

EISSN 2499-4650



Diretta da ENRICO GRAGNOLI

Numero straordinario

Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro



G. Giappichelli Editore – Torino

Rivista trimestrale - Numero straordinario

www.dirittoalavorovariazioni.com

Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro

Diretta da ENRICO GRAGNOLI

Numero straordinario



G. Giappichelli Editore – Torino

Direttore responsabile: Enrico Gragnoli

Direzione e Redazione

email: greco.vtdl@libero.it

www.dirittolavorovariazioni.com

© Copyright 2019 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

Servizio di stampa ad uso privato di Rivista Digitale.

Comitato di direzione

José Antonio Fernandez Avilés – Emilio Balletti – Vincenzo Bavaro – Franca Borgogelli – Alessandro Boscati – Stefano Brusati – Piera Campanella – Guido Canavesi – Carlo Cester – Maurizio Del Conte – Antonio Di Stasi – Madia D’Onghia – Loredana Ferluga – Valeria Fili – Alessandro Garilli – Andrea Lassandari – Fiorella Lunardon – Luigi Menghini – Michele Miscione – Antonella Occhino – Alberto Pizzoferrato – Maurizio Ricci – Antonio Vallebona – Carlo Zoli – Antonello Zoppoli

Comitato di redazione

Maria Giovanna Greco (*caporedattore*) – Mirko Altimari – Lucia Bello – Ilaria Bresciani – Ilaria Cairo – Francesco Capparelli – Massimo Cundari – Lorenzo Maria Dentici – Cristina Marani – Martino Matarese – Fabio Pantano – Susanna Palladini – Marta Selicorni – Luigi Sposato – Laura Torsello – Ester Villa – Valentina Zaccarelli

Comitato di valutazione

Luigi Angiello – Francesco Basenghi – Alessandro Bellavista – Stefano Bellomo – Paola Bozzao – Marina Brollo – Luca Calcaterra – Davide Casale – Matteo Corti – Luigi De Angelis – Michele De Luca – Marco Esposito – Vincenzo Ferrante – Maria Dolores Ferrara – Marco Ferraresi – Lorenzo Gaeta – Donata Gottardi – Renato Greco – Fausta Guarriello – Stella Laforgia – Chiara Lazzari – Stefano Liebman – Mariella Magnani – Sandro Mainardi – Valerio Maio – Massimiliano Marinelli – Oronzo Mazzotta – Roberta Nunin – Paola Olivelli – Antonello Olivieri – Roberto Romei – Riccardo Salomone – Francesco Santoni – Alessandra Sartori – Valerio Speciale – Adriana Topo – Paolo Tosi – Armando Tursi – Roberto Voza – Anna Zilli

Norme di autodisciplina

1. La valutazione dei contributi inviati per la pubblicazione, sia su iniziativa degli Autori, sia in quanto richiesti dal Comitato di direzione, è affidata a due membri del Comitato per la valutazione scientifica scelti a rotazione.
2. Il contributo è inviato ai valutatori senza notizia dell’identità dell’Autore.
3. L’identità dei valutatori è coperta da anonimato. Il parere anonimo è inviato all’Autore.
4. In caso di pareri contrastanti la direzione assume la responsabilità della decisione.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, la direzione promuove la pubblicazione solo a seguito dell’adeguamento del saggio assumendosi la responsabilità della verifica.

Indice

Index

Il tema

La libertà religiosa

ANTONIO OJEDA-AVILÈS, <i>The collective negotiation of reasonable accommodation of the religious acts in the company</i>	1231
CHRISTOPHE VIGNEAU, <i>Religious freedom at work in France</i>	1253
ALBERTO PIZZOFERRATO, <i>Freedom of Religion in the Workplace: the Current State of the Art</i>	1263
ENRICO GRAGNOLI, <i>Divine protection and human law. Work, the social marginality of religion and protection of freedom</i>	1275
LUCIANO GENOVESI, <i>Religious creed and law: two worlds apart?</i>	1297
STEFANIA SCARPONI, <i>The “fair balance” of fundamental rights in the European Court of Justice decisions in the matter of religious freedom at work and the impact of the principle of “proportionality”</i>	1313
ANTONELLO OLIVIERI, <i>The legal system between divine law and labour law: the one who is overmuch righteous, for this reason becomes unrighteous</i>	1333
MARCO BIASI-ALESSANDRO NEGRI, <i>Religious Freedom and Professional Sports: the Case of the NBA Players Observing the Ramadan Fast</i>	1351
CINZIA CARTA, <i>Companies’ policies of neutrality and the principle of non – discrimination</i>	1367
GIULIA CASSANO, <i>The freedom of religion in the workplace in the latest case law of the Court of Justice of the European Union: the Cresco investigation case and religious holidays</i>	1379

CLAUDIA CARCHIO-ELISABETTA SARTOR, <i>The principle of secularity as a neutral approach and the indirect religious discriminations in the employment relationship</i>	1391
STEFANO MARIA CORSO, <i>Religious belief versus health and safety at work: labour law as a guarantor of respect for fundamental rights</i>	1413
BARBARA DE MOZZI, <i>Religious freedom and the right to rest days on religious festivals (of others).</i>	1429
PIERLUIGI DIGENNARO, <i>A critical assessment of the EUCJ case law on the manifestation of religious convictions at the workplace</i>	1451
INMACULADA MARÍN ALONSO-CARMEN SOLÍS PRIETO, <i>The impact of religious freedom in the Labor and Social Security Framework in Spain</i>	1465
CATERINA MAZZANTI-GIANLUCA PICCO, <i>The principle of laicism in the employment relationship from the perspective of National and European jurisprudence</i>	1489
FATIMA NOGAYLIEVA, <i>Accommodating Religion and Belief in Russian Labour Law: Silent Consent or Unspoken Tabu</i>	1507
MARCO PERUZZI-ANNA ZILLI, <i>Sexual orientation and work in organizations with religion or belief – based ethos</i>	1519
GIUSEPPE ANTONIO RECCHIA, <i>“Discrimination on another ground”: when religious liberty and sexual orientation collide</i>	1539
NICOLÒ ROSSI, <i>Working time and religious belief: a matter of reasonableness</i>	1561
MILENA S. ROUXINOL, <i>Brief thoughts on some problems arising from religious expression in workplace</i>	1575
CATERINA TIMELLINI, <i>Islam subtly enters the labor relationship between trade union negotiations and inclusive safety</i>	1587
LAURA TORSSELLO, <i>Religious freedom in the workplace, between new needs and the multi – dimensionality of protection</i>	1603
LUIS ANGEL TRIGUERO MARTINEZ, <i>Relaciones laborales y religión en la empresa: que lugar para la gestión de los riesgos psicosociales?</i>	1617

Saggi

MARIA DEL FRATE, <i>Le Sezioni unite n. 16601 del 2017 in materia di punitiva damage: una possibile lettura in prospettiva giuslavoristica</i>	1631
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

FRANCESCA DE MICHIEL, <i>Il reddito di cittadinanza, tra contrasto alla povertà e politiche attive del lavoro</i>	1659
IRENE DI SPILIMBERGO, <i>Ancora sulla tensione fra tutela e parità di genere nel lavoro</i>	1693
LOREDANA FERLUGA, <i>Il lavoro nelle cooperative sociali</i>	1711
VINCENZO FERRANTE, <i>Nullità e disciplina del rapporto di lavoro</i>	1731
CHIARA LAZZARI, <i>Sull'incerta vigenza dell'art. 8, commi primo – terzo, della legge n. 148 del 2011</i>	1755
GIAN PIERO MARCELLINI, <i>Il convivente more uxorio quale potenziale beneficiario del congedo straordinario per assistere un familiare disabile e l'età avanzata del titolare del diritto quale potenziale causale di subentro dei legittimati sussidiari</i>	1785
FEDERICO PISANI, <i>I diritti dei ricercatori universitari sulle invenzioni finanziate</i>	1807
GIULIA SCURZIO, <i>Una prospettiva internazionale sulla tutela della stabilità del lavoro</i>	1829
PAOLO TOMASSETTI, <i>Apprendistato di primo livello e legislazione speciale sul lavoro dei minori: profili critici e prospettive evolutive</i>	1865
<i>Autori</i>	1893

Ancora sulla tensione tra tutela e parità di genere nel lavoro

About the tension between protection and gender equality in work again

Irene di Spilimbergo

Ricercatore di Diritto del lavoro nell'Università di Macerata

ABSTRACT

Il saggio ripercorre il tortuoso cammino tra tutela e parità uomo-donna nel lavoro, evidenziando alterne fasi in cui prevalgono istanze di protezione con normative differenziate per le lavoratrici madri ed istanze di promozione della parità con i lavoratori, in un'ottica di pari opportunità nella conciliazione tra i tempi del lavoro e della famiglia. Vengono ricordate tre sentenze della Cassazione che, a diverso titolo, si occupano delle istanze suddette.

Parole chiave: protezione – parità – discriminazione – genitorialità.

The essay traces the tortuous path between protection and equality between men and women in work, highlighting alternate phases in which protection instances prevail with differentiated regulations for working mothers and requests to promote equality with workers, in a perspective of equal opportunities conciliation between work and family times. Three sentences of the Cassation are recalled which, for various reasons, deal with the aforementioned instances.

Keywords: protection – equality – discrimination – parenting.

SOMMARIO:

1. Delimitazione dell'indagine. – 2. Parità e non discriminazione. – 3. La tutela della lavoratrice madre. – 4. Dalla maternità alla genitorialità. – 5. Tutela differenziata e parità. – 6. La sentenza n. 22177 del 12 settembre 2018. – 7. La sentenza n. 26663 del 22 ottobre 2018. – 8. La sentenza n. 28926 del 12 novembre 2018. – 9. Conclusioni.

1. *Delimitazione dell'indagine*

Nell'arco temporale di un trimestre, la Suprema Corte di Cassazione ha pronunciato tre sentenze emblematiche sulla questione, sempre molto attuale e dibattutissima, della parità uomo-donna nel lavoro.

Le sentenze in questione riguardano aspetti diversi di tutela della persona che lavora, ma una è la nota comune: il rispetto della parità di genere e, quindi il divieto di discriminazioni, nelle sue molteplici e, a volte, apparentemente (*sed solum prima facie*) contraddittorie sfaccettature.

Le pronunce in questione sono: Cass., sez. lav., n. 22177 del 12 settembre 2018, n. 26663 del 22 ottobre 2018 e n. 28926 del 12 novembre 2018.

Prima di analizzarle nel dettaglio ed evidenziarne i passaggi più salienti, è opportuno, a mio avviso, ripercorrere il lungo, tortuoso ed attraente percorso normativo della parità tra lavoratori e lavoratrici, ancora oggi pieno di labirintiche alternative e forti tensioni.

2. Parità e non discriminazione

Se, come è noto, in un primo autorevole intervento¹, la Corte Costituzionale affermò l'esistenza di un principio generale di obbligo per il datore di lavoro alla parità di trattamento tra i lavoratori, successivamente la Cassazione ebbe a dire che un tale principio non esiste².

Il legislatore ha regolato la questione con norme che, da un lato, garantiscono la parità, dall'altro prevedono tutele differenziate, specialmente quando si tratti di lavoro femminile: in sostanza, quindi, la legge accoglie l'interpretazione della Corte Costituzionale (vietando le disparità di trattamento in presenza di situazioni uguali), ma, contemporaneamente, ammette che il principio della parità non sia applicabile in via generale, ma solo nelle ipotesi regolate dalla legge.

Il nostro ordinamento protegge il lavoratore nella sua posizione di contraente debole rispetto alla controparte datoriale, secondo il principio del *favor praestatoris*, cardine del diritto del lavoro; se poi la persona che lavora è una donna, è prevista una regolamentazione specifica e differenziata, legata al particolare contesto della vita femminile riscontrabile nella maternità. Un discorso analogo può essere fatto anche per i minori, soggetti in crescita ed in formazione psico-fisica, di cui va tutelata l'integrità.

Regolare e controllare le condizioni di lavoro per categorie "a rischio di discriminazione" è la prima ratio di tali normative.

Una differenza di trattamento causata da un "fattore di rischio" tipizzato dalla legge in riferimento al rapporto di lavoro costituisce discriminazione so-

¹ Corte Cost. 9 marzo 1989, n. 103.

² Cass., sez. un., 17 maggio 1996, n. 4570.

lo se ingiustificata, poiché gli stessi fattori indicati dal legislatore rispondono ad esigenze di tutela di diritti fondamentali e peculiari della persona.

Sono rilevanti le discriminazioni di genere, ma anche etniche, politiche, sindacali, religiose, linguistiche, di età, di condizioni personali e di orientamento sessuale.

Ai fini della presente indagine, il campo è ovviamente limitato alle discriminazioni di genere nell'ambito lavorativo ed il diritto del lavoro contribuisce a realizzare l'obiettivo della loro eliminazione, con lo sguardo rivolto alla persona che lavora, sempre tutelata nella sua libertà di accesso, ma anche di esecuzione della prestazione o quando determinati eventi richiedano interventi più specifici.

Tutelare la libertà della persona che lavora richiede anche realizzare l'uguaglianza, garantita dalla Costituzione, che non vuol dire però mai appiattimento e non considerazione delle differenze³.

Parimenti, differenziare non può significare discriminare ed il diritto del lavoro ha affrontato ed affronta la questione della parità di trattamento con normative molteplici e complesse, finalizzate a non eliminare le differenze, ma a vietare le discriminazioni nel rispetto di esse.

In questo sta tutta la tensione degli interventi normativi, ma anche giurisprudenziali che saranno analizzati in questo contributo: da un lato, la parificazione dei sessi, con le pari opportunità, ma nel rispetto delle differenze; dall'altro, le differenziazioni, con specifiche tutele, ma nel rispetto della parità e senza discriminazione.

3. *La tutela della lavoratrice madre*

Il principio di parità fra i lavoratori di entrambi i sessi trova uno dei suoi più interessanti strumenti nel divieto di discriminazioni fondate sulle condizioni della donna lavoratrice e madre. Generalmente, tale obiettivo può essere raggiunto soltanto attraverso la predisposizione di una legislazione differenziata, in grado di colmare la disuguaglianza originaria⁴.

Uno degli esempi più chiari di “discriminazione positiva” in questa materia

³ Cfr. G. CIOCCA (a cura di), *Le pari opportunità nell'ordinamento comunitario ed interno: profili lavoristici*, EUM-Edizioni Università di Macerata, Macerata, 2008, 9.

⁴ Gli anni '70 del secolo scorso, in particolare, vedono il proliferare di una copiosa e significativa legislazione in materia: la legge n. 1204/1971 sulla tutela delle lavoratrici madri e la legge n. 903/1977 rimangono le più emblematiche.

è stata ritenuta, però, paradossalmente, proprio la legislazione a tutela dello stato di maternità della lavoratrice⁵.

La Costituzione, all'art. 37, 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"⁶. 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.

La maternità, infatti, quale esperienza esclusivamente femminile ed incompatibile, nelle sue fasi culminanti (ultime settimane di gestazione, parto, puerperio ed allattamento) con lo svolgimento di un'attività di lavoro, pone la donna in una situazione di debolezza, nel senso di preclusione dell'eguale esercizio di tale diritto. In questo senso, 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 del diritto del lavoro si traduca in un fattore di discriminazione; anzi, deve essere garantito il diritto ad una maternità senza rischi.

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

⁵ Sul punto, si rinvia a P. OLIVELLI, *Lavoro, persona, libertà e sicurezza*, in *Diritto e Libertà*, Studi in memoria di Matteo Dell'Olio, Giappichelli, Torino, 2008, II, 1098-1116.

⁶ M. PERSIANI, *La disciplina del lavoro femminile*, in *Giur. it.* 1968, IV, 110; T. TREU, *Lavoro femminile e uguaglianza*, De Donato, Bari, 1977, 52; ID., *Art. 37*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, 168; M.V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità*, Il Mulino, Bologna, 1979, 118 ss.; R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro Artt. 2110-2111*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 1992, 584-585; M.V. BALLESTRERO, *Maternità*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. comm.*, Utet, Torino, 1993, 330; sulla genesi del secondo capoverso, in particolare, T. TREU, *Art. 37, cit.*, 155 ss.; G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2001; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005; A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro: nozioni, interessi, tutele*, Cedam, Padova, 2010; L. CALAFÀ, D. GOTTARDI, (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio. Tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009; M. BARBERA, voce *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 2010; ID., *Discriminazioni e pari opportunità (diritto del lavoro)*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Giuffrè, Milano, 2014.

astensione, il divieto di licenziamento e la computabilità a tutti gli effetti dei periodi di congedo nella 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 artt. 3 e 37, comma 1, Cost.

Lo stesso giudice costituzionale ha individuato il fondamento di tale legislazione negli artt. 3, comma 2, 4, 31, 32, 37, Cost., 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 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.

La funzione procreativa della donna nella giovinezza è immodificabile, l'assegnazione di ruoli differenziati alle donne in casa, nella comunità, nel lavoro è invece (purtroppo) immodificata, nonostante le leggi, dato che il problema è sicuramente più culturale ed educativo che giuridico.

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 quale è quello al lavoro e quindi in una violazione del principio di parità di trattamento sancito dagli artt. 3 e 37 Cost., comma 1.

Chiare, in tal senso, 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, legge 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

⁷ Corte Cost. 8 febbraio 1991, n. 61, in *Mass. giur. lav.*, 1991, 4, con nota di G. FONTANA.

⁸ Corte Cost. 5 marzo 1969, n. 27, in *Giur. cost.*, 1969, 12.

⁹ Corte Cost. 29 marzo 1991, n. 132, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁰ Corte Cost. 12 settembre 1995, n. 423, in *Giur. cost.*, 1995, 3298.

mesi di lavoro effettivamente prestato per poter beneficiare dell'indennità di mobilità. Invero, la giurisprudenza costituzionale offre 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 di gravidanza¹¹.

Posto che quello alla parità di trattamento *ex artt. 3 e 37 Cost.* è un diritto fondamentale della persona, una compressione di tale diritto sarebbe ammissibile solo per la tutela di altri valori di pari rilievo costituzionale, così come avviene, per esempio, nello sciopero nei servizi essenziali. 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 ad un interesse meritevole di tutela costituzionale e dotato di tale forza e valore da giustificare l'eccezionale deroga al principio della parità. La Consulta ci ricorda, in ogni caso, che il rispetto del principio posto dall'art. 37 della Costituzione, in stretta correlazione con il principio di uguaglianza, impedisce che lo stato di maternità e gli impegni connessi alla cura del bambino comportino conseguenze negative e discriminatorie¹².

¹¹ Si può ricordare ancora la sent. n. 132/1991, cit., che già aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 17, comma 2, legge 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 vi fosse dovuta astenersi dal lavoro in ragione del suo stato". Quest'ultima considerazione è anche alla base della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 16, legge n. 1204/1971 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 Corte Cost. 12 settembre 1995, n. 423, cit.

Superate ormai da tempo le letture dell'art. 3 quale norma programmatica, la precettività della regola è entrata a far parte del patrimonio di qualsiasi ramo del diritto positivo, talora espressamente rafforzata da ulteriori specificazioni ed applicazioni.

Tuttavia, parlare di identità e differenze nel diritto del lavoro può sembrare talvolta paradossale, se si considera che il diritto del lavoro si è costruito intorno ad una nozione unitaria e per così dire “neutra” di lavoratore subordinato e a tempo indeterminato. Lo stesso diritto del lavoro nazionale post costituzionale, peraltro, mostra traccia, nel suo codice genetico, di una attenta considerazione se non delle identità, certo almeno delle differenze fra lavoratori.

Nel tempo, il diritto del lavoro ha costruito una disciplina del rapporto di lavoro che, pur mantenendo l'apparente universalità del soggetto protetto, ha progressivamente differenziato le tutele, sforzandosi di adattare proprio a quelle differenze che, in forza del principio di eguaglianza formale, non dovrebbero essere utilizzate per differenziare il trattamento di soggetti “eguali” (ma nei fatti diversi).

4. *Dalla maternità alla genitorialità*

Un più moderno concetto di famiglia, frutto dell'emancipazione femminile, del mutamento dei costumi, della ricerca di un'armonia maggiore all'interno del nucleo familiare con un'ottimale conciliazione dei tempi di lavoro e di cura dei figli segna anche l'abbandono di quella concezione che vede la donna esclusivamente “regina” della casa¹³.

Simone de Beauvoir sosteneva che «è così che si educa la donna, senza mai insegnarle la necessità di assumere essa stessa la propria esistenza; lei si lascia trascinare volentieri a contare sulla protezione, l'amore, l'aiuto, la direzione altrui; si lascia affascinare dalla speranza di poter realizzare il proprio essere senza fare niente»¹⁴; Dacia Maraini, invece, che «naturalmente quel “far niente” non riguarda una inerzia manuale: le donne hanno sempre lavorato in casa e nella vita privata, ma riguarda in modo simbolico la loro inconsistenza sociale. Il lavoro femminile è un lavoro ripetitivo che si replica sempre uguale, non sarà mai produttivo e creativo come quello che nasce dalle qualità e dai talenti di un uomo»¹⁵.

¹³ Cfr. M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991.

¹⁴ Da S. DE BEAUVOIR, *Le Deuxième Sexe* (trad. *Il secondo sesso*), Gallimard, Parigi, 1949.

¹⁵ Da D. MARAINI, *Corpo felice*, Rizzoli, Padova, 2018.

Al di là di suggestioni letterarie, è innegabile che si afferma, con sempre maggiore consapevolezza, l'idea per cui l'uomo e la donna ricoprono una posizione paritaria nella società e nel lavoro, ma soprattutto condividono gli stessi doveri all'interno e nei confronti della famiglia, in una visione di valorizzazione della pari dignità sociale richiamata dalla Costituzione.

Il legislatore e la giurisprudenza traducono queste "forme dell'esperienza" in diritto: l'art. 51 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198¹⁶, denominato "Codice delle pari opportunità", sancisce: "La tutela ed il sostegno della maternità e paternità è disciplinata dal decreto legislativo 26 Marzo 2001 n. 151", contenente il Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e di sostegno della maternità e della paternità¹⁷: questa normativa si situa all'interno di un percorso già fortemente tracciato in Italia, ed anzi di certo, meglio tracciato in Italia che nell'Unione Europea.

Il testo unico rappresenta la sintesi del cammino normativo di molti decenni, caratterizzati di volta in volta, da disposizioni anche molto diverse tra loro, ma tutte ugualmente finalizzate alla tutela della sola maternità (fino a poco tempo fa) e della maternità e paternità (oggi), in un'ottica di promozione di pari opportunità tra lavoratori e lavoratrici anche in campo familiare.

L'approvazione del Testo Unico rappresenta anche un importante passo in avanti da parte del legislatore e della società tutta verso una forma di protezione, ma anche di promozione, dalla prima e anche più antica delle comunità, la famiglia, globalmente intesa come punto di riferimento per ogni individuo che di essa è parte e che al suo interno si preoccupa di suddividere il tempo da dedicare alla cura dei figli, e degli altri componenti, ed il tempo da dedicare all'attività lavorativa¹⁸. Pertanto, la distribuzione del tempo del lavoro e del tempo per la famiglia costituisce la preoccupazione primaria del legislatore e l'intento è proprio quello di equilibrare il più possibile la scansione di tali tempi.

Non si può trascurare però anche la portata innovativa del testo unico rela-

¹⁶ Pubblicato in G.U. n. 125 del 31 maggio 2006, suppl. ord. n. 133.

¹⁷ Pubblicato in G.U. n. 96 del 26 Aprile 2001, suppl. ord. n. 93. I destinatari della normativa sono tutti i lavoratori, compresi gli apprendisti i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, dei datori di lavoro privati ed i soci lavoratori di cooperative, come si evince dall'art. 2 comma 1. Il campo di applicazione della tutela della maternità era già stato esteso alle lavoratrici autonome con la legge n. 546 del 1987, alle libere professioniste con la legge n. 379/1990 ed alle lavoratrici parasubordinate con il Decreto Ministeriale del 25 maggio 1998.

¹⁸ I. DI SPILIMBERGO, *I congedi parentali: pari opportunità in famiglia*, in G. CIOCCA (a cura di), *Le pari opportunità nell'ordinamento comunitario ed interno: profili lavoristici*, cit., 65-66.

tivamente al lavoro femminile, al suo temperamento con quello maschile in un'ottica di redistribuzione dei ruoli e delle responsabilità all'interno della famiglia, e la maggiore attenzione rivolta ai figli, soprattutto minori, che hanno bisogno sia del padre che della madre, o più giustamente, specie in alcune circostanze, di entrambi contemporaneamente. La legge tutela le lavoratrici madri attraverso una serie di garanzie previste nell'ambito più ampio di tutela alla donna (pari opportunità) e di tutela al ruolo di madre ed in generale delle funzioni della donna in ambito familiare.

La tutela si esplicita dunque sotto diverse forme: assicurazione del posto di lavoro, garanzie retributive e contributive, protezione del bambino fino ad una determinata età, protezione del bambino portatore di handicap.

Interviene in un arco temporale di decorrenza dall'inizio dello stato di gravidanza al compimento del dodicesimo anno di età del bambino. Analoga protezione della maternità è accordata alle madri cui il bambino venga affidato o dato in adozione. La possibilità di astenersi dal lavoro nel periodo di gravidanza e dalla nascita del bambino fino ai suoi 12 anni di età è disciplinata dalla legge anche per i lavoratori padri; tra gli altri diritti è riconosciuto il congedo di paternità, l'astensione facoltativa dal lavoro del lavoratore padre, i congedi sperimentali per il padre lavoratore.

L'indiscutibile valore sociale della maternità dovrebbe comportare un sistema di tutele omogeneo a tutte le categorie lavorative, senza distinzioni basate sulle modalità di svolgimento delle prestazioni.

Tuttavia, solo progressivamente nel tempo sono state estese le tutele della maternità, originariamente destinate alle lavoratrici subordinate, dapprima alle lavoratrici autonome, con la legge 29 dicembre 1987, n. 546, e, nel 1990, anche alle libere professioniste¹⁹.

In ogni caso, accantonate tutte le riserve mentali e culturali che non si possono certamente dissipare con un'imposizione normativa, resta il dato legato al doppio ruolo della donna lavoratrice e madre; già molto è stato fatto comunque con misure che, attraverso il sostegno alla famiglia e alla maternità, permettono alle donne di competere sul mercato del lavoro, senza peraltro prescindere dalla meritocrazia.

¹⁹ Sul punto, si rinvia a I. DI SPILIMBERGO, *La tutela della maternità e della paternità dei liberi professionisti iscritti alle casse di previdenza*, in G. CANAVESI (a cura di), *La previdenza dei liberi professionisti dalla privatizzazione alla riforma Fornero*, Giappichelli, Torino, 2017, 169 ss.

5. Tutela differenziata e parità

È nella seconda metà del secolo scorso che il legislatore accoglie principalmente tutte le istanze di tutela differenziata, ma anche di parità, provenienti dall'esperienza del lavoro delle donne, spesso caratterizzato da sfruttamento e discriminazione.

Nel 1963, la legge n. 7 afferma la nullità del licenziamento della lavoratrice per causa di matrimonio, con il chiaro intento di porre fine all'inserimento nel contratto di lavoro delle odiose clausole di nubilitato: la sentenza della Cassazione n. 28926 del 12 novembre 2018 torna, come tra breve si dirà, proprio su questo tema.

Nel 1971, la legge n. 1204 rappresenta un *corpus* normativo complesso (e completo) sulle tutele alla lavoratrice madre, prevedendo, tra l'altro, le astensioni obbligatorie e facoltative ristrate da indennizzo economico; riposi e permessi per l'allattamento e l'accudimento dei figli (oggetto delle altre due recenti sentenze di Cassazione n. 22177 del 12 settembre 2018 e n. 26663 del 22 ottobre 2018); il divieto di licenziamento, con conseguente nullità dello stesso, per un periodo di 21 mesi tra il *pre* ed il *post* parto. A distanza di trent'anni, queste misure verranno poi trasfuse nel decreto legislativo n. 151 del 2001, che si aprirà però anche ad una maggiore parificazione tra i genitori, in un'ottica di tutela e promozione anche della figura paterna e dunque della famiglia ed anche ad una migliore ripartizione tra impegni di lavoro e di cura dei figli per entrambi i genitori lavoratori, tematiche queste riprese anche nelle più recenti riforme del lavoro Fornero e Poletti.

In particolare, il d.lgs. n. 80/2015, con l'obiettivo di facilitare la conciliazione tra lavoro e famiglia, ampliando il campo di applicazione a soggetti prima esclusi (lavoratori autonomi e parasubordinati), universalizza le tutele per la genitorialità, specialmente nella scelta della fruizione oraria o giornaliera del congedo parentale, consentita al lavoratore anche in mancanza di una specifica disciplina della contrattazione collettiva, con il solo onere di comunicare al datore di lavoro la scelta della modalità con un preavviso che si riduce da 15 a 5 giorni.

Ed ancora, la legge n. 81/2017 riconosce il diritto ad una indennità per congedo parentale anche alle lavoratrici e ai lavoratori alla gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, legge n. 335/1995, non titolari di pensione e non iscritti ad altre forme previdenziali obbligatorie, tenuti al versamento della contribuzione maggiorata. Viene altresì riconosciuto il diritto all'indennità per congedo di maternità delle lavoratrici autonome a prescindere dall'effettiva astensione dal lavoro, non più costrette così a non emettere fattura pena la perdita dell'indennità stessa.

Nel 1977, la legge n. 903 traduce il dettato del comma 1 dell'art. 3 della Costituzione, relativo all'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, in divieto di discriminazioni di genere nei ruoli lavorativi; successivamente, la legge n. 125/1991 provvede ad attuare anche il comma 2 della norma costituzionale, istituendo le azioni positive²⁰; il Codice delle pari opportunità del 2006, il d.lgs. n. 198, sarà la sintesi anche di questo cammino.

Anche sul fronte europeo vengono accolte tali istanze negli stessi anni: basti pensare alle direttive n. 75/117 sulla parità retributiva, n. 76/207 sul più esteso concetto di parità di trattamento fra donne e uomini e la direttiva n. 79/7 sulla parità fra i sessi in ambito previdenziale. La recentissima direttiva UE 2019/1158, nel richiamare le precedenti direttive 2006/54, 92/85, 97/81, 2010/18 sul tema, ribadisce il duplice obiettivo di consentire un maggiore equilibrio tra vita privata e professionale e promuovere le pari opportunità di ambo i sessi. In particolare, il provvedimento si riferisce ai congedi di paternità, parentali o per assistenza a familiari, e richiedendo l'adeguamento degli Stati membri entro tre anni: il nostro ordinamento sembra, almeno su tali tematiche, essere tra i più obbedienti e "virtuosi" in ambito europeo²¹.

Gli anni '70 del secolo scorso, pertanto, come si vede, hanno segnato il passo e costruito l'impalcatura di tutta la legislazione successiva sul tema.

La Cassazione, pronunciandosi sui recenti casi, riprende il riferimento proprio a tali normative. Esaminiamo, dunque, in ordine cronologico, le recenti sentenze.

²⁰ D. GOTTARDI, *Le azioni positive nel settore privato. Le nuove modalità di organizzazione e funzionamento del Comitato nazionale di parità*, in M. BARBERA (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 674.

²¹ Direttiva 2019/1158 del 20 giugno 2019, in Gazzetta europea del 12 luglio 2019. Particolarmente significativi i considerando n. 6 "*Le politiche in materia di equilibrio tra attività professionale e vita familiare dovrebbero contribuire al conseguimento della parità di genere promuovendo la partecipazione delle donne al mercato del lavoro e l'equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne, e colmando il divario di reddito e retributivo di genere. Tali politiche dovrebbero tener conto dei cambiamenti demografici, compresi gli effetti dell'invecchiamento della popolazione*", e n. 40 "*I lavoratori che esercitano il loro diritto a usufruire del congedo o a chiedere modalità di lavoro flessibili di cui alla presente direttiva dovrebbero essere protetti dalla discriminazione o da un trattamento meno favorevole per tale motivo*".

6. La sentenza n. 22177 del 12 settembre 2018

Il caso proposto è quello di un padre lavoratore che rivendica il diritto al godimento dei riposi giornalieri per accudire il figlio, in concomitanza con il periodo di congedo di maternità della coniuge; dall'altra parte, la resistenza dell'INPS che, nel silenzio della legge, sostiene l'esclusione di tale diritto durante il periodo di congedo per maternità, o parentale, della madre, che, in questa ipotesi, è una lavoratrice autonoma²².

A parere dell'Istituto, infatti, nonostante le innegabili differenze tra madri lavoratrici subordinate e madri lavoratrici autonome, e cioè una diversa ed inferiore tutela economica delle autonome, giustificata dalla possibilità di scegliere di rientrare al lavoro subito dopo il parto (quindi anche in pendenza della fruizione dell'indennità di maternità), non può ritenersi escluso il regime di sussidiarietà ed alternatività dell'istituto dei riposi giornalieri dei padri e dunque inammissibile il loro cumulo.

Tuttavia, tali argomentazioni vengono respinte totalmente dalla Cassazione, che non ammette alcun ragionevole motivo, nella pretesa dell'INPS, per concedere il godimento dei diritti all'indennità di maternità e ai riposi giornalieri in un regime di alternatività che, invece, nel caso di specie, è escluso dalla legge.

Proprio il riferimento posto dall'INPS all'art. 12 delle preleggi e all'art. 360, n. 3, c.p.c., secondo la Cassazione, porta all'applicazione dell'art. 40 del d.lgs. n. 151/2001, nel senso opposto: infatti la norma del testo unico prevede l'alternatività nel godimento dei riposi giornalieri da parte del padre solo in relazione «*alla madre lavoratrice dipendente che non se ne avvalga*», mentre concede il diritto del padre a tali permessi «*nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente*»; inoltre, la fruizione dei permessi da parte del padre è ammessa anche nel periodo in cui la madre (sempre che non sia una lavoratrice dipendente, come nel caso in esame), fruisca dell'indennità di maternità.

Come è noto, infatti, la madre lavoratrice autonoma può rientrare al lavoro dopo il parto e fruire dell'indennità a prescindere dall'astensione dalla prestazione²³.

Pertanto, il cumulo tra godimento dell'indennità di maternità e fruizione dei riposi giornalieri da parte del padre non può essere escluso, né con riferimento alla lettera della legge, né per coerenza con le differenze esistenti tra

²² Circ. INPS n. 8/2003.

²³ Cfr. Corte Cost. 21 aprile 1993, n. 181; Corte Cost. 29 gennaio 1998, n. 3; Corte Cost. 16 maggio 2002, n. 197, in *ConsultaOnLine.it*.

lavoratrici madri dipendenti ed autonome, né soprattutto per penalizzare l'interesse primario della prole ad una presenza di entrambi i genitori.

Il diritto al riposo giornaliero è, d'altra parte, un istituto disciplinato già dalla legge n. 903/1977, il cui art. 7, originariamente formulato solo per la lavoratrice madre, viene applicato oggi anche al padre²⁴.

Anche se i riposi giornalieri tradizionalmente erano finalizzati all'allattamento, oggi rivestono il ruolo di assistenza e cura del bambino, anche adottato o in affidamento, nell'interesse delle sue necessità materiali, ma anche affettive e psicologiche, e in ciò sta il senso della loro fruibilità anche in capo al padre.

Pertanto, questa consapevolezza, unita alla valorizzazione della priorità delle esigenze di protezione del minore e dei suoi rapporti con i genitori, ha condotto, attraverso un lungo cammino normativo e giurisprudenziale di tensione tra tutela e parità, ad estendere molti istituti, nati per la madre lavoratrice, anche al padre, altrettanto importante nella crescita dei figli.

Si può senza dubbio affermare che essi rappresentano un'applicazione del principio di parità uomo-donna, anzi, una pari opportunità tra genitori, in cui viene tutelata anche la figura paterna, in un'ottica che sembra individuare, nel padre lavoratore, un nuovo "soggetto debole" tenuto al diverso, ma complementare, ruolo formativo dei figli.

7. La sentenza n. 26663 del 22 ottobre 2018

Diverso il caso sottoposto alla Suprema Corte in questa sentenza, che respinge il ricorso di una banca e conferma l'interpretazione dei giudici di merito (Corte di Appello di Ancona).

Nel contratto aziendale della banca in questione, si prevede l'erogazione di un premio di fedeltà al lavoratore, trascorsi 30 anni di servizio.

Una lavoratrice non si vede riconosciuto il diritto a detto premio, per essersi assentata in due occasioni, per astensione facoltativa per maternità, nell'arco temporale dei suoi 30 anni di attività.

La banca assume a base del ricorso una non corretta interpretazione del giudice di merito dell'art. 14 dell'accordo aziendale, che, rinnovato nel 2008, subordina il diritto al premio ad una determinata anzianità di effettivo servizio lavorativo²⁵.

²⁴ Cfr. Corte Cost. 21 aprile 1993, n. 179, in *ConsultaOnLine.it*.

²⁵ Accordo aziendale Banca Unicredit del 18 giugno 1992, rinnovato il 31 maggio 2008.

La Cassazione, nel respingere il ricorso, afferma che, nell'interpretazione del contratto aziendale, il giudice di merito non viola i canoni ermeneutici degli artt. 1362 e 1369 c.c., ma anzi salva da nullità le stesse clausole contrattuali, secondo il disposto dell'art. 1367 c.c., riconoscendo, con l'interpretazione data, la loro compatibilità con il principio di non discriminazione.

Pertanto, l'interpretazione della Corte di Appello, nel senso di includere nel servizio effettivo i periodi di congedo facoltativo della lavoratrice, non solo non viola i canoni ermeneutici, ma è l'unica compatibile con il principio di non discriminazione: subordinare la concessione del premio alla prestazione di effettivo servizio, escludendo dal computo i periodi di astensione facoltativa, metterebbe le lavoratrici in una condizione penalizzante rispetto ai lavoratori.

Questa interpretazione è "obbligata", alla luce del principio fondamentale di non discriminazione sessuale nel lavoro, ribadito, oltre che da normative antidiscriminatorie generali in precedenza richiamate, anche dagli artt. 1, comma 2, 22, comma 3, 39, comma 2, d.lgs. n. 151/2001.

Inoltre, dello stesso tenore è il diritto europeo, dove sono rinvenibili norme (in particolare gli artt. da 21 a 23 della Carta dei diritti fondamentali UE)²⁶, nonché una copiosa giurisprudenza²⁷, in analogia ai principi espressi nella nostra Costituzione.

²⁶ In dottrina, tra gli altri, M. MILITELLO, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (artt. 3 Cost.; art. 20 e art. 21 Carta di Nizza). *Principle of equality and non discrimination between the Italian Constitution and the Charter of Fundamental Rights (Article 3 of the Constitution, Art. 20 and Art. 21 Treaty of Nice)*, in WP C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona' .IT, n. 77/2010.

²⁷ In questo senso infatti la Corte di Giustizia si è espressa in numerose pronunce. 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. 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. I, 475, punto 22; *Thibault*, cit., punti 29 e 32, e 30 marzo 2004, causa C147/02, *Alabaster*, in Racc., I, 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".

Anche la Direttiva n. 2006/54, al Considerando n. 25, testualmente recita «Per chiarezza, è altresì opportuno prevedere esplicitamente la tutela dei diritti delle lavoratrici in congedo di maternità, in particolare per quanto riguarda il loro diritto a riprendere lo stesso lavoro o un lavoro equivalente e a non subire un deterioramento delle condizioni di lavoro per aver usufruito del congedo di maternità nonché a beneficiare di qualsiasi miglioramento delle condizioni lavorative cui dovessero aver avuto diritto durante la loro assenza»²⁸.

Qui la tensione tra tutela e parità è particolarmente evidente: la peculiare condizione della lavoratrice madre non può essere tradotta in un fattore di discriminazione e comporta anche la computabilità a tutti gli effetti dei periodi di congedo nell'anzianità di servizio, evitando che la maternità si possa tradurre in un impedimento alla realizzazione dell'effettiva parità di diritti.

8. La sentenza n. 28926 del 12 novembre 2018

In questo caso, un lavoratore denuncia la violazione e la falsa applicazione dell'art. 35 del d.lgs. n. 198/2006, in pratica la legge n. 7/1963, che vieta al datore di lavoro il licenziamento della lavoratrice per causa di matrimonio, rivendicando l'applicazione della normativa in questione al suo licenziamento, in nome di un generale divieto di discriminazione in base al sesso.

Qui, però, la Suprema Corte cassa e rimanda alla Corte d'Appello di Firenze, avallando così la decisione del giudice di merito e respingendo, sul punto, il ricorso del lavoratore.

ma 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 (Imosalud)*, 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, 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*).

²⁸ Cfr. anche la direttiva UE 2019/1158, *cit.*

Dunque, la Corte stabilisce che il divieto di licenziamento per causa di matrimonio previsto dalla legge vale solo per le donne: il datore di lavoro, che licenzia il lavoratore poco dopo il matrimonio, non attua un licenziamento discriminatorio, poiché la norma in questione è una di quelle espressioni della tutela differenziata legata alla sola maternità, costituzionalmente garantita dall'art. 37 Cost.

L'art. 35 del codice delle pari opportunità prevede il divieto di licenziamento della lavoratrice dalla data delle pubblicazioni di matrimonio fino ad un anno dopo le nozze, sancendone la nullità.

Questo divieto è limitato alla sola lavoratrice e non si tratta di un atto illegittimo o discriminatorio nei confronti degli uomini, dal momento che la *ratio* della tutela differenziata è rinvenibile, in questo caso, nella più ampia protezione della lavoratrice madre: non dunque l'evento matrimonio in sé, quanto l'eventuale maternità ad esso connessa.

La Suprema Corte legittima l'interpretazione letterale della norma data dal giudice di merito, peraltro già ritenuta anche dalla Consulta non violativa del principio di uguaglianza²⁹, suffragando la volontà del legislatore di contrastare i licenziamenti delle lavoratrici e gli effetti connessi ad una verosimile successiva maternità.

Nel caso in questione, la Cassazione, dando seguito a questa interpretazione, ha ribadito come l'art. 35 del d.lgs. n. 198/2006 non attui alcuna discriminazione, dal momento che prevede una tutela più forte per un soggetto più debole, non per ragioni di genere, ma per l'essenziale funzione familiare della donna, con l'obiettivo di sollevarla dal dilemma della rinuncia al lavoro per adempiere alla funzione materna. La debolezza, in questo senso, è la situazione di chi non può esercitare in condizioni di uguaglianza i diritti fondamentali³⁰.

Anzi, l'interpretazione del giudice di merito, secondo la Suprema Corte, è legittima «*proprio in ragione della costitutiva differenza della persona umana e della sua diversa vocazione generativa e relazionale nell'ambito familiare*».

Nella decisione, pertanto, non c'è contrasto né con l'art. 37 Cost., né con l'art. 35 del codice delle pari opportunità. Non c'è contrasto neppure, infine, con il diritto europeo, laddove gli artt. 23 e 33 della Carta dei diritti fondamentali sanciscono rispettivamente la parità tra i sessi e la conciliazione vita-lavoro con diritto a congedi e tutela contro i licenziamenti, valorizzando il di-

²⁹ Corte Cost. 5 marzo 1969, n. 27, in *ConsultaOnLine.it*.

³⁰ Sul punto, L. AZZENA, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti "deboli". Spunti per una teoria della "debolezza"*, in C. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006.

verso ruolo a cui assolve il congedo di maternità rispetto a quello di paternità ed il diritto della lavoratrice madre alla conservazione del posto di lavoro.

9. Conclusioni

La tensione tra tutela e parità di genere sul lavoro è dunque ancora confermata nei casi ricordati.

Ma dai profili tracciati da normativa e giurisprudenza, emerge una fisionomia familiare ormai giunta ad una forte trasformazione: la famiglia, ancora, tradizionalmente, riveste un ruolo centrale nella società, ma diventa protagonista anche in relazione all'attività lavorativa. Se è vero che entrambi i genitori, in quasi tutte le famiglie, prestano attività lavorativa al di fuori delle occupazioni strettamente domestiche, oggi è altrettanto vero il contrario: entrambi i genitori si alternano nelle occupazioni domestiche, soprattutto nella cura dei figli, al di fuori dell'attività lavorativa.

Il riferimento alla figura del genitore ha ormai sostituito quello rivolto al padre o alla madre, per assicurarne la parità di trattamento nel godimento del medesimo diritto costituzionale.

Pertanto, il diritto del lavoro garantisce misure e tutele per padri lavoratori e madri lavoratrici in equilibrio e coordinamento con i tempi del lavoro e della città, sempre nel rispetto della differenza dei ruoli.

Intervenendo sulla migliore distribuzione e ripartizione degli stessi, si dà modo alla famiglia di recuperare la funzione di primaria e fondamentale società naturale che pure la Costituzione le accorda.

Tuttavia, è altrettanto innegabile che la legge non può essere altro che un sostegno importante, ma non esclusivo, ad una vera e propria cultura della famiglia e della genitorialità, cultura che nasca da ogni singolo individuo e dalla società tutta.

Tutto il mondo si impegna per la parità di genere, anche e soprattutto nel lavoro, sebbene l'eredità sia quella di una storia di enormi condizionamenti, di sedimentazioni culturali che hanno plasmato mentalità ed istituzioni.

Il lavoro femminile e maschile ha indubbiamente una modulazione diversa, ma complementare: in ogni caso, il lavoro va imprescindibilmente inteso, prima ancora che come un'attività economicamente utile, come un valore per la persona in sé.

