



NUMERO SPECIALE 5 2019
25 OTTOBRE 2019

La donna lavoratrice nella “sua
essenziale funzione familiare” a
settant’anni dall’approvazione dell’art.
37 Cost.

di Elisabetta Catelani

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Pisa



La donna lavoratrice nella “sua essenziale funzione familiare” a settant’anni dall’approvazione dell’art. 37 Cost.*

di Elisabetta Catelani

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Pisa

Sommario: 1. Introduzione. 2. Elaborazione dell’art. 37 Cost. in Assemblea costituente. 3. La giurisprudenza della Corte costituzionale. 4. La via legislativa statale ed europea per la tutela della donna lavoratrice. 5. Gli effetti ulteriori del riconoscimento dell’essenziale funzione familiare della donna. 6. La denatalità come espressione della non effettività dell’art. 37 Cost. 7. L’intelligenza artificiale e le nuove tecnologie come strumenti per agevolare la donna lavoratrice nella sua “essenziale funzione familiare”.

1. Introduzione

Obiettivo di questo mio intervento è quello di cercare di capire come s’inserisce il ruolo della donna lavoratrice all’interno di tematiche più generali quali quelle della costituzione economica, della globalizzazione e del contesto sovranazionale in cui viviamo. Un tema quello del lavoro femminile, ampiamente affrontato dalla dottrina sotto vari punti di vista e, da un punto di vista giuridico, si è sempre posto particolare attenzione agli strumenti per garantire l’eguaglianza di trattamento al fine di evitare discriminazioni¹, ai profili che attengono alle modalità di disciplina del diritto al lavoro² in un contesto di equità, nonché al riconoscimento dei diritti connessi alla maternità ed agli obblighi familiari.

Può essere invece utile analizzare l’art. 37 Cost. avendo presenti anche gli effetti economici che ne derivano, specialmente in una fase di crisi economica come quella attuale che non pare aver fine. Su questi aspetti, cercherò di soffermare la mia attenzione.

L’incremento dell’occupazione femminile nel mondo del lavoro può infatti costituire per l’Italia uno strumento significativo di un cambiamento di passo nelle prospettive di crescita economica, visto il dato

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Cfr. per tutti l’ampia bibliografia riportata da F. COVINO, voce *Donna lavoratrice (dir. cost)*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Digesto disc. pubbl.*, Agg., UTET, Torino 2015, 128 ss.

² F. GUIDOTTI, *Il lavoro delle donne e dei fanciulli e la tutela delle lavoratrici madri*, in *Tratt. Dir. Lav.*, diretto da Borsari-Pergolesi, Padova, 1953, III, 272 ss.; G. ABBAMONTE, *Osservazioni sul diritto al lavoro*, in *Rivista Dir. Pubbl.*, 1954, 23 ss.; M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Giuffrè, Milano, 1956; M.V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, il Mulino, Bologna, 1979; e più di recente della stessa Autrice, *La Costituzione e il lavoro delle donne: eguaglianza, parità di trattamento, pari opportunità*, in M. Gigante (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, 75 ss.

di partenza estremamente basso di presenza femminile nel mondo del lavoro e comunque nettamente inferiore rispetto alla maggior parte dei paesi europei. Maggiore presenza che può essere favorita, come vedremo, dall'evoluzione del mondo del lavoro, dalle nuove tecnologie, da modalità diverse di svolgere determinate attività, che possono avere effetti positivi più generali sul lavoro e sui rapporti familiari. Accanto a tali profili, occorre anche ricordare un altro aspetto connesso che, a sua volta, costituisce uno degli aspetti critici per la nostra società, rappresentato dalla denatalità italiana, che apparentemente potrebbe essere considerato in contrasto con il lavoro femminile e che, invece, come risulta da altre esperienze europee, può essere agevolato proprio dal lavoro femminile.

Per comprendere le complessità attuali può essere utile verificare almeno velocemente gli strumenti costituzionali che sono stati forniti dall'Assemblea Costituente per poi comprendere l'evoluzione maturata anche grazie alla normativa europea ed all'evoluzione che di fatto si è maturata in questo settore. Il tema della donna lavoratrice a settant'anni dall'approvazione della Costituzione non può non partire da un apprezzamento particolare di tutto quanto si è svolto all'interno dell'Assemblea costituente, dell'intuito, delle novità e del difficile lavoro di convincimento che allora fu fatto dalle donne Costituenti su tutti gli altri Costituenti.

E solo partendo dall'analisi di quella discussione si percepisce l'arretratezza di quel periodo storico, ma anche la lungimiranza e la capacità di elaborare principi costituzionali che sono stati in grado d'indirizzare il legislatore per lungo tempo. Si possono capire i limiti, ma anche la capacità innovativa, in quanto le Costituenti hanno saputo introdurre un progetto di trasformazione sociale ben circostanziato all'interno del testo costituzionale che tuttora costituisce un punto essenziale per delineare la condizione attuale della donna lavoratrice, creando un processo ascensionale d'inclusione, che consente alle donne, fino a quel momento sicuramente discriminate, di poter aspirare alla parità, pur con le loro differenziazioni e specificità.

In altre parole, ciò che è stato l'obiettivo delle costituenti prima³, ma con un grande apporto di molti colleghi uomini, non è stato solo quello di assicurare una parità di opportunità d'accesso nel mondo del lavoro, così come parità di retribuzione e di evoluzione in esso, ma anche di garantire per la donna lavoratrice la sua essenziale funzione familiare. Lavoro e famiglia non erano considerati in opposizione

³ Sul ruolo delle Costituenti sulle questioni di genere, cfr. da ultimo M. D'AMICO, *La Costituzione al femminile. Donne e Assemblea costituente*, relazione tenuta al Convegno "70 anni dopo, tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo" Bergamo, 5 ottobre 2018, ed ora in corso di pubblicazione; M. T. A. Morelli, *Le donne della Costituente*, Laterza, Roma, 2007, 5 ss. In generale, sul tema M. Iacometti, *Il contributo delle donne dell'Assemblea costituente all'elaborazione della Costituzione italiana*, in M. D'Amico – S. Leone (a cura di), *La donna dalla fragilitas alla pienezza dei diritti?*, Un percorso non ancora concluso. Giuffrè, Milano 2017, 170.

all'interno della discussione in Assemblea costituente, così come non lo devono essere ora, ma anzi i due aspetti possono rappresentare uno strumento d'integrazione reciproca.

Tanti passi sono stati fatti per andare oltre il testo costituzionale, nonostante le poche pronunce della Corte costituzionale in riferimento all'interpretazione da dare all'art. 37, ma forse più in generale con interventi giurisprudenziali sui problemi di discriminazione che hanno effetti anche sul lavoro. Tale evoluzione si è realizzata anche grazie al legislatore che, *sua sponte* o spesso anche indotto da politiche europee molto sensibili al problema, hanno portato all'approvazione di una pluralità di norme che hanno ridotto le discriminazioni dirette fra uomo e donna nell'ambito della legislazione sul lavoro.

E, dunque, dinanzi a tale evoluzione normativa ed interpretativa del tema, occorre cercare di capire se ancora può avere un senso quell'inciso "essenziale funzione familiare" contenuta nell'art. 37, se, in altre parole debba essere considerato un inciso desueto senza alcun significato normativo, ovvero se possa essere data una lettura attualizzata al contesto ed alle necessità della fase storica contemporanea.

2. Elaborazione dell'art. 37 Cost. in Assemblea costituente

Come si è detto, il dibattito in Assemblea costituente può ancora costituire una chiave di lettura per la situazione attuale, ma anche per capire le ragioni dell'interpretazione che è stata data dalla Corte costituzionale all'art. 37 Cost.

Una dichiarazione sicuramente di rilievo, che apre i lavori della Terza sottocommissione sull'argomento, è quella dell'On. Merlin, secondo la quale *"il riconoscimento della funzione sociale della maternità non interessa solo la donna, o l'uomo, o la famiglia; interessa tutta la società. Proteggere la madre significa proteggere la società alla sua radice"*⁴.

Questo è uno dei primi interventi sul contenuto del futuro art. 37 Cost., ma anche una chiave di lettura essenziale per comprendere il valore intrinseco della norma in quella fase, ma con effetti indubbi sul suo significato nell'attuale contesto storico. L'On. Merlin intende richiamare l'attenzione dei Costituenti, non solo sulle esigenze e sulle necessità connesse al lavoro femminile, ma in particolare sulla specificità della maternità.

La discussione all'interno dei lavori dell'Assemblea costituente è ampia ed articolata. Appassionato è l'intervento dell'on. Maria Federici del 10 Maggio 1947, che, nel commentare la formulazione dell'articolo, auspica che in un rapido futuro le precisazioni contenute in tale norma possano essere considerate superflue. *"Da qui a pochi anni, noi dovremo perfino meravigliarci di aver introdotto questo articolo nel testo costituzionale; non perché esso non riguardi materia puramente costituzionale — da questo punto di vista dovremmo meravigliarci d'aver*

⁴ A.C. III Sottocommissione 13 settembre 1946 che può leggersi in <https://www.nascitacostituzione.it/02p1/03t3/037/index.htm>

introdotto troppi articoli del genere — ma piuttosto per aver dovuto sancire nella Carta costituzionale che a due lavoratori di diverso sesso, ma che compiono lo stesso lavoro, spetta un'uguale retribuzione. Così pure ci dovremo meravigliare di aver dovuto stabilire come norma costituzionale che le condizioni di lavoro, per quanto riguarda la donna, debbano consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare". Funzione familiare che, secondo la Federici dovrebbe essere meglio qualificata nel senso di materna.

Ma, forse, ancor più significativo è il dibattito in sottocommissione, con affermazioni che, in certi casi, hanno costituito il nocciolo duro del contenuto costituzionale definitivo, in altri, invece, hanno caratterizzato un dibattito datato, surreale e comunque altamente limitativo dei diritti delle donne. In quest'ultimo senso è da leggersi l'intervento dell'On. Lucifero, che afferma come *“la funzione della donna, fin quando esisterà la famiglia, è prevalentemente nell'ambito di questa”*. E, continua ancora, *“il lavoro e le funzioni che la donna deve esercitare come madre e come sposa prevalgono su quelli che essa può esercitare come lavoratrice”*⁵.

Diversamente, l'On. Moro, fin dall'inizio, aveva perfettamente le idee chiare sul contenuto della tutela da garantire con questa norma ed aveva proposto una formulazione che nella sostanza ricalca il contenuto attuale, ossia che *«Alla donna lavoratrice sono assicurati tutti i diritti che spettano al lavoratore ed inoltre è garantita in ogni caso la possibilità di adempiere, insieme al suo lavoro, alla sua essenziale missione familiare»*. Da notare l'uso del termine “missione”, che viene poi mutato in “funzione”, solo in sede di coordinamento, senza una discussione in proposito.

L'On. Merlin era contraria all'uso della parola essenziale, ipotizzata dall'On Moro, perché riteneva che avrebbe potuto determinare una limitazione dell'attività della donna al solo ambito familiare, escludendo l'attività sociale ed economica, come risulta da affermazioni esplicite ed opposte espresse in sottocommissione, ad esempio manifestate dall'On. Mastrojanni⁶.

Non a caso il testo che era stato formulato all'interno della sottocommissione della Commissione dei 75 era incentrato sul valore e sulla tutela della maternità *«La Repubblica riconosce che è interesse sociale la protezione della maternità e dell'infanzia. In particolare le condizioni di lavoro devono consentire più completo adempimento delle funzioni e dei doveri della maternità»*. Ed ancora, dice l'On. Merlin, *«Noi sentiamo che la maternità, cioè la nostra funzione naturale, non è una condanna, ma una benedizione e deve essere protetta dalle leggi dello Stato senza che si*

⁵ Nella stessa linea estremamente riduttiva e contraria ad una valorizzazione del lavoro femminile è anche l'intervento dell'On. La Pira in sottocommissione (8 ottobre 1946), quando dice che *“la missione della donna è essenzialmente familiare”*, cosicché il lavoro femminile viene valutato marginale e, se possibile, da evitare.

⁶ Il quale afferma sempre nella seduta dell'8 settembre 1946 che *“Se si trascurasse di affermare questo principio essenziale, che cioè la funzione naturale della donna è quella che la natura le ha attribuito, comprendente non solo la procreazione ma anche la difesa e l'educazione dei figli, si verrebbe ad ammettere il principio che si possa anteporre alla funzione naturale biologica della donna, la funzione economica e sociale. Di conseguenza, ritiene che la parola «essenziale» abbia un significato dal quale non si possa prescindere, nel senso che si deve ritenere che la donna rimanga quanto è più possibile nella sua funzione naturale, e che il resto della sua attività nella vita pubblica e lavorativa sia considerato come accessorio e non come essenziale”*.

circoscriva e si limiti il nostro diritto a dare quanto più sappiamo e vogliamo in tutti i campi della vita nazionale e sociale, certe, come siamo, di continuare e completare liberamente la nostra maternità».

Viceversa, l'on. Moro, favorevole come si è detto all'inserimento del termine "essenziale", riteneva che «questo riferimento alla «essenzialità» della missione familiare della donna sia un avviamento necessario ed un chiarimento per il futuro legislatore, perché esso, nel disciplinare l'attività della donna nell'ambito della vita sociale del lavoro, tenga presenti i compiti che ne caratterizzano in modo peculiare la vita»⁷.

Un'interpretazione del concetto di essenziale funzione familiare sicuramente datata storicamente e restrittiva del ruolo della donna. I dati, il contesto culturale, le situazioni materiali di quella fase non dovevano in ogni caso incidere su una prospettiva futura difficile da immaginare⁸, cosicché la norma doveva vivere in piena autonomia, indipendentemente dal contesto storico in cui era nata. E la formulazione di essa lo consente, perché pur all'interno di un dibattito contrapposto, sono stati individuati i presupposti per una tutela della donna lavoratrice a tutto tondo, nel rispetto del suo ruolo familiare e, nello stesso tempo, all'interno di un contesto economico di parità.

In definitiva, in Assemblea costituente viene disegnato un ordine normativo nuovo della realtà sociale, grazie alla formulazione dell'art. 37, insieme all'art. 3 e 51, così da porre le basi per una elaborazione sociale delle differenze fra i sessi, che non devono dare origine a discriminazioni, ma anzi meccanismi d'inclusione, contribuendo a determinare quella che i sociologi chiamano la "sessuazione della società"⁹.

3. La giurisprudenza della Corte costituzionale

L'interpretazione che ha dato la Corte costituzionale all'art. 37 Cost. ha sicuramente agevolato in passato e può ancora consentire meccanismi di *favor* nei confronti della donna lavoratrice.

La prima sentenza storica sul tema del lavoro delle donne e sull'affermazione del principio di parità è rappresentato dalla sent. n. 33 del 1960, sul "caso Rosa Oliva" (concorso per prefetto) con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 7 della legge 17 luglio 1919, che impediva l'accesso delle donne alle principali carriere e uffici pubblici, demandando ad un regolamento d'attuazione la specificazione degli impieghi pubblici preclusi alle donne.

Tale sentenza può essere considerata il "grimaldello" per consentire alle donne l'accesso ai concorsi pubblici, perché oltre alla prefettura, che costituiva l'oggetto della questione di costituzionalità,

⁷ Nello stesso senso è la posizione dell'On. Persico che si esprime a favore del termine «essenziale» in quanto ritiene che debba essere interpretato non come esclusività, ma in ogni caso nel senso di "precipua" funzione familiare.

⁸ Come giustamente rileva F. COVINO, voce *Donna lavoratrice (dir. cost)*, cit., 138, "dal dibattito emerge la necessità di non cristallizzare il dato presente, ma di coglierlo nella sua evoluzione"

⁹ Cfr. da ultimo, C. CIPOLLA-E. CANESTRINI (a cura di) *La dissoluzione della sessualità umana nell'era digitale*, FrancoAngeli, Milano 2018.

L'estensione dell'accesso viene poi prevista anche per la magistratura e per le attività giudicanti allora vietate, mentre solo nel 1999 l'accesso delle donne si estende anche alla carriera militare. La pronuncia del 1960 sul caso Oliva e quindi il relativo riconoscimento della parità d'accesso alle carriere pubbliche prima limitate, non trova tuttavia fondamento nell'art. 37, ma, ovviamente, nell'art. 51 Cost., rappresentando tuttavia lo strumento per garantire la parità delle donne nel lavoro pubblico.

Spesso le pronunce d'illegittimità costituzionale, a causa della previsione di diseguaglianze uomo/donna in ambito lavorativo, trovano fondamento non solo nella violazione dell'art. 37 Cost., ma anche sottolineando la stretta correlazione con l'art. 3 Cost. In questo modo si è espressa la Corte costituzionale nella sent. n. 275 del 2009 con cui si è dichiarata l'illegittimità di alcune norme del Codice delle pari opportunità, in quanto imponevano alla donna lavoratrice l'onere di dare tempestiva comunicazione (tre mesi prima della data di perfezionamento del diritto dalla pensione di vecchiaia) della propria intenzione di rimanere in servizio al datore di lavoro, pena la recedibilità *ad nutum* da parte di quest'ultimo dal rapporto di lavoro¹⁰.

La maggior parte delle pronunce della Corte, che utilizzano, come parametro di valutazione, direttamente l'art. 37 Cost., si riferiscono tuttavia agli effetti che derivano sulla maternità: dall'indennità di maternità¹¹, al periodo di astensione obbligatoria dal lavoro per maternità¹² o, andando più indietro nel tempo, alle dichiarazioni d'illegittimità delle c.d. clausole di nubilato¹³.

Ai nostri fini non rileva comunque la pluralità di pronunce espresse sul tema, quanto l'indirizzo ed i criteri che vengono utilizzati per il riconoscimento della parità. Le pronunce dalla Corte sul tema non sono state molte, in realtà, ma se si vuole individuare un criterio interpretativo comune è stato quello di favorire un'interpretazione non restrittiva dell'art. 37 Cost., cercando di coniugare l'essenziale funzione familiare richiamata in detta norma non soltanto con riguardo alla donna, ma come un obiettivo di parità per entrambi i sessi, così da agevolare ed incrementare il congedo parentale per tutti e due i genitori.

¹⁰ Come dice la Corte costituzionale nel punto 4 del considerato in diritto: “Anche nella disposizione oggi censurata, l'onere di comunicazione posto a carico della lavoratrice, infatti, condizionando il diritto di quest'ultima di lavorare fino al compimento della stessa età prevista per il lavoratore ad un adempimento – e, dunque, a un possibile rischio – che, nei fatti, non è previsto per l'uomo, compromette ed indebolisce la piena ed effettiva realizzazione del principio di parità tra l'uomo e la donna, in violazione dell'art. 3 Cost., non avendo la detta opzione alcuna ragionevole giustificazione, e dell'art. 37 Cost., risultando nuovamente leso il principio della parità uomo-donna in materia di lavoro”.

¹¹ Corte costituzionale sent. nn. 257/2012; 360 e 361/2000; 132/1991.

¹² Corte costituzionale sent. n. 106 del 1980.

¹³ Corte costituzionale sent. n. 27/1969 dove la motivazione pare proprio netta a tutela della lavoratrice inserita in un contesto familiare, affermando che “questa particolare protezione accordata alla lavoratrice nubenda o sposata da meno di un anno - protezione, dunque, ben limitata nel tempo - non costituisce un ingiustificato privilegio nei confronti degli altri lavoratori coinvolti nelle vicende dell'azienda. Il legislatore, infatti, può ben stabilire, nell'esercizio della sua valutazione politica, un regime preferenziale di garanzia di conservazione del lavoro in favore di determinate categorie tutte le volte in cui sussistano motivi che lo giustificano: e nel caso in esame, per tutto quanto si è detto innanzi, la legge è sorretta da ragioni che trovano valido riscontro nella realtà sociale e nella Costituzione”.

Un'interpretazione quindi evolutiva dell'art. 37 che pone in evidenza il valore della famiglia e della parità anche con riguardo alla famiglia, al fine d'incentivare la partecipazione anche dei padri alla gestione familiare.

Non solo. Pare quasi che la tutela della lavoratrice madre, *ex art. 37 Cost.*, venga via via ridotta in rapporto ad altri principi connessi, come quello della tutela della famiglia o della maternità indipendentemente dal fatto che la donna sia o meno lavoratrice. La Corte, pertanto, prende atto dell'evoluzione legislativa in atto che impone, a sua volta, anche un'evoluzione dell'interpretazione costituzionale¹⁴, una trasformazione del concetto e dei principi di base che regolano la donna lavoratrice, non tali da svuotare completamente il valore ed il significato dell'art. 37 Cost., ma forse ponendo tale norma in una posizione di marginalità rispetto ad altri valori che contemporaneamente si ampliano di contenuto e di tutela normativa.

4. La via legislativa statale ed europea per la tutela della donna lavoratrice

L'evoluzione normativa è stata particolarmente incisiva, in quanto si è passati da una discriminazione palese fra uomo e donna con la valutazione della forza lavoro della donna paragonata a quella dei fanciulli (la c.d. mezza forza lavoro presupposta nel contenuto della legge n. 653 del 1934¹⁵), alla necessità di garantire determinate situazioni particolari come quelle delle gestanti e delle puerpere (r. d. lgs. n. 850 del 1929 e r. d. n. 654 del 1934¹⁶

Non è possibile qui ripercorrere e richiamare la pluralità di leggi che sono state approvate in questi 70 anni, al fine di garantire il rispetto dei principi contenuti nell'art. 37 e più in generale a tutela della parità di trattamento delle donne rispetto agli uomini, ma, almeno a grandi linee, si possono individuare almeno tre tappe importanti di sviluppo normativo nel settore.

¹⁴ In questo senso sia la sent. n. 197 del 2002, sia la n. 495 dello stesso anno dove si ribadisce che la Corte costituzionale “*preso atto dell'evoluzione del sistema normativo, ha rilevato che si è progressivamente attuata una più estesa protezione della maternità in quanto tale piuttosto che della lavoratrice madre, ed ha sottolineato come tale evoluzione si ponga in continuità con i principi ripetutamente espressi dalla giurisprudenza costituzionale in ordine alla tutela della maternità, giungendo quindi alla conclusione che l'applicazione di questi stessi principi non può non obbligare l'interprete ad una lettura della norma conforme a Costituzione*”.

¹⁵ Legge che si riferiva e si tutelava contemporaneamente il lavoro delle donne e dei fanciulli imponendo il divieto di lavori pericolosi, insalubri e faticosi, il divieto di trasporto e sollevamento pesi, del lavoro notturno e limiti massimi d'orario.

¹⁶ Con il r. d. lgs. n. 850 del 1929 furono introdotte disposizioni per la tutela delle operaie ed impiegate durante lo stato di gravidanza e puerperio con il divieto di adibire le donne al lavoro durante l'ultimo mese di gravidanza e nel primo mese dopo il parto. Successivamente, con il r.d. n. 654 del 1934 il periodo di astensione obbligatoria fu ampliata a sei settimane dopo il parto.

Una prima fase può essere individuata con l'approvazione di una serie di leggi fra gli anni '50 e '70 (leggi nn. 860/1950¹⁷; 7/1963¹⁸; 1204/1971¹⁹; 903/77²⁰), che hanno avuto il pregio di eliminare quello stato di sottosviluppo che fino agli anni '70 caratterizzava lo *status* della donna lavoratrice. Un periodo in cui l'autonomia della donna viene riconosciuta a livello generale e non solo a livello lavorativo, che ha avuto poi un riconoscimento strutturale grazie alla riforma del diritto di famiglia del 1975²¹, che può essere considerata una legge rivoluzionaria per quei tempi e che, più di altre, ha determinato uno sviluppo dei presupposti per l'effettiva parità della donna con effetti a cascata fuori dal contesto familiare, come appunto in quello lavorativo²².

La seconda tappa dell'evoluzione normativa in questo settore si ha negli anni '90 e, in particolare, un intervento significativo è stato quello determinato dall'introduzione e dal riconoscimento delle azioni positive a partire dalla legge n. 125 del 1991 *“Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro”*, ossia, come ha detto anche la Corte costituzionale, (sent. n. 109/1993) *“interventi di carattere positivo diretti a colmare o, comunque, ad attenuare un evidente squilibrio a sfavore delle donne, che, a causa di discriminazioni accumulate nel corso della storia passata per il dominio di determinati comportamenti sociali e modelli culturali, ha portato a favorire le persone di sesso maschile nell'occupazione delle posizioni di imprenditore o di dirigente d'azienda”*. Interventi normativi che hanno permesso sia di eliminare le disparità di fatto derivanti dalla formazione scolastica e professionale, sia di favorire la diversificazione delle scelte professionali con l'accesso al lavoro autonomo (formazione imprenditoriale e qualificazione professionale), sia ancora favorire, mediante una diversa organizzazione del lavoro, le condizioni ed il tempo di lavoro, l'equilibrio tra responsabilità familiari e professionali e una migliore ripartizione di tali responsabilità tra i due sessi. In questo modo si è cercato di parificare le due posizioni ed incentivato misure che consentissero anche ai padri di condividere quell'essenziale funzione familiare di cui parla la Costituzione.

Infine, una terza tappa può essere individuata a partire dall'inizio di questo secolo, quando la spinta anche a livello europeo è stata significativa sia con interventi normativi che giurisprudenziali. In questa terza tappa è effettivamente difficile distinguere quanto l'Italia ha legiferato in modo autonomo e quanto introdotto in applicazione di direttive europee o interpretazioni della giurisprudenza europea.

¹⁷ *“Tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri”*, diretta a tutelare in modo esclusivo le lavoratrici gestanti e puerpere.

¹⁸ In tema di divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio.

¹⁹ Legge che introduce una normativa dettagliata e generale a tutela delle lavoratrici madri.

²⁰ Si tratta della legge che per la prima volta mette in dubbio la tradizionale prospettiva della tutela differenziata trasformandola in una parità di trattamento. La principale linea di intervento attiene alla parità della retribuzione, all'accesso al lavoro sia nello svolgimento e nell'estinzione del rapporto.

²¹ Legge n. 151 del 1975.

²² Sul tema cfr. M.G. RODOMONTE, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia. Evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2018, 44 ss.

Espressione di un’iniziativa italiana, anche se nata seguendo un’esperienza presente in Norvegia, è stata l’approvazione della legge Golfo-Mosca n. 120 del 2011²³ (sulla composizione dei consigli d’amministrazione e dei collegi sindacali delle società quotate) e, successivamente, l’approvazione del regolamento previsto nell’art. 3 comma 2 della predetta legge (DPR 251/2012) al fine di garantire una corretta presenza di rappresentanti di entrambi i generi negli organi di amministrazione e controllo delle società controllate dalle pubbliche amministrazioni a livello centrale, regionale e locale. Due interventi normativi connessi che hanno portato, da un punto di vista meramente formale ad una presenza significativa nelle posizioni di vertice delle società sia pubbliche che private, ma da un punto di vista sostanziale anche ad una maggiore ricerca della competenza sia femminile che maschile. Non si tratta quindi soltanto di uno strumento per agevolare la presenza delle donne nei consigli d’amministrazione, quanto anche d’introdurre effetti positivi sulle modalità di selezione dei futuri componenti, sia, poi, sulla stessa qualità media dei prescelti. In altre parole, lo strumento delle quote non si limita a garantire l’eguaglianza dei punti di partenza o comunque la previsione di misure antidiscriminatorie, quanto agevola l’introduzione di meccanismi che incentivano la meritocrazia indipendentemente dal sesso di provenienza. Si è poi constatato in uno studio riguardante gli effetti dell’introduzione delle quote nei consigli d’amministrazione delle società quotate che si determinano effetti di ricaduta più ampia sull’intera società, contribuendo ad aumentare anche l’occupazione femminile²⁴.

Sulla legislazione italiana di settore, significativo è stato, comunque, il contributo proveniente dalla Corte di giustizia dell’UE che ha distinto le discriminazioni dirette da quelle indirette al fine della tutela della parità²⁵. Discriminazioni più subdole, più difficili da individuare in quanto derivanti da norme

²³ Occorre tener conto che il vincolo contenuto nella legge ha una validità temporale limitata alla nomina dei consigli di amministrazione nei successivi tre mandati dall’entrata in vigore. Cosicché, a partire dal 2020, progressivamente ad ogni rinnovo di consiglio verrà meno l’obbligo di riservare almeno un terzo delle cariche al genere meno rappresentato e quindi alle donne. Il vincolo da normativo, si è infatti trasformato in un principio contenuto nel codice di autodisciplina delle società quotate e quindi non più vincolante. La società quotata sarà cioè libera di non rispettare la quota di un terzo dei componenti di genere diverso con una semplice motivazione delle ragioni che hanno indotto a non “poter” rispettare il vincolo, il c.d. "*comply or explain*". C’è solo da augurarsi che nel prossimo anno i disegni di legge presentati nella XVIII legislatura (n. 1028 e n. 1095 espressione sia di componenti della maggioranza, che dell’opposizione) che propongono una proroga del vincolo per altri tre mandati, siano approvati, perché consentirebbe un maggiore consolidamento dei risultati raggiunti e perché il rischio di una regressione anche in questo settore è particolarmente significativo.

²⁴ Cfr. in particolare la ricerca di M. BERTRAND – S.E. BLACK – S. JENSEN – A. LLERAS MUNNEY, *Breaking the Glass Ceiling? The Effect of Board Quotas on Female Labor Market Outcomes in Norway*, Review of Economic Studies, Oxford University Press, 2019, vol. 86(1), 191-239.

²⁵ Sent. 6 aprile 2000, causa C-226/98 Jorgensen, ed in particolare sent. 9 settembre 2003, causa C-25/02 sul caso Rinke in cui la Corte di Lussemburgo, pur non accogliendo il ricorso della Dott.ssa Rinke (medico in formazione di medicina generale che metteva in dubbio l’esclusione dell’uso dell’orario ridotto, e l’obbligo del solo tempo pieno per tale formazione), afferma tuttavia un principio di carattere generale, ossia che “il rispetto del divieto delle discriminazioni indirette basate sul sesso costituisce un presupposto della legittimità di ogni atto adottato dalle istituzioni comunitarie”.

apparentemente formulate in modo imparziale, ma che di fatto possono danneggiare una percentuale notevolmente più elevata di donne rispetto agli uomini. La normativa europea (2006/54/CE) e quella nazionale d'attuazione (art. 25, co. 1, D.Lgs. n.198/2006, c.d. codice delle pari opportunità)²⁶ specificano il contenuto della discriminazione diretta, precisando che si tratta di quelle situazioni nelle quali una persona è trattata meno favorevolmente, in base al sesso, rispetto a quanto sia stata o sarebbe trattata un'altra persona in una situazione analoga. Si arriva poi a precisare le caratteristiche della discriminazione indiretta (art. 25, co. 2), prevedendo che “si ha discriminazione indiretta, ai sensi del presente titolo, quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari”²⁷.

Un altro strumento significativo a tutela della donna lavoratrice è rappresentato dalla disciplina dei congedi parentali ed in particolare dal riconoscimento del congedo di paternità dopo la nascita (o l'adozione) di un figlio. La novità è rappresentata dal riconoscimento esclusivo della possibilità del padre di avere dei giorni di permesso retribuito esclusivi ed autonomi rispetto al periodo di congedo per la madre e che non possono trasferirsi ad essa²⁸. Potrebbe apparire contraddittorio che il riconoscimento di

²⁶ Più in generale il Codice delle pari opportunità (d. lgs. n. 198 del 2006 e poi più volte modificato d. lgs. n. 5/2010) costituisce attuazione della direttiva 2006/54/CE relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione impiego. Ha come obiettivo primario quello di introdurre “misure volte ad eliminare ogni discriminazione 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”. In base a tale normativa la parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti campi, del lavoro e della retribuzione, sia attraverso azioni positive, che non possono pertanto essere considerate discriminatorie nei confronti degli uomini, sia attraverso azioni dirette alla prevenzione di discriminazioni, mediante un'attribuzione diretta di tale obiettivo ai contratti collettivi (art. 50 *bis*) con l'introduzione di codici di condotta, linee guida e buone prassi.

²⁷ La Corte di Cassazione ha ravvisato l'esistenza di discriminazioni indirette in quei bandi di concorso che prevedano, per i concorrenti, un'altezza minima al di sopra di quella che statisticamente è la media femminile, ma entro quella maschile (Cass. 13 novembre 2007, n. 23562, in *NGC*, 2008, 579).

²⁸ Nel nostro ordinamento tale opportunità è già prevista dall'art. 4, c. 24, lett. a), legge 28 giugno 2012, n. 92 che ha istituito il congedo obbligatorio e il congedo facoltativo, alternativo al congedo di maternità della madre, fruibili dal padre lavoratore dipendente anche adottivo e affidatario, entro e non oltre il quinto mese di vita del figlio. In particolare, l'art. 1, c. 354, legge 11 dicembre 2016, n. 232 (legge di bilancio 2017) ha previsto, per l'anno solare 2018, l'aumento del suddetto congedo obbligatorio da due a quattro giorni, congedo che si configura come un diritto autonomo e pertanto aggiuntivo a quello della madre e spetta comunque indipendentemente dal diritto della madre al proprio congedo di maternità.

A livello europeo è stata ora approvata la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1158 relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio, su cui *ultra* nel testo.

un diritto individuale per il solo padre possa costituire uno strumento di tutela della donna lavoratrice, ma in realtà dalle indagini statistiche, svolte in passato²⁹, risulta che uno degli strumenti per incrementare la condivisione dei carichi familiari e per agevolare il ritorno della donna all'interno del proprio lavoro, è rappresentato dal riconoscimento dei congedi ai due genitori in modo autonomo e separato. Viceversa, là dove i congedi parentali possono essere usati da entrambi i genitori, i padri tendono a non farne un uso elevato ed a trasferire eventualmente l'opportunità alla sola madre.

L'unicità in capo alla donna della procreazione non deve determinare come inevitabile conseguenza che sia l'unico soggetto demandato alla cura della prole, cosicché proprio al fine di tutelare la donna lavoratrice occorre incentivare la condivisione dei carichi familiari e non consentire, entro determinati limiti, il trasferimento del periodo di congedo retribuito da un genitore all'altro ed in particolare dal padre alla madre.

L'ultima direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento e del Consiglio, appena approvata³⁰, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, vuole in particolare incentivare l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare nonostante la crescente prevalenza di orari di lavoro prolungati o non predeterminati, che hanno un impatto negativo sull'occupazione femminile³¹. Con tale direttiva si distinguono, come si diceva, i diritti connessi al congedo di paternità³², rispetto al congedo parentale³³, cosicché gli Stati membri dovranno garantire il congedo di paternità (al padre o al secondo genitore equivalente là dove viene riconosciuto dal diritto nazionale) per almeno dieci giorni lavorativi e retribuiti, indipendentemente al congedo di maternità. Ciascun lavoratore, poi deve disporre di un diritto individuale al congedo parentale di quattro mesi, di cui due mesi non possano essere trasferiti all'altro genitore. Nella direttiva si prevede poi il riconoscimento del diritto di chiedere modalità di lavoro flessibili sia per i genitori, fino a quando il bambino abbia raggiunto almeno otto anni di età, sia per i prestatori di assistenza. In particolare, entrambi i genitori potrebbero chiedere, ad esempio, un orario di lavoro o un'organizzazione della vita professionale flessibili e di fruire del diritto al lavoro a distanza. Occorre ribadire che, in base alla direttiva, si riconosce un vero e proprio diritto della lavoratrice e non si lascia al datore di lavoro la discrezionalità di concedere meccanismi flessibili di lavoro.

²⁹ Come risulta da una ricerca del 2015 *Promoting uptake of parental and paternity leave among fathers in the European Union*, che mette in evidenza come per essere efficace il congedo dei padri deve essere esclusivo e non cedibile alla madre.

³⁰ Direttiva che abroga espressamente la precedente direttiva 2010/18/UE.

³¹ Si dice infatti che “Uno dei principali fattori che contribuiscono alla sotto rappresentanza delle donne sul mercato del lavoro è la difficoltà di conciliare l'attività professionale con gli impegni familiari” ed obiettivo dell'Unione è quello di agevolare un riequilibrio delle posizioni.

³² La direttiva definisce il “congedo di paternità”: “un congedo dal lavoro per il padre o, laddove e nella misura in cui riconosciuto dal diritto nazionale, per un secondo genitore equivalente, da fruirsi in occasione della nascita di un figlio allo scopo di fornire assistenza”.

³³ Si definisce congedo parentale, “un congedo dal lavoro per i genitori da fruirsi a seguito della nascita o dell'adozione di un figlio per prendersene cura”.

Anche tale modalità di lavoro può agevolare in maniera significativa il lavoro femminile, sempre alla luce della sua “essenziale funzione familiare”.

Si tratta, in altre parole, di una serie di indirizzi agli Stati di introdurre meccanismi che non consentano il trasferimento alla donna di periodi di congedo, così da incrementare i periodi in cui anche i padri sono indotti ad una presenza con il minore, che può avere un effetto a cascata e moralizzatore sui padri anche nelle fasi successive e non obbligatorie. Parimenti, modalità di lavoro flessibile possono agevolare l'ingresso e la permanenza nei posti di lavoro della donna anche dopo la maternità.

Gli effetti di tale direttiva si potranno vedere solo fra cinque anni³⁴ e, comunque, molto dipenderà dalle modalità con cui i vari Stati ed in particolare l'Italia intenderà dare attuazione alla direttiva, con formulazione delle conseguenti norme per indurre, per quanto è possibile, anche i padri a partecipare alle cure familiari, così da consentire un equilibrio effettivo di entrambi i genitori fra attività professionale e vita familiare. Ciò che attualmente è carente nella realtà dei fatti, è un'equa ripartizione delle responsabilità d'assistenza all'interno della famiglia ed una delle strade per incrementarla può essere rappresentata dall'instaurazione di un precoce legame affettivo fra padre e figlio, naturale per la madre e da sviluppare per il padre, che la normativa, appunto può agevolare.

Altre direttive europee sono state adottate su aspetti strettamente connessi: occorre quantomeno ricordare la direttiva 2004/113/CE del Consiglio che ha istituito un quadro per l'attuazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso a beni e servizi e la loro fornitura, estendendo la protezione contro la discriminazione fondata sul sesso oltre la sfera del mercato del lavoro e della vita professionale ad altre aree della vita quotidiana. Direttiva poi recepita con il d.lgs. 6 novembre 2007 n. 196, che attribuisce compiti di promozione, analisi e controllo della parità di trattamento nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura al Dipartimento per le pari opportunità.

In definitiva le politiche europee, in questa terza fase storica iniziata in questo millennio, hanno contribuito in maniera significativa ad agevolare condizioni di parità fra uomo e donna sia nel lavoro che nella famiglia. Se da un lato, specialmente all'inizio le norme europee hanno configurato il diritto di non discriminazione della donna lavoratrice con un'accezione di politica economica, intesa come necessità di avere opportunità di lavoro, al fine di tutelare ed incrementare la presenza delle donne nel mondo del lavoro, ovvero al fine di evitare che diversità salariali riconosciute alle donne non determinassero poi una violazione delle norme sulla concorrenza, via via, con l'approvazione dei nuovi trattati, Amsterdam prima

³⁴ In particolare, l'art. 20 della direttiva, che disciplina i tempi di recepimento da parte degli Stati, fissa il termine per la conformazione al 2 agosto 2024, salvo per quanto attiene alla retribuzione e alle indennità del congedo parentale previste nell'art. 8. 3, la cui efficacia è anticipata al 2 agosto 2022.

e Lisbona poi, nonché con l'attribuzione di efficacia vincolante alla Carta dei diritti, si è data una lettura non in senso prettamente soggettivistico dell'individuo, ma nella funzione sociale del diritto.

Tutto ciò si percepisce in tempi relativamente recenti a partire dalla sentenza Rinke della Corte UE, prima citata, dove si afferma che il principio di parità di trattamento e di non discriminazione nel mondo del lavoro è una delle condizioni essenziali per la garanzia di effettività del diritto dell'Unione. Principio questo ribadito nelle varie direttive prima analizzate e poi introdotto formalmente nell'art. 157 del TFUE³⁵. E proprio in tale norma si percepisce l'evoluzione che la stessa UE ha raggiunto nel legittimare anche in questo settore le azioni positive: viste negativamente dall'UE con una motivazione esplicitata in modo netto nella sentenza Kalanke³⁶, dove si afferma che non sono ammissibili leggi che introducono clausole di preferenza assoluta ed incondizionata a favore delle donne, ma poi le azioni positive sono state via via rivalutate nel corso del tempo e non escluse con il comma 4 dell'art. 157 TFUE.

Un aspetto non marginale di questa terza fase è anche rappresentato dall'adozione di atti di *soft law* che individuano obiettivi generali, finalità ed esercitando una sorta di controllo e di verifica sugli stati membri in ordine all'attuazione dei piani adottati dal Consiglio dell'Unione³⁷. Nel più recente piano d'azione sulla parità di genere 2016-2020 ad esempio, oltre a fissare i classici pilastri tematici da perseguire (garantire l'integrità fisica e psicologica, promuovere i diritti sociali ed economici e rafforzare la voce e la partecipazione delle donne), è stato previsto che l'analisi di genere dovesse essere effettuata sistematicamente per tutte le nuove azioni esterne intraprese, come nei progetti e nella programmazione

³⁵ Articolo 157 (ex articolo 141 del TCE)

1. 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.

2. Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo.

La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica:

a) che la retribuzione corrisposta per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura;

b) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per uno stesso posto di lavoro.

3. 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.

4. 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.

³⁶ C. giustizia CE 17 ottobre 1995, C-450/93.

³⁷ Cfr. le conclusioni al piano d'azione dell'UE sulla parità di genere II nel 2017: rafforzare la parità di genere e l'emancipazione femminile nell'azione esterna dell'UE, adottate dal Consiglio nella sessione del 26 novembre 2018, che possono leggersi in <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14551-2018-INIT/it/pdf>.



bilaterale e regionale. Su tutto ciò è poi previsto un controllo costante dell'UE utilizzando dati disaggregati per sesso, al fine di verificare l'effettivo rispetto della parità con gli uomini per quanto riguarda il reddito, l'istruzione di qualità, la formazione professionale e l'accesso alla sanità o alla tecnologia.

Si deve poi aggiungere che l'UE a livello organizzativo della propria amministrazione pone particolare attenzione alla parità d'accesso ai propri uffici, avendo attivato, ad esempio, un metodo di selezione del personale europeo affidandolo ad un Ufficio interistituzionale apposito l'EPSO il compito d'organizzare procedure di selezione, con una predisposizione di elenchi di idonei a cui le varie istituzioni o agenzie UE possono attingere. La particolarità di tale Ufficio non è limitato alla centralizzazione della selezione, che costituisce uno strumento per accentuare la valutazione meritocratica, in genere sempre favorevole a garantire la parità, ma ha come obiettivo specifico quello di garantire il rispetto del principio di inclusione nelle procedure di selezione e fornisce a tutti i candidati pari opportunità, sia con riguardo al sesso, sia connesse alla disabilità, alla razza, all'origine etnica o sociale, al fine di dimostrare le loro effettive competenze nel proprio settore.

In definitiva, una serie di buone pratiche anche a livello amministrativo che potrebbero costituire un ottimo esempio da seguire.

L'Italia, nonostante tutto, è uno degli Stati in cui vi è la minor percentuale di occupazione a livello europeo e, nonostante i passi avanti di questi ultimi anni, i report europei sul punto confermano l'arretratezza della situazione italiana.

5. Gli effetti ulteriori del riconoscimento dell'essenziale funzione familiare della donna

Dinanzi all'evoluzione normativa, sia nazionale che europea, al conseguente adattamento dell'interpretazione costituzionale al nuovo contesto ed alle caratteristiche della donna lavoratrice nel quadro economico attuale, è utile domandarsi quale sia la lettura da dare all'art. 37 Cost. una volta superata, almeno formalmente, la discriminazione diretta e forse anche in parte quella indiretta nel mondo del lavoro.

Occorre cioè rispondere all'ultimo aspetto che era stato trattato in premessa, ossia se l'inciso contenuto in Costituzione della "essenziale funzione familiare" sia una formulazione antiquata o mantenga la sua vitalità.

Se infatti il riferimento all'essenziale funzione familiare venisse riferito alla donna in mera contrapposizione con quella dell'uomo, verrebbe superata dalla semplice interpretazione della Corte costituzionale che più volte ha indirizzato la normativa lavoristica verso una valorizzazione della partecipazione dei due generi nella conduzione familiare, seguita ormai in modo completo dal legislatore.

Dovremmo quindi considerare tale precisazione datata e stereotipata³⁸, o comunque ormai una norma desueta. Ma non ha senso parlare, con riguardo ad una norma costituzionale, di una norma desueta, principalmente per tre ordini di motivazioni.

Innanzitutto, perché l'inciso esiste giuridicamente e s'inserisce in un contesto di una disciplina di garanzia della posizione della donna lavoratrice ancora inattuato sotto vari punti di vista.

In secondo luogo, perché l'art. 37 Cost. costituisce un baluardo contro l'approvazione di normativa regressiva nel riconoscimento di particolari agevolazioni a favore delle donne lavoratrici, come appare emergere negli ultimi tempi. Ciò deriva dal fatto che le *affirmative actions* vengono spesso criticate e considerate generatrici di privilegi, cosicché si ritiene che debbano essere limitate al massimo al fine di garantire una parità, senza distinzioni, secondo la formulazione dell'art. 3 Cost., non considerando invece le basi di partenza diverse da cui provengono le posizioni giuridiche delle donne lavoratrici rispetto a quelle degli uomini.

Ma in terzo luogo occorre riconoscere a quell'inciso un significato attuale, attraverso un'interpretazione in parte evolutiva, attribuendo valore alla specificità del richiamo alla lavoratrice madre, come madre naturale o adottiva, all'interno di un concetto anche ampio di famiglia, grazie alla specificità della sua natura di madre. Da qui un duplice valore ed effetto: da un lato, avendo presenti i caratteri di una famiglia che alcuni hanno definito *liquida*³⁹ e che comunque si manifesta nella pluralità delle sue formazioni: dalla famiglia mono-genitoriale, alla famiglia di fatto, alle varie forme di famiglia che il legislatore nel corso del tempo vorrà riconoscere. E questa trasformazione della famiglia inevitabilmente determina conseguenze sul modo in cui si deve tutelare anche la donna lavoratrice nella varietà delle forme connesse alla realtà familiare. Cosicché, come il legislatore ha ampliato il riconoscimento dei permessi parentali e di gran parte dei diritti in un'ottica di parità della genitorialità, ne deriva come conseguenza che nel momento in cui si riconoscesse un'estensione della famiglia anche ad altre situazioni (e come in parte è avvenuto in via

³⁸ Così B. PEZZINI, *Costruzione del genere e Costituzione*, in B. Pezzini (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole*, Bergamo University Press, Bergamo 2012, 32, precisando poi che l'art. 37 cost. "costituisce l'unica disposizione costituzionale in cui la titolarità di diritti viene declinata al *femminile*" e, pur consentendo attraverso un'interpretazione adeguatrice, l'estensione di alcuni diritti anche al sesso maschile, "serve a conservare la *specificità* di quelli irrinunciabilmente ancorati al corpo femminile (tutela della gravidanza e del puerperio), riservati alle sole lavoratrici di sesso femminile.

³⁹ Cfr. *amplius* G. L. CONTI, *La struttura naturalmente liquida della famiglia*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. GUAZZAROTTI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici"*, Giappichelli, Torino 2010, 65 ss., che riprende sul punto un'idea di Z. BAUMAN, *Liquid love* 2003, ora tradotto in ID, *Amore liquido*, Laterza, Bari-Roma 2017.



giurisprudenziale)⁴⁰, effetti conseguenti ne dovrebbero derivare anche sull'interpretazione dell'art. 37 Cost.

Ma la particolarità dell'art. 37 è quella di aver fatto emergere allo stesso livello di tutela costituzionale e sullo stesso piano normativo il ruolo della donna lavoratrice e quello familiare, ma non in riferimento alla famiglia *tout court*, ma in quanto espressione del suo ruolo di madre. Se da un lato si afferma la parità fra donna ed uomo nel campo del lavoro, quando la donna svolge il suo ruolo di madre, si attiva una sorta di situazione differenziata che consente anche di attivare meccanismi di privilegio.

Norma che era stata d'altra parte formulata avendo presente i due elementi essenziali di tutela: la donna lavoratrice e il bambino, come le due parti essenziali ed inscindibili della norma.

Il ruolo materno insito nell'art. 37 Cost. deve essere letto in stretto rapporto con la tutela della maternità garantita dal comma 2 dell'art. 31 Cost. là dove riconosce, a sua volta, l'incontestabile differenza fra i sessi nella riproduzione. Le due norme quindi cristallizzano la differenza naturale e insuperabile fra i sessi nella riproduzione, introducendo così "una regola unidirezionale, applicabile al solo sesso femminile"⁴¹, prevedendo così non solo e non tanto una norma per la donna lavoratrice, ma anche un combinato disposto, che tutela la donna in quanto madre. E, mentre l'art. 31 Cost., proteggendo la maternità, intende proteggere contemporaneamente anche l'infanzia, nell'art. 37 Cost. la maternità è tutelata in quanto impersonata da una lavoratrice, ma questo non esclude che le due norme siano espressione di un disegno unitario.

In definitiva, l'art. 37 Cost. introduce un particolare *favor* a tutela della donna lavoratrice e che può e deve legittimare tutta una serie di azioni positive che, da un lato agevolino la partecipazione della donna all'attività produttiva in modo paritario a quello dell'uomo e, dall'altro non costituiscano un freno per la maternità.

In altre parole, alla luce della necessaria interpretazione evolutiva che da sempre deve essere data alla Costituzione, non si può pensare che l'essenziale funzione familiare determini come conseguenza inevitabile la difficoltà se non l'impedimento per la donna di poter scegliere anche una funzione sociale e pubblica del suo ruolo. La prima parte dell'art. 37 Cost., dove si parla della donna lavoratrice, non può

⁴⁰ La legislazione è intervenuta al fine di allargare l'obiettivo della tutela affinché vi fosse un riconoscimento sociale al ruolo di entrambi i genitori all'interno della famiglia, ma la norma nasce e resta come uno strumento di garanzia per la donna lavoratrice in generale e ancor di più per la donna (lavoratrice) che sia anche madre. Questo non significa voler mettere in dubbio la tutela delle varie forme di famiglia garantito e tutelato dall'art. 29 Cost., anche in quella che alcuni hanno descritto nella sua forma liquida, ma il contenuto dell'art. 37 Cost. intende tutelare in via esclusiva il ruolo della donna madre e lavoratrice.

⁴¹ Così B. PEZZINI, *Costruzione del genere e Costituzione*, cit., 31.

essere in contraddizione con la seconda, cosicché devono essere riconosciuti effetti derivanti da questa sua funzione unica da un punto di vista scientifico⁴².

Da qui la necessità di attivare tutta una serie d'interventi normativi, non tanto qualificabili come azioni positive per favorire l'ingresso delle donne nel mondo del lavoro, ma un incremento d'interventi di *welfare* che agevolino appunto la tutela dei due obiettivi connessi: maternità e lavoro femminile.

6. La denatalità come espressione della non effettività dell'art. 37 Cost.

Se si vuole attribuire un significato evolutivo alla “essenziale funzione familiare” dell'art. 37 Cost. non si può quindi prescindere dall'altro aspetto attualmente incombente sul nostro Paese, rappresentato dal basso tasso di fecondità che non può considerarsi scisso dai problemi connessi al lavoro femminile. Dalle indagini comparate risulta in modo indiscutibile che nei Paesi in cui la condivisione degli impegni familiari è maggiore, maggiore è anche la percentuale di donne lavoratrici e più alto è il tasso di natalità, con effetti inevitabilmente benefici per l'economia. In altre parole, non si verifica quello che in passato è sempre stato paventato come un pericolo, ossia che il maggior coinvolgimento lavorativo potesse costituire un limite alla disponibilità delle donne di procreare.

Le donne, in realtà, hanno sempre lavorato, sia in passato, che nel presente, ma il “lavoro” interno alla famiglia, ossia le attività di assistenza ai figli ed alla famiglia, non entra nel circolo economico e non può essere quantificato formalmente e quindi è come se non esistesse⁴³. A ciò si aggiunge che tale tipologia di lavoro non viene remunerata e può determinare il rischio di maggiore povertà all'interno della famiglia. Come conseguenza ne deriva una minor propensione alla procreazione, con conseguente denatalità.

Viceversa una maggior occupazione delle donne determina, sia più crescita economica e meno vulnerabilità per le famiglie, ma anche una maggiore tranquillità emotiva ed una maggiore predisposizione alla procreazione, proprio in virtù della stabilità economica.

Gli studi di settore, le indagini europee (e non solo) sulla materia hanno potuto accertare che nel momento in cui vi è un incremento della presenza delle donne nel mondo del lavoro, a sua volta si determina uno sviluppo del lavoro indotto, con effetti economici conseguenti. Se la donna non ha la possibilità di svolgere direttamente una serie di lavori di cura, si attivano di conseguenza nuove professionalità e, forse anche nuove tipologie di lavoro fino a poco tempo fa inimmaginabili. Non solo quindi servizi ai minori

⁴² Anche con i nuovi metodi di procreazione assistita non si può mai prescindere dal periodo di gestazione nell'utero materno.

⁴³ In questo senso M. FERRERA, *Il fattore D. Perché il fattore donna farà crescere l'Italia*, Oscar Mondadori, Milano 2008, 20, che peraltro è critico su tali conclusioni, considerandola una visione miope da un punto di vista sociale ed economico: “se non vi fosse il lavoro di riproduzione sociale (dal quale dipendono in gran parte “beni” concreti e fondamentali per la salute, l'educazione, la stabilità emotiva, la stessa sopravvivenza fisica delle persone) non potrebbe esistere nessuna forma di produzione e transazione economica complessa”.

o attività di cura della casa, ma anche incremento dei servizi alimentari esternalizzati (*take away* e non solo), *pets sitter*, trasporto delle camicie in tintoria, ecc. Tanto che si ritiene che l'incremento della presenza delle donne nel mondo del lavoro costituisca un moltiplicatore economico, in quanto ogni cento donne occupate si determini un incremento del 15% di nuovi ed ulteriori posti di lavoro.

Allo stato attuale le percentuali dell'occupazione delle donne in Italia sono ancora fra le più basse in Europa, come risulta dai *Report* del 2018 e del 2019 della Commissione europea⁴⁴, ed uno degli obiettivi che l'Italia si dovrebbe porre è quello di incrementare tale *gap* occupazionale, che da molti economisti è considerato uno degli strumenti essenziali d'incremento del PIL e che può consentire all'Italia, superando questo divario, di differenziarsi rispetto agli altri Stati che si sono già attivati sul tema in passato e che quindi non possono utilizzare più questo strumento per l'incremento alla crescita.

Ciò che ancora manca in Italia sono delle politiche per incentivare quella che è stata definita dagli economisti *womeneconomics*, cosicché il lavoro delle donne possa rappresentare il più importante motore dello sviluppo mondiale. La teoria della *womenomics*⁴⁵ è infatti la prima a connettere le tematiche delle pari opportunità agli indicatori economici di crescita di un Paese, nella convinzione, basata sui dati statistici e sulla comparazione, che senza un maggior apporto alla produzione da parte delle donne l'economia mondiale non possa crescere sufficientemente. A ciò si aggiunge la constatazione che nei paesi dove questa partecipazione è alta anche i problemi demografici sono minori⁴⁶. Ciò è tuttavia subordinato anche all'introduzione di politiche adeguate per non ridurre la fertilità, ma anzi incrementarla, che solo in parte la normativa nazionale ha previsto fino ad ora: un congedo parentale significativo, assistenza all'infanzia (come l'incremento degli asili nido pubblici) e agli anziani, consentire orari di lavoro più flessibili, riformare i sistemi fiscali e previdenziali che creano disincentivi al lavoro delle donne e viceversa introdurre, come in Francia, regimi fiscali che agevolino le famiglie con un numero maggiore di figli attraverso l'introduzione del c.d. "quoziente familiare"⁴⁷. Profili questi che in parte sono di competenza

⁴⁴ Vedasi Relazione per paese relativa all'Italia 2018. Comprensiva dell'esame approfondito sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici, che può leggersi in <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018-european-semester-country-report-italy-it.pdf> e per il 2019 vedasi https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/2019-european-semester-country-report-italy_it.pdf

⁴⁵ *Womenomics* è un neologismo coniato da *The Economist* nel 2006 (riprendendo le tesi di una analista di Goldman Sachs del 1999) che introduce una nuova formula della crescita economica costituita dalla connessione fra quattro elementi essenziali: donne, lavoro, economia, fecondità.

⁴⁶ Come si è constatato nell'indagine del *The Economist* che può leggersi in <https://www.economist.com/finance-and-economics/2006/04/12/a-guide-to-womenomics> "In paesi come il Giappone, la Germania e l'Italia, che sono tutti in difficoltà demografica, lavorano molte meno donne che in America, per non parlare della Svezia. Se la forza lavoro femminile arrivasse ai livelli americani, darebbe un potente spinta alla crescita economica di questi paesi?".

⁴⁷ In Francia il sistema fiscale è particolarmente complesso, ma che, in sintesi, può essere riassunto nella divisione del reddito totale familiare per il numero dei componenti e, maggiore è il numero dei figli oltre a due, maggiore è il valore riconosciuto alla presenza dei figli e quindi minore sono le tasse che devono essere pagate (padre e madre

statale e quindi su cui lo Stato potrebbe e dovrebbe fare politiche generali di favore per le donne lavoratrici. Altri settori, come quello dell'assistenza, sono invece affidati alla competenza regionale, determinando così ulteriori e più gravi disequaglianze fra le varie parti del territorio nazionale⁴⁸.

Tutto ciò induce a ritenere essenziale che l'interpretazione che può desumersi dall'art. 37 Cost. riguardi non solo la madre lavoratrice, che ha già un posto di lavoro, al fine di garantirle quegli strumenti di assistenza fondamentali per mantenere la sua duplice funzione di madre e di lavoratrice, ma anche la lavoratrice che vuole diventare madre. Solo in questo modo si può riconoscere alla donna che lavora "la sua essenziale funzione familiare", cosicché tale precisazione sia intesa come un obiettivo per garantire un livello di natalità adeguato all'attuale struttura dello Stato. Pertanto "le condizioni di lavoro" che devono consentire "l'adempimento della sua essenziale funzione familiare", non attengono solo a quanto il datore di lavoro deve fornire in termini di congedo parentale o per i prestatori d'assistenza, ma misure strutturali che agevolino l'ingresso e la permanenza delle donne nel mondo del lavoro.

La direttiva europea 2019/1158, già richiamata, dovrebbe indirizzare su questa strada, ma i tempi d'attuazione, così lunghi, possono vanificare completamente gli obiettivi previsti. Anche perché si fa riferimento ad interventi normativi che s'inseriscono in un settore che sta cambiando molto velocemente ed il rischio è che i tempi della politica, del governo e del legislatore non riescono certo a seguire l'evoluzione in atto.

7. L'intelligenza artificiale e le nuove tecnologie come strumenti per agevolare la donna lavoratrice nella sua "essenziale funzione familiare"

Prima la *sharing economy*, poi l'intelligenza artificiale e le nuove tecnologie nel loro complesso stanno determinando un'evoluzione nel mondo del lavoro con conseguente trasformazione sostanziale indipendente da interventi normativi che difficilmente riescono a seguire lo sviluppo in atto. Un'evoluzione che tuttavia non pare necessariamente contraria agli obiettivi che la norma costituzionale pone, ossia quella di garantire che le condizioni di lavoro della donna lavoratrice non siano contrarie all'adempimento della sua essenziale funzione familiare.

valgono 1, i primi due figli valgono 0,5, dal terzo figlio il valore torna ad 1). Come normalmente si dice, il costo del terzo figlio è a carico dello Stato.

⁴⁸ Come risulta dal *report 2019* prima citato in nota 44 "il divario regionale resta acuto. Nel Sud la produttività è particolarmente debole a causa di fattori strutturali, ad esempio investimenti insufficienti e inefficaci. Dopo la crisi sono aumentati gli squilibri territoriali. Nelle regioni meridionali gli investimenti e la produttività sono ostacolati da una *governance* debole e dalla scarsa capacità di spesa e attuazione delle politiche. Inoltre, livelli inferiori di istruzione e innovazione limitano l'impatto positivo delle misure adottate a sostegno degli investimenti privati. Il Sud è in ritardo soprattutto in termini di investimenti immateriali, infrastrutture di trasporto, gestione dei rifiuti, infrastrutture idriche e prevenzione dei rischi derivanti da catastrofi naturali. Nelle zone rurali, inoltre, la rete a banda larga è meno avanzata".

Per quanto attiene agli effetti dell'intelligenza artificiale e delle nuove tecnologie non pare che possano incidere sull'occupazione femminile in maniera così dirompente, come in genere si teme, sia per quanto attiene l'impatto sui posti di lavoro, sia con riguardo alle modalità di svolgimento del lavoro.

In riferimento all'occupazione le conseguenze sulle donne dovrebbero essere più ridotte rispetto a quelle maschili, specialmente nei livelli d'impiego medio – bassi. Tutto ciò per una serie di fattori: innanzitutto perché i settori d'impiego femminile sono stati toccati dagli effetti dell'automazione già in un recente passato e vi è già stato un riassetamento su altre attività, inoltre l'incremento dell'occupazione femminile porta, come si è detto, ad uno sviluppo della domanda di servizi alla famiglia che prevalentemente non possono essere svolti da macchine, ma anzi attivano nuovi ruoli di lavoro prevalentemente femminili. Infine, si deve aggiungere, che il livello d'istruzione delle donne è maggiore di quello maschile, così da consentire una capacità di qualificazione lavorativa diversa rispetto a quella che può essere svolta dalle macchine o comunque una capacità di trasformazione della propria attività lavorativa maggiore⁴⁹.

Per quanto poi attiene alle condizioni di lavoro, l'evoluzione tecnologica, forse, potrebbe rappresentare uno strumento per favorire la “essenziale funzione familiare”. Lo sviluppo di tali nuove tecnologie dovrebbe infatti favorire il telelavoro, forme di *job-sharing* con una conseguente flessibilità sia nell'organizzazione che nelle modalità di svolgimento del lavoro. E la normativa statale potrebbe agevolare tutto ciò attraverso politiche adeguate all'evoluzione digitale⁵⁰.

Come ormai spesso si dice, siamo entrati nella quarta rivoluzione industriale e la nostra Costituzione si può facilmente adattare a tale evoluzione, sempre che l'art. 37 Cost., per quanto più direttamente ora ci interessa, sia interpretato conformemente a tale trasformazione, agevolando il lavoro femminile, favorendo contemporaneamente la natalità e, non ultimo, incrementando la crescita economica dell'Italia. Può essere quindi utile richiamare, a tale riguardo ed in via conclusiva, quanto scrisse Virginia Woolf in un famoso *pamphlet*, *Le tre ghinee*, pubblicato prima dello scoppio della seconda guerra mondiale nel 1938. La Woolf in una lettera immaginaria ad un avvocato per rispondere al dubbio di “cosa si deve fare per prevenire una guerra”, ipotizza di spendere una ghinea per fondare un'università femminile, l'altra per sostenere un'associazione per donne che vogliono esercitare una professione e la terza per un'associazione per evitare una guerra. I tre obiettivi, tuttavia, nella elaborata ricostruzione della Woolf perseguono lo stesso scopo, ossia quello di prevenire la guerra.

⁴⁹ Anche indagini OCSE rilevano che la trasformazione digitale aprirà delle opportunità per ridurre gli ostacoli che le donne affrontano nell'accesso e all'interno del mondo del lavoro.

⁵⁰ Le nuove tecnologie impongono d'altra parte interventi normativi statali indipendenti dal genere al fine di promuovere ed incentivare lo studio in settori scientifici, favorire l'aggiornamento e l'apprendimento permanente. Il ritmo dell'obsolescenza delle tecniche e delle conoscenze è sempre più rapido e quindi è necessario che si attivi un sistema di assistenza per agevolare il passaggio del vecchio ad un nuovo lavoro, per contribuire alla formazione e all'adattamento all'evoluzione tecnologica.



Attualmente, il problema dell'accesso all'Università è stato ben superato, non completamente abbiamo risolto il pieno accesso delle donne alle attività produttive in piena parità, ma le politiche governative ed europee, come abbiamo visto, hanno fatto e potranno fare molto in questa direzione. Il ruolo della donna lavoratrice può rappresentare, quindi, non certo la soluzione a tutti i problemi, ma una strada per contribuire a superare quella guerra economica che stiamo vivendo.

Sarà un caso, ma i Paesi del nord Europa, che hanno una percentuale di occupazione femminile nettamente superiore alla nostra, non devono combattere la stessa guerra.