale prosperità economica dei Paesi europei.

Il percorso compiuto dall'Assemblea parlamentare si è concluso con l'adozione della Risoluzione 1715 (2010) e della Raccomandazione 1907 (2010), dove, riaffermando i principi già sanciti dalle Commissioni, l'Assemblea parlamentare si è dichiarata soddisfatta degli sforzi del Comitato dei Ministri per difendere il diritto ad una eguale retribuzione per lavoro di pari valore, in particolare riconoscendo tale diritto nella Carta sociale europea riveduta del Consiglio d'Europa.

Se si sposta lo sguardo all'Unione europea emerge che, pur essendo trascorsi più di cinquant'anni dall'enunciazione nel Trattato di Roma del principio di parità retributiva tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile per lo stesso lavoro⁴³ e pur essendo state intraprese azioni e messi in opera strumenti per rendere effettivo tale principio, le donne continuano a guadagnare meno degli uomini. La media europea si aggira intorno allo 17,5% e non accenna a migliorare⁴⁴. Anzi, recentemente Eurostat ha rilevato che in alcuni settori⁴⁵, come quello della ricerca scientifica, la percentuale raggiunge il 25%.

Il principio di parità retributiva sancito dai Trattati originari ha trovato una sua concretizzazione nella legislazione comunitaria adottata a partire dagli anni '70, sottoposta ad alcune modifiche. Nel tentativo di semplificare e chiarire meglio il quadro normativo sul tale materia è stata adottata la direttiva 2006/54/CE relativa all'attuazione del principio di pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione), in cui è confluita anche la direttiva 75/11/CEE⁴⁶.

La definizione di retribuzione fornita dalla direttiva 2006/54/CE ricalca il contenuto dell'art. 119 Trattato CEE (divenuto art. 141 TCE e oggi art. 157 TFUE), così come interpretato dalla Corte di giustizia. Con tale espressione si devono intendere il salario o lo stipendio normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore. La Corte da tempo ha chiarito che in essa rientrano gli aumenti retributivi

⁴³ Cfr. *supra*.

⁴⁴ Tra i vari Stati membri dell'UE le differenze sono notevoli.

⁴⁵ Il divario è maggiore nel settore privato, rispetto a quello pubblico, secondo il rapporto del 2010 elaborato dal network europeo di esperti legali in materia di eguaglianza di genere, in [www.http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=578&type=2&furtherPubs=no](http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=578&type=2&furtherPubs=no)

⁴⁶ Direttiva 75/117/CEE del 10 febbraio 1975 per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile.

individuali⁴⁷, gli incrementi per anzianità che si aggiungono al trattamento minimo e di base⁴⁸, la somma corrisposta ai lavoratori impiegati a tempo parziale per le ore in cui partecipano a corsi di formazione⁴⁹, i supplementi ai capo famiglia⁵⁰, le agevolazioni di viaggio ottenibili da chi va in pensione, le indennità mensili integrative dello stipendio⁵¹, le indennità di licenziamento e le pensioni⁵².

Come si è prima accennato, tra i fattori alla base della differenza di retribuzione rientra senz'altro la diversità dei posti di lavoro occupati dalle donne. Queste ultime sono impiegate spesso con mansioni poco qualificate, subiscono meno progressioni in carriera e più interruzioni in ragione delle responsabilità familiari. Le donne poi si concentrano in un numero più limitato di settori e di professioni quali ad esempio l'istruzione, la sanità e l'amministrazione pubblica che, come è noto, sono meno remunerati rispetto a quelli in cui operano gli uomini (industria, servizi per le imprese, finanza). Ma anche nei settori di sovrarappresentazione femminile il divario retributivo tra lavoratori e lavoratrici risulta essere elevato. Al contrario, nei settori a prevalenza maschile, come quello delle costruzioni o delle estrazioni minerarie, il gap appare ridotto⁵³.

Se si passa a considerare la giurisprudenza della Corte di giustizia si può rilevare come la Corte abbia adottato due approcci diversi in relazione all'applicazione del principio di parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici⁵⁴. Il primo vieta le

⁴⁷ Corte di giustizia, sentenza del 17 ottobre 1989, causa C-109/88, *Danfoss*.

⁴⁸ Corte di giustizia, sentenza del 7 febbraio 1991, causa C-184/89, *Nimz*.

⁴⁹ Corte di giustizia, sentenza del 4 giugno 1992, causa C-360/90, *Arbeiterwohlfahrt*.

⁵⁰ Corte di giustizia, sentenza del 9 giugno 1982, *Commissione europea c. Lussemburgo*.

⁵¹ Corte di giustizia, sentenza del 26 giugno 2001, causa C-381/99, *Brunnhof*. La Corte ha affermato che la parità delle retribuzioni deve essere assicurata non solo in relazione ad una valutazione globale dei vantaggi concessi ai lavoratori ma anche alla luce di ciascun elemento della retribuzione preso separatamente.

⁵² La Corte ha dichiarato, nella sentenza del 28 settembre 1994, causa C-7/93, *Beune*, nella sentenza del 29 novembre 2001, causa C-366/99, *Griesmar* e nella sentenza del 12 settembre 2002, causa C-351/00, *Niemi* che le pensioni erogate dallo Stato agli ex dipendenti che hanno prestato servizio nel settore pubblico possono costituire una retribuzione ai sensi dell'art. 141 TCE. Sulla distinzione tra regimi pensionistici legali e regimi professionali e sulla differente età pensionabile, cfr. la sentenza del 13 novembre 2008, causa C-46/07, *Commissione europea c. Repubblica italiana* in cui la Corte ha dichiarato che la normativa italiana, in forza della quale i dipendenti pubblici avevano diritto a percepire la pensione di vecchiaia ad età diverse a seconda che fossero uomini o donne, era contraria all'art. 141 TCE. Cfr. S. BORELLI, *Differente età pensionabile dei dipendenti pubblici e discriminazioni di genere: come adeguare la normativa interna al diritto comunitario*, in *Studium Iuris*, fasc. 4, 2009, p. 372-376. Cfr. anche Corte di giustizia, sentenza del 26 marzo 2009, causa C-559/07, *Commissione c. Grecia*; Corte di giustizia, sentenza del 18 novembre 2010, causa C-356/09, *Pensionsversicherungsanstalt*. Sull'età pensionabile di una persona che ha cambiato sesso, cfr. Corte di giustizia, sentenza del 27 aprile 2006, causa C-423/04, *Richards*.

⁵³ Cfr. Rapporto del 2010 elaborato dal network europeo di esperti legali in materia di eguaglianza di genere, cit. *supra*.

⁵⁴ S. BURRI, *La discrimination indirecte fondée sur le sexe au niveau de la rémunération et des conditions de travail: l'application d'un concept potentiellement dynamique*, in www.equineteurope.org/2056_exp3_fr.pdf.

disparità salariali tra lavori uguali o di ugual valore, imponendo la parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici. In questo caso, l'attenzione si concentra sull'esistenza di un trattamento differente. Il secondo approccio trova applicazione, invece, nei casi in cui all'applicazione di un criterio o di una disposizione apparentemente neutri (come per esempio la disciplina del lavoro a tempo parziale) corrispondono effetti maggiormente sfavorevoli per i lavoratori di un determinato sesso.

È possibile ricondurre al primo approccio, a mero titolo esemplificativo, la pronuncia resa nel caso *Allonby*⁵⁵. In tale occasione la Corte di giustizia ha affermato che una donna, il cui contratto di lavoro con un'impresa non sia stato rinnovato e che si sia messa subito a disposizione del precedente datore di lavoro con l'intermediazione di un'altra impresa per fornire le stesse prestazioni, non ha il diritto di avvalersi, nei confronti dell'impresa intermediaria, del principio della parità di retribuzione, ai sensi dell'art. 141 TCE, ponendo a raffronto la retribuzione percepita per uno stesso lavoro o un lavoro di pari valore da un uomo, specificatamente individuato, assunto dal precedente datore di lavoro della donna. La Corte lo ha escluso, constatando che le differenze retributive non fossero riconducibili ad un'unica fonte (i datori di lavoro erano infatti diversi, da un lato un College, dall'altro un'agenzia di intermediazione). I giudici hanno anche affermato che la qualificazione formale di lavoratore autonomo ai sensi del diritto nazionale non esclude che una persona sia qualificata come lavoratore ai sensi dell'art. 141 par. 1 TCE, se la sua indipendenza è solamente fittizia.

Spesso i datori di lavoro invocano come giustificazione della differenza salariale l'assenza di funzioni equivalenti o la mancanza di uguali qualificazioni personali. Per la Corte il fatto che la lavoratrice ricorrente e il lavoratore di riferimento siano inquadrati nella stessa categoria professionale prevista dal contratto collettivo che disciplina il loro rapporto di lavoro non è, da solo, sufficiente per concludere che i due lavoratori svolgono uno stesso lavoro o un lavoro al quale è attribuito un valore uguale, costituendo tale circostanza solo un indizio, tra gli altri, del soddisfacimento di tale criterio⁵⁶. Spetta alla lavoratrice che si ritiene vittima di una discriminazione fornire gli elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che vi sia stata una discriminazione (per esempio il fatto di svolgere uno stesso lavoro o un lavoro di valore uguale, comparabile a quello svolto dal suo collega di

⁵⁵ Corte di giustizia, sentenza del 13 gennaio 2004, causa C-256/01, *Allonby*.

⁵⁶ Corte di giustizia, sentenza del 26 giugno 2001, causa C-381/99, *Brunnhofner*.

riferimento)⁵⁷; il datore di lavoro allora dovrà provare l'insussistenza della violazione del principio di parità, facendo valere motivi obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione basata sul sesso per giustificare la differenza di retribuzione accertata e conformi al principio di proporzionalità⁵⁸. La Corte ha escluso che una differenza di retribuzione corrisposta, al momento della loro assunzione, a due lavoratori di sesso opposto per uno stesso posto di lavoro o per un lavoro di valore uguale potesse essere giustificata da fattori conosciuti solo dopo l'entrata in servizio dei lavoratori interessati e valutabili solo nel corso dell'esecuzione del contratto di lavoro, come per esempio una differenza nella capacità individuale di lavoro degli interessati o nella qualità delle prestazioni di un determinato lavoratore rispetto a quelle del suo collega.

Con riferimento al secondo approccio, la Corte ha mostrato di considerare i dati statistici come un elemento prezioso che il ricorrente può utilizzare per sostenere l'esistenza di una discriminazione. Anche in questo caso è possibile fare riferimento, a titolo esemplificativo, ad una pronuncia resa dalla Corte di giustizia. Si tratta delle cause riunite *Schönheit* e *Becker*⁵⁹, in cui le ricorrenti, entrambe impiegate pubbliche a tempo parziale, avevano lamentato di essere vittime di una discriminazione fondata sul sesso. In base ad elementi tecnici relativi al calcolo delle pensioni, risultava che le persone che avevano lavorato a tempo parziale percepivano proporzionalmente meno delle persone con un lavoro a tempo pieno. Le statistiche prodotte mostravano che l'87,9% degli impiegati a tempo parziale erano donne⁶⁰. La Corte ha ritenuto che proprio tali dati facessero sorgere una presunzione di discriminazione indiretta fondata sul sesso⁶¹ e ha concluso che una normativa nazionale, che portava a ridurre l'importo della pensione di vecchiaia di un lavoratore in modo sproporzionato riguardo ai suoi periodi di attività ad orario ridotto, non

⁵⁷ Cfr. art. 19 della Direttiva 2006/54/CE, che ha abrogato la Direttiva 97/80/CE del 17 dicembre 1997 riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso. Secondo il rapporto 2010 del network di esperti legali il numero di cause introdotte a livello nazionale dalle lavoratrici per lamentare la diversità di retribuzione è piuttosto basso ed è dovuto ad una molteplicità di fattori, tra cui la difficoltà nell'individuare l'elemento di comparazione, la mancanza di disponibilità economiche per affrontare un processo, risarcimenti e sanzioni non soddisfacenti.

⁵⁸ Se il datore di lavoro è un imprenditore, tali motivi possono configurarsi come bisogni reali dell'impresa, mentre se si tratta dello Stato, essi possono essere rappresentati da obiettivi ampi di politica sociale e del lavoro. La Corte ha escluso che la gestione rigorosa del personale rientrasse tra i motivi obiettivi idonei a giustificare una discriminazione ad opera di un datore di lavoro privato. Allo stesso modo, nel caso di datore di lavoro pubblico, la Corte ha escluso che tra gli obiettivi ampi di politica sociale e del lavoro rientrassero le esigenze di limitare la spesa.

⁵⁹ Corte di giustizia, sentenza del 23 ottobre 2002, cause riunite C-4/02 e C-5/02, *Schönheit* e *Becker*.

⁶⁰ La Corte è giunta a considerare sufficienti anche dati statistici che rivelavano uno scarto meno significativo, ma persistente, tra lavoratori e lavoratrici, cfr. Corte di giustizia, sentenza del 9 febbraio 1999, causa C-167/97, *Seymour-Smith*.

⁶¹ Cfr. anche Corte di giustizia, sentenza del 2 ottobre 1997, causa C-1/95, *Gester*.

poteva essere considerata obiettivamente giustificata dal fatto che la pensione costituisce in tale ipotesi il corrispettivo di una prestazione di lavoro meno significativa, oppure perché essa ha lo scopo di evitare che i funzionari pubblici occupati ad orario ridotto fossero avvantaggiati rispetto a quelli occupati a tempo pieno.

Sempre in relazione alla discriminazione indiretta per lavori a tempo parziale, occorre richiamare la recente sentenza pronunciata dalla Corte nel caso *Voß*⁶². La ricorrente nella causa principale aveva affermato che la retribuzione delle ore straordinarie svolte oltre l'orario di lavoro, essendo inferiore a quella delle ore prestate nell'ambito dell'orario individuale di lavoro, comportasse una discriminazione indiretta in quanto aveva come conseguenza il fatto che gli insegnanti che lavorano a tempo parziale, in prevalenza donne, percepissero, quando effettuavano ore supplementari rispetto al loro orario individuale e nei limiti del numero di ore dovute nell'ambito di un lavoro a tempo pieno, una retribuzione inferiore, a parità di numero di ore lavorate, a quella degli insegnanti che lavorano a tempo pieno. La Corte, dopo aver richiamato la propria giurisprudenza in materia di disparità di trattamento tra i lavoratori a tempo parziale e i lavoratori a tempo pieno per quanto riguarda la retribuzione delle ore straordinarie⁶³, e dopo aver constatato che le ore straordinarie (che sono retribuite in modo meno vantaggioso delle ore c.d. «normali») sono definite come le ore effettuate oltre la durata normale di lavoro fissata dall'orario individuale dell'insegnante (orario che varia a seconda che il dipendente lavori a tempo parziale o a tempo pieno), ha concluso che la normativa tedesca comportava una disparità di trattamento a danno degli insegnanti che lavorano a tempo parziale. La Corte ha ritenuto però che spettasse al giudice del rinvio verificare se, tenuto conto l'insieme dei lavoratori cui si applica tale normativa,

⁶² Corte di giustizia, sentenza del 6 dicembre 2007, causa C-300/06, *Voß*.

⁶³ Nella sentenza del 15 dicembre 1994, cause riunite C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 e C-78/93, *Helmig e a.*, la Corte di giustizia ha ritenuto che non vi fosse disparità di trattamento tra i lavoratori a tempo parziale e i lavoratori a tempo pieno quando le norme nazionali applicabili prevedono il pagamento di aumenti di retribuzione per le ore straordinarie solo in caso di superamento della durata normale di lavoro, come fissata da un contratto collettivo, e non in caso di superamento dell'orario individuale di lavoro. La Corte ha constatato che, in tali circostanze, i lavoratori a tempo parziale certamente ricevono, a parità di ore effettuate, la stessa retribuzione di quella percepita dai lavoratori a tempo pieno, e ciò sia quando l'orario normale di lavoro come stabilito dai contratti collettivi non è superato sia quando sono effettuate ore ulteriori rispetto a tale orario, le maggiorazioni per ore straordinarie essendo a favore, in questa seconda ipotesi, di tutte le categorie di lavoratori. Al contrario, nella sentenza del 27 maggio 2004, causa C-285/02, *Elsner-Lakeberg* la Corte ha ritenuto che ci fosse stata una disparità di trattamento tra i lavoratori a tempo parziale e i lavoratori a tempo pieno in quanto le disposizioni nazionali applicabili prevedevano che tutti i lavoratori fossero tenuti ad effettuare un numero minimo di tre ore di lezione al mese oltre al loro orario individuale di lavoro per poter avere diritto ad una retribuzione per il lavoro straordinario.

risultasse danneggiata una percentuale notevolmente più elevata di lavoratori di sesso femminile che di lavoratori di sesso maschile, e se la disparità di trattamento non fosse giustificata da fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso.

Infine, la Corte ha preso in considerazione anche situazioni in cui il divario retributivo per uno stesso lavoro veniva giustificato dal criterio dell'anzianità professionale. La pronuncia resa nel caso *Danfoss*⁶⁴, anche se risalente agli anni '80, merita di essere menzionata. La Corte era stata chiamata a valutare la compatibilità con il principio di pari retribuzione tra lavoratori e lavoratrici di aumenti retributivi giustificati dal datore di lavoro sulla base di alcuni criteri: flessibilità, formazione professionale e anzianità. In relazione al primo, la Corte ha operato una distinzione, ritenendo che, se è utilizzato per retribuire la qualità del lavoro svolto dal dipendente, esso appare neutro e il fatto che sfavorisca sistematicamente le donne significa che il datore di lavoro l'ha applicato in modo abusivo; se invece riguarda l'adattabilità del lavoratore ad orari e luoghi di lavoro variabili, tale criterio può anche operare a danno delle lavoratrici «a causa di impegni casalinghi e familiari di cui hanno sovente responsabilità». Quanto al criterio della formazione professionale, la Corte ha rilevato che non è escluso che possa svolgere un ruolo a danno di lavoratrici, se queste hanno avuto minori possibilità di acquisire una formazione altrettanto avanzata o abbiano utilizzato tali possibilità in misura minore; il datore può tuttavia giustificare tale previsione dimostrando che la formazione riveste importanza per l'esecuzione di compiti specifici. Infine, per quanto riguarda il criterio dell'anzianità, la Corte ha affermato che «non è escluso che possa comportare un trattamento meno favorevole dei lavoratori di sesso femminile in quanto le donne sono entrate più recentemente sul mercato del lavoro o subiscono più frequentemente interruzioni di carriera. Tuttavia poiché l'anzianità va di pari passo con l'esperienza e quest'ultima pone generalmente il lavoratore in grado di meglio svolgere le sue prestazioni, il datore di lavoro è libero di remunerarla senza dover dimostrare l'importanza che essa riveste per l'esecuzione dei compiti specifici che sono affidati al lavoratore».

La Corte è tornata ad occuparsi del criterio dell'anzianità nel recente caso *Cadman*⁶⁵ in cui ha precisato che possono verificarsi situazioni che richiedono una giustificazione circostanziata, da parte del datore di lavoro, del ricorso a tale criterio,

⁶⁴ Corte di giustizia, sentenza del 17 ottobre 1989, causa 109/88, *Danfoss*.

⁶⁵ Corte di giustizia, sentenza del 3 ottobre 2006, causa C-17/05, *Cadman*.

in particolare «quando il lavoratore fornisce elementi atti a suscitare seri dubbi in merito all'idoneità a conseguire il suddetto obiettivo mediante il ricorso al criterio dell'anzianità di servizio. In tali casi, spetta al datore di lavoro dimostrare che ciò che vale per regola generale – ossia che l'anzianità va di pari passo con l'esperienza e che quest'ultima pone il lavoratore in grado di svolgere meglio le sue mansioni – vale anche per l'impiego in esame». La Corte ha poi aggiunto che quando si utilizza, ai fini della determinazione della retribuzione, un sistema di classificazione professionale basato sulla valutazione del lavoro da svolgere, non è necessario dimostrare che un lavoratore, considerato individualmente, abbia acquisito, nel periodo pertinente, un'esperienza tale da consentirgli di svolgere meglio le sue mansioni.

Tenuto conto delle considerazioni svolte in premessa non stupisce che dall'esame della giurisprudenza della Corte risultino più frequenti i casi in cui a lamentare una violazione del principio di parità retributiva siano le donne. Degno di nota appare però il caso *Griesmar*⁶⁶ in cui la Corte ha affermato che il principio sopra richiamato fosse stato violato da una disposizione contenuta nel codice delle pensioni civili e militari francese, nei limiti in cui essa escludeva dal beneficio delle maggiorazioni di anzianità, istituite ai fini del calcolo della pensione di vecchiaia, i dipendenti pubblici di sesso maschile che potevano provare di essersi occupati dell'allevamento dei propri figli. La Corte è giunta a tale conclusione rilevando come la norma nazionale, pur essendo stata introdotta per contribuire ad aiutare la donna a vivere la propria vita lavorativa su un piano di parità rispetto all'uomo, non fosse risultata idonea a compensare gli svantaggi ai quali sono esposte le carriere delle dipendenti pubbliche aiutandole nella propria vita lavorativa.

Come si è cercato di evidenziare, il problema della differenza retributiva continua a costituire uno dei punti centrali della politica comunitaria (ora dell'UE)⁶⁷ e nazionale. Ci si potrebbe quindi chiedere se ad aver fallito sia il quadro giuridico europeo⁶⁸ o invece il mancato o non corretto adeguamento a livello nazionale. In

⁶⁶ Corte di giustizia, sentenza del 29 novembre 2001, causa C-366/99, *Griesmar*.

⁶⁷ Nella Roadmap sulla parità tra uomini e donne 2006-2010, COM (2006) 92, la Commissione europea aveva indicato la parità di retribuzione come una priorità. Nel 2007 aveva presentato una comunicazione, in cui aveva proposto una serie di linee d'azione per ridurre tale divario, tra cui rientravano l'aumento dei servizi di assistenza all'infanzia e l'eliminazione degli stereotipi nell'istruzione, nella formazione e nella cultura.

⁶⁸ Cfr. anche A. G. VELDMAN, *Renforcement des effets de la législation communautaire sur l'égalité de rémunération ou pourquoi les normes fixées en matière d'égalité des rémunérations ont un faible impact sur l'écart salarial existant sur le marché du travail de l'UE*, in www.equineteurope.org/2056_exp3_fr.pdf. Nella comunicazione COM (2007)424 del 18 luglio 2007, combattere il divario di retribuzione tra donne e uomini, la Commissione ha evidenziato che la normativa comunitaria si è dimostrata efficace per garantire il rispetto del principio di parità di retribuzione quando si trattava di discriminazioni dirette per uno stesso lavoro, mentre è risultata meno efficace nei casi di lavoro

realtà sarebbe più opportuno domandarsi se la legislazione, europea e nazionale, sia da sola sufficiente a porre fine a questo divario. La Commissione europea nel recente rapporto sulla parità tra donne e uomini relativo al 2010⁶⁹, constatando che gli Stati membri hanno pienamente trasposto quanto previsto dalla legislazione europea in materia, ha posto l'accento proprio sul fatto che il problema della differenza retributiva non può essere risolto solo attraverso strumenti giuridici, ma ha bisogno anche di misure che devono essere stabilite, preferibilmente, attraverso il dialogo sociale e quindi mediante il coinvolgimento completo dei sindacati⁷⁰.

A livello nazionale, come già ricordato, l'art. 37 Cost. stabilisce il principio secondo cui la donna ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, la stessa retribuzione che spetta a qualunque lavoratore. Si tratta di una delle tante specificazioni del principio di uguaglianza formale con cui, nella specie, si esclude che il sesso possa costituire elemento di discriminazione fra personale maschile e femminile nell'ambito del rapporto di lavoro.

Essa risponde alla direttiva generale secondo cui il principio di eguaglianza si frantuma in una serie di diritti sociali, riassunti nell'art. 3 Cost., ma elencati specificamente in altre disposizioni costituzionali.

Si tratta di una previsione sostanziale conforme alla convenzione n. 100 dell'OIL, ratificata con la legge 741 del 1956, che parla di "lavoro di valore uguale" ed all'art. 119 del Trattato CEE che si riferisce al "lavoro uguale". Anche per tale norma costituzionale, al pari dell'art. 36, si è imposta sin da subito la tesi della precettività (Cass., n. 2283/1958), nel senso della immediata spendibilità del principio come diritto soggettivo perfetto davanti all'autorità giurisdizionale.

Decisamente più lunga è stata la discussione sull'interpretazione della nozione di "*parità di lavoro*". Da una parte, infatti, si assumeva che l'inciso intendesse parificare le posizioni lavorative della donna e dell'uomo purché sussistesse parità di rendimento ed in tal senso diverse sono state le pronunce della giurisprudenza di merito (Trib. Udine, 23 giugno 1962; Trib. Firenze, 6 aprile 1963; Corte di Appello Firenze, 4 marzo 1966). Dall'altra si riteneva, invece, che l'inciso alludesse alla parità

di pari valore, dal momento che queste discriminazioni si prestano di meno a essere combattute attraverso un'azione giudiziaria individuale, dato che le vittime spesso non ne sono consapevoli. La Commissione europea ha poi fatto presente che in numerosi settori le azioni da intraprendere oltrepassano le proprie competenze e investono gli Stati membri.

⁶⁹ Cit. *supra*.

⁷⁰ Secondo il Rapporto 2010 del network europeo di esperti nella maggioranza degli Stati membri non esistono strumenti giuridici che inducono o obbligano le parti sociali ad occuparsi della parità retributiva nei contratti collettivi.

di inquadramento contrattuale: tale orientamento è stato condiviso dalla Suprema Corte con le sentenze n. 7070/1970 e n. 2538/1968.

La prima interpretazione poneva, però, diversi problemi applicativi: risultava, infatti, difficile se non addirittura impossibile, stabilire il livello di rilevanza di tale rendimento e la sua verificabilità in concreto. Al di là della ragione pratica, però, la prospettiva interpretativa si faceva portatrice di un intento di politica del diritto chiaramente ripudiato dalla Costituzione che alludeva invece alla perfetta parificazione economica e normativa tra donne e uomini a parità di qualifica e di durata del rapporto.

Il principio della parità retributiva e di trattamento tra i sessi in Italia ha stentato ad affermarsi anche sul piano sindacale. La contrattazione collettiva ha, infatti, prefigurato tabelle salariali distinte fra uomini e donne, con conseguente penalizzazione di queste ultime, per un lungo periodo, tanto che solo nel 1960 venne raggiunta un'intesa tra le parti sociali, ratificata con l'Accordo Interconfederale del 16 luglio 1960, con cui si prevedeva il graduale superamento dei differenziali basati sul sesso. Con tale accordo si introduceva un inquadramento non più basato sul sesso, ma sulle categorie professionali, anche se le lavoratrici delle ex categorie donne erano collocate ai livelli più bassi del nuovo inquadramento: all'eliminazione dei differenziali salariali non corrispondeva, quindi, un sostanziale giudizio di parità di valore fra lavoro maschile e lavoro femminile.

La Suprema Corte con la sentenza n. 209/1984 ha statuito che il principio della parità di trattamento, in materia di lavoro, tra uomini e donne, sancito dall'art. 37 Cost. e recepito dalle leggi 741 del 1956 e 141203 del 1957⁷¹, comporta il conferimento alle lavoratrici di un diritto soggettivo alla parità giuridica e salariale con i lavoratori, che spiega i suoi effetti nei contratti collettivi ed individuali di lavoro contenenti clausole contrastanti con il suddetto precetto costituzionale. Tale diritto deve ritenersi violato quando la disparità di trattamento tra uomini e donne non trovi giustificazione in una diversità obbiettiva delle prestazioni di lavoro, in quanto la "parità di lavoro", cui esso è subordinato dall'art. 37 citato, non deve essere intesa come parità di rendimento o parità di durata delle prestazioni lavorative affidate ai lavoratori di ambo i sessi⁷². Con la medesima pronuncia i giudici di legittimità hanno

⁷¹ Le leggi hanno reso esecutivi in Italia, rispettivamente, la convenzione di Ginevra 29 giugno 1951 ed il Trattato istitutivo della CEE.

⁷² Nella specie, la Suprema Corte, alla stregua del surriportato principio, ha confermato la decisione di merito che aveva negato la legittimità del trattamento tabellare differenziato tra lavoratori e lavoratrici

ritenuto che al fine di far valere la parità retributiva deve farsi riferimento all'intero trattamento economico spettante ai lavoratori per legge o per contratto collettivo e non ai soli trattamenti minimi. Non possono essere calcolati, pertanto, ai fini della comparazione delle retribuzioni dei lavoratori di sesso diverso, gli emolumenti corrisposti indifferentemente agli uomini e alle donne in considerazione dei meriti dei dipendenti, trattandosi di erogazioni, in aggiunta alla retribuzione, rimesse alla discrezionalità del datore di lavoro.

La difficoltà nel rendere effettivi i principi costituzionali anche in ambito retributivo è resa poi manifesta dalla necessità dell'intervento legislativo con la legge 903 del 1977, oggi contenuta nel Codice delle pari opportunità tra uomo e donna. Il Codice oltre al divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro codifica all'art. 28 il principio della parità retributiva, in base al quale la lavoratrice ha diritto alla stessa retribuzione del lavoratore, quando le prestazioni richieste siano uguali o di pari valore. I sistemi di classificazione professionale ai fini retributivi debbono, pertanto, adottare criteri comuni per uomini e donne.

Con il D.Lgs. 5 del 2010 il legislatore delegato, trasponendo nell'ordinamento nazionale la Direttiva 2006/54/CE e apportando modifiche al Codice delle pari opportunità è intervenuto nuovamente sulla parità di trattamento retributivo e all'art. 1, comma 1, lettera s) ha dettato, con il numero 1), il nuovo testo dell'art. 28 del D.Lgs. 198 del 2006, vietando qualsiasi discriminazione, diretta o indiretta, concernente un qualunque aspetto o condizione della retribuzione, per uno stesso lavoro o per un lavoro cui è attribuito un uguale valore. Rientrano nella previsione anche i *fringe benefits* ed i compensi in natura, ma non i trattamenti economici concessi *intuitu personae* (permane pertanto l'orientamento già sancito, anche se ormai datato, dalle sentenze della Corte di Cassazione n. 1320/1981 e n. 209/1984).

La norma ha poi integrato, al numero 2), il comma 2 dell'articolo 28, prevedendo che i sistemi di classificazione professionale ai fini della determinazione della retribuzione, oltre a dover adottare criteri comuni per uomini e donne, devono essere elaborati in modo da evitare discriminazioni.

1.2 Uguale trattamento nell'accesso al lavoro e alla formazione

Come ha opportunamente sottolineato la Commissione europea nella comunicazione del 2007 «i principi comunitari in materia di parità di retribuzione tra donne e uomini (...) hanno svolto un ruolo di grande rilievo nell'evoluzione della situazione della donna nel mercato del lavoro. Tuttavia non sono bastati a colmare il divario»⁷³. Per combattere la segregazione della donna nel mercato del lavoro, gli Stati membri potrebbero ricorrere maggiormente alla possibilità di attuare azioni positive nel rispetto della giurisprudenza della Corte di giustizia. Secondo il considerando n. 22 della Direttiva 2006/54/CE, gli Stati membri, a norma dell'art. 141 par. 4 TCE, possono mantenere o adottare misure che prevedono vantaggi specifici volti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato oppure ad evitare o a compensare svantaggi nelle carriere professionali. Già prima di questa precisazione, la Corte di giustizia, a partire dal caso *Kalanke*⁷⁴, aveva iniziato a definire i limiti all'interno dei quali l'adozione di misure speciali poteva essere ammessa. Se nella sentenza *Kalanke* la Corte ha precisato che ogni deroga alla parità di trattamento nell'attribuzione di posti di lavoro dovesse essere interpretata restrittivamente e risulta sproporzionata se comporta la priorità assoluta e incondizionata alle donne, nel successivo caso *Marshall*⁷⁵, la Corte ha riconosciuto che la legislazione nazionale, che prevedeva la preferenza per le donne, proprio per il fatto che lasciava un margine di discrezionalità, risultava proporzionata all'obiettivo di eliminare l'ineguaglianza sul luogo di lavoro a favore delle donne. Il principio della parità di trattamento non soltanto vieta di accordare privilegi ad un gruppo specifico, ma riconosce altresì un diritto fondamentale a tutti gli individui, diritto che garantisce ai cittadini la pari opportunità nelle condizioni di partenza e non la realizzazione di automatismi a favore di una categoria specifica di soggetti. Nel caso *Abrahamsson*⁷⁶ la Corte ha adottato una posizione intermedia

⁷³ Comunicazione COM (2007)424, cit *supra*.

⁷⁴ Corte di giustizia, sentenza del 17 ottobre 1995, causa C-450/93, *Kalanke*.

⁷⁵ Corte di giustizia, sentenza del 2 agosto 1993, causa C-271/91, *Marshall*.

⁷⁶ Corte di giustizia, sentenza del 6 luglio 2000, causa C-407/98, *Abrahamsson*. Cfr. anche Corte di giustizia, sentenza del 28 marzo 2000, causa C-158/97, *Badeck*. In quest'ultimo caso la Corte ha affermato che l'art. 2, nn. 1 e 4, della direttiva 76/207/CEE non osta ad una normativa nazionale che, nei settori del pubblico impiego in cui le donne sono sottorappresentate, accordi, a parità di qualifiche tra candidati di sesso diverso, una preferenza ai candidati di sesso femminile, quando ciò sia necessario per garantire il rispetto degli obiettivi del piano di promozione delle donne e non vi siano ostacoli di maggiore rilevanza giuridica, purché detta normativa garantisca che le candidature siano oggetto di una valutazione obiettiva che tenga conto della situazione personale particolare di tutti i candidati; gli obiettivi vincolanti del piano di promozione delle donne per posti temporanei del servizio scientifico e per assistenti scientifici devono prevedere una quota minima di personale femminile pari almeno alla percentuale che le donne

stabilendo che il diritto dell'UE non osta ad una regola nazionale in forza della quale ad un candidato appartenente al sesso sottorappresentato possa essere accordata la preferenza rispetto ad un concorrente dell'altro sesso, sempreché i candidati posseggano meriti equivalenti o quasi equivalenti, qualora le candidature siano oggetto di un esame obiettivo, che tenga conto della singola situazione personale di tutti i candidati. Emerge, dunque, una certa prudenza da parte della Corte di giustizia a considerare valide misure specifiche che derogano al principio di parità. Solo quando queste risultano non incondizionate e non assolute la Corte le ritiene ammissibili e giustificabili ai sensi del diritto dell'UE.

A subire una discriminazione nell'accesso al lavoro possono dunque essere anche gli uomini. Nel caso *Briheche*⁷⁷, la Corte ha ritenuto che una normativa nazionale, che riserva l'inopponibilità dei limiti di età per l'accesso ai pubblici impieghi alle vedove non risposate che si trovino nella necessità di lavorare, con l'esclusione dei vedovi non risposati che si trovino nella stessa situazione, fosse in contrasto con la Direttiva 76/207/CE.

In riferimento alla disparità di trattamento nell'accesso alla formazione e all'onere della prova in caso di discriminazioni fondate sul sesso, è opportuno richiamare il recente caso *Kelly*⁷⁸ in cui la Corte di giustizia ha chiarito che la Direttiva 97/80/CE e la Direttiva 2002/73/CE⁷⁹ sono volte ad assicurare l'applicazione del principio di parità di trattamento, ma lasciano le autorità nazionali libere di adottare, quanto alla forma e ai mezzi, le misure necessarie affinché tutte le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative contrarie a tale principio siano abrogate. I giudici di Lussemburgo hanno affermato che da tali disposizioni non

rappresentano tra i laureati, i titolari di dottorato e gli studenti di ciascun settore di studi. La Corte ha affermato che la direttiva richiamata non impedisce ad una normativa nazionale diretta ad eliminare una situazione di insufficiente rappresentanza delle donne, nelle professioni qualificate in cui le donne sono sottorappresentate e rispetto alle quali lo Stato non ha il monopolio nella gestione della formazione, di attribuire alle donne almeno la metà dei posti di formazione, a meno che, nonostante l'adozione di misure adeguate per richiamare l'attenzione delle donne sulla disponibilità di posti di formazione, non si abbia un numero sufficiente di candidature femminili. La normativa nazionale che, a parità di qualifiche tra candidati di sesso diverso, garantisce alle donne in possesso di qualifiche che soddisfino tutti i requisiti stabiliti o previsti la convocazione a colloqui di assunzione nei settori nei quali esse sono insufficientemente rappresentate, non si pone in contrasto con il diritto dell'UE; così come non è contraria al diritto dell'UE la disposizione nazionale che, in merito alla composizione degli organi rappresentativi dei lavoratori e degli organi di amministrazione e di controllo, prescrive che le disposizioni legislative adottate per la sua attuazione tengano conto dell'obiettivo di una partecipazione quanto meno paritaria delle donne in seno a tali collegi. Per un esame approfondito sulla giurisprudenza della Corte di giustizia sul trattamento preferenziale accordato alle donne, O. POLLICINO, cit. *supra*.

⁷⁷ Corte di giustizia, sentenza del 30 settembre 2004, causa C-319/03, *Briheche*.

⁷⁸ Corte di giustizia, sentenza del 21 luglio 2011, causa C-104/10, *Kelly*.

⁷⁹ Direttiva 2002/73/CE del 23 settembre 2002 che modifica la Direttiva 76/207/CEE relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro.

può essere dedotto un obbligo particolare volto a consentire ad un candidato ad una formazione professionale, che ritiene di essere stato vittima di una violazione, di avere accesso alle informazioni riguardanti le qualifiche degli altri candidati alla formazione, allo scopo di riuscire a dimostrare gli elementi di fatto in base ai quali far valere poi la discriminazione.

Fin qui sono stati richiamati esempi relativi al principio di parità di trattamento fra donne e uomini per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e alle condizioni di lavoro, così come previste dalla Direttiva 76/207/CEE (modificata dalla Direttiva 2002/73/CE, a sua volta rifiuta nella Direttiva 2006/54/CE).

A conclusione di questa carrellata giurisprudenziale, meritano di essere menzionate le pronunce emanate in relazione a casi di licenziamento, inteso in senso ampio, comprensivo quindi dell'interruzione volontaria del rapporto di lavoro, che rientrano anch'essi nell'ambito di applicazione delle direttive richiamate. Fra tutte degna di nota è quella resa nel caso *Vergani*⁸⁰, in cui la Corte ha affermato che la differenza di trattamento, risultante dalla tassazione con aliquota ridotta alla metà delle somme erogate in occasione dell'interruzione del rapporto di lavoro a carico dei lavoratori che hanno superato i 50 anni, se donne, e i 55 anni, se uomini, rappresenta una disparità di trattamento fondata sul sesso dei lavoratori e non costituisce una prestazione previdenziale per la quale ammissibile una deroga al principio di parità di trattamento.

In ambito nazionale il divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro ed alla formazione è sancito dall'art. 27 del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna⁸¹, il quale, così come modificato dal D.Lgs. 5 del 2010, statuisce che è vietata qualsiasi discriminazione per quanto riguarda l'accesso al lavoro, in forma subordinata, autonoma o in qualsiasi altra forma, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, nonché la promozione, indipendentemente dalle modalità di assunzione e qualunque sia il settore o il ramo di attività, a tutti i livelli della gerarchia professionale.

Il principio è costantemente riaffermato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, così, recentemente, il Consiglio di Stato, con la n. 2574/2010, ha ribadito

⁸⁰ Corte di giustizia, sentenza del 21 luglio 2005, causa C-207/04, *Vergani*.

⁸¹ L'articolo ha parzialmente abrogato, recependola, la legge 903 del 1977, modificata dal D.Lgs. 145 del 2005, di recepimento della Direttiva 2002/73/CE

che è vietata qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda l'accesso al lavoro in qualunque sua forma.

Degna di nota appare, altresì, la sentenza n. 8213/2011 del Tar Lazio per la quale va dichiarata l'illegittimità della norma del bando di un concorso pubblico nella parte in cui, fissando un limite ai rinvii temporali degli accertamenti sanitari allorché una candidata versi nello stato di gravidanza, di fatto impedisce la partecipazione della stessa al concorso, decretando la sua esclusione qualora il suddetto stato di gravidanza persista oltre la data stabilita per la ultimazione degli accertamenti stessi. La stessa Costituzione garantisce a tutti i cittadini, senza distinzione di sesso, la possibilità di accesso agli uffici pubblici, e ciò in ragione del più generale principio di uguaglianza sancito dalla carta costituzionale. Il Tar sottolinea come anche sul piano della normativa comunitaria, la Direttiva 76/207/CEE, relativa all'applicazione del principio della parità di trattamento fra uomini e donne per quanto concerne l'accesso al lavoro, stabilisse l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda le condizioni di accesso, compresi i criteri di selezione, agli impieghi o posti di lavoro qualunque sia il settore o il ramo di attività. Per finire, anche dal punto di vista nazionale, la tutela della maternità ha trovato la sua realizzazione nella legge 1204 del 1971, dedicata alle lavoratrici madri, nonché nella legge 125 del 1991 sulle pari opportunità. Sulla base di questi principi, il Tar ha sostenuto che non potevano ammettersi deroghe e, dunque, la lavoratrice non poteva essere sfavorita dal fatto di essere incinta mentre stava svolgendo una procedura concorsuale per ottenere un posto nel pubblico impiego. Una regola concorsuale di questo tipo, a parere del Tar Lazio, risultava in contrasto con il dettato costituzionale e determinava un'inammissibile disparità di trattamento nei confronti di una concorrente che vedeva così pregiudicata la sua scelta in favore della maternità.

La discriminazione disciplinata dall'art. 27 del Codice delle pari opportunità è vietata anche se attuata con riferimento allo stato matrimoniale⁸² o di famiglia o di

⁸² Con riferimento allo stato matrimoniale, tra i vari divieti di discriminazione, l'art. 35 del D.Lgs. 198 del 2006 pone quello di licenziamento della lavoratrice a causa di matrimoni. La legge in tal modo reagisce nei confronti della possibilità che il datore di lavoro, consapevole che il matrimonio possa condurre, anche in conseguenza di una eventuale maternità, a maggiori costi e rigidità nell'impiego del personale femminile, proceda a licenziare la lavoratrice che contragga matrimonio o predisponga delle clausole negoziali (c.d. clausole di nubilito) secondo cui il rapporto si estingue automaticamente all'atto della celebrazione del matrimonio. Si tratta di un intervento particolarmente incisivo anche perché emanato in un periodo in cui l'assetto legale concedeva ancora al datore di lavoro di recedere ad nutum dal rapporto, cosicché il medesimo ben avrebbe potuto esercitare il diritto di recesso senza alcuna motivazione in occasione del matrimonio della lavoratrice. Si spiega la ragione per la quale la legge non solo considera nulle e/o non apposte le clausole di qualsiasi genere contenute nei contratti individuali e collettivi, o in

gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, in modo indiretto, attraverso meccanismi di preselezione ovvero a mezzo stampa o con qualsiasi altra forma pubblicitaria che indichi come requisito professionale l'appartenenza all'uno o all'altro sesso.

In materia di requisiti per l'assunzione, per esempio, la previsione di un'altezza minima identica per gli uomini e per le donne è incostituzionale perché, presupponendo erroneamente l'insussistenza di diversità di statura mediamente riscontrabili tra uomini e donne, comporta una discriminazione indiretta a sfavore di queste ultime. (Cass. n. 23562/2007).

Costituisce, altresì, discriminazione sessuale indiretta di natura collettiva nell'ambito della progressione di carriera, la richiesta, ai fini del conseguimento della qualifica superiore al quarto livello (c.c.n.l. settore metalmeccanico), di un titolo di studio di scuola tecnica superiore, trattandosi di un requisito che, seppure di carattere formalmente neutro, è riferibile solo al personale di sesso maschile, ove non risulti dimostrata l'incidenza di tale requisito sulla capacità a svolgere le mansioni superiori (nella specie, la società resistente non aveva mosso alcuna contestazione in ordine alle risultanze della prova statistica - fornita dalle ricorrenti ai sensi dell'art. 4, 5° comma, Legge 125 del 1991 - né addotto alcuna prova al fine di dimostrare l'insussistenza della discriminazione) (Trib. Catania, 22 novembre 2000)

Il divieto di discriminazione si applica anche alle iniziative in materia di orientamento, formazione, perfezionamento, aggiornamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini formativi e di orientamento, per quanto concerne sia l'accesso sia i contenuti, nonché all'affiliazione e all'attività in un'organizzazione di lavoratori o datori di lavoro, o in qualunque organizzazione i cui membri esercitino una particolare professione, e alle prestazioni erogate da tali organizzazioni.

regolamenti che prevedano comunque la risoluzione del rapporto di lavoro per le lavoratrici in conseguenza del matrimonio, non solo considera nullo il licenziamento per causa di matrimonio ma collega la medesima sanzione anche alle dimissioni. Sono altresì nulle e si considerano come non apposte le clausole contenute nei contratti, individuali o collettivi, che prevedono la risoluzione del rapporto di lavoro in conseguenza di matrimoni. È ugualmente nullo il licenziamento attuato a causa di matrimoni. Si presume tale secondo la Suprema Corte il licenziamento intimato nel periodo che decorre dalla richiesta della pubblicazione civile di matrimonio fino ad un anno dopo l'avvenuta celebrazione (Cass. n. 7176/2003) ancorché motivato con il superamento del periodo massimo di comporto per malattia. Si tratta di una presunzione relativa (Corte Costituzionale sent. n. 46/1993) che può essere vinta solo dalla prova che il licenziamento sia avvenuto per una delle seguenti ragioni: a) per colpa grave della lavoratrice, costituente giusta causa di recesso; b) per cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta; c) ultimazione delle prestazioni per le quali la lavoratrice è stata assunta; d) risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine. In tali casi grava sul datore di lavoro provare che il licenziamento non è avvenuto a causa di matrimonio (Cass. n. 5056/2002). Alla stessa stregua sono considerate nulle le dimissioni presentate dalla lavoratrice nel medesimo periodo, salvo che non siano confermate entro un mese davanti all'ufficio del lavoro.

Deroghe a tali divieti sono ammesse soltanto per mansioni di lavoro particolarmente pesanti individuate attraverso la contrattazione collettiva.

Si ammette l'adibizione della donna a lavori pesanti, salvo che la contrattazione collettiva non ritenga di apportare deroghe al principio con riferimento a lavori particolarmente pesanti. In questi casi il datore di lavoro deve dimostrare la necessità, e non la mera convenienza o opportunità, di assumere un uomo piuttosto che una donna in rapporto al contenuto del lavoro ed alle condizioni del suo svolgimento. Costituisce discriminazione il rifiuto di assumere una lavoratrice motivato dal fatto che le mansioni da affidare sono qualificate dal datore di lavoro come pesanti, in mancanza della specifica individuazione con norma collettiva (Pret. Milano, 18 novembre 1981).

A tal riguardo si deve osservare che se in un primo tempo la legge 903 del 1977 ed ora l'art. 27 del D.Lgs. 198 del 2006 hanno abrogato, in quanto con essa incompatibile la precedente legislazione intesa a vietare alla donna determinati tipi di lavoro ritenuti faticosi, pericolosi o insalubri, tuttavia ha affidato alla contrattazione collettiva il potere di reintrodurre tale divieto per lavori particolarmente pesanti. La scelta dello strumento contrattuale, invece che di quello legale, risponde ad esigenze di duttilità e flessibilità, in considerazione del fatto che il progresso tecnologico può rapidamente mutare la tipologia delle attività professionali e le condizioni di lavoro nei diversi settori produttivi.

La previsione ha posto, però, qualche problema con riferimento al richiamo ai poteri della contrattazione collettiva, nulla disponendo in relazione al livello di contrattazione abilitato a prevedere la limitazione dell'impiego delle donne in lavori particolarmente gravosi. La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 4802/1993, ha, infatti, ritenuto che il contratto aziendale che disponeva la deroga al divieto di lavoro notturno non fosse vincolante rispetto alle lavoratrici non iscritte al sindacato.

È stato, altresì, eliminato il divieto di lavoro notturno, rimasto in vigore per le sole lavoratrici madri, o a determinate condizioni per il padre lavoratore. L'art. 53 del D.Lgs. 151 del 2001 ha confermato l'eliminazione del divieto già previsto dalla legge comunitaria 25 del 1999. Il divieto si pone dalle ore 24 alle ore 6 per le lavoratrici impiegate nelle aziende di qualsiasi settore, a partire dall'accertamento dello stato di gravidanza e fino al compimento di un anno di vita del bambino. Poiché tale divieto non riguarda tutte le donne, esso non costituisce una forma di discriminazione

fondata sul sesso, bensì una forma di tutela della salute delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento⁸³.

Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e purché la finalità sia legittima, il divieto di discriminazione ammette delle eccezioni qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa si svolge, il riferimento al sesso rappresenti un requisito essenziale e determinante per l'esecuzione della prestazione stessa. La legge prevede ipotesi tassative (arte, moda, spettacolo) in cui non costituisce discriminazione il fatto di condizionare l'assunzione all'appartenenza ad un determinato sesso.

In attuazione dei divieti posti dall'art. 27, è previsto che nei concorsi pubblici e nelle forme di selezione attuate, anche a mezzo di terzi, da datori di lavoro privati e pubbliche amministrazioni, la prestazione richiesta dev'essere accompagnata dalle parole «dell'uno o dell'altro sesso», fatta eccezione per i casi in cui il riferimento al sesso costituisca requisito essenziale per la natura del lavoro o della prestazione.

Una recente sentenza, la n. 1134/2010 del Tar Calabria, ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 27 del Codice delle pari opportunità ed ha accolto il ricorso di una donna avverso il provvedimento con il quale una pubblica amministrazione aveva escluso la ricorrente da un concorso pubblico. In particolare, alla concorrente non era stato consentito di differire la prova orale che la stessa non avrebbe potuto sostenere nel giorno fissato a causa del parto. Il Tar ha statuito che i provvedimenti posti in essere dall'amministrazione avevano violato il diritto costituzionale delle donne ad avere un trattamento non discriminatorio, nonché il diritto alla tutela della maternità.

⁸³ La questione del lavoro notturno era stata oggetto di una annosa querelle. L'art. 5 della legge 903 del 1977, nel confermare il divieto del lavoro notturno di cui alla legge 653 del 1934, oltre a restringerlo alle imprese manifatturiere, aveva lasciato spazio aperto ad eventuali deroghe in sede contrattuale collettiva. La Corte costituzionale da un lato, con la sentenza n. 210/1986, aveva considerato illegittimo il divieto sancito dall'art. 12 della legge 653 del 1934 per contrasto con il principio di parità di trattamento ex art. 37 Cost., dall'altro, con la sentenza n. 246/1987, aveva giudicato legittima la più flessibile disciplina dell'art. 5 della legge del 1977 che affidava alla contrattazione collettiva il potere di introdurre deroghe al divieto. In materia è poi intervenuta la Corte di Giustizia con la sentenza del 25 luglio 1991, causa 345/89, *Procedimento penale contro Alfred Stoeckel*, che ha dichiarato la sussistenza per gli Stati membri dell'obbligo di non stabilire come principio legislativo il divieto di lavoro notturno delle donne, anche se quest'ultimo comportava delle deroghe, in assenza di un analogo divieto per gli uomini. La Corte riteneva, infatti, che la normativa si ponesse in contrasto con l'art. 5 della Direttiva 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio di parità di trattamento tra donne e uomini per l'accesso al lavoro. Con una successiva pronuncia poi, l'Italia è stata condannata per aver mantenuto in vigore il divieto di lavoro notturno per le donne. L'orientamento europeo non aveva avuto però un seguito unanime nella giurisprudenza italiana: è stata infatti riproposta sia la prospettiva della legittimità dell'assetto della legge del 1977 con la sentenza della Corte di Cassazione n. 4802/1993, sia la prospettiva opposta, nel rispetto della linea caldeggiata in sede comunitaria con la sentenza della Suprema Corte n. 1271/1995, sia con alcune sentenze delle Corti merito (Trib. Padova, 20 ottobre 1993; Pret. Biella, 28 marzo 1996)

1.3 Parità di trattamento nel lavoro autonomo

Le discriminazioni nel lavoro fondate sul sesso si verificano anche al di fuori del lavoro dipendente. Per questo alle direttive che vedono come beneficiari i lavoratori subordinati, si è affiancata la Direttiva 2010/41/UE sull'applicazione del principio di parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma, che ha abrogato la precedente Direttiva 86/613/CEE⁸⁴. Quest'ultima era apparsa inefficace soprattutto in relazione alla tutela dei coniugi coadiuvanti e alla protezione della maternità⁸⁵. L'attuale direttiva ha introdotto alcune modifiche sostanziali. In primo luogo ha inserito tra i beneficiari della parità di trattamento, accanto ai lavoratori autonomi e ai loro coniugi (che partecipano abitualmente all'attività del lavoratore autonomo, svolgendo compiti identici o complementari), i conviventi non salariati né soci, se riconosciuti dal diritto nazionale. In secondo luogo, ha previsto che se in uno Stato membro esiste un sistema di protezione sociale per i lavoratori autonomi, tale Stato deve adottare le misure necessarie a garantire che i coniugi o i conviventi possano beneficiare di una protezione sociale. Infine ha stabilito che gli Stati membri devono adottare gli strumenti atti a garantire alle lavoratrici autonome, alle coniugi o alle conviventi un'indennità di maternità sufficiente che consenta loro di interrompere l'attività lavorativa in caso di gravidanza o per maternità per almeno 14 settimane. L'indennità può dirsi sufficiente se equivale all'indennità che la persona otterrebbe in caso di interruzione dell'attività per motivi di salute, e/o alla perdita media di reddito o di profitto in relazione ad un periodo precedente comparabile, e/o a quella connessa alla famiglia prevista dalla legislazione nazionale.

La Direttiva 2010/41/UE ha previsto inoltre la possibilità per gli Stati di mantenere o adottare azioni positive volte, ad esempio, a promuovere iniziative imprenditoriali femminili. Le donne fanno infatti più fatica a raccogliere il capitale di

⁸⁴ Direttiva 2010/41/UE del 7 luglio 2010 sull'applicazione del principio di parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma e che abroga la precedente Direttiva 86/613/CEE; Direttiva 86/613/CEE dell'11 dicembre 1986 relativa all'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma, ivi comprese le attività nel settore agricolo, e relativa altresì alla tutela della maternità. La Direttiva 2010/41/UE non si sostituisce ad altri atti normativi comunitari che includono nel proprio ambito di applicazione personale anche i lavoratori autonomi. Cfr. Direttiva 79/9/CEE in materia di sicurezza sociale, Direttiva 2004/113/CE sull'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, Direttiva 2006/54/CE (che individua espressamente i lavoratori autonomi tra i beneficiari delle disposizioni sulla parità di trattamento nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale).

⁸⁵ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2008 sulla situazione delle donne nelle zone rurali dell'Unione europea; cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2010 sulla parità tra donne e uomini nell'Unione europea 2009.

rischio e a trovare un sostegno per lo sviluppo delle loro idee commerciali. Questo avviene in particolare nel settore agricolo. Un'azienda agricola su cinque è diretta da una donna, a fronte di un numero quasi paritario di donne regolarmente occupate in agricoltura. Il significativo contributo apportato dalle donne allo sviluppo dell'impresa agricola si rispecchia dunque in misura inadeguata nella loro partecipazione ai relativi processi decisionali. Per questo motivo il Parlamento europeo in una risoluzione del 2011⁸⁶ ha richiamato l'attenzione sulla necessità di promuovere il ruolo delle donne nell'agricoltura onde facilitare loro, di fatto e di diritto, l'esercizio di un'attività imprenditoriale agricola, anche sotto il profilo della proprietà aziendale, e permettere loro, sulla base della loro corresponsabilità, di partecipare più strettamente dei diritti e degli obblighi dell'impresa, fra i quali la rappresentanza degli interessi in seno agli organismi agricoli e la partecipazione effettiva a tutte le entrate dell'azienda.

Il ruolo della donna nell'ambito dell'agricoltura e le problematiche ad esso connesse sono state affrontate anche in seno al Consiglio d'Europa in primo luogo con il rapporto del 6 gennaio 2011 della Commissione sulle pari opportunità tra donne e uomini dell'Assemblea parlamentare.

Con esso la Commissione riconosce alle donne il ruolo di vera forza trainante per lo sviluppo delle zone rurali, ma mette allo stesso tempo in evidenza le grandi sfide che esse si trovano ad affrontare quotidianamente per ottenere la parità tra i sessi, e ciò a causa delle gravi forme di discriminazione che sono costrette a subire.

Diventa, quindi, determinante il ruolo degli Stati membri, sui quali grava l'onere di mettere a punto misure giuridiche e politiche rivolte specificamente alle lavoratrici agricole e di adottare un approccio integrato della parità di genere nello sviluppo e nell'attuazione delle politiche che incidono sulla condizione della donna, soprattutto in considerazione del fatto che raramente il ruolo di quest'ultima in agricoltura è stato oggetto di interventi legislativi.

Alcune condizioni oggettive proprie delle zone rurali, come la disoccupazione, la povertà, la mancanza di servizi di base in materia di istruzione, sanità ed assistenza e gli atteggiamenti tradizionali determinano ruoli di genere stereotipati ed impongano alle donne maggiori sforzi al fine di raggiungere il pieno godimento dei loro diritti. A causa di tali difficoltà, molte lavoratrici, soprattutto giovani, tendono a lasciare il paese d'origine, contribuendo in maniera significativa allo spopolamento delle zone rurali.

⁸⁶ Risoluzione del Parlamento europeo del 5 aprile 2011 sul ruolo delle donne nell'agricoltura e nelle zone rurali.

Tra i maggiori problemi che le donne che prestano attività nel settore agricolo devono quotidianamente affrontare vi è in primo luogo quello che attiene le condizioni economiche. La stragrande maggioranza delle lavoratrici agricole, impegnate nell'azienda di famiglia, non percepisce un reddito proprio, separato da quello dei propri coniugi o parenti. Tuttavia, poiché il reddito derivante dal lavoro presso l'azienda agricola a gestione familiare è spesso insufficiente per soddisfare le esigenze della famiglia, in molti paesi europei esse svolgono anche altre attività, di solito nella città vicina. La mancanza di reddito proprio crea inevitabilmente una situazione di dipendenza.

L'eliminazione di questo problema potrebbe essere favorita, ed è questo l'oggetto del progetto di Raccomandazione contenuto nel rapporto, dalla creazione di un registro di donne che lavorano nelle aziende a carattere familiare, dal riconoscimento della comproprietà delle aziende agricole nei documenti giuridici e statistici e dalla formazione.

Le donne spesso sono ostacolate nel pieno godimento dei diritti di proprietà ed ereditari dalla persistenza di usi e costumi patriarcali sopravvissuti alle legislazioni nazionali improntate alla eliminazione delle disparità di genere in tale godimento.

Il secondo grosso problema è quello delle condizioni in cui lavorano.

Le lavoratrici agricole oltre ad essere esposte agli stessi pericoli degli uomini, devono affrontare anche quelli legati alla riproduzione, ed in particolare quelli causati da pesticidi e prodotti fitosanitari. Il fatto, poi, che ai coniugi non venga estesa la normativa sulla sicurezza e la salute è una preoccupazione particolare. Alcuni membri del Consiglio d'Europa, come il Regno Unito, hanno deciso di considerare questi lavoratori agricoli come lavoratori dipendenti, ai fini delle norme sulla sicurezza e l'igiene.

Nonostante le differenze regionali, le zone rurali in tutti i paesi del Consiglio d'Europa soffrono di una limitata disponibilità di servizi a sostegno della maternità⁸⁷, di ospedali e servizi per l'assistenza e la cura degli anziani e dei disabili, della salute sessuale e riproduttiva.

La mancanza di strade e reti di trasporto efficienti rafforza l'isolamento delle donne e delle bambine nelle zone rurali, limitando le loro opportunità di ricevere un'istruzione adeguata e di trovare un lavoro fuori dalle loro case, con conseguente

⁸⁷ In alcune zone remote, c'è una marcata differenza di numero di nati vivi per donna tra le aree rurali ed urbane, anche a causa del fatto che le nascite nelle zone rurali sono maggiori. Tale differenza sussiste anche con riferimento al tasso di mortalità materna associata al parto.

aumento degli ostacoli alla conciliazione tra il lavoro agricolo e gli obblighi familiari. La presenza di lavoratori di sesso femminile nelle associazioni e nelle cooperazioni - e, in generale, il loro posto nella società rurale - seppure in aumento, rimane bassa⁸⁸.

L'ultimo grave problema nelle aree rurali è quello della vulnerabilità delle donne alla violenza ed alla tratta.

A causa dell'isolamento, della povertà, di atteggiamenti tradizionali, della mancanza di conoscenza delle leggi, elevati sono i rischi di violenza, compresi i crimini cosiddetti d'onore e la violenza domestica. Purtroppo, la mancanza di indipendenza economica rende "accettabili" da parte delle donne gli abusi e violenze degli uomini, soprattutto dei mariti. La violenza all'interno della famiglia è molto diffusa, ma in gran parte non dichiarata: una forte pressione sociale conduce ad accettarla come un "fatto della vita"⁸⁹.

Allo stesso modo, la povertà, l'ignoranza e la mancanza di servizi rendono le giovani più vulnerabili alla tratta di esseri umani che impedisce poi alle stesse il reinserimento nella società al loro ritorno, volontario o forzato. L'esclusione sociale a causa della stigmatizzazione causata dalla prostituzione, la mancanza di opportunità economiche, di servizi sociali e programmi di riabilitazione spesso condanna le vittime della tratta a rimanere schiave della prostituzione.

Con il parere del 4 marzo 2011 la Commissione per l'ambiente, l'agricoltura e gli affari regionali dell'Assemblea Parlamentare ha condiviso pienamente il rapporto della Commissione per le pari opportunità, sottolineando l'importanza del contributo dei lavoratori di sesso femminile allo sviluppo dell'agricoltura e le difficili condizioni in cui operano per la mancanza di sicurezza sul lavoro, per i salari sempre molto bassi e le limitate possibilità di migliorare le proprie competenze nel settore agricolo.

La globalizzazione ha portato nelle zone rurali nuove tecnologie e possibilità di espansione di settori anche non agricoli che potrebbero avere una forte influenza sullo sviluppo agricolo. Questi nuovi settori quali le telecomunicazioni, i servizi locali, il turismo, il tempo libero e la protezione ambientale garantiscono alle donne nuove

⁸⁸ Un esempio interessante è rappresentato dall'Associazione Mondiale delle Donne Rurali (ACWW) che è una rete di associazioni di donne presenti in 70 Paesi composta da nove milioni di membri. A livello internazionale, la cooperazione e lo scambio di buone prassi sono limitati, soprattutto al di fuori dell'UE. Il gruppo di lavoro permanente nel settore dello sviluppo rurale nel sud-est europeo (RRD SWG), costituito da 45 organizzazioni internazionali, è un esempio interessante. Fondata nel 2005, questa organizzazione promuove l'agricoltura sostenibile e lo sviluppo rurale nel sud-est Europa, favorendo la cooperazione orizzontale tra le istituzioni dei paesi membri e dei territori. Le sue attività comprendono non solo lo scambio di dati statistici, la tutela e la promozione del patrimonio culturale e la sostenibilità ambientale, ma anche la promozione della parità di genere nelle zone rurali.

⁸⁹ Sulla violenza contro le donne, cfr. Capitolo IV.

opportunità occupazionali⁹⁰ e la partecipazione alla loro promozione nelle zone rurali ne migliora lo status sociale: le autorità locali e regionali pertanto, a parere della Commissione, dovrebbero quindi sviluppare politiche idonee a migliorare la loro qualità di vita coinvolgendole in questi progetti.

Consapevole dei problemi delle donne nell'agricoltura così come esposti nei rapporti esaminati, l'Assemblea parlamentare, conformemente al progetto contenuto nei rapporti, ha adottato il 14 aprile 2011 la Risoluzione 1806 (2011). Gli Stati membri del Consiglio d'Europa vengono con esso sollecitati a sviluppare politiche e leggi specifiche, dirette a migliorare la condizione delle donne nelle aree rurali, a combattere le discriminazioni nell'accesso ai diritti di proprietà e di eredità, a valorizzare il lavoro agricolo - non o poco retribuito - prestato dalle lavoratrici durante il matrimonio, in modo che possa essere preso in considerazione in caso di separazione o divorzio dei coniugi, ad eliminare le discriminazioni nell'accesso al lavoro e la discriminazione salariale. Adeguati programmi di formazione potrebbero contribuire a migliorare le competenze professionali delle donne nel campo dell'agricoltura sostenibile sviluppandone le capacità imprenditoriali. Il riconoscimento di maggiore valore ai prodotti agricoli potrebbe, inoltre, favorire la diversificazione dell'economia rurale.

Essenziale è per l'Assemblea che gli Stati investano in infrastrutture e servizi quali strade, trasporti pubblici, telefonia, connessioni internet a banda larga, anche nelle aree rurali più remote, per ridurre l'isolamento delle persone, ed aumentare le loro opportunità di lavoro e l'istruzione, attuino programmi e centri di riabilitazione per le vittime della tratta di esseri umani e predispongano dispositivi di protezione, servizi e alloggi per le vittime di violenza, compresa la violenza domestica.

Lo scarso interesse manifestato sino ad oggi nei confronti del ruolo dei lavoratori di sesso femminile in ambito agricolo e la carenza di interventi legislativi in materia di parità di genere in tale settore è da attribuire, secondo l'Assemblea parlamentare, alla quasi totale assenza nelle statistiche nazionali ed europee di riferimenti circa la loro presenza incisiva ed il loro ruolo⁹¹.

⁹⁰ Tra questi spicca in particolare l'agriturismo che consente di migliorare l'accesso alle risorse naturali, proteggendo le aree agricole, i terreni ed i paesaggi rurali ed incoraggiando lo sviluppo di altri servizi locali, quali i trasporti, il tempo libero, le comunicazioni ed il commercio.

⁹¹ La relazione del Segretario generale dell'ONU sul miglioramento della situazione delle donne nelle zone rurali, evidenzia che in Europa il 41% delle persone che lavorano in agricoltura sono donne, il 78% lavora solo in qualità di moglie, mentre la parte è anche comproprietaria o proprietaria. In generale, in Europa, la maggior parte delle donne impiegate in agricoltura sono le mogli dei proprietari, acquistano quindi lo status di lavoratori invisibili.

Le zone rurali in Europa sono estremamente diverse nella loro struttura sociale, economica, geografica e culturale. Allo stesso modo, le lavoratrici agricole non sono un gruppo omogeneo: hanno diversi ruoli ed occupazioni nelle aziende o imprese a conduzione familiare. I loro bisogni ed interessi variano in base alla loro età, livello di istruzione, composizione e dimensione della famiglia, età dei loro figli. La difficoltà di tracciare un loro ritratto è data proprio dalla mancanza di statistiche per tale finalità⁹².

Passando ad esaminare la situazione delle donne nell'agricoltura in Italia si rileva che il nostro paese ha registrato il tasso di occupazione femminile più basso (42%) rispetto alla media dell'Unione europea (55,6%). Nel 1990, numerose sono state le misure legislative adottate per favorire l'imprenditoria: la semplificazione delle procedure per avviare un'impresa e la riduzione dei costi, un più facile accesso al credito, il miglioramento della copertura previdenziale per i lavoratori autonomi.

Misure specifiche sono state adottate al fine di favorire l'occupazione giovanile e delle donne, come la legge 215 del 1992 sulle azioni positive per l'imprenditoria femminile: questo strumento fornisce la base giuridica per la concessione di sovvenzioni alle donne⁹³

In Italia, l'invecchiamento della popolazione delle aree rurali è uno dei principali ostacoli allo sviluppo dell'agricoltura. In tale settore, vi è, infatti, una elevata percentuale di donne all'interno del gruppo di età compresa tra i 35 ed i 54 anni (59,4%), una piccola percentuale dai 15 ai 34 anni (22,9%) e le donne di età superiore ai 50 anni rappresentano il 33,9%. Le stesse percentuali non si riscontrano tra quelle che lavorano nei settori secondario e terziario, ove la percentuale di donne tra i 15 ed i 34 anni è più elevata (39,2%), e quella di coloro che hanno un'età superiore ai 50 anni inferiore (17,8%).

A conclusione dell'esame normativo e giurisprudenziale sulla parità di trattamento tra donne e uomini in ambito lavorativo ci sembra utile parafrasare le parole del Parlamento europeo: l'Unione europea non può permettersi di fare a meno dell'energia e della capacità produttiva delle donne anche perché il conseguimento di

⁹² Nell'Unione europea invece una fonte preziosa di informazioni è rappresentata Eurostat. Sulla base di queste informazioni possono essere tracciate alcune caratteristiche generali del lavoro delle donne nell'agricoltura in ambito europeo. Le donne rappresentano il 28,7% degli agricoltori e il numero è in aumento; in media, le aziende agricole gestite da donne sono inferiori in dimensioni del 40% rispetto a quelle guidate dagli uomini. La percentuale di sfruttamento delle donne nell'agricoltura è più elevata nei nuovi Stati membri dell'Unione europea che nei vecchi.

⁹³ Secondo l'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT), tra il 1999 ed il 2003 il numero di aziende gestite da donne è leggermente aumentato (26,3-27,3%), e sebbene la cifra rimanga bassa rispetto agli uomini, continua a salire.

tale parità costituisce un importante contributo strategico allo sviluppo economico e sociale, considerato che le disparità generano costi economici diretti e indiretti, mentre la parità di trattamento genera vantaggi competitivi.

Capitolo II - Lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento

Il più significativo e specifico intervento del Consiglio d'Europa in materia di diritti delle lavoratrici gestanti e puerpere si rinviene nella Carta Sociale Europea Rivista⁹⁴.

In particolare tra le disposizioni contenute nella Carta spicca l'art. 8 rubricato «Diritto delle lavoratrici madri ad una tutela» il quale stabilisce l'impegno delle parti a garantire alle lavoratrici, prima e dopo il parto, un periodo di riposo di una durata total di almeno quattordici settimane (di cui sei dopo il parto), sia con un congedo retribuito, sia mediante adeguate prestazioni di sicurezza sociale o con fondi pubblici⁹⁵.

L'articolo in esame prevede anche che debba essere considerata illegale la notifica di licenziamento ad una donna da parte di un datore di lavoro nel periodo compreso tra il momento della comunicazione della gravidanza e la fine del suo congedo di maternità⁹⁶.

Alle madri che allattano i propri figli deve essere garantita la possibilità di usufruire a tal fine di pause sufficienti: tale previsione deve essere interpretata nel senso che le madri lavoratrici devono potersi assentare, per allattare i propri figli, beneficiando della normale retribuzione, come se fossero al lavoro⁹⁷.

Tale articolo, a maggior beneficio dell'uguaglianza tra donne e uomini, può essere combinato con l'art. 20 dedicato, come detto nel precedente capitolo, al diritto alla parità di opportunità e di trattamento in materia di lavoro e di professione senza discriminazioni basate sul sesso. La portata dell'art. 8, in rapporto a quest'ultima norma, è chiarita dall'Annesso alla CSER, laddove proprio a proposito

⁹⁴ La Carta sociale europea rivista è stata ratificata dall'Italia con legge 30 del 1999. La legge è stata pubblicata sulla G.U. n. 44, del 23 febbraio 1999 - Suppl. ordinario n.38/L.

⁹⁵Tali prestazioni hanno lo scopo di garantire il mantenimento della situazione precedente il parto o corrispondere ad un importo equivalente o analogo a quello della retribuzione anteriore. Inoltre, i periodi di inoccupazione devono essere conteggiati nel calcolo delle ore lavorative che danno diritto alle prestazioni di maternità .

⁹⁶ Il CEDS ha giudicato la situazione della Finlandia non conforme, in quanto la sua legislazione non prevedeva la reintegrazione nel posto di lavoro delle donne licenziate illegalmente per motivi connessi alla gravidanza o al congedo di maternità e per il fatto che per l'indennizzo in caso di licenziamento illegittimo era previsto un tetto massimo. Stesso destino per il Belgio in quanto la sua legislazione non prevedeva la reintegrazione delle donne licenziate illegalmente e stabilendo un tetto agli indennizzi in caso di licenziamento illegittimo. Anche la situazione di Cipro è stata ritenuta non conforme, per il fatto che i giudici potevano disporre la reintegrazione nel posto di lavoro, in seguito ad un licenziamento illegittimo, soltanto se l'impresa coinvolta aveva più di 20 addetti.

⁹⁷ Devono pure essere ammesse a formule di lavoro a tempo parziale, in modo che possano agevolmente allattare. Inoltre, le pause per l'allattamento devono essere garantite fino ai nove mesi di età dei figli.

dell'art. 20 si precisa che le disposizioni relative alla protezione della donna non sono da considerare discriminatorie, ma alla luce della CSER, sono giustificate dall'esistenza di esigenze che sono propriamente femminili e connesse alla gravidanza, al parto ed al periodo post-natale.

Appropriate appaiono, pertanto, le disposizioni volte a proteggere la maternità delle lavoratrici, contemplate dall'art. 8, vale a dire: un periodo di riposo prima e dopo il parto, di una durata totale di almeno quattordici settimane (di cui sei dopo il parto), sia con congedo retribuito sia mediante adeguate prestazioni di sicurezza sociale o con fondi pubblici⁹⁸.

Quanto al lavoro notturno delle donne gestanti, delle puerpere o di coloro che allattano, in linea di principio la Carta non lo vieta. L'art. 8 della CSER impone comunque agli Stati di disciplinare tale tipo di lavoro nel settore industriale.

Il CEDS ha interpretato tale disposizione nel senso che il lavoro notturno deve essere consentito soltanto per particolari esigenze produttive, in considerazione delle oggettive condizioni sul luogo di lavoro e dell'organizzazione dei servizi nell'impresa coinvolta. In ogni caso, gli Stati devono determinare con apposite norme le condizioni in cui il lavoro notturno può essere svolto.

L'art. 8 pone altresì il divieto di impiegare donne gestanti, puerpere o che allattano in lavori in miniera ed in ogni altro lavoro a carattere pericoloso, insalubre o faticoso⁹⁹, ed impone l'assunzione di misure adeguate per tutelarne i diritti.

Rileva sottolineare che l'obbligo di disciplinare il lavoro notturno nel settore industriale e di vietarlo per attività pericolose non si pone nei confronti delle donne che non sono normalmente impiegate in lavori manuali e che occupino posti direttivi o di carattere tecnico, ovvero di responsabilità, o che lavorino nei settori sanitari e sociali. Sono pure escluse le donne che svolgono brevi periodi di formazione nel sottosuolo di una miniera.

Allo stesso modo l'art. 11, dedicato al diritto alla protezione della salute, nel completare il quadro degli obblighi positivi imposti agli Stati dagli artt. 2 (Diritto alla vita) e 3 (Proibizione dei trattamenti inumani o degradanti) della CEDU, come interpretati dalla Corte di Strasburgo, obbliga gli Stati ad adottare tutte le misure necessarie per raggiungere il "tasso zero" di mortalità materna e infantile,

⁹⁸ Tali prestazioni hanno lo scopo di garantire il mantenimento della situazione precedente il parto o corrispondere ad un importo equivalente o analogo a quello della retribuzione anteriore. Inoltre, i periodi di inoccupazione devono essere conteggiati nel calcolo delle ore lavorative che danno diritto alle prestazioni di maternità.

⁹⁹ È il caso di lavori che comportino l'esposizione al piombo, al benzene, alle radiazioni ionizzanti, ad alte temperature o alle vibrazioni o, ancora, ad agenti virali.

estendendo ovviamente la propria efficacia anche al di fuori degli ambienti di lavoro. In particolare, le categorie di lavoratrici considerate nel presente paragrafo devono potersi rivolgere a tal fine a consultori specializzati e a servizi di educazione alla salute.

Si noti, peraltro, che proprio occupandosi del diritto alla salute il CEDS ha affermato l'indivisibilità e l'interdipendenza dei diritti proclamati dai due trattati (CSER e CEDU), reputandoli complementari, giacché «human dignity is the fundamental value and indeed the core of positive European human rights law – whether under the European Social Charter or under the European Convention of Human Rights – and health care is a prerequisite for the preservation of human dignity».

Nonostante queste previsioni spesso le donne si trovano ancora di fronte alla necessità di scegliere tra la maternità e la realizzazione professionale, tenuto conto del fatto che vengono percepite come lavoratrici "non convenienti". Sul tema era intervenuto il Parlamento europeo con la Risoluzione del 27 settembre 2007 sulla parità tra donne e uomini nell'UE. Rivolgendosi agli Stati membri aveva chiesto di mutualizzare i costi delle indennità di maternità e di congedo parentale, per assicurare che le donne non fossero considerate una fonte di manodopera più costosa rispetto agli uomini, e di adottare tutte le misure necessarie al fine di assicurare un livello elevato di protezione della maternità; alla Commissione europea aveva invece chiesto di valutare più rigorosamente il rispetto della legislazione comunitaria in materia e di esaminare la necessità di sua revisione.

A venire in rilievo è la Direttiva 92/85/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento¹⁰⁰, che non è stata compresa nella rifusione di cui alla Direttiva 2006/54/CE. La Direttiva 92/85/CEE prevede un congedo di maternità di almeno 14 settimane ininterrotte, una serie di prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, il divieto di licenziamento nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità¹⁰¹ (tranne in casi eccezionali non connessi allo stato di gravidanza), e una serie di diritti connessi con il contratto di lavoro. Tali disposizioni vanno lette in collegamento con

¹⁰⁰ Direttiva 92/85/CEE del 19 ottobre 1992 concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento.

¹⁰¹ L'art. 10 n. 2 stabilisce che se una lavoratrice è licenziata nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità, il datore di lavoro deve fornire per iscritto giustificati motivi per il licenziamento.

quanto sancito dalla Direttiva 76/207/CEE, così come modificata dalla Direttiva 2002/73/CE e rifusa nella Direttiva 2006/54/CE, in relazione al diritto per la donna di riprendere, una volta terminato il periodo di congedo per maternità, il proprio lavoro o un posto equivalente secondo termini e condizioni che non le siano meno favorevoli, e di beneficiare di eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro che le sarebbero spettati durante la sua assenza.

La Commissione europea, rispondendo alla sollecitazione del Parlamento, ha presentato una proposta di modifica¹⁰² nella quale ha cercato di tenere conto della normativa sopra ricordata e della giurisprudenza della Corte di giustizia. La proposta, che fa parte integrante delle iniziative intraprese per la promozione dell'uguaglianza di genere nel mercato del lavoro, si caratterizza per alcune previsioni tra cui: il prolungamento da 14 a 18 settimane del periodo minimo del congedo di maternità, il principio dell'indennità corrispondente alla retribuzione mensile completa percepita prima del congedo di maternità¹⁰³, la definizione di nuove prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, il rafforzamento del divieto di licenziamento attraverso la previsione dell'obbligo del datore di lavoro, a richiesta della lavoratrice interessata, di indicare per iscritto i motivi del licenziamento anche se quest'ultimo avviene nei sei mesi successivi al termine del congedo di maternità, il diritto della lavoratrice di chiedere al datore di lavoro di adattare le modalità e l'orario di lavoro alla sua nuova situazione familiare e l'obbligo per il datore di lavoro di prendere in esame tale richiesta senza essere, però, tenuto ad accettarla o a darle seguito.

La Commissione europea ha posto a fondamento di alcune delle modifiche proposte l'esigenza di tenere conto della giurisprudenza della Corte di giustizia. A questo proposito, occorre rilevare come la maggior parte delle sentenze adottate in materia negli ultimi cinque anni riguardi casi di licenziamento di donne in ragione del loro stato di gravidanza. Nel caso *Paquay*¹⁰⁴ la Corte ha chiarito che il divieto di licenziamento durante il periodo di tutela previsto dall'art. 10 della Direttiva 92/85/CEE non si limita all'adozione di una decisione di licenziamento, ma comprende anche tutte le misure preparatorie al licenziamento, come per esempio la ricerca e la previsione di una sostituzione definitiva della lavoratrice a causa della gravidanza e/o della nascita del figlio. Qualora la decisione di licenziamento in

¹⁰² Proposta di direttiva recante modifica della Direttiva 92/85/CEE del Consiglio concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, del 3 ottobre 2008, COM (2008)637.

¹⁰³ Questo pagamento non è obbligatorio, perché può essere soggetto ad un massimale che è fissato dallo Stato membro. L'importo non può tuttavia essere inferiore all'indennità di malattia.

¹⁰⁴ Corte di giustizia, sentenza dell'11 ottobre 2007, causa C-460/06, *Paquay*.

ragione della gravidanza e/o della nascita di un figlio intervenisse dopo il periodo di tutela e quindi non rientrasse nell'ambito di applicazione della Direttiva 92/85/CEE, sarebbe possibile per l'interessata invocare la Direttiva 76/207/CEE, trattandosi di una discriminazione diretta basata sul sesso. Il problema di individuare il momento in cui viene presa la decisione di licenziamento rispetto al periodo di tutela previsto dalla Direttiva 92/85/CEE si è posto anche nel caso *Mayr*¹⁰⁵. Dopo aver dichiarato di non essere intenzionata ad affrontare questioni di natura medica o etica volte a chiarire, in un caso di fecondazione in vitro, quando la gravidanza abbia inizio, la Corte ha affermato che, per poter garantire il rispetto del principio della certezza del diritto, la tutela istituita dall'art. 10 della Direttiva 92/85/CEE non può essere estesa al caso in cui alla data della comunicazione del licenziamento il trasferimento degli ovuli fecondati in vitro nell'utero della lavoratrice non fosse ancora avvenuto. Una tale conclusione, frutto di un esame comparato delle diverse normative nazionali sulla conservazione degli ovuli fecondati, non ha tuttavia impedito alla Corte di riconoscere alla lavoratrice interessata la tutela contro la discriminazione fondata sul sesso di cui alla Direttiva 76/207/CEE. Nel caso *Danosa*¹⁰⁶, la Corte è giunta poi ad affermare che poco importa accertare se la ricorrente, membro di un consiglio d'amministrazione di una società di capitali sottoposta a revoca del proprio mandato in ragione dello stato di gravidanza, rientri nell'ambito di applicazione della Direttiva 92/85/CE (ovvero sia qualificata come lavoratrice subordinata ai sensi del diritto dell'UE), o della Direttiva 86/613/CEE (ovvero sia considerata una lavoratrice autonoma). «A prescindere da quale sia la direttiva applicabile, è importante garantire all'interessata la tutela concessa dal diritto dell'Unione alle donne gestanti nel caso in cui il rapporto giuridico che le lega ad un altro soggetto sia stato risolto a causa della sua gravidanza». In questo caso la tutela offerta dalla Direttiva 76/207/CEE, che è in grado di comprendere situazioni non riconducibili nell'ambito di applicazione della Direttiva 92/85/CEE, viene ulteriormente rafforzata dal richiamo all'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali. Tale riferimento è da accogliere con favore, tanto più se si considera che la Carta con la riforma di Lisbona ha acquistato valore giuridico vincolante. Occorre però constatare, non senza un rilievo critico, che la Corte, anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non ha fatto un uso costante, in tale settore, dell'art. 23 della Carta.

¹⁰⁵ Corte di giustizia, sentenza del 26 febbraio 2008, causa C-506/06, *Mayr*.

¹⁰⁶ Corte di giustizia, sentenza dell'11 novembre 2010, C-232/09, *Danosa*.

Degna di nota appare poi la giurisprudenza della Corte relativa all'ammontare della retribuzione/indennità dovuta alla lavoratrice temporaneamente assegnata a un posto diverso (art. 5 n. 2), o temporaneamente dispensata dal lavoro a causa dei rischi per la sua sicurezza e la sua salute (art. 5 n. 3), oppure in congedo di maternità (art. 8). Nel caso *Parviainen*¹⁰⁷ la Corte ha concluso che una lavoratrice gestante, con una retribuzione anteriore all'assegnazione temporanea ad altro posto composta da uno stipendio di base e da una serie di integrazioni dovute all'esercizio di specifiche funzioni essenzialmente dirette a compensare gli inconvenienti collegati a tale esercizio (per esempio lavoro notturno, lavoro domenicale, lavoro straordinario), non può esigere la conservazione dell'intera retribuzione percepita prima della temporanea assegnazione. Essa però conserva oltre allo stipendio di base il diritto a percepire le integrazioni che si ricollegano al suo status professionale, legate per esempio alla sua qualità di superiore gerarchico, alla sua anzianità e alle sue qualifiche professionali. Diversa è la situazione alla base della sentenza *Gassmayr*¹⁰⁸ perché in questo caso la ricorrente aveva richiesto di mantenere, nel periodo di astensione obbligatoria dal lavoro per motivi di sicurezza e salute (art. 5 n.3) il diritto al pagamento dell'indennità per servizi di guardia. La Corte questa volta ha assimilato ai fini del calcolo della retribuzione la posizione della lavoratrice dispensata dal lavoro (art. 5 par. 3) con quello della lavoratrice in congedo di maternità (art. 8). In entrambi i casi la Corte ha concluso che fosse compatibile con la Direttiva 92/85/CEE una normativa nazionale che riconosce alla lavoratrice il diritto a una retribuzione equivalente allo stipendio medio dalla stessa percepito nel corso di un periodo di riferimento anteriore all'inizio della gravidanza o all'inizio del congedo, con l'esclusione però dell'indennità per servizi di guardia. La Corte ha però aggiunto che nessuna disposizione della Direttiva 92/85/CEE impedisce agli Stati membri o, eventualmente, alle parti sociali di prevedere il mantenimento di tutti gli elementi della retribuzione, compresa quindi anche la suddetta indennità.

Nel caso *Sarkatzis Herrero*¹⁰⁹ la Corte ha affermato che la posticipazione della data di entrata in servizio derivante esclusivamente dal congedo di maternità di cui ha beneficiato la ricorrente rappresenta una discriminazione contraria, non già alla Direttiva 92/85/CEE, dal momento che si è trattato di un nuovo rapporto di lavoro sorto durante il congedo di maternità e non di una reintegrazione nel posto di lavoro,

¹⁰⁷ Corte di giustizia, sentenza del 1° luglio 2010, causa C-471/08, *Parviainen*.

¹⁰⁸ Corte di giustizia, sentenza del 1° luglio 2010, causa C-194/08, *Gassmayr*.

¹⁰⁹ Corte di giustizia, sentenza del 16 febbraio 2006, causa C-294/04, *Carmen Sarkatzis Herrero*.

ma alla Direttiva 76/207/CEE, venendo il rilievo per le condizioni di accesso al lavoro e alla carriera.

Merita infine una menzione il caso *Roca Álvarez*¹¹⁰ in cui a venire in rilievo era una normativa nazionale che aveva istituito un permesso durante i primi nove mesi successivi alla nascita di un bambino, per facilitare l'allattamento al seno da parte della madre, poi esteso più in generale alla cura del bambino, come misura di conciliazione tra vita familiare e vita professionale. La particolarità del caso risiede nel fatto che la normativa in questione ammetteva come beneficiarie di tale permesso solo le madri lavoratrici subordinate, mentre i padri lavoratori subordinati potevano fruire di tale permesso solo se la madre del loro bambino aveva il medesimo status. Secondo la Corte il fatto che solo la madre lavoratrice subordinata potesse essere titolare del diritto a beneficiare del permesso, mentre il padre avente lo stesso status potesse soltanto usufruire di questo diritto senza averne la titolarità, era tale da perpetuare una distribuzione tradizionale dei ruoli tra uomini e donne mantenendo gli uomini in un ruolo sussidiario a quello delle donne per quanto riguarda l'esercizio della loro funzione genitoriale. La Corte ha quindi concluso che il mancato riconoscimento ai padri, aventi lo status di lavoratore subordinato, del diritto in forma individuale al permesso, per la sola ragione che la madre del bambino non beneficiasse di questo status, avrebbe potuto avere come conseguenza quella di indurre una donna, lavoratrice autonoma, a limitare la propria attività professionale e a farsi carico da sola degli oneri conseguenti alla nascita di suo figlio, senza poter ricevere un aiuto dal padre di quest'ultimo. Pertanto, la normativa nazionale invocata non si configurava né come una misura diretta ad eliminare o a ridurre le disuguaglianze di fatto che possono esistere per le donne nella realtà della vita sociale, ai sensi dell'art. 2, n. 4, della Direttiva 76/207/CEE, né come una misura che mirava ad una parità sostanziale e non formale riducendo le disuguaglianze di fatto che possono verificarsi nella vita sociale e, così, a prevenire o a compensare, ai sensi dell'art. 157, n. 4, TFUE, gli svantaggi nella carriera professionale delle persone interessate.

Fatta questa digressione sull'interpretazione della Direttiva 92/85/CEE data dalla Corte di giustizia negli ultimi anni, restano da esaminare le reazioni delle altre istituzioni alla proposta di revisione presentata dalla Commissione europea.

¹¹⁰ Corte di giustizia, sentenza del 30 settembre 2010, causa C-104/09, *Roca Álvarez*.

La commissione per i diritti della donna e l'uguaglianza di genere del Parlamento europeo (FEMM) ha giudicato la proposta meno ambiziosa di quanto avrebbe auspicato¹¹¹, sia in riferimento alla riduzione delle asimmetrie tra donne e uomini nel mercato del lavoro, sia in relazione alla promozione di una conciliazione della vita professionale e della vita familiare e privata. Riguardo a questo ultimo aspetto la FEMM ha infatti sottolineato come la proposta non avesse promosso una genitorialità caratterizzata dalla condivisione di responsabilità, tenuto conto del fatto che la maternità e la paternità sono diritti fondamentali imprescindibili ai fini dell'equilibrio sociale. Questa riflessione si pone in linea con quanto sostenuto dalla dottrina più attenta che ha posto l'accento sulla necessità di «superare l'idea della conciliazione e parlare di condivisione e di redistribuzione dei ruoli»¹¹². Gli emendamenti proposti dalla FEMM si sono concentrati non solo sulla tutela delle donne lavoratrici, ma anche sull'incoraggiamento degli uomini ad assumersi responsabilità familiari. A quest'ultimo riguardo è stata proposta l'istituzione di un congedo di paternità individuale, non trasferibile e retribuito, fruito dal padre anche in contemporanea con quello della madre¹¹³.

La risoluzione legislativa approvata dal Parlamento europeo in seduta plenaria ha recepito gran parte di quanto indicato dalla FEMM¹¹⁴. Il Parlamento europeo ha sottolineato come lo scopo perseguito dalla direttiva dovesse essere non solo quello di migliorare la sicurezza e la salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, ma anche quello di porle nelle migliori condizioni per restare sul mercato del lavoro (o di rientrarvi) e di conciliare maggiormente la vita professionale con quella privata e familiare. Per tale ragione la posizione adottata in prima lettura ha previsto l'estensione del congedo di maternità ad almeno venti settimane ininterrotte, prima e/o dopo il parto¹¹⁵ (con un periodo obbligatorio di almeno sei settimane successive al parto)¹¹⁶, il divieto per le lavoratrici gestanti di

¹¹¹ Il Parlamento europeo ha ribadito questa considerazione nella Risoluzione del 10 febbraio 2010 sulla parità tra donne e uomini (2009).

¹¹² D. GOTTARDI, *Lo stato di avanzamento dei lavori a livello di istituzioni europee sulla parità di genere*, cit. *supra*, p. 32.

¹¹³ Nella Risoluzione del 10 febbraio 2010, cit. *supra*, il Parlamento europeo è tornato su tale aspetto sottolineando l'assenza di disposizioni normative in materia di congedo di paternità. La loro previsione sarebbe necessaria per garantire alla donna una maggiore tutela nel mercato del lavoro e combattere così gli stereotipi esistenti nella società in merito all'uso di tale congedo.

¹¹⁴ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 20 ottobre 2010 sulla proposta di direttiva recante modifica della Direttiva 92/85/CEE.

¹¹⁵ Venti settimane sono ritenute dal Parlamento europeo idonee ad aiutare le donne a rimettersi dal parto, ad incoraggiare l'allattamento materno (considerato dall'OMS necessario per una crescita e uno sviluppo ottimali del neonato) e a permettere alla madre di stabilire una solida relazione con il figlio.

¹¹⁶ La Corte di giustizia nella sentenza del 20 settembre 2007, causa C-116/06, *Sari Kiiski* ha affermato che il diritto comunitario osta alla decisione di un datore di lavoro che, per i suoi effetti, non permette ad

portare e sollevare oggetti pesanti e svolgere lavori pericolosi, faticosi che comportano rischi per la salute, l'adozione da parte degli Stati membri di misure che consentano alle lavoratrici gestanti, puerpere, in allattamento di non essere obbligate a svolgere un lavoro notturno e ad effettuare ore di straordinario¹¹⁷, il divieto di licenziamento nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza e almeno i sei mesi successivi al termine del congedo di maternità, il mantenimento della retribuzione completa durante il congedo di maternità, il diritto delle lavoratrici in congedo di ricevere automaticamente l'aumento salariale senza essere costrette a rientrare al lavoro, il diritto di essere reintegrate nel loro posto di lavoro o in un posto equivalente (in base alla retribuzione, alla posizione professionale e alle mansioni svolte), il mantenimento di opportunità di crescita professionale, la considerazione, ai fini pensionistici, del periodo di congedo di maternità. Per conseguire un'autentica parità di genere, la risoluzione legislativa prevede il diritto ad un congedo di paternità¹¹⁸ di almeno due settimane, integralmente retribuito e non trasferibile¹¹⁹, riconosciuto anche alle coppie non sposate, l'estensione del congedo di maternità e di paternità anche in caso di adozione di bambini in età inferiore ai dodici mesi, e l'inclusione dei lavoratori di sesso maschile tra i soggetti la cui salute riproduttiva deve essere tutelata. Gli Stati membri sono invitati ad introdurre le misure necessarie per garantire che il danno subito dalla lavoratrice a causa di una violazione degli obblighi previsti dalla direttiva sia realmente ed effettivamente indennizzato o risarcito. Le sanzioni che gli Stati membri sono tenuti a stabilire devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. A tale riguardo è opportuno richiamare la giurisprudenza della Corte di giustizia. Nel caso *Pontin* la Corte ha affermato che la «sanzione deve essere di natura tale da garantire una tutela giurisdizionale effettiva ed efficace, e deve avere per il datore di lavoro un effetto dissuasivo reale e, ad ogni modo, deve essere adeguata al danno subito»¹²⁰. La

una lavoratrice gestante di ottenere dietro sua domanda una modifica del periodo del suo congedo di educazione nel momento in cui essa richiede il congedo di maternità, privandola così dei diritti inerenti a tale congedo di maternità risultanti dagli artt. 8 e 11 della Direttiva 92/85/CE.

¹¹⁷ Dovrà quindi essere prevista la possibilità di assegnazione ad un orario di lavoro diurno compatibile oppure una dispensa dal lavoro o una proroga del congedo di maternità qualora tale assegnazione non risulti possibile.

¹¹⁸ Tale previsione vuole essere un segnale per il mercato del lavoro. L'attività economica deve tenere conto che la riproduzione umana è un valore sociale fondamentale e un diritto e una responsabilità non solo per le donne, ma anche per gli uomini.

¹¹⁹ Il rapporto dell'Unicef *The childcare transition* del 2008 ha evidenziato che devono ricorrere due condizioni perché i padri prendano una parte del congedo: la prima è rappresentata dalla previsione di una quota loro riservata, la seconda dalla corresponsione di un'indennità consistente, di almeno il 60% dello stipendio, in www.unicef.ca/portal7Secure/Community/502/WCM/HELP/take_action/Advocacy/rc8.pdf.

¹²⁰ Corte di giustizia, sentenza del 29 ottobre 2009, causa C-63/08, *Pontin*; cfr. anche Corte di giustizia, sentenza 11 ottobre 2007, causa C-460/06, *Paquay*.

Corte ha precisato che uno Stato membro può prevedere un mezzo di ricorso specifico esercitato secondo modalità procedurali specifiche, purché esse non siano però meno favorevoli di quelle relative a ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non siano strutturate in modo da rendere praticamente impossibile l'esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)¹²¹. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto che un termine di decadenza di quindici giorni, come quello del *code du travail* lussemburghese, non fosse idoneo a soddisfare tale condizione. Ha inoltre sancito la contrarietà alla Direttiva 92/85/CEE della normativa nazionale che privava la lavoratrice subordinata, oggetto di una misura di licenziamento durante la gravidanza, di un'azione giurisdizionale di risarcimento dei danni, mentre ammetteva che tale azione potesse essere esercitata da qualsiasi altro lavoratore subordinato di sesso maschile licenziato. La limitazione dei mezzi di ricorso costituiva infatti un trattamento meno favorevole riservato ad una donna in ragione della gravidanza.

Il parere adottato dal Parlamento europeo è solo il primo passo per l'adozione della nuova direttiva. Si tratta di un percorso legislativo che appare, fin d'ora, tutt'altro che semplice e veloce, data la distanza tra la posizione del Parlamento e le opinioni degli Stati membri, manifestate nel corso del dibattito all'interno del Consiglio. Le obiezioni agli emendamenti approvati dal Parlamento europeo sono principalmente dovute alle implicazioni economiche, ovvero all'impatto che la nuova direttiva avrebbe sui sistemi sociali degli Stati membri. Allo stato attuale sembra che le argomentazioni volte ad evidenziare le ricadute positive, nel lungo periodo, a favore dell'occupazione femminile e dello stato di salute economica delle famiglie non siano sufficienti per superare l'ostacolo rappresentato dalla maggiorazione dei costi per i sistemi previdenziali nazionali. Non è un caso quindi che la previsione sulla quale la maggioranza delle delegazioni ha dimostrato di essere contraria è quella relativa all'estensione del congedo di maternità a 20 settimane, a retribuzione completa. Su questo aspetto, così come sulla previsione del congedo di paternità obbligatorio, ci sarà dunque bisogno di tempo e di ulteriori riflessioni per giungere ad un accordo. Più aperta è invece apparsa la posizione delle delegazioni in relazione alla valutazione dei rischi per la salute e per la riproduzione, il reintegro nel posto di lavoro al termine del congedo di maternità e i diritti alla pensione, anche se non sono mancate critiche alle previsioni contenute nella posizione del Parlamento europeo,

¹²¹ Corte di giustizia, sentenza del 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*.

ritenute troppo particolareggiate e quindi volte a lasciare poco spazio alla discrezionalità degli Stati membri.

Non c'è dubbio che il Parlamento europeo abbia cercato, con i propri emendamenti, di imprimere una svolta. Esso ha infatti indirizzato l'attenzione alla dimensione genitoriale dei lavoratori. L'obiettivo perseguito non è solo quello di migliorare la tutela della donna lavoratrice in maternità, ma anche quello di coinvolgere i padri lavoratori. Il congedo di paternità non può certo costituire l'unico strumento per realizzare una efficace politica di parità di genere, ma può rappresentare un elemento in grado di influenzare con il tempo un cambio culturale. È importante a tale riguardo sottolineare che il congedo di paternità deve essere considerato come parte integrante della futura discussione in merito alla direttiva sul congedo parentale di cui si tratterà nel prossimo capitolo.

Il complesso di norme relative alla tutela della maternità, del puerperio e dell'allattamento è stato oggetto di un importante intervento del legislatore italiano il quale ha provveduto ad ordinare le diverse disposizioni esistenti in materia mediante l'emanazione di un Testo Unico, il D.Lgs. 151 del 2001, successivamente modificato dal D. Lgs. 5 del 2010 che, come si ricorderà, ha recepito la Direttiva 2006/54/CE.

La materia è stata riformata secondo il già ricordato orientamento diretto ad una valorizzazione delle istanze di protezione della famiglia e della cura del bambino con il tentativo di superamento dei tradizionali ruoli genitoriali.

Il Testo Unico vieta anzitutto «qualsiasi discriminazione per ragioni connesse al sesso, secondo quanto previsto dal D.Lgs. 198 del 2006 con particolare riguardo ad ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti».

Tra le garanzie poste a tutela delle lavoratrici madri il legislatore prevede anzitutto il divieto di licenziamento operato dall'inizio del periodo di gestazione fino al termine del periodo di interdizione obbligatoria dal lavoro nonché fino al compimento di un anno di età del bambino (art. 54 del D. Lgs. 151 del 2001).

Il divieto opera con riferimento allo stato oggettivo di gravidanza e dunque, ove la lavoratrice ignara della propria situazione sia stata licenziata, la medesima ha diritto al ripristino del rapporto mediante la presentazione della certificazione da cui risulti l'esistenza, all'epoca del licenziamento, delle condizioni che lo vietavano.

L'art. 54 del D. Lgs. 151 del 2001 ha eliminato il termine di 90 giorni entro cui la lavoratrice doveva presentare il certificato. La giurisprudenza era comunque

prevalentemente orientata ad escludere il carattere vincolante del termine, a condizione che la lavoratrice dimostrasse che, a prescindere dalla certificazione, il datore di lavoro fosse comunque a conoscenza dello stato di gravidanza. Tra le varie sentenze che si sono pronunciate sulla materia, degna nota è la n. 2248/1988 delle Sezioni Unite della Cassazione. A parere della Suprema Corte, si veda in tal senso la sentenza n. 7037/1987, l'impugnazione tardiva del licenziamento, pur escludendo il diritto al ripristino del rapporto dà titolo alla lavoratrice ad ottenere come risarcimento dei danni, la retribuzione fino al termine del periodo di divieto.

Il licenziamento della lavoratrice madre è quindi affetto da nullità per il periodo in cui perdura il divieto, in tal senso si è pronunciata la Corte Costituzionale con la sentenza n. 61/1991. Ciò non esclude, però, che il datore di lavoro possa far valere l'eventuale motivo di licenziamento, se ancora sussiste, al termine del periodo.

Non si rinviene, altresì, alcuna norma che imponga alla lavoratrice gestante di notificare, al momento della stipula del contratto, il datore di lavoro del proprio stato. Né un siffatto obbligo può ricavarsi, pur quando la lavoratrice venga assunta con contratto a tempo determinato, dai canoni generali di correttezza e buona fede di cui agli articoli 1175 e 1375 c.c. o da altro generale principio del nostro ordinamento, considerato che l'accoglimento di una diversa opinione condurrebbe a ravvisare nello stato di gravidanza e puerperio di cui all'art. 4 della legge 1204 del 1971 (ndr. ora articoli 16 e 17 D.Lgs. 151 del 2001) un ostacolo all'assunzione al lavoro della donna (con conseguente incentivazione di condotte discriminatorie) e finirebbe, così, per legittimare opzioni ermeneutiche destinate a minare in maniera rilevante la tutela apprestata a favore delle lavoratrici madri dalla suddetta legge 1204 del 1971 (Cass., n. 9864/2002).

Eccezioni al divieto di licenziamento sono consentite in caso di colpa grave della lavoratrice, cessazione dell'attività dell'azienda alla quale è adibita, ultimazione della prestazione per la quale è stata assunta, risoluzione del rapporto per scadenza del termine e mancato superamento della prova¹²².

¹²² In tal modo il più recente intervento legislativo ha codificato il principio originariamente previsto dall'art. 1 del regolamento attuativo della legge del 1971 (D.P.R. 1026 del 1976), secondo cui il divieto non operava rispetto al recesso per esito negativo della prova, norma peraltro ritenuta illegittima dalla giurisprudenza per contrasto con la norma primaria dell'art. 2, comma 3, della legge del 1971 (Cass., n. 4747/1993). Sull'argomento era altresì intervenuta la Corte Costituzionale con la sentenza n. 196/1996 che aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 2, comma 3, della legge nella parte in cui non prevedeva l'inapplicabilità del divieto di licenziamento nel caso di recesso per esito negativo della prova.

Non è considerata ipotesi assimilabile alla cessazione dell'attività pretesa dall'art. 54 del D.Lgs. 151 del 2001 ai fini della licenziabilità della lavoratrice gestante, la cessazione dell'attività della sede presso cui è addetta, in una ipotesi caratterizzata dalla contemporanea creazione di altra sede in località geografica prossima a quella della sede cessata. (Trib. Pesaro e Urbino, 4 luglio 2006).

Durante il periodo di irrecidibilità vige anche il divieto di sospensione dal lavoro, salvo che sia sospesa l'attività dell'intera impresa o del reparto cui la lavoratrice è addetta e purché il reparto abbia autonomia funzionale.

Di particolare interesse appare sul tema l'ordinanza del Tribunale di Milano del 24 maggio 2010 secondo la quale non costituisce discriminazione per ragioni di genere la sospensione in Cig della lavoratrice madre durante il periodo di cui all'art. 54 D.Lgs. 151 del 2001, qualora il datore di lavoro dimostri che la mancata sospensione di altri addetti al medesimo reparto risulti giustificata dalle differenti condizioni degli stessi. Il Tribunale ha, infatti, considerato valida giustificazione della sospensione del lavoro, per cessazione della commessa cui la dipendente era addetta, il rifiuto della lavoratrice di accettare una riduzione salariale di 350 euro mensili posta dalla società quale condizione per l'assegnazione ad altra commessa di lavoro. Non sarebbe poi esperibile nel caso di specie, sempre secondo l'ordinanza in commento, la procedura ex art. 38 D.Lgs. 1198 del 2006, che troverebbe applicazione solo in relazione alle ipotesi di discriminazione di genere previste dal comma 1 della norma stessa.

La lavoratrice madre inoltre non può essere collocata in mobilità a seguito di licenziamento collettivo, salva l'ipotesi in cui tale misura si renda necessaria a seguito della cessazione dell'attività dell'impresa.

Innovando rispetto all'assetto precedente, l'art. 55 comma 4 del D.Lgs. 151 del 2001 ha previsto che anche le dimissioni della lavoratrice madre, al pari di quelle per causa di matrimonio, debbano essere oggetto di convalida davanti al servizio ispettivo del Ministero del lavoro competente per territorio¹²³. In caso di dimissioni volontarie durante il periodo di irrecidibilità, la lavoratrice mantiene il diritto alle indennità previste da disposizioni di legge e contrattuali per il caso di licenziamento. Resta comunque fermo che, in questi casi, la lavoratrice non è tenuta al preavviso.

¹²³ Sul tema si era pronunciata la Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 4747/1993, aveva affermato l'illegittimità, per contrasto con la norma primaria, dell'art. 11 del regolamento attuativo che condizionava la validità delle dimissioni alla convalida dell'Ispettorato del lavoro.

L'ulteriore e tradizionale territorio di interventi della disciplina di protezione delle gestanti riguarda le condizioni fisico-biologiche (Capo II del D.Lgs. 151 del 2001). Si prevede il divieto di adibire la lavoratrice, durante il periodo di gestazione e fino a sette mesi dopo il parto, al trasporto ed al sollevamento dei pesi, ai lavori pericolosi, faticosi ed insalubri, riconoscendo contestualmente il diritto a permessi retribuiti per esami prenatali¹²⁴.

Le lavoratrici addette ai lavori vietati devono essere trasferite ad altre mansioni, in ipotesi anche inferiori, ma con il mantenimento del trattamento acquisito in precedenza, fermo il diritto alla promozione, nei limiti previsti dall'art. 2103 c.c. in caso di adibizione a mansioni superiori.

La tutela si applica anche alle lavoratrici che hanno ricevuto bambini in adozione e affidamento fino al compimento di sei anni di età¹²⁵.

Quanto al lavoro notturno se ne stabilisce il divieto dalle ore 24 alle ore 6, per il periodo che va dall'accertamento dello stato di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino.

L'art. 16 del D.Lgs. 151 del 2001 pone altresì il divieto di adibire al lavoro la donna nel periodo dei due mesi precedenti la data presunta del parto, nel periodo intercorrente tra la data presunta e la data effettiva del parto e nei tre mesi successivi al parto stesso. L'astensione obbligatoria dal lavoro è anticipata a tre mesi dalla data presunta del parto quando la lavoratrice è occupata in lavori che, in relazione all'avanzato stato di gravidanza, sono da ritenersi gravosi e pregiudizievoli (art. 17, comma 1, D.Lgs. 151/2001). L'astensione può essere altresì anticipata dalla Direzione provinciale del Lavoro quando risulti necessaria in base all'accertamento medico, per evitare pregiudizi alla salute della donna o del bambino (art. 17, comma 2).

Ferma restando la durata complessiva del congedo di maternità, la lavoratrice ha facoltà di astenersi dal lavoro un mese prima dalla data presunta del parto e nei quattro mesi successivi al parto, a condizione che presenti un certificato medico dal quale risulti che tale scelta non arreca pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro. (artt. 16 e 20).

¹²⁴ L'elenco di tali lavori è contenuto nell'art. 5 del D.P.R. 1026 del 197, regolamento attuativo della L. n.1204 del 1971, mantenuto in vita dal D. Lgs. 151 del 2001 e nell'allegato B a quest'ultimo.

¹²⁵ La violazione di tali disposizioni è punita con la sanzione penale.

Il diritto di astensione obbligatoria spetta anche alle lavoratrici che abbiano adottato bambini o li abbiano ottenuti in affidamento preadottivo nei tre mesi successivi all'ingresso del bambino nella nuova famiglia (art. 26 del T.U.).

Di particolare interesse appare la sentenza della Corte di Appello di Roma n. 5213/2007 in materia di adozione internazionale e facoltà di avvalersi del permesso di cui all'art. 20 del T.U. Il caso sottoposto all'esame della Corte riguardava una dipendente di una compagnia aerea che, insieme al coniuge, aveva adottato due minori di nazionalità colombiana. A tal fine aveva chiesto ed ottenuto, dalla società datrice di lavoro, un periodo di aspettativa non retribuita per recarsi in Colombia, al fine di compiere le pratiche di adozione e aveva poi chiesto che le fosse concesso dalla data del suo rientro in Italia regolare congedo per maternità.

Era stata, quindi, considerata dalla società datrice di lavoro in astensione obbligatoria dal lavoro per adozione internazionale a partire dalla predetta data e per un periodo di tre mesi.

La lavoratrice aveva chiesto, successivamente, di poter usufruire della facoltà concessa dall'art. 20 del D.Lgs. 151 del 2001, che prevede, come chiarito, la possibilità per le lavoratrici di astenersi dal lavoro nei quattro mesi successivi al parto: la richiesta non aveva trovato riscontro da parte della società, che aveva assunto, in merito, un atteggiamento negativo. La lavoratrice si rivolgeva all'autorità giudiziaria per vedere tutelati i propri diritti.

L'istanza veniva, però, respinta in primo ed in secondo grado. La Corte di Appello, in particolare, sosteneva preliminarmente che già l'interpretazione letterale delle norme in materia era sufficiente ad individuarne, in modo chiaro e univoco, il significato e la connessa portata precettiva, che sono tali da escludere, con evidenza, la madre adottiva dalla facoltà di astenersi dal lavoro per un ulteriore mese, dopo i tre di cui al comma 1, lett. c), dell'art. 16 del D. Lgs. 151 del 2001.

L'art. 20 del decreto legislativo, ai sensi del quale il congedo di maternità può non corrispondere ai due mesi precedenti la data presunta del parto e ai tre mesi successivi, secondo la previsione generale, ma, alla condizione stabilita dalla norma, può decorrere dal mese precedente la data presunta del parto e durare fino al quarto mese successivo, significativamente s'intitola "flessibilità del congedo di maternità", mentre, nell'ipotesi della madre adottiva, la possibilità di astenersi dal lavoro per quattro mesi rappresenterebbe non una flessibilità del congedo, ma un'estensione pura e semplice del relativo periodo dai tre mesi attribuiti in caso di adozione (o affidamento) a quattro. Il comma 1 dell'art 20, inoltre, prevede "la facoltà di

astenersi dal lavoro nei quattro mesi successivi al parto", così ricollegando, letteralmente, tale facoltà a tale evento, che costituisce un'ipotesi estranea, anzi alternativa rispetto a quella dell'adozione (o dell'affidamento), per la quale l'art. 26 del decreto legislativo prevede solo la possibilità di chiedere il congedo «di cui alla lettera c), comma 1, dell'articolo 16», pari a tre mesi, disponendone la fruizione «durante i primi tre mesi successivi all'effettivo ingresso del bambino nella famiglia della lavoratrice» e, così, espressamente precisando che, in caso di adozione (o di affidamento), il periodo del congedo di maternità non può oltrepassare i tre mesi.

La diversità del trattamento della madre adottiva rispetto a quello riservato alla madre naturale, limitata alla durata del congedo di maternità, non costituisce violazione dell'art. 3 Cost., essendo sostanzialmente diversa la situazione della lavoratrice che partorisce rispetto a quella della lavoratrice che adotta.

Gli articoli 26 e 27 del D.Lgs. 151 del 2001, d'altro canto, con riferimento alla posizione della madre adottiva, che (come la ricorrente) adotti in regime di adozione internazionale, assicurano una specifica protezione complessiva che, tenuto conto della diversità della situazione, può ritenersi concretamente corrispondente, anche per l'aspetto che riguarda la tutela dell'inserimento del bambino nella famiglia, a quella della madre naturale. Se a quest'ultima, infatti, è riconosciuto il diritto a un congedo di due mesi prima del parto e di tre mesi dopo il parto, che può anche essere (ai sensi dell'art. 20 del decreto) di un mese prima e quattro mesi dopo, alla madre adottiva, oltre al congedo durante i primi tre mesi dopo l'ingresso del bambino in famiglia, di cui all'art. 26, è riconosciuto il diritto a fruire dell'apposito congedo, del quale la ricorrente aveva beneficiato, «di durata corrispondente al periodo di permanenza nello Stato straniero richiesto per l'adozione» (sia pure senza "indennità né retribuzione"), di cui all'art. 27, comma 2.

Sempre nella prospettiva di un maggior coinvolgimento dei lavoratori di sesso maschile o comunque dei padri nella gestione della vita familiare e dei figli in particolare, il diritto all'assenza obbligatoria, relativamente all'assenza post-partum, è riconosciuto al padre lavoratore in caso di morte o grave infermità della madre, di abbandono da parte della madre o di affidamento esclusivo del figlio al padre (art. 28 del D.Lgs. 151 del 2001). Tale norma si interpreta nel senso che l'astensione si applica solo al periodo *post partum* e non alla fase di astensione, pure obbligatoria, precedente il parto. In caso di parto prematuro (art. 16 D.Lgs. 151 del 2001) i giorni non goduti di astensione obbligatoria prima del parto relativi alla nascita prematura si sommano a quelli relativi all'astensione dopo il parto, fermo restando che non può

essere superato il limite massimo dei cinque mesi di astensione obbligatoria (Corte di Appello di Firenze, 22 settembre 2011).

Al termine del periodo di interdizione dal lavoro, la lavoratrice o il lavoratore hanno il c.d. diritto al rientro¹²⁶, ossia il diritto di rientrare nella stessa unità produttiva in cui operavano all'inizio del periodo di astensione, ovvero in un'altra ubicata nello stesso comune, e di permanervi fino al compimento di un anno di età del bambino, con le stesse mansioni da ultimo svolte o con mansioni equivalenti¹²⁷.

La lavoratrice o, alle medesime condizioni, il lavoratore che in Italia abbiano adottato bambini o li abbiano ottenuti in affidamento preadottivo hanno la facoltà di avvalersi – nei tre mesi successivi all'ingresso nella nuova famiglia del bambino adottivo o affidatario, che non abbia superato i sei anni di età – al congedo ed al relativo trattamento economico (artt. 26 e 31 del D.Lgs. 151 del 2001)

Le lavoratrici autonome godono dello stesso trattamento. Le libere professioniste hanno diritto al congedo di tre mesi per l'ingresso del bambino adottato o affidato anche se ha superato i sei anni di età (art. 72 del D.Lgs. 151 del 2011 come modificato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 371/2003).

In alternativa alla madre, anche il padre libero professionista può chiedere l'indennità di maternità durante i primi tre mesi successivi all'ingresso del bambino nella famiglia, come ha affermato la Corte Costituzionale nella decisione del 14 ottobre 2005, n. 385.

La Corte Costituzionale con sentenza n. 285/2010 è tornata a pronunciarsi sulla condizione delle libere professioniste e dei coniugi di queste ultime. In particolare, nell'esaminare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 70 del D.Lgs. 151 del 2001, sollevata in relazione agli artt. 3, 29, secondo comma, 30, primo comma, e 31, Cost., nella parte in cui esso, nel fare esclusivo riferimento alle libere professioniste ha escluso il diritto del padre libero professionista di percepire, in alternativa alla madre biologica, l'indennità di maternità. Le norme, a parere della Corte, sono poste direttamente a protezione della filiazione biologica del nascituro e hanno come scopo la tutela della salute della madre nel periodo anteriore e successivo al parto, risultando, quindi, di tutta evidenza che, in tali casi, la posizione di quest'ultima non è assimilabile a quella del padre

¹²⁶ Previsto al termine dei periodi di divieto di lavoro nonché dei periodi di congedo, permesso o riposo.

¹²⁷ Art. 56 D.Lgs. 151 del 2011. La violazione delle norme sul diritto al rientro comporta una sanzione amministrativa ai sensi dell'art. 4 del D.Lgs. 115 del 2003.

Da quanto precede emerge che tra le novità più significative della più recente legislazione vi è quella che prevede l'estensione di tutte le tutele appena descritte anche al lavoratore di sesso maschile che fruisca del congedo di paternità, così come verrà approfondito nel prossimo capitolo.

Capitolo III - Congedo parentale

Una risposta al declino demografico che l'Unione europea si trova ad affrontare può essere data attraverso il miglioramento delle disposizioni a favore di un più adeguato equilibrio tra vita professionale, vita familiare e vita privata¹²⁸. Giustamente la dottrina ha sostenuto che «parlare di tempo di lavoro e di tempo di vita è importante, perché dimostra quanto sia decisivo superare la dicotomia più tradizionale, quella tra tempo di lavoro e tempo di non lavoro, dato che questa seconda formula copre in larga parte – e soprattutto per le donne – il tempo dedicato al lavoro di cura e al lavoro domestico»¹²⁹.

La relazione della Commissione europea sulla parità tra donne e uomini nel 2010¹³⁰ mette in evidenza come le donne con bambini lavorino meno (-11,5 %) di quelle che non ne hanno, mentre per gli uomini valga il contrario (+ 6,8 %). È noto, infatti, che alle donne continua ad essere attribuita la responsabilità principale della cura dei figli e dell'assistenza alle persone non autosufficienti, e questo incide in modo rilevante sul tasso di occupazione delle donne¹³¹.

Il congedo di maternità e il congedo parentale sono strumenti complementari che possono contribuire, se utilizzati in sinergia, a realizzare un'equa condivisione tra donne e uomini delle responsabilità nei confronti dei familiari. Accanto a tali strumenti è necessario, però, come è stato più volte evidenziato dal Parlamento europeo¹³² e dalla Commissione¹³³, che gli Stati membri adottino misure volte a garantire un'assistenza all'infanzia efficiente, accessibile e di qualità, nel pieno

¹²⁸ Nella Risoluzione del 21 febbraio 2008 sul futuro demografico, il Parlamento europeo ha rilevato che è possibile modificare le curve della natalità con politiche pubbliche concertate, che creino un ambiente materiale e psicologico favorevole alla famiglia e all'infanzia. Nella Risoluzione dell'11 luglio 2007 su come modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo, il Parlamento aveva rilevato, ancora una volta con notevole preoccupazione, che il Libro Verde, pur riconoscendo che le donne devono affrontare uno squilibrio fra la loro vita professionale e quella privata, ignorava l'urgente esigenza di un'azione volta a riconciliare la vita professionale e privata con le sfide demografiche, nel rispetto del Patto europeo per la parità di genere e della menzionata comunicazione della Commissione sul futuro demografico dell'Europa (COM(2006)0657).

¹²⁹ D. GOTTARDI, *Lo stato di avanzamento dei lavori a livello di istituzioni europee sulla parità di genere*, in L. CALAFÀ, D. GOTTARDI (a cura di) *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009, p. 31.

¹³⁰ Comunicazione della Commissione europea del 18 dicembre 2009, COM (2009)694.

¹³¹ Rapporto Eurostat ottobre 2011 evidenzia che le responsabilità familiari sono la causa principale di inattività delle donne in età compresa tra 25-54 anni. Cfr. anche Comunicazione della Commissione europea del 21 settembre 2010, "Strategia per la parità tra donne e uomini 2010-2015", COM (2010) 491.

¹³² Risoluzione del Parlamento europeo del 17 giugno 2010 sulla valutazione dei risultati della tabella di marcia per la parità tra donne e uomini 2006-2010 e raccomandazioni per il futuro.

¹³³ Comunicazione della Commissione del 3 ottobre 2008 su "Un migliore equilibrio tra lavoro e vita privata. Sostenere maggiormente gli sforzi tesi a conciliare la vita professionale, privata e familiare", COM (2008) 635; cfr. anche Comunicazione della Commissione europea, COM (2010) 491, cit. *supra*.

rispetto degli obiettivi prefissati in occasione del Consiglio europeo di Barcellona del 2002. La mancanza di strutture adeguate può influire addirittura sulla scelta delle donne di non avere figli o di averne di meno¹³⁴, con conseguenze non solo sul piano demografico, ma anche su quello della crescita economica.

Come è stato evidenziato nel precedente capitolo, le difficoltà incontrate per la revisione della direttiva sul congedo di maternità hanno impedito, per il momento, l'adozione di un nuovo atto.

La disciplina sul congedo parentale, invece, è stata recentemente novellata dalla Direttiva 2010/18/UE¹³⁵ che ha abrogato la Direttiva 96/34/CE. Quest'ultima aveva conferito valore giuridico all'accordo firmato dalle parti sociali nel dicembre del 1995. L'accordo prevedeva un diritto individuale al congedo parentale di almeno tre mesi per i lavoratori di entrambi i sessi in seguito alla nascita o all'adozione di un figlio, il diritto di essere reintegrati nello stesso posto di lavoro o in un posto di lavoro equivalente, il mantenimento dei diritti connessi con il contratto di lavoro, la protezione dal licenziamento e il diritto ad assentarsi dal lavoro per ragioni familiari urgenti connesse a malattie o infortuni che rendono indispensabile la presenza immediata del lavoratore. Venivano invece rimesse alla legge e/o ai contratti collettivi le scelte in ordine alle condizioni di accesso e alle modalità di applicazione del congedo.

La Commissione europea, pur avendo constatato che l'accordo quadro del 1995 aveva rappresentato un catalizzatore di cambiamenti positivi, perché aveva contribuito a migliorare negli Stati membri le possibilità, per i genitori che lavorano, di conciliare vita professionale e responsabilità familiari, ha sollecitato le parti sociali a rivedere il testo per aggiornarlo e tenere conto della crescente diversità della struttura familiare. Dai negoziati è scaturito un nuovo accordo che ha reso necessaria l'abrogazione della precedente direttiva e l'adozione di un nuovo atto. L'accordo del 2009, al quale la Direttiva 2010/18/UE ha conferito valore giuridico¹³⁶, si applica a tutte le forme di contratto (tra cui il lavoro a tempo parziale, quello a tempo determinato e quello tramite agenzie interinali) ed estende il periodo minimo di congedo parentale a quattro mesi, stabilendo che almeno uno di essi sia attribuito in

¹³⁴ La Commissione europea ha rilevato che nei Paesi dotati di servizi di assistenza all'infanzia e con formule di lavoro flessibile il tasso di occupazione femminile e di natalità sono più elevati, COM (2009)694, cit. *supra*.

¹³⁵ Direttiva 2010/18/UE dell'8 marzo 2010, che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES e abroga la Direttiva 96/34/CE.

¹³⁶ Occorre infatti ricordare che gli obblighi degli Stati membri discendono dalle modalità di applicazione dell'accordo in conformità con la direttiva, e non dall'accordo stesso.

forma non trasferibile. Quest'ultima previsione è stata inserita per incoraggiare una più equa ripartizione del congedo parentale tra i padri e le madri, visto che in molti Stati membri veniva autorizzato il trasferimento del diritto al congedo parentale da un genitore all'altro, con la conseguenza che spesso le donne si vedevano allungare il periodo di congedo parentale. In realtà il nuovo accordo non comporta un cambiamento radicale, ma solo un primo passo in tale senso, dal momento che non viene abbandonata la previsione secondo cui il periodo di congedo si svolge «in linea di principio, in forma non trasferibile»¹³⁷.

L'accordo, poi, mantiene l'opzione della anzianità lavorativa massima di un anno, ma specifica che in caso di più contratti a tempo determinato presso lo stesso datore di lavoro occorre tenere conto, per il calcolo dell'anzianità, della durata complessiva di tali contratti. Per gli Stati e/o le parti sociali è resa vincolante la fissazione dei termini di preavviso, mentre rappresenta un mero suggerimento la valutazione della necessità di adeguare le condizioni relative al congedo parentale alle esigenze dei genitori di figli con disabilità o con malattie a lungo decorso e di prevedere ulteriori misure per rispondere alle esigenze specifiche dei genitori adottivi.

Il legislatore italiano all'art. 33 del D.Lgs. 151 del 2001¹³⁸ ha già disciplinato la fruizione del congedo parentale da parte di genitori di minori con handicap in situazione di gravità accertata¹³⁹, prevedendo che per ogni figlio la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre, abbiano diritto, entro il compimento dell'ottavo anno di vita del bambino, al prolungamento del congedo parentale, fruibile in misura continuativa o frazionata, per un periodo massimo, comprensivo dei periodi di cui all'articolo 32, non superiore a 3 anni, a condizione che il bambino non sia ricoverato

¹³⁷ Clausola 2 dell'accordo quadro del 2009.

¹³⁸ L'art. 3 del D. Lgs. 119 del 2011 ha abrogando il primo periodo del c. 4 art. 33 e modificando il c. 1

¹³⁹ La legge 104 del 1992 definisce persona handicappata «colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione» (art. 3), equiparando così in modo integrale i soggetti affetti da invalidità fisica e quelli affetti da invalidità psichica. La situazione assume connotazione di gravità quando la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione. La gravità dell'handicap è accertata dalle Asl, mediante le commissioni preposte agli accertamenti sanitari relativi alle domande per ottenere la pensione, l'assegno o le indennità di invalidità civile, integrate da un operatore sociale e da un esperto nei casi da esaminare in servizio presso le stesse Asl. Le controversie concernenti gli esiti degli accertamenti sanitari, investendo un atto di certazione della commissione medica con riflessi su diritti soggettivi, appartengono alla giurisdizione ordinaria (Cass. sez. unite n. 24862/2006). Tra gli obiettivi che l'ordinamento si pone vi è quello di assicurare alla famiglia della persona handicappata adeguato sostegno e, nei casi strettamente necessari e per il periodo indispensabile, interventi economici integrativi.

a tempo pieno presso istituti specializzati, salvo che, in tal caso, sia richiesta dai sanitari la presenza del genitore"¹⁴⁰.

A ciò si aggiunga che la Corte di Cassazione con la sentenza n. 4623/2010, anteriormente alla riforma dell'art. 33 del T.U. avvenuta nel 2011, aveva già stabilito il principio secondo il quale la lavoratrice madre o il lavoratore padre di una pluralità di minori portatori di handicap in situazione di gravità hanno diritto, in alternativa al prolungamento fino a tre anni del congedo parentale, ad usufruire di due ore di permesso giornaliero retribuito per ciascun bambino sino al compimento del terzo anno di età, dovendosi ritenere prevalente rispetto alle esigenze connesse alla prestazione lavorativa l'interesse del bambino e la tutela, prioritaria, del suo sviluppo e della sua salute quali diritti fondamentali dell'individuo costituzionalmente garantiti.

Sempre con riferimento all'accordo del 2009, preme rilevare che in esso non viene fatta menzione di altre situazioni particolari che possono riguardare per esempio casi di parti gemellari. Sul punto è intervenuta la Corte di giustizia nel caso *Chatzi*¹⁴¹. Si tratta peraltro dell'unico esempio su tale materia in cui la Corte ha risolto le questioni pregiudiziali proposte fondandosi sulla Carta dei diritti fondamentali, e più precisamente sugli artt. 20 e 33. Il giudice *a quo* aveva chiesto se la nascita di gemelli comportasse un doppio diritto al congedo parentale. Interpretando l'accordo quadro del 1995 in rapporto con le disposizioni della Carta, la Corte ha affermato che la nascita di gemelli non conferiva un diritto a tanti congedi quanti sono i figli¹⁴². Il legislatore nazionale però era tenuto ad istituire un regime di congedo parentale atto a garantire ai genitori di gemelli un trattamento che tenesse debitamente conto delle loro particolari esigenze.

Su un caso analogo è intervenuto il Consiglio di Stato il quale si è pronunciato statuendo, con la sentenza n. 2732/2011, che la mancata concessione (per un periodo più o meno lungo) del beneficio del raddoppio dei periodi di permesso per parto gemellare, accordato a tutela della genitorialità, comporta *in re ipsa* un danno,

¹⁴⁰ La disciplina del prolungamento del congedo parentale deve pertanto ritenersi, ormai, la seguente: il prolungamento del congedo parentale non è cumulabile con il godimento del congedo parentale ordinario, sicché i tre anni comprendono i periodi di congedo ordinario e non si aggiungono ad essi. Il prolungamento del congedo parentale ordinario non spetta quando il bambino sia ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati, tranne nell'ipotesi in cui sia richiesta dai sanitari la presenza del genitore. I periodi di prolungamento del congedo ordinario possono essere goduti solo entro il compimento dell'ottavo anno da parte del bambino e non oltre. Il congedo prolungato può essere fruito sia in misura continuativa che in misura frazionata.

¹⁴¹ Corte di giustizia, sentenza del 16 settembre 2010, causa C-149/10, *Chatzi*.

¹⁴² La Corte ha inoltre chiarito che il diritto dei minori alla protezione e alle cure, previsto dall'art. 24 della Carta, non implica il riconoscimento in capo a tali minori di un diritto individuale ad ottenere un congedo parentale per i loro genitori. Il diritto al congedo parentale spetta invece ai genitori.

corrispondente all'omesso soddisfacimento delle esigenze, che la legge intende soddisfare: non solo la protezione della salute della donna e la maggiore attenzione per le necessità fisiologiche dei neonati nel primo anno di vita, ma anche l'appagamento dei bisogni affettivi e relazionali di ciascun bambino, per realizzare il pieno sviluppo delle loro personalità.

Nel tornare all'esame dell'accordo quadro del 2009, occorre segnalare che la clausola sui diritti connessi al contratto di lavoro (intesi come diritti acquisiti o in via di acquisizione alla data di inizio del congedo parentale) vieta non solo il licenziamento, ma anche qualsiasi forma di trattamento meno favorevole, causati proprio dalla domanda o dall'esercizio del congedo parentale.

Nella nozione di diritti acquisiti o in corso di acquisizione rientra secondo la Corte di giustizia per esempio il diritto alle ferie annuali retribuite. Nel caso *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*¹⁴³ la Corte ha infatti ritenuto contraria al diritto dell'Unione europea la disposizione nazionale che prevedeva la perdita, al termine del congedo parentale, dei diritti alle ferie annuali retribuite maturati nell'anno precedente alla nascita del figlio¹⁴⁴.

Nel caso *Meerts*¹⁴⁵ la Corte ricondotto nella nozione di diritti acquisiti o in via di acquisizione il diritto ad un termine di preavviso per la risoluzione di un contratto di lavoro. Pur riconoscendo che il lavoratore, assunto a tempo pieno e in congedo a tempo parziale, non svolgesse lo stesso numero di ore di un lavoratore attivo in regime di tempo pieno, la Corte ha affermato che il suddetto lavoratore continuava a maturare nell'impresa un'anzianità da prendere in considerazione ai fini del calcolo del termine di preavviso, come se non avesse ridotto le sue prestazioni. Anche l'indennità di licenziamento non doveva essere calcolata sulla base della retribuzione ridotta, che questi percepiva quando era avvenuto il licenziamento, e cioè durante il congedo, ma in funzione dello stipendio di base.

Un discorso a parte meritano invece le questioni di previdenza sociale che secondo l'accordo del 2009, così peraltro come già previsto dall'accordo del 1995, devono essere esaminate e determinate dagli Stati membri e/o dalle parti sociali, conformemente alla normativa nazionale. Nel caso *Evangelina Gómez-Limón*

¹⁴³ Corte di giustizia, sentenza del 22 aprile 2010, causa C-486/08, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*.

¹⁴⁴ In Italia, il periodo di astensione facoltativa per maternità non è equiparabile al lavoro effettivo e non può essere calcolato secondo la Corte di cassazione, quale servizio utile ai fini della maturazione del periodo feriale (Cass. 26 settembre 2011, n. 19628).

¹⁴⁵ Corte di giustizia, sentenza del 22 ottobre 2009, causa C-116/08, *Meerts*.

*Sánchez-Camacho*¹⁴⁶ la Corte di giustizia ha precisato che l'accordo quadro non impone agli Stati membri di prevedere, durante il periodo del congedo parentale, la continuità della percezione delle prestazioni previdenziali. L'acquisizione di diritti alle prestazioni di previdenza sociale rientra infatti ancora nella competenza degli Stati. Il diritto dell'UE non impedisce dunque che, durante il periodo di congedo parentale a tempo parziale, un lavoratore acquisisca diritti alla pensione di invalidità permanente in funzione dell'orario di lavoro effettuato e della retribuzione percepita e non come se avesse svolto un'attività a tempo pieno.

Il nuovo accordo si limita a sottolineare l'importanza del ruolo della remunerazione ai fini dell'effettivo esercizio del congedo parentale e lascia agli Stati membri e/o alle parti sociali la scelta in merito. Nella valutazione d'impatto svolta dalla Commissione europea nel 2008 era stata salutata positivamente l'opzione di accordare una remunerazione¹⁴⁷. L'accordo, però, non ne ha tenuto più di tanto conto. Non ci si potrà dunque aspettare una richiesta particolarmente elevata di congedo parentale, soprattutto da parte dei padri per i quali il livello di reddito durante il congedo costituisce uno dei fattori che ne influenzano l'esercizio.¹⁴⁸ A tale riguardo occorre ricordare quanto previsto dalla Carta dei diritti fondamentali. Quest'ultima, richiamata nella premessa dell'accordo al punto 3, riconosce il diritto di ogni persona a un «congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale»¹⁴⁹. Essa quindi nulla prevede in riferimento alla retribuzione del congedo parentale. È necessario tuttavia ricordare che quello che non viene detto non significa che venga escluso. Inoltre, la formulazione della Carta appare quanto mai ampia e idonea ad applicarsi non soltanto a donne e a uomini legati da un vincolo matrimoniale, e poi non solo ai genitori naturali, ma anche ai genitori adottivi, siano essi di sesso diverso o dello stesso sesso¹⁵⁰.

Come si è cercato di evidenziare, la conciliazione tra vita professionale e vita familiare, o meglio l'equa condivisione delle responsabilità familiari, deve essere

¹⁴⁶ Corte di giustizia, sentenza del 16 luglio 2009, causa C-537/07, *Evangelina Gómez-Limón Sánchez-Camacho*.

¹⁴⁷ Commission Staff Working Document, SEC (2008)2526/2.

¹⁴⁸ Nella Risoluzione del 10 febbraio 2010 sulla parità tra donne e uomini nell'Unione europea (2009) il Parlamento europeo si è rammaricato che l'accordo quadro delle parti sociali sul congedo parentale del 2009 non avesse affrontato la questione del congedo retribuito «che avrebbe un influsso determinante sul tasso di adesione degli uomini a questo tipo di congedo nonché sull'equa ripartizione delle responsabilità professionali e familiari tra donne e uomini».

¹⁴⁹ Art. 33 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹⁵⁰¹⁵⁰ A. GIORGIS, *Art. 33 Vita familiare e vita professionale*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di) *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 237.

ancora raggiunta e necessita di ulteriori passi in avanti. Su questa linea si inserisce l'invito del Parlamento europeo a considerare anche l'introduzione di un congedo familiare retribuito destinato all'assistenza di parenti in stato di dipendenza¹⁵¹.

La normativa italiana sui congedi parentali, ed in particolare l'art. 32 del D.Lgs. 151 del 2001 stabilisce che per ogni bambino, nei primi suoi otto anni di vita, ciascun genitore abbia diritto di astenersi dal lavoro I relativi congedi parentali dei genitori non possono complessivamente eccedere il limite di dieci mesi, fatto salvo il disposto del comma 2 dell'art. 32.

Nell'ambito del predetto limite, il diritto di astenersi dal lavoro compete: alla madre lavoratrice, trascorso il periodo di congedo di maternità, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi; al padre lavoratore, dalla nascita del figlio, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi, elevabile a sette nel caso di cui al comma 2; qualora vi sia un solo genitore, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a dieci mesi.

È interessante rilevare che la legge, allo scopo di sollecitare una modifica degli atteggiamenti sociali circa i ruoli parentali cerca di incentivare la fruizione dell'astensione facoltativa da parte del padre prevedendo che questi eserciti il diritto di astenersi dal lavoro per un periodo continuativo o frazionato non inferiore a tre mesi, il limite complessivo dei congedi parentali dei genitori è elevato a undici mesi.

Ai fini dell'esercizio del diritto di cui al comma 1, il genitore è tenuto, salvo casi di oggettiva impossibilità, a preavvisare il datore di lavoro secondo le modalità e i criteri definiti dai contratti collettivi, e comunque con un periodo di preavviso non inferiore a quindici giorni. Il congedo parentale spetta al genitore richiedente anche qualora l'altro genitore non ne abbia diritto.

In tal modo si è ritenuto di ovviare ai non pochi inconvenienti della vecchia disciplina che, se pur riconosceva anche ai padri lavoratori il diritto di godeme¹⁵², ne sottoponeva l'effettiva fruizione a limiti che ne disincentivavano l'impiego.

Oggi, invece, in merito ai diritti del padre lavoratore, l'art. 28 del D.Lgs. 151 del 2001, prevede addirittura che egli abbia il diritto di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che sarebbe spettato alla lavoratrice, in caso di morte o di grave infermità della stessa, di abbandono o di affidamento esclusivo del bambino al padre. Il padre, pertanto, se può svolgere una

¹⁵¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 17 giugno 2010, cit. *supra*.

¹⁵² Alla progressiva estensione dell'ambito di applicazione un importante contributo è stato fornito dalla Corte costituzionale ed in particolare dalla sentenze n. 1/1987, n. 341/1991 e n. 179/1993.

fattiva attività integrativa o sostitutiva della cura del bambino dopo la sua nascita, prima di tale evento può svolgere, in ipotesi di grave infermità della madre, solo attività di assistenza alla salute della gestante (Corte d'Appello Firenze, 24 ottobre 2011).

Il congedo parentale spetta anche in caso di adozioni nazionali ed internazionali ed affidamento fino a 18 anni di età del figlio e entro 8 anni dall'ingresso in famiglia¹⁵³.

In particolare in ipotesi di adozione nazionale, il congedo che ha durata di 5 mesi, può essere fruito fino a 5 mesi dall'ingresso del minore nella famiglia adottiva; nel caso in cui, invece, si tratti di adozione internazionale, i genitori adottanti potranno usufruire del congedo fino al limite di 5 mesi facendolo decorrere dall'ingresso effettivo del figlio ovvero durante il periodo di permanenza all'estero, utile al fine di concludere la pratica dell'adozione, ovvero in parte durante la permanenza all'estero ed in parte dopo l'ingresso in famiglia. È prevista, altresì, per il periodo di permanenza all'estero la possibilità di usufruire di un congedo non retribuito in alternativa al congedo di maternità.

Per l'affidamento nazionale o internazionale il congedo ha una durata massima di 3 mesi e può essere fruito entro i 5 mesi successivi all'ingresso del bambino in famiglia.

Il presupposto della normativa sui congedi parentali è quello di assolvere alle esigenze di carattere relazionale e affettivo collegate allo sviluppo della personalità del bambino, garantendo una paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura e alla educazione della prole, senza distinzione o separazione dei ruoli fra uomo e donna. Esso si configura, in ragione della disciplina sostanziale, come un diritto potestativo, il cui esercizio comporta, nei confronti del datore di lavoro, la sospensione della prestazione del dipendente, e nei confronti dell'ente previdenziale, nell'ambito del rapporto assistenziale che si costituisce ex lege per il corrispondente periodo, l'obbligo di erogare l'indennità

Un abuso di tale diritto si verifica allorché venga esercitato non per la cura diretta del bambino, bensì per attendere a un'altra attività di lavoro, ancorché incidente positivamente sulla organizzazione economica e sociale della famiglia. Il congedo parentale, infatti, non attiene a esigenze puramente fisiologiche del minore, ma, specificamente, intende appagare i bisogni affettivi e relazionali in funzione del

¹⁵³ Art. 2, commi 452-456 della legge 244 del 2007, che ha abrogato gli artt. 27 e 37 del D.Lgs. 151 del 2001, la cui disciplina è confluita nel nuovo testo degli artt. 26 e 36.

pieno sviluppo della personalità sin dal momento dell'ingresso nella famiglia. Il legittimo esercizio del congedo richiede, pertanto, la presenza del padre accanto al figlio¹⁵⁴.

È quanto ha statuito la Corte di Cassazione con la sentenza n. 16207/2008 nel giudicare un caso in cui un lavoratore che usufruiva del congedo di paternità ai sensi dell'articolo 32 del D.Lgs 115/2001 è stato licenziato per giusta causa, con l'addebito di aver utilizzato l'astensione facoltativa per lavorare nella pizzeria gestita dalla moglie e non per accudire la figlia¹⁵⁵.

A differenza dell'astensione obbligatoria il periodo di astensione facoltativa è computato nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie ed alla tredicesima o alla gratifica natalizia. La giurisprudenza di legittimità si è pronunciata più volte per la nullità delle clausole negoziali collettive che escludevano la rilevanza del periodo di astensione facoltativo ai fini della maturazione degli avanzamenti automatici di carriera.

I periodi di assenza obbligatoria, ed in part quelli di assenza facoltativa danno diritti ad i lavoratori ad un trattamento economico di carattere sociale gestito dall'INPS.

I genitori che usufruiscono dell'astensione obbligatoria hanno diritto ad una indennità che è pari all'80% della retribuzione. In seguito ad una sentenza della Corte Costituzionale, la n. 972 del 1988 l'indennità dovuta per il periodo di astensione obbligatoria è stata estesa per il periodo compreso tra il quarto ed il settimo mese, anche a favore della lavoratrice addetta a mansioni vietate, che non potendo essere spostata ad altre mansioni è costretta ad assentarsi dal lavoro su disposizione dell'Ispettorato del lavoro.

¹⁵⁴ Nei giudizi di questo tipo è necessario, secondo la Corte di Cassazione, valutare di volta in volta le risultanze istruttorie acquisite in giudizio per accertare se e con quali modalità tale presenza si sia realizzata e come siano state utilizzate dal genitore, in concreto, le ore della giornata resesi disponibili per effetto del congedo.

¹⁵⁵ In primo grado il tribunale aveva rigettato il ricorso volto all'accertamento dell'illegittimità dell'atto espulsivo, in quanto la legge tutela non l'astensione dal lavoro in assoluto, cioè a prescindere dall'uso che ne faccia il beneficiario, ma solo l'astensione coerente con la finalità che la giustifica. La Corte d'appello aveva poi accolto il gravame proposto dal lavoratore, ritenendo che l'esercizio del diritto al congedo parentale soggiaccia all'unica condizione del suo collegamento con le esigenze organizzative della famiglia nei primi anni di vita del bambino; che la fattispecie fosse assimilabile non a quella del lavoratore assente per malattia che presti attività lavorativa in favore di terzi, ma a quella del prestatore in permesso sindacale, caratterizzata semplicemente dalla connessione del permesso con l'attività sindacale; che fosse conseguentemente irrilevante accertare se il lavoratore si fosse occupato anche della cura della figlia e quale durata avesse avuto l'attività svolta nella pizzeria intestata alla moglie, essendo comunque tale attività finalizzata a soddisfare un'esigenza della famiglia, sì da integrare, per ciò solo, il legittimo esercizio del congedo. La decisione è stata cassata dalla Suprema Corte, che ha accolto due motivi di impugnazione della società datrice di lavoro, di carattere assorbente.

Nel periodo in cui usufruisce della astensione facoltativa il genitore ha diritto ad una indennità giornaliera pari al 30% della retribuzione, ma solo fino al compimento del terzo anno di età del bambino e comunque per un periodo massimo complessivo di sei mesi fra genitori.

L'indennità, oltre tali termini e fino all'ottavo anno del bambino spetta solo nei casi in cui il reddito individuale dell'interessato sia inferiore a 2,5 volte l'importo del trattamento minimo di pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria¹⁵⁶.

In alternativa al congedo parentale il nostro ordinamento prevede il diritto della madre di usufruire di due periodi retribuiti di riposo giornaliero di un'ora ciascuno, anche cumulabili durante il primo anno di vita del bambino. Al genitore che usufruisce di tali periodi – considerati lavorativi agli effetti della durata dell'orario di lavoro e della retribuzione – è anche consentito uscire dal luogo di lavoro. In caso di parto plurimo i periodi di riposo sono raddoppiati. La retribuzione di tali periodi è a carico dell'ente previdenziale ed il periodo è computato nell'anzianità con esclusione degli effetti relativi alle ferie ed alla tredicesima. Tale diritto spetta anche al padre lavoratore, ma solo in casi predeterminati: quando i figli gli siano stati affidati in via esclusiva; in alternativa alla madre, lavoratrice dipendente che non se ne avvalga; nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente; in caso di morte o grave infermità della madre. Il Consiglio di Stato pronunciandosi in materia, con la sentenza n. 2732/2009, ha stabilito che, le quattro ipotesi contemplate dall'art. 40, D.Lgs. 151 del 2001 per il riconoscimento del diritto del padre al riposo ordinario, presuppongono che la madre non possa o non voglia, per ragioni giuridiche, fisiche o per scelta, provvedere, usufruendo dei riposi giornalieri nel primo anno di vita, alla cura del minore, dal momento che la *ratio* del combinato disposto degli artt. 39 e 40, D.Lgs. 151 del 2001, è quella di garantire la presenza, alternativamente, di uno dei due genitori¹⁵⁷.

Il diritto ai riposi è esteso anche ai casi di adozione ed affidamento, ma sempre entro il limite di un anno del bambino

Ad entrambi i genitori è infine riconosciuto il diritto, alternativamente di astenersi dal lavoro per periodi corrispondenti alle malattie del figlio di età non superiore a tre anni. Ciascun genitore può, altresì, astenersi dal lavoro entro il limite

¹⁵⁶ Per venire incontro alle necessità economiche dei genitori nei primi anni di vita dei figli è stato previsto che l'astensione facoltativa costituisca una nuova ipotesi di diritto all'anticipazione del trattamento di fine rapporto

¹⁵⁷ Fa eccezione la sola ipotesi del parto plurimo, disciplinata dall'art. 41, in cui le ore aggiuntive a quelle ordinarie possono essere utilizzate da entrambi.

di cinque giorni lavorativi all'anno, per le malattie di ogni figlio di età compresa tra i tre e gli otto anni. Tali congedi non sono retribuiti, fermo restando il decorso dell'anzianità di servizio, ed esclusi gli effetti relativi alle ferie ed alla tredicesima mensilità. Spettando al genitore richiedente anche nelle ipotesi in cui l'altro non ne abbia il diritto e spettano anche ai genitori adottivi o affidatari.

Capitolo IV - Violenza contro le donne

La violenza contro le donne rappresenta un problema diffuso in tutto il mondo, Europa compresa.

Il Consiglio d'Europa ha manifestato una forte preoccupazione per le dimensioni che esso sta assumendo: secondo le stime disponibili ne sono colpite più di 80 milioni di donne appartenenti indistintamente a tutte le classi sociali.

Tale preoccupazione ha condotto il Consiglio ad adottare una serie di atti con i quali ha esaminato il fenomeno nelle molteplici forme in cui si mostra.

Merita di essere menzionata, in primo luogo, la campagna denominata "Stop alla violenza domestica contro le donne", avviata dal Consiglio negli anni 2006-2008. L'iniziativa, che per la prima volta ha coinvolto tutte le dimensioni politiche del Consiglio d'Europa (parlamentare, governativa, regionale e locale) e le relative organizzazioni non governative, ha contribuito a far acquisire, all'interno degli Stati membri, una maggiore consapevolezza del fenomeno fino al riconoscimento che la violenza contro le donne, in particolare quella domestica, è una violazione inaccettabile dei diritti umani.

A tale progetto hanno fatto seguito la Risoluzione 1635 (2008) e la Raccomandazione 1847 (2008), entrambe del 3 ottobre 2008, con le quali è stato proposto un metodo di lavoro innovativo per combattere la violenza: una rete di parlamentari sotto l'egida dell'Assemblea parlamentare che per due anni hanno organizzato e preso parte a 200 eventi in tutta Europa. In tali occasioni essi hanno condannato con forza tutte le forme di violenza e hanno tentato di sensibilizzare i parlamenti nazionali¹⁵⁸ affinché rafforzassero la legislazione nazionale in materia di prevenzione.

Nell'Unione europea circa il 20-25% delle donne ha subito violenze fisiche nel corso della vita adulta e più del 10% è stato vittima di violenza sessuale¹⁵⁹.

Trattandosi di un fenomeno che ostacola in maniera rilevante la parità fra donne e uomini¹⁶⁰, l'Unione ha posto in essere una serie di azioni. Accanto alle

¹⁵⁸ Ai parlamenti nazionali l'Assemblea attribuisce il compito di operare un controllo costante sull'attuazione delle leggi in materia di lotta alla violenza contro le donne e chiede loro, in collaborazione con i ministeri interessati, sostegno nella preparazione di una convenzione quadro del Consiglio d'Europa sulle forme di violenza più grave e più comune nei confronti delle donne nonché la designazione, nell'ambito della loro delegazione nazionale all'Assemblea, di un parlamentare incaricato di seguire nel suo paese, gli sviluppi legislativi nella lotta contro la violenza contro le donne e di riferire regolarmente l'Assemblea.

¹⁵⁹ Consiglio d'Europa, Lotta alla violenza contro le donne: Studio analitico sulle misure e azioni adottate dagli Stati membri del Consiglio d'Europa (2006).

direttive adottate per promuovere l'eguaglianza di genere e la parità di trattamento (Direttiva 2006/54/CE e Direttiva 2004/113/CE) che fanno riferimento alle molestie sessuali, devono essere menzionate la Decisione quadro 2001/220/GAI sulla posizione della vittima nei procedimenti penali¹⁶¹, la Direttiva 2011/99/UE sull'ordine di protezione europeo, la Direttiva 2004/80/CE relativa all'indennizzo delle vittime di reato, la Direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime¹⁶², e la Direttiva 2004/81/CE riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti. Si rende necessario il riferimento a questi strumenti normativi perché le donne e le ragazze sono le principali vittime di quella che il Parlamento europeo ha qualificato come una forma moderna di schiavitù¹⁶³, la tratta di esseri umani¹⁶⁴. Non è un caso dunque che la Carta dei diritti fondamentali inserisca il divieto della tratta di esseri umani nell'art. 5 intitolato «Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato». Spesso la tratta è finalizzata allo sfruttamento sessuale delle donne e lo stretto legame che sussiste con la prostituzione¹⁶⁵ ha portato il Parlamento europeo ad affermare che la tolleranza

¹⁶⁰ La violenza contro le donne ha conseguenze sulla salute di queste ultime, sul loro accesso alla vita professionale e all'istruzione, sulla partecipazione alle attività socio-culturali, sull'indipendenza economica, sulla partecipazione alla vita pubblica e politica e al processo decisionale e sulle relazioni con il genere maschile. In casi estremi può condurre anche all'emarginazione, alla povertà e addirittura alla morte. Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 5 aprile 2011 sulle priorità e sulla definizione di un nuovo quadro politico dell'UE in materia di lotta alla violenza contro le donne.

¹⁶¹ Decisione quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001 sulla posizione della vittima nei procedimenti penali. Si tratta di un atto importante per le donne vittime di violenze, perché assicura che siano trattate con rispetto, che abbiano accesso alle informazioni sui loro diritti e sugli elementi pertinenti che, in caso di azione penale, consentano loro di conoscere lo svolgimento del procedimento penale contro la persona perseguita. Nella Relazione del 20 aprile 2009 sull'attuazione delle Decisione quadro da parte degli Stati membri, COM(2009)166, la Commissione ha giudicato insoddisfacente il livello di attuazione. Nessuno Stato membro ha infatti recepito la decisione quadro con un provvedimento legislativo nazionale; tutti si sono, invece, basati su disposizioni nazionali già in vigore o recentemente adottate. Gli Stati membri hanno poi attuato alcune disposizioni tramite orientamenti non vincolanti, carte e raccomandazioni. Solo pochi Stati membri hanno adottato nuovi provvedimenti legislativi aventi ad oggetto uno o più articoli. Di conseguenza, la Commissione ha esortato gli Stati membri a fornire ulteriori informazioni riguardanti l'attuazione. Cfr. anche Comunicazione della Commissione europea del 18 maggio 2011, Rafforzare i diritti delle vittime nell'Unione europea, include tra le vittime particolarmente vulnerabili le donne, vittime di violenze sessuali, COM (2011)274.

¹⁶² La Direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011 ha sostituito la Decisione quadro 2002/629/GAI.

¹⁶³ Risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2010 sulla parità tra donne e uomini nell'Unione europea (2009).

¹⁶⁴ La tratta di esseri umani differisce dalla immigrazione illegale perché comporta il reclutamento, il trasporto, il trasferimento di persone attraverso l'uso della forza o altre forme di coercizione, frode, abuso di potere e sfruttamento della posizione di vulnerabilità. Solo sedici Stati membri dell'Unione hanno ratificato la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, che rappresenta lo strumento giuridico europeo più potente in materia. La lotta alla tratta degli esseri umani rientra inoltre tra le competenze dell'Unione europea, cfr. art. 79 par. 2 lett. d) TFUE.

¹⁶⁵ L'allegato della Convenzione Europol riporta la seguente definizione applicabile alla tratta a scopo di sfruttamento sessuale: «Tratta degli esseri umani: il fatto di sottoporre una persona al potere reale e illegale di altre persone ricorrendo a violenze o a minacce o abusando di un rapporto di autorità o

manifestata dall'Europa verso la prostituzione¹⁶⁶ rappresenta una delle cause dell'intensificarsi di tale fenomeno¹⁶⁷.

I tipi di violenza contro le donne variano a seconda delle culture e delle tradizioni, ma rappresentano tutti una violazione dei diritti fondamentali alla vita, alla dignità, alla sicurezza, all'integrità mentale e fisica, alla salute sessuale e alla salute riproduttiva¹⁶⁸. La violenza può assumere differenti forme: abusi sessuali, stupro¹⁶⁹, violenza domestica¹⁷⁰, violenza e molestie sessuali¹⁷¹, prostituzione, tratta di donne e ragazze, violazione dei diritti sessuali e riproduttivi delle donne, violenza e abusi nei confronti delle donne sul luogo di lavoro (tra i quali il mobbing nei confronti di madri e donne incinte) e in situazioni di conflitto, violenza contro le donne in carcere¹⁷² e in

mediante manovre, in particolare per dedicarsi allo sfruttamento della prostituzione altrui, a forme di sfruttamento e di violenza sessuale nei confronti di minorenni o al commercio connesso con l'abbandono dei figli».

¹⁶⁶ Nella sentenza del 16 dicembre 2010, causa C-137/09, *Marc Michel Josemans*, la Corte ha riconosciuto che la prostituzione, ad eccezione della tratta di esseri umani, non è vietata dal diritto internazionale o da quello dell'Unione. Infatti, essa è tollerata o disciplinata in molti Stati membri; cfr. anche Corte di giustizia, sentenza 20 novembre 2001, causa C-268/99, *Jany e a.*.

¹⁶⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 26 novembre 2009 sull'eliminazione della violenza contro le donne.

¹⁶⁸ Tali diritti trovano una protezione negli artt. 1,2,3,6,35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹⁶⁹ Lo Studio della Commissione del 2010 "Studio di fattibilità per valutare le possibilità, le opportunità e la necessità di uniformare le legislazioni nazionali sulla violenza contro le donne, i bambini e l'orientamento sessuali" ha evidenziato come in diversi Stati membri lo stupro non costituisca reato perseguibile d'ufficio. Nella Risoluzione del 26 novembre 2009 sull'eliminazione della violenza contro le donne il Parlamento europeo ha esortato gli Stati membri a riconoscere come reati la violenza sessuale e lo stupro a danno di donne, anche all'interno del matrimonio e di rapporti intimi non ufficializzati e/o se commessi da parenti maschi, nei casi in cui la vittima non sia consenziente, e ad assicurare che detti reati siano perseguiti d'ufficio, nonché a respingere ogni riferimento a pratiche culturali, tradizionali o religiose e a tradizioni come circostanze attenuanti.

¹⁷⁰ Un recente sondaggio condotto sulla violenza domestica rivela che l'87% dei cittadini europei appoggia l'impegno dell'Unione europea nella lotta contro questa forma di violenza. Eurobarometro del settembre 2010 sulla violenza domestica contro le donne, in http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_344_en.pdf. Nonostante la violenza domestica rappresenti la forma più comune di violenza contro le donne, non esiste un accordo a livello internazionale sulla definizione di tale fenomeno. Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 26 novembre 2009 sull'eliminazione della violenza contro le donne.

¹⁷¹ La Direttiva 2002/73/CE definisce le molestie e, per la prima volta nel diritto comunitario, le molestie sessuali come forme di discriminazione. Nella relazione sulla Direttiva 2002/73/CE, COM (2009)409 del 29 luglio 2009, la Commissione europea rileva come uno degli errori cui sono incorsi alcuni Stati membri nel recepimento delle disposizioni della direttiva è consistito nel limitare la protezione ai rapporti tra i lavoratori e i loro superiori, escludendo così i colleghi o altri terzi. Grazie anche alle procedure di infrazione attivate dalla Commissione, alcuni Stati membri hanno corretto le definizioni adottate per queste forme di discriminazione. Il rapporto sottolinea che le vittime sono particolarmente vulnerabili e raramente ricorrono ad azioni giudiziarie. Le ONG, i sindacati e gli organismi di parità che forniscono assistenza alle vittime e informazioni ai datori di lavoro svolgono pertanto un ruolo fondamentale.

¹⁷² Con la Risoluzione 1663 (2009), invece, l'Assemblea parlamentare si è occupata della tutela delle donne nelle carceri. Oltre a ribadire le garanzie proprie di ogni detenuto (rispetto della dignità umana, divieto di pene degradanti, diritto a farsi difendere, consigliare e rappresentare) viene sollecitata l'applicazione di protocolli e progetti che mirino a tutelare l'integrità fisica e psichica della donna, la prevenzione di ogni violenza in ragione del sesso, la maternità, il rapporto con i figli ed il reinserimento sociale.

istituti di cura, pratiche tradizionali dannose (quali la mutilazione genitale, i matrimoni forzati e i delitti d'onore)¹⁷³.

Grazie al Trattato di Lisbona, l'Unione ha acquisito maggiori competenze nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale (diritto penale sostanziale e processuale). L'art. 83 TFUE prevede infatti che il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottino mediante direttive norme minime relative alla definizione di reati che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere stesso di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni. Tra questi reati figurano la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale delle donne.

Nelle conclusioni dell'8 marzo 2010 sull'eliminazione della violenza contro le donne nell'Unione europea il Consiglio dell'UE si è dimostrato aperto all'esame della possibilità di standardizzare la legislazione nazionale in materia di lotta alla violenza contro le donne.

Nella *roadmap* indicata dal Consiglio figurano anche la creazione di un osservatorio europeo sulla violenza contro le donne, l'introduzione di un numero telefonico gratuito per tutta l'Europa utilizzabile negli Stati membri per offrire informazioni ed assistenza alle vittime, lo scambio di buone prassi e l'elaborazione di statistiche migliori. A quest'ultimo riguardo, occorre rilevare che anche il Parlamento

¹⁷³ Nella Risoluzione del 24 marzo 2009 sulla lotta contro la mutilazione genitale femminile nell'UE il Parlamento europeo ha denunciato che mezzo milione di donne viventi in Europa è stato sottoposto a mutilazioni genitali. A sua volta il Consiglio d'Europa nel 2009 ha approfondito alcune delle problematiche connesse alle singole forme di violenza menzionate. Degne di nota sono, per esempio, la Risoluzione 1691 (2009) e la Raccomandazione 1887 (2009) "La violenza sulle donne compresa la violenza sessuale del marito". Milioni di donne vengono violentate dai loro mariti, dai partner o ex partner, da parenti o conoscenti di sesso maschile, o da perfetti sconosciuti. Il numero molto ridotto di casi di stupro segnalati è associato ad un tasso molto elevato di conflitti coniugali e ad un numero molto limitato di condanne - in particolare ma non solo - per quanto riguarda lo stupro coniugale. Permane un atteggiamento che, in ordine alle violenze sessuali nei confronti delle donne, tende a spostare la responsabilità degli aggressori sulle vittime, minandone la credibilità (atteggiamenti che si trovano anche tra gli ufficiali di polizia, gli avvocati, i procuratori ed il personale giudiziario). Le legislazioni nazionali dovrebbero rendere lo stupro (incluso lo stupro coniugale) un reato *ex officio*; definire il consenso come accettazione per scelta, se la persona ne ha la libertà e la capacità; non richiedere che la vittima resista fisicamente all'aggressore; proteggere la privacy delle vittime, in particolare in tribunale; consentire che le prove raccolte nel corso delle indagini preliminari vengano utilizzate quando la donna ha esercitato il diritto di non testimoniare; stabilire procedure atte a garantire la sicurezza delle vittime e dei testimoni quando questi siano soggetti a minacce o intimidazioni; concedere alle donne il diritto di avere consulenza legale e assistenza durante tutto il processo; criminalizzare la violenza sessuale e lo stupro tra coniugi, conviventi o ex partner, se non lo hanno ancora fatto, riconoscendo alla relazione intima in corso o passata del colpevole con la vittima il carattere di circostanza aggravante. Meritano, altresì, di essere segnalate la Risoluzione 1662 (2009) e la Raccomandazione 1868 (2009) "Agire per combattere le violazioni dei diritti umani fondate sul sesso, compreso il sequestro di donne e ragazze" con le quali è stato affrontato il problema delle mutilazioni genitali ed individuate nella sensibilizzazione, nella formazione e nella collaborazione a livello interno e comunitario lo strumento per sradicare queste forme di violenza.

europeo¹⁷⁴ e la Commissione¹⁷⁵ hanno denunciato in più occasioni l'assenza di statistiche regolari e confrontabili sui diversi tipi di violenza, evidenziando come tale mancanza renda difficile verificare la reale delle violenze e trovare soluzioni idonee a prevenirle e a combatterle. Gli Stati membri sono dunque fortemente invitati ad introdurre un sistema coerente per il rilevamento dei dati statistici.

Di fronte alla non omogenea protezione garantita alle donne contro la violenza maschile nei vari Stati membri, il Consiglio ha sottolineato come sia di vitale importanza che Stati membri e Commissione europea collaborino. Quest'ultima si è già dimostrata sensibile a tali questioni. L'eliminazione della violenza di genere e della tratta di esseri umani figura, infatti, tra le priorità della tabella di marcia del 2006-2010, della Carta per le donne¹⁷⁶ e della Strategia sulla parità tra donne e uomini 2010-2015¹⁷⁷.

La Commissione si era poi impegnata a presentare nel 2011 una strategia e un piano d'azione completi per combattere la violenza contro le donne, segno di una volontà politica a livello europeo di prendere misure tese a migliorare le iniziative già esistenti. Occorre, però, constatare che ad oggi nessuna strategia è stata formulata, anche se un passo in tale direzione è stato compiuto. Il Comitato consultivo per l'uguaglianza tra donne e uomini, che assiste la Commissione europea nell'elaborazione e nell'attuazione delle azioni dell'UE in questo settore, ha infatti elaborato un parere¹⁷⁸ in cui ha individuato gli otto ambiti d'azione della futura strategia¹⁷⁹. Innanzitutto essa dovrà puntare sulla prevenzione, da perseguire attraverso l'istruzione, le campagne di sensibilizzazione della società civile¹⁸⁰, volte

¹⁷⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 26 novembre 2009 sull'eliminazione della violenza contro le donne; Risoluzione del Parlamento europeo; Risoluzione del Parlamento europeo del 5 aprile 2011 sulle priorità e sulla definizione di un nuovo quadro politico dell'UE in materia di lotta alla violenza contro le donne

¹⁷⁵ Rapporto della Commissione europea del 24 novembre 2010 "Violence against women and the role of gender equality, social inclusion and health strategies", in <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=it&pubId=600&type=2&furtherPubs=no>.

¹⁷⁶ La Carta per le donne prevede la realizzazione di un quadro politico completo ed efficace per la lotta contro le violenze nei confronti delle donne e misure, tra cui norme penali, nei limiti delle competenze dell'UE, per sradicare la mutilazione genitale femminile nell'UE.

¹⁷⁷ Comunicazione della Commissione europea del 21 settembre 2010, COM (2010) 491, cit. *supra*. Dovrà essere preservata una coerenza tra la Strategia per la parità tra donne e uomini e la Strategia sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne.

¹⁷⁸ Parere del dicembre 2010 sulla strategia dell'Unione europea relativa alla violenza nei confronti delle donne e delle ragazze, in http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/opinions-advisory_committee/2010_12_opinion_on_eu_strategy_on_violence_against_women_and_girls_fr.pdf.

¹⁷⁹ Si tratta di: prospettiva, prevenzione, protezione, incriminazioni, servizi, pianificazione dell'azione, infrastrutture, controllo e valutazione.

¹⁸⁰ Il Parlamento europeo ha in più occasioni sollecitato la Commissione europea ad istituire un Anno europeo dell'eliminazione di tutte le forme di violenza contro le donne; Risoluzione del Parlamento europeo del 26 novembre 2009 sull'eliminazione della violenza contro le donne; Dichiarazione del Parlamento europeo del 9 settembre 2010 sull'istituzione di un Anno europeo della lotta alla violenza contro le donne;

ad abbattere gli stereotipi, e la formazione dei funzionari dei servizi pubblici. La strategia dovrà poi incoraggiare gli Stati membri a garantire una protezione adeguata, da perseguire attraverso la previsione da un lato di sanzioni penali per i colpevoli delle violazioni, dall'altro di servizi accessibili, adeguati e di alta qualità per le vittime delle violenze¹⁸¹. Dovrà essere inoltre creata una rete di punti di contatto nazionali incaricati di collaborare con la Commissione europea e dovrà essere istituito un Osservatorio europeo sulla violenza contro le donne, in appoggio all'Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali (FRA)¹⁸² e all'Istituto europeo per la parità tra donne e uomini. Un aspetto importante sarà rappresentato, in un contesto di crisi economica come quello attuale, dall'erogazione di finanziamenti¹⁸³. Per ottenere risultati significativi sarà opportuno sviluppare piani d'azione nazionali sui quali la Commissione eserciterà un controllo e una valutazione.

Un'attenzione particolare dovrà essere rivolta alla dimensione esterna dell'UE attraverso il finanziamento di progetti, in Paesi terzi, volti a prevenire e a lottare contro la violenza sulle donne, e attraverso l'inclusione della dimensione di genere negli accordi bilaterali di associazione e negli accordi commerciali internazionali, come suggerito dal Parlamento nella Risoluzione del 5 aprile 2011.

Il rischio di essere oggetto di violenza si acuisce per le donne migranti (comprese quelle senza documenti) e per le donne richiedenti asilo.

La Commissione europea ha pertanto manifestato l'intenzione di adoperarsi affinché la legislazione europea in materia di asilo tenga conto della condizione di particolare vulnerabilità in cui si trovano le donne, e si è altresì impegnata a promuovere una formazione sulle pari opportunità e le buone prassi all'interno dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo¹⁸⁴.

Le donne spesso non denunciano la violenza di cui sono state vittime per una serie di fattori, quali il retaggio culturale, gli stereotipi della società, la mancanza di fiducia nei confronti della polizia, del sistema giudiziario e dei servizi sociali.

Risoluzione del Parlamento europeo del 5 aprile 2011 sulle priorità e sulla definizione di un nuovo quadro politico dell'UE in materia di lotta alla violenza contro le donne.

¹⁸¹ Il Parlamento europeo ha mostrato di condividere le azioni individuate nel parere del Comitato consultivo, cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 5 aprile 2011 sulle priorità e sulla definizione di un nuovo quadro politico dell'UE in materia di lotta alla violenza contro le donne.

¹⁸² L'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali sta svolgendo un sondaggio su un campione rappresentativo di donne degli Stati membri alla quali vengono rivolte domande sulle loro esperienze di violenza. I risultati non sono ancora pubblicati.

¹⁸³ Il Programma Daphne, che da più di dieci anni contribuisce alla prevenzione e alla lotta contro tutte le forme di violenza nei confronti di bambini, giovani e donne, rappresenta una delle modalità di finanziamento.

¹⁸⁴ Cfr. Commissione europea COM (2010) 491, cit. *supra*.

Della violenza nei confronti delle donne migranti si è occupata anche l'Assemblea parlamentare con la Risoluzione 1697 (2009) e la Raccomandazione 1891 (2009) del 20 novembre 2009. Il rischio di violenze domestiche sussiste soprattutto per coloro che vivono in comunità con una forte cultura patriarcale, in cui gli ostacoli linguistici e le pressioni della famiglia conducono all'isolamento o comunque ad un accesso limitato alle strutture che forniscono supporto ed assistenza alle vittime delle violenze. Nella maggior parte dei casi le vittime hanno subito violenza già nel paese d'origine o durante il transito e quelle in condizione di irregolarità non denunciano le violenze subite nel timore che presentandosi alle autorità del paese ospitante possano essere rimpatriate.

La concessione di uno *status* giuridico alle donne che giungono nel territorio degli Stati membri attraverso il ricongiungimento familiare, entro un termine non superiore ad un anno dalla data del loro arrivo, potrebbe essere uno strumento idoneo a ridurre i rischi di violenza domestica, così come la messa a disposizione di servizi di supporto e di protezione, tra cui la riabilitazione, l'assistenza psicologica ed i servizi di interpretariato .

Gli Stati membri dovrebbero intensificare la cooperazione con i paesi di origine dei migranti allo scopo di incoraggiarli a migliorare e se possibile rafforzare la condizione delle donne nella società, ad adottare politiche ed efficaci strumenti di prevenzione e di lotta alla violenza contro le donne.

Spesso la violenza maschile viene erroneamente considerata una questione privata o un fatto imputabile alle donne stesse. Anche la dipendenza economica e i legami familiari sono di frequente alla base della mancata denuncia delle violenze domestiche. Emblematici a questo riguardo sono i casi *Magatte Gueye* e *Valentín Salmerón Sánchez*¹⁸⁵ giunti alla Corte di giustizia attraverso due rinvii pregiudiziali. Entrambe le vittime, dopo aver subito maltrattamenti ad opera dei loro rispettivi conviventi, avevano dichiarato di aver esse stesse deciso, in modo pienamente cosciente e volontario, di riprendere la coabitazione con i loro aggressori, sebbene questi fossero stati condannati anche alla pena accessoria consistente nel divieto di riavvicinamento. La Corte, pur riconoscendo che la vittima ha il diritto di rendere la propria deposizione per descrivere oggettivamente lo svolgimento dei fatti ed esprimere il proprio punto di vista, ha concluso che essa non ha alcun diritto in merito alla scelta della pena da infliggere agli autori dei fatti e all'entità della pena

¹⁸⁵ Corte di giustizia, sentenza del 15 settembre 2011, cause riunite C-483/09 e C-1/10, *Magatte Gueye* e *Valentín Salmerón Sánchez*.

medesima. La tutela penale contro gli atti di violenza domestica è infatti volta a proteggere non solo gli interessi della vittima, ma anche altri interessi più generali della collettività. Pertanto la sanzione di allontanamento, prevista dall'ordinamento penale nazionale a titolo di pena accessoria, adottata nei confronti degli autori di violenze commesse nell'ambito familiare anche quando le rispettive vittime contestino l'applicazione di tale sanzione, non è contraria alla Decisione quadro 2001/220/GAI. Nel giungere a tale conclusione, la Corte ha affermato che le disposizioni della Decisione quadro devono essere interpretate in maniera tale da garantire il diritto al rispetto della vita privata e familiare, così come sancito dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Un tale richiamo è da accogliere con favore ed evidenza il valore della Carta come "parametro di costituzionalità" non solo degli atti dell'UE, ma anche di quelli degli Stati membri che attuano il diritto dell'UE.

Sulle misure di protezione nei confronti delle vittime si è pronunciato il Consiglio d'Europa con la Risoluzione 1853 (2011) "Ordini di protezione per le vittime di violenza domestica" nonché la Corte europea dei diritti umani che con la sentenza n. 8227/04, resa nel caso *E. S. e altri c/ Slovacchia*, ha segnalato l'assenza di protezione adeguata per le vittime di violenza domestica. Emerge da un lato la necessità di intervenire con efficacia per soddisfare le esigenze di protezione delle vittime della violenza e dall'altro la grave incapacità degli Stati di dare delle risposte adeguate.

Alcuni passi allo scopo di migliorare le legislazioni nazionali sono stati fatti: molti Stati membri hanno apportato alcune modifiche alle misure legislative esistenti, quali in particolare gli ordini restrittivi emessi in relazione a procedimenti penali, nei casi di violenza domestica. Alcuni, in particolare, hanno previsto l'emissione di ordini di protezione allo scopo di tutelare le vittime di violenza domestica, assicurando il ritorno dell'autore presso il domicilio comune solo al verificarsi di determinate condizioni.

Spesso la procedura per ottenere misure di protezione deve essere avviata necessariamente dalla vittima e ciò crea grandi difficoltà alle donne sia a causa del loro stato psicologico sia per il timore di vendette da parte del colpevole.

Allo stesso modo, la durata spesso estremamente breve delle misure di protezione non consente alle donne di prendere piena coscienza della spirale di violenza in cui vivono e di individuare la via migliore per riprendere in mano la loro vita anche agendo legalmente nei confronti dell'autore delle violenze.

Il rafforzamento della efficacia delle misure disponibili per garantire l'incolumità fisica delle vittime di violenza dovrebbe essere una priorità, non solo per evitare danni alle donne ma anche per assicurare la credibilità dell'intero sistema penalistico in materia di violenza di genere. Solo la fiducia in un sistema giuridico in grado di proteggerle realmente dall'autore delle violenze può spingere le donne a denunciare con più facilità i reati subiti.

Per quanto riguarda il quadro normativo e giurisprudenziale italiano in materia di violenza sulle donne, si esaminano di seguito due forme di violenza tra loro strettamente collegate: la violenza sessuale, compresi i maltrattamenti in famiglia e lo stalking.

In materia di violenza sessuale il percorso che ha condotto all'attuale normativa è iniziato nel 1979, anno in cui venne preparata una legge di iniziativa popolare, proposta da una parte del movimento delle donne.

Tra il 1979 ed il 1995 il tema della violenza sessuale sulle donne è passato al vaglio di cinque legislature e di quasi 40 diverse proposte, di volta in volta unificate, integrate, discusse ripresentate e mai approvate.

Solo nel 1996 la legge recante "Norme contro la violenza sessuale" venne approvata, il 15 febbraio con il n. 66.

L'intento, evidente, è stato quello di adeguare la struttura codicistica al profondo mutamento che ha investito, in maniera repentina, i costumi e le abitudini sessuali degli ultimi decenni. Tale legge ha ridisegnato tutta la materia dei reati sessuali individuando un diverso bene giuridico protetto, ossia la libertà sessuale connotata come corollario della libertà individuale, e di conseguenza della stessa persona umana, in luogo della moralità pubblica ed il buon costume. Ciò ha determinato lo spostamento, nell'ambito del Codice penale, dei delitti contro la libertà sessuale nel titolo dedicato ai delitti contro la persona. L'art. 519 c.p.¹⁸⁶, prevedeva al primo ed al secondo comma due distinte ipotesi delittuose, indicate come "congiunzione carnale violenta" e "congiunzione carnale abusiva". La prima si configurava costringendo taluno, con violenza o minaccia, ad una congiunzione carnale; la seconda consisteva nel congiungersi carnalmente con una persona minore

¹⁸⁶ Il testo originario così recitava: «Chiunque, con violenza o minaccia, costringe taluno a congiunzione carnale è punito con la reclusione da tre a dieci anni. Alla stessa pena soggiace chi si congiunge carnalmente con persona la quale al momento del fatto: 1) non ha compiuto gli anni quattordici; 2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole ne è l'ascendente o il tutore, ovvero è un'altra persona a cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, d'istruzione, di vigilanza o di custodia; 3) è malata di mente, ovvero non è in grado di resistergli a cagione delle proprie condizioni d'inferiorità psichica o fisica, anche se questa è indipendente dal fatto del colpevole; 4) è stata tratta in inganno, per essersi il colpevole sostituito ad altra persona».

, inferma di mente o comunque in condizioni di inferiorità fisica o psichica o infine tratto in inganno per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.

Tali ipotesi sono oggi disciplinate dagli artt. 609bis (violenza sessuale)¹⁸⁷ e 609 quater (atti sessuali con minorenni)¹⁸⁸ i quali si pongono in rapporto di continuità ed omogeneità logico-giuridica rispetto alle precedenti figure delittuose. Il delitto è stato in particolare inserito tra quelli contro la libertà personale. Il fine del legislatore è dunque ravvisabile nel dar voce alle mutate esigenze sociali, che da tempo chiedevano di adeguare la *ratio* del crimine a quello che ormai veniva indicato come il necessario oggetto di tutela: la persona e la sua libertà, anche sessuale.

Va difatti notato come, prima della riforma, lo stupro veniva considerato come offesa non già, o almeno non solo, alla persona che lo aveva subito, bensì al "ruolo" rivestito all'interno della collettività¹⁸⁹. Viene da sé che ogni lesione del diritto al libero sesso veniva in rilievo unicamente nei limiti in cui risultava aver assunto connotati di effettiva lesione al superiore interesse della morale pubblica e del buon costume.

Si inserisce in quest'ottica la riforma, la quale, in linea con i precetti costituzionali che esigono un'indiscriminata tutela dell'individuo, rompe i predetti schemi offrendo una lettura del delitto orientata verso la tutela della dignità umana e della libera scelta nella sfera sessuale.

È la libertà sessuale, oggi, l'oggetto giuridico di tutela del reato in esame.

Soggetto attivo del delitto, come recita la norma, può essere "chiunque.". Si tratta, pertanto, di un reato comune, perpetrabile da qualsivoglia individuo, a

¹⁸⁷ «Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali:1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto;2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi».

¹⁸⁸ Soggiace alla pena stabilita dall'articolo 609bis chiunque, al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo, compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto:1) non ha compiuto gli anni quattordici; 2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore e' affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza. Al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 609 bis, l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, o il tutore che, con l'abuso dei poteri connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni sedici, e' punito con la reclusione da tre a sei anni.Non è punibile il minorenne che, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609 bis, compie atti sessuali con un minorenne che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni. Nei casi di minore gravità la pena è diminuita fino a due terzi. Si applica la pena di cui all'articolo 609 ter, secondo comma, se la persona offesa non ha compiuto gli anni dieci.

¹⁸⁹ Per parola della Relazione ministeriale al Codice, la "disponibilità sessuale" era precipuamente volta alla realizzazione del programma sociale, nella cui visione perfino i diritti umani (incluso quello alla libertà sessuale) erano tesi alla funzione che ciascun individuo rivestiva nel contesto di appartenenza.

prescindere dal possesso di particolari caratteristiche, dalla professione svolta, dal sesso.

Il reo del delitto di violenza sessuale nella maggior parte dei casi è un individuo cui non sono riconducibili particolari patologie: i soggetti affetti da psicopatologie rivestono nella classifica degli autori di stupri una percentuale bassissima. A muovere il violentatore tipo, difatti, più che l'anomalia mentale risulta essere, quanto agli individui uomini, l'istinto di soddisfazione sessuale ancorato a retaggi culturali nei cui contesti godevano di un ruolo "privilegiato" e di padronanza nei confronti dei soggetti "deboli" (donne, minori o disagiati psichici).

La percentuale di donne stuprate in Italia tocca la soglia del 90% rispetto al residuale 10% in cui vittima è un uomo, salvi i casi di violenze su anziani (gerontofilia) o su minori (pedofilia).

Se a spingere gli uomini alla violenza sono nella maggior parte dei casi moventi passionali, rabbia, vendetta, o sete di marcare il "possesso" sulla vittima, se ne deduce che il colpevole si anniderà *in primis* tra i conoscenti: amici, colleghi di lavoro, o, quel che è peggio, familiari. La violenza sessuale, nel nostro paese, rientra a pieno titolo tra i delitti riconducibili a quella che viene definita come criminalità sommersa, giacché non "raccontata", nascosta tra le pieghe della famiglia alla stregua di un "fatto" da nascondere, piuttosto che di un delitto da denunciare.

Lo confermano i dati ISTAT, secondo i quali il 93% delle donne che ammettono di essere state violentate dal coniuge non ha sporto denuncia. La problematica, come si vede, conduce sul piano centrale della nostra trattazione: lo stupro "coniugale".

La figura dello stupro coniugale è stata ricondotta in periodi relativamente recenti nel più ampio e delicato alveo dei reati domestici¹⁹⁰.

La norma incriminatrice oggi non fa alcun riferimento ai rapporti intercorrenti, ai fini integrativi del delitto, tra il reo e la sua vittima, dovendosi desumere, ma lo hanno ribadito una miriade di pronunce, la piena configurabilità dello stupro commesso a danno del coniuge .

Nella previgente disciplina il matrimonio era fonte di una sorta di *debitum coniugale* e dunque di un diritto al congresso sessuale da parte dell'uno, non riservandosi all'altro il contrapposto diritto di opporvisi.

¹⁹⁰ Almeno fino agli inizi degli anni '70 la violenza sessuale tra consorti assumeva particolari (e ormai respinti) contorni di liceità, alla luce del dovere coniugale assunto all'atto del matrimonio.

Il sistema, pertanto, prevedeva una specie di esimente (tacitamente recepita dai giudici) in base alla quale la pretesa prestazione sessuale si giustificava con l'adempimento agli obblighi assunti col matrimonio¹⁹¹,

Nel nostro ordinamento si parlava di consenso al matrimonio come scriminante per le future iniziative sessuali del consorte, pur se violente¹⁹². Tale concezione in Italia ha campeggiato addirittura fino alla prima metà degli anni Settanta.

Prima di allora, integravano reato unicamente le congiunzioni contro natura. Infatti in Italia, solo nel 1976 la Cassazione motivò la condanna sessuale inferta al coniuge con l'assunto che la *deditio corporis* prestata col matrimonio non potesse coincidere con l'imposizione unilaterale dei congiungimenti carnali, non privando il coniuge in maniera incondizionata del potere di disporre del proprio corpo o della libertà di negare il rapporto.

La decisione, d'indubbio impatto, limitava però la punibilità della condotta ai soli casi in cui avesse assunto modalità particolarmente violente .

Due anni dopo, tuttavia, si aggiunse che il dissenso ingiustificato della coniuge valesse ad integrare ingiuria reale e violazione degli obblighi di assistenza coniugale, tanto da consentire al consorte respinto di ricorrere al giudice civile per ottenere una sentenza di separazione "per colpa" dell'altro. Lo stato di separazione, d'altro canto, varrà a giustificare in maniera amplificata il diniego opposto dalla vittima (Trib. Latina, 13 marzo 1989).

La legge del 1996 ha posto fine alle perplessità ed ai dubbi interpretativi e l'orientamento giurisprudenziale è conforme nel ritenere che lo stupro coniugale si abbia tutte le volte in cui il coniuge costringa o induca la partner ad intrattenersi sessualmente con lui senza libero consenso. Risolutiva è stata però in tal senso la sentenza della Suprema Corte n. 14789/2004 (richiamata anche da Cass. n. 35408/2007) ove si legge che non esiste all'interno del rapporto di coniugio "un diritto all'amplesso, né il potere di esigere o di imporre una prestazione sessuale non

¹⁹¹ Sulla falsariga della nota *marital rape exemption* originariamente scriminante lo stupro coniugale in alcune giurisdizioni degli Stati Uniti d'America, quali l'Illinois, il South Dakota, o il Vermont. In quel sistema, l'esenzione di responsabilità veniva ravvisata talvolta per via del consenso prestato all'atto del matrimonio, e talaltra per la ritenuta minore gravità del fatto. Ma tale assetto, qualche anno più avanti, mutò radicalmente tanto che si introdusse una specifica fattispecie delittuosa (*spousal rape*) che, seppur sanzionata in maniera più leggera rispetto allo stupro comune, valse a vestire di disvalore penale la condotta.

¹⁹² Il marito, in sostanza, diveniva titolare di quello *ius in corpore* ricondotto da Camelutti nell'alveo dei diritti reali. La moglie, dunque, come proprietà del marito.

condivisa", non ravvisandosi "un'area di esenzione diversa o distinta da quella regolata dal reciproco consenso"¹⁹³.

Con la sentenza in commento la qualità di coniuge è divenuta "sterile ai fini dell'apprezzamento della condotta vietata" non esistendo una "quantità di violenza sessuale tollerabile tra coniugi e non pure tra estranei", denegandosi ogni distinzione tra violenza consumata all'interno, ovvero al di fuori del coniugio¹⁹⁴.

Fonte di accese dispute dottrinali è stata, poi, la sentenza della Corte di Cassazione n. 42979/2007. La Corte, nel caso di specie, nel respingere il ricorso di un coniuge condannato per lo stupro commesso a danno della moglie, successivamente alla dichiarata separazione, aveva affermato che "se è vero che l'amplesso è certamente un diritto dovere dei coniugi uniti in matrimonio... e che l'amplesso costituisce una delle ragioni complementari, se non prevalenti, di quella umana *affectio* che spinge due persone a sposarsi, è anche vero che trattasi di umana e ragionevole aspettativa che viene a cessare quando il rapporto matrimoniale cessa nei modi previsti dalla legge". Ebbene, a primo impatto, l'assunto è apparso ai più come un'involuzione, legata al riconoscimento, implicito, di un diritto all'amplesso in costanza di matrimonio. In realtà, il ragionamento sotteso alla motivazione addotta dal Collegio, non poteva che lasciare intatta la distinzione tra il diritto all'amplesso e il diritto (ben diverso) a un'aspettativa all'ottenimento del rapporto. La costrizione, che sia avvenuta con violenza, minaccia o abuso di autorità, si sostanzia, comunque, in un'azione perpetrata contro la volontà del soggetto passivo all'atto sessuale, dalla quale sia derivata la lesione della libera autodeterminazione (tra le altre: Cass. n. 19718/2007).

Presupposto indefettibile del delitto, pertanto, è il dissenso della vittima che diviene, così, elemento costitutivo del reato, tanto che il consenso prestato diverrà causa di esclusione della tipicità del reato, e non dell'antigiuridicità del fatto. Detto consenso dovrà però "perdurare, senza soluzione alcuna di continuità, nel corso dell'intero rapporto" concretandosi la violenza sessuale ove l'adesione originariamente prestata venga meno in itinere, per via di un "ripensamento, di un

¹⁹³ Neppure l'ingiustificato e persistente rifiuto del c.d. "debito coniugale" ricompreso tra gli obblighi di "fedeltà" e di "assistenza morale e materiale" derivanti dal matrimonio (art. 143 c.c.) ancorché suscettibile di conseguenze sul piano civile (art. 151 c.c.) legittima il ricorso ad alcuna forma di coercizione morale o fisica per ottenere l'adempimento negato...".

¹⁹⁴ L'assunto acquista più ampia pregnanza ove correlato all'essenza stessa del rapporto matrimoniale, improntato su canoni di aderenza a doveri di solidarietà e rispetto nei confronti dell'altro, non escluso l'alveo delle esternazioni di tipo sessuale (Cass. n. 36962/2007). Il peculiare legame vittima carnefice ha indotto taluni giudici a ravvisare in tali occasioni l'ipotesi aggravata del delitto commesso con abuso di relazioni domestiche e di coabitazione (Trib. Milano n. 41/2003).

calo di desiderio o della non condivisione delle forme o modalità di consumazione dell'amplesso" (Cass. n. 25727/2004; nello stesso senso, Cass. n. 4532/2007)¹⁹⁵. Il dissenso inerte non potrà mai sostituire quello liberamente espresso, così come non lo si potrà presumere dall'abbigliamento succinto scelto dalla vittima in vista dell'incontro (Cass. n. 34870/2009).

Potrebbe accadere, tuttavia, con riferimento alla tematica dello stupro maritale, che il consenso reso dalla moglie sia in realtà viziato. Sul punto, se è pacifico che l'assenza di segni di violenza sul corpo della vittima non varrà ad escludere l'integrazione del delitto di violenza sessuale (Cass. n. 24298/2010), sarà altresì inteso che il dissenso effettivo possa e debba desumersi da altri fattori. Così, si macchierà di violenza sessuale il coniuge che abbia intrapreso un rapporto camale rappresentandosi la disponibilità della partner, e l'abbia completato nonostante le proteste successivamente manifestate dalla donna (Trib. Caltanissetta, 4 gennaio 2010)¹⁹⁶.

Sussiste il delitto di stupro anche laddove la donna, negli anni, non si sia mai ribellata agli abusi inizialmente non denunciati poiché versante in uno stato di completa soggezione rispetto al coniuge, o perché costretta a soccombergli per allontanare il rischio di violenze a danno di sé stessa o della prole (Trib. Rieti, 2 marzo 2010). In tal senso la Corte di Cassazione ha ritenuto che la circostanza che la donna non si sia opposta in maniera inequivocabile alla congiunzione non scrimina la condotta del *partner*, laddove le precedenti minacce e violenze potevano essere lette alla stregua di indubbi segnali di un rifiuto implicito ai rapporti. In tal genere di ipotesi, il consenso all'amplesso non può che ritenersi diretta conseguenza dell'instaurato clima di terrore (Cass. n. 16292/2006)¹⁹⁷.

La condotta di reato, a parere della Corte, può concretarsi non solo assumendo la forma di una coartazione fisica, ma altresì modulandosi come coercizione di tipo morale, subdola ma comunque idonea ad annullare o scemare la libertà sessuale della vittima.

¹⁹⁵ Elemento oggettivo della figura criminosa, dunque, non sarà solo la costrizione fisica o l'intimidazione psicologica, ma ogni altro atto compiuto dall'agente in maniera repentina, senza «accertarsi del consenso della persona destinataria, o comunque prevenendone... la manifestazione di dissenso» (Cass. n. 6945/2004), stante l'impraticabilità di opporre la desiderata resistenza (Cass. n. 6340/2006).

¹⁹⁶ Il vincolo coniugale a parere dei giudici può giustificare solo la ricerca di un amplesso, ma giammai può valere a surrogare la contraria volontà della donna, espressa anche solo con riferimento a una fase o a una particolare modalità del rapporto.

¹⁹⁷ L'implicito dissenso, conosciuto o conoscibile dal coniuge che sia solito sopraffare la moglie con vessazioni e comportamenti minatori, non libererà l'uomo dalla condanna per stupro, neppure ove ella acconsentisse al rapporto, stante il vizio del consenso eventualmente prestato (Cass. nn. 35242/2006 e 13983/2008).

L'analisi del delitto di violenza sessuale commesso nei confronti del *partner* si correla con un'altra ipotesi di reato: i maltrattamenti in famiglia .

L'assorbimento auspicato da una parte dell'avvocatura, si badi, potrebbe consentirsi solamente in relazione a episodi di percosse e minacce che siano ritenibili quali segmenti costitutivi della fattispecie di cui all'art. 572 c.p.

La motivazione è chiara. I due delitti si pongono su piani differenti, volgendosi alla tutela di beni giuridici ben diversi: la libertà sessuale, il primo, e l'assistenza familiare, il secondo. Per tali ragioni, i giudici di legittimità hanno appena ribadito che le due figure criminose entreranno in rapporto di specialità solo nell'ipotesi in cui le condotte a sfondo sessuale siano le uniche azioni integranti i maltrattamenti (Cass. n. 5340/2010). In quel caso, e non in altri, vi sarà piena coincidenza tra le condotte, trattandosi di atti lesivi protesi tutti alla soddisfazione sessuale (Trib. La Spezia, 22 maggio 2009). Diversamente, laddove lo stupro sia solo una delle forme di lesione della libertà della vittima, i delitti resteranno autonomi (Cass. n. 24795/2009) ravvisandosi un mero concorso formale (Cass. n. 12423/2010). In senso contrario, si ricordi la pronuncia con cui la Cassazione ricondusse la violenza sessuale nell'ambito dei maltrattamenti familiari, per aver il coniuge imposto alla consorte prestazioni non gradite; la condotta, si rilevò, era precipuamente tesa a forzare la ritrosia femminile (Cass. n. 26345/2009).

Un'altra forma di violenza che le donne sempre più spesso subiscono da parte di uomini che rintrano nella loro cerchia di conoscenze è lo stalking.¹⁹⁸ Il fenomeno vede nella maggior parte delle volte donne vittime di uomini persecutori, anche se non mancano casi inversi (il rapporto è di circa 3 a 1), uomini e donne che in oltre l'80% dei casi si conoscevano o perché ex partner o perché amici o colleghi di lavoro. L'età delle vittime varia dai 14 ai 16 anni fino all'età adulta, mentre il fenomeno sembra diminuire dopo i 50.

Sebbene solo una piccolissima percentuale di casi di stalking sfocia in un agguato mortale è però vero il contrario: nel 70% degli omicidi fra ex vi erano già stati episodi di persecuzione¹⁹⁹. Negli ultimi quattro anni sono aumentati i delitti commessi dagli ex partner che costituiscono il 39,5% del totale.

¹⁹⁸ Lo stalking diventa reato per la prima volta nel 1990 in California, dopo che un'anchorwoman fu uccisa da un suo ammiratore. Fra il 1990 ed il 1996 tutti gli stati degli USA hanno adottato una propria legge.

¹⁹⁹ I dati sono quelli emersi dalla recente ricerca realizzata dal Dipartimento di psicologia della seconda Università degli Studi di Napoli su una casistica di 300 omicidi fra partner ed ex partner avvenuta in Italia negli anni 200-2004.

Secondo un'indagine realizzata dall'ISTAT nel 2007 su "La violenza ed i maltrattamenti contro le donne dentro e fuori la famiglia - 2006" con un campione rappresentativo di 25 mila donne fra i 16 ed i 70 anni, il 18,8 % ha subito violenza fisica o sessuale o atti persecutori da parte di un ex partner. Sono quasi il 50% delle donne vittime di violenza fisica o sessuale ad aver subito anche comportamenti persecutori. Il 68,5% dei partner ha cercato insistentemente di parlare con la donna contro la sua volontà, il 61,8 % ha richiesto ripetutamente appuntamenti per incontrarla, il 57% l'ha aspettata fuori casa o a scuola o al lavoro, il 55,45% ha inviato messaggi, telefonate, email, lettere o regalini desiderati, il 40,8% l'ha seguita, spiata e l'11% ha adottato altre strategie

I singoli comportamenti possono non costituire persecuzione né tantomeno reato: è la modalità con cui vengono portati avanti, con insistenza, reiterazione contro la volontà della vittima che non gradisce certe attenzioni o addirittura ne è intimidita.

La legge 38 del 2009 ha introdotto una serie di misure in tema di atti persecutori sia attraverso le nuove disposizioni di cui all'articolo 612bis c.p., sia attraverso ulteriori modifiche legislative, con lo scopo di rendere effettivi gli strumenti di tutela contro tale tipo di reato. Non di rado, in realtà, la tutela preventiva prevista dalla normativa è risultata maggiormente risolutiva rispetto alle misure di tipo afflittivo-sanzionatorio.

Pur manifestandosi gli atti persecutori sotto innumerevoli forme - dalle comunicazioni intrusive ai tentativi di controllo, alle minacce o aggressioni - per il molestatore la vittima non è più un soggetto autonomo e dotato di diritti, ma diviene l'oggetto su cui investire i propri bisogni di riconoscimento e di attenzione, cui seguono atti improntati all'odio e un'aggressività non controllata la cui evoluzione, se non si interviene nell'immediatezza, può condurre a conseguenze irreparabili.

Le forme di prevenzione introdotte si rinvengono soprattutto nell'articolo 8 della legge laddove si prevede che, anche prima di inoltrare la querela, la persona offesa può esporre i fatti all'autorità di pubblica sicurezza avanzando al questore richiesta di ammonimento nei confronti dell'autore della condotta; nell'articolo 9, che introduce il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa; e, di seguito, nelle varie forme di sostegno che vengono offerte alla persona offesa attraverso le forze dell'ordine, i presidi sanitari e le istituzioni pubbliche. Sull'imposizione cautelare del divieto di avvicinamento, la Cassazione (Cass n. 26819/2011) ha precisato che le modalità di attuazione - e gli stessi confini imposti -

devono essere ben determinati, tanto che anche il pubblico ministero nella propria richiesta avrà come onere quello di descrizione sia degli elementi essenziali che di quelli di contorno, non essendo concepibile una misura cautelare che si limiti a fare un riferimento generico a "tutti i luoghi frequentati" dalla vittima; evidentemente, infatti, un'eventuale genericità del provvedimento finisce per presentare caratteri di eccessiva gravosità e di sostanziale ineseguibilità, tanto da conferire natura quasi abnorme alla misura²⁰⁰.

Il concetto viene ribadito nella decisione n. 29872 del 19 maggio 2011.

Il delitto di atti persecutori, cosiddetto stalking (art. 612bis c.p.), è un reato che prevede eventi alternativi, la realizzazione di ciascuno dei quali è idonea a integrarlo; pertanto, ai fini della sua configurazione non è essenziale il mutamento delle abitudini di vita della persona offesa, essendo sufficiente che la condotta incriminata abbia indotto nella vittima uno stato di ansia e di timore per la propria incolumità. La fattispecie del reato in oggetto prevede, invero, più eventi in posizione di equivalenza, uno solo dei quali è sufficiente ad integrarne gli elementi costitutivi necessari. Il mutamento delle abitudini di vita della persona offesa non è, pertanto, essenziale ai fini della sussistenza del reato, essendo sufficiente che la condotta abbia indotto nella vittima uno stato di ansia e di timore per la propria incolumità.

I contorni delle reiterate condotte aggressive idonee a causare gli eventi previsti dall'articolo 612bis c.p. possono così individuarsi: fondato timore per la propria incolumità (necessariamente determinato dalla diretta e ripetuta percezione, vissuta nel proprio corpo e nella propria mente, della potenziale e della reale forza lesiva prospettata e attuata); necessario mutamento di regime di vita; perdurante e grave stato di ansia e di paura, destabilizzante turbamento psicologico, anche senza la necessità dell'accertamento di uno stato patologico, considerato che la fattispecie

²⁰⁰ Nella sentenza richiamata si legge testualmente che «nel provvedimento di allontanamento dalla casa familiare il giudice penale può prescrivere determinate modalità di visita del soggetto allontanato dalla abitazione coniugale, ad esempio tenendo presenti le esigenze educative dei figli minori; con il provvedimento di divieto di avvicinamento il giudice deve individuare i luoghi ai quali l'indagato non può avvicinarsi e in presenza di ulteriori esigenze di tutela può prescrivere di non avvicinarsi ai luoghi frequentati dai parenti della persona offesa e addirittura indicare la distanza che l'indagato deve tenere da tali luoghi o da tali persone; inoltre, spetta al giudice vietare che l'indagato comunichi con la vittima, indicando i mezzi vietati; in entrambi i casi, qualora la frequentazione dei luoghi sia necessaria per motivi di lavoro ovvero per esigenze abitative, il giudice prescrive le modalità e può imporre specifiche limitazioni». L'efficacia delle restrizioni in tema di stalking è funzionale ad evitare il pericolo della reiterazione delle condotte illecite, e subordinata a come il giudice le riempie di contenuti attraverso le prescrizioni che le norme gli consentono. Deve perciò ritenersi che, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 282ter del codice di procedura penale, il giudice deve indicare in maniera specifica i luoghi rispetto ai quali all'indagato è fatto divieto di avvicinamento, non essendo concepibile una misura cautelare che si limiti a fare un riferimento generico a «tutti i luoghi frequentati» dalla vittima.

incriminatrice di cui all'articolo 612bis c.p. non costituisce una duplicazione del reato di lesioni (articolo 582 c.p.), il cui evento è configurabile sia come malattia fisica che come malattia mentale e psicologica (Cass. n. 16864/2011).

Il grave e perdurante stato di turbamento emotivo è idoneo ad integrare l'evento del delitto di atti persecutori, per la cui sussistenza è sufficiente che gli atti abbiano avuto un effetto destabilizzante della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima. L'evento scaturito da questo piano di violenza materiale e psicologica è costituito naturalmente da uno stato turbamento psicologico della parte offesa, derivante non da un singolo fattore di stimolo ansiogeno, ma una serie di comportamenti persecutori, che hanno evidentemente determinato una rottura nell'equilibrio emotivo, che si è espressa a mezzo di sensazione soggettiva, cioè in un crescendo di tensione, preoccupazione, nervosismo, paura, di grave spessore e perdurante nel tempo, a causa della stabilità dell'atteggiamento intimidatorio rancoroso e vendicativo (Cass. n. 8832/2010).

Peraltro, il fatto che le condotte reiterate debbano produrre alternativamente uno degli eventi di cui sopra porta a concludere che ulteriore elemento costitutivo della fattispecie sia dato dal fatto che le molestie o le minacce debbano succedersi in un lasso di tempo non meglio precisato, ma sufficiente perché detti eventi si producano. Inoltre, richiedendosi la lesione effettiva del bene giuridico protetto o dei beni giuridici protetti (la fattispecie mira senza dubbio a tutelare *in primis* la libertà morale, come facoltà del soggetto di autodeterminarsi e tra i vari eventi che la condotta tipica può causare vi è l'alterazione delle proprie abitudini di vita, la quale può essere vista come una particolare ipotesi di violenza privata) pare trattarsi di reato di evento a forma libera, in quanto, benché la fattispecie in questione debba realizzarsi mediante le condotte di minaccia o molestia, è pur vero che le medesime possono concretarsi in una molteplicità di forme non aprioristicamente individuabili.

Conclusioni

L'attuale crisi economica e finanziaria ha conseguenze disastrose sul tasso di occupazione e sulle condizioni di vita delle persone²⁰¹. Stando ai dati disponibili, all'inizio della crisi gli uomini erano stati quelli più colpiti, perché impiegati maggiormente nei settori della finanza, dell'edilizia e delle automobili. Anche se la situazione appare diversa da Stato a Stato, i settori che hanno resistito più a lungo alla crisi sono quelli della sanità, dell'istruzione, del turismo e degli aiuti sociali, che vedono una prevalenza di lavoratori di sesso femminile. La crisi tuttavia è giunta anche a questi settori e il rischio è quello di comportare una precarizzazione a lungo termine delle donne rispetto agli uomini. Come è già stato evidenziato nei precedenti capitoli, le donne si trovano già in una posizione svantaggiata per quanto riguarda il reddito, le condizioni di lavoro, l'accesso all'occupazione; se non saranno rapidamente attuate misure concrete, la crisi non potrà che peggiorare tale situazione. Essa infatti accentua la maggiore esposizione delle donne al rischio povertà²⁰². Se ad una condizione già preoccupante come quella che si rileva in ambito lavorativo si aggiunge la circostanza che la violenza sessista sembra aumentare nei periodi di crisi economica, per ragioni legate allo stress e alla perdita del posto di lavoro da parte degli uomini²⁰³, allora non resta che agire.

Ma occorre chiedersi: in che modo e a quale livello?

Innanzitutto, la recessione economica non deve servire da pretesto per un rallentamento del progresso delle politiche in materia di conciliazione di vita professionale e vita privata e per un taglio dei bilanci destinati ai servizi di assistenza alle persone dipendenti e ai regimi di congedo. Il motivo risiede nel fatto che tali interventi inciderebbero in maniera significativa sull'accesso soprattutto delle donne al mercato del lavoro, con conseguente allontanamento dall'obiettivo di raggiungere

²⁰¹ Nella Risoluzione del del 10 febbraio 2010 sulla parità tra donne e uomini nell'Unione europea (2009), il Parlamento europeo ha chiesto alla Commissione di fornire precise statistiche sull'impatto della crisi rispettivamente sulle donne e sugli uomini rilevando il tasso di disoccupazione, l'andamento dei posti di lavoro a tempo parziale e dei contratti a durata determinata e indeterminata, nonché le conseguenze sui servizi pubblici delle politiche di lotta alla crisi.

²⁰² Risoluzione del Parlamento europeo del 23 maggio 2007 sulla promozione di un lavoro dignitoso per tutti; Relazione della Commissione europea del 18 dicembre 2009, Parità tra donne e uomini 2010, COM (2009)694).

²⁰³ O. LUBRANI *The world economic and financial crisis: What will it mean for gender equality?*, UNIFEM, 2009. Inoltre C.FAGAN, P. URWIN, K MELLING, *Gender inequalities in the risks of poverty and social exclusion for disadvantaged groups in 30 European countries* (2006), in http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf_Gender_inequalities.pdf. evidenziano lo stretto legame che sussiste tra la tratta di donne e l'alto livello di povertà in cui esse si trovano.

la parità fra donne e uomini. Le conseguenze a lungo termine per i sistemi di protezione sociale, per l'inclusione sociale e la demografia sarebbero preoccupanti.

Il problema va risolto rendendo le donne parte della soluzione, come ha opportunamente evidenziato il Comitato consultivo per la parità di opportunità tra donne e uomini della Commissione europea²⁰⁴. Questo coinvolgimento risulta difficile per la scarsa, se non addirittura assente, partecipazione delle donne ai vertici decisionali, tra cui quelli degli organi finanziari ed economici dell'UE (Banca Centrale, Banca europea degli investimenti). Il Parlamento europeo a questo riguardo, facendo proprie le conclusioni cui sono giunti alcuni economisti, ha sottolineato come la crisi dei crediti, che ha dato vita alla recessione, sia stato un disastro causato letteralmente dagli uomini²⁰⁵. Anche le risposte prese a livello nazionale e internazionale alla crisi sono state prese dagli uomini. Le donne infatti rappresentano solo il 5% dei soggetti coinvolti nel processo decisionale delle istituzioni finanziarie dell'UE. Questo valore contrasta con i dati relativi al livello di istruzione raggiunto dalle donne, le quali sono più numerose degli uomini nelle facoltà di economia e giurisprudenza. In tal senso si è espressa anche l'Assemblea parlamentare con la Risoluzione 1719 (2010) la quale ha inoltre messo in evidenza la necessità che i piani di ripresa economica non si concentrino solo sui posti di lavoro in cui prevalgono gli uomini (cosa che invece sta accadendo) perché questo contribuisce ad incrementare la disparità tra i sessi.

Come ha opportunamente sottolineato il Parlamento europeo²⁰⁶, è necessario invece insistere sulla opportunità di integrare le politiche di parità tra uomini e donne nei piani di rilancio europei, nazionali e internazionali di lotta alla crisi. La parità di genere infatti ha un effetto positivo sulla produttività e la crescita economica e comporta molteplici benefici sociali. Dato che la parità di trattamento è uno degli obiettivi dell'Unione europea, essa deve quindi rappresentare uno dei principi cardine in qualunque risposta programmatica alla crisi economica e finanziaria.

Tale crisi potrebbe rappresentare un momento di svolta e un'opportunità per fare dell'Unione un'economia più produttiva e innovativa e una società che prende in maggiore considerazione la parità tra uomini e donne, sempreché siano adottate politiche e misure adeguate. È necessario pertanto cogliere questo momento di

²⁰⁴ Comitato consultivo per la parità di opportunità tra donne e uomini della Commissione europea, parere 2009.

²⁰⁵ Risoluzione del Parlamento europeo del 17 giugno 2010 sugli aspetti di genere della recessione economica e della crisi finanziaria.

²⁰⁶ Risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2010 sulla parità tra donne e uomini nell'Unione europea (2009).

trasformazione come un'opportunità per dar vita a politiche economiche e sociali che integrino maggiormente le questioni di genere e per progredire nella creazione di una società con maggiore parità di genere. Per uscire dalla crisi occorre mettere a frutto le capacità di tutti, donne e uomini. Il Parlamento europeo ha sottolineato che il PIL potrebbe aumentare del 30% se i tassi di occupazione, occupazione a tempo parziale e produttività delle donne fossero analoghi a quelli degli uomini. Tenuto conto del fatto che la strategia "Europa 2020" attribuisce all'economia ecologia una posizione di primo piano, il Parlamento europeo ha evidenziato come questo settore potrebbe diventare il settore chiave per la crescita del mercato del lavoro europeo e ha pertanto invitato gli Stati membri ad incoraggiare le iniziative imprenditoriali locali delle donne in tali ambiti, facilitando il loro accesso ai Fondi strutturali europei.

È necessario dunque un impegno forte al massimo livello politico, sia delle istituzioni europee che dei governi nazionali e delle parti sociali.

La parità di genere può divenire realtà, occorre volerlo.