

25 settembre 2012

## L'eguaglianza sessuale tra hard law e soft law nel processo di ravvicinamento tra legislazioni in Europa: pari opportunità e parità di trattamento nel lavoro

di Elettra Stradella

Ricercatore di Diritto pubblico comparato del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa

**Abstract:** Lo scritto affronta i profili delle pari opportunità e della parità di trattamento nel lavoro quali banco di prova del processo di ravvicinamento tra legislazioni statali in Europa nel campo della coesione sociale e dei diritti sociali. Se nella materia del lavoro, a differenza di quella delle politiche sociali in genere, gli strumenti di hard law rappresentano l'asse centrale del processo di armonizzazione, obiettivo dell'articolo è quello di indagare la capacità di altri strumenti di penetrare direttive e regolazione "tradizionale" contribuendo alla costruzione di un complesso normativo unitario sebbene ad intensità precettiva variabile. In particolare l'autrice prende le mosse da una analisi del ruolo del gender mainstreaming nelle politiche per la parità e, soffermandosi sulla natura "flessibile" dello strumento rispetto al sistema delle fonti, ne indaga i rapporti con il "Metodo Aperto di Coordinamento". Dopo alcune riflessioni sul rapporto tra diritto europeo e diritto interno nella attuazione del principio di non discriminazione non fondata sul sesso, e sulle criticità emergenti da tale rapporto, l'articolo si sofferma sulle relazioni tra intervento europeo e legislazione nazionale in materia di parità tra donna e uomo nel lavoro, individuando tre ambiti rilevanti: quello della parità retributiva, la tutela della lavoratrice madre, e la disciplina dei congedi parentali. Nell'ultima parte le considerazioni di sintesi si concentrano sul ruolo della autonormazione etica nel settore in esame, e sul suo farsi o meno soft law, alla luce della capacità integrativa che tale fenomeno è in grado, almeno potenzialmente, di esercitare nel processo di ravvicinamento delle politiche nazionali a quelle europee. The paper analyses equal opportunities and equal treatment in the field of labour, considering them "test-bench" of the harmonizing process among European State legislations in the field of social cohesion and social rights. We know that in the field of labour, differently than in social policies on the whole, hard law represents the central axis of the harmonization process. This paper aims at investigating the capacity of other legal instruments to cooperate with "traditional" directives and rules in order to

build a unitary legislation (although with non homogeneous binding nature). The author starts from an analysis of the role of gender mainstreaming in the field of gender equality policies and investigates its relationships with the “Open Method of Co-ordination”, focusing on the “flexible” nature of this instrument with respect to the system of sources of law. After some considerations about the connections and the criticalities between European and national law in the implementation of the antidiscrimination rules regarding in particular sexual orientation, the paper focuses on the equality between workers (men and women) and individuates three relevant areas: the gender pay gap, the protection of the working mothers, the discipline of parental leaves. In the last part the paper reflects on the role of the ethical self-regulation in the field of labour law and labour rights, and on its soft law nature. In particular, some concluding remarks are dedicated to the potential capacity of this phenomenon to integrate European and State legislations and to contribute to the “approximation process” of national policies to the European ones.

*1. Premessa: l'eguaglianza tra donne e uomini nel diritto dell'Unione europea. Metodi di intervento e incidenza sugli ordinamenti statali*

In questo scritto pari opportunità e parità di trattamento nel lavoro saranno il punto di partenza per considerazioni che affronteranno tali profili soprattutto quale banco di prova del processo di ravvicinamento tra legislazioni statali in Europa nel campo della coesione sociale e dei diritti sociali.

Con una precisazione iniziale che si riprenderà nel seguito della trattazione: se nella materia del lavoro, a differenza di quella delle politiche sociali in genere, gli strumenti di *hard law* rappresentano l'asse centrale di un processo di armonizzazione, in senso proprio, che ha già raggiunto un grado significativo di effettività, sembra comunque interessante e rilevante sottolineare la capacità di altri strumenti, per così dire di *soft law*, di penetrare direttive e regolazione “tradizionale” contribuendo alla costruzione di un complesso normativo unitario sebbene ad intensità precettiva variabile.

Ma qual è la cornice normativo-ideale che fa da sfondo alla presente indagine[1]?

Da ultimo la Commissione europea, nella comunicazione del 5 marzo 2010[2], dopo aver ricordato che la parità tra donne e uomini, diritto fondamentale stabilito dall'articolo 2 del trattato sull'Unione europea e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, è uno dei valori comuni sui quali si fonda l'Unione europea, mette in evidenza come il cammino verso l'eguaglianza non sia ancora compiuto.

La Commissione richiama nella comunicazione i principi di parità tra donne e uomini che devono informare le politiche europee: pari indipendenza economica, pari retribuzione per lo stesso lavoro e lavoro di pari valore, parità nel processo decisionale, dignità, integrità e fine della violenza basata sul genere, parità fra i generi come criterio che informa la

politica estera europea, e come principio da applicarsi anche all'esterno del mercato del lavoro[3].

Ancora una volta in questa comunicazione emergono i due profili della parità all'interno e all'esterno del mercato del lavoro (il lavoro è considerato, come si dirà anche in seguito, il principale terreno di azione della parità, per ragioni - per lo meno originariamente - di sicuramatrice economica, ma la forza dell'idea della parità tende ad espandersi al di fuori dell'ambito primario di riferimento).

Per quanto riguarda la parità nel lavoro, la Commissione sottolinea che nell'Unione europea le donne continuano a guadagnare, in media, il 18% in meno rispetto agli uomini per ogni ora di lavoro, e che durante tutto il periodo lavorativo dispongono di meno risorse anche per le maggiori difficoltà incontrate nell'accesso ai finanziamenti: ragione per la quale l'incidenza della povertà femminile risulta ancora più significativa di quella maschile.

Per quanto riguarda la parità all'esterno del lavoro, è sempre la direttiva del 2004 a disciplinarne l'applicazione all'accesso ai beni e ai servizi, nonché alla fornitura di beni e servizi, tanto per il settore pubblico che per il settore privato. La direttiva stabilisce il divieto di discriminazioni basate sul sesso nell'accesso a beni e servizi, nonché nella fornitura degli stessi, vietando ogni discriminazione diretta tra donne e uomini collegabile alla gravidanza e alla maternità, così come ogni discriminazione indiretta: concetti, quelli di discriminazione diretta e indiretta, sui quali torneremo in seguito.

La Comunicazione del 2010 si colloca sulla scia di un percorso (normativo e ideale) che affonda le proprie radici già nell'art. 119 del Trattato di Roma (poi art. 141 TCE e art. 157 TFUE), con il quale si dava avvio ad un percorso di riconoscimento e di promozione della parità tra i generi in un contesto politico e culturale ancora piuttosto distante da tali obiettivi[4].

Non è un caso che la prima disposizione specifica in materia di parità si collochi nell'ambito dell'occupazione, ambito che, pur evidentemente intersecando la dimensione economica con quella sociale, rappresenta uno dei settori fondamentali per la crescita dell'Unione e degli Stati membri, nonché uno dei settori nei quali può e deve realizzarsi l'obiettivo fondamentale della concorrenza. La previsione dell'art. 119, che fonda il diritto alla parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici che svolgono lo stesso lavoro, è stata infatti utilizzata al fine di correggere il possibile effetto distorsivo sulla concorrenza di un divario nelle retribuzioni tra donne e uomini, anche in presenza di forti resistenze da parte degli Stati membri alla piena attuazione del principio.

L'art. 119 si sviluppava peraltro a partire da un tessuto normativo ricavabile a livello internazionale dalle Convenzioni internazionali redatte dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro[5], nonché dalla CEDU.

A partire dagli anni Settanta in particolare la Comunità europea affina il suo impegno per la realizzazione di una piena parità tra donne e uomini attraverso gli strumenti delle direttive per l'armonizzazione, che si collocano in un panorama caratterizzato da pochissimi interventi legislativi statali in materia.

Le prime direttive emanate offrono un inquadramento delle politiche di parità tra i generi, affrontano i diritti legati all'occupazione ed in particolare la parità retributiva, la parità di trattamento nell'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale, per ampliarsi poi all'ambito della sicurezza sociale[6].

E' già negli anni Settanta peraltro che vengono introdotti concetti rilevanti, e determinanti nel processo di ravvicinamento tra legislazioni, quali quello di discriminazione indiretta e quello di azione positiva (dir. 76/207), che troverà piena definizione nella Raccomandazione del Consiglio degli anni Ottanta con la quale si affermerà il ruolo fondamentale di politiche incentrate su azioni positive tese ad eliminare le disparità di trattamento di fatto a cui le donne sono soggette nei contesti lavorativi, promuovendone l'occupazione[7].

Emerge fin da queste premesse l'interazione tra *hard law* e *soft law* in un ambito che, a sua volta, interseca una materia di competenza comunitaria in cui vige una regolazione "vincolante" (il lavoro) con un obiettivo (quello della parità) perseguito attraverso gli strumenti flessibili della *soft law* e del Metodo Aperto di Coordinamento[8]. Dagli anni Ottanta vengono infatti avviati programmi d'azione sulle pari opportunità, la cui (pen)ultima generazione, realizzatasi nel quinto programma d'azione 2001-2005, allarga lo sguardo ad ambiti ulteriori rispetto all'originaria matrice lavoristica e alla vita economica (pari opportunità di occupazione e di carriera, superamento delle segregazioni, possibilità di conciliazione tra lavoro e vita familiare), comprendendo partecipazione e rappresentanza, accesso e godimento dei diritti sociali, vita civile, evoluzione dei ruoli e superamento degli stereotipi, mentre altri programmi specifici contribuiscono al raggiungimento di questi obiettivi[9].

Da ultimo, contestualmente alla Relazione annuale sulla parità del 2006, presentata dalla Commissione al Consiglio, al Parlamento, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni per illustrare i progressi dell'Unione in materia di parità realizzati nell'anno precedente, la Commissione europea ha stabilito un nuovo percorso strategico quinquennale, la *Road Map*, con il quale rivede la Strategia Quadro 2001-2005 e ribadisce il valore centrale dell'eguaglianza di genere ed il suo perseguimento attraverso i due "circuiti" del *gender mainstreaming*, di cui si dirà nel prossimo paragrafo, e dell'adozione di misure specificamente rivolte alla promozione della parità.

La *Road Map* ha individuato sei settori di intervento prioritari per le politiche di genere per il periodo 2006-2010: quello della realizzazione di una uguale indipendenza economica di uomini e donne, attraverso il conseguimento di un tasso di occupazione femminile del 60%, la riduzione del divario salariale e della segregazione professionale tra

uomini e donne, l'accesso delle lavoratrici e delle imprenditrici ai finanziamenti e alla formazione, nonché una tutela previdenziale e sanitaria adeguata; quello della conciliazione tra vita lavorativa e vita privata; l'uguale partecipazione di uomini e donne nei luoghi decisionali e nelle funzioni dirigenziali soprattutto negli apparati pubblici e nella ricerca; il contrasto alla violenza basata su ragioni di genere e la tratta di esseri umani; l'eliminazione degli stereotipi di genere presenti nella società, a partire dalla educazione e dalla cultura, e la promozione dell'uguaglianza al di fuori dell'Unione Europea.

Infine, nel settembre 2010, la Commissione europea ha adottato la nuova strategia quinquennale per la promozione della parità tra uomini e donne (2010-2015), che traduce i principi introdotti nella Carta delle donne approvata all'inizio del 2010 in linee di azione definite sulla base di cinque priorità: l'economia e il mercato del lavoro, la parità salariale, la parità nei posti di responsabilità, la lotta contro la violenza di genere e la promozione della parità all'esterno dell'Ue.

Guardando alle misure concretamente individuate, si riscontra ancora una certa tendenza a privilegiare l'ambito economico lavorativo, al quale possono essere ricondotti diversi obiettivi: l'incremento dell'occupazione femminile fino ad arrivare al 75% fissato nella strategia Europa 2020, l'aumento dei posti di responsabilità occupati dalle donne nel settore economico, la promozione dell'imprenditorialità femminile e del lavoro autonomo, e l'istituzione di una Giornata europea per la parità salariale, volta a sensibilizzare l'opinione pubblica europea sul fatto che permane in Europa un divario salariale medio del 18% tra donne e uomini.

Nonostante l'estensione delle competenze dell'Unione verso una serie di ambiti delle politiche sociali tra cui quello (generale) della parità di trattamento, operata dal Trattato di Maastricht e in particolare dall'accordo sulla politica sociale di cui al protocollo n. 14[10], e nonostante l'apertura determinata dal Trattato di Amsterdam, che promuove l'integrazione del "fenomeno" delle pari opportunità nel *corpus* delle politiche comunitarie, a prescindere, quindi, dalla adozione di specifiche misure (il *mainstreaming* su cui ci si soffermerà a breve)[11], le pari opportunità nel mercato del lavoro rimangono alla fine dei conti il motore del processo, e il contenuto principale delle norme prodotte a livello europeo, siano esse *binding* o *non-binding*.

Lo stesso Trattato di Amsterdam promuove le pari opportunità nel lavoro introducendo una volta per tutte il principio di eguale retribuzione per il medesimo lavoro o per lavoro di pari valore, e stabilisce che gli Stati membri possano adottare in ambito lavorativo azioni positive a favore del sesso sottorappresentato in un determinato ambito lavorativo, oltre a prevedere la possibilità per il Consiglio di adottare i provvedimenti che ravvisi necessari per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, le disabilità, l'età o gli orientamenti sessuali (art. 13).

L'incidenza sugli ordinamenti statali di tali previsioni, e del *corpus* di diritto derivato che

nel corso degli anni è andato progressivamente formandosi, dando vita ad un vero e proprio diritto europeo del lavoro, sarà valutata nel seguito della trattazione. Può sottolinearsi fin d'ora che la materia della parità e del diritto antidiscriminatorio è tra quelle in cui un certo divario sembra potersi riscontrare tra il (buon) livello di attuazione normativa delle previsioni contenute in strumenti di *hard law* (con alcune differenze tra la materia della parità tra donna e uomo e quella generale del diritto antidiscriminatorio), e la (minore) capacità “armonizzatrice” degli strumenti di *soft law*, ed in particolare del progetto di trasversalità del *gender mainstreaming*, che non in tutti gli ordinamenti statali presenta la stessa forza pervasiva.

Prima di entrare nei profili più specificamente attinenti i temi introdotti, sembra opportuno premettere alcune chiarificazioni definitorie.

La scelta di utilizzare il concetto di “egualianza sessuale” già nel titolo dello scritto, si fonda sull'esigenza di introdurre una espressione che traduca un significato più ampio di quello ricavabile dalla formula dell'egualianza tra donne e uomini, che pure rappresenta il punto di partenza della presente analisi.

L'egualianza sessuale definisce un oggetto/parametro rispetto al quale va definita l'egualianza che comprende non soltanto l'identità sessuale da un punto di vista per così dire fisico-naturalistico, ma anche l'orientamento sessuale, quindi un elemento che “attiene” al sesso ma che si estrinseca in comportamenti. Non è casuale la scelta di non utilizzare invece l'espressione “egualianza di genere” (per lo meno nel titolo, poiché in realtà nel corso della trattazione si farà spesso riferimento a tale nozione, anche per la rilevanza che assume, come diremo, a livello europeo): come si sottolineerà in seguito, infatti, quest'ultima sembra essere intesa secondo una connotazione identitaria e volontaristica come stile di vita e modalità con la quale relazionarsi socialmente. Mentre l'egualianza sessuale può considerarsi concetto comunque attinente alla dimensione sessuale della persona, l'egualianza di genere si riferisce ad una dimensione più ampia, che attiene ad una scelta di impostazione della propria esistenza dal punto di vista sia fisico sia emozionale.

## 2. *Il ruolo del gender mainstreaming nelle politiche per la parità e la natura “flessibile” dello strumento rispetto al sistema delle fonti*

Tradurre in italiano il termine, e il concetto, di *gender mainstreaming* non è semplice.

Il significato dell'espressione è univoco in inglese, dove si evince chiaramente il riferimento alla corrente, al flusso dominante che attraversa tutti i settori delle politiche pubbliche, e che lo fa, nel nostro caso, trasportando in esse l'ottica di genere.

Ma una vera e propria traduzione si rintraccia in effetti soltanto in svedese, dove la parola *jämtegrering*, traduzione di *gender mainstreaming*, si compone di *jämställdhet*, che significa “eguaglianza tra i sessi”, e di *integrering*, che significa integrazione[12].

Non a caso in uno dei primi Rapporti in materia la Commissione per i diritti delle donne e le pari opportunità istituita presso il Parlamento europeo aveva espresso parere negativo circa l'utilizzo del termine *gender mainstreaming*, sostenendo che “il concetto di *mainstreaming* [...] non è forse dei più felici, nella misura in cui rende il concetto fondamentale delle pari opportunità un po' fluido agli occhi degli stessi soggetti che da questo sono interessati. Inoltre, il termine non è di facile comprensione e non è agevole distinguere i differenti elementi che lo compongono”[13].

D'altra parte l'idea di condurre le questioni di genere all'interno dei diversi settori della società è già chiaramente rintracciabile e intesa come strategia globale per la promozione dell'eguaglianza di genere nella Piattaforma d'Azione adottata dalla Quarta Conferenza Mondiale sulle Donne dell'ONU, svoltasi a Pechino nel 1995. Nel 1997 l'ECOSOC (il Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite) definisce così il concetto di *gender mainstreaming* come “un processo di valutazione delle implicazioni per le donne e per gli uomini di ogni intervento che si intenda porre in essere, sia esso da tradurre in legislazione, in politiche o in programmi, in qualsiasi ambito e a qualsiasi livello. E' una strategia che mira a rendere gli interessi e le esperienze delle donne così come degli uomini parte integrante della progettazione, dell'implementazione, del monitoraggio e della valutazione delle politiche e dei programmi di azione, in ogni settore delle sfere politica, economica e sociale, così che donne e uomini possano esserne incisi in eguale misura, e non si protraggano situazioni di diseguaglianza. L'obiettivo ultimo del *mainstreaming* è di conseguire l'eguaglianza di genere”.

L'analisi dei principi che stanno alla base del *mainstreaming* e che ne guidano l'attuazione consente di comprendere le connessioni che si realizzano tra questo tipo di fenomeno e i processi del Metodo Aperto di Coordinamento (MAC).

La responsabilità nell'implementazione della strategia del *mainstreaming* è distribuita tra i vari soggetti del sistema e sono previsti meccanismi di verifica delle responsabilità e di monitoraggio dei progressi e dei risultati conseguiti, sulla base della iniziale identificazione delle questioni e dei problemi, trasversali rispetto alle diverse aree di politiche, rispetto ai quali possono essere evidenziate disparità di genere (nel caso del *gender mainstreaming*, chiaramente). Il *mainstreaming* peraltro non sostituisce lo strumento delle azioni positive, su cui si tornerà in seguito, e che rappresenta l'approccio più “tradizionale” (nel contesto del costituzionalismo contemporaneo) alla rimozione degli ostacoli verso una piena e sostanziale parità[14].

Gli aspetti individuati consentono di leggere una notevole integrazione tra *gender mainstreaming* e MAC, sia con riferimento alla definizione delle responsabilità, poiché il metodo aperto si realizza attraverso la convergenza di attori diversi e la partecipazione di

tutti all'assunzione delle decisioni con meccanismi di legittimazione per così dire "per output"[15] fondati su criteri di partecipazione e di riconoscimento, sia con riferimento alle metodologie di azione, vale a dire agli strumenti utilizzati quali gli indicatori statistici che servono alla comparazione tra le regioni d'Europa nello spirito del riavvicinamento.

Se, come è stato scritto, il metodo aperto rappresenta "un nuovo tipo di *multi-level arrangement* che tende meno alla armonizzazione delle istituzioni e della legislazione che alla armonizzazione delle idee, delle visioni, delle concezioni, della conoscenza e delle norme di azione, allo scopo di ottenere indirizzi convergenti verso una "comune visione politica"[16], il *gender mainstreaming* sembra rivelarsi come una delle possibili forme di coordinamento, capace di incidere sulle politiche e sugli attori nazionali quale "fonte di diritti" che si pone trasversalmente alle diverse "fonti del diritto".

Il problema sta nel fatto che si ravvisa una certa discrasia tra l'effetto di ravvicinamento prodotto dagli strumenti vincolanti della armonizzazione negli ambiti in cui la parità si interseca con il diritto e i diritti del lavoro in senso stretto, e gli spazi in cui la parità dovrebbe essere realizzata dagli Stati attraverso proprie fonti e sulla scia del processo aperto del *mainstreaming*.

Basti pensare che l'Italia, che si colloca al settantaduesimo posto nella graduatoria mondiale, tra gli ultimi posti a livello europeo (fanno peggio soltanto Repubblica Ceca, Cipro, Grecia e Malta), sulla base degli indicatori e dei dati elaborati annualmente dal World Economic Forum con riferimento al Gender Gap, presenta i dati peggiori (un punteggio dello 0,161) proprio nelle *performance* relative all'*empowerment* politico[17], che rappresenta evidentemente il nucleo duro di autonomia e autodeterminazione statale anche nel contesto dell'ordinamento europeo.

L'approccio per così dire *open-texture* che il *gender mainstreaming* propone si sposa invece con un'altra forma di ravvicinamento che ha funzionato come vero e proprio *mainstreaming* trasferendo ad un "intorno" culturalmente e costituzionalmente più ampio la natura vincolante delle regole sulla parità riguardanti settori rientranti nella competenza comunitaria ad adottare atti di *hard law*. Ci si riferisce al ruolo interpretativo esercitato dalla giurisprudenza comunitaria con il quale patrimoni costituzionali nazionali contrastanti con la visione europea della donna e della parità tra generi sono stati progressivamente depotenziati[18] (è il caso dell'Italia, ma non solo), contribuendo ad una progressiva attenuazione delle specificità nazionali.

Si pensa in particolare all'utilizzo delle regole antidiscriminatorie elaborate per l'ambito lavoristico (e in particolare del principio di parità di trattamento come originariamente stabilito all'art. 2, par. 2 e 3, della dir. n. 76/207) al fine della affermazione di una lettura complessiva del ruolo della donna, all'interno e all'esterno del settore economico e del rapporto di lavoro. Paradigmatica la sentenza della Corte di Giustizia del 2000 con la quale venne dichiarato incompatibile con il Trattato in quanto discriminatorio e sproporzionato il divieto per le donne di svolgere mestieri che comportassero l'utilizzo di



armi, fondato su una disposizione del *Grundgesetz*, ma anche la condanna all'Italia del 1997 per la disposizione che prevedeva il divieto di lavoro notturno per le donne, e quella del 1988 alla Francia per le disposizioni che introducevano il permesso di assentarsi dal lavoro per le donne in occasione del primo giorno di scuola del figlio[19]. La portata vincolante del criterio antidiscriminatorio è utilizzata al fine di tradurre il principio di parità nella configurazione di un nuovo *status* costituzionale della donna che sarebbe riduttivo identificare con la realizzazione nel ruolo familiare e materno.

### 3. *Cenni sul rapporto tra diritto europeo e diritto interno nella attuazione del principio di non discriminazione non fondata sul sesso*

#### 3.1. *Le fonti*

La tutela nei confronti delle discriminazioni non fondate sul genere trova una specifica disciplina da parte del diritto europeo, in particolare da parte delle direttive nn.43 e 78 del 2000, il cui fondamento è da rintracciarsi nell'art. 13 TUE (poi divenuto art. 19 TFUE), con il quale è attribuito al Consiglio il potere di adottare “i poteri opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap l'età o le tendenze sessuali”. La norma del Trattato si colloca nel già citato processo di ampliamento della nozione di parità e delle relative tutele segnato con il processo riformatore di Amsterdam, ed anticipa in qualche modo l'approdo che sarà rappresentato dalla Carta di Nizza, che al capo III articolerà una visione multidimensionale dell'eguaglianza, sia dal punto di vista soggettivo, cioè relativo ai destinatari della protezione antidiscriminatoria e quindi agli elementi suscettibili di determinare la qualificazione come discriminatoria di una condotta, sia dal punto di vista del suo concreto atteggiarsi come garanzia formale o sostanziale.

La direttiva 2000/43 si occupa delle discriminazioni fondate sulla razza e sull'origine etnica, mentre la 2000/78 di quelle fondate su convinzioni religiose, filosofiche, ideologiche, sulla disabilità, sull'età e sull'orientamento sessuale. L'individuazione degli elementi che possono essere considerati come “discriminabili” è stata ritenuta dalla Corte di Giustizia tassativa[20], per quanto una sorta di “elemento discriminante privilegiato” possa essere riconosciuto nel sesso, se è vero che già la direttiva 79/7 sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di sicurezza sociale era stata applicata dalla Corte come riferita non soltanto alle discriminazioni fondate sulla appartenenza a un sesso piuttosto che all'altro, ma anche a quelle derivanti da un mutamento di sesso[21], e poi la direttiva 2000/78 viene utilizzata dalla Corte di Giustizia per applicare il divieto di discriminazione alla tutela di lavoratori transessuali[22].

Il contenuto delle direttive è largamente debitore delle prospettive e degli schemi di tutela

originatisi nella disciplina del trattamento paritario di donne e uomini (nel lavoro), e sono rintracciabili in entrambe le direttive le medesime impostazioni ed analoghi strumenti antidiscriminatori[23]. D'altra parte, saranno le direttive del 2000 ad influenzare l'ampliamento della tutela antidiscriminatoria di genere che si realizzerà con la direttiva 2002/73, relativa all'attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale (con cui viene riformulata la 76/207 anche alla luce della giurisprudenza comunitaria nel frattempo formatasi). La direttiva del 2002 fa infatti riferimento alle direttive del 2000 per le definizioni di *discriminazione diretta* e di *discriminazione indiretta*, colonne portanti dell'assetto generale della tutela antidiscriminatoria; rispetto alla prima, peraltro, va notato come la definizione contenuta originariamente nelle direttive del 2000, e poi ripresa in quella del 2002, non trovi una trasposizione pacifica nel diritto interno italiano, tant'è che le differenze nella formulazione del concetto non hanno mancato di sollevare questioni interpretative (su cui si tornerà nel par. 4).

### 3.2. *Le criticità: le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale.*

Tra i vari momenti e atti che hanno segnato le politiche europee antidiscriminatorie certamente la direttiva 2000/78 è quella che presenta maggiori criticità dal punto di vista della sua corretta attuazione all'interno degli ordinamenti nazionali e, dunque, per quanto concerne il processo di ravvicinamento tra le legislazioni.

Particolari criticità, nel nostro sistema, sono state poste con riferimento alle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale: è il decreto legislativo n. 216/2003 che recependo la direttiva assegna per la prima volta rilievo giuridico all'interno del nostro ordinamento al profilo dell'orientamento sessuale.

Infatti il d.lgs. 216/2003 non può ritenersi pienamente attuativo del diritto comunitario se è vero che, come è stato sottolineato[24], vari aspetti della direttiva sono stati diversamente articolati con riferimento ai diversi possibili profili di discriminazione, ed è stata utilizzata una geometria variabile nella applicazione di strumenti e regole della direttiva 2000/43 alle ipotesi disciplinate dalla 2000/78.

Si pensi alla questione dell'onere della prova, alla legittimazione all'azione civile per le organizzazioni non governative, alla eccezione al principio di parità di trattamento – sempre con riferimento all'orientamento sessuale - per quanto riguarda le forze armate, di polizia, penitenziarie e di soccorso, all'assenza di previsioni relative al cosiddetto dialogo sociale, cioè al dialogo con le organizzazioni non governative e con le associazioni, e alla relativa diffusione di informazioni, nonché all'estensione delle competenze degli organismi di parità di cui alla direttiva 2000/43[25]. Altro aspetto in grado di incidere è poi evidentemente quello della applicabilità delle nozioni e delle ipotesi di discriminazione diretta e indiretta in ordinamenti (come il nostro) in cui il tessuto normativo di base, in ambiti che la direttiva non tocca (o non dovrebbe toccare, secondo ad esempio il considerando n. 22, che esclude dall'ambito di applicazione della direttiva le norme

nazionali sullo stato civile e le prestazioni che ne derivano), impedisce a monte la valutazione analogica tipica delle discriminazioni dirette, ma anche che il diritto comunitario possa incidere sull'oggetto in grado di determinare una discriminazione indiretta[26].

### 3.3. *(Segue): l'equiparazione tra "oggetti" della discriminazione*

In questo ambito il problema della (più difficile) armonizzazione sembra derivare dal fatto che l'aspetto della equiparazione, di cui si diceva, non è per la verità del tutto neutro, poiché non può darsi per scontata la legittimità, o per lo meno l'opportunità, di una perfetta equiparazione tra le "categorie" della discriminazione, vale a dire tra i profili discriminatori presi in considerazione. Tale equiparazione è ribadita dalla nuova proposta di direttiva sulla implementazione del principio della parità di trattamento tra persone con riferimento all'appartenenza religiosa, al credo, alla disabilità, all'età e all'orientamento sessuale, che integrerebbe la 2000/78 introducendo un diritto antidiscriminatorio (con riferimento ai profili di discriminazione diversi da quello sessuale) al di fuori del mercato del lavoro, e che peraltro dichiara di voler sposare nell'impostazione e nei contenuti le precedenti direttive concernenti l'ambito lavoristico[27].

L'equiparazione tra profili di discriminazione comporta una evidente incidenza sul versante dei diritti, e il riconoscimento di posizioni soggettive non ugualmente tutelate in tutti gli ordinamenti nazionali. Il caso della tutela avente ad oggetto l'orientamento sessuale risulta particolarmente significativo della tendenza per cui i diritti sembrano essere sempre meno patrimonio costituzionale comune, e sempre più elemento del conflitto costituzionale. In particolare, l'idea è che il terreno dei diritti, tradizionalmente banco di prova e luogo di costruzione dei costituzionalismi per così dire nazionali, ma ad un contempo patrimonio costituzionale unificante nell'orizzonte giuridico europeo, divenga oggi spazio di conflitto tra sistemi (piuttosto che di ravvicinamento tra le legislazioni).

La vicenda delle direttive antidiscriminatorie è significativa: in Italia interviene la legge n. 101/2008 a modificare sotto vari profili i decreti legislativi 215 e 216 che avevano dato attuazione alle direttive del 2000, in seguito alla procedura di infrazione aperta dalla Commissione. Le modifiche sono numerose, soprattutto al decreto legislativo n. 216, e riguardano la nozione di molestie, la definizione dell'onere della prova, gli strumenti di protezione delle vittime di condotte discriminatorie, l'idoneità allo svolgimento del servizio per le forze armate, e i servizi di polizia penitenziari e di soccorso (elemento che, come si è sopra sottolineato, suscitava non poche perplessità con riferimento in particolare all'ipotesi di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale), nonché l'ampliamento della legittimazione ad agire. E anche in altri Paesi la materia del diritto antidiscriminatorio è oggetto di numerose procedure di infrazione per incompleta o scorretta trasposizione del diritto comunitario[28].

Certamente occorre distinguere i casi in cui la mancata o carente trasposizione deriva

dall'impatto economico di obblighi di tutela che, operando nell'ambito del diritto e dei diritti del lavoro, hanno un costo, dai casi in cui la non attuazione del diritto comunitario e il mancato ravvicinamento tra le legislazioni degli Stati membri scaturisce da quel conflitto costituzionale sui diritti di cui sopra.

Come è stato autorevolmente sottolineato, esiste una differenza di fondo tra il modo in cui il principio di eguaglianza viene applicato all'interno di molti ordinamenti nazionali (tra cui sicuramente il nostro), e l'origine dei divieti di discriminazione che conosciamo nell'orizzonte europeo (sia quello comunitario, sia quello convenzionale). Lasciando da parte i casi in cui l'antidiscriminazione si fonda su ragioni di carattere essenzialmente economico (della genesi delle norme in materia di parità nel lavoro abbiamo già detto), tale considerazione si applica in particolare ai casi delle discriminazioni che non si fondano sulla differenza sessuale.

Posto che “all'origine dei divieti di discriminazione c'è una valutazione, non una neutralità del legislatore, e precisamente la valutazione che determinati gruppi meritano speciale protezione e un particolare riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico [...] occorre, allora, fare attenzione ad una possibile confusione concettuale: l'ordinamento giuridico assicura la parità di trattamento non perché vuole essere neutrale (o indifferente) rispetto ad un dato gruppo, ma perché vuole farsi carico delle esigenze di quel gruppo, ritenendolo meritevole di speciale protezione. Lo strumento — il principio di non discriminazione — produce effetti neutralizzanti, ma la sua ratio è un giudizio di valore”. E' evidente che la scelta europea di individuare nell'età, nella disabilità, nell'orientamento sessuale, nel genere inteso nella sua connotazione identitaria e volontaristica come stile di vita e modalità con la quale relazionarsi socialmente, categorie meritevoli di protezione giuridica antidiscriminatoria, non può non essere associata alla volontà di garantire a tali categorie un particolare riconoscimento.[29]

Il diritto antidiscriminatorio per così dire di ultima generazione interseca quindi una apparente tendenza alla neutralizzazione delle differenze che, contrastando con l'idea di eguaglianza-ragionevolezza che conosciamo, impone che tutti i soggetti siano trattati nello stesso modo, con una opzione tanto reale quanto politica che individua in alcuni specifici gruppi *lato sensu* sociali categorie giuridicamente rilevanti e da proteggere. Paradigmatico è il caso dell'orientamento sessuale e del genere inteso come elemento identitario (anche) contrapposto al sesso. Se poi le regole che impediscono la discriminazione che si fondi sul primo possono ancora essere interpretate come *content-oriented* ma non *viewpoint-based*, in quanto paiono volte a proteggere il soggetto dalla discriminazione indipendentemente da quale sia effettivamente il suo orientamento[30], ragionamento diverso vale per il secondo. La stessa scelta di assegnare alla dimensione emozionale e non a quella fisica un ruolo prevalente nella costruzione della identità e nella qualificazione della persona, non pare neutrale ma anzi frutto di una precisa opzione politica e culturale[31].

E' proprio tale attitudine che può rendere conflittuale il dialogo tra legislatori e Corti sui diritti, e tende a complicare il ravvicinamento quando in gioco vi siano diritti e

interpretazione della persona e della società.

#### 4. *La parità tra donna e uomo nel lavoro: tratti generali dell'intervento comunitario e le risposte offerte dalla legislazione nazionale*

L'art. 4, comma 1, della legge n. 125 del 1991, come modificato dal d.lgs. n. 145/2005, definisce la discriminazione diretta come “*qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e comunque il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga*”. Tale provvedimento dà attuazione alla citata direttiva 2002/73, secondo la quale è discriminazione diretta ogni situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto *sia, sia stata o sarebbe* trattata un'altra in una situazione analoga.

Guardando ai tratti generali dell'intervento comunitario in materia di parità uomo-donna si può intanto mettere in evidenza questa discrasia lessicale (e concettuale?) che mostra come nella attuazione del diritto derivato, e quindi nell'*hard law* comunitario, il ravvicinamento tra legislazioni possa passare (anche) attraverso specifiche scelte terminologiche.

Il rilievo dato a questo aspetto deriva dalla centralità che la nozione di discriminazione diretta assume nel diritto antidiscriminatorio comunitario, e in quello nazionale, e dai diversi effetti che i due approcci scelti (dal legislatore europeo e da quello italiano) possono determinare con riferimento ai margini della tutela antidiscriminatoria.

E' evidente che si confrontano una nozione *relativa* e una *assoluta* di discriminazione. La prima si configura attraverso un giudizio comparativo nel quale si prende in considerazione il trattamento offerto in una particolare situazione nei confronti di una persona di un determinato sesso, e si verifica il trattamento offerto *de facto* (contemporaneamente o in passato) ovvero *de jure* (sulla base di una disposizione normativa vigente nell'ordinamento) in una situazione analoga nei confronti di una persona dell'altro sesso. Il giudizio che conduce alla valutazione dell'esistenza di una discriminazione diretta nei confronti di un soggetto assume quindi, nel diritto comunitario tracciato dalla direttiva 2002/73, una dimensione trilatera, paragonabile in qualche modo al giudizio di ragionevolezza come costruito dalla Corte costituzionale italiana[32]. La seconda, utilizzata dal legislatore italiano di recepimento, oggettivizza la discriminazione individuando come discriminatorio qualsiasi atto o comportamento che risulti pregiudizievole per la lavoratrice o per il lavoratore in ragione del suo sesso, e comunque rappresenti un trattamento meno favorevole rispetto a quello di altra lavoratrice o altro lavoratore in una situazione analoga. La definizione sembra eliminare un elemento valutativo dalla constatazione dell'esistenza di una discriminazione, per quanto la

valutazione sembra essere elemento intrinseco della nozione di discriminazione[33]. La valutazione infatti non riguarderebbe più il nesso psicologico tra la condotta del datore di lavoro e l'evento pregiudizievole nei confronti della lavoratrice o del lavoratore, bensì ci si limiterebbe ad una verifica nel nesso funzionale di causalità tra i due momenti[34]. Peraltro il periodo “*e comunque rappresenti un trattamento meno favorevole ...*” è aggiunto dal d.lgs. n. 145/2005 (confluendo poi nel d.lgs. 198/2006, noto come codice delle pari opportunità, e confermato nel d. lgs. n. 5/2010), rispetto alla definizione già adottata nel 1991, e va così a configurare una “forma” di discriminazione diversa rispetto a tutte le altre ipotesi di discriminazione diretta non fondata sul sesso già presenti nell'ordinamento italiano.

Sebbene si sia discusso se la diversa definizione utilizzata nel diritto interno sia tale da originare una nuova definizione di discriminazione, di carattere appunto *assoluto* e tale da non richiedere un giudizio comparativo nella verifica della sussistenza della fattispecie[35], in realtà la giurisprudenza della Corte di Giustizia, dalla quale ancora una volta si è originata la nozione in questione, dimostra l'evidente volontà di considerare la comparazione come lo strumento attraverso il quale addivenire ad un riscontro circa la discriminatorietà di una condotta, se si esclude il caso, “naturalmente” *sui generis*, dei trattamenti giuridici differenziati a causa dello stato di gravidanza, dove evidentemente non sarebbe possibile una comparazione[36]. E applicando il principio dell'interpretazione conforme, in base al quale i giudici nazionali devono interpretare il diritto nazionale (di recepimento) coerentemente con la lettera e il fine proprio della direttiva attuata, il divario dovrebbe ridursi rispetto allo spazio che la lettera delle disposizioni lascerebbe.

La discrasia rimane nel rinnovato dialogo tra legislatore europeo e nazionale.

In particolare, la materia della parità tra lavoratrici e lavoratori è oggetto di un “testo unico” comunitario, che potremmo definire non meramente compilativo, adottato con la direttiva 2006/54: questa fa confluire in un unico testo la disciplina comunitaria relativa alla parità retributiva (dir. 75/117), alla parità nelle condizioni di lavoro (dir. 76/207), alla parità nei regimi professionali e sulla sicurezza sociale (dir. 86/378, modificata nel 1996), e all'onere della prova nelle discriminazioni (dir. 97/80). L'aspetto più interessante della direttiva è che contiene una serie di disposizioni trasversali applicabili a tutti gli ambiti presi in considerazione, tendenzialmente innovative, e che costituiscono proprio l'oggetto del recepimento da parte del legislatore nazionale, il cui obbligo di attuazione è espressamente limitato “alle disposizioni che rappresentano un cambiamento sostanziale rispetto alle direttive precedenti” (art. 33, *Attuazione*).

Tra le disposizioni trasversali ci sono proprio quelle contenenti le definizioni rilevanti, che da un lato confermano l'approccio comparativo alla nozione di discriminazione diretta, dall'altro risolvono una confusione terminologica, questa volta tutta interna al diritto comunitario, che si era determinata in riferimento alla *discriminazione indiretta*.

Infatti l'originaria direttiva 97/80 riguardante l'onere della prova nel caso di

discriminazioni basate sul sesso introduceva una definizione di discriminazione indiretta secondo la quale essa sussiste “quando una posizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri colpiscono una quota nettamente più elevata d’individui d’uno dei due sessi a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano adeguati e necessari e possano essere giustificati da ragioni obiettive non basate sul sesso”. La direttiva del 2002, la cui definizione è ripresa dalla direttiva-testo unico del 2006, stabilisce invece che è discriminazione indiretta quella “situazione nella quale una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso, rispetto a persone dell’altro sesso, a meno che detta disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari”.

La scelta operata da ultimo per la seconda definizione elimina l’ambiguità di quel riferimento alla “quota nettamente più elevata”, in grado peraltro di limitare l’applicazione della nozione senza fornire elementi oggettivi di supporto alla valutazione della sussistenza o meno dell’ipotesi.

Il d.lgs. n. 5/2010, che attua la dir. 2006/54, recepisce fedelmente la definizione relativa alla discriminazione indiretta, mentre permane la discrasia sottolineata con riferimento a quella diretta.

Infine, caratteristica dei citati casi di recepimento, come più in generale dei processi di attuazione del diritto comunitario derivato in Italia, è quella del cronico ritardo nella attuazione delle direttive: da ultimo, il decreto legislativo del 2010 giunge due anni dopo il termine di recepimento “selettivo” indicato dalla direttiva del 2006[37].

Nei paragrafi che seguono si prenderanno in considerazione gli aspetti più rilevanti relativi alla disciplina dei diritti nel lavoro nell’incidenza che questa esercita sulla realizzazione della parità tra donne e uomini, cercando di comprendere se, come e in che misura si sia realizzato negli anni un processo di ravvicinamento tra le legislazioni da questo punto di vista. Si è scelto invece di non affrontare direttamente un altro profilo pur molto rilevante, quello della parità e dei diritti nel contesto lavorativo, rispetto al quale verrebbero in rilievo in particolare le questioni del mobbing e delle molestie di carattere sessuale sul luogo di lavoro.

Un elemento da sottolineare, peraltro, è che in questo settore l’armonizzazione si è realizzata attraverso un processo che da atti di *soft law* (su cui torneremo nell’ultimo paragrafo dello scritto, anche con riferimento al ruolo dei codici di condotta) ha condotto alle previsioni contenute nelle citate direttive 2000/43 e 2000/78 con le quali le molestie vengono ricomprese all’interno delle fattispecie discriminatorie, divengono materia del diritto derivato e di necessaria trasposizione all’interno degli Stati membri[38], e trovano un recepimento essenzialmente fedele all’interno dell’ordinamento italiano.

## 4.1. *Parità e diritti nel lavoro*

### 4.1.1 *La parità retributiva*

Per quanto concerne la parità retributiva il punto di partenza, come sottolineato, è l'art. 157 nn. 1 e 2, del TFUE (l'originario art. 119 TCE). Il principio di parità attualmente contenuto nell'art. 157 si configura come "principio fondamentale dell'ordinamento giuridico" dell'Unione europea, e in qualche modo trae tale connotazione dalla valenza che già l'art. 119, esclusivamente riferito alla parità in ambito retributivo, aveva acquisito nell'interpretazione che ne era stata data di regola e criterio generale di parità[39].

Il principio dal diritto dei Trattati si traduce nel diritto derivato. In primo luogo, il principio della parità di retribuzione fra i lavoratori dei due sessi costituisce l'oggetto della già citata dir. 75/117, che ha introdotto all'interno del sistema del diritto comunitario secondario la materia della parità di trattamento nel lavoro e nell'impiego. Tale direttiva, ormai trasfusa nella dir. 2006/54, ha rafforzato l'efficacia del principio, confermando l'ampio contenuto dei concetti di remunerazione e di discriminazione (art. 1 comma 1); richiedendo la neutralità dei sistemi di classificazione dei lavoratori in ragione del genere (art. 1 comma 2); e imponendo obblighi agli Stati al fine di eliminare le disposizioni legislative, i regolamenti e le convenzioni discriminatorie esistenti (artt. 3 e 4), nonché di garantire l'efficacia del principio attraverso la garanzia dell'accesso dei lavoratori alla tutela giurisdizionale e la tutela contro azioni del datore di lavoro in reazione alla citazione giudiziaria o extra-giudiziaria (artt. 2 e 5).

Inoltre, la Commissione europea ha agito nel corso degli anni al fine di monitorare l'attuazione del principio negli Stati membri, sia attraverso la fissazione e la conseguente verifica delle scadenze imposte per l'adeguamento alle norme comunitarie degli ordinamenti giuridici nazionali, sia attraverso lo svolgimento di procedure di infrazione nei confronti degli Stati, e attraverso forme più "soft" di valutazione e indirizzo, quale in particolare l'approvazione di Codici di condotta, sui quali si tornerà nel par. 5[40].

Nonostante i principi e le regole sancite a livello europeo, il ravvicinamento in questo ambito fatica a trovare piena realizzazione, ed in particolare permangono forti dissonanze tra Paesi, ma in particolare tra Stati membri e ordinamento comunitario, nella concreta attuazione della parità di retribuzione fra lavoratrici e lavoratori che svolgono un lavoro uguale o di pari valore.

La peculiarità in questo ambito è data dal fatto che sembra potersi riscontrare una sorta di "ravvicinamento alla rovescia", nel quale il divario retributivo tra donne e uomini accomuna ordinamenti con caratteristiche politiche, economiche e sociali anche molto diverse tra loro[41].



La ricerca circa il fondamento di tali differenze si è spinta ad individuare fattori oggettivi alla base del fenomeno: in particolare in particolare il più frequente ricorso delle donne al lavoro a tempo parziale nonché la loro più frequente interruzione della carriera lavorativa per ragioni in vario modo legate alla cura della famiglia. Chiaramente tali elementi determinano non soltanto effetti diretti sulla retribuzione, ma anche indiretti, relativi alla minore crescita professionale e di carriera.

Altri fattori oggettivi sarebbero quelli della tendenza alla segregazione del mercato del lavoro in termini di genere: viene constatato infatti un tasso più alto di occupazione femminile in settori di produzione in cui il lavoro è meno valorizzato; e una tendenziale propensione delle donne ad occupare incarichi di minore responsabilità e quindi con un più basso livello di retribuzione[42].

#### *4.1.2. La tutela della lavoratrice madre*

La tutela della lavoratrice madre trae sicuro fondamento in un importante filone giurisprudenziale della Corte di Giustizia che, attraverso la sua capacità di incidere sulle direttive in materia, ha condotto il legislatore comunitario ad apportare integrazioni alla direttiva 2002/73, oggi trasfusa nella direttiva “testo unico” del 2006.

E’ dai principi maturati all’interno della giurisprudenza che si genera la previsione della dir. 2006/54 in cui si ritiene discriminatorio “qualsiasi trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità”, e si afferma il diritto al termine del congedo di “riprendere il proprio lavoro o un posto equivalente secondo termini e condizioni che non le siano meno favorevoli, e a beneficiare di eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro che le sarebbero spettati durante la sua assenza” (art. 2.2, lett. c) e art. 15 della direttiva).

In questo ambito l’adeguamento del diritto italiano alle direttive europee arriva abbastanza tardi, soltanto con il d.lgs. n. 5/2010, come già segnalato attuativo della direttiva del 2006, che inserisce nel c.d. codice delle pari opportunità l’art. 25, comma 2-*bis*, previsione con la quale viene qualificato come discriminazione “ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o di paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell’esercizio dei relativi diritti”.

Assistiamo a questo ritardo nonostante la Corte costituzionale italiana, già a partire dagli anni Sessanta, avesse sottolineato l’importanza della tutela della lavoratrice madre in particolare al fine di liberarla, o almeno renderle meno pressante il “dilemma di dover sacrificare il posto di lavoro per salvaguardare la propria libertà di dar vita ad una nuova famiglia o, viceversa, di dover rinunciare a questo suo fondamentale diritto per evitare la

disoccupazione”[43], ponendo le condizioni essenziali per consentirle di “scegliere liberamente di essere madre, senza che tale sua libertà sia di fatto limitata o condizionata dalla prospettiva di una perdita del proprio reddito lavorativo quale conseguenza della maternità”[44].

Nell’ordinamento italiano, peraltro, le stesse previsioni costituzionali di tutela della maternità e dell’infanzia hanno presto condotto ad una interpretazione degli istituti di tutela della maternità particolarmente estensiva rispetto a due profili: quello relativo alla dimensione soggettiva della gravidanza e della maternità, e quello della *ratio* sottesa agli strumenti di tutela. Sotto il primo profilo, tali istituti sono stati intesi riferirsi non soltanto “agli aspetti strettamente fisici connessi alla gravidanza, quale condizione biologica della donna che richiede particolare protezione (*ex art. 32 Cost.*)”, ma più ampiamente ai “momenti affettivi e relazionali che caratterizzano il rapporto fra la madre e il bambino e che si rivelano fondamentali per lo sviluppo della personalità di quest’ultimo”[45].

Sotto il secondo profilo una estensione significativa è stata realizzata in Italia tra l’altro con la sent. n. 405/2001, con cui la Corte costituzionale ha stabilito che l’ “indennità di maternità debba essere corrisposta anche nelle ipotesi di licenziamento della lavoratrice per colpa grave, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro, che si verifichi durante i periodi di astensione obbligatoria”, ritenendo che “il fondamento della protezione sia sempre più spesso e sempre più nitidamente ricondotto alla maternità in quanto tale e non più, come in passato, solo in quanto collegata allo svolgimento di un’attività lavorativa subordinata”. Secondo la Corte l’esclusione della corresponsione dell’indennità nel caso di licenziamento determinato da colpa grave della lavoratrice violava l’obbligo costituzionale di protezione della maternità sancito dagli artt. 31 e 37 Cost.”.

In questo caso quindi il diritto europeo ha ravvicinato il legislatore nazionale ad una giurisprudenza costituzionale interna che già aveva sottolineato l’esigenza di estendere sia “oggettivamente” sia “soggettivamente” i confini della tutela nei confronti della lavoratrice madre.

#### *4.1.3. I congedi parentali*

L’istituto del congedo parentale (o meglio dei congedi parentali, in quanto l’istituto, le sue forme e i possibili utilizzi presentano diverse sfaccettature) nasce nel contesto europeo con la direttiva del Consiglio n. 96/34.

Questa prevedeva un periodo minimo di congedo parentale di 3 mesi, accordabile a tempo parziale, frammentato o nella forma di un credito di tempo, subordinato ad una

determinata anzianità lavorativa e rinviabile per giustificati motivi attinenti al funzionamento dell'impresa. La direttiva lasciava all'autonomo apprezzamento statale la definizione dell'età del figlio o della figlia entro la quale un genitore può utilizzare i congedi parentali: da un minimo di 3 anni a un massimo di 8. Il congedo parentale è un diritto riconosciuto a tutti i lavoratori, indipendentemente dal sesso, e si applica indifferentemente nel caso di nascita ovvero di adozione del bambino o della bambina. La direttiva rimanda agli stati non soltanto la determinazione dei tempi entro i quali il genitore può utilizzare lo strumento, ma anche le modalità di applicazione (vale a dire ad esempio la possibilità di usufruirne soltanto a tempo pieno oppure anche a tempo parziale), i presupposti soggettivi per l'esercizio del diritto, le condizioni di accesso, l'obbligo di preavviso per l'esercizio, le ragioni sulla base delle quali il datore di lavoro può rinviare, senza comunque in nessun caso negare, l'autorizzazione dell'esercizio del diritto, nonché "le misure necessarie per proteggere i lavoratori dal licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo"[46].

L'attuazione del diritto comunitario sui congedi parentali è particolarmente significativa nello studio del fenomeno di ravvicinamento tra legislazioni, e consente una lettura comparatistica abbastanza precisa trattandosi di istituto, per così dire, di particolare concretezza[47].

Volendo anticipare fin d'ora l'esito dell'analisi si può dire che dalle legislazioni nazionali emergono differenze anche significative, che mostrano come su questioni rispetto alle quali non risultano indifferenti i contesti culturali e sociali nei quali deve svilupparsi la regolazione anche l'armonizzazione vera e propria, quella che si ottiene con atti vincolanti, procedure di infrazione, *hard law* e "*hard case-law*", deve fare i conti con un necessario *margin* di apprezzamento che lo stesso diritto europeo arriva a disegnare attraverso l'allargamento delle maglie del suo intervento precettivo.

In Italia, la legge n. 53/2000 (ormai confluita nel testo unico sulla maternità e la paternità adottato con il d. lgs. n. 151/2001) attua la normativa comunitaria trasformando in maniera significativa l'istituto dei congedi parentali pur già conosciuto all'interno dell'ordinamento.

Il diritto al congedo diviene infatti diritto soggettivo individuale, e viene esteso a dieci mesi, usufruibile per non più di sei mesi da ognuno dei genitori, con la previsione di un incentivo all'utilizzo da parte del padre[48], e si prevede che possa essere usato anche in modo frazionato entro i primi otto anni di vita del bambino.

Durante il periodo di congedo viene corrisposta una indennità pari al 30% della retribuzione entro i primi sei mesi di vita del bambino. La traduzione del principio di parità, da cui prendiamo le mosse nelle presenti considerazioni, si realizza in particolare nel tentativo di rendere l'istituto fruibile pressoché nella stessa misura dalla madre e dal padre[49], ma in realtà secondo le rilevazioni compiute a seguito dell'approvazione della legge del 2000[50] il numero dei padri che usufruiscono del congedo è ancora molto

limitato, per non dire trascurabile: dato da leggere almeno in parte in sistema con quanto già sottolineato con riferimento alla parità retributiva.

In Spagna bisogna attendere una legge organica nel 2007 per vedere introdotte alcune innovazioni nel senso di una attuazione del principio di parità tra donne e uomini. Vengono infatti previsti il diritto per il padre di assentarsi per due giorni dal lavoro alla nascita del figlio mantenendo la retribuzione, un congedo di paternità retribuito della durata di 13 giorni e la possibilità per il padre di utilizzare, in accordo con la madre e in sua sostituzione, il congedo di maternità ed i permessi di allattamento[51]. Si assiste inoltre ad una significativa equiparazione tra lavoratori dipendenti e lavoratori autonomi, elemento che sembra mettere in evidenza la progressiva qualificazione del diritto al congedo parentale come vero e proprio diritto di cittadinanza, non strettamente connesso alla specifica posizione lavorativa del suo titolare.

Molto diversa è la situazione francese, ancora una volta per ragioni da ascrivere soprattutto ad un differente contesto sociale e culturale. A partire da una base normativa caratterizzata da neutralità, vale a dire da una sostanziale indifferenza di genere nel trattamento dei congedi parentali, l'effettivo utilizzo dei congedi è pressoché esclusivamente femminile, ed anzi l'ampia congerie di strumenti messi a disposizione dalla normativa vigente tende a segregare lavorativamente le donne piuttosto che a promuovere la condivisione del lavoro di cura tra i generi. Tutto questo sembra dipendere molto dall'obiettivo che sta alla base delle scelte legislative, e che in Francia si può sintetizzare nel sostegno alla natalità. La legislazione peraltro è integrata in misura significativa dalla contrattazione aziendale[52].

Particolarmente frammentata è la situazione in Inghilterra[53], dove esiste una legislazione fatta di misure di conciliazione di carattere neutro, come i congedi parentali, ma a partire dal 2002 si introduce tramite *statute law* un diritto espressamente legato alla paternità. La legge prevede infatti il diritto fino a due settimane di congedo, a prescindere dalla presenza di una madre che goda dello stesso diritto, quindi anche in caso di adozioni da parte di coppie dello stesso sesso. C'è poi un congedo parentale aggiuntivo fino a 26 settimane nel caso in cui la madre non ne usufruisca o se ne avvalga solo in parte. La situazione inglese è poi caratterizzata dalla presenza molto articolata di accordi, ad esempio per ciò che attiene l'orario di lavoro, definiti solo in ambito aziendale.

Può essere peraltro utile guardare ad esperienze, come quelle dei Paesi nordici, distanti per contesto culturale e sociale da quelle proprie di ordinamenti come il nostro, per comprendere come l'armonizzazione in questo campo sia talmente segnata da fattori extra-giuridici da rendere gli strumenti di *hard law* non del tutto efficaci nell'opera di ravvicinamento[54].

In Svezia il congedo parentale è un diritto individuale che può essere preso fino agli 8 anni di vita del bambino. Ogni genitore ha diritto a 60 giorni, a cui si aggiungono altri 360 giorni divisibili tra i partner. L'indennità è pari all'80% dello stipendio per 360 giorni, e

per il resto è previsto un contributo *flat rate*[55]. In Danimarca il congedo può essere preso per 32 settimane per ciascun genitore fino ai 9 anni di vita del bambino con indennità pari al 90% della retribuzione, e varie forme di flessibilità di fruizione dei congedi.

In Olanda consiste in 3 mesi a tempo pieno o 6 mesi *part time* per ciascun partner fino agli 8 anni di vita del bambino; pur non essendo prevista dalla legge alcuna indennità intervengono i contratti collettivi a prevedere una piena retribuzione durante i periodi di congedo.

La disciplina comunitaria sull'istituto del congedo parentale è giunta ad un punto di svolta tra il 2009 e il 2010. Nel 2009 è stato approvato un accordo quadro tra le parti sociali europee con l'obiettivo di rafforzare la portata delle disposizioni in materia in modo tale da risultare più stringente la trasposizione negli ordinamenti nazionali, considerata da anni inadeguata e dalle maglie troppo larghe[56]. Nel 2010 la direttiva 2010/18 ha disposto l'abrogazione della dir. 96/34 a partire dall'8 marzo 2012.

Si tratta allora di attendere le risposte dei legislatori nazionali alle nuove previsioni europee riguardanti in particolare l'intrasferibilità di almeno un mese su quattro del congedo da uno all'altro genitore, la facilitazione del rientro al lavoro dopo il godimento del congedo grazie a richieste di cambiamento temporaneo dell'orario o riassetto dell'organizzazione del lavoro, il mantenimento dei contatti tra datore di lavoro e lavoratore o lavoratrice durante il periodo di fruizione del congedo.

##### 5. *Qualche considerazione conclusiva sul ruolo di autonormazione (etica) e soft law*

In conclusione del contributo si è scelto di dedicare poche considerazioni al ruolo che nella "materia" della parità tra donne e uomini, con particolare riferimento all'ambito del lavoro, esercitano le fonti della c.d. "autonormazione", ovvero della normazione etica. Si tratta insomma di tutti quegli atti, sicuramente rientranti nella categoria della *soft law*, che intendono agire sulle condotte personali (si tratti, evidentemente, di persone fisiche o di soggetti giuridici) attraverso lo strumento della persuasione, della condivisione, dello stigma comunitario che si realizza nella qualificazione pubblica di un comportamento come "giusto" o "sbagliato" rispetto ai valori che la comunità stessa decide di assumere a riferimento.

In particolare, l'autonormazione etica è stata recentemente definita come il processo che si sviluppa grazie alla adozione da parte di una categoria pubblica o privata, o di una

istituzione, di regole concernenti la condotta dei propri appartenenti (quelle che nei sistemi di *common law* vengono definiti *moral standards*), caratterizzate per essere a priori concordate e quindi tendenzialmente osservate almeno da coloro che le hanno poste e accettate[57].

Senza potersi qui soffermare sulla genesi e le matrici che si pongono alla base del tipo di fonte che riconosciamo in una varietà di indicazioni nominali (codici etici, codici di condotta, codici di comportamento, codici deontologici ... )[58], vale sottolineare come tale terminologia, e, almeno in parte, l'approccio ad essa sotteso, siano propri anche dell'ambito preso in considerazione in questo scritto.

In materia di pari opportunità e dei diritti a queste correlate le istituzioni dell'Unione Europea hanno infatti approvato, in funzione di *enforcement* del processo di armonizzazione realizzato tramite le direttive, una serie di raccomandazioni, di risoluzioni, ma anche di veri e propri codici deontologici, riconducibili all'ambito della (auto)normazione etica pure con le differenze che si indicheranno.

In particolare, possiamo ricordare la Raccomandazione della Commissione europea sulle azioni positive approvata nel 1984 (il primo atto di questo tipo rilevante nel settore in esame), con la quale viene richiesta la promozione di interventi specificamente tesi a favorire le donne al fine di giungere al superamento di tutte le forme di discriminazione in campo lavorativo e alla realizzazione di una effettiva eguaglianza nelle opportunità. E' sostanzialmente su questa raccomandazione che si fonda la legge n. 125/1990 approvata in Italia in materia di azioni positive. E' questo un esempio di ravvicinamento realizzato attraverso un atto tipico della *soft law*.

Ma il profilo etico della *soft law* trova una traduzione più lineare nella Raccomandazione del 1991 della Commissione in materia di molestie sessuali sul lavoro, alla quale viene affiancato proprio un codice di buona condotta. La raccomandazione sollecita gli Stati membri (all'epoca quindici) ad adottare provvedimenti volti ad eliminare gli atti di umiliazione e di intimidazione sessuale che interessano normalmente i soggetti più "deboli", quali le donne divorziate o separate, le giovani al primo impiego o con contratti di lavoro precari, ma anche categorie per così dire "minoritarie" quali disabili, omosessuali e appartenenti a minoranze etniche. Il codice di buona condotta, che accompagna e integra la raccomandazione (assumendone quindi la medesima natura normativa), si propone una valenza ed una capacità prescrittiva (*rectius* orientativa) orizzontale, rivolgendosi ad imprenditori, sindacati e lavoratori al fine di prevenire le molestie sessuali e garantire l'attuazione rapida di procedure di controllo e di sanzione delle stesse.

Il codice di buona condotta sulle molestie sessuali può essere accostato al codice di condotta approvato nel 1996, mediante una Comunicazione della Commissione europea, per l'applicazione della parità retributiva tra uomini e donne per lavori di pari valore, e, rivolgendosi ad imprese e *partners* sociali, propone alle parti l'adozione, su base

volontaria, di interventi di monitoraggio delle retribuzioni per identificare le cause delle discriminazioni salariali e definire piani di azione per rimuoverle.

La *soft law* in materia comprende poi, accanto a tali codici, una serie di altri atti (raccomandazioni e risoluzioni in particolare), che contribuiscono a definire la politica europea della parità[59].

Ma qualche ulteriore parola va spesa circa la scelta di intervenire con due codici di condotta nei due ambiti che in qualche modo riassumono l'ambivalenza delle politiche in materia di parità e lavoro: quello della parità e dei diritti nel lavoro, e quello della parità *sub specie* di tutela della persona nel contesto lavorativo (rappresentato dalla lotta nei confronti delle molestie).

Ci si potrebbe interrogare sul senso di assimilare questo tipo di interventi a processi di autonormazione etica dove, si evince chiaramente dall'utilizzo del termine stesso *autonormazione*, soggetto regolatore e individui destinatari delle regole normalmente si identificano in un rapporto di immedesimazione organica, in senso tecnico o meno.

Nel caso in esame il soggetto che elabora le norme etiche sono le istituzioni comunitarie, mentre saranno chiamati ad applicarle soggetti (fisici e giuridici) diversi da queste.

D'altra parte, da un lato il processo di condivisione che conduce alla elaborazione di questo tipo di regole, e che accomuna la normazione etica alla *soft law* più in generale, d'altro lato la presenza anche in esperienze di diritto statale, tra cui proprio quella italiana, di codici deontologici di tipo quasi eteronomo[60], consentono di rintracciare nei codici di condotta europei quel modello di *ethical self-regulation* che sembra diffondersi in molti ambiti, tra cui non ultimo quello delle relazioni e delle discriminazioni che si realizzano nel contesto lavorativo.

E' difficile valutare quale sia il ruolo di tali norme nello sviluppo del processo di ravvicinamento in materia di parità nei diritti e di tutela nel contesto lavorativo. Certamente lo sviluppo a livello europeo di nozioni come quella di molestie sessuali (e no) negli ambienti di lavoro ha fortemente influenzato la produzione, all'interno degli ordinamenti statali, di forme di autoregolamentazione dotate di gradi diversi di efficacia e di vincolatività etico-sociale; tale sviluppo ha a sua volta tratto origine da esperienze extra-europee quali in particolare quelle degli Stati Uniti, del Canada, dell'Australia[61]. Oggi gran parte delle amministrazioni pubbliche e delle Università sono dotate di codici di condotta contro le molestie sessuali (e il *mobbing*), e anche molti datori di lavoro privati, attenendosi alla forza orizzontale che anche il codice comunitario intendeva esercitare, hanno nel corso degli anni adottato codici in materia.

Emerge così la capacità integrativa che non soltanto la *soft law* intesa in senso ampio, ma anche il più specifico fenomeno della produzione di norme etiche e di condotta, è in grado, almeno potenzialmente, di esercitare nel processo di ravvicinamento delle politiche

nazionali a quelle europee, e di “armonizzazione” degli obiettivi e degli oggetti di tutela, nonché degli strumenti con i quali garantirla.

Il “potenzialmente” è d’obbligo, se è vero, come si è sottolineato già all’inizio dello scritto, che l’esame del rapporto tra diritto europeo e diritto nazionale mostra nella zona di intersezione tra parità e lavoro un duplice dislivello: sia tra oggetti del diritto antidiscriminatorio, sia tra le sue fonti.

[1] Sembra di particolare interesse valutare questo aspetto se si considera, come è stato sottolineato, la “rilevanza costituzionale rivestita dai temi afferenti alle relazioni tra uomini e donne e su come proprio nel processo europeo di integrazione il forgiarsi di una visione di questi rapporti, nel suo insieme caratteristica e innovatrice rispetto alle tradizioni nazionali, abbia rappresentato una delle più solide dimostrazioni della capacità dell’Europa di produrre idee costituzionali, e, allo stesso tempo, del modo peculiare in cui nel processo europeo idee costituzionali, per tali intendendo idee strutturanti e orientative, che si forniscono di una legittimazione e raggiungono una effettività diffusa, si sono venute formando”, cfr. S. Niccolai, *I rapporti di genere nella costruzione costituzionale europea. Spunti a partire dal metodo aperto di coordinamento*, in *Politica del diritto*, n. 4/2006, spec. p. 575. Secondo questo tipo di interpretazione l’influenza delle politiche comunitarie su quelle nazionali non si limita ad un’opera di valorizzazione del ruolo, della presenza, dei diritti e delle libertà delle donne nei diversi contesti nazionali (cfr. *ex aliis* A. Donà, *Le pari opportunità. Condizione femminile in Italia e integrazione europea*, Bari, Laterza, 2006), ma costruisce un vero e proprio filone, se non tra i più caratterizzanti, del costituzionalismo europeo (si veda anche, richiamato da Niccolai, J. Shaw, *The European Union and Gender Mainstreaming: Constitutionally embedded or Comprehensively Marginalised?*, in *Journal of European Public Policy*, 2002, p. 213 ss.).

[2] Cfr. COM(2010)78. *Maggiore impegno verso la parità tra donne e uomini. Carta per le donne*. Dichiarazione della Commissione europea in occasione della giornata internazionale della donna 2010 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° anniversario della Convenzione dell'ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne.

[3] Per quest’ultimo aspetto la Commissione fa riferimento in particolare alla direttiva 2004/113/CE del Consiglio, che applica il principio della parità di trattamento tra donne e uomini nell’accesso ai beni e servizi e nella fornitura di beni e servizi.



[4] Si veda, sull'art. 119 nella sua formulazione originaria E. Vogel-Polsky, *L'article 119 du Traité de Rome peut-il-etre considéré comme self-executing?*, in *Journal des tribunaux*, 1967, spec. p. 233 ss.

[5] Si vedano in particolare la Convenzione OIL n. 100 (art.2, comma I) "Ogni membro deve assicurare, con mezzi adatti ai metodi in uso per la fissazione delle tariffe salariali, l'applicazione del principio della parità retributiva fra la manodopera maschile e quella femminile a parità di lavoro", e la Convenzione OIL n. 111 la quale stabilisce che "ogni paese membro dell'organizzazione, è tenuto a predisporre e ad applicare, con leggi e pratiche adeguate, una politica tendente a promuovere la parità di possibilità e di trattamento in materia di impiego e di professione basata sulla razza, il colore, il sesso, la religione, l'opinione pubblica, l'ascendenza nazionale e l'origine sociale".

[6] Si fa riferimento in particolare alla dir. 75/117 del Consiglio 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, alla dir. 76/207 del Consiglio relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro, e alla dir. 79/7 del Consiglio relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale.

[7] Raccomandazione 84/635 del Consiglio sulla promozione di azioni positive a favore delle donne.

[8] Sul metodo aperto di coordinamento si veda, *ex aliis*, G. Martinico, *L'impatto del metodo aperto di coordinamento sulla "forma di Unione"*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2009, p. 625 ss.; per una panoramica generale cfr. C. Radaelli, *The Open Method of Co-ordination. A new governance architecture for the European Union?*, Swedish Institute for European Policy Studies, Stoccolma, 2003.

[9] E' il caso di quello per la Promozione delle organizzazioni attive nel campo dell'uguaglianza di genere, finanziato dal 2004 al 2006.

[10] Sulla base di tale Accordo, 14 Stati membri danno attuazione a quattro direttive: la direttiva del Consiglio 96/34 concernente l'accordo quadro sul congedo parentale (dopo che per diversi anni era rimasta giacente al Consiglio una proposta relativa all'istituto), la direttiva del Consiglio 97/80 riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso e la direttiva del Consiglio 97/81 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale.

[11] L'art. 3 del Trattato di Amsterdam del 1997 prevede che "... L'azione della Comunità a norma del presente articolo mira a eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne".

[12] Per tale considerazione si veda S. Jacquot, *L'action publique communautaire et ses instruments. La politique d'égalité entre les femme et les hommes à l'épreuve du gender mainstreaming*, thèse doctorale, Doctorat de Science Politique, Ecole doctorale de Science Po, Institut d'Etudes Politiques de Paris, 2006.

[13] Parlamento europeo, Rapporto sulla comunicazione della Commissione intitolata "Integrare le pari opportunità tra donne e uomini nel complesso delle politiche e delle azioni comunitarie – *mainstreaming*" (COM(96) 67 finale). Commissione per i diritti della donna. Rapporteur: Angela Kokkola, 18 luglio 1997.

[14] Cfr. EQUAL Guide on Gender Mainstreaming, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2004.

[15] Per l'espressione, con riferimento all'Europa, cfr. F. W. Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford University Press, 1999.

[16] Cfr. S. Nicolai, *I rapporti di genere nella costruzione costituzionale europea. Spunti a partire dal metodo aperto di coordinamento*, cit., p. 583, e sul punto in particolare si veda inoltre P. Pochet, *The OMC and the Construction of Social Europe*, e C. Knill – D.

Lehmkuhl, *How Europe matters: Different mechanism of Europeanisation*, in *European Integration on line Papers* (ElioP), vol. 3, n. 7/1999.

[17] Cfr. World Economic Forum, 2009, p. 117. Per un commento su questi dati si veda tra gli altri S. Cervia, *Genere e partecipazione nella prospettiva europea*, in R. Biancheri, *Il genere della partecipazione. Come promuovere la cittadinanza attiva delle donne*, Pisa, Edizioni Plus, 2010, p. 257 ss.

[18] Cfr. S. Niccolai, cit., spec. p. 596 ss.

[19] Si fa riferimento a C-285/98, decisa nel 2000 (il c.d. caso *Tanja Kreil*), a C-207/96, deciso nel 1997, e a C-312/1986, deciso nel 1988. Molto commentato il caso Kreil, si veda E. Radighieri, *Donne e esercito: la visione della Corte di Giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 4/2000, p. 821 ss., e E. Di Salvatore, *Forze armate e libertà di lavoro delle donne, tra diritto comunitario e Grundgesetz: il caso Kreil*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2000, p. 767 ss. Il caso riguardava in particolare una giovane diplomata aspirante ad un posto di lavoro presso le forze armate tedesche, la cui richiesta veniva respinta in forza dell'articolo 12 a, c. 4, II, della Costituzione tedesca, in base al quale non è permesso a una donna di prestare servizio militare con le armi. Fino alla sentenza Kreil le donne erano infatti ammesse nell'esercito soltanto come volontarie a tempo limitato nel servizio sanitario o in un corpo musicale. In realtà l'art. 3 della legge del 1975 sui diritti e doveri dei soldati, utilizzava una formula generica di garanzia dell'eguaglianza di opportunità prevedendo che l'appartenente all'esercito deve essere assunto secondo criteri essenzialmente meritocratici e "senza distinzione di sesso, razza, religione, opinioni politiche e condizioni sociali", riprendendo così i divieti di discriminazione di cui all'art. 3, c. 3, del Grundgesetz, peraltro identici a quelli che conosciamo nell'art. 3, c. 1 della Cost. italiana. La Kreil presentava ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo competente territorialmente, il quale chiedeva alla Corte di Giustizia una pronuncia in via pregiudiziale sulla compatibilità della norma costituzionale tedesca (l'art. 12 a) con la direttiva 76/207.

Nelle osservazioni svolte alla vigilia della pronuncia della Corte di Giustizia veniva autorevolmente messo in luce come nel caso in questione il principio di parità di trattamento era invocato in un settore, quello dell'organizzazione delle Forze Armate, tradizionalmente caratterizzante il nucleo duro delle funzioni che definiscono la sovranità statale. E proprio su questo aspetto, e sulla relativa competenza degli stati membri, il governo tedesco fondava la difesa della norma costituzionale la cui compatibilità comunitaria era messa in discussione (cfr. E. Denninger, *I diritti fondamentali nel quadro*

dell'Unione Europea , in S.P. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milano, 2002). D'altra parte, il profilo interessante nel caso sta proprio nel fatto che l'interpretazione della Corte di Giustizia in qualche modo scardina l'assetto delle competenze, per trasfondere il principio di parità di trattamento, proprio del diritto derivato, in una interpretazione generale del ruolo della donna nella società, che si impone con la forza del vincolo giuridico all'interno di un contesto costituzionale nazionale. Sugli effetti della sentenza Kreil dal punto di vista dell'organizzazione dell'esercito e della percezione del ruolo femminile in ambito militare, cfr. G. Kümmel, *Complete Access: Women in the Bundeswehr and Male Ambivalence*, in *Armed Forces & Society Summer*, 28/2002, p. 555 ss.

[20] Cfr. Corte di Giustizia, 11 luglio 2006, C-13/05, con la quale la Corte esclude che il divieto di discriminazione sulla base dell'handicap possa essere interpretato analogicamente per ritenere esistente un divieto di discriminazione del lavoratore per malattia, su cui si veda la nota di M. Vizioli, *Malattia e handicap di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2007, p. 221 ss.

[21] Cfr. L. Panaiotti, *Il diritto antidiscriminatorio di genere al vaglio della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 4/2006, p. 765 ss.

[22] Si vedano i casi e i relativi commenti citati da M. Roccella - T. Treu, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2012, p. 343 ss., e in particolare C-117/01, del 2004, C-423/2004 del 2006. Nella prima sentenza in realtà la Corte di giustizia si pronuncia su una questione pregiudiziale sollevata dalla Court od Appeal britannica, relativa all'interpretazione dell'art.141 CE, sul divieto di discriminazioni fondate sul sesso, e della direttiva 75/117, sulla parità di retribuzione, affermando la contrarietà all'ordinamento comunitario della legislazione britannica che, negando ai transessuali il diritto di contrarre matrimonio conformemente al sesso acquisito grazie al mutamento, impedisce ad una coppia di soddisfare quella condizione di matrimonio che risulta necessaria per il godimento di un elemento della retribuzione dell'altro; spetterà poi al giudice nazionale verificare che il soggetto possa chiedere, sulla base dell'art 141 CE, il riconoscimento del diritto di far beneficiare il proprio convivente di una pensione di reversibilità. Cfr. L. Trucco, *Transessuali e Regno Unito: anche la Corte di Giustizia censura i britannici*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2004, p. 824 ss. Sull'evoluzione della giurisprudenza comunitaria rispetto alla nozione di discriminazione sessuale e le applicazioni a persone transessuali, cfr. M. Bell, *Shifting conceptions of sexual discrimination at the Court of Justice: from P. v. S. to Grant v. SWT*, in *European Law Journal*, 5/1999, 1, p. 63 ss.

[23] Per un commento delle direttive, P. Chieco, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2002, I, p. 75 ss.; M. Vizioli, *Il diritto comunitario tra principio di non discriminazione e tutela delle differenze*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, n. 3/2004, p. 953 ss., e, per una analisi delle misure assunte con riferimento ai diversi profili di discriminazione, cfr. M. Barbera ( a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2007.

[24] Cffr. S. Fabeni – M.G. Toniollo, *L'attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, Ediesse, 2005.

[25] Alcuni Stati membri (Belgio, Cipro, Svezia, Irlanda e Paesi Bassi) sono andati al di là delle prescrizioni della direttiva 2000/43 ed hanno istituito organismi per la promozione della parità di trattamento che si occupano di tutte le cause di discriminazione coperte dalla normativa europea antidiscriminazione e/o di strumenti più generali per la protezione dei diritti umani, come segnalato nella **Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo sull'applicazione della direttiva 2000/43/CE del 29 giugno 2000 (COM/2006/0643)**.

[26] E la Corte di Giustizia interviene secondo criteri sostanzialistici di attenzione al risultato di rimozione della discriminazione e di garanzia della parità di trattamento, ma senza intaccare le caratteristiche proprie degli strumenti di regolazione dei rapporti personali all'interno dell'ordinamento statale di riferimento. Significativi i casi Maruko e Romer, su cui v. M. Bonini Baraldi, *La pensione di reversibilità al convivente dello stesso sesso: prima applicazione della direttiva 2000/78/CE in materia di discriminazione basata sull'orientamento sessuale*, in *Famiglia e diritto*, n. 7/2008, p. 660 ss.; G. Picarella, *Le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: dal caso P. alla sentenza Romer*, in *Rivista Italiana del Diritto del Lavoro*, n. 4/2011, p. 1325 ss., e S. Ninatti, *Il caso Romer: limiti di materia, principio di uguaglianza o tutela di diritti?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2011, p. 693 ss.

[27] Si tratta della proposta presentata dalla Commissione COM(2008)426, che è attualmente in discussione al Consiglio.

Alcune critiche sono già state mosse alla proposta, in particolare sul fronte della tutela

antidiscriminatoria a favore delle persone disabili, che secondo alcuni sarebbe ancora fortemente influenzata dall'originario approccio europeo al diritto antidiscriminatorio, fondato sulle ragioni della concorrenza e del mercato. In particolare ancora troppa tolleranza vi sarebbe nei confronti delle discriminazioni indirette, ed eccessivo affidamento sarebbe posto sulla dimensione formale dell'eguaglianza, secondo una visione tesa a ricondurre alle azioni positive, e a tutte le misure "sostanzialmente egualitarie", un carattere economicamente irrazionale. Cfr. C. O'Brien, *Equality's False Summits: New Varieties of Disability Discrimination, "Excessive" Equal Treatment and Economically Constricted Horizons*, in *European Law Review*, 1, 2011. D'altra parte, con riferimento alle azioni positive, è la stessa proposta, all'art. 5, la quale, pur affermando la necessità (in alcuni casi) di porre in essere specifiche misure volte a prevenire e correggere situazioni di diseguaglianza, ricorda che gli Stati Membri hanno prassi e tradizioni diverse con riferimento alle azioni positive, e per questa ragione la direttiva non potrebbe renderle obbligatorie per gli Stati stessi.

Non c'è dubbio che già nella direttiva 2000/78 l'impostazione "debole" risultava evidente dalla previsione per cui gli Stati membri avrebbero dovuto adottare "soluzioni ragionevoli" nel prescrivere ai datori di lavoro l'assunzione di "provvedimenti adeguati" per l'offerta di opportunità di formazione e lavoro alle persone disabili, ferma restando la valutazione di un eventuale "onere finanziario sproporzionato" in capo al datore di lavoro stesso.

Una "debolezza", e soprattutto una ambiguità terminologica (tra ragionevolezza e appropriatezza il margine di discrezionalità sembra potersi dilatare a dismisura), che hanno determinato il procedimento di infrazione IP109/1620 avviato nell'aprile 2011 nei confronti dell'Italia che nel d.lgs. n. 216/2003 non ha introdotto "una norma generale che imponga al datore di lavoro di prevedere soluzioni ragionevoli per i portatori di qualunque tipo di disabilità e per tutti gli aspetti dell'occupazione".

Per altro verso sempre l'Italia già con il recepimento della direttiva 2000/78 aveva accordato alla persona disabile una particolare tutela in sede giurisdizionale con la possibilità di avvalersi della azione civile contro la discriminazione prevista all'art. 44 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, ma ne aveva limitato l'esperibilità soltanto ai comportamenti discriminatori posti in essere nei luoghi di lavoro, poiché soltanto alle discriminazioni in ambito lavorativo faceva riferimento la direttiva; in seguito la legge 67/2006 fa venir meno questo limite, estendendo la tutela giurisdizionale a tutti i comportamenti discriminatori, ovunque posti in essere, e prevedendo peraltro una particolare legittimazione ad agire delle associazioni ed enti, aventi finalità di tutela delle persone disabili, appositamente individuati con decreto del Ministro per le pari opportunità, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali. Sulla disciplina delle discriminazioni basate sulla disabilità, cfr. M. Barbera, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 77 ss. Per una riflessione sull'evoluzione delle politiche

europee per l'integrazione lavorativa dei disabili si vedano in generale gli scritti di Lisa Waddington, massima esperta in Europa di quello che si suole oggi definire come *disability law*, e in particolare L. Waddington, *Reassessing the employment of people with disabilities in Europe: from quotas to anti-discrimination laws*, in *Comparative Labour Law Journal*, 18/1996-1997, p. 62 ss.

[28] Cfr. M. Roccella – T. Treu, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., p. 351, in cui si riferisce che una decina di Paesi europei oltre all'Italia sono stati condannati per inadempimento da parte della Corte di Giustizia, tra cui la Francia.

[29] Cfr. M. Cartabia, *Riflessioni in tema di eguaglianza e non discriminazione*, in M. D'Amico – B. Randazzo (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, spec. p. 415 ss. E' di Marta Cartabia lo spunto che qui si riprende circa il passaggio da una dimensione dei diritti come patrimonio comune ad una lettura tendenzialmente conflittuale degli stessi, che emerge da M. Cartabia (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2011.

[30] Chiarendo: oggi l'orientamento sessuale maggioritario è quello eterosessuale ma domani potrebbe essere quello omosessuale e forse un eterosessuale potrebbe beneficiare della protezione offerta dal diritto antidiscriminatorio.

[31] M. Cartabia, *Riflessioni in tema di eguaglianza e non discriminazione*, cit., spec. p. 420 ss.

[32] La declinazione trilatera certamente non esaurisce ora, non esauriva neppure in passato il giudizio di ragionevolezza per come applicato dalla Corte costituzionale italiana, ed è in ogni caso più tipico di una fase non recentissima dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul principio di eguaglianza. In ogni caso non sembra necessario in questa sede richiamare l'ampia dottrina esistente sulla ragionevolezza come criterio ordinatore delle scelte pubbliche e quale strumento di verifica del rispetto effettivo del principio di eguaglianza di cui all'art. 3, Cost., si basti rinviare, quali trattazioni sistematiche, *ex aliis*, a G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, e A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001.

[33] Cosa sarebbe infatti la discriminazione se non una lettura intenzionale negativa della differenza nel trattamento di una situazione soggettiva?

[34] F. Carinci, A. Pizzoferrato, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino, Utet, 2010, spec. p. 445 ss.

[35] Cfr. M. V. Balestrero, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *Lavoro e diritto*, 2004, p. 501 ss.

[36] Cfr. C-394/96, in Racc., 1998, è il caso *Mary Brown v Rentokil Limited*, richiamato nella proposta di direttiva del 2002; sullo stato di gravidanza C-177/88, in Racc., 1988, p. 3941, e C-32/93, in Racc., 1994, p. 3567, C-109/2000, in Racc. 2001, p. 6993 ss., e, anche in seguito alla direttiva, C-191/03, in Racc. 2005, p. 7631 ss.; C-460/06, in Racc. 2007, p. 8511).

[37] Su questi aspetti si consenta di rinviare a E. Stradella, *Le deleghe legislative per finalità : il caso delle deleghe contenute nelle leggi comunitarie. Analisi delle deleghe comunitarie nella XIV e XV legislatura*, in E. Rossi (a cura di), *Le trasformazioni della delega legislativa : contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e XV legislatura*, Padova, Cedam, 2009, p. 143 ss.

[38] Il processo, nelle sue origini *soft*, si sviluppa a partire dalla risoluzione del Parlamento europeo dell'11 luglio 1986 con cui gli Stati membri vengono sollecitati ad attribuire rilevanza giuridica autonoma al fenomeno delle molestie sessuali poste in essere sul luogo di lavoro. Interviene a distanza di qualche anno la Commissione europea con la raccomandazione n. 92/131 alla quale viene allegato il codice di condotta da applicare nella lotta contro le molestie sessuali sul luogo di lavoro (su cui si tornerà nel par. 5). In generale su questi temi (fino alle direttive del 2000) cfr. A. Pizzoferrato, *Molestie sessuali sul lavoro. Fattispecie giuridica e tecniche di tutela*, Padova, Cedam, 2000.

[39] Tale passaggio è segnato in particolare dalla assai nota pronuncia *Defrenne II* della Corte di Giustizia (C-43/75, in Racc. 1976, p. 455), con la quale viene riconosciuta l'efficacia diretta e orizzontale dell'art. 119, come norma operante anche nei confronti dei datori di lavoro (pubblici e privati). Come è stato scritto, "attraverso un'interpretazione in chiave teleologica (e di non irrilevante audacia creativa) del primo comma dell'art. 119", la sentenza fa emergere "l'anima sociale del processo di integrazione comunitaria,



identificando nella disposizione in esame, accanto alle priorità di politica economica, anche uno strumento di tutela contro le discriminazioni e facendo quindi rientrare il principio della parità retributiva, a pieno titolo, negli scopi sociali della Comunità”. La parità retributiva viene infatti intesa come uno strumento di progresso sociale e di promozione del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro in Europa.

“L'*homo aeconomicus* protagonista indiscusso dei primi due decenni del processo di integrazione comunitaria, dopo anni di assoluto predominio, si vedeva affiancato dall'*homo operosus*, le cui esigenze di protezione e di garanzia offuscavano, per una volta, le ragioni di sua maestà *competition law* attraverso l'individuazione che la Corte faceva del preambolo del Trattato come fonte privilegiata per l'identificazione del *telos* ultimo del suo approccio interpretativo: la realizzazione di quel progresso sociale, appunto, in grado di sovvertire il portato che sembrava emergere da una interpretazione letterale dell'art. 119 CE”, cfr. O. Pollicino, *Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza? Un tentativo di problematizzazione del dibattito interno alla luce dell'esperienza sovranazionale*, in C. Calvieri (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2006.

[40] Cfr. B. Jones, *Working Document in Connection with the Memorandum on Equal Pay for Work of Equal Value*, Belfast, 1993, spec. p. 19 ss., e il *Codice di Condotta relativo all'applicazione del principio di parità di retribuzione fra donne e uomini per un lavoro di uguale valore* – Comunicazione della Commissione europea del 17/07/1996 (COM (96) 336 finale).

[41] Nel Rapporto redatto da Maria do Rosário Palma Ramalho, *Working Document in connection with the Memorandum on Equal Pay for Work of Equal Value*, cit. 13. *Garantire la parità di retribuzione tra gli uomini e le donne nell'Unione europea*, Studio redatto nell'ambito del progetto “Garantire i diritti in materia di parità di retribuzione”, cofinanziato dalla Commissione europea, nel quadro del V Programma comunitario per la parità fra donne e uomini (2001-2005), nel quadro del Programma comunitario «Parità tra gli uomini e le donne», ed è stato coordinato dalla *Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (Portogallo)*, vengono riportati alcuni esempi. In particolare quello del Lussemburgo dove la differenza globale fra le retribuzioni degli uomini e delle donne è del 12% (secondo i dati forniti dal *Ministère de la Promotion Féminine de Luxembourg*, cfr. Allegato 11 allo studio citato); quello del Belgio, in cui i dati forniti nella pubblicazione del *Ministère fédéral de l'Emploi et du Travail. Direction de l'égalité des chances, Évaluation et classification de fonctions. Des outils pour l'égalité salariale*, Bruxelles, 2000, p. 5, relativamente al settore operaio, riportano che la retribuzione delle lavoratrici rappresenta il 79,44% rispetto a quella dei lavoratori. Secondo i dati forniti dall'*Office of the Director of Equality Investigations*, partner irlandese del Progetto

“Garantire i diritti in materia di parità di retribuzione”(e presentati nell’Allegato 12 dello studio citato), con un *gap* medio del 15% fra le retribuzioni percepite dagli uomini e dalle donne.

[42] Indica tali fattori come quelli principali nella determinazione di un *gap* retributivo fra uomini e donne il *Codice di condotta relativo all’applicazione del principio di parità di remunerazione fra uomini e donne per un lavoro di pari valore*, Servizio di Pubblicazioni ufficiali della Comunità europea, Lussemburgo, 1996, p. 7 ss.

[43] Corte cost. n. 27/1969, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

[44] Corte cost. n. 132/1991, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

[45] Si vedano Corte cost. nn. 1/1987, 61/1991, 3/1998, 270/1999, nonché la sent. n. 371/2003, che ha riconosciuto il diritto della libera professionista che avesse adottato un bambino a percepire l’indennità di maternità, anche se il minore avesse superato i sei anni e fino al compimento di dodici anni, se di nazionalità italiana, o della maggiore età, se straniero. Un simile ampliamento si rintraccia sicuramente nella giurisprudenza comunitaria, si vedano in particolare Corte di Giustizia, 27 ottobre 1998, causa C-411/96, *Boyle v. Equal Opportunities Commission* e Corte di Giustizia, 18 novembre 2004, in causa C-284/02, *Land Brandenburg v. Sass*, citt. in E. Di Stefano, *Parità di trattamento fra uomini e donne nelle condizioni di lavoro. Un’analisi giurisprudenziale*, in Gruppo di Pisa, 2011, [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it). In tale ambito d’altra parte il ravvicinamento da un lato non sembra essere linearmente il frutto di un orientamento maturato a livello europeo e tradotto nel diritto nazionale, d’altro lato potrebbe ritenersi soltanto parziale se si ricorda quanto sottolineato in apertura del presente contributo circa la distanza esistente tra la lettura del ruolo femminile tratteggiata da una certa giurisprudenza della Corte di Giustizia e quella ricavabile da disposizioni costituzionali quali quelle contenute all’interno della nostra Carta, che tendono comunque a delineare un ruolo preferenziale della donna all’interno della famiglia.

[46] Per l’enucleazione di questi aspetti cfr. M. Roccella - T. Treu, *Diritto del lavoro dell’Unione europea*, spec. pp. 320-321.

[47] Per un quadro comparativo della disciplina in materia di congedi parentali, cfr. L. Calafà (a cura di), *Paternità e lavoro*, Bologna, Il Mulino, 2007. Una analisi, anche

empirica, piuttosto efficace ma realizzata a distanza di pochi anni dalla emanazione della prima direttiva in materia di congedi parentali è rintracciabile in G. Bruning – J. Plantenga, *Parental Leave and Equal Opportunities: Experiences in Eight European Countries*, in *Journal of European Social Policy*, vol. 9, 3/1999, p. 195 ss.

[48] Si prevede infatti che la durata complessiva del congedo aumenti di un mese se ne usufruisce il padre per almeno tre mesi, anche frazionati.

[49] Resta, naturalmente, come istituto a sé stante quello del congedo (obbligatorio) di maternità previsto dagli artt. 16 e 20 del d.lgs. n. 151/2001, per il quale la madre non può in nessun caso essere adibita al lavoro nei due mesi precedenti la data presunta del parto e nei tre mesi successivi (fatta salva la flessibilità, comunque soggetta al rilascio di specifica certificazione, prevista dall'art. 20).

[50] Dati Istat mostrano come nel 2005 soltanto l'8% dei padri ha usufruito di un periodo di congedo entro i primi due anni di vita del bambino, senza peraltro alcun incremento rispetto ai dati registrati a partire dal 2002, in [www.istat.it](http://www.istat.it). Da ultimo, il Report "La conciliazione tra lavoro e famiglia" diffuso dall'Istat nel dicembre 2011 (e relativo all'anno 2010), in [www.istat.it](http://www.istat.it), mette in evidenza come tra i genitori di bambini di età inferiore a otto anni, che nel secondo trimestre del 2010 risultano avere un'occupazione, circa una donna ogni due (45,3%) ha dichiarato di aver usufruito almeno una volta nel corso della vita del congedo parentale per prendersi cura del figlio più piccolo, e soltanto il 6,9% degli uomini (dato inferiore rispetto a quelli rilevati nei primi anni di applicazione della nuova disciplina sui congedi parentali). Accanto a questo aspetto sembra da segnalarsi il dato per cui il 26,8% delle intervistate dichiara di non aver usufruito del congedo parentale poiché non ne ha diritto. E' evidente come anche la normativa in materia di parità di trattamento tra donne e uomini non può evitare di fare i conti con l'evoluzione del mercato del lavoro e le esigenze di ampliamento orizzontale delle tutele che questa genera.

[51] Cfr. C. Cominato, *I congedi del padre lavoratore tra conciliazione e condivisione delle responsabilità*, in L. Calafà (a cura di), *Paternalità e lavoro*, cit., spec. pp. 87-129.

[52] Sulla Francia cfr. S. Nadalet, *I congedi dei padri lavoratori in Francia: tra*

*legislazione e norme sociali*, in L. Calafà, *ibidem*, spec. pp. 131-164.

[53] Cfr. M. Peruzzi, *Il congedo di paternità in Inghilterra, disciplina legislativa, “collective agreements” e buone prassi*, in *ibidem*, pp. 165-191; cfr. anche S. Hardy – N. Adnett, *The Parental Leave Directive: Towards a ‘Family-Friendly’ Social Europe?*, in *European Journal of Industrial Relations*, 8/2002, p. 157 ss.

[54] Si veda lo studio pubblicato nel 2004 da Eurofound, l’osservatorio sulle relazioni industriali della Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, con sede a Dublino ([www.eurofound.europa.eu](http://www.eurofound.europa.eu)). E per considerazioni più aggiornate R. Prandini – P. Donati, *La cura della famiglia e il mondo del lavoro. Un Piano di politiche familiari*, Roma, Franco Angeli, 2008.

[55] Sulla incidenza delle politiche relative ai congedi familiari sull’eguaglianza tra i sessi, e la particolare effettività dell’attuazione delle regole comunitarie in Svezia, cfr. L. Haas, *Parental Leave and Gender Equality: Lessons from the European Union*, in *Review of Policy Research*, vol. 20, 1/2003, p. 89 ss.

[56] Cfr. F. Torelli, *La difficile condivisione del lavoro di cura. Spunti sui congedi parentali*, in *Lavoro e diritti*, 2010, p. 463 ss.

[57] Cfr. S. Spuntarelli, *L’autonormazione etica nelle Università italiane*, in P. David – S. Spuntarelli (a cura di), *Codici etici, di condotta e consiglieri di fiducia nelle Università italiane*, Aras Edizioni, 2009.

[58] Su cui si può rinviare a H. Simonetti, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, Jovene, 2009.

[59] Si tratta della Raccomandazione del Consiglio sulla custodia dei bambini del 1992, con cui il Consiglio invita i governi nazionali ad approntare una serie di misure volte a creare strutture economicamente accessibili e di buona qualità per la custodia infantile, aumentare i congedi parentali nonché dividere più equamente all’interno di una coppia di

genitori le responsabilità familiari che derivano dalla custodia e dall'educazione dei figli; del *Memorandum* della Commissione sulla parità di retribuzione per lavori di uguale valore del 1994, con cui si chiarisce peraltro il significato dei concetti di lavoro di pari valore, di classificazione e valutazione professionale, di discriminazione e remunerazione. Da segnalare poi la Risoluzione del Consiglio del 1994 sulle pari opportunità nell'ambito dei Fondi Strutturali, quella dello stesso anno sulle pari opportunità nella strategia di crescita economica, e la già menzionata Comunicazione della Commissione del 1996 relativa all'applicazione del principio di *mainstreaming*. Sono poi numerose le relazioni e i rapporti con i quali viene realizzato un monitoraggio della attuazione delle politiche per come descritte e proposte nei relativi atti di *soft law*.

[60] L'esempio è quello del Codice deontologico dei giornalisti, la cui approvazione, pur in ultima fase realizzata dal Consiglio nazionale dell'Ordine, viene "promossa" dal Garante per la Privacy, e si fonda su una specifica previsione di legge. Il codice di condotta assume quindi una valenza di fonte secondaria atipica, su cui cfr. A. Simoncini, *Autorità indipendenti e "costruzione" dell'ordinamento giuridico: il caso del garante dei dati personali*, in *Diritto pubblico*, n. 3/1999, p. 851 ss.

[61] Per una ampia disamina sulla elaborazione nord-americana cfr. A. Pizzoferrato, *Molestie sessuali sul lavoro. Fattispecie giuridica e tecniche di tutela*, cit., spec. p. 125 ss.