

## **Il lavoro delle donne tra divieti di discriminazione e azioni positive**

( Daniela Izzi - Università di Torino )

Sommario

Introduzione

1. Le tre parole chiave dell'approccio giuridico al lavoro femminile: tutela, parità, pari opportunità
  - 1.1. Tutela
  - 1.2. Parità di trattamento
  - 1.3. Parità di opportunità
2. La tecnica coercitivo-repressiva: i divieti di discriminazione
3. La tecnica promozionale: le azioni positive

Bibliografia

### **Introduzione**

Da un secolo ormai il diritto italiano si confronta con la presenza femminile sul mercato del lavoro, intervenendo, in termini più o meno incisivi ed apprezzabili, sui problemi che essa pone. Oltre che dare sommariamente conto dell'avvenuta evoluzione, questa lezione intende illustrarne il significato di fondo, in modo da rendere chiaro il contesto in cui operano i due pilastri dell'attuale legislazione per l'eguaglianza tra lavoratori e lavoratrici: i divieti di discriminazione, da un lato, e le azioni positive, dall'altro.

### **1. Le tre parole chiave dell'approccio giuridico al lavoro femminile: tutela, parità, pari opportunità**

Fin dalle sue origini, la presenza delle donne nel mercato del lavoro è stata accompagnata da peculiari problematiche, in risposta alle quali il legislatore nazionale ha adottato, a partire dai primi anni del ventesimo secolo sino ai giorni nostri, un'articolata serie di provvedimenti. Gli obiettivi da questi perseguiti, mutevoli in relazione ai diversi contesti socio-culturali in cui sono maturati, possono essere sinteticamente illustrati col riferimento alla triade concettuale "tutela - parità di trattamento - parità di opportunità": una triade che riassume in modo efficace, senza dubbio, i termini dell'evoluzione intervenuta sul piano giuridico, ma che sarebbe fuorviante leggere in chiave di semplice successione cronologica, dato che ciascuno degli elementi da cui è costituita si ritrova (quando occorre, con i debiti adattamenti contenutistici) nella normativa oggi vigente.

#### **1.1. Tutela**

La finalità di protezione delle donne, oltre che dei minori, dalle più marcate forme di sfruttamento del lavoro ha segnato, con l'imposizione di limiti all'orario di lavoro e di basilari precauzioni igienico-sanitarie, gli albori della legislazione sociale italiana. L'idea che donne e minori rappresentassero, insieme, la componente

debole della forza lavoro e che tale debolezza dovesse trovare riscontro in una specifica disciplina differenziata ha costituito, poi, uno dei tratti più caratterizzanti del diritto di matrice fascista, dai cui lineamenti emerge nitidamente la visione della differenza femminile come sinonimo di subalterità (Ballestrero 1979).

Solo con l'avvento dell'era repubblicana comincia a prendere forma il percorso che condurrà ad intendere la tutela da apprestare nei confronti delle lavoratrici nel limitato significato che ancora attualmente la connota, vale a dire come necessario riflesso dell'esclusiva funzione riproduttivo-materna assolta dalla donna. La Carta costituzionale, all'art. 37, 1° comma, statuisce infatti che «le condizioni di lavoro devono consentire» alla donna «l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione». In attuazione di questo precetto sono state introdotte nell'ordinamento garanzie di primario rilievo come il divieto di licenziamento della lavoratrice durante la gravidanza e il primo anno di vita del figlio, il divieto di adibizione della gestante/puerpera a mansioni faticose o insalubri e l'obbligo della donna di astenersi dal lavoro nei cinque mesi prossimi al parto, accompagnato dal diritto ad un'indennità sostitutiva della retribuzione e al mantenimento del posto di lavoro. Accanto a previsioni di tutela della salute e dell'insostituibile funzione biologico-affettiva della lavoratrice madre, la legge n. 1204 del 1971 ne conteneva tuttavia altre che, in linea con la tradizionale concezione dei ruoli maschili e femminili in ambito familiare, riservavano alla donna la facoltà di assentarsi dal lavoro per provvedere alla cura dei bambini (semestre di astensione facoltativa, pause di allattamento, permessi per la malattia del figlio). Su queste disposizioni della legge sulla tutela della maternità hanno inciso, nel senso di un'accentuata rivalutazione del ruolo paterno del lavoratore, le modifiche e le innovazioni della legge n. 53 del 2000 sui congedi parentali (Del Punta 2000): non a caso il decreto legislativo n. 151 del 2001, risultante dal coordinamento dei due testi normativi, dichiara nel titolo l'obiettivo di «sostegno della maternità e della paternità» e, al suo interno, distingue chiaramente il piano delle prerogative materne da quello dei doveri di cura che possono essere assolti, a scelta, da ciascuno dei genitori.

## **1.2. Parità di trattamento**

Se l'art. 37 della Costituzione ha rappresentato, rispetto al quadro giuridico preesistente, un indiscusso passo in avanti, il merito non è stato della sua anima protettiva, appena illustrata, quanto piuttosto dell'anima paritaria, condensata nell'affermazione per cui «la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore» (Treu 1977). Il principio di parità di trattamento così enunciato ha però stentato, per molto tempo, a ricevere attuazione normativa: basti pensare che solo negli anni sessanta si è superata la prassi della contrattazione collettiva di prevedere schemi d'inquadramento separati per uomini e donne nonché, sul presupposto dell'inferiore rendimento del lavoro femminile, retribuzioni differenziate tra i sessi. Migliore sorte non è toccata, d'altronde, all'art. 51 della Carta costituzionale, che garantisce ai «cittadini dell'uno e dell'altro sesso» la possibilità di accedere «agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza», se è vero che solo nel 1963 (con la legge n. 66) sono state aperte alle donne le porte della magistratura.

Uno stimolo determinante alla traduzione legislativa del principio paritario è stato esercitato sul nostro ordinamento dal diritto comunitario e, in particolare, dalle direttive n. 75/117 e n. 76/207, volte all'eliminazione delle discriminazioni basate sul sesso rispettivamente in materia di retribuzione e di

condizioni di lavoro. Per il recepimento delle prescrizioni ivi contenute è stata infatti emanata la legge 9 dicembre 1977, n. 903 sulla «parità di trattamento tra uomini e donne» nel lavoro, che ha come asse portante appunto l'affermazione del divieto di discriminazioni fondate sul sesso in un arco amplissimo di situazioni: dall'accesso all'occupazione alle iniziative di orientamento e formazione professionale, dalla retribuzione all'attribuzione di qualifiche e mansioni, dalla progressione di carriera al momento del pensionamento.

Alla poderosa impalcatura così costruita è tuttavia mancato l'adeguato supporto sul piano sia processuale che sanzionatorio: l'effettiva applicazione della legge di parità, di conseguenza, è stata molto limitata. Proprio il fallimento di questa normativa può anzi esserne considerato, paradossalmente, uno dei frutti migliori, nella misura in cui ha reso del tutto evidente la necessità di un intervento d'integrazione e correzione (Ballestrero 1989). Al di là della debole strumentazione operativo-giudiziale da cui era corredata, comunque, la legge del 1977 portava in sé un altro limite, derivante dalla concezione di eguaglianza presa a riferimento, che la successiva elaborazione teorica ha messo impietosamente a nudo. Nel rendere giuridicamente irrilevante il sesso di appartenenza delle persone, in ottemperanza al principio di eguaglianza formale sancito dall'art. 3, 1° comma della Costituzione, la legge n. 903 non teneva infatti conto delle condizioni di obiettivo svantaggio - nell'inserimento e nella partecipazione al lavoro - che accomunano le donne come gruppo sociale, né tantomeno consentiva d'incidere attivamente su tali condizioni. Il principio di eguaglianza sostanziale stabilito dalla Costituzione all'art. 3, 2° comma restava quindi, rispetto al problema delle disparità di fatto patite dalle donne nella sfera del lavoro, lettera morta.

### **1.3. Parità di opportunità**

Alla crescente consapevolezza dell'insufficienza di strumenti giuridici ispirati ad una concezione di eguaglianza puramente formale si deve l'apertura del nostro ordinamento, con la legge 10 aprile 1991, n. 125, alla prospettiva della parità di opportunità (Barbera 1991). Nel corso degli anni ottanta, sotto l'influenza della giurisprudenza comunitaria e del diritto statunitense, l'impotenza della semplice regola di parificazione dei trattamenti maschili e femminili a fronte, da un lato, di discriminazioni di carattere strutturale e sistemico e, dall'altro, di situazioni di penalizzazione derivanti non da precise scelte dei datori di lavoro ma dallo stesso substrato economico-sociale, era infatti apparsa in modo via via più chiaro. Altrettanto chiara era risultata, in parallelo, l'esigenza di accostare al classico divieto di discriminazioni direttamente basate sul sesso dei lavoratori mezzi normativi capaci di "recuperare", sul piano collettivo, proprio quelle differenze annullate, a livello individuale, dal precetto di parità di trattamento, con l'obiettivo ultimo di eliminare le conseguenze sfavorevoli che discendono da tali differenze. Alla già compiuta traduzione legislativa del principio di eguaglianza formale doveva far seguito, perciò, quella del principio di eguaglianza sostanziale: principio che «mira a mettere tutti i membri della società nella condizione di partecipare alla gara della vita, o per la conquista di ciò che è vitalmente più significativo, partendo da posizioni eguali» (Bobbio 1995, 26), esprimendo dunque l'esigenza di assicurare alle persone svantaggiate dall'appartenenza ad un determinato gruppo, come quello femminile, «pari opportunità d'inserimento sociale, economico e politico» (così la sentenza costituzionale n. 109 del 1993).

Rispetto al tradizionale assetto della legislazione antidiscriminatoria, l'affermazione della concezione sostanziale di eguaglianza ha comportato due fondamentali innovazioni, poggianti entrambe sul superamento della visione strettamente individuale del problema della penalizzazione delle donne nel mercato del lavoro.

In primo luogo, per reprimere l'utilizzo di criteri di selezione o gestione del personale che, pur non riferendosi al sesso dei lavoratori e risultando perciò apparentemente neutri, provocano in concreto effetti più svantaggiosi per gli appartenenti al gruppo femminile, senza essere essenziali all'esecuzione della prestazione lavorativa, viene introdotto dalla legge n. 125 (art. 4, 2° comma) il divieto di discriminazioni sessuali indirette. Posto che la duplicazione delle fattispecie discriminatorie non è sufficiente, di per sé, a garantire l'efficace applicazione giudiziale dei divieti di discriminazione, con nuove disposizioni di ordine processuale e sanzionatorio si tenta poi di rimediare ai vizi emersi, sotto questo profilo, dopo l'emanazione della legge di parità del 1977.

Secondariamente, per contrastare le condizioni di obiettivo svantaggio che connotano la presenza femminile nel mondo del lavoro (condizioni non intaccate in alcun modo dai divieti di discriminazione), la legge n. 125 del 1991 prevede l'adozione di misure specificamente dirette a favorire il lavoro delle donne: le cosiddette azioni positive, la cui centralità nell'ambito della riforma è testimoniata dalla circostanza che ad esse sono dedicate, oltre al titolo della legge, le norme di apertura della stessa. A differenza dei divieti di discriminazione, invocabili a tutela sia delle donne che degli uomini, le azioni positive mirano a rimuovere le disparità di fatto connesse all'appartenenza di sesso femminile: possono perciò essere ritenute, in quanto tali, manifestazioni di un "diritto diseguale" giustificato dall'obiettivo finale dell'eguaglianza sostanziale (Ballestrero 1992, 578 s.).

Alla combinazione di strumenti coercitivi e promozionali così messi in campo, la legge del 1991 accosta il disegno dell'intelaiatura istituzionale necessaria al pratico sostegno delle politiche di pari opportunità, prevedendo che ad un organismo collegiale centrale incardinato presso il Ministero del lavoro (il Comitato nazionale di parità) facciano riscontro, ai diversi livelli territoriali, con l'attribuzione di rilevanti funzioni sia repressive che progettuali, i consiglieri di parità. Per rafforzare questa strategica figura, oltre che per sanare i persistenti limiti (soprattutto di carattere processuale) della legge n. 125, è stato adottato il decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 196: dalla cui attuazione dovrebbe derivare, finalmente, l'effettività della legislazione per l'eguaglianza delle donne nel lavoro lungamente attesa.

## **2. La tecnica coercitivo-repressiva: i divieti di discriminazione**

La normativa antidiscriminatoria attualmente vigente in Italia, come risultato della sovrapposizione della legge n. 125/1991 (come integrata e modificata dal decreto legislativo n. 196/2000) alla legge n. 903/1977, è caratterizzata, sul piano sostanziale, dalla presenza di una nozione di discriminazione assai ampia ed incisiva, sul piano processuale-sanzionatorio, da un'articolata serie di previsioni che mirano a rendere facilmente accessibile e adeguatamente riparatoria la tutela giudiziale.

Con riguardo, anzitutto, alla discriminazione tra lavoratori e lavoratrici proibita e repressa dal nostro ordinamento, occorre segnalare (sulla scorta dell'art. 4 della legge n. 125) che essa può risultare non solo da decisioni o prassi unilaterali del datore di lavoro, ma anche da clausole pattizie (come quelle dei contratti

collettivi di qualsiasi livello) e comportamenti materiali privi di autonomo effetto giuridico, e che non richiede per la sua integrazione la ricorrenza dell'elemento soggettivo (cioè l'intenzione di discriminare), ma semplicemente la produzione di un oggettivo pregiudizio. Al di là dei tratti propri della nozione generale di discriminazione in base al sesso, va poi precisato che il divieto riferito ai rapporti di lavoro comprende ormai (come anticipato nel paragrafo 1.3.) due distinte fattispecie illecite: la tradizionale discriminazione diretta, intesa come disparità di trattamento fondata sul criterio dell'appartenenza di sesso di cui è giuridicamente proscritta la considerazione; la più sofisticata discriminazione indiretta, intesa come ingiustificata disparità di effetti pregiudizievoli, per i componenti dei gruppi individuabili in base appunto al criterio dell'appartenenza di sesso (le lavoratrici, da un lato, e i lavoratori, dall'altro), derivante da un trattamento formalmente neutro (per approfondimenti Barbera 1994). Se, quindi, il rifiuto di assumere donne per lo svolgimento di una data attività lavorativa (purché non sessualmente specifica, come ad esempio quella dell'attore o dell'indossatore di abiti maschili) costituisce una discriminazione diretta, è invece indirettamente discriminatoria la richiesta ai fini dell'assunzione di un requisito minimo di statura che, senza essere necessario per l'esecuzione della prestazione lavorativa, esclude di fatto dall'accesso al lavoro più donne (mediamente meno alte) che uomini. I requisiti atti a determinare uno svantaggio sproporzionato nei confronti delle donne, com'è emerso dalla copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità europea, sono comunque molteplici (Rocella Treu 2002): oltre alla forza fisica, all'anzianità di servizio, al possesso di una specifica formazione professionale e all'adattabilità a orari e luoghi di lavoro variabili, anche qualunque trattamento meno favorevole riservato ai part-timers (in netta preponderanza di sesso femminile) può integrare una discriminazione indiretta.

Sul versante processuale-sanzionatorio, in secondo luogo, senza addentrarsi nella precisa illustrazione di profili marcatamente tecnico-giuridici (per i quali si rimanda a Guarriello 1992, Scarponi 1994 e Izzi 1994), sembra qui sufficiente rendere conto delle soluzioni di maggior interesse messe a punto in occasione dello sforzo di ammodernamento dell'originario, inadeguato apparato di tutela, compiuto con la legge del 1991 e il decreto legislativo del 2000. Tra queste soluzioni meritano di essere ricordati, senza dubbio, il particolare meccanismo di alleggerimento dell'onere della prova e la contestuale ammissione di prove basate su riscontri statistici con cui si è tentato di dare risposta all'estrema difficoltà della parte ricorrente di dimostrare in giudizio l'esistenza della discriminazione subita. Di estrema rilevanza, inoltre, è stata la prevista facoltà del consigliere di parità (a livello nazionale o regionale) di esercitare un'azione giudiziale per l'accertamento delle discriminazioni di carattere collettivo: azione che può concludersi con un rimedio sui generis, ispirato all'istituto dell'azione positiva, come l'ordine impartito al datore di lavoro di elaborare un piano per la rimozione delle discriminazioni emerse.

### **3. La tecnica promozionale: le azioni positive**

Le azioni positive per la promozione del lavoro femminile, inaugurate nel nostro ordinamento, sul modello delle affirmative actions statunitensi, dalla legge n. 125 del 1991 (come già spiegato nel paragrafo 1.3.), sono finalizzate, ai sensi dell'art. 1, 1° comma della stessa, a «rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità». Tali ostacoli, sebbene non indicati espressamente dal legislatore, possono desumersi a contrario, almeno a titolo esemplificativo, dall'elencazione dei più specifici obiettivi

delle misure di "diritto diseguale" (Gaeta, Zoppoli 1992) contenuta nel 2° comma del medesimo articolo: la formazione professionale mediamente scarsa posseduta dalle donne, il carattere ancora tendenzialmente uniforme delle scelte professionali femminili (con il conseguente fenomeno della segregazione sessuale orizzontale: v. Reyneri 1996), la rigidità dell'organizzazione del lavoro, i regimi di orario di lavoro poco sensibili alle esigenze di conciliazione tra vita professionale e vita familiare, la squilibrata ripartizione fra uomini e donne delle responsabilità di cura ed educazione della prole (Gottardi 2001).

Tra gli scopi particolari delle azioni positive evidenziati dalla legge n. 125, che impenna dunque sul solo elemento teleologico la definizione delle misure in questione, senza porre alcun vincolo circa la loro struttura, v'è quello di «promuovere l'inserimento delle donne nelle attività, nei settori professionali e nei livelli nei quali esse sono sottorappresentate e in particolare nei settori tecnologicamente avanzati ed ai livelli di responsabilità» (art. 1, 2° comma, lettera e). Obiettivo di certo legittimo e universalmente condiviso, destinato però a suscitare aspre divergenze quando si decida di conseguirlo, come hanno fatto i legislatori di alcuni Stati europei, mediante una regola di reclutamento del personale o di avanzamento di carriera che, in presenza di una situazione di sottorappresentazione delle donne, a parità di preparazione e qualificazione professionale dei candidati di diverso sesso, dia la precedenza alla candidata di sesso femminile (Barbera 1999). Simili misure, negli ultimi anni ripetutamente portate all'attenzione della Corte di Giustizia per la loro dubbia conformità al divieto di discriminazioni sessuali (invocato qui a tutela degli uomini), sono state ritenute legittime dai giudici comunitari (dopo un'iniziale fase di incertezza aperta dall'esito nettamente negativo, nel 1995, del celebre caso Kalanke) a condizione che non accordino alle donne una «precedenza assoluta e incondizionata» ma contemplino, al contrario, la possibilità di tenere conto di particolari ragioni che rendano preferibile la scelta del candidato di sesso maschile (così la sentenza Marschall del 1997, sul cui significato v. Scarponi 1998 e Izzi 1998). Certamente in linea con le indicazioni comunitarie deve quindi ritenersi la regola promozionale introdotta dal decreto legislativo n. 196/2000 (all'art. 7, 5° comma) che, per riequilibrare «la presenza femminile nelle attività e nelle posizioni gerarchiche ove sussiste un divario fra generi non inferiore a due terzi», vincola le amministrazioni pubbliche, «in occasione tanto di assunzioni quanto di promozioni», ad accompagnare l'eventuale scelta dell'uomo con qualificazione equivalente a quella della donna esclusa con «un'esplicita ed adeguata motivazione» (in proposito v. De Simone 2001, 212 ss. e Izzi 2001, 57 ss.).

L'obbligo di adozione di piani di azioni positive stabilito dalla legge n. 125, al di là di questa specifica e recente previsione, a carico di tutte le amministrazioni pubbliche, rappresenta peraltro un'eccezione a fronte del carattere del tutto volontario che tali iniziative rivestono nel settore dell'impiego privato (Guaglianone 1994). Per incentivare l'attuazione di azioni positive, ad ogni modo, è previsto che al finanziamento delle stesse provveda, previa approvazione dei relativi piani da parte del Comitato nazionale di parità, il Ministero del Lavoro (art. 2), dando la precedenza, tra le varie domande di rimborso degli oneri finanziari presentate dai soggetti promotori, ai progetti di azioni positive concordati tra datori di lavoro ed organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

## Bibliografia

- Ballestrero, M.V. 1979, "Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne", Bologna: il Mulino
- Ballestrero, M.V. 1989, "Parità e oltre", Roma: Ediesse
- Ballestrero, M.V. 1992, "A proposito di eguaglianza e diritto del lavoro", in: *Lavoro e diritto*, 577
- Barbera, M. 1994, "La nozione di discriminazione", in *Le nuove leggi civili commentate*, 46
- Barbera, M. 1991, "Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro", Milano: Giuffrè
- Barbera, M. 1999, "L'eccezione e la regola, ovvero l'eguaglianza come apologia dello status quo", in: Beccalli, B. (a cura di), *Donne in quota*, Milano: Feltrinelli, 91
- Bobbio, N. 1995, "Eguaglianza e libertà", Torino: Einaudi
- Del Punta, R. 2000, "La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi", in: *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, 149
- De Simone, G. 2001, "Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro", Torino: Giappichelli
- Gaeta, L. e Zoppoli, L. (a cura di) 1992, "Il diritto diseguale. Commentario alla legge n.125/1991 sulle azioni positive", Torino: Giappichelli
- Guaglianone, L. 1994, "Le azioni positive. Modelli e tipologie", in: *Le nuove leggi civili commentate*, 28
- Gottardi, D. 2001, "Lavoro di cura. Spunti di riflessione", in: *Lavoro e diritto*, 121
- Guarriello, F. , "Le azioni in giudizio", in: Gaeta, L. e Zoppoli, L. (a cura di), *Il diritto diseguale*, cit.,186
- Izzi, D. 1994, "Discriminazioni di sesso nel rapporto di lavoro: il nuovo regime processuale", in: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 517
- Izzi, D. 1998, "La Corte di Giustizia e le azioni positive: da Kalanke a Marschall", in: *Lavoro e diritto*, 675
- Izzi, D. 2001, "Le azioni positive nella Pubblica Amministrazione", in: *La "nuova" legge 125. Atti del Seminario di studio sul decreto n. 196/2000*, a cura del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Roma, 57
- Reyneri, E. 1996, "Sociologia del mercato del lavoro", Bologna: il Mulino
- Roccella, M. e Treu, T. 2002, "Diritto del lavoro della Comunità europea"<sup>3</sup>, Padova: Cedam
- Scarponi, S. 1994, "Tecniche di sostegno indiretto delle azioni positive e misure sanzionatorie", in: *Le nuove leggi civili commentate*, 89
- Scarponi, S. 1998, "La sentenza Marschall sui sistemi di quote: continuità e discontinuità rispetto a Kalanke", in: *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, II, 45
- Treu, T. 1977, "Lavoro femminile e uguaglianza", Bari: Cacucci