

**Parità di trattamento fra uomini e donne nelle condizioni di lavoro: un'analisi
giurisprudenziale**

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *La parità come principio di non discriminazione*; 3. *Effettività del diritto alla parità ed implicazioni giurisprudenziali*; 4. *La parità negli effetti: la discriminazione indiretta secondo la Corte di giustizia*

1. Premessa

Il principio di non discriminazione in ragione del sesso costituisce una delle più classiche estrinsecazioni del principio di uguaglianza. La sua applicazione nell'ambito dei rapporti di lavoro costituisce spesso oggetto di esplicita proclamazione sia nei testi costituzionali, di cui l'art. 37, primo comma, della nostra Costituzione rappresenta un esempio evidente, sia nei documenti internazionali, come la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 23)¹, il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (art. 157)² o la Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna³.

¹ Secondo l'art. 23 della Carta di Nizza: "La parità fra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione. Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato".

² Secondo l'art. 157 TFUE: "Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore"; gli ultimi due paragrafi prevedono che: "Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore. Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali".

³ Adottata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con l. 14 marzo 1985, n. 132: si veda, in particolare, l'art. 11 in materia di parità nel campo dell'impiego e tutela della maternità: "Gli Stati Parti si impegnano a prendere ogni misura adeguata al fine di eliminare la discriminazione nei confronti della donna nel campo dell'impiego e di assicurare, sulla base della parità tra uomo e donna, gli stessi diritti, in particolare: a) il diritto al lavoro, che è diritto inalienabile di ogni essere umano; b) il diritto ad usufruire delle medesime opportunità di impiego, inclusa l'adozione dei medesimi criteri in materia di selezione nel campo dell'impiego; c) il diritto alla libera scelta della professione e dell'impiego, il diritto alla promozione, alla stabilità dell'impiego ed a tutte le prestazioni e condizioni di lavoro, il diritto alla formazione professionale ed all'aggiornamento professionale e alla formazione permanente; d) il diritto alla parità di remunerazione, comprese le prestazioni, ed all'uguaglianza di trattamento per un lavoro di eguale valore, nonché il diritto all'uguaglianza di trattamento nel campo della valutazione della qualità del lavoro; e) il diritto alla sicurezza sociale alle prestazioni di pensionamento, di disoccupazione, di malattia, di invalidità e di vecchiaia e per ogni altra perdita di capacità lavorativa, nonché il diritto alle ferie pagate; f) il diritto alla tutela della salute ed alla sicurezza delle condizioni di lavoro, inclusa la tutela della funzione riproduttiva. 2. Per prevenire la discriminazione nei confronti delle donne a causa del loro matrimonio o della loro maternità e garantire il loro diritto effettivo al lavoro, gli Stati Parti si impegnano a prendere misure

La realizzazione del diritto alla parità in tale settore assume aspetti molteplici, in ragione delle peculiari esigenze di tutela connesse alla condizione della donna lavoratrice. Tutte le disposizioni appena citate, ad esempio, hanno in comune una duplicità di approccio al problema, imponendo, da un lato, la stretta uguaglianza formale dei trattamenti riservati ai lavoratori dei due sessi, dall'altro, la predisposizione di tutele differenziate in vista di assicurare obiettivi di uguaglianza sostanziale. Particolarmente evidente appare, sotto questo profilo, l'art. 37, primo comma, Cost., che, dopo aver proclamato la parità fra i lavoratori di entrambi i sessi, qualifica la condizione della donna lavoratrice in termini di specialità, in particolare mediante il contestato riferimento alla sua "essenziale" funzione familiare, che, evidentemente, vale a distinguere la sua situazione da quella degli altri lavoratori⁴.

Si è scelto di selezionare alcune vicende giurisprudenziali che appaiono significative delle implicazioni connesse all'applicazione in sede contenziosa di queste due accezioni del principio di parità, applicato allo specifico settore dei rapporti di lavoro; lungi dal rappresentare due momenti distinti della garanzia dell'uguaglianza fra i generi, queste prospettive sono inscindibilmente legate ed impongono una riflessione sugli strumenti idonei ad assicurare l'effettività giurisdizionale di tale diritto.

2. La parità come principio di non discriminazione

Il principio di parità fra i lavoratori di entrambi i sessi può essere inteso, innanzi tutto, come divieto di discriminazioni fondate sulle condizioni della donna lavoratrice. In alcuni casi, tale obiettivo può essere raggiunto soltanto attraverso la predisposizione di una legislazione differenziata, in grado di colmare la disuguaglianza originaria fra le due categorie.

Uno degli esempi più chiari di "discriminazione positiva" in questa materia è la legislazione a tutela dello stato di maternità della lavoratrice. Lo stesso testo costituzionale

appropriate tendenti a: a) proibire, sotto pena di sanzione, il licenziamento per causa di gravidanza o di congedo di maternità e la discriminazione nei licenziamenti fondata sullo stato matrimoniale; b) istituire la concessione di congedi di maternità pagati o che diano diritto a prestazioni sociali corrispondenti, con la garanzia di mantenimento dell'impiego precedente, dei diritti di anzianità e dei vantaggi sociali; c) incoraggiare l'istituzione di servizi sociali di sostegno necessari affinché i genitori possano conciliare i loro obblighi familiari con le responsabilità professionali e la partecipazione alla vita pubblica, in particolare favorendo l'istituzione e lo sviluppo di una rete di asili-nido; d) assicurare una protezione speciale alle donne incinte per le quali è stato dimostrato che il lavoro è nocivo".

⁴ M. PERSIANI, *La disciplina del lavoro femminile*, in *Giurisprudenza italiana*, 1968, IV, p. 110; T. TREU, *Lavoro femminile e uguaglianza*, Bari, 1977, p. 52; ID., *Art. 37*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna, 1979, p. 168; M.L. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità*, Bologna, 1979, pp. 118 ss.; R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro. Art. 2110-2111*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992, pp. 584-585; M.L. BALLESTRERO, voce *Maternità*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, Torino, 1993, p. 330; sulla genesi, in particolare, della seconda proposizione, T. TREU, *Art. 37*, cit., pp. 155 ss.

affronta tale problematica, prendendo in considerazione l'evento della maternità nel suo rapporto con lo svolgimento di un'attività lavorativa, nella prospettiva di assicurare alla lavoratrice madre una protezione "speciale" ed "adeguata". Si intende, da un lato, tutelare la condizione fisica della donna in stato di gravidanza e puerperio, che potrebbe essere gravemente compromessa dalla prosecuzione dell'attività lavorativa, dall'altro, evitare che lo stato di maternità si traduca di fatto in un ostacolo all'esercizio del diritto al lavoro garantito dall'art. 4 Cost.

La maternità, infatti, quale esperienza tipicamente femminile ed incompatibile nelle sue fasi culminanti con lo svolgimento di un'attività di lavoro, pone la donna in una situazione di debolezza⁵ che le preclude l'uguale esercizio di tale diritto. Per questo la disposizione costituzionale richiede l'intervento di una legislazione speciale, che, tenendo conto della particolare condizione della lavoratrice madre, impedisca che l'applicazione nei suoi confronti degli istituti generali di diritto del lavoro si traduca in un fattore di discriminazione. Tale disciplina si incentra su alcuni fondamentali strumenti, quali il divieto di adibire la donna al lavoro negli ultimi mesi della gravidanza e nei primi successivi al parto, il diritto ad un trattamento economico durante il periodo di astensione, il divieto del licenziamento e la computabilità a tutti gli effetti dei periodi di congedo nell'anzianità di servizio. Attraverso tali istituti il legislatore intende, pertanto, colmare la disuguaglianza originaria di cui è vittima la lavoratrice madre, così da garantirle l'effettiva parità dei diritti proclamata dagli art. 3 e 37, primo comma, Cost.

Lo stesso giudice costituzionale ha individuato il fondamento di tale legislazione negli artt. 3, secondo comma, 4, 31, 32, 37 Cost⁶, nell'obiettivo cioè di "evitare che la maternità si traduca in concreto in un impedimento alla realizzazione dell'effettiva parità di diritti della donna lavoratrice"⁷: ciò può avvenire solo sollevandola "dal 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"⁸, e mettendola nelle condizioni di poter "scegliere liberamente di essere

⁵ Sulla nozione di "soggetto debole", cfr. L. AZZENA, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti "deboli". Spunti per una teoria della "debolezza"*, in CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2006, p. 50, secondo cui "la 'debolezza' in senso stretto è, dunque, la situazione di chi non ha o non può esercitare in condizioni di uguaglianza i diritti fondamentali"; cfr. anche M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1999, 1, pp. 25 ss.

⁶ Corte cost. n. 270/1999

⁷ Corte cost. n. 61/1991.

⁸ Corte cost. n. 27/1969.

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”⁹.

Se questo è il senso dell'intervento richiesto dalla disposizione costituzionale, ne deriva che lo stato di maternità non può costituire motivo di un trattamento deteriore nelle condizioni di lavoro: ciò si tradurrebbe in una discriminazione in ragione del sesso nell'esercizio di un diritto fondamentale della persona qual è quello al lavoro e quindi in una violazione del principio di parità di trattamento sancito dagli artt. 3 e 37, primo comma, Cost. Con le parole della Consulta, “il principio posto dall'art. 37 della Costituzione - collegato al principio di eguaglianza - impone alla legge di impedire che possano, dalla maternità e dagli impegni connessi alla cura del bambino, derivare conseguenze negative e discriminatorie”¹⁰.

Quest'ultima valutazione, ad esempio, è stata alla base della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 7, l. n. 223/1991, nella parte in cui non prevedeva che i periodi di astensione dal lavoro per gravidanza o puerperio fossero computabili al fine del raggiungimento del limite minimo di sei mesi di lavoro effettivamente prestato per poter beneficiare dell'indennità di mobilità. Invero, la giurisprudenza costituzionale offre altri esempi di casi in cui, in applicazione degli stessi principi, sono state dichiarate illegittime discipline che collegavano allo stato di maternità la perdita o il mancato acquisto di diritti connessi al rapporto di lavoro, così da riservare di fatto alla lavoratrice madre un trattamento deteriore rispetto a quello di cui avrebbe goduto in assenza della gravidanza¹¹.

In realtà, una deroga al principio di parità di trattamento *ex artt. 3 e 37 Cost.*, come diritto fondamentale della persona¹², sarebbe ammissibile solo per la tutela di altri valori di pari

⁹ Corte cost. n. 132/1991.

¹⁰ Corte cost. n. 423/1995.

¹¹ Si può ricordare la sent. n. 132/1991, prima citata, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 17, secondo comma, l. 30 dicembre 1971, n. 1204 (Tutela delle lavoratrici madri), nella parte in cui, per le lavoratrici con contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale su base annua, allorché il periodo di astensione obbligatoria avesse inizio più di 60 giorni dopo la cessazione della precedente fase di lavoro, escludeva il diritto all'indennità giornaliera di maternità, anche in relazione ai previsti successivi periodi di ripresa dell'attività lavorativa, in quanto “la lavoratrice, per effetto della maternità, viene a perdere una retribuzione di cui avrebbe certamente -e non solo probabilmente- goduto se non si fosse dovuta astenere dal lavoro in ragione del suo stato”.

Quest'ultima considerazione è alla base anche della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 16, primo comma, l. 30 dicembre 1971, n. 1204, nella parte in cui non prevedeva che, nell'ipotesi di trasformazione del rapporto di lavoro a tempo parziale in rapporto di lavoro a tempo pieno, nel quale avesse inizio o venisse comunque a protrarsi il periodo di astensione obbligatoria della lavoratrice, l'indennità di maternità dovesse essere determinata con riferimento alla retribuzione che le sarebbe spettata in relazione al regime a tempo pieno (Corte cost. n. 271/1999, che sembra superare la prospettiva della sent. n. 106/1980, che aveva escluso la rilevanza, ai fini del calcolo dell'indennità di maternità, degli aumenti retributivi intercorsi durante il periodo di astensione obbligatoria).

¹² Sulla natura di diritto fondamentale del diritto della donna alla parità di condizioni e di retribuzione nel lavoro, e in genere dei diritti sociali, v., ad esempio, L. CARLASSARE, *Forma di stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, 1, pp. 38 ss.; E. CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali*

rilievo costituzionale. Infatti, “poiché le differenze naturali che i diritti in questione intendono eguagliare appartengono a una delle categorie enunciate dall’art. 3 comma 1 Cost., cioè le differenze di sesso, per esse vale il principio di eguaglianza nella sua accezione rafforzata, nel senso che deroghe alla parità di trattamento nelle condizioni di lavoro fra uomo e donna possono essere apportate solo se ragionevolmente correlate a un interesse meritevole di tutela costituzionale e dotato di tale forza e valore da giustificare l’eccezionale deroga al principio della parità”¹³.

Principi analoghi sono sanciti anche nell’ordinamento comunitario, ed in particolare nell’art. 157 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea. Il testo originario dell’articolo prevedeva soltanto la “parità retributiva tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore” (art. 119 TCE). Tale disposizione, interpretata alla luce degli obiettivi generali del Trattato, era inizialmente intesa come strumento per evitare distorsioni della concorrenza all’interno del mercato comune attraverso forme di sottoretribuzione del lavoro femminile. Ben presto ha assunto un significato più ampio, grazie soprattutto alla elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, che, spostando l’attenzione sulle implicazioni di politica sociale, ha ravvisato nel principio di parità retributiva l’espressione di un diritto fondamentale della persona¹⁴.

Il giudice comunitario ne ha affermato l’efficacia diretta nei confronti non solo degli Stati membri ma anche dei singoli datori di lavoro¹⁵, in quanto “principio fondamentale dell’ordinamento giuridico comunitario”¹⁶. Applicato in numerosi atti comunitari¹⁷, è

nella costituzione italiana, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, 1995, pp. 1781 ss; F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 69; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 220; P. BARILE, *Diritti fondamentali e garanzie costituzionali: un’introduzione*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, 1999, p. 146.

¹³ Così A. BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., p. 174. È noto che negli specifici divieti posti all’art. 3, comma 1, Cost. viene individuato un nucleo forte del principio costituzionale di eguaglianza: cfr. il commento di A. CELOTTO, *Art. 3 co, 1*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 73.

Con specifico riferimento alle distinzioni fondate sul sesso, T. TREU, *Art. 37*, cit., p. 154: individuato il nucleo della normativa costituzionale nella “parità dei diritti della donna” in coerenza con la “direttiva risultante in generale dall’art. 3 primo comma”, ritiene che “questa direttiva pone al legislatore un divieto assoluto di distinzioni, ammettendo deroghe anche a favore delle donne solo se espressamente consentite da altre norme costituzionali o se richieste da caratteri particolari ed esclusivi loro propri univocamente accertabili e tali da rendere impossibile o manifestamente assurda l’applicazione del principio” e aderisce alla tesi espressa da L. PALADIN, *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. del dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 533: “solo altri disposti costituzionali, che sostituiscono e derogano le specificazioni dell’art. 3 comma 1, allo stesso modo che le specificazioni escludono il generale principio d’eguaglianza formale, possono ristabilire in materia l’eguaglianza relativa o legittimare comunque le differenziazioni”.

¹⁴ Corte di Giustizia, 10 febbraio 2000, in causa C-50/96, *Deutsche Telekom v. Schröder*, punti 55-57.

¹⁵ Corte di Giustizia, 8 aprile 1976, in causa 43/75, *Defrenne*.

¹⁶ Cfr. Corte di Giustizia, 10 febbraio 2000, in causa C-50/96, *Deutsche Telekom*, cit., e Corte di Giustizia, 26 giugno 2001, in causa C-381/99, *Brunnhöfer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*.

divenuto espressione di un principio più generale di non discriminazione fra i lavoratori di entrambi i sessi¹⁸, finché il Trattato di Amsterdam ha inserito al terzo comma dell'art. 119 (divenuto art. 141) la più comprensiva proclamazione delle “pari opportunità e parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego”.

In diverse ipotesi la Corte di Giustizia è stata chiamata a fare applicazione dei principi di parità e non discriminazione in ragione del sesso con riferimento alla situazione della donna lavoratrice in stato di maternità, pervenendo a risultati molto simili a quelli della nostra giurisprudenza costituzionale.

Per un verso, è pacifico il riconoscimento della legittimità di una disciplina speciale a protezione della maternità in considerazione della specificità della condizione della donna nel periodo della gravidanza e del puerperio; non essendo questa comparabile a quella dei lavoratori di sesso maschile, si rendono necessarie specifiche misure che, assicurando la protezione della condizione biologica della donna e, al contempo, delle relazioni fra la donna e il bambino durante il periodo successivo al parto, siano in grado di “garantire una sostanziale parità” della donna lavoratrice (così recita la direttiva n. 54 del 2006, al ventiquattresimo considerando, ma lo stesso principio era già espresso dall'art. 2, comma 7, della direttiva 76/207).

Da un lato, pertanto, non hanno natura discriminatoria i benefici concessi alla sola lavoratrice in ragione dello stato di maternità o comunque degli oneri connessi alla crescita del figlio, “qualora il vantaggio concesso al solo lavoratore di sesso femminile sia destinato a compensare svantaggi professionali derivanti ad un tale lavoratore in seguito all'allontanamento dal posto di lavoro che il congedo di maternità comporta”¹⁹.

Dall'altro, si è inteso evitare che lo stato di maternità possa divenire motivo di un trattamento peggiore nel godimento dei diritti connessi al rapporto di lavoro. Già la direttiva

¹⁷ Com'è noto, il principio di parità fra i lavoratori di entrambi i sessi ha trovato applicazione in numerose direttive: ad esempio la direttiva n. 75/117 sulla parità retributiva; la direttiva n. 76/207 (modificata dalla direttiva n. 2002/73) relativa alla parità nell'accesso all'impiego, alla formazione professionale e nelle condizioni di lavoro; la direttiva n. 79/7 sulla parità di trattamento in tema di sicurezza sociale. Sono poi seguite le direttive n. 86/378 sulla parità nei regimi professionali di previdenza sociale (poi modificata dalla direttiva n. 96/97) e n. 86/613 sulla parità di trattamento fra lavoratori e lavoratrici che esercitano attività autonoma; la direttiva n. 96/34 sui congedi parentali; la direttiva n. 97/80 sull'onere della prova della discriminazione.

La più recente è la direttiva n. 2006/54 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, che ha accorpato in un unico testo il contenuto delle direttive nn. 75/117, 76/207, 86/378 e 97/80, che sono abrogate a decorrere dal 15 agosto 2009.

¹⁸ G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, p. 120 ss.

¹⁹ Corte di Giustizia, 16 settembre 1999, in causa C-218/98, *Abdoulaye e a. v. Régie nationale des usines Renault SA*, punti 16, 20-22, che ha dichiarato compatibile con il diritto comunitario un assegno speciale in favore delle lavoratrici in congedo di maternità, e Corte di Giustizia, 29 novembre 2001, in causa C-366/99, *Griesmar v. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de la Décentralisation*, punto 46.

n. 76/207/CEE disponeva che “un trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità ai sensi della direttiva n. 92/85/CEE costituisce una discriminazione” (art. 2, comma 7). Analoga previsione è oggi contenuta nell’art. 2, comma 3, lett. c) della più recente direttiva n. 2006/54/CE, riguardante l’attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, la quale, al ventitreesimo Considerando, ricorda anche che “dalla giurisprudenza della Corte di giustizia risulta chiaramente che qualsiasi trattamento sfavorevole nei confronti della donna in relazione alla gravidanza o alla maternità costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso”, della quale non sono ammesse ragioni giustificative. In questo senso infatti la Corte di Giustizia si è espressa in numerose pronunce²⁰.

²⁰ Chiara è l’affermazione contenuta in Corte di Giustizia, 18 novembre 2004, in causa C-284/02, *Land Brandenburg v. Sass*, che ha negato che la lavoratrice madre possa subire un trattamento sfavorevole con riguardo ai requisiti necessari ad accedere ad un livello superiore della gerarchia professionale: “la direttiva 76/207 mira al conseguimento di un’uguaglianza sostanziale e non formale (v., in tal senso, cit. sentenze Merino Gómez, punto 37, e Thibault, punto 26). Da quanto precede si evince che una lavoratrice è tutelata, nel suo rapporto di lavoro, contro ogni trattamento sfavorevole motivato dal fatto che essa usufruisce o ha usufruito di un congedo di maternità. Infatti, una donna che subisca un trattamento sfavorevole a causa di un’assenza per congedo di maternità è vittima di una discriminazione che ha origine nella sua gravidanza e nel detto congedo. Un comportamento del genere costituisce una discriminazione direttamente fondata sul sesso ai sensi della direttiva 76/207 (v. sentenze 13 febbraio 1996, causa C342/93, Gillespie e a., Racc. pag. I475, punto 22; Thibault, cit., punti 29 e 32, e 30 marzo 2004, causa C147/02, Alabaster, Racc. pag. I0000, punto 47)” (punto 34).

Sulla base di analoghe considerazioni, la Corte ha ritenuto incompatibile col diritto comunitario una disciplina che posticipava la data di entrata in servizio della lavoratrice alla fine del congedo di maternità, senza prendere in considerazione tale periodo ai fini dell’anzianità di servizio: “un lavoratore di sesso femminile è tutelato, nel suo rapporto di lavoro, contro ogni trattamento sfavorevole motivato dal fatto che esso usufruisce o ha usufruito di un congedo di maternità e una donna che subisca un trattamento sfavorevole a causa di un’assenza per congedo di maternità è vittima di una discriminazione che ha origine nella sua gravidanza e nel detto congedo”: Corte di Giustizia, 16 febbraio 2006, in causa C-294/04, *Sarkatzis Herrero v. Instituto Madrileño de la Salud (Imsalud)*, punto 39.

Sulla base degli stessi principi i giudici di Lussemburgo hanno dichiarato incompatibile con l’art. 6, n. 1, lett. (g), della direttiva n. 86/378, come modificata dalla direttiva n. 96/97, una disposizione che aveva l’effetto di interrompere l’acquisto dei diritti ad una rendita assicurativa durante i congedi legali di maternità, in quanto imponeva come condizione che la lavoratrice percepisse un reddito imponibile durante tali congedi (Corte di Giustizia, 13 gennaio 2005, in causa C-356/03, *Mayer v. Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder*, con nota di M. BRESCIA, *Congedo per maternità e sistema previdenziale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, 2, p. 919 ss) e hanno considerato direttamente discriminatoria la pretesa del datore di lavoro di fondare sullo stato di gravidanza della lavoratrice il rifiuto del suo reintegro nel posto di lavoro prima della scadenza del congedo parentale (Corte di Giustizia, 27 febbraio 2003, in causa C-320/01, *Bush v. Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG*).

In senso analogo, Corte di Giustizia, 30 aprile 1998, in causa C-136/95 *Caisse Nationale d’assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) v. Thibault* : “Si deve pertanto considerare che una donna che subisce un trattamento sfavorevole per quanto riguarda le sue condizioni di lavoro, nel senso che viene privata del diritto di ricevere il suo rapporto informativo annuale e, conseguentemente, di ottenere una promozione, a causa di un’assenza per maternità, è vittima di una discriminazione che ha origine nella sua gravidanza e nel suo congedo di maternità. Un comportamento del genere costituisce una discriminazione direttamente basata sul sesso ai sensi della direttiva” (punto 32).

Significativa appare, infine, la recente pronuncia con la quale la Corte ha escluso che la donna possa considerarsi in stato di gravidanza nel caso in cui sia già avvenuta la fecondazione in vitro ma non ancora il

Intensa è, in particolare, la protezione assicurata contro il licenziamento, vietato dall'art. 10 della direttiva n. 92/85 per tutto il periodo compreso fra l'inizio della gravidanza e la fine del congedo di maternità (tranne nei casi eccezionali non connessi a tale stato ammessi dalle legislazioni e/o prassi nazionali). È infatti costantemente ribadito del giudice comunitario che il licenziamento di una lavoratrice a motivo della sua gravidanza rappresenta una discriminazione diretta fondata sul sesso, contraria all'art. 5, n. 1, della direttiva n. 76/207 (che impone la parità di trattamento nelle condizioni di lavoro, comprese quelle inerenti al licenziamento)²¹.

Il licenziamento è illegittimo anche quando motivato da una malattia connessa alla gravidanza sopravvenuta anteriormente al congedo di maternità, poiché le complicazioni eventualmente insorte rientrano nei rischi inerenti allo stato di gravidanza e partecipano quindi della specificità di tale stato. Una volta riconosciuto, infatti, che “la situazione di una lavoratrice gestante che si trovi in condizioni di incapacità lavorativa provocata dai disturbi connessi al suo stato di gravidanza non può essere equiparata alla situazione di un lavoratore di sesso maschile ammalato che sia assente per incapacità lavorativa durante lo stesso lasso di tempo”, “un licenziamento del genere può riguardare solo le donne e costituisce quindi una discriminazione diretta fondata sul sesso” (caso *Brown*)²².

Appare interessante anche una recente applicazione del medesimo principio di non discriminazione in relazione alla garanzia della effettività della tutela giurisdizionale. Il

trasferimento in utero e che quindi possa applicarsi nei suoi confronti il divieto di licenziamento previsto nella direttiva n. 92/85; tuttavia ha ritenuto che il licenziamento possa essere impedito in virtù del principio di parità di trattamento, qualora venga dimostrato che esso trovi fondamento essenzialmente sul fatto che l'interessata si sia sottoposta a tale trattamento (Corte di Giustizia, 26 febbraio 2008, in causa C-506/06, *Mayer v. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner*).

²¹ Corte di Giustizia, 8 novembre 1990, in causa C-179/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund*, punto 13; Corte di Giustizia, 5 maggio 1994, in causa C-421/92, *Habermann-Beltermann*, punto 15; Corte di Giustizia, 14 luglio 1994, in causa C-32/93, *Webb*, punto 19.

Il licenziamento della lavoratrice incinta è illegittimo anche nel caso in cui sia stata assunta con contratto a tempo determinato e risulti inabile al lavoro per una parte rilevante della durata del contratto stesso (e anche qualora abbia omesso di informare il datore di lavoro in merito al proprio stato): Corte di Giustizia, 4 ottobre 2001, in causa C-109/00, *Tele Danmark A/S v. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*.

Il mancato rinnovo del contratto a termine, una volta giunto a scadenza naturale, nel caso di lavoratrice in stato di gravidanza, pur non essendo in sé illegittimo, costituisce discriminazione diretta laddove dipenda da motivi legati a tale stato, equivalendo ad un rifiuto di assumere una donna incinta, in contrasto con gli artt. 2 e 3 della direttiva n. 76/207: Corte di Giustizia, 4 ottobre 2001, in causa C-438/99, *Jiménez Melgar v. Ayuntamiento de Los Barrios*. Analogamente, Corte di Giustizia, 3 febbraio 2000, in causa C-207/98, *Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern*, ha ritenuto illegittimo il rifiuto datoriale di assumere con contratto a tempo indeterminato una donna incinta, non potendo tale rifiuto trovare giustificazione neppure nell'esistenza di un divieto legale di svolgimento di talune attività cui l'assunta sarebbe stata destinata. Sulla natura discriminatoria del rifiuto di assunzione di una donna in stato interessante, al pari del licenziamento, in quanto “un rifiuto d'assunzione per motivo di gravidanza può opporsi solo alle donne e rappresenta quindi una discriminazione diretta a motivo del sesso”, v. Corte di Giustizia, 8 novembre 1990, in causa C-177/88, *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, punto 12.

²² Corte di Giustizia, 30 giugno 1998, in causa C-394/96, *Brown v. Rentokil Initial UK Ltd*, punti 15 e 31

giudice comunitario ha ritenuto, infatti, che lo stato di gravidanza potesse assumere rilievo ai fini della disciplina delle forme speciali di ricorso per le ipotesi di licenziamento illegittimo, affermando che “il termine di decadenza di quindici giorni applicabile all’azione di nullità e di reintegrazione deve essere considerato particolarmente breve, tenuto conto della situazione in cui si trova una donna all’inizio della gravidanza”: è, infatti, “molto difficile, pur rispettando il termine di quindici giorni, per una lavoratrice licenziata durante la sua gravidanza farsi consigliare utilmente nonché, eventualmente, redigere e proporre un ricorso”²³.

L’attenzione per le problematiche connesse alla maternità e l’infanzia, inoltre, ha progressivamente assunto una valenza più ampia, che ha investito lo stesso modo di intendere il medesimo principio di parità. L’evoluzione della legislazione e della giurisprudenza, infatti, ha mostrato come gli istituti a tutela della maternità avessero ormai assunto significati nuovi: lungi dal riferirsi esclusivamente agli aspetti strettamente fisici connessi alla gravidanza, quale condizione biologica della donna che richiede particolare protezione (*ex art. 32 Cost.*), tali forme di tutela hanno dimostrato la loro attitudine a porsi a presidio anche, e soprattutto, dei 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’ultimo²⁴. L’estensione del diritto all’astensione obbligatoria e alla corresponsione della relativa indennità alle ipotesi di adozione o affidamento preadottivo (ad opera dell’art. 6 l. n. 903 del 1977, Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro, disciplina poi estesa anche alle lavoratrici autonome e alle libere professioniste) e a quelle di affidamento familiare (ad opera della l. n. 184 del 1983) ne costituiscono evidenti conferme.

La tutela della maternità, pertanto, risulta ormai sganciata dall’evento del parto in quanto tale, collegandosi principalmente alla cura dell’interesse del minore e di quello degli stessi genitori all’educazione del figlio e ad un sereno svolgimento del rapporto filiale e delle complessive relazioni familiari, per fare in modo che non ricevano pregiudizio dallo svolgimento dell’attività di lavoro.

²³Corte di Giustizia, 29 ottobre 2009, in causa C-63-08, *Virginie Pontin*, punti 62 e 65.

²⁴La centralità di questi aspetti nella predisposizione degli istituti a tutela della maternità è stata ampiamente messa in luce dalla stessa giurisprudenza costituzionale: v. ad esempio Corte cost. nn. 1/1987, 61/1991, 3/1998, 270/1999. In materia di adozione è inoltre significativa 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. Nella giurisprudenza comunitaria, v. 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.*

Un passo ulteriore è stato quello di svincolare l'istanza di tutela della maternità dalle problematiche connesse allo svolgimento di un rapporto di lavoro, entro cui era rimasta finora confinata.

Un primo segnale in tal senso era riscontrabile già nella legge n. 1204 del 1971, che, ad alcune condizioni, consentiva la corresponsione dell'indennità di maternità anche in assenza di un rapporto di lavoro in atto²⁵; in questo caso, la dissociazione non era completa, dato che lo scopo era quello di “indennizzare la donna lavoratrice per la perdita della retribuzione ricavabile dal lavoro che essa avrebbe presumibilmente potuto trovare o riprendere se non ne fosse stata impedita dalla maternità e dal periodo di astensione obbligatoria dal lavoro che essa comporta”²⁶.

Più significativi sono quei casi, più recenti, nei quali il legislatore ha disposto la concessione di un assegno a sostegno della maternità nei casi di limitate risorse economiche del nucleo familiare di appartenenza della madre, a prescindere dal fatto che questa svolga un'attività lavorativa (art. 66, l. 23 dicembre 1998, n. 448; art. 49, l. 23 dicembre 1999, n. 488; art. 80, l. 23 dicembre 2000, n. 388; art. 74, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151). Evidentemente, in tali ipotesi, la maternità è assunta come oggetto di protezione in quanto tale e non solo in quanto inserita nell'ambito di un rapporto di lavoro.

Questa prospettiva è stata fatta propria dalla stessa giurisprudenza costituzionale. La sent. n. 405/2001, ad esempio, ha disposto 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”, la Corte ha concluso nel senso che escludere la corresponsione dell'indennità in ragione del licenziamento violi l'obbligo costituzionale di protezione della maternità sancito dagli artt. 31 e 37 Cost.

Spostata l'attenzione sulla tutela “della maternità in quanto tale piuttosto che della lavoratrice madre”²⁷, la prima ha assunto i contorni di un valore costituzionalmente tutelato

²⁵ Si fa riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 17 della legge, che disponeva la corresponsione dell'indennità di maternità anche nei casi di risoluzione del rapporto di lavoro per cessazione dell'attività dell'azienda o scadenza del termine, che si fossero verificati durante i periodi di interdizione dal lavoro. Era poi disposto che le lavoratrici che si trovassero, all'inizio del periodo di astensione obbligatoria, sospese, assenti dal lavoro senza retribuzione, ovvero disoccupate, fossero ammesse al godimento dell'indennità di maternità purché tra l'inizio della sospensione, dell'assenza o della disoccupazione e quello del congedo non fossero decorsi più di sessanta giorni. Tale disciplina è ora contenuta nell'art. 24 d.lgs. n. 151/2001.

²⁶ Corte cost. n. 132/1991.

²⁷ Corte cost. nn. 495/2002 e 197/2002.

in quanto tale²⁸, non più nella prospettiva di una sua “funzione sociale”²⁹, ma del riconoscimento di una “condizione personale, che trova peculiare considerazione costituzionale”³⁰.

Questa rinnovata consapevolezza, combinata alla valorizzazione delle esigenze di tutela del minore e degli aspetti affettivi e relazionali fra il genitore e il bambino, ha condotto, attraverso un lungo percorso normativo e giurisprudenziale, ad estendere l’operatività di tali istituti anche alla figura del padre, la cui presenza è riconosciuta altrettanto fondamentale di quella materna nella cura e nella crescita del bambino³¹. Il principio di uguaglianza e non discriminazione, allora, ha avuto il ruolo di tutelare anche la figura paterna, in una prospettiva quasi rovesciata, che sembra individuare nel padre lavoratore una nuova categoria di “soggetto debole” bisognoso di protezione.

Tale percorso è chiaramente percepibile nella giurisprudenza costituzionale.

Nella sentenza n. 1/1987 la Corte costituzionale ha riconosciuto al padre il diritto all’astensione obbligatoria nei primi tre mesi successivi al parto e ai riposi giornalieri solo nei casi di morte o grave infermità della madre, quindi solo in via sussidiaria rispetto alla figura materna.

Un diverso orientamento sembra già emergere nella successive sentenze nn. 341/1991 e 179/1993. La prima ha esteso al lavoratore, affidatario di un minore ai sensi dell’art. 10 della l. 4 maggio 1983, n. 184, il diritto ad astenersi dal lavoro, in alternativa alla moglie, durante i primi tre mesi successivi all’effettivo ingresso del bambino nella famiglia affidataria. La seconda ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 7 della legge n. 903 del 1977, nella parte in cui non riconosceva, in via generale ed in ogni ipotesi, al padre lavoratore, in alternativa alla madre lavoratrice consenziente, il diritto ai riposi giornalieri previsti dall’art. 10, l. 30 dicembre 1971, n. 1204, per l’assistenza al figlio nel suo primo anno di vita³².

²⁸ Su questo aspetto, M. LUCIANI, *La protezione della maternità davanti alla Corte. Brevi note sulla sent. n. 405 del 2001*, in *Giur.cost.*, 2001, p. 3922, secondo cui “nella giurisprudenza costituzionale la logica dell’art. 31 finisce per penetrare all’interno dell’ambito precettivo dell’art. 37, inducendo una protezione della donna lavoratrice che (con felice paradosso) prescinde largamente da questa condizione soggettiva”; C. COLAPIETRO, *Dalla tutela della lavoratrice madre alla tutela della maternità e dell’infanzia: l’evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, 6, p. 1317 ss.

²⁹ Corte cost. nn. 1/1987 e 276/1988.

³⁰ Corte cost. n. 310/1999.

³¹ La legge n. 903 del 1977 ha riconosciuto per la prima volta al lavoratore, anche nel caso di adozione o affidamento, il diritto all’astensione facoltativa dal lavoro e ai permessi per malattia del bambino, in alternativa alla madre ovvero in esclusiva quando i figli fossero affidati al solo padre (art. 7); tuttavia non veniva messo in discussione il ruolo insostituibile della presenza materna nel periodo immediatamente successivo al parto, restando infatti prerogativa della madre l’astensione obbligatoria post-partum e i riposi giornalieri (quest’ultima scelta risultava in effetti meno coerente, se si considera che già nella legge del 1971 i riposi non erano più collegati in via esclusiva, come avveniva in quella del 1950, alle esigenze dell’allattamento).

³² Su questi aspetti, v. R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit., pp. 729 ss.

Nonostante il giudice costituzionale, in queste pronunce, avesse tentato di mostrare una continuità d'indirizzo rispetto a quello espresso qualche anno prima, in realtà ha delineato un modello parzialmente divergente, nel quale la figura paterna è stata intesa come vera e propria alternativa alla presenza materna; si spiega quindi che la Corte sia giunta, in questo caso, ad auspicare che il legislatore estendesse al padre lavoratore il diritto all'astensione obbligatoria al di là dei limiti fissati dalla pronuncia del 1987³³.

L'orientamento giurisprudenziale è stato confermato dalla sent. n. 385/2005, che ha ritenuto illegittimo, in quanto discriminatorio, il mancato riconoscimento al padre adottivo o affidatario libero professionista della facoltà di avvalersi del congedo in alternativa alla madre e del corrispondente diritto all'indennità. A giudizio della Corte, “tale discriminazione rappresenta un *vulnus* sia del principio di *parità di trattamento tra le figure genitoriali* e fra lavoratori autonomi e dipendenti, sia del valore della protezione della famiglia e della tutela del minore”; ancora: “la violazione del principio di uguaglianza appare ancor più evidente se si considera che il legislatore ha riconosciuto tale facoltà ai padri che svolgano un'attività di lavoro dipendente: il non aver esteso analoga facoltà ai liberi professionisti determina una disparità di trattamento fra lavoratori che non appare giustificata dalle differenze, pur sussistenti, fra le diverse figure (differenze che non riguardano, certo, il *diritto a partecipare alla vita familiare in egual misura rispetto alla madre*), e non consente a questa categoria di padri-lavoratori di godere, alla pari delle altre, di quella protezione che l'ordinamento assicura in occasione della genitorialità, anche adottiva” (corsivo non testuale)³⁴.

Il riferimento alla figura del “genitore” sembra aver sostituito quello rivolto al “padre” o alla “madre”, in vista di assicurarne la parità trattamento nel godimento del medesimo diritto costituzionale riconosciuto ai genitori in quanto tali. Di questa rinnovata prospettiva si trova

³³ In realtà la legislazione successiva (d.lgs. n. 151/2001) non è giunta a questo risultato; pur equiparando la posizione di entrambi i genitori con riferimento alle ipotesi di astensione facoltativa (c.d. congedo parentale previsto dall'art. 32), riposi giornalieri (che, disciplinati dagli artt. 39 e 40, devono essere goduti, nel caso di adozione, «entro il primo anno dall'ingresso del minore nella famiglia» anziché «entro il primo anno di vita del bambino»: Corte cost. n. 104/2003) e permessi per la malattia del figlio (art. 47), ha limitato l'istituto del congedo di paternità ai casi di morte, grave infermità della madre o di abbandono, oltre a quelli di affidamento esclusivo del bambino al padre (art. 28; in senso analogo disponeva l'art. 7 l. n. 53/2000). È da notare tuttavia che nelle ipotesi di adozione il padre può avvalersi del diritto di astenersi dal lavoro nei tre mesi successivi all'effettivo ingresso del minore nella famiglia in alternativa alla madre (art. 31). Evidentemente il legislatore ha tenuto conto del carattere specialissimo che contraddistingue il rapporto madre-figlio nei primi periodi successivi al parto naturale in confronto alle ipotesi di adozione.

³⁴ La tutela del preminente interesse del minore alla presenza di entrambe le figure genitoriali è al centro anche della sent. n. 376/2000, che ha dichiarato illegittimo l'art. 17, comma 2, lettera d), l. 6 marzo 1998, n. 40 (Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), ora sostituito dall'art. 19, comma 2, lett. d), d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), nella parte in cui non estende il divieto di espulsione al marito convivente della donna in stato di gravidanza e nei sei mesi successivi alla nascita del figlio.

conferma nella giurisprudenza comunitaria, che sembra aver compiuto un percorso analogo a quello della Corte costituzionale.

Nel caso *Hofmann* la Corte di Giustizia ha avallato la legislazione tedesca che attribuiva solo alla madre e non anche al padre il diritto all'astensione facoltativa dal lavoro fino al sesto mese di vita del bambino, ritenendo meritevole di tutela la "speciale relazione che si instaura fra madre e bambino successivamente alla nascita", evidentemente non equiparabile a quella esistente con il padre³⁵. Nella più recente sentenza *Griesman* la Corte ha ritenuto discriminatoria l'esclusione dal beneficio della maggiorazione di anzianità, utile per il calcolo della pensione di vecchiaia, nella misura di un anno per ogni figlio, dei lavoratori padri "in grado di provare di aver preso a carico l'allevamento dei figli", smentendo così per la prima volta l'idea della infungibilità delle donne nell'espletamento dei compiti di educazione ed assistenza propri della vita familiare³⁶.

Da ultimo, la Corte ha ritenuto discriminatoria la disciplina che condizionava la facoltà del padre lavoratore subordinato di godere del permesso "per allattamento" al fatto che la madre fosse anch'essa lavoratrice subordinata. Nonostante, infatti, "questo permesso sembra dunque essere concesso ai lavoratori nella loro qualità di genitori del bambino", nella legge spagnola "la qualità di genitore non è sufficiente a consentire agli uomini con lo status di lavoratore subordinato di beneficiare del permesso, mentre lo è per le donne aventi lo stesso status": la disposizione in questione, pertanto, costituiva una "discriminazione di trattamento fondata sul sesso, ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva 76/207, tra le madri aventi lo status di lavoratore subordinato e i padri aventi lo stesso status", dato che "le situazioni di un lavoratore di sesso maschile e di un lavoratore di sesso femminile, rispettivamente padre e madre di bambini in tenera età, sono infatti equiparabili sotto il profilo della necessità di ridurre il loro orario di lavoro giornaliero per occuparsi del bambino"³⁷.

3. Effettività del diritto alla parità ed implicazioni giurisprudenziali

L'indagine sulle applicazioni del principio di parità nei rapporti di lavoro nel nostro ordinamento ed in quello comunitario porta a ravvisare un altro aspetto comune, che attiene agli strumenti prescelti per la realizzazione dell'uguaglianza sancita dai rispettivi testi fondamentali. In entrambi i casi, infatti, l'effettività del diritto alla parità è veicolata dalla medesima nozione, quella di "protezione adeguata".

³⁵ Corte di Giustizia, 12 luglio 1984, in causa C-184/83, *Hofmann v. Barmer Ersatzkasse*.

³⁶ Corte di Giustizia, 29 novembre 2001, in causa C-366/99, *Griesmar*, cit.

³⁷ Corte di Giustizia, 30 settembre 2010, in causa C-104/09, *Pedro Manuel Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA*.

Tale espressione è impiegata, in primo luogo, nel primo comma dell'art. 37 Cost., che impone di “assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione”; lo stesso parametro di adeguatezza si trova nell'art. 11, n. 1, della direttiva n. 92/85/CEE del Consiglio del 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, che impone di garantire alla lavoratrice madre “i diritti connessi con il contratto di lavoro, compreso il mantenimento di una retribuzione e/o il versamento di un'indennità adeguata”.

L'analisi di questa nozione appare, allora, determinante per comprendere il significato concreto della garanzia della parità e soprattutto le sue implicazioni giurisdizionali.

L'effettiva parità della donna lavoratrice, infatti, risulta possibile solo se la tutela speciale predisposta dal legislatore riesca ad essere efficace in un determinato contesto socio-economico. In altri termini, tale protezione deve raggiungere quel livello che consenta effettivamente alla donna di portare avanti la sua scelta di maternità nel contesto di una concreta realtà del mercato del lavoro. Un intervento legislativo che, volendo predisporre particolari strumenti a tutela della lavoratrice madre, non tenesse conto del livello di protezione imposto dalle concrete dinamiche in cui la lavoratrice si trova inserita, sarebbe del tutto inefficace: vanificherebbe gli obiettivi di parità proclamati dal testo costituzionale, lasciando di fatto la donna nella condizione di inferiorità lavorativa provocata dal suo stato.

Ne consegue che il concetto di protezione adeguata utilizzato dalla disposizione costituzionale ha carattere relativo, in quanto destinato a seguire l'evoluzione delle dinamiche socio-economiche e del mercato del lavoro. La determinazione del suo contenuto non può quindi prescindere dall'interpretazione che di queste abbia dato lo stesso legislatore ordinario, così come non può tralasciarsi di considerare l'ordinamento complessivo nella predisposizione e nella evoluzione delle forme di tutela della lavoratrice madre, anche nell'opportuno confronto con le situazioni di fatto di altre lavoratrici madri, specie nel ceto di riferimento.

Non si tratta, allora, di subordinare il testo costituzionale alla legge. Si vuole piuttosto che la formula costituzionale riesca a svolgere un ruolo sempre efficace nella continua evoluzione del contesto sociale e normativo. Per questo il suo significato non può essere determinato se non nel sistema dell'ordinamento, rimanendo altrimenti una formula vuota, riempibile di contenuto ad arbitrio dell'interprete, e così privata delle sue potenzialità di tutela. La protezione dei diritti non può che guadagnare effettività da una lettura circolare

dell'ordinamento, nel quale “i gradi inferiori si saldano con quelli superiori per esserne integrati e per integrarli”³⁸.

Pertanto, per giudicare se il trattamento economico complessivo, che una determinata disciplina accorda alla lavoratrice durante il periodo del congedo per maternità, integri una protezione adeguata ai sensi della disposizione costituzionale, non si può che considerarla alla luce dei livelli di protezione raggiunti nel nostro diritto positivo. L'analisi della legislazione in materia, e della sua evoluzione, dimostra che l'ordinamento ha raggiunto livelli di protezione mai smentiti ma piuttosto progressivamente ampliati.

In effetti, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la prima attuazione dell'art. 37 Cost. è avvenuta con la l. 26 agosto 1950, n. 860, la quale, oltre ad ampliare l'ambito di applicazione della tutela assicurata dalla normativa precedente³⁹, ha disposto la corresponsione di un'indennità giornaliera pari all'80% della retribuzione per tutto il periodo di assenza obbligatoria dal lavoro. La legge del 1950 è stata implicitamente abrogata dalla l. 30 dicembre 1971, n. 1204, che, confermata la misura del trattamento economico (art. 15), ha ampliato ulteriormente i soggetti beneficiari, comprendendovi anche le apprendiste e le

³⁸ Così, nel ricostruire i rapporti tra Costituzione e legge ordinaria, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pp. 140-142.

³⁹ Sulla legislazione precedente alla Costituzione, v. L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, vol. III, Milano, 1957, pp. 197 ss; DE LITALA, *Diritto delle assicurazioni sociali*, Torino, 1959, pp. 638 ss; M.L. BALLESTRERO, voce *Maternità*, cit., pp. 326 ss; ID, *Dalla tutela alla parità*, cit., pp. 19 ss; M. PERSIANI, *La disciplina del lavoro femminile*, cit., pp. 104 ss.

La prima forma di protezione economica della lavoratrice madre fu predisposta nel 1910, mediante l'istituzione di un'assicurazione obbligatoria e la contemporanea costituzione della Cassa nazionale di maternità (finanziata con i contributi posti a carico delle lavoratrici e degli imprenditori). Si provvedeva all'erogazione di un “sussidio” (di carattere assistenziale) in cifra fissa non raggugliata al salario e anticipato dal datore di lavoro (l. 17 luglio 1910 n. 520). La precedente disciplina, infatti, pur vietando di adibire la donna al lavoro, dapprima nelle quattro settimane successive al parto (l. 19 giugno 1902, n. 242, nota come “legge Carcano”), poi nell'ultimo mese di gravidanza e nel primo dopo il parto (r.d. 1 agosto 1907, n. 635, t.u. leggi sanitarie), non assicurava alla lavoratrice in congedo alcuna retribuzione né le garantiva la conservazione del posto di lavoro. La concessione del sussidio era comunque limitato alle categorie contemplate dal t.u. sul lavoro delle donne e dei fanciulli del 10 novembre 1907, n. 818, e cioè alle sole operaie occupate negli opifici industriali con più di cinque addetti (con esclusione dunque del lavoro impiegatizio, del lavoro agricolo e di quello a domicilio).

Durante il periodo corporativo, il precedente regime assicurativo, facente capo alla Cassa nazionale di maternità, restò sostanzialmente invariato, sebbene progressivamente esteso a diverse categorie di lavoratrici. Nel 1943 fu riconosciuto alle lavoratrici madri occupate in alcuni settori di produzione il diritto a ricevere durante il periodo di astensione obbligatoria una indennità pari al 60% della retribuzione; l'accordo interconfederale per le operaie gestanti del 1946 prevedeva un periodo di congedo obbligatorio di tre mesi prima del parto e sei settimane dopo il parto e un trattamento economico pari ai 2/3 della retribuzione. La contrattazione collettiva ha poi ulteriormente innalzato il livello di protezione, prevedendo, per il settore tessile, una indennità pari al 70% della retribuzione. La legge del 1950 ha esteso la tutela alle lavoratrici dell'agricoltura e alle dipendenti di enti pubblici e società cooperative per le quali non vigesse una diversa, e non deteriore, disciplina. V. M. PERSIANI, *La disciplina del lavoro femminile*, cit., p. 107, che individua lo scarto fra le discipline emanate a tutela delle lavoratrici madri a partire dalla fine del diciannovesimo secolo e quella posta dalla Costituzione Repubblicana nel fatto che, in quest'ultima, la tutela della donna lavoratrice non sia più strumentale alla cura di interessi pubblici ma assuma come riferimento l'interesse della stessa lavoratrice madre, ovvero “l'interesse alla eliminazione delle situazioni di bisogno in cui si trovano i cittadini, mezzo al fine di garantire l'effettivo godimento dei diritti civili e politici”.

lavoratrici a domicilio (art. 18) e quelle addette ai servizi domestici e familiari (art. 19). La corresponsione dell'indennità di maternità, nella medesima misura percentuale, è stata poi disposta, ad opera della l. 29 dicembre 1987, n. 546, e della l. 11 dicembre 1990, n. 379, anche a favore delle lavoratrici autonome e delle libere professioniste.

Successivamente, la giurisprudenza costituzionale ha contribuito ad ampliare ulteriormente il novero delle categorie protette, includendovi, ad esempio, le imprenditrici agricole a titolo principale⁴⁰, o le c.d. lavoratrici socialmente utili⁴¹, risultate così beneficiarie della disciplina dettata rispettivamente dall'art. 3, l. n. 546/1987 e dall'art. 15 l. n. 1204/1971. Il trattamento previsto da queste disposizioni, infatti, è stato considerato dalla Consulta quale attuazione minima dell'imperativo costituzionale di protezione della maternità, in mancanza della quale tale valore sarebbe rimasto privo di qualsiasi tutela. Ad avviso della Corte, infatti, se il legislatore può modulare le forme di tutela alla specificità delle situazioni lavorative, non può però compromettere la protezione del bene costituzionale della maternità, privandolo "di fondamentali garanzie costituzionalmente previste" qual è appunto il trattamento economico contemplato dalle due disposizioni e nelle forme da queste previste. Il d.lgs. n. 151 del 2001 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, che ha abrogato la legge n. 1204 del 1971) ha poi dato seguito all'intervento del giudice costituzionale, prevedendo espressamente, per entrambe le categorie, la corresponsione dell'indennità di maternità, sempre commisurata all'80% del loro normale trattamento economico (rispettivamente artt. 65 e 66).

Come si può notare, la dinamica ordinamentale non ha mai ridotto il livello di protezione raggiunto all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, ma si è impegnata piuttosto ad estenderlo, nel senso sia di ampliare il novero dei soggetti protetti, sia di incrementare la stessa misura del trattamento economico, nella prospettiva di pervenire, per quanto possibile, ad una tutela completa ed efficace della lavoratrice madre.

Tale tendenza si riscontra, da ultimo, nel più recente Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità (d.lgs. n. 151 del 2001). In primo luogo, infatti, pur limitando il trattamento economico dei periodi di congedo obbligatorio ad una percentuale della retribuzione, si assume una base di calcolo tendenzialmente onnicomprensiva, in quanto all'importo della retribuzione media globale giornaliera deve aggiungersi "il rateo giornaliero relativo alla gratifica natalizia o alla tredicesima mensilità e agli altri premi o mensilità o trattamenti accessori eventualmente

⁴⁰ Corte cost. n. 361/2000.

⁴¹ Corte cost. n. 310/1999.

erogati alla lavoratrice” (art. 23 comma 2). In secondo luogo, l’art. 1 contiene una clausola generale che fa “salve le condizioni di maggior favore stabilite da leggi, regolamenti, contratti collettivi, e da ogni altra disposizione”. E infatti la contrattazione collettiva, pur in assenza di un obbligo legislativo in tal senso⁴², normalmente prevede a carico del datore di lavoro l’integrazione della indennità di maternità fino alla concorrenza della retribuzione complessiva.

A questo punto, la misura del trattamento economico della maternità definita dall’attuale legislazione ordinaria rappresenta un punto di riferimento nell’interpretazione della clausola di adeguatezza impiegata dall’art. 37 Cost. e tale circostanza risulta determinante ai fini della sua applicazione giurisdizionale.

Un recente caso giurisprudenziale consente di chiarire tali implicazioni.

L’art. 3, primo comma, della legge n. 27 del 1981 ha istituito, in favore dei magistrati ordinari e “fino all’approvazione di una nuova disciplina del trattamento economico del personale” di magistratura (che ad oggi non è ancora stata emanata), una indennità non pensionabile “in relazione agli oneri che gli stessi incontrano nello svolgimento della loro attività”, adeguata di diritto, ogni tre mesi, contestualmente all’adeguamento degli stipendi. Secondo l’originario testo normativo, la sua corresponsione era esclusa in tutte le ipotesi di sospensione del servizio per qualsiasi causa, fra le quali, in particolare, quella di assenza obbligatoria per maternità prevista dall’art. 4 l. n. 1204 del 1971 (Tutela delle lavoratrici madri): tale disposizione è stata più volte sottoposta al giudizio di legittimità costituzionale, nella parte in cui escludeva la corresponsione dell’indennità giudiziaria nei periodi di astensione obbligatoria per maternità⁴³.

⁴² R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit., p. 691.

⁴³ L’art. 1, comma 325, l. 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria 2005), ha modificato il disposto dell’art. 3, ammettendo che l’indennità giudiziaria venga corrisposta anche nei periodi di astensione obbligatoria per maternità. La corresponsione dell’indennità rimane invece esclusa, oltre che negli altri casi originariamente contemplati, nelle ipotesi di astensione facoltativa prevista dagli articoli 32 e 47, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 151 del 2001, cioè durante il congedo parentale e per malattia del figlio. Come spiega la Relazione governativa accompagnatoria alla legge, si è voluto così “eliminare una ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla generalità delle lavoratrici madri delle pubbliche amministrazioni con riferimento al trattamento accessorio fisso e continuativo”.

Tuttavia, l’intervento normativo non è valso a concludere definitivamente la vertenza giurisprudenziale. Infatti, la novella legislativa, di cui non è stata disposta l’efficacia retroattiva, produce effetti a decorrere dall’1 gennaio 2005 e non si applica pertanto alle fattispecie anteriori alla data della sua entrata in vigore, che restano regolate dall’originario disposto dell’art. 3, primo comma, l. n. 27 del 1981. Con riferimento a tali fattispecie risulta pertanto ancora rilevante nei giudizi pendenti davanti alla giurisdizione amministrativa la questione di legittimità costituzionale della medesima disposizione. Le riserve di costituzionalità possono essere riferite alla stessa legge n. 311 del 2004, nella parte in cui non si applica retroattivamente alle fattispecie anteriori alla sua entrata in vigore. Sono state di conseguenza riproposte dal giudice amministrativo censure analoghe a quelle già avanzate negli anni precedenti.

Se, nella sua prima pronuncia sull'argomento, la Corte si è limitata ad escludere la disparità di trattamento rispetto alle altre dipendenti statali che percepivano, nei periodi di congedo, l'intero trattamento economico (sentenza n. 238/1990), successivamente ha ripetutamente negato la violazione degli artt. 31 e 37 Cost., in quanto la tutela costituzionale della maternità non imporrebbe la conservazione integrale della retribuzione durante il periodo di astensione obbligatoria: il trattamento economico assicurato alla donna magistrato durante il congedo sarebbe stato comunque sufficiente a far fronte agli oneri connessi alla maternità e quindi in grado di assicurarle una protezione "adeguata" ai sensi dell'art. 37 Cost. (sent. n. 407/1996 e ordd. nn. 106/1997, 290/2006, 137/2008, 346/2008).

Occorre però considerare che l'indennità in questione è fissata nella stessa misura per ogni magistrato, a prescindere dalle funzioni svolte, con la conseguenza che (mentre appare pressoché ininfluenza sullo stipendio dei magistrati che ricoprono ruoli direttivi) rappresenta poco più del 37% del trattamento retributivo per i magistrati all'inizio della loro carriera (magistrato di tribunale appena cessato l'uditorato), ossia per la totalità delle donne magistrato in età fertile che decidono di avere figli. La disciplina posta dalla legge n. 27 del 1981, pertanto, ha l'effetto di sottrarre alla donna magistrato che usufruisce del congedo obbligatorio per maternità più di un terzo della sua normale retribuzione, riservandole un trattamento economico notevolmente inferiore al livello generalmente raggiunto dal nostro ordinamento e che può ritenersi corrispondente ad una protezione adeguata. Quest'ultimo, alla luce delle precedenti considerazioni, non può che essere considerato "un punto di non ritorno, superabile per valorizzare ulteriormente i relativi principi costituzionali, non già per regredire verso situazioni di minore tutela"⁴⁴.

Ciò comporta che una disciplina che abbassasse in misura rilevante tale soglia di protezione difficilmente potrebbe ritenersi conforme al disposto costituzionale, in quanto contraddirebbe l'obbligo di predisporre una tutela che possa considerarsi "adeguata", nel significato che questa clausola ha progressivamente assunto nel nostro diritto positivo.

Se si considera, inoltre, che l'art. 37 Cost., insieme all'art. 31 Cost., esprimono, come prima messo in luce, un valore che trascende il rapporto maternità-lavoro, individuando una situazione soggettiva protetta al livello più elevato, in quanto espressione della dignità della donna ed oggetto di un suo diritto inviolabile *ex art. 2 Cost.*, il concetto di protezione adeguata si riveste di ulteriori significati, rappresentando non soltanto il livello di protezione

⁴⁴ Anche a questo proposito, L. PALADIN, *Le fonti*, cit., p. 142, ove l'A. intende dimostrare che "la Costituzione non è solo condizionante ma viene a sua volta condizionata dalla legislazione attuativa" e in questo senso rappresenta "il frutto di una 'creazione storica', 'un dato che di continuo si trasforma', poiché incide su di esso l'attività legislativa rivolta a concretarlo".

necessario a garantire l'effettiva parità dei lavoratori di entrambi i sessi, ma la tutela minima richiesta dalla Costituzione a presidio di un diritto fondamentale della persona, in mancanza della quale questo risulterebbe leso. Rispetto a tale tutela la discrezionalità del legislatore non è affatto piena. La norma che attribuisce alla lavoratrice madre l'ottanta per cento della sua retribuzione, che, come si è visto, rappresenta oggi il contenuto costante che il legislatore ha dato alla protezione richiesta dal testo costituzionale, potrebbe ritenersi costituzionalmente necessaria, in quanto appresta "quel minimo di tutela che determinate situazioni esigono secondo Costituzione"⁴⁵ e rispetto al quale il legislatore non potrebbe intervenire se non in senso migliorativo.

La Corte di Giustizia sembra essere stata posta di fronte a problemi sostanzialmente analoghi in ordine all'interpretazione della clausola di adeguatezza contenuta nel diritto comunitario ed in genere della garanzia della parità retributiva a favore della lavoratrice in stato di gravidanza.

È affermazione costante del giudice comunitario che la condizione della lavoratrice madre in astensione obbligatoria non è assimilabile a quella di un lavoratore maschio né a quella di una donna effettivamente presente sul posto di lavoro. Essa non ha pertanto diritto a mantenere la retribuzione integrale durante il congedo di maternità, come se svolgesse effettivamente la sua attività al pari degli altri lavoratori.

Di conseguenza è stato ritenuto non discriminatorio il fatto che la lavoratrice madre subisca una riduzione della propria retribuzione durante il periodo della gravidanza a motivo di una malattia connessa a quest'ultima e sopraggiunta prima del periodo di astensione, a condizione che venga trattata in maniera identica rispetto ad un lavoratore assente per malattia: secondo il giudice comunitario, infatti, la tutela della lavoratrice sarebbe assicurata dal fatto che "l'ammontare delle prestazioni corrisposte non sia talmente esiguo da pregiudicare la finalità, perseguita dal diritto comunitario, di tutelare le lavoratrici"⁴⁶.

In questo modo la Corte di giustizia ha di fatto equiparato la nozione di protezione adeguata a quella di trattamento minimo, sufficiente a non vanificare gli scopi del congedo. Ma una interpretazione di questo tipo non sembra conforme all'imperativo di uguaglianza, che non è soddisfatto dal mero riconoscimento di una soglia essenziale di protezione. Come si è cercato di dimostrare, un trattamento economico adeguato non coincide affatto con un

⁴⁵ Corte cost. n. 26/1981.

⁴⁶ Corte di Giustizia, 8 settembre 2005, in causa C-191/03, *North Western Health Board v. McKenna*, punto 59. Lo stesso criterio è stato impiegato da Corte di Giustizia, 13 febbraio 1996, in causa C-342/93, *Gillespie e a. v. Northern Health and Social Services Board*; Corte di Giustizia, 30 marzo 2004, in causa C-147/02, *Alabaster, v. Woolwich*., con nota di A. OCCHINO, *Il congedo di maternità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: due variazioni sul tema*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2004, 4, p. 704 ss.

trattamento minimo, ma con la somma in grado di garantire l'effettiva parità dei diritti della donna lavoratrice. Una tutela di questo tipo è pertanto implicitamente richiesta dallo stesso art. 157 TFUE, alla stregua del quale la considerazione della specificità della condizione della lavoratrice madre non può che essere funzionale alla predisposizione di quelle misure e alla ricerca di quelle interpretazioni che garantiscano la sostanziale parità fra i lavoratori di entrambi i sessi.

Una conferma si trova nella giurisprudenza più recente della stessa Corte di Giustizia, che sembra aver abbracciato una prospettiva diversa da quella fatta propria nelle precedenti pronunce.

Nel caso deciso con la sentenza del 1° luglio 2010, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi proprio sull'interpretazione dell'art. 11, punto 1, della direttiva 92/85, laddove impone il riconoscimento di un'indennità adeguata⁴⁷. La vicenda sottoposta all'esame del giudice comunitario sollevava il problema del trattamento economico da attribuire nel periodo di maternità ad una hostess, che, a motivo del suo stato di gravidanza, era stata assegnata a mansioni amministrative, in considerazione dei rischi che lo svolgimento delle sue ordinarie funzioni avrebbe potuto comportare per la salute del feto.

La Corte ha fatto notare, innanzi tutto, che “in quanto responsabile di cabina, una parte consistente della retribuzione complessiva della ricorrente nella causa principale è composta da indennità integrative. Le integrazioni versate ai lavoratori possono considerevolmente variare a seconda che si tratti di una persona avente la qualità di superiore gerarchico, come il responsabile di cabina, oppure una hostess di volo o uno steward. Tali lavoratori possono percepire diverse indennità, come, in particolare, quelle per il lavoro notturno, per il lavoro domenicale, per i giorni di ferie, per le ore supplementari se la giornata di lavoro eccede le otto ore, per i voli di lunga durata o anche per i voli che comportano una differenza del fuso orario”. La ricorrente chiedeva la corresponsione di una retribuzione equivalente a quella mediamente percepita prima del mutamento di mansioni: in effetti, come constatato dallo stesso giudice comunitario, “tali integrazioni rappresentavano circa il 40% della retribuzione totale della ricorrente nella causa principale prima della sua temporanea assegnazione ad un posto a terra. Lo stipendio mensile di base di quest'ultima ammonta ad EUR 1 821,76 e la sua retribuzione mensile media ad EUR 3 383,04. In seguito a tale assegnazione, la retribuzione mensile totale della ricorrente nella causa principale è diminuita di EUR 834,56”.

⁴⁷ Corte di Giustizia, 1 luglio 2010, in causa C-471/08, *Sanna Maria Parviainen v. Finnair Oyj*.

Pur negando il diritto della ricorrente a percepire un'indennità pari alla sua retribuzione media, la Corte ha adottato una soluzione che appare innovativa rispetto agli orientamenti sino ad allora seguiti. In effetti ha abbandonato il criterio del trattamento minimo, ritenendo piuttosto che la lavoratrice gestante ha diritto di “conserva(re), in occasione di tale assegnazione, il diritto agli elementi della retribuzione o alle integrazioni che si ricollegano al suo status professionale” e che “nei limiti in cui tale sistema di retribuzione non tiene conto (...) degli elementi della retribuzione o delle integrazioni che si ricollegano allo status professionale della lavoratrice gestante, status che detta temporanea assegnazione non pone affatto nuovamente in discussione, come le integrazioni connesse alla qualità di superiore gerarchico dell'interessata, alla sua anzianità e alle sue qualifiche professionali, tale sistema non può essere considerato conforme ai requisiti previsti dall'art. 11, punto 1, della direttiva 92/85”.

In questo modo, per la prima volta, il giudice comunitario è entrato nel merito del trattamento riconosciuto nel periodo di maternità, non accontentandosi del fatto che l'indennità versata fosse sufficiente a condurre una vita dignitosa, ma imponendo il mantenimento dello status professionale della lavoratrice e dei corrispondenti diritti economici. Tale riconoscimento conferma il fatto che la predisposizione di una tutela minima non può in alcun modo essere considerata valida attuazione del principio di parità.

4. La parità negli effetti: la discriminazione indiretta secondo la Corte di giustizia

Di particolare interesse si rivela, ai fini dell'indagine qui condotta, l'ampia giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla nozione di discriminazione indiretta.

Con tale espressione si indica la disparità di trattamento che si verifica allorché “l'applicazione di un provvedimento nazionale, benché formulato in modo neutro, di fatto sfavorisca un numero molto più alto di donne che di uomini”; essa è ammissibile solo qualora sia ravvisabile una giustificazione costituita da ragioni oggettive, estranee a qualsiasi discriminazione fondata del sesso⁴⁸.

La distinzione fra discriminazione diretta e discriminazione indiretta è stata elaborata dalla Corte di Giustizia ben prima della sua codificazione da parte del legislatore comunitario⁴⁹. In effetti già la direttiva n. 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione

⁴⁸ Corte di Giustizia, 10 marzo 2005, in causa C-196/02, *Nicoloudi v. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, punto 44.

⁴⁹ V. Corte di Giustizia, 31 marzo 1981, in causa 96/80, *Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd* e Corte di Giustizia, 13 maggio 1986, in causa 170/84, *Bilka-Kaufhaus v. Weber von Hartz*; per un esempio recente, v. Corte di Giustizia, 30 marzo 2000, in causa C-236/98, *Jämställdhetsombudsmannen*.

del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, dichiarava illegittimi gli atti e i trattamenti che discriminano direttamente o indirettamente mediante il riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia; ma è stato merito della giurisprudenza della Corte aver precisato e affinato la nozione di discriminazione indiretta, come “discriminazione rilevabile negli effetti, cioè che risulta dalle conseguenze sproporzionalmente sfavorevoli, in capo ai lavoratori dell’uno o dell’altro sesso, di criteri di valutazione apparentemente neutri e non essenziali al lavoro svolto”⁵⁰. Tale acquisizione è stata poi recepita sia dal legislatore nazionale, nell’art. 4 della legge n. 125/1991, ora trasfuso nell’art. 25, comma 2, del d.lgs. 198/2006 (Codice delle pari opportunità fra uomo e donna)⁵¹, sia da quello comunitario, dapprima dalla direttiva n. 97/80 sull’onere della prova della discriminazione e successivamente dalla direttiva n. 2002/73, di riforma della direttiva n. 76/207; oggi la definizione di discriminazione indiretta è contenuta nell’art. 2 della già citata direttiva n. 2006/54 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.

In conformità a tali disposizioni, pertanto, il legislatore che intenda introdurre criteri di disciplina suscettibili di pregiudicare un numero significativamente maggiore di lavoratrici di sesso femminile, è tenuto a fornire in sede contenziosa una giustificazione della disparità di trattamento, che il giudice comunitario si ritiene legittimato a sindacare sulla base di criteri di proporzionalità.

Ragioni oggettive in grado di giustificare disparità di trattamento fra i lavoratori dei due sessi possono essere, ad esempio, alcuni criteri di classificazione, quali l’anzianità di servizio, la flessibilità (o adattabilità) o la qualificazione professionale del lavoratore⁵². In ogni caso la differenza retributiva non può essere giustificata da fattori conosciuti dopo l’entrata in

⁵⁰ M ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, cit., p. 248

⁵¹ Cha ha abrogato le precedenti leggi in materia di parità di trattamento e azioni positive (ad esempio la l. n. 903/1977 e la l. n. 125/1991), accorpando le relative disposizioni in un unico testo normativo. Si veda ad esempio l’art. 1, che individua l’obiettivo della legge nell’intento di “eliminare ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza, o come scopo, di compromettere o di impedire il riconoscimento, il godimento o l’esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo”; l’art. 27, che vieta le discriminazioni nell’accesso al lavoro, in particolare quelle realizzate “attraverso il riferimento allo stato (...) di gravidanza” (comma 2 lett. a).

⁵² Corte di Giustizia, 17 ottobre 1989, in causa C-109/88, *Handels - og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark v. Danfoss*: secondo il giudice comunitario, spetta al datore di lavoro provare che gli ultimi due criteri, pur determinando per le lavoratrici retribuzioni medie inferiori a quelle dei loro colleghi, siano effettivamente necessari per la corretta esecuzione dei compiti affidati. Il datore di lavoro, invece, potrà far ricorso liberamente al criterio dell’anzianità di servizio, in quanto idoneo a ricompensare l’esperienza acquisita dal lavoratore, senza dover fornire alcuna dimostrazione sul punto: su quest’ultimo aspetto, v. Corte di giustizia, 3 ottobre 2006, in causa C-17/05, *Cadman v. Health & Safety Executive*.

servizio, in relazione alla differente capacità individuale di lavoro o alla diversa qualità delle prestazioni⁵³.

Una questione che ha ampiamente occupato la giurisprudenza comunitaria ha riguardato l'eventuale natura indirettamente discriminatoria delle speciali, e meno favorevoli, discipline dettate per il rapporto di lavoro a tempo parziale, in considerazione del fatto che i lavoratori occupati con tale tipologia contrattuale sono prevalentemente di sesso femminile⁵⁴.

Nel compiere tale valutazione, la Corte di giustizia svolge una argomentazione articolata in quattro fasi logiche. Innanzi tutto il giudice verifica se la disposizione della legislazione dello Stato membro o del contratto collettivo impugnato dinanzi ad un organo giurisdizionale nazionale rientri *ratione materiae* nell'ambito di applicazione del divieto di discriminazione sancito dal diritto comunitario ed in particolare dell'art. 141 TCE (ora art. 157 TFUE). In caso affermativo, la Corte esamina se sussiste di fatto una disparità di trattamento fra lavoratori a tempo parziale e lavoratori a tempo pieno comparabili. Successivamente, accerta se tale disparità di trattamento colpisca in modo più significativo le donne rispetto agli uomini, tenendo in considerazione - ove disponibili - le statistiche sui lavoratori dipendenti di sesso maschile e quelli di sesso femminile occupati in regime di lavoro a tempo parziale⁵⁵. Per ultimo, la Corte esamina se la disparità di trattamento, che potrebbe dar luogo ad una discriminazione, possa essere giustificata da fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso del lavoratore, sulla base di criteri di proporzionalità.

In numerose occasioni il giudice comunitario ha ravvisato una discriminazione indiretta sulla base del sesso in discipline che collegavano alla scelta del tempo parziale condizioni meno favorevoli in ordine, ad esempio, al salario corrisposto in caso di malattia⁵⁶,

⁵³ Corte di Giustizia, 26 giugno 2001, in causa C-381/99, *Brunnhofers*, cit.

⁵⁴ Fra le pronunce più recenti, Corte di Giustizia, 10 marzo 2005, cit.; Corte di Giustizia, 27 maggio 2004, in causa C-285/02, *Edeltraud Elsner-Lakeberg v. Land Nordrhein-Westfalen*; si veda inoltre l'ampia disamina di E. TRAVERSA, *La protezione dei lavoratori a tempo parziale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2003, pp. 329 ss.

⁵⁵ Nella sua prima giurisprudenza in materia di lavoro a tempo parziale, la Corte ha mostrato una certa riluttanza ad accertare direttamente, nelle sentenze relative a domande pregiudiziali, se, in un determinato settore professionale o in una determinata impresa, la percentuale delle lavoratrici svantaggiate fosse superiore a quella dei colleghi di sesso maschile. In questi casi, la Corte ha preferito basare la sua decisione su un'ipotesi e lasciare la valutazione finale della situazione dei lavoratori dei due sessi al giudice nazionale: v., ad esempio, Corte di Giustizia, causa C-96/80, *Jenkins v. Kingsgate*, in *Racc.*, 1981, 911; Corte di Giustizia, causa C-170/84, *Bilka v. Weber von Hartz*, in *Racc.*, 1986, 1607; Corte di Giustizia, causa C-184/89, *Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg*, in *Racc.* 1991, 1297. Nei procedimenti pregiudiziali successivi, la Corte si è mostrata più determinata, facendo maggiore affidamento sulle ordinanze di rinvio e sulle informazioni statistiche fornite dalle giurisdizioni nazionali e giungendo così a dichiarare espressamente nelle sue sentenze che una data disposizione di legge o una clausola di un contratto collettivo di lavoro avrebbero dovuto essere considerate contrarie al principio di non discriminazione sancito dal trattato: v. Corte di Giustizia, causa C-171/88, *Rinner-Kühn v. FWW Spezial*, in *Racc.*, 1989, 2743; Corte di Giustizia, causa C-102/88, *Ruzius-Wilbrink*, in *Racc.*, 1989, 4311; Corte di Giustizia, causa, C-457/93, *Kuratorium für Dialyse*, in *Racc.*, 1993, 1243.

⁵⁶ Corte di Giustizia, causa C-171/88, *Rinner-Kühn*, cit.

corresponsione di indennità di fine rapporto⁵⁷, avanzamento di carriera⁵⁸, formazione professionale⁵⁹, regimi di sicurezza sociale⁶⁰.

In molti casi i trattamenti meno vantaggiosi per queste categorie di lavoratori erano giustificati dallo Stato d'origine in ragione della finalità di assicurare l'equilibrio finanziario e di perseguire obiettivi occupazionali; l'ambito che più ha impegnato il giudice comunitario, infatti, è stato quello delle differenze retributive giustificate dalle autorità nazionali sulla base di considerazioni di politica sociale⁶¹. Ma su tale argomento la giurisprudenza non ha sempre mostrato il medesimo rigore.

Nel caso *Enderby*, ad esempio, la Corte ha ammesso che valutazioni connesse alla situazione del mercato del lavoro possano costituire possibili ragioni giustificative di differenze retributive fra uomini e donne: il datore di lavoro, infatti, per incoraggiare l'occupazione in un determinato settore d'impiego, può essere indotto ad offrire una retribuzione più elevata per determinate attività, nel rispetto del principio di proporzionalità⁶².

Significativi sono i casi in cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla natura indirettamente discriminatoria del trattamento riservato ai c.d. lavori minori, cioè le attività lavorative subordinate prestate per un orario settimanale e per una retribuzione non superiori a certi valori minimi di riferimento, in considerazione del fatto che questi tipi di lavoro sono svolti prevalentemente da dipendenti di sesso femminile.

In un primo caso, la Corte ha negato che desse luogo a una discriminazione indiretta la loro esclusione dal regime legale di assicurazione per vecchiaia, dando ragione al governo tedesco, che spiegava la scelta normativa con l'intento di non appesantire con costi eccessivi il ricorso a tali figure contrattuali e incoraggiarne pertanto la diffusione nel mercato del

⁵⁷ Corte di Giustizia, causa C-33/89, *Kowalska*, in *Racc.*, 1990, 2591.

⁵⁸ Corte di Giustizia, causa C-184/89, *Nimz*, cit.; Corte di Giustizia, causa C-1/95, *Gerster v. Frestaat Bayern*, in *Racc.*, 1997, 5253.

⁵⁹ Corte di Giustizia, causa C-360/90, *Staat Berlin v. Botel*, in *Racc.*, 1992, 3589; Corte di Giustizia, causa C-457/93, *Kuratorium*, cit.; Corte di Giustizia, causa C-278/93, *Freers and Speckmann*, in *Racc.*, 1996, 1165.

⁶⁰ Corte di Giustizia, Corte di Giustizia, causa C-170/84, *Bilka*, cit.; Corte di Giustizia, causa C-57/96, *Vroege*, in *Racc.*, 1994, 4541.

⁶¹ Si veda ad esempio Corte di Giustizia, 6 aprile 2000, in causa C-226/98, *Jørgensen*, cit., punto 41: “la politica sociale compete agli Stati membri, i quali dispongono di un potere discrezionale ragionevole per quanto riguarda la natura dei provvedimenti di protezione sociale e le modalità concrete della loro realizzazione (v. sentenze 7 maggio 1991, causa C-229/89, Commissione/Belgio, *Racc.* pag. I-2205, punto 22, e 19 novembre 1992, causa C-226/91, Molenbroek, *Racc.* pag. I-5943, punto 15). Provvedimenti del genere, qualora rispondano ad una finalità legittima di politica sociale, siano atti al perseguimento di tale finalità e necessari a tale scopo nonché giustificati da motivi estranei ad una discriminazione fondata sul sesso, non possono essere considerati una violazione del principio della parità di trattamento (v. citate sentenze nelle cause Commissione/Belgio, punti 19 e 26, e Molenbroek, punti 13 e 19)”.

⁶² Corte di Giustizia, 27 ottobre 1993, in causa C-127/92, *Enderby*, cit.

lavoro⁶³. Analoghe preoccupazioni di politica occupazionale hanno indotto il giudice comunitario a ritenere giustificata la mancata considerazione dei lavoratori impiegati con tali tipologie contrattuali nel numero minimo richiesto per l'applicazione del regime di tutela contro i licenziamenti illegittimi⁶⁴.

Una posizione più rigorosa è stata invece assunta nel caso in cui è stata contestata l'esclusione di tali lavoratori dal godimento di una indennità annuale straordinaria, in quanto discriminazione indiretta a carico dei lavoratori di sesso femminile⁶⁵: in questa occasione la Corte, pur ribadendo che considerazioni di politica sociale, rimesse alla discrezionalità dei singoli Stati membri, possono fondare differenze retributive, ha inteso tuttavia precisare che le stesse non possono “svuotare di ogni sostanza l'attuazione di un principio fondamentale del diritto comunitario” qual è la parità di retribuzione fra i lavoratori di entrambi i sessi⁶⁶. La Corte ha richiesto, comunque, che le misure adottate dagli Stati membri per perseguire legittimi scopi di politica sociale rispondano a criteri di proporzionalità, siano cioè idonei e necessari a raggiungere l'obiettivo perseguito, il quale non possa essere conseguito con altri mezzi⁶⁷.

Nelle pronunce più recenti, pertanto, è divenuta costante l'affermazione che, “sebbene considerazioni di bilancio possano costituire il fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro e influenzare la natura ovvero l'estensione dei provvedimenti di tutela sociale che esso intende adottare, non costituiscono tuttavia di per sé un obiettivo perseguito da tale politica e non possono, pertanto, giustificare una discriminazione a sfavore di uno dei sessi”; ammettere che considerazioni di bilancio possano giustificare una differenza di trattamento tra uomini e donne “comporterebbe che l'applicazione e la portata di una norma tanto fondamentale del diritto comunitario come quella della parità tra uomini e donne possano variare, nel tempo e nello spazio, a seconda dello stato delle finanze pubbliche degli Stati membri”⁶⁸.

⁶³ Corte di Giustizia, 14 dicembre 1995, in causa C-317/93, *Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover*.

⁶⁴ Corte di Giustizia, 30 novembre 1993, in causa C-189/91, *Kirsammer-Hack v. Sidal*.

⁶⁵ Corte di Giustizia, 9 settembre 1999, in causa C-281/97, *Krüger v. Kreiskrankenhaus Ebersberg*.

⁶⁶ Corte di Giustizia, 9 febbraio 1999, in causa C-167/97, *Seymour-Smith e Perez*. In maniera analoga la Corte si è espressa nelle sentenze *Kutz-Bauer* e *Steinicke*, relative alla natura indirettamente discriminatoria delle regole di accesso all'istituto tedesco del lavoro a tempo parziale per motivi di età: Corte di Giustizia, 20 marzo 2003, in causa C-187/00, *Kutz-Bauer v. Freie und Hansestadt Hamburg*; Corte di Giustizia, 11 settembre 2003, in causa C-77/02, *Steinicke v. Bundesanstalt für Arbeit*.

⁶⁷ V. ad esempio Corte di Giustizia, 22 novembre 2005, in causa C-144/04, *Mangold v. Rüdiger Helm*, punto 65.

⁶⁸ Corte di Giustizia, 6 aprile 2000, in causa C-226/98, *Jørgensen*, cit., punto 39; Corte di Giustizia, 10 marzo 2005, in causa C-196/02, *Nicoloudi*, cit., punto 53; Corte di Giustizia, 11 settembre 2003, in causa C-77/02, *Steinicke*, cit., punto 67.

L'atteggiamento del giudice comunitario è divenuto progressivamente più rigoroso, nell'intento di assicurare una tutela forte contro qualsiasi disparità di trattamento fondata sul sesso. Una recente pronuncia fornisce una efficace dimostrazione del valore che la Corte di Giustizia attribuisce al principio di parità sancito dal Trattato; la conclusione cui è giunta è significativa in quanto ripropone il tema del bilanciamento fra tale valore e le altre esigenze di rilievo primario perseguite dal legislatore⁶⁹.

La legislazione nazionale, all'origine del rinvio pregiudiziale, consentiva al datore di lavoro pubblico di licenziare gli impiegati che avessero maturato il diritto alla pensione di vecchiaia, al dichiarato fine di favorire l'occupazione giovanile. Questa disciplina era stata sospettata di creare una discriminazione a svantaggio delle lavoratrici, in quanto tale diritto previdenziale maturava per le donne cinque anni prima degli uomini. Dopo aver ricordato che la fissazione di un limite di età per la cessazione obbligatoria del rapporto inerisce alla nozione di licenziamento, la Corte ha constatato che "in forza del citato art. 253, n. 1, gli uomini maturano tale diritto al compimento del sessantacinquesimo anno di età e le donne al compimento del sessantesimo anno di età. Ne consegue che i lavoratori di sesso femminile possono essere licenziati a partire dal momento in cui raggiungono i 60 anni, mentre i lavoratori di sesso maschile possono essere licenziati unicamente dopo aver raggiunto l'età di 65 anni"; di conseguenza "poiché il criterio applicato dalle disposizioni in parola è indissociabile dal sesso dei lavoratori sussiste dunque, contrariamente a quanto sostenuto dalla cassa pensione, una disparità di trattamento direttamente fondata sul sesso".

La Corte ha poi proseguito il ragionamento per verificare l'esistenza di altri principi in grado di giustificare tale discriminazione; ha valutato, in particolare, se fosse applicabile al caso di specie l'art. 7, n. 1, lett. a, della direttiva n. 79/7 del Consiglio, del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, che consente agli Stati membri di escludere dal suo ambito di applicazione "la fissazione dei limite di età per la concessione della pensione di vecchiaia e di fine lavoro e le conseguenze che possono derivarne per altre prestazioni".

Ma, ad avviso del giudice comunitario, "tenuto conto dell'importanza fondamentale del principio di parità di trattamento, l'eccezione al divieto di discriminazioni fondate sul sesso prevista da tale disposizione deve essere interpretata restrittivamente"⁷⁰; data l'impossibilità

⁶⁹ Corte di Giustizia, 18 novembre 2010, in causa C-356/09, *Pensionsversicherungsanstalt v. Christine Kleist*.

⁷⁰ Ciò implica, nel caso di specie, che l'eccezione prevista dall'art. 7 della direttiva n. 79/7 "può applicarsi soltanto alla fissazione dell'età del pensionamento per la corresponsione delle pensioni di vecchiaia e di anzianità ed alle conseguenze che ne derivano per altre prestazioni previdenziali".

di riferirsi a tale disposizione, ha concluso che “la citata disparità di trattamento non può dunque essere giustificata dall’obiettivo di promuovere l’inserimento professionale di persone più giovani, come invocato dalla cassa pensione”.

Tale affermazione solleva alcune perplessità, inducendo a riflettere sul significato del principio di parità di trattamento sulla base del sesso e sui termini del suo bilanciamento con altri valori costituzionali. In effetti, come già messo in luce, la parità fra i sessi è stata sempre considerata come una sorta di “nucleo duro” del principio di uguaglianza formale, da intendere in senso forte e suscettibile di deroga solo in presenza di esigenze di pari rilievo costituzionale. Questa pronuncia insinua un interrogativo sul senso di tale assunto e sulle sue implicazioni nella giurisprudenza costituzionale.

L’applicazione giurisdizionale del principio di uguaglianza di genere presenta allora diversi aspetti problematici. I casi ricordati hanno dimostrato la molteplice valenza contenziosa della parità di trattamento fra lavoratori di entrambi i sessi, che, lungi dall’esaurirsi in un principio di non discriminazione, impone “interventi positivi” dell’organo giurisdizionale al fine di assicurarne l’effettività. Il giudice che sia investito del sindacato sulla natura discriminatoria delle scelte legislative è chiamato a svolgere una valutazione che non può prescindere dalla considerazione delle realtà di fatto e dell’intero contesto dell’ordinamento nel quale la soluzione normativa si inserisce, che riempiono di contenuti ed integrano i principi dettati dal testo costituzionale. Tanto l’esempio della clausola di adeguatezza quanto le implicazioni della nozione di discriminazione indiretta costituiscono dimostrazione della necessità di assicurare determinati livelli di protezione per assicurare l’effettività del diritto alla parità: le formule impiegate a livello primario devono essere interpretate alla luce di questi livelli, che risultano determinanti nel giudizio sulla legittimità della scelta legislativa. La discrezionalità di quest’ultima risulta limitata proprio in questo senso, non potendo ridurre il principio di parità alla garanzia di una tutela minima, in quanto comunque sufficiente, a prescindere dagli effetti concreti delle soluzioni prescelte. Il giudizio costituzionale risulta, pertanto, integrato dalla considerazione dell’insieme di questi fattori, che non possono che condurre a decise prese di posizione dell’organo giurisdizionale, alla stregua di quelle fatte proprie con le pronunce rese nell’ultimo anno in sede europea.