

# Appunti Diritto del Lavoro

## Lavoro Femminile

Appunti del 23/05/2013

Giovedì 6 giugno ore 16.00, Professor Piergiorgio Alleva, Lezione sul tema della precarietà nel mondo del lavoro.

Consigliere di parità istituito dal ministero del lavoro per la tutela delle donne nel posto di lavoro, figura che si è trovata ad affrontare una situazione di natura pesante, con discriminazioni contro la donna nel posto di lavoro. Va osservato come oggi parlare di discriminazione, tutela del lavoro femminile ecc. può sembrare anacronistico, quanto detto riferibile a tre posizioni:

1. Rifiuto verso tale tematica, inteso come soggetti che si presentano come convinti della presenza di una condizione di completa parità definendo la tematica come fastidiosa.
2. Vi è un atteggiamento di estrema condivisione.
3. Vi è poi un atteggiamento di condivisione apparente, atteggiamento che si presenta generalmente come forma di pensiero collettivo, che date le conquiste, anche dal punto di vista legislativo, vi è una cultura che ha permesso alle donne di raggiungere anche posizioni di grande rilievo, quanto detto tende a negare il problema affermando il raggiungimento della parità uomo donna. La pericolosità di tale atteggiamento fa riferimento all'assenza degli strumenti culturali per comprendere tale fenomeno, dati i risvolti giuridici, sociologici e culturale che ciò implica, affrontare tale tematica, e comprenderla in maniera corretta richiede specifici strumenti culturali.

Consapevolezze culturali: concetto di cultura ed espressione della stessa, un paragone può essere fatto con sistema in continuo avanzamento, su strade prestabilite, che trovano la loro base nel linguaggio. Data quindi la scomparsa formale di molte discriminazioni è anche vero che dal punto di vista sostanziale, culturale, le stesse permangono. Osservando il problema all'origine va compreso come, pur in presenza di un apparato legislativo permanevano zone grigie di discriminazione, con necessari riferimenti antropologici e sociologici, anche riferibili al linguaggio, strumento fondamentale della cultura. Definizione di uomo e donna primo strumento di riflessione sulla tematica, definizione proveniente dal dizionario dei sinonimi e dei contrari di "Gabrielli"

Uomo: Creatura di dio, persona, creatura intelligente, cristiano cittadino.

Donna: Femmina dell'uomo, figlia di Eva, costola di Adamo, Moglie, compagna amante.

Vocabolario del lessico universale italiano

Uomo: Designazione dell'individuo di sesso maschile

Donna: Femmina dell'uomo.

Enciclopedia italiana:

Uomo:

Donna: Individuo di sesso femminile, soprattutto in periodo di maturità anatomica di età adulta.

Ivi si ha la prima definizione di donna designata come individuo, senza riferimento ad elementi cultura o all'uomo come punto di riferimento, le discriminazioni ritenute come inesistenti apparentemente, generalmente risultano pesantemente radicate all'interno della cultura, non si è considerata per lungo tempo la donna come individuo e persona, e quindi non soggetto di diritto ma oggetto di giuridificazione. Dal punto di vista linguistico gli elementi che sottolineano condizioni di forza, peso o grandi dimensioni presentano declinazione maschili, al contrario le parole con declinazioni femminili richiamano al piccolo e al vezzeggiativo, al contrario altre radici linguistiche comprendono stereotipi culturali, quali le dimensioni pubbliche e culturali tipicamente maschili e quelle femminili che culturalmente sono riferibile al concetto di privato e domestico, con un ruolo ben definito di moglie e madre. Il linguaggio si presenta quindi fondamentale come camera di incorporazione di un popolo.

La cultura si presenta in maniera strisciante di carattere maschile, ma per comprenderne l'origine culturale è necessario comprendere i miti, antecedenti alla storia, che già di per se esprime un giudizio culturale. Analizzando gli stessi si può vedere come in periodi storici precedenti esisteva il matriarcato, le donne erano considerate più importanti degli uomini, poiché dotate del dono della procreazione, dar vita ad un altro essere, periodo di totale inconsapevolezza scientifica, sul come potesse svilupparsi una nuova vita, si considerava una figura onnipotente di carattere semidivino. Nel periodo dei miti si è iniziato quindi ad operare un'operazione culturale particolare, sintetizzata dai romani in una massima: "dividi e comanda", che qualora rapportata a tale discorso hanno fatto sì che l'onnipotenza femminile, di creatrice di vita, potesse essere abbassata alla condizione del patriarcato, hanno scisso l'identità femminile in tante identità differenti. Basti considerare quelle che sono le divinità dei miti, e di come gli stessi comprendessero anche donne, dee, che incarnavano il ruolo di secondo piano rispetto agli uomini, o che comunque si prestassero ad avere identità singole, limitate e secondarie, o di natura frammentata qualora equiparata, creando stereotipi che in massima parte permangono tutt'ora.

Con il passare dei secoli la situazione non si è modificata culturalmente ma si è complicata nella comprensione, se da tali riferimenti culturali si scende su un piano di tipo giuridico va osservato come lo stesso, come forma di portato del pensiero umano, incorpora la cultura. Tale diritto nato nel 1600 dal giusnaturalismo, che riprenderà le teorie di Aristotele, essi hanno quindi per primi creato l'ordinamento giuridico, lo stesso prestato ad essere costruito per gli esseri umani è stato strutturato, in maniera interna al diritto stesso, una sagoma rappresentativa, la stessa doveva avere dei caratteri precisi, neutri ed universale, oltre che bidirezionale, cioè doveva essere in grado di ricomprendere sia uomini che donne. In realtà tale concezione era valida solamente per i giusnaturalisti, per il resto della popolazione la stessa sarebbe stata una figura maschile, e non neutra come per il progetto iniziale dei giusnaturalisti. La centralità della stessa svolta nel diritto ha fatto sì che lo stesso si concretizzasse come una struttura solo apparentemente neutra. La figura femminile, rispetto alla neutra bidirezionale, è stata considerata o in rapporto di inclusione, omologazione al maschile, senza considerazione delle relative diversità, o di esclusione, in quanto differente, su tali basi si è sviluppata la teoria del diritto moderno.

In realtà va considerato come nessun elemento si presenta come neutro, diritto, scienza, cultura, ecc. sono costruiti in varie dimensioni con caratteri sessuali di vario genere, basati su un artificio logico mai dimostrato, cioè l'uguaglianza delle sagome considerate. Su tali presupposti il rapporto delle donne con il diritto non si è presentato come facile, poiché come osservabile in vari studi, le donne risultano escluse, dal punto di vista sostanziale del diritto, poiché non ne concepiscono l'intima essenza che si caratterizza come essere maschile, poiché è possibile osservare come l'ordinamento giuridico si basa su criteri di universalità e generalità che si prestano ad essere generalmente maschili, poiché il mondo femminile nel suo vivere, e nelle relative esperienze giuridiche rilevanti, criteri differenti, concretezza, al posto di generalità, particolarità, al posto di giustizia l'equità, con profonde ripercussioni anche sul piano giuridico.

Quanto detto permette di determinare come, oltre il sistema di nozioni del diritto ciò che va letto nello stesso fa riferimento alle figure sino ad ora considerate, in maniera tale da determinare una concezione e una consapevolezza differente del diritto esistente, con alterazione della condizione che falsamente porta all'equiparazione della figura femminile e di quella maschile.

È possibile dividere la storia della legislazione, dell'evoluzione della stessa, dal punto di vista del lavoro femminile in vari periodi:

Periodo della tutela: tale periodo arriverà sino a metà degli anni 70, partendo dall'emanazione della costituzione, o anche prima del regime corporativo.

Periodo della parità: va dalla metà degli anni settanta sino alla metà degli anni ottanta.

Periodo delle pari opportunità: va da metà degli anni ottanta, sino al periodo contemporaneo.

Periodo della differenza di genere: tale periodo risulta essere come sospeso, poiché culturalmente la differenza di genere come si è considerato, si è affermata in alcuni ambiti, ma giuridicamente non ha trovato posto all'interno dell'ordinamento giuridico, è un elemento proiettabile nel futuro, in parte presente, ma non esistente dal punto di vista giuridico, ma solo abbozzabile dal punto di vista culturale.

Tali periodi indicano dei diversi periodi, anche dal punto di vista temporale, e che implica la registrazione di un certo tipo di cultura.

Tutela parte dal presupposto culturale della donna come soggetto debole, inferiore, rispetto al genere maschile, data tale condizione quindi si necessita di specifiche forme di tutela, tale periodo inizia in realtà durante il regime corporativo, 1926-1944, è un periodo che può essere giudicato in maniera contrastante, dal punto di vista della tutela della donna dalle discriminazioni, lo stesso apparentemente è stato ricco di leggi di tutela della figura femminile:

- Assegni familiari.
- Tutela del lavoro delle donne e dei fanciulli, coppia particolare con riferimento al concetto di mezza forza lavoro, nome che indica un atteggiamento culturale di protezione di un soggetto debole.
- Tutela della maternità.

Va però osservato come in tale periodo la donna sia stata estremamente protetta, anche se alla base di tali dati normativa sopravviveva una visione culturalmente stereotipata della donna, che doveva rimanere a casa e non partecipare all'attività lavorativa. A tal scopo si possono citare le leggi emanate nel 1923 che interdicevano il lavoro delle donne nelle pubbliche amministrazioni e nella scuola. Altresì il sindacato corporativo, stabiliva che i salari delle donne fossero del cinquanta per cento inferiore di quelli degli uomini, va osservato quindi che l'obiettivo vero di tale regime, nei confronti del lavoro femminile erano di espulsione della donna dal mercato del lavoro ufficiale, in maniera tale da contenere la disoccupazione maschile, tenendo la stessa all'interno della famiglia, la stessa uscendone era relegata nell'ambito del mercato del lavoro illegale, lavoro a domicilio, che al tempo non era dotato di propria regolamentazione, ma si presentava come lavoro in nero. Si esalterà in tal senso la funzione materna e familiare della donna, il regime corporativo da tale punto di vista è stato altamente contraddittorio, proteggendo da un senso la posizione femminile, facendo richiedere le tutele, estremamente rigide, in maniera negativa sul mercato del lavoro, spingendo a non assumere il soggetto eccessivamente tutelato.

Tale situazione ambivalente rimarrà in vigore sino all'emanazione della costituzione nel 1948, che come già visto contiene una norma, articolo 37, il quale prevede che le donne, nell'ambito del lavoro, abbiano uguali diritti rispetto all'uomo, che comunque devono essere messi in grado di svolgere la propria essenziale funzione familiare, e che a parità di condizioni hanno diritto ad una pari retribuzione rispetto al soggetto maschile. Tale norma, rispetto al regime corporativo, determina un avanzamento culturale coniugando due dimensioni, da un lato quella protettiva da un lato e quella paritaria da un lato, tale norma sarà di tipo bidirezionale, tutelando la parità formale cercando anche di realizzare, in maniera sbagliata, quella di tipo sostanziale. Tale norma ha dato vita ad un acceso dibattito della dottrina, data la presenza di due nuclei problematici di discussione. Presenti nell'inciso relativo all'essenziale funzione familiare e al diritto di eguale retribuzione a parità di lavoro.

Primo nucleo problematico relativa alla necessaria ed essenziale funzione familiare, che la donna deve poter svolgere, il concetto di essenziale fu fortemente voluta dalle forze cattoliche, rispetto



alla relativa componente politica si voleva far riferimento all'insostituibilità di tale figura, che si presta ad essere come più importante di quella che poteva essere svolta dalla donna in campo lavorativo, dalla l'accezione che si avvicina ad insostituibile, come inteso dalle forze di destra, e non ad importante, come inteso dalle forze di sinistra. Si è molto discusso nella dottrina giuslavorista sul significato proprio di tale inciso, prevalendo il buon senso con riferimento ad una sorta di soluzione di compromesso, soluzione più corretta dal punto di vista dei principi costituzionale, riferibile quindi alla lettura di tale inciso come riferibile ad una funzione importantissima ma che comunque la donna potesse essere libera di scegliere tra la dimensione familiare e quella lavorativa, il compito dello stato sarebbe in tal caso quello di garantire tale libertà di scelta.

Considerando il secondo inciso problematica si fa riferimento al diritto di pari retribuzione a parità di lavoro, ivi il problema è quello di comprendere che cosa si volesse inteso con parità di lavoro. Le prime interpretazione in ambito, sopravvissute sino a fine anni sessanta, facevano riferimento al fatto che la retribuzione fosse tale unicamente a parità di rendimento. Ovviamente va considerato come tale interpretazione risulta essere come fuorviante, poiché tra soggetti differenti non è possibile pretendere una parità di rendimento, ciò è possibile unicamente in riferimento a soggetti uguali, tale discorso era vizioso in principio. In tal senso interverrà poi la cassazione, che nel 1968, con una sentenza con eco estremamente ampio ha chiarito tale inciso, che è stato quindi riferito ad uno stesso lavoro, o posto di eguale lavoro, cioè a parità di mansioni e qualifica. Ciò che è emerso da tale interpretazione è che il criterio preponderante dal punto di vista giuridico era di riferimento al valore tipico delle mansioni, la pari retribuzione è da corrispondersi a parità di valori tipici e qualifiche, eliminando quindi la condizione di parità di lavoro come parità di rendimento.

Articolo 37 della costituzione, con lo stesso si avrà poi l'apertura ad una dimensione della tutela più avanzata del periodo corporativo, anche se il periodo della tutela sopravvivrà sino a metà anni settanta, di tale periodo fanno parte due importanti leggi, emblema dell'attività di tutela statale a favore delle donne, basato sul presupposto teorico di tutela del soggetto debole:

Legge 7/1963:

Riferibile alle clausole di nubilitato, specchio del clima giuridico del mondo del lavoro, ove non esisteva ancora una tutela dei licenziamenti, legge 604/1966, oltre che dell'uso del termine sul contratto di lavoro. Va osservato come dal punto di vista economico sociale, tale periodo si caratterizzerà per un periodo di rilevante ricchezza, con un aumento dell'occupazione, anche femminile, va però considerato come pur in presenza di una aumento di tale occupazione, in un regime, giuridico, ove non vi è la tutela del licenziamento, vi è un abuso dell'apposizione del termine, in tale contesto una donna al momento del matrimonio, o in caso di filiazione, era soggetta al licenziamento in tronco, con il medesimo risultato era soggetta ad essere assunta non a tempo determinato ma con contratti a termine e scadenza breve, si vedeva una diminuzione di produttività su lavoro. Neanche la magistratura era riuscita ad intervenire in maniera autorevole, le poche sentenze facevano riferimento al diritto di preavviso della donna licenziata per tali motivazioni. Le forze politiche riferendosi a tale condizioni sono intervenute in maniera differente:

- A. Secondo il punto di vista dei cattolici tale condizioni era assolutamente illegittima poiché di fatto favoriva le unioni irregolari, contrario ad un certo tipo di visuale della famiglia e della cultura.
- B. Secondo la componente laica si denunciava la stessa situazione, iniqua, facendo riferimento a forme di tutela del lavoro in senso lato e al principio di uguaglianza tra uomo e donna.

Alcune considerazioni erano di tipo giuridico altre di tipo metagiuridico, la prima opinione è sorta unicamente come forma di tutela, senza riferimento alla costituzione, di tipo unicamente secondario. Le seconde considerazioni insistevano giuridicamente sull'articolo 4 della costituzione,

sull'articolo 3 dell'uguaglianza e sull'articolo 36, in tale clima di pressioni convergenti verrà emanata tale legge che sancirà la nullità delle clausole di nubilitato, quindi quelle clausole apposte al contratto di lavoro, imponendo che: in caso di matrimonio successivo all'assunzione si accettava il licenziamento, tale condizione rimarrà però in forma implicita tramite la firma di dimissioni in bianco. L'effetto di tale norma ha effetto dalla data della pubblicazione sino ad un anno dopo il matrimonio. In questo periodo, dalla comunicazione sino ad un anno dopo il matrimonio si ha una presunzione di nullità assoluta.

## 1. Legge 1204/1971:

Riferibile alla tutela della maternità, importante poiché è la prima legge sulla maternità ove prende risalto la dimensione sociale della stessa, che per la prima volta non verrà più vista come un fatto individuale della donna, si verrà a prendere atto del relativo valore sociale e della necessità di tutela dei valori propri della stessa. Altra differenza con il regime corporativo ha margine di applicabilità anche nel lavoro a domicilio. A tale legge se ne aggiungeranno altre a concretizzazione della situazione di tutela, tale legge ha comunque introdotto una tutela fisica della maternità, ed una tutela dal punto di vista economico poiché:

Dal punto di vista fisico il legislatore si preoccupa di garantire alla donna un periodo di serenità, tranquillità, durante la gravidanza, all'uopo si interdice tramite legge al datore di lavoro di poter licenziare la donna poiché in stato interessante, tale acquisizione sarà importante anche dal punto di vista culturale, riferendosi ad uno stato oggettivo di gravidanza, prescindendo dallo stato civile della donna, non vi è la tutela famiglia in senso lato, ma lo stato oggettivo interessante.

La legge prevede poi delle eccezioni a tale divieto assoluto di licenziamento, deroghe, la prima fa riferimento alla condizione di giusta causa o colpa grave della lavoratrice, ivi anche se la stessa è in stato di gravidanza può procedere al licenziamento, una seconda ipotesi è riferibile alla cessazione dell'attività dell'azienda. La terza ipotesi è la conclusione dell'attività da considerare. ultima ipotesi di deroga in tal senso si riconnette al fatto che la legge prevede due periodi della donna di astensione dal lavoro, uno di astensione obbligatoria, ed un secondo di astensione facoltativa, e temporalmente successivo, in tali periodi la donna non può lavorare, mentre nel periodo di astensione facoltativa la stessa ha il diritto di scegliere se astenersi o meno dall'attività lavorativa. Rientra nelle deroghe al divieto di licenziamento, il caso ove la donna in gravidanza assunta nel periodo di astensione obbligatoria, poiché in tale periodo la stessa non può lavorare, per cui il rapporto di lavoro costituito risulta essere irregolare.

Vi è poi un divieto di lavori pesanti ed insalubri nel periodo della gestazione, va poi ricordato come nel periodo della gravidanza è possibile adibire la donna a mansioni diverse, ed anche inferiori, all'or quando ciò porti un beneficio, in termini di tutela, al decorso della gravidanza, una delle poche ipotesi, riferibili allo ius variandi, ove si può legittimamente declassare la lavoratrice a mansioni inferiori.

Appunti del 24/05/2013

Iter legislativo, suddivisibile in quattro periodi:

2. Tutela.
3. Parità.
4. Pari opportunità.
5. Differenza.

Dotati di peculiare collocazione a livello temporale, e una collocazione in funzione dei valori ideologici riferibili alla legislazione del lavoro femminile. Analizzando la tutela e il periodo corporativo, oltre il passaggio della costituzione, articolo 37, legge 7/1963 e 1204/1971. Si partiva dal presupposto culturale di tutela presupponesse una condizione di debolezza, sottolineato nella definizione di mezza forza lavoro, come nel caso dei fanciulli, che in quanto tale andava tutelata.

Tale impostazione verrà superata a metà anni settanta, tramite una legge, 903/1977, considerata particolarmente innovativa, vi è stato culturalmente un passo avanti, ponendo il discorso del lavoro femminile non riferibile ad un'intrinseca debolezza, ma lo poneva su un piano di parità. Va considerato come la parità a cui si farà riferimento è stata una parità di tipo formale, descritta nel primo comma dell'articolo 3 della costituzione, che fa appunto riferimento alla parità formale, a differenza del secondo che fa riferimento alla parità sostanziale, tipico dei regimi liberali, ma non congruo ai valori di uno stato sociale, a differenza di una parità sostanziale, che imponeva un intervento statale a favore di soggetti deboli meritevoli di tutela per ottenere dei diritti sociali. Il principio di parità formale risulterà essere particolarmente fittizio, qualora non correlato da parità sostanziale, poiché parte dal presupposto logico di parità di tutti i soggetti, in partenza, artificio logico.

Nonostante il salto culturale di tale legge, concezione di debolezza del soggetto femminile elevato sul piano di parità, è stata una legge sommariamente, e posteriormente, poco incidente, si è presentata come inefficace e poco applicabile, il perché di tale condizione, va fatto risalire a diverse cause, si è in primis fatto riferimento ai soggetti chiamati in prima battuta all'applicazione e al sostenimento di tale legge:

Sindacato: dotato di un ruolo particolarmente importante, come per il divieto di lavoro notturno, operare per una flessibilizzazione dei divieti con un ruolo propulsivo rispetto all'applicazione degli stessi che si trovavano all'interno di tale legge, il ruolo è stato svolto in maniera deludente, poiché la discriminazione di genere sono state affrontate di pari passo alle discriminazioni sindacali, date quindi le opportune differenze ciò si è rivelato inefficace.

Magistratura: ha avuto un ruolo incisivo su determinate tematiche, riferendosi a diritti generici come lo sciopero, limiti interni ed esterni, in tal caso ha svolto un ruolo marginale e deludente, poiché la stessa non ha tipizzato quelle discriminazioni, che, in prima battuta, non sembrano essere palesi, cioè che non consistono in una violazione palese di una norma, si ha avuto l'assenza di azione della magistratura, con opera creativa del diritto, in ciò si è visto una sorta di inefficacia della legge stessa.

Va considerato infine un discorso di fondo richiamabile, riferibile ad un problema di efficacia della norma in un contesto sociale, riferendosi al ruolo della legge come produttrice di un consenso sociale, o il consenso sociale a portare l'emanazione di una legge, in tal caso il contesto culturale e sociale non si è rivelato pronto ad assimilare concetti, ancorché limitati alla libertà formale, erano innovativi rispetto alla condizione passata di tutela e debolezza del soggetto femminile. Vi è in tale dato normativo dei vuoti, pur contenendo importanti affermazioni di principio, divieto di

discriminazione nell'accesso al lavoro, nella progressione della carriera e nel diritto ad un'equa retribuzione, lascia un vuoto sanzionatorio, ristretto ai relativi articoli:

13: riferibile al problema della progressione di carriera, la norma prevede che siano nulli tutti quei patti o atti del datore di lavoro che pregiudicano la progressione di carriera, poiché discriminatori, il rimedio della nullità, estremamente pregnante nel diritto civile, è un rimedio che non sempre sino in fondo sortisce la sua efficacia ideologica, non si presta ad essere incisivo e penetrante. Nella fattispecie concreta lo stesso, prevede che in caso di discriminazione la stessa sia nulla, senza però comportare la promozione del soggetto discriminato, limitando l'operatività della norma stessa, impedendo in positivo al soggetto discriminato di accedere alla promozione di cui aveva diritto.

15: tutela delle discriminazioni nel momento di accesso al lavoro, va considerato il caso pratico ove in un'assunzione venga discriminata una donna, ivi va osservato come lo strumento sanzionatorio opera in maniera differente dall'articolo 13, nullità, va difatti considerato il riferimento all'articolo 28 dello statuto dei lavoratori, che prevede la cessazione del comportamento e la rimozione degli effetti. Lo stesso meccanismo si applicherà in tal caso, per cui si avrà che: l'assunzione discriminante verrà invalidata, poiché illegittima per motivi discriminatori, e può a differenza della nullità far assumere la donna discriminata al posto dell'uomo, in tal senso non viene risolto completamente il problema. Poiché comunque un datore di lavoro può tentare tale comportamento discriminatorio, dato poi il fallimento del tentativo vi è l'obbligo di assunzione della donna, ciò non si presta ad essere un deterrente contro tale comportamento, si avrebbe dovuto agire nel senso di affiancare un ulteriore lavoratore, nel nostro caso la lavoratrice donna al lavoratore uomo assunto per motivi discriminatori, vero deterrente per il datore di lavoro nel compiere atti discriminatori, poiché a tal punto la sanzione applicata avrebbe implicato il sovradimensionamento non riducibile della componente del personale.

Le norme sanzionatorie nel complesso sono risultate troppo deboli per affrontare un contesto come quello delle discriminazioni che in tale periodo era particolarmente pesante, va poi considerato come il sistema sanzionatorio di tale legge prevedeva poi che ad agire contro la discriminazione fosse il soggetto discriminato, legittimazione ad agire, in capo alla lavoratrice discriminata, con consistente venir meno del contenzioso, poiché anche in funzione di analisi sociologiche accadeva spesso, anche in periodi contemporanei, la lavoratrice si presentasse come restia a ricorrere ad un giudice per un esito processuale incerto, dato i rimedi sanzionatori che si presentano come incapaci di affrontare il fenomeno, sia poiché l'onere della prova incombe sul soggetto discriminato, che deve provare la discriminazione, va considerato come da tale punto di vista la condizione si modificherà in meglio, invertendo l'onere della prova stessa.

Si ha in tale periodo una legge, la 903, sicuramente innovativa ma viziata da numerosi punti di debolezza, riferibili: al contesto culturale e sociale, non pronto a metabolizzare dati concetti, in secondo luogo si presenta un apparato sanzionatorio di tipo debole, sia per i rimedi previsti, nullità e articolo 15, vuoi per la legittimazione individuale vuoi per l'onere della prova, per di più tale legge va ad arginare il fenomeno discriminatorio unicamente sul piano individuale con strumenti di tutela per la singola lavoratrice, va considerato come generalmente tali fenomeni hanno valenze più ampia e di tipo collettivo, data l'impostazione la stessa tende a ripetersi contro più soggetti, all'interno dell'organizzazione del lavoro, determinando fenomeni prevalentemente di tipo collettivo. La discriminazione posta in essere da tale legge, e che si vuole arginare, prende il nome di discriminazione diretta, cioè consistente nella violazione di norme giuridiche, che copre un caso individuale.

Con il tempo si è notato, tramite un processo culturale serio di sensibilizzazione a tali problematiche, come molti degli aspetti della 903, non rispecchiavano fedelmente quella che era la



realtà diffusa nei posti di lavoro, poiché le discriminazioni, non solo sono in genere collettive e non individuali, ma spesso non consistono in una violazione diretta di norme, tale consapevolezza sviluppata nel tempo ha portato negli anni 80s, ad un dibattito tra gli addetti ai lavori riferibile al concetto di discriminazione, ciò che è definibile come discriminazione, quali sono le situazioni che determinano tale condizione, vi è stato poi un dibattito sul concetto di uguaglianza, data l'insufficienza del concetto di uguaglianza formale in riferimento a condizioni di parità e di non discriminazione, dall'altro un dibattito sui motivi che sollevavano il datore di lavoro dalle responsabilità qualora potesse in essere un atto discriminatorio.

La situazione progressivamente si evolverà prevedendo inizialmente che: se l'atto discriminatorio era stato coerente tra lo scopo perseguito e l'esercizio datoriale ciò forniva prova liberatoria rispetto alla discriminazione, si è passati da tale condizione ad un concetto più ristretto ove si riteneva normale l'atteggiamento, o atto discriminatorio, qualora lo stesso fosse indirizzato alla massimizzazione dei profitti dell'impresa, ulteriore passo avanti rispetto a tale condizione si farà con la definizione come situazione liberatoria di responsabilità del datore di lavoro, allora quando la discriminazione della lavoratrice e il suo sacrificio fosse inevitabile da parte del datore di lavoro, ulteriore passo avanti si avrà negli anni 80s, data la modifica del contesto sociale di riferimento, e degli aspetti sociali e collettivi delle disuguaglianze, si è iniziato ad abbassare i livelli garantistici, con inizio del periodo della flessibilizzazione del diritto del lavoro, con la crisi economica e le nuove tecnologie, tale insieme di fattori, ripensamento serio del principio di uguaglianza, evoluzione del concetto di discriminazione, modificazione del concetto di prova liberatoria di responsabilità, oltre alla consapevolezza sociale, hanno portato ad un nuovo modello di sviluppo, distante dalla parità formale, per approdare ad un'uguaglianza sostanziale, secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione, e portava ad un concetto di discriminazione che non solo non era di carattere individuale, ma essenzialmente collettivo, ma che non consisteva più soltanto nella violazione di una norma giuridica.

Tale fermento culturale, agli inizi degli anni novanta, ha portato all'emanazione di una nuova norma, la legge 125/1991, la quale ha ricompreso tutti i fermenti sino ad ora considerati, sistematizzandoli in un testo normativo, ed inaugurando quindi il periodo definibile come delle pari opportunità. Due risulteranno essere i concetti chiave e caratterizzanti di tale periodo, con propagazione contemporanee, oltre che relative modifiche. I due concetti fondamentali risultano essere:

1. Differenziazione del concetto di discriminazione, si passerà dalla discriminazione diretta, con violazione di norme, e sanzione dell'ordinamento, ivi la discriminazione da diretta prende il nome di indiretta, non si presenterà più una sanzione di grado generico ma alla stessa si sostituisce uno strumento di tipo promozionale con il nome di azione positiva.

Si definisce discriminazione indiretta quella serie di comportamenti, di per se non anti giuridici, e che non vanno a colpire la singola lavoratrice, ma gruppi di soggetti, tale discriminazione consiste nell'applicazione di criteri uniformi, apparentemente neutri, su soggetti che invece sono in una situazione di disuguaglianza e di svantaggio sociale, si considera il concetto di uguaglianza formale, cioè la non considerazione della diversità dei soggetti, tale condizione risulta essere frutto di una cultura particolare, che non risulta essere frutto di elementi di natura anti giuridica, ma dello sviluppo di semi culturali in grado di intaccare eventuali condizioni di parità.

2. Diversificazione della strumentazione per arginare le stesse. Diversificazione della strumentazione per arginare le stesse. Le situazioni come quelle delineate, definibili come a rischio, portano a sistemi di discriminazioni indirette, che fanno riferimenti a sistemi di segregazione professionale, con sistema di stereotipi culturali e di ruoli da svolgere, non si

ha necessità di sistemi di discriminazione, si passa a sistemi di auto discriminazione dei soggetti meritevoli di tutela.

Tetto di cristallo, data la segregazione professionale da un lato, con femminilizzazione di determinati lavori, segregazione di tipo orizzontale, ve n'è poi una di tipo verticale, poiché all'interno dell'organizzazione del lavoro, molto spesso, anche se in via decrescente, si trovano lavori ove vi sono anche molti soggetti femminili ma arrivati ad un dato punto trovano un ostacolo per quanto riguarda l'arrivo a posizioni di vertice, con ricaduta in molteplici campi, come accade ad esempio con la rappresentanza politica, tale situazione tende ad ampliarsi a moltissimi settori del vivere civile, ivi nasce la discriminazione indiretta, che non porta alla violazione di alcuna norma, che non risulta affrontabile con i normali rimedi dell'azione diretta, rimedi considerabili come tipici, è necessario intervenire con altri strumenti, nello specifico si considera l'utilizzo di un'azione positiva, interventi, promozionale, che vanno ad incidere sui meccanismi, spontanei, di funzionamento del mercato del lavoro, e che cercano di cancellare le discriminazioni indirette, per far ciò è necessario tenere conto:

- A. Condizione femminile e differenziazione della stessa rispetto a quella maschile, con specifico riferimento alla segregazione verticale ad esempio è possibile osservare l'organizzazione del lavoro, che nello specifico potrebbe essere poco fruibile dalle donne, come ad esempio con gli spostamenti necessari, per raggiungere tali ruoli che portano alla discriminazione sostanziale del lavoro femminile.
- B. Incentivazione della presenza delle donne nel mercato del lavoro, sia dal lato della domanda, incidendo sulle pratiche discriminatorie poste in essere dal datore di lavoro, ma anche dal lato dell'offerta di lavoro, poiché la discriminazione indiretta agisce anche, in tal campo, come fenomeno di autoesclusione, data anche l'inconsapevolezza di tale condizione, con necessità di incidere sui sistemi formativi, educativi e scolastici cercando di dare valori da tale punto di vista che eliminino alla radice possibili atteggiamenti mentali discriminatori, dei soggetti stessi, che si auto escludono.

Le strategie positive non devono mirare a sfavorire un gruppo e avvantaggiare un altro, ma di riorganizzare un gruppo svantaggiato correggendone i meccanismi di integrazione e la sottoutilizzazione. Da ciò se ne deduce in maniera incontrovertibile che le azioni positive non portano ad una discriminazione al contrario contro gli uomini, ma portano all'equiparazione dei punti di partenza. Ivi vi sarà una delle principali problematiche delle azioni positive, ciò se si parla di eguaglianza di punti di partenza o di punti di arrivo, con valutazione riferibile anche ad altri elementi, poiché non è detto che la categoria femminile si presenti come indifferenziabile. Va considerato come gli stessi non si prestano ad essere discriminatori, data la presenza di uno svantaggio pregresso, in particolare qualora si incida sulla problematica pregressa di tipo discriminatorio, equiparando le condizione dei soggetti. Le stesse si possono considerare come operazioni di caratteri meritocratico, volendo porre tutti i soggetti sullo stesso piano in maniera da favorire il migliore, si presentano ad essere poi prospettiche, cioè agiscono non solo nell'immediato ma anche in prospettiva futura, agendo sui sistemi educativi i risultati hanno effetto posticipato per le discriminazione future, gli stessi sono poi di carattere temporanei, qualora la stessa si presenta come settoriale per forza di cose deve essere temporanea, raggiunto il risultato preposto non si presenta come necessario di avere ragione d'esistere, poiché altrimenti si tratterebbe di sistemi di discriminazione contraria.

Legge 125/1991, articolo 1, definizione delle azioni positive, riportate tramite un criterio finalistico, cioè il fine che le stesse si propongono:

1. Eliminare le disparità di formazione.

2. Di accesso al lavoro.
3. Nella vita lavorativa,
4. Nella progressione di carriera.
- A. Favorire la diversificazione delle scelte professionali delle donne tramite strumenti formativi e di orientamento professionale e scolastico.
- B. Favorire l'accesso al lavoro autonomo, all'attività imprenditoriale e a sistemi propri di formazione.
- C. Superiori condizioni, organizzazione e distribuzione del lavoro che provocano effetti diversi a seconda del sesso, nei confronti dei dipendenti con pregiudizio: nella formazione, nel trattamento economico nell'avanzamento di carriera.
- D. Promuovere l'inserimento delle donne nelle attività, nei settori professionali e nei livelli nei quali esse sono sottorappresentate, in particolare nei settori tecnologicamente e di responsabilità avanzati.
- E. Favorire anche mediante una diversa organizzazione del lavoro delle condizioni e del tempo di lavoro, l'equilibrio tra responsabilità familiari e professionali, e una migliore ripartizione di tale responsabilità tra i due sessi.

La legge 125/1991, introdurrà poi un concetto nuovo di discriminazione, oltre a introdurre il concetto di discriminazione indiretta, lo descrive in maniera tale da ampliarne la portata, nell'articolo 4 di tale legge difatti la discriminazione, che viene presa in considerazione, cioè quella indiretta, è una discriminazione ove si sposta l'ottica di approccio al problema discriminatorio, tale articolo definisce come discriminazione ogni comportamento che produce un effetto pregiudizievole in ragione del sesso. I termini importanti per il salto qualitativo fa riferimento al concetto di comportamento ed effetto:

Comportamento, termine che risulta essere una presa d'atto del fatto che la discriminazione non sempre deriva da comportamenti attivi o manifestazioni di volontà, ma può avvenire anche con comportamenti anche di tipo omissivo. L'utilizzo del, data l'esclusione della consapevolezza e la volontà nel compiere la discriminazione, l'elemento fondamentale non è la volontà discriminatoria, ma la produzione di effetti che si prestano ad essere di fatto discriminatori, casi pratici permettono di comprendere la difficoltà di discernere tale condizione di discriminazione: dato un bando di concorso ove veniva richiesto un requisito minimo di altezza, tale risulta essere una discriminazione indiretta poiché mediamente le donne sono più basse degli uomini, tale requisito non rientra nelle prove liberatorie, poiché lo stesso non si presta ad essere un requisito essenziale per il lavoro. Quanto detto porta a reprimere condizioni apparentemente non discriminatorie, ma che statisticamente, inserita la prova statistica come prova valida, provocano delle discriminazioni.

La legge 125/1991, attua poi l'inversione dell'onere della prova, assente nella legge 903/1971, ove si richiedeva che fosse il discriminato a provare la discriminazione, ciò ha fatto sì che fosse il discriminante a dover provare che il proprio comportamento non si presta ad essere discriminatorio, poiché qualora lo stesso incomba sul discriminato si trattava di una prova quasi del tutto non attuabile, poiché la stessa, discriminazione, era effettuata in maniera velata e nascosta, il legislatore considerando la prassi giudiziaria di tale tematiche che ha portato all'inversione dell'onere della prova.

Differenza di genere, va considerato come l'ambito sino ad ora considerato nell'ordinamento giuridico contemporaneo è di pari opportunità, concetto di uguaglianza sostanziale del secondo comma dell'articolo 3 della costituzione, con intervento dello stato per rendere effettivo il godimento dei diritti civili, tramite le azioni positive. La differenza tra tali concetti, pari opportunità-differenza di genere si muove su binari differenti, riferendosi alle differenze di genere,

che ricomprende non solamente agli elementi della fisicità, ma anche alla persona in toto, portatrice di valori e culture proprie, dotata quindi di individualità, la differenza è il superamento totale del principio di parità come da legge 903/10971, la differenza sancisce la differenza tra soggetti, anche caratterizzabili in categorie, uomo e donna, con differenze anche tra categorie, ma generalmente si ritenuto, a maggior ragione, che non si stiano considerando i medesi soggetti ma dei soggetti differenti:

Differenze biologiche: di tipo fisico, che da studi di neuro fisiatria e fisiologia si è dimostrato come differenti si presentano i meccanismi di azioni dell'attività celebrale, che potrebbero anche influenzare quelle di tipo culturale.

Differenze culturali: dovute a differenze generalmente sviluppatasi in funzione di stereotipi.

Il punto di partenza della differenza è il superamento del concetto di eguaglianza formale e sostanziale, per approdare ad un concetto di eguaglianza complessa, si considera l'eguaglianza complessa quella ove si considerano e accettano i soggetti in quanto differenti.

Nelle pari opportunità si dava per scontato la presenza di un modello unico di riferimento a cui si deve far capo per un giudizio. Nella parità manca un giudizio su i due elementi, senza punti di riferimento per l'eguaglianza, considerando i soggetti come uguali, in funzione di un modello al quale un altro deve eguagliarsi. Data invece la presenza delle già sottolineate specificità la condizione di uguaglianza ne comporta il necessario sacrificio, si parla di uguaglianza sostanziale e formale.

Considerando il principio di uguaglianza complessa si è uguali in quanto accettati e valutati come differenti, la diversità non risulta essere come un elemento da cambiare, per renderlo uguale alla tipologia di riferimento dominante, non vi è un punto di riferimento sostanziale come esempio, ogni soggetto risulta portatore di diversità, ma sullo stesso valore. Tale dimensione che risulterebbe da un certo punto di vista come logica, e più corretta, non ha trovato ingresso nell'ordinamento giuridico, poiché lo stesso, dato il riferimento giusnaturalista si basa su dei principi, ispiratori, che non rispecchiano i valori femminili, si necessita quindi di un processo di revisione delle basi proprie dell'ordinamento giuridico, dato anche il postulato presente, relativo al diritto privato, come osservabile nel tema delle obbligazioni e nell'adempimento dei contratti, si sancisce come vi sia un unico comportamento conforme al diritto, a cui si alterna l'unica condizione dell'inadempimento.

L'unicità del comportamento conforme al diritto non può portare all'entrata della differenza di genere dell'ordinamento giuridico. Determinando anche atteggiamenti diversi nel sistema della vita con obbligo di diversificazione degli adempimenti necessari, che portino allo stesso risultato esaustivo, onde evitare procedimenti forzati.

Elementi positivi in tal senso sussistono in quelle che risultano essere le clausole generali del diritto, di buona fede, correttezza, ove si viene a determinare un comportamento che deve necessariamente tenere conto del soggetto che lo pone in essere del soggetto operante, con inversione della differenza di genere operabile dal giudice che va ad interessarsi sul singolo caso.

Altro norma interessante in tal senso è l'articolo 2087 del codice civile, riferibile all'obbligo di sicurezza, con necessità di salvaguardia della personalità fisica e morale del lavoratore, la personalità morale in tal caso potrebbe essere inteso come obbligo della salvaguardia del proprio essere, come forma più alta di tutela morale. Nonostante quindi il non avanzamento del sistema lavorativo, che si muove in un campo di pari opportunità, si osservano piccole aperture dell'ordinamento per la promozione della differenza di genere.