

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

**LA PROTEZIONE DELLA MATERNITÀ E DELLA
PATERNITÀ NELL'OTTICA DEL PRINCIPIO
COSTITUZIONALE DELLA PARITÀ DEI SESSI**

THÈSE

PRESENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

FRANCESCA CODA JAQUES

1998
Novaprint SA - Bellinzona

Madame Francesca CODA JAQUES est autorisée à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée:

“La protezione della maternità e della paternità nell’ottica del principio costituzionale della parità dei sessi”

Elle assume seule la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 7 mai 1998

**Le Doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques**

François Hainard

A Charles

A Garance

A mia mamma

A Paola

RINGRAZIAMENTI

Vorrei dapprima ringraziare il Prof. Pascal Mahon, che nel corso dei colloqui avuti man mano che il lavoro proseguiva, mi ha sempre dato valido aiuto e preziosi suggerimenti, dovuti alla sua competenza nella materia.

Tengo inoltre a ringraziare chi, precedentemente al momento in cui mi sono messa all'opera, mi ha stimolato nelle riflessioni concernenti la parità dei sessi, e in particolare Romana Camani, Marilena Fontaine e Daniela Fornaciari.

Un grazie va poi a mio marito, che mi ha sostenuto e sopportato nei momenti critici.

Infine, sono riconoscente a Garance, che mi ha permesso, dopo aver parlato a lungo di maternità sempre solo da un punto di vista teorico, di viverne effettivamente le gioie. Con la sua nascita e la sua vita mi ha confermato quanto sia importante che i figli abbiano la possibilità di essere affiancati dalla presenza, forse non ininterrotta ma costante ed effettiva, di entrambi i genitori.

SOMMARIO

INTRODUZIONE	1
---------------------	----------

PRIMA PARTE

GENESI, OBIETTIVI E CONSEGUENZE DELL'ARTICOLO 4 CAPOVERSO 2 DELLA COSTITUZIONE FEDERALE

Capitolo I: L'UGUAGLIANZA FRA UOMO E DONNA IN GENERALE 7

1.	Premessa: tenore dell'art. 4 Cost.....	7
2.	L'art. 4 cpv. 1 Cost.....	7
3.	Genesi dell'art. 4 cpv. 2 Cost.....	9
4.	Motivazioni per l'adozione del capoverso 2 dell'art. 4 Cost.....	11
5.	Differenza fra il capoverso 1 ed il capoverso 2 dell'art. 4 Cost.....	12
6.	Conseguenze sul piano legislativo dell'adozione del capoverso 2 dell'articolo 4 della Costituzione federale.....	13
6.1.	Rapporto del 18 gennaio 1984 sulle linee direttive della politica di governo : 1983-1987.....	13
6.2.	Rapporto del 26 febbraio 1986 sul programma legislativo "Uguaglianza dei diritti tra uomo e donna".....	14
6.3.	Legge federale sulla parità dei sessi del 24 marzo 1995.....	16

Capitolo II: L'ARTICOLO 4 CAPOVERSO 2 PRIMA FRASE DELLA COSTITUZIONE FEDERALE- UOMO E DONNA HANNO UGUALI DIRITTI 19

1.	Significato generale: realizzazione della parità formale.....	19
2.	Quali differenze impongono un diverso trattamento?.....	21
2.1.	Le differenze biologiche?.....	21

2.2.	Le differenze funzionali?.....	24
2.3.	Rilevanza di altri criteri?.....	27
3.	Le discriminazioni indirette.....	30
3.1.	Significato.....	30
3.2.	Esempi di discriminazione indiretta.....	32
3.2.1.	<i>In generale</i>	32
3.2.2.	<i>Esempi giurisprudenziali di trascuratezza del fenomeno della discriminazione indiretta</i>	33
3.2.3.	<i>Breve conclusione in merito alla giurisprudenza del Tribunale federale</i>	36
Capitolo III:	L'ARTICOLO 2 CAPOVERSO 2 SECONDA FRASE DELLA COSTITUZIONE FEDERALE - LA LEGGE NE ASSICURA L'EGUAGLIANZA SOPRATTUTTO PER QUANTO CONCERNE LA FAMIGLIA, L'ISTRUZIONE E IL LAVORO	39
1.	Significato generale: realizzazione della parità sostanziale.....	39
2.	Dal principio dell'uguaglianza delle possibilità (uguaglianza materiale od effettiva) alle misure positive.....	40
3.	Opportunità e legittimità delle misure positive.....	41
3.1.	Opportunità delle misure positive?.....	41
3.2.	Legittimità delle misure positive?.....	42
3.2.1.	<i>L'opinione del Consiglio federale</i>	43
3.2.2.	<i>La giurisprudenza</i>	46
3.2.3.	<i>La dottrina</i>	48
3.2.4.	<i>La sentenza Kalanke e la dottrina svizzera relativa</i>	52
3.2.5.	<i>La Convenzione del 1979 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna</i>	54
Capitolo IV:	L'ARTICOLO 4 CAPOVERSO 2 TERZA FRASE DELLA COSTITUZIONE FEDERALE - UOMO E DONNA HANNO DIRITTO AD UNA RETRIBUZIONE UGUALE PER UN LAVORO DI UGUALE VALORE	57
1.	Significato generale e ripercussioni.....	57
2.	I motivi obiettivi che possono giustificare una differenza salariale.....	60
3.	Dai motivi obiettivi alla discriminazione indiretta.....	61

4.	Come combattere la discriminazione indiretta.....	63
4.1.	Lavoro uguale e lavoro equivalente.....	64
4.2.	Valutazione del lavoro, significato del concetto di lavoro di pari valore e metodo analitico di valutazione.....	65
4.3.	Imperfezioni del metodo analitico della valutazione dell'impiego.....	67
5.	Legge sulla parità donna uomo in ambito professionale.....	69

**Capitolo V: CONCLUSIONI RELATIVE ALLA PRIMA PARTE
SULL'ARTICOLO 4 CAPOVERSO 2 DELLA
COSTITUZIONE FEDERALE** 77

1.	La parità formale e le differenze che impongono un diverso trattamento dei generi.....	77
2.	La parità formale e la discriminazione indiretta.....	80
3.	La parità sostanziale e la parità formale: tensione ed equilibrio.....	81
4.	La parità sostanziale e la parità formale. Legittimità delle misure positive?.....	82
5.	La parità salariale. Accordo sul principio, ma	82

SECONDA PARTE

**MATERNITÀ E PATERNITÀ: SIGNIFICATO -
REGOLAMENTAZIONE ATTUALE - LACUNE**

Capitolo VI: DEFINIZIONI	87
1. Definizione della maternità.....	87
1.1. In ambito giuridico.....	87
1.2. In ambito extra giuridico.....	87
2. Definizione della paternità.....	89
2.1. In ambito giuridico.....	89
2.2. In ambito extra giuridico.....	89
3. Definizione dei diversi congedi.....	90
3.1. Il congedo maternità.....	90
3.2. Il congedo parentale.....	91

3.3.	Il congedo d'allattamento	91
4.	La tutela della maternità e della filiazione	91
Capitolo VII: LA REGOLAMENTAZIONE FEDERALE ATTUALMENTE IN VIGORE		93
1.	Premessa	93
2.	L'art. 34 quinquies capoverso 4 Cost.	93
2.1.	Nascita, motivazioni e portata dell'articolo 34 quinquies capoverso 4 Cost.	93
2.2.	I più recenti tentativi di realizzazione dell'assicurazione maternità	95
2.3.	Adempimento del mandato costituzionale?	96
3.	La legislazione federale	97
3.1.	Premessa	97
3.2.	La legge federale del 18 marzo 1994 sull'assicurazione malattie	99
3.3.	La legge federale del 13 marzo 1964 sul lavoro nell'industria, nell'artigianato e nel commercio	109
3.4.	Il codice delle obbligazioni del 30 marzo 1911	113
3.5.	Per il futuro: una legge federale sull'assicurazione per la maternità?	115
Capitolo VIII: BREVI ACCENNI ALLA REGOLAMENTAZIONE INTERNAZIONALE		121
1.	La regolamentazione a livello mondiale	121
1.1.	Il Patto internazionale del 16 dicembre 1966 dell'ONU relativo ai diritti economici, sociali e culturali	121
1.2.	Gli atti dell'Organizzazione internazionale del Lavoro	124
2.	La legislazione a livello europeo	127
2.1.	La Carta sociale europea	127
2.2.	Il Codice europeo di sicurezza sociale	130
2.3.	La Convenzione europea di sicurezza sociale	131
3.	La regolamentazione dell'Unione europea	131
Capitolo IX: LACUNE NELLA REGOLAMENTAZIONE ATTUALMENTE IN VIGORE		133

1.	Premessa	133
2.	Prestazioni medico-sanitarie	133
2.1.	In generale.....	133
2.2.	Gravidanza con decorso morboso.....	136
2.3.	Altre prestazioni mediche legate all'eventualità della maternità.....	140
2.4.	Prestazioni in caso di parto prematuro.....	142
2.5.	Prestazioni in caso di interruzione non punibile della gravidanza, di aborto spontaneo e di aborto punibile.....	144
2.6.	Prestazioni extra obbligatorie	146
3.	Il congedo maternità e l'indennità giornaliera relativa	147
3.1.	Premessa	147
3.2.	Il divieto di lavorare durante la maternità.....	147
3.3.	L'indennità giornaliera sociale.....	147
3.3.1.	In generale	149
3.3.2.	Il campo d'applicazione dell'assicurazione facoltativa d'indennità giornaliera sociale.....	150
3.3.3.	Ammontare dell'indennità giornaliera sociale.....	151
3.3.4.	Durata del versamento dell'indennità giornaliera sociale.....	156
3.4.	L'indennità giornaliera contrattuale.....	158
3.4.1.	In generale	158
3.4.2.	Presupposti dell'obbligo del datore di lavoro di continuare a versare il salario.....	159
3.4.3.	Ammontare dell'"indennità" per impedimento a lavorare.....	161
3.4.4.	Durata del versamento del salario.....	161
3.4.5.	Cumulo delle differenti assenze verificatesi durante il medesimo anno di servizio.....	164
3.4.6.	Impedimento non colpevole di lavorare a cavallo di due diversi anni di servizio.....	168
3.5.	L'articolo 324a capoverso 4 CO.....	170
4.	Protezione contro il licenziamento.....	174
4.1.	In generale.....	174
4.2.	Eccezioni alla protezione della disdetta.....	178
4.3.	Cumulo dei periodi di protezione dalla disdetta?	181
5.	La protezione della salute.....	182
5.1.	Durante la gravidanza - il congedo prenatale.....	183
5.2.	Durante il puerperio - il congedo maternità.....	187

5.3.	Durante l'allattamento - il congedo per l'allattamento.....	189
6.	Diritto del padre ad assistere al parto - il congedo di nascita.....	191
7.	Diritto al congedo parentale.....	191
8.	Diritto al congedo "di cura".....	192
9.	Obbligo di informare il futuro datore di lavoro di una gravidanza già in corso.....	193
10.	Riduzione della durata delle vacanze.....	197
11.	Il bonus educativo.....	198

**Capitolo X: CONCLUSIONI RELATIVE ALLA SECONDA PARTE
SULLA REGOLAMENTAZIONE ATTUALE DELLA
MATERNITÀ E DELLA PATERNITÀ** 203

1.	Premessa.....	203
2.	Le prestazioni medico-sanitarie.....	204
3.	Il congedo maternità e gli altri congedi inerenti alla filiazione.....	205
4.	La protezione contro il licenziamento.....	206
5.	La protezione della salute.....	207
6.	Protezione dell'allattamento.....	207
7.	Diritto di mentire.....	208
8.	Riduzione delle vacanze.....	208
9.	Altre lacune.....	208

TERZA PARTE

**PROPOSTE PER UNA REGOLAMENTAZIONE DELLA
MATERNITÀ E DELLA PATERNITÀ CHE RISPETTI
EFFETTIVAMENTE IL PRINCIPIO DELLA PARITÀ DEI SESSI**

Capitolo XI: QUADRO TEORICO	211
------------------------------------	-----

1.	Premessa	211
2.	Il principio della parità formale e la protezione della maternità biologica.....	212
3.	Il principio della parità sostanziale e la tutela della filiazione.....	213
Capitolo XII: ASPETTO PRATICO - LA LEGGE "IDEALE" SULLA FILIAZIONE		217
1.	Premessa	217
2.	Campo d'applicazione.....	217
3.	Protezione della maternità biologica	218
3.1.	Prestazioni medico sanitarie	218
3.2.	Il congedo maternità e la relativa indennità giornaliera	221
3.2.1.	<i>Diritto in generale</i>	221
3.2.2.	<i>Dispensa dal lavoro per esami prenatali ed altre misure mediche</i>	223
3.2.3.	<i>Ammontare dell'indennità</i>	224
3.2.4.	<i>Coordinamento delle prestazioni con gli altri rami della sicurezza sociale</i>	225
3.3.	Protezione della salute	225
3.3.1.	<i>Protezione della salute per le lavoratrici salariate</i>	226
3.3.2.	<i>Protezione della salute per le lavoratrici indipendenti e per le persone non esercitanti attività lucrativa</i>	228
3.4.	Disposizioni particolari per le persone salariate.....	228
3.4.1.	<i>Protezione contro il licenziamento</i>	228
3.4.2.	<i>Salvaguardia dei diritti di anzianità</i>	229
3.4.3.	<i>Divieto di riduzione delle vacanze e della tredicesima</i>	229
3.4.4.	<i>Divieto del lavoro notturno</i>	229
3.4.5.	<i>Congedo d'allattamento</i>	230
4.	Protezione della paternità biologica - il congedo di paternità.....	231
5.	L'accoglimento di un bambino in vista d'adozione	231
6.	Protezione della filiazione.....	232
6.1.	Premessa	232
6.2.	Il congedo parentale.....	233
6.3.	Il congedo di cura	234
6.4.	Politica dei tempi	235

6.5. Politica generale.....	236
CONCLUSIONE	237
ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI	239
BIBLIOGRAFIA	243

INTRODUZIONE

Attualmente si è ancora lungi dall'aver realizzato la parità di trattamento fra l'uomo e la donna, sancita dall'art. 4 cpv. 2 Cost., sia nella legislazione che nella realtà: la donna è discriminata rispetto all'uomo in particolare nel mondo del lavoro, quindi anche dal punto di vista economico e sociale. Negli ultimi anni, del resto, si assiste sempre più al fenomeno della femminizzazione della povertà, povertà che costituisce uno stato di bisogno e dipendenza ed impedisce di vivere un'esistenza degna dell'essere umano. Parallelamente, l'uomo che vuole concretamente occuparsi dei propri figli senza rinunciare all'esercizio di una professione incontra notevoli difficoltà. L'obiettivo del presente studio è quello di rilevare le lacune esistenti nella legislazione attualmente in vigore e nella sua applicazione, lacune che non facilitano, e spesso, al contrario, ostacolano, la realizzazione effettiva del principio costituzionale, e di proporre alternative volte a colmarle, nell'intento di far evolvere la realtà attuale verso una realtà che realizzi veramente la parità dei generi maschile e femminile.

L'attuazione della parità dei sessi è un impegno a lunga scadenza, un obiettivo che necessita la volontà di modificare, a volte dalle fondamenta, diversi ambiti legislativi, come pure l'esistente struttura sociale. Il presente studio si occupa, specificatamente, della regolamentazione della filiazione, in particolare in relazione al mondo del lavoro.

Sul piano costituzionale, due sono le norme che legittimano una legislazione nuova sulla filiazione, intesa in senso ampio, e comprensiva della paternità: l'art. 4 Cost., soprattutto il suo secondo capoverso, e l'art. 34quinquies Cost.

L'art. 4 Cost. sarà studiato in una prima parte. Cosa si intende per parità formale? Cosa invece significa parità sostanziale? E i due obiettivi, cioè il raggiungimento dell'una e dell'altra, possono essere perseguiti parallelamente? Se no, quale di essi è attualmente prioritario e perché? Quali sono quindi le conseguenze? Uguaglianza non significa che donna e uomo devono avere identici diritti in ogni ambito, essendo, in alcuni casi, l'appartenenza ad un sesso così caratteristica, che una regolamentazione equa deve tenerne conto. E' necessario, però, porre un chiaro limite fra le differenze, la cui causa è puramente biologica e le differenze tradizionali, che non poggiano su differenze "naturali", ma che sono, al contrario, il risultato di una ripartizione dei ruoli storica e che si perpetua ancor oggi. Questo non solo a

motivo d'una radicata mentalità nella popolazione, ma anche per l'assenza di una legislazione moderna, che non ricalchi più il tramandato ed in parte sorpassato modello familiare. Gli obiettivi dell'art. 4 cpv. 2 Cost. non sono ancora stati raggiunti.

L'art. 34 quinquies Cost., che dà mandato alla Confederazione di istituire una legge sull'assicurazione maternità, verrà esaminato in una seconda parte. Verranno studiate legislazione e giurisprudenza in materia, sia dal punto di vista del mandato costituzionale contenuto nel quarto capoverso, sia del principio della parità dei sessi. Infatti, la maternità, in un'accezione puramente riproduttiva, costituisce forse l'unica differenza biologica fra uomo e donna finora riconosciuta ed accettata. La legislazione deve tenere conto di questa fondamentale differenza fra i sessi e modellarsi su di essa, affinché la maternità non costituisca più un ostacolo alla garanzia di uguali opportunità fra donna e uomo, nel mondo del lavoro, nella società, ma anche nella famiglia, se la parità è intesa anche quale opportunità di occuparsi dei figli. La legislazione, anzi, dovrebbe contribuire a promuovere l'idea di uguaglianza in tutti questi campi ed una migliore ripartizione dei compiti fra i sessi, affinché donna e uomo possano partecipare, nella medesima misura, alla vita professionale, familiare e sociale. La legislazione attuale non è conforme a questo postulato, sia per la presenza di norme ancora inadeguate, sia per l'assenza di norme specifiche, di un complesso legislativo inteso alla realizzazione formale e materiale dell'art. 34 quinquies cpv. 4 Cost. e dell'art. 4 cpv. 2 Cost.

Nella terza ed ultima parte si cercherà, sulla base delle lacune riscontrate, di definire come dovrebbe essere formulata una legislazione il più possibile completa relativa a tutti gli aspetti della filiazione, che contribuisca al promovimento dell'uguaglianza dei generi, pur nel rispetto della loro differenza riproduttiva. Quali sono le origini e le ragioni dell'attuale disuguaglianza? Quali di queste vanno combattute e quali invece meritano un miglior riconoscimento? In che senso vanno effettuati i cambiamenti? Una legislazione coerente non può prescindere dal porsi, a titolo preliminare, tali questioni.

Nel presente lavoro non verrà abordato il problema del finanziamento delle misure proposte. Non è compito di una giurista, incompetente in materia, disquisire sulla fattibilità o meno, sul fatto che l'economia o lo Stato possano sopportare i costi supplementari, derivanti da un nuovo ramo assicurativo. A questo proposito, è opportuno comunque rilevare come il parlare di costi supplementari, eventualmente enormi, ad ogni buon conto insopportabili per un'economia già in difficoltà, testimonia uno spirito poco lungimirante, un'ottica a cortissimo termine, nonché un punto di vista, volutamente limitato a ciò che è direttamente ed immediatamente visibile in termini di costi supplementari e non invece una riflessione globale e

razionale, che, in contrapposizione a questi costi, metta sulla bilancia anche i costi evitati, non meno evidenti, ma meno evidenziati, quali, a titolo d'esempio, i costi sociali derivanti da una crescente emarginazione e devianza, i costi della disoccupazione, dell'educazione e sanitari, dovuti ad un mondo del lavoro che, per addotte ragioni economiche, sta diventando sempre più intransigente e disumano. Inoltre, il denaro esiste, sia nello Stato che nelle imprese, e va impiegato. In che modo, è una questione di priorità, che dipende sempre e solo da decisioni politiche, influenzate a loro volta da rapporti di forza e potere che nulla hanno a che vedere con una razionalità che non sia quella economica.

PRIMA PARTE

**GENESI, OBIETTIVI E CONSEGUENZE DELL'ARTICOLO 4
CAPOVERSO 2 DELLA COSTITUZIONE FEDERALE**

Capitolo I: L'UGUAGLIANZA FRA UOMO E DONNA IN GENERALE

1. Premessa: tenore dell'art. 4 Cost.

L'art. 4 Cost., base costituzionale del principio di uguaglianza, recita:

1. Tutti gli Svizzeri sono uguali innanzi alla legge. Nella Svizzera non vi ha sudditanza di sorta, non privilegio di luogo, di nascita, di famiglia o di persona.

2. Uomo e donna hanno uguali diritti. La legge ne assicura l'uguaglianza soprattutto per quanto concerne la famiglia, l'istruzione e il lavoro. Uomo e donna hanno diritto ad una retribuzione uguale per un lavoro di pari valore.

Il secondo capoverso è stato introdotto nella Costituzione nel 1981.

2. L'art. 4 cpv. 1 Cost.

Ancora in vigore nella versione del 1848, l'art. 4 cpv. 1 Cost. perseguiva, in primo luogo, "l'abolizione dei privilegi politici"¹ e quindi la soppressione della concezione sociale precedentemente instaurata e basata su privilegi di ogni tipo: "quelli dei patrizi sulle altre classi sociali, quelli dei Cantoni urbani sui Cantoni rurali, quelli dei possidenti sui nullatenenti"².

Esso rappresentava, prima dell'adozione del capoverso 2, pure la norma che, più di ogni altra, avrebbe potuto promuovere l'uguaglianza dei sessi. Come rilevava il Consiglio federale, esso non possedeva la forza normativa necessaria³. Così, mentre la portata dell'art. 4 cpv. 1 Cost. è stata, nel corso di un secolo e mezzo di evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, ampliata, giungendo a sancire, oltre all'uguaglianza giuridica (sia nella legislazione, sia nell'applicazione del diritto), il

1 Messaggio sull'iniziativa popolare "per l'eguaglianza dei diritti tra uomo e donna": FF 1980 I 65, 119.

2 FF 1980 I 65, 119. Cfr. anche MUELLER G. (1987) nota 2.

3 FF 1980 I 65, 66.

divieto d'arbitrio, la protezione della buona fede, l'obbligatorietà della pubblicazione e la non retroattività dei decreti di portata generale, alcuni principi di diritto fiscale, nonché una serie di garanzie procedurali (quali il divieto di denegata giustizia formale, del ritardo ingiustificato, del formalismo eccessivo, il diritto di essere sentito, implicante a sua volta, un'ampia gamma di diritti, il diritto all'assistenza giudiziaria)¹, esso ha avuto un effetto molto limitato per la promozione della donna ed il percorso verso l'uguaglianza dei sessi; in altri termini, esso "non è del resto ancora riuscito a imporre l'eguaglianza dei diritti tra i sessi, segnatamente nell'ambito della famiglia, della formazione, nell'economia, nella società e nella politica"². E ciò, sebbene nel corso del ventesimo secolo, e soprattutto negli ultimi anni, si sia gradualmente passati da una concezione puramente difensiva dei diritti fondamentali (e del principio di uguaglianza) ad un significato costitutivo degli stessi, che impone allo Stato non solo un'astensione, bensì pure un'azione, ossia l'esecuzione di una politica dei diritti fondamentali, al fine di garantire ad ogni cittadino le necessarie premesse per l'effettivo esercizio del diritto in questione³.

Secondo il Consiglio federale, l'effetto dinamico e promotore che l'art. 4 Cost. avrebbe potuto avere "è stato frenato considerevolmente dall'interpretazione che ne diedero le autorità federali prima del 1874; secondo la loro formula, l'articolo 4 richiede «a circostanze uguali, un diritto uguale» o «a condizioni di fatto uguali, un diritto uguale». Il Tribunale federale, riconoscendo il pericolo di una tale formulazione, che rendeva assolutamente relativa la nozione d'eguaglianza, si sforzò di prevenirlo. (...) Tuttavia, fintanto che, per decidere se una differenza di fatto giustifichi un trattamento diverso, ci si riferisce ai «principi riconosciuti dell'ordine giuridico e costituzionale in vigore» (DTF 6 pag. 174) o ai «principi dominanti dell'ordine giuridico» (DTF 100 la 328 consid. 4b), l'articolo 4 non avrà mai effetto

1 Cfr. MUELLER G. (1987) note 15 segg.

2 FF 1980 I 65, 116.

3 Cfr. MUELLER J.-P. (1987) note 21 segg. Per quanto concerne l'art. 4 Cost., in particolare, MUELLER J.-P. (1973) pag. 885, il quale parla di carattere programmatico e non giustiziabile del principio di uguaglianza, che tende a creare un ordinamento socialmente giusto, una giustizia sociale; GYGI F. (1970) pag. 350, il quale menziona concetti quali parità di opportunità, o uguaglianza delle condizioni di partenza, o ancora parità di partenza; SALADIN P. (1974) pag. 325, che, citando i due autori menzionati, parla dell'art. 4 Cost. quale base costituzionale per una giustizia distributiva.

novatore prima che si sia chiaramente manifestato un mutamento nei convincimenti della società. Secondo tale concezione dell'articolo 4 si riconosce che le ineguaglianze tradizionali di trattamento abbiano a perpetuarsi. In altri termini, l'articolo 4 non apporta sostegno alcuno agli sforzi in vista dell'eguaglianza dei diritti, quando attingono a una minoranza; esso può tutt'al più contribuire a far progredire un cambiamento di mentalità che sia già molto avanzato. Il Tribunale federale ritiene che un cambiamento è divenuto manifesto allorquando abbia trovato consacrazione in una legislazione cantonale o nel diritto internazionale e che costituisca così una regola modello sul piano nazionale o internazionale¹. In altri termini, succinti ma chiari, "l'articolo 4 non ha praticamente avuto effetto alcuno sull'emancipazione civile della donna"². Allo stesso mancava, o comunque non fu riconosciuto, quel potenziale dinamico necessario per sviluppare una politica di parità dei sessi. Così, l'art. 4 Cost., nella sua storia ultra centenaria, poté unicamente confermare ciò che l'evoluzione sociale aveva già riconosciuto³.

3. **Genesi dell'art. 4 cpv. 2 Cost.**

Contrariamente al primo capoverso dell'art. 4 Cost., il capoverso 2 fu introdotto nella Costituzione federale nel 1981. Esso costituiva il controprogetto, adottato in votazione popolare il 14 giugno 1981, presentato dal Consiglio federale all'iniziativa lanciata dal quarto congresso femminile svizzero nel 1975, anno internazionale della donna, deposta il 15 dicembre 1976 e denominata "per

1 FF 1980 I 65, 119 seg.

2 FF 1980 I 65, 121. Cfr. anche KAUFMANN C. (1985) pag. 1.

3 Cfr. SCHULZ P. (1993) pag. 1314, che afferma come l'interpretazione storica, largamente utilizzata in riferimento al sesso, unitamente all'estrema lentezza del costituente e del legislatore hanno permesso di mantenere, fino ai tre quarti, perfino fino alla fine del ventesimo secolo, una concezione del rapporto fra i sessi derivata dai secoli precedenti, e ciò benché i motivi, che avevano giustificato nel passato l'adozione della regolamentazione in questione, avessero subito, loro, una modificazione; KAUFMANN C. (1985) pag. 1; HENNINGER R. (1984) pag. 77, il quale rammenta come il Tribunale federale, nelle motivazioni delle proprie decisioni relative al principio d'uguaglianza fra uomo e donna abbia, per la maggior parte dei casi, fatto riferimento ai principi dominanti dell'ordine giuridico. Cfr. anche le motivazioni adottate dal comitato d'iniziativa per l'eguaglianza dei diritti tra uomo e donna, in FF 1980 I 65, 108 segg.

l'eguaglianza dei diritti tra uomo e donna"¹. Pur riconoscendo il rango costituzionale degli obiettivi politico-sociali dell'iniziativa e la legittimità d'iscrivere il principio della parità dei sessi nella Costituzione, il Consiglio federale decise di respingere l'iniziativa, soprattutto a causa del termine di cinque anni da questa imposto per l'adozione delle disposizioni esecutive, necessarie per realizzarne i postulati², e propose parimenti di accettare il controprogetto dell'Assemblea federale, il quale riprendeva le rivendicazioni delle iniziativaiste in "una forma costituzionale più adatta alla loro attuazione"³. L'Assemblea federale, sottoponendo contemporaneamente al voto popolare iniziativa e controprogetto, raccomandò di respingere la prima e di accettare il secondo⁴. In occasione della votazione, l'iniziativa fu ritirata (vigeva allora ancora il divieto del doppio sì), cosicché venne sottoposto al verdetto popolare solo il controprogetto, accettato da popolo e cantoni e divenuto il capoverso 2 dell'art. 4 Cost. D'altronde, per soddisfare almeno in parte i desiderii delle iniziativaiste, il Consiglio federale venne incaricato d'allestire un catalogo delle norme di diritto federale e cantonale contenenti discriminazioni fra i sessi, di allestire un programma legislativo, il più completo possibile, per l'eliminazione delle stesse e di attuarlo, fissandone le priorità⁵.

1 FF 1980 I 65.

2 FF 1980 I 65, 67: "una norma che, come la disposizione transitoria, implica il pericolo di parziale inefficacia, non dovrebbe figurare nella Costituzione federale", poiché lederebbe il prestigio della stessa quale Carta fondamentale dello Stato. L'iniziativa proponeva una disposizione transitoria del seguente tenore: "Entro cinque anni dall'entrata in vigore dell'articolo 4bis (l'iniziativa prevedeva infatti un articolo a sé stante per il principio della parità dei sessi, n.d.r.), devono essere emanate le necessarie norme d'applicazione, sia per ciò che riguarda i rapporti tra cittadino e Stato sia per ciò che riguarda le relazioni tra privati".

3 FF 1980 I 65, 67.

4 FF 1980 I 147: Decreto federale sull'iniziativa popolare "per l'eguaglianza dei diritti tra uomo e donna".

5 Rapporto sul programma legislativo "Uguaglianza dei diritti tra uomo e donna": FF 1988 I 935, 937, dove si trova il testo della mozione con cui si incaricò il Consiglio federale.

4. Motivazioni per l'adozione del capoverso 2 dell'art. 4 Cost.

E' interessante passare in rassegna quanto il comitato d'iniziativa prima, il Consiglio federale poi, affermavano a sostegno dell'iniziativa e del controprogetto, per esaminare se gli effetti da esso realmente avuti realizzano o meno le finalità perseguite.

Fra i principali motivi che avevano spinto il comitato d'iniziativa a proporre un nuovo articolo costituzionale, il Consiglio federale indicava, nel messaggio, la giurisprudenza del Tribunale federale¹, l'incertezza in merito alla revisione totale della Costituzione federale², nonché la difficoltà di realizzare l'uguaglianza tra i sessi a livello legislativo³.

Il motivo principale che portava il Consiglio federale ad accettare l'iniziativa, se non nella sua formulazione quantomeno nei suoi contenuti, era la semplice constatazione che l'uomo e la donna non godevano ancora, in Svizzera, di pari diritti e che le disparità giuridiche e di fatto si rafforzavano mutualmente⁴. Il governo effettuò inoltre una breve panoramica, enumerando le disparità giuridiche ed effettive rilevate. Per le disparità giuridiche, la principale causa dei molteplici svantaggi della donna era individuata nella "ripartizione fissa dei diritti e dei doveri tra l'uomo e la donna nel matrimonio e nella famiglia", che poi si rifletteva inevitabilmente in altri ambiti, quali quelli del diritto di cittadinanza, del diritto delle

1 FF 1980 I 65, 108 segg.: la libertà d'interpretazione del Tribunale federale avrebbe dovuto essere limitata e, in particolare, la somma istanza giudiziaria avrebbe dovuto motivare meglio le eccezioni al principio di uguaglianza ch'essa ammetteva.

2 FF 1980 I 65, 78 e 108: al momento si discuteva della revisione totale della Costituzione federale; del resto, il testo del controprogetto era costituito dall'art. 9 del progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione peritale per la preparazione della revisione totale della Costituzione federale.

3 FF 1980 I 65, 108 segg.: al comitato d'iniziativa apparve opportuno concretizzare e precisare il principio dell'eguaglianza, enunciando i suoi settori d'applicazione più importanti, ossia la famiglia, la retribuzione, la parità di trattamento e l'uguaglianza delle possibilità in materia d'educazione, di formazione scolastica e professionale.

4 FF 1980 I 65, 70.

assicurazioni sociali, del diritto fiscale e del diritto del lavoro¹. Per le disparità effettive, il Consiglio federale osservava che "la situazione ineguale della donna nella società, è dovuta anche a un numero molto grande di pratiche discriminatorie effettive, basate su convenzioni, usanze, etica e religione" ed individuava come fatto determinante per tali pratiche "l'idea, ancora assai diffusa, che uomo e donna abbiano, nella società, compiti diversi e che la loro educazione ed istruzione debba di conseguenza essere diversa"².

A titolo aggiuntivo, siccome tocca il tema centrale di questo lavoro, va precisato ancora che, in merito al rapporto fra un articolo sulla parità dei sessi e l'art. 34quinquies cpv. 4 Cost., il Consiglio federale affermava come l'introduzione di un'assicurazione per la maternità non avrebbe in alcun modo violato il principio d'eguaglianza, una differenza di trattamento potendosi giustificare, addirittura imporre, quando la differenza tra i sessi è decisiva nella situazione da regolamentare, ciò che è il caso per l'assicurazione maternità, "nella misura in cui questa tiene conto del bisogno particolare di sostegno, dovuto al fatto biologico della maternità"³.

5. Differenza fra il capoverso 1 ed il capoverso 2 dell'art. 4 Cost.

Il contenuto più dettagliato di ogni singola frase del secondo capoverso sarà oggetto dei seguenti capitoli. Va qui solamente osservato che lo stesso, al contrario del primo capoverso così com'è stato interpretato finora, oltre ad enunciare il principio della parità dei sessi in particolare, ha una funzione dinamica, ossia non serve unicamente a constatare una situazione di principio uguale, che impone quindi un trattamento uguale, ma tende alla creazione stessa dell'uguaglianza. Esso non costituisce semplicemente una regola speciale rispetto al principio

¹ FF 1980 I 65, 72. Il diritto di famiglia è stato nel frattempo parzialmente rivisto; in particolare, la disposizione che prevedeva che il marito fosse il capo dell'unione coniugale è stata sostituita dalla concezione egualitaria dei coniugi all'interno della famiglia. Sui miglioramenti che tale disposizione ha effettivamente avuto per la posizione della donna, vanno comunque formulate molte riserve. "In Svizzera, le coppie con figli scelgono spesso ancora il modello tradizionale di ripartizione dei compiti statuito dalla legge del 1907": FF 1996 I 1, 36.

² FF 1980 I 65, 75.

³ FF 1980 I 65, 127.

generale di uguaglianza sancito dal primo capoverso. In accordo con quanto postulato dalle promotrici dell'iniziativa, il capoverso deve far progredire l'idea e la realtà della parità, attualizzandola e dandole una consistenza giuridica. In altri termini, il capoverso 2 va oltre l'ambito normativo del capoverso 1¹, che, come appena visto, ha avuto un effetto molto limitato nella promozione della parità dei sessi: in particolare, è esclusa una qualsivoglia distinzione (fino ad allora tollerata dal giudice costituzionale) che si richiami alle concezioni giuridiche e sociali dominanti, non costituendo più il sesso un criterio determinante per un differente trattamento².

6. Conseguenze sul piano legislativo dell'adozione del capoverso 2 dell'articolo 4 della Costituzione federale

Siccome il capoverso 2 dell'art. 4 Cost., almeno nel suo secondo enunciato, si riferisce esplicitamente al legislatore, è opportuno esaminare brevemente quali siano state le conseguenze sul piano legislativo della sua adozione.

6.1. Rapporto del 18 gennaio 1984 sulle linee direttive della politica di governo 1983-1987³

Nel capitolo relativo alla "Parità uomo donna" del suo rapporto del 18 gennaio 1984 sulle linee direttive della politica di governo 1983-1987⁴, il Consiglio federale, richiamandosi alla modificazione costituzionale del 1981, affermava di voler adempire il mandato costituzionale nel corso della legislatura, e ciò, per motivi di praticità operativa, nell'ambito delle revisioni di legge allora in corso, quali quella dell'AVS (con un adeguato adattamento della LPP), del diritto di cittadinanza e degli Statuti delle Casse federali di assicurazione, aggiungendo inoltre che

1 FF 1980 I 65, 124.

2 Un differente trattamento rimane possibile unicamente in virtù di differenze biologiche o funzionali, se le stesse appaiono determinanti nella situazione da regolamentare: DTF 116 V 198, 208 e 209.

3 FF 1984 I 121.

4 FF 1984 I 121, 151.

sarebbe stata avviata la revisione della legge sul lavoro e sulla durata del medesimo¹ e sottoposto alle camere un rapporto sulla parità uomo donna.

6.2. Rapporto del 26 febbraio 1986 sul programma legislativo "Uguaglianza dei diritti tra uomo e donna"²

Il rapporto del 26 febbraio 1986 sul programma legislativo "Uguaglianza dei diritti tra uomo e donna" fu elaborato per rispondere alla mozione della commissione del Consiglio nazionale, approvata dalle camere con l'adozione del controprogetto all'iniziativa "per l'eguaglianza dei diritti tra uomo e donna". Nello stesso, dopo aver specificato cosa debba intendersi con il principio dell'uguaglianza dei diritti tra uomo e donna, il Consiglio federale passava in rassegna l'intera legislazione federale, secondo l'ordine di classificazione della raccolta sistematica, evidenziando le ineguaglianze nella situazione attuale ed indicando quali fossero le revisioni previste. Senza enumerare la totalità delle rilevazioni effettuate, vale la pena di rammentare almeno quelle più significative per il tema qui trattato.

Nel diritto della funzione pubblica, furono riscontrate diverse discriminazioni³, dovute in primo luogo al concetto "secondo cui, in una famiglia, in generale il marito esercita un'attività lucrativa mentre la moglie s'occupa dei figli e dell'economia domestica"⁴ e, in secondo luogo, alle "disparità di trattamento in materia d'assicurazione per la vecchiaia e per i superstiti"⁵. Una particolarità veniva rilevata in relazione ai regolamenti interni per il personale delle FFS e delle PTT,

1 FF 1984 I 121, 152: "la nuova situazione della donna nel mondo del lavoro costituendo un passo significativo verso la parità dei generi".

2 FF 1986 I 935.

3 FF 1986 I 935, 946 segg.: soprattutto relative al salario, nelle sue differenti componenti, agli assegni per figli, al diritto al pensionamento.

4 FF 1986 I 935, 947.

5 FF 1986 I 935, 948.

contenenti ineguaglianze di ordine terminologico¹, che, seppur sempre interpretabili conformemente alla Costituzione, "contribuiscono a mantenere l'idea tradizionalistica della ripartizione dei ruoli tra uomo e donna (nel mondo del lavoro, ossia a perpetuare l'idea dell'esistenza di impieghi tipicamente femminili, n.d.r.) e non si conciliano con il principio costituzionale della parità uomo donna".

Nel capitolo relativo al diritto del lavoro, il Consiglio federale rilevava che la discriminazione principale era costituita dalla differente retribuzione delle prestazioni maschili e femminili ed aggiungeva che le sue cause non erano tanto di natura giuridica, dal momento che il principio del salario uguale per un lavoro di pari valore era ormai ancorato nella Costituzione². Fra le altre norme che prevedevano un diverso trattamento dei due sessi, venivano poi annoverate le speciali prescrizioni previste espressamente per proteggere le donne incinte, le puerpere e le allattanti, prescrizioni non ponenti particolari problemi di disparità, perché relative ad uno stato di fatto che può concernere unicamente il genere femminile³. Erano quindi menzionate tutte le altre disposizioni sul lavoro, riferentesi unicamente alle donne, quali in particolare le limitazioni relative al lavoro notturno e festivo e la regolamentazione sulla durata del lavoro e del riposo per il personale femminile, nonché per le donne che reggono un'economia domestica⁴. L'insieme di queste ultime norme, la cui adozione si poteva spiegare in un'ottica prolettiva e rispettosa del doppio onere, professionale e familiare, incumbente alle donne, era considerata sfavorevole per l'attività professionale delle donne, perché fonte di discriminazione, sia in occasione di un'assunzione che per la fissazione del salario: esse andavano quindi eliminate, o piuttosto redatte in una formulazione neutra, che non operasse distinzioni in funzione del sesso. Anche il Consiglio federale rilevava purtroppo che, pur prevedendo una generica protezione del

1 FF 1986 I 935, 944: i regolamenti FFS parlano, per esempio, di impiegate d'esercizio, di donne addette alla pulizia, di lavandaie e di cuoche per le squadre di operai, i regolamenti delle PTT di apprendiste dattilografe e telefoniste.

2 FF 1986 I 935, 960 seg.

3 FF 1986 I 935, 961 e seg.

4 FF 1986 I 935, 961 e seg.

lavoratore e della lavoratrice aventi obblighi familiari, formalmente neutra, ciò non significa ancora il raggiungimento della parità effettiva che pur si vuole ottenere¹.

Un ultimo accenno va fatto a quanto, in quell'occasione, il Consiglio federale osservava a proposito della maternità, ovvero che i costi ad essa relativi "concernono l'intera società e devono quindi essere sopportati in parti uguali da uomini e donne"².

6.3. Legge federale sulla parità dei sessi del 24 marzo 1995³

Da ultimo, all'evoluzione legislativa avviata, si è aggiunto un importante testo, la legge federale sulla parità dei sessi, entrata in vigore il 1° luglio 1996. Essa vieta ogni forma di discriminazione sul lavoro, sia all'assunzione che nell'attribuzione dei compiti, nella regolamentazione delle condizioni di lavoro e salariali, nella formazione, nella promozione e al momento del licenziamento. Intesa allo scopo di promuovere l'uguaglianza effettiva fra donna e uomo, essa facilita la realizzazione

1 FF 1986 I 935, 963 seg.: "da sole le modificazioni formali per la parità dei sessi serviranno solo parzialmente a garantire uguali possibilità nella vita professionale. Il legislatore dovrà sempre tenere presente che i vigenti provvedimenti intesi a proteggere la donna sono generalmente la conseguenza della posizione più debole occupata dalla donna nella vita professionale. Se si vuol continuare a smantellare le disposizioni speciali in favore della donna o, al contrario, estenderne l'applicazione all'uomo, è necessario che cambino le condizioni di lavoro. Ciò implica segnatamente che siano aumentate le possibilità di lavoro a tempo parziale, che sia parificata la retribuzione degli uomini e delle donne e che siano offerte le medesime possibilità di carriera". La riflessione del Consiglio federale, fin qui piuttosto giusta e realista, si concludeva purtroppo con una laconica frase rinunciataria: "Ma quest'evoluzione può essere influenzata dalla legislazione solo molto limitatamente", in completo oblio di quanto contenuto nel mandato costituzionale di cui all'art. 4 cpv. 2 frase 2, il quale, contrariamente al cpv. 1, non doveva limitarsi a registrare evoluzioni già largamente praticate ed accettate dalla società, ma avrebbe dovuto, soprattutto, promuovere dette evoluzioni, quale primordiale dovere verso la metà discriminata della popolazione.

2 FF 1986 I 935, 973; sul tema della maternità si ritornerà più oltre. Va comunque precisato che il concetto di costi relativi alla maternità deve essere relativizzato: in un'ottica a lungo termine, essi costituiscono infatti soprattutto un investimento.

3 RS 151; essa verrà presentata più oltre, cfr. sotto, capitolo IV.5.

pratica del principio della parità salariale di cui all'art. 4 cpv. 2 frase 3 Cost., e concretizza, nell'ambito professionale, il mandato di cui all'art. 4 cpv. 2 frase 2 Cost.

1404

Capitolo II: L'ARTICOLO 4 CAPOVERSO 2 PRIMA FRASE DELLA COSTITUZIONE FEDERALE - UOMO E DONNA HANNO UGUALI DIRITTI

1. **Significato generale: realizzazione della parità formale**

Secondo il messaggio, "d'ora innanzi, ogni differenza di trattamento, fondata sulla sola diversità del sesso, sarà vietata. L'uomo e la donna devono essere trattati in modo eguale in tutti i settori giuridici e sociali e a tutti i livelli dello Stato (Confederazione, Cantoni e Comuni). Eccezioni saranno giustificate soltanto nel caso la differenza biologica o funzionale dovuta al sesso escluda assolutamente una parità di trattamento: occorre pensare, ad esempio, alla protezione della donna in quanto madre. Il principio dell'eguaglianza tra i sessi non ha cioè nulla in comune con un livellamento totale"¹. Alla domanda se il sesso costituisca una differenza rilevante ai fini di una legislazione differenziata, il costituente ha risposto di no².

L'art. 4 capoverso 2 frase 1 Cost. sancisce un diritto fondamentale che, fatte salve alcune eccezioni, impone un trattamento non differenziato in funzione del sesso, che si indirizza a tutte le autorità federali, cantonali e comunali ed ha un effetto immediato sull'intero ordinamento svizzero³; in altri termini, esso rappresenta un

1 FF 1980 I 65, 140.

2 Cfr. KAUFMANN C. (1993) pag. 160.

3 Cfr. MORAND Ch.-A. (1988) pag. 77.

diritto fondamentale direttamente applicabile¹, pur non implicando effetti diretti sulle relazioni fra privati², ma solo nei confronti dello Stato³.

La frase enuncia il principio della parità formale⁴, dell'uguaglianza giuridica, che non consiste, beninteso, in un puro egualitarismo, ossia in un livellamento totale. Come per l'art. 4 capoverso 1 Cost., essa impone piuttosto di trattare in maniera uguale ciò che è uguale, nella misura in cui tale uguaglianza sia rilevante, ed in maniera diversa ciò che è diverso, nella misura in cui tale diversità sia rilevante per la situazione che si vuole regolare, partendo dal principio fondamentale che uomini e donne hanno uguali diritti, ma che, d'altronde, un trattamento differenziato si giustifica, o meglio si impone, qualora la differenza di genere è così fondamentale per la situazione che si vuole regolare - astratta o concreta che sia -, che sarebbe arbitrario non tanto operare una differenziazione, quanto invece il negare, il non considerare la diversità⁵.

1 DTF 121 I 97, 117 la 262 (con numerosi rinvii giurisprudenziali e dottrinali); Messaggio concernente la Convenzione del 1979 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna: FF 1995 IV 809, 836.

2 Messaggio sulla LPar: FF 1993 I 987, 999. Cfr. anche COSSALI M. (1993) pag. 61, MORAND Ch.-A. (1988) pag. 80.

3 FF 1995 IV 809, 862.

4 Che il Consiglio federale ritiene sia ormai realtà, cfr. FF 1995 IV 809 segg.: "Oggi, a dieci anni dall'accettazione dell'articolo 4 capoverso 2 della Costituzione, l'uguaglianza dei diritti tra uomo e donna sul piano legislativo è ormai divenuta realtà, specie per quanto riguarda il diritto di voto e di eleggibilità, il diritto degli stranieri, di cittadinanza e il diritto matrimoniale (...) come pure l'ordinamento dei funzionari" (pag. 811, vedi anche pag. 820). Eccezioni sussistono comunque ancora in settori particolarmente importanti per la parità: "A livello federale, permangono ancora diverse disparità di trattamento soprattutto nella legislazione sul lavoro, sulle assicurazioni sociali e nel diritto fiscale" (pag. 841).

5 FF 1980 I 65, 130: "l'espressione «hanno uguali diritti» non dev'essere intesa nel senso dell'obbligo di fare totalmente astrazione dalla differenza dei sessi e di agire come se questa non esistesse. Uguaglianza di diritti non giustifica «livellamento» e neppure esigenza di diritti identici per uomo e donna. Una differenza di trattamento a seconda del sesso prevista nell'ordine giuridico, può essere giustificata, o anche imposta, se la diversità biologica o funzionale, dovuta al sesso, ha

Apparentemente di facile comprensione, il principio, ma soprattutto le eccezioni giustificate al principio, possono porre molti problemi. Trattasi infatti ancora, in ultima analisi, di apprezzamento da parte di chi è chiamato a giudicare. Comunque, un fatto è certo: la regola è rappresentata dalla parità di trattamento, motivo per cui una diversa regolamentazione in funzione del sesso deve essere adeguatamente giustificabile e giustificata, ciò che è il caso solo quando la diversità biologica (per quanto riguarda quella funzionale, si dirà più oltre) inerente il genere esclude, a priori, un trattamento uguale¹. In altri termini, la differenza biologica deve marcare in maniera essenziale la situazione da regolare, mentre non è sufficiente che la disuguaglianza possa apparire oggettivamente giustificata, a scapito, altrimenti, di relativizzare troppo il principio dei pari diritti fra uomo e donna². Dette eccezioni sono, e devono restare, eccezioni, e non servire da scappatoia per annacquare il principio dell'uguaglianza, rendendolo così inoperante.

2. Quali differenze impongono un diverso trattamento?

2.1. Le differenze biologiche?

Il fatto che le differenze biologiche esistenti fra donna e uomo possano giustificare un diverso trattamento dei due sessi in ben determinate circostanze non può essere contestato: la legislazione e l'applicazione del diritto sono tenute ad operare talune differenze, e proprio in virtù del principio generale d'uguaglianza, che impone un trattamento differente di due situazioni fondamentalmente diverse. Come menzionava il messaggio³, "occorre pensare, ad esempio, alla situazione di donna in quanto madre"⁴. In effetti, da un punto di vista meramente biologico, la

un'influenza tanto chiara sullo stato dei fatti che non sia più possibile riconoscere elementi comuni oppure che gli stessi siano del tutto secondari". FF 1986 I 935, 936: "l'appartenenza a un sesso - talvolta associata anche ad altri requisiti - è talmente determinante in date circostanze che un disciplinamento ineccepibile deve assolutamente tenerne conto".

1 DTF 121 la 97 consid. 2a e referenze ivi citate.

2 Cfr. MUELLER G. (1987) nota 137.

3 FF 1980 I 65, 140.

4 FF 1986 I 935, 936 e 939: "Trattasi soprattutto delle disposizioni relative alla gravidanza e alla maternità".

qualità di madre è fondamentalmente differente rispetto a quella di padre, essendo la gravidanza, il parto e l'allattamento condizioni che concernono unicamente il genere femminile. Altre differenze di natura biologica, che possano determinare un diverso trattamento fra i generi, non sono finora state accertate in maniera scientificamente sicura¹ (mere speculazioni sulla diversità fra donna e uomo non possono essere accettate, almeno fino a quando verrà inconfutabilmente dimostrato che sono determinate dalla natura²). Finora, la giurisprudenza non ha trovato alcuna differenza biologica atta a giustificare, per esempio, una disparità di trattamento in merito al lavoro domenicale (dal quale le donne sono escluse, nel settore industriale)³, né in merito alle differenti condizioni poste dalla legislazione per l'erogazione di una rendita vedovile⁴, né per la differente età di pensionamento⁵.

Per ritornare ora alla sola differenza biologica conosciuta che permette di trattare diversamente uomini e donne, è, come già detto, incontestabile che maternità e paternità siano due condizioni ben distinte, almeno a partire dal momento che segue il concepimento fino ad un periodo, che può variare da donna a donna,

1 Cfr. KAUFMANN C. (1985) pag. 21, che, parlando dell'assicurazione maternità come eccezione giustificata al principio di uguaglianza dei sessi, sostiene che questa è direttamente riconducibile ad una differenza biologica fra uomo e donna, e, più precisamente all'unica differenza che può essere giuridicamente rilevante.

2 Cfr. WEBER-DUERLER B. (1985) pag. 9, la quale afferma che, eccettuato il caso della maternità, le differenze biologiche sono determinabili mediante lo studio delle scienze naturali, ma contemporaneamente sempre esposte a tentativi d'argomentazione solo apparentemente scientifici (pseudo-scientifici).

3 DTF 116 Ib.270 e 284. Del resto, le limitazioni, relative al solo genere femminile, del lavoro festivo e notturno, costituiscono, nel mondo del lavoro, un effettivo svantaggio, non da ultimo setariale, per le donne, cosicché sembra lecito domandarsi, in occasione dell'affermazione che dette limitazioni violano l'art. 4 cpv. 2 Cost., se quello che appare un privilegio femminile non rappresenti, in realtà, una discriminazione: cfr. KAUFMANN C. (1993) pag. 168.

4 DTF 116 V 198, 211.

5 DTF 117 V 321. Cfr. anche SCHWANDER CLAUS M. (1995) pagg. 35 e 36, che cita altri esempi di violazione dell'art. 4 cpv. 2 frase 1 Cost.

posteriore al parto, a quando per la neo madre è trascorso il periodo convalescenziiale e la stessa ha ripreso le necessarie forze per la vita condotta anteriormente. A questo periodo si aggiunge la condizione dell'allattamento. Non più poggiante su una differenza biologicamente determinata è invece la protezione della donna in quanto regina della casa e responsabile dell'allevamento e dell'educazione dei figli, in altri termini della protezione della donna in quanto madre sociale¹. Per allevare ed educare i figli sono necessari entrambi i genitori e, sebbene essi possano assumere funzioni diverse nei riguardi della prole², ciò non significa che uno sia più importante dell'altro, e che quindi la sua funzione meriti più attenzione e protezione. In sostanza, sono giustificate tutte quelle particolari norme protettive applicabili alle donne in relazione diretta con la gravidanza, il parto e l'allattamento³. Possono pure giustificarsi, di fronte all'art. 4 cpv. 2 frase 1 Cost., quelle particolari norme del diritto del lavoro, che proteggono la donna nella sua qualità di potenziale gestante e generatrice futura⁴ o che concernono l'allattamento. Non sarebbe, per contro, più giustificabile una regolamentazione relativa al congedo parentale, che lo prevedesse solo per la madre e lo negasse invece al padre⁵.

Il problema consiste quindi nel delimitare esattamente quali differenze siano giustificate dalla diversa natura dell'uomo e della donna e quali invece no ed in particolare nell'elencare le regolamentazioni nelle quali le differenze biologiche,

1 Ctr. COSSALI M. (1993) pagg. 76 a 79, la quale, alla luce di alcuni esempi giurisprudenziali, constata, in maniera critica, come la Corte di giustizia delle Comunità europee conceda agli stati un largo potere d'apprezzamento per quanto concerne le misure sociali per la protezione della donna.

2 L'assunzione di ruoli diversi da parte dei due genitori non è necessariamente dettata dalla natura stessa; lo è invece, sicuramente, dalla nostra cultura.

3 Ctr. KAUFMANN C. (1993) pag. 21 nota 4, HENNINGER R. (1984) pagg. 115 e 118.

4 Ctr. HENNINGER R. (1984) pagg. 115 e 118.

5 Ctr. KAUFMANN C. (1993) pag. 21 nota 4 e pag. 33, dove è detto che alla funzione della donna quale madre va negata la qualità d'eccezione giustificata al principio di cui all'art. 4 cpv. 2 Cost.

scientificamente riconosciute e provate, impongono una normativa differenziata¹. Infatti, la differenza biologica fra maternità e paternità è insita nella natura dei sessi ed è comunque e sempre presente; essa può però giustificare una regolamentazione diversa solo in ben determinate circostanze, ossia solo quando questa differenza si appalesa rilevante per la situazione specifica. E, nell'ammettere la presenza di una tale rilevanza determinante, va fatta prova di una speciale prudenza, ricordando che il principio è comunque costituito dall'uguaglianza assoluta.

2.2. Le differenze funzionali?

Secondo il messaggio, accanto a quella biologica, pure la differenza funzionale dovuta al sesso può giustificare un'eccezione alla parità di trattamento². L'unico esempio portato dal Consiglio federale, tuttavia, è costituito dalla particolare protezione della donna in quanto madre, che, in base alla formulazione della frase

1 ZBI 1994, 375: il Tribunale federale ha statuito che un congedo di quattordici settimane in caso di parto, concesso solo alla madre, non viola l'art. 4 cpv. 2 Cost. Benché le disposizioni legali del diritto del lavoro prevedano un periodo di divieto dal lavoro di otto settimane dopo il parto (riducibile a sei), affinché la donna partoriente possa rimettersi recuperando interamente le proprie forze, ciò non significa, secondo il Tribunale federale, che il congedo di maternità debba limitarsi a detto periodo. Da una parte, vi sono donne che possono necessitare un periodo convalescenziato più lungo, d'altra parte, le quattordici settimane non devono necessariamente succedere al parto, ma possono precederlo. Inoltre, un congedo maternità più lungo di quanto è mediamente necessario per ristabilirsi è pure giustificabile con le esigenze dell'allattamento, considerate le difficoltà che una donna incontra per poter allattare dopo aver ripreso il lavoro. Al legislatore è permesso di prevedere una norma generale e praticabile, che permetta di far astrazione dal fatto che la donna allatti effettivamente o meno. Con queste argomentazioni, il Tribunale federale ha lasciato aperta la questione, che sarebbe invece interessante veder risolta, della durata massima possibile per un congedo maternità (per la sola madre, dunque), che sia ancora giustificabile con la differenza biologica esistente tra i generi. Parrebbe comunque che le quattordici settimane siano, piuttosto vicine al limite massimo. Alta critica del ricorrente, che rimproverava al legislatore di voler perpetuare la tradizionale ripartizione dei ruoli, alleggerendo solo alla donna il compito di assumere il doppio ruolo, facilitandole la compatibilità delle responsabilità familiari e professionali, il Tribunale federale rispose che il ricorrente, sostenendo tale tesi, perseguiva l'introduzione di un congedo parentale, ciò che incombe al legislatore stesso e non già all'autorità giudiziaria.

2 FF 1980 I 65, 140.

stessa nel messaggio, si riferisce sicuramente alla differenza biologica fra maternità e paternità, ma potrebbe includere anche quella funzionale¹. A quindici anni di distanza, il Consiglio federale, in un nuovo messaggio alle camere², a proposito dell'art. 4 capoverso 2 Cost., ed in particolare sulla prima frase dello stesso, affermava che, in considerazione del principio della parità dei sessi "unicamente le differenze biologiche possono dar luogo a disciplinamenti speciali". Da questa formulazione, che tralascia la menzione delle differenze funzionali, si può dedurre che il Consiglio federale sia ritornato, dopo le numerose discussioni dottrinali, sulla propria idea, per ammettere che solo le differenze biologiche possono giustificare, eventualmente, una regolamentazione differenziata, con l'esclusione d'ogni altra. Del resto, ciò è confermato nel recente Messaggio sull'iniziativa popolare federale "Per un'equa rappresentanza delle donne nelle autorità federali (Iniziativa 3 marzo)", dove ancora il Consiglio federale si riferisce unicamente alle differenze biologiche³.

La giurisprudenza del Tribunale federale ha finora sempre ripreso il binomio "differenza biologica o funzionale" - la congiunzione "o", non cumulativa, indica che le sole differenze funzionali sono, di per sé, sufficienti - contenuto nel primo messaggio, e ciò ancora nelle sentenze più recenti⁴, senza mai mettere in discussione il secondo aggettivo⁵. La massima istanza ha comunque ritenuto

1 FF 1980 I 65, 140: "eccezioni saranno giustificate soltanto nel caso la differenza biologica o funzionale dovuta al sesso escluda assolutamente una parità di trattamento: occorre pensare, ad esempio, alla protezione della donna in quanto madre". Da un'analisi grammaticale e logica del periodo non può essere escluso che la protezione della donna in quanto madre sia riferita pure ad una differenza funzionale.

2 FF 1995 IV 809.

3 FF 1997 III 449, 463.

4 DTF 117 V 321, 116 Ib 270 e 284, 116 V 196.

5 In DTF 113 V 120, 124, vengono menzionate unicamente le differenze biologiche. Trattasi di una svista o piuttosto di un'omissione volontaria e consapevole? E' difficile saperlo, ma, considerata la giurisprudenza posteriore, è più probabile un'involontaria dimenticanza; infatti, nella fattispecie il problema di un'eventuale violazione dell'art. 4 cpv. 2 Cost. non fu affatto esaminato, trattandosi di una legge federale - la LPP -, la cui costituzionalità non poté essere esaminata dal Tribunale federale

doveroso precisare come il fatto di ritenere che differenze funzionali possano giustificare una disparità di trattamento non significa che la tradizionale ripartizione dei ruoli possa ancora, come avvenuto finora, avere una rilevanza giuridica¹. La definizione "differenze funzionali" è però ancora ripresa in una recente decisione², il cui contenuto, di particolare interesse per la tematica della discriminazione indiretta, verrà discusso più oltre³.

La dottrina, riprendendo il binomio del messaggio, tuttavia in maniera meno acritica di quanto fatto dal Tribunale federale, ha dibattuto in modo particolare la questione delle "differenze funzionali", ritenendolo, in conclusione, dapprima un criterio poco giustificabile e poi un possibile mezzo per ridare alla tradizionale ripartizione dei ruoli quell'importanza che si voleva eliminare con l'adozione del capoverso 2 dell'articolo 4 Cost. Così, parte della dottrina propone di far semplicemente astrazione da questo concetto ambiguo e pericoloso⁴, mentre parte lo mantiene,

(secondo la dottrina e giurisprudenza più recenti, la costituzionalità può essere esaminata, ma un'eventuale incostituzionalità non sarebbe in alcun modo sanzionabile), in ragione degli artt. 113 cpv. 3 e 114bis cpv. 3 Cost. Cfr. anche ARIOLI K. (1992) pag. 85, la quale afferma come, in virtù della giurisprudenza, il binomio non abbia oggi ancora acquisito un significato chiaro con contorni ben definiti.

1 DTF 116 V 198, 211, dove il Tribunale federale riporta anche le argomentazioni della dottrina, che paventava una tale interpretazione delle "differenze funzionali". Cfr. anche BIGLER-EGGENBERGER M. (1994) pag. 3.

2 DTF 121 Ia 97.

3 Cfr. più oltre al punto 3.

4 Cfr. KAUFMANN C. (1993) pag. 161, la quale rinvia alle numerose critiche dottrinali, rilevando come, malgrado le stesse, la giurisprudenza si ostini a riprendere ancora il criterio delle differenze funzionali; la stessa (1985) pagg. 21 e 33; ARIOLI K. (1992) pag. 86, la quale, rigettando categoricamente le differenze funzionali, afferma che motivi rilevanti per una diversità di trattamento tra donne e uomini sono già ampiamente ed esaustivamente compresi nella diversità biologico generative; MORAND C.-A. (1988) pagg. 79 e 80, il quale, proponendo di rinunciare al criterio delle differenze funzionali, si domanda cosa le stesse vengano a fare in un articolo che ha quale fine la soppressione di ogni discriminazione fondata sulla ripartizione tradizionale dei ruoli; MUELLER J.-P./MUELLER S. (1985) pag. 200, i quali lamentano pure la poca chiarezza del Messaggio in merito alla portata del concetto di differenze funzionali; HENNINGER R. (1984), il quale critica la giurisprudenza.

tuttavia entro limiti strettamente definiti e con la precisazione chiara ed esplicita che non si tratta di far rientrare dalla finestra ciò che è stato cacciato dalla porta¹.

2.3. Rilevanza di altri criteri?

Nell'ambito della discussione sulle differenze biologiche e funzionali, vi sono altri concetti che tentano di emergere e che vogliono dimostrare l'esistenza di un'effettiva differenza, benché non poggiante su rilevazioni scientifiche, nell'intento di giustificare scelte legislative che possono apparire problematiche alla luce del principio costituzionale della parità dei sessi.

Così, per esempio, il Consiglio di Stato vodese cercò di giustificare, giostrando con il concetto di differenza funzionale (o di differente sviluppo fisico ed evoluzione psichica), un sistema di coefficienti differenziati fra ragazzi e ragazze e sfavorevole a queste ultime, per l'ammissione alla scuola secondaria, basandosi su rilevazioni statistiche, che osservavano una migliore percentuale di riuscita delle ragazze agli esami d'ammissione. Il Tribunale federale rifiutò di avallare una simile normativa, e quindi di assimilare le differenze riscontrate nello sviluppo alle diversità funzionali che, eccezionalmente, potrebbero giustificare un trattamento differenziato².

della somma istanza, che, sostituendo al criterio delle concezioni giuridiche dominanti, precedentemente impiegato, quello delle differenze funzionali, non fa altro che adottare il medesimo criterio, solo definito in maniera differente.

¹ Cfr. SCHWANDER CLAUS M. (1995) pag. 34, la quale, citando esempi per i quali il criterio delle differenze funzionali potrebbe fornire un valido aiuto per la giustificazione di una regolamentazione differenziata, conclude che le stesse vanno considerate una felice opportunità per poter agire in qualità di donne; WEBER-DUERLER B. (1993) pag. 337, la quale afferma che il paventato pericolo di continuare a dar rilevanza, tramite il criterio delle differenze funzionali, a disparità di trattamento tramandate ed ormai sorpassate, non si è verificato nella pratica giurisprudenziale; la stessa (1985) pag. 9, che, citando la giurisprudenza, sostiene che le differenze funzionali non devono essere ritenute alla cosiddetta ripartizione tradizionale dei ruoli, la quale vorrebbe la donna governante della casa e l'uomo esercitante un'attività lucrativa.

² DTF 119 la 22.

Rilevazioni statistiche, tendenti a dimostrare una differenza di natura, biologica, fra i generi, vanno rifiutate, in ogni caso¹.

Anche il ricorso a valori medi, che vogliono cementare nel diritto gli stereotipi relativi ai sessi ed alle loro specifiche caratteristiche fisiche o psichiche (l'uomo è forte, la donna è emotiva), non è, secondo la dottrina, più ammissibile per giustificare una disparità² e va sostituito con una regolamentazione che non generalizzi più in funzione dell'appartenenza ad un sesso, ma che tenga conto delle caratteristiche particolari e specifiche della persona in questione³.

Spesso, a considerazioni di tipo statistico od al riferimento a valori medi, i fautori di tali metodi aggiungono riflessioni di tipo economico amministrativo e interessi d'ordine: per chi amministra lo Stato e la giustizia è certamente più facile stabilire il sesso di una persona che non le sue condizioni personali⁴, motivo per cui l'adozione di un criterio di differenziazione facilmente identificabile sarebbe preferibile all'esame sistematico e puntuale di ogni singola fattispecie. In altre parole, la legge, per non diventare troppo complessa ed non amministrabile, sarebbe tenuta ad operare generalizzazioni che, benché opinabili, sono necessarie, mentre non sarebbe pensabile una regolamentazione che tenga sempre e comunque conto dell'individuo con le sue specifiche particolarità. Per complessa che possa divenire una regolamentazione basata sulle caratteristiche individuali, essa è comunque preferibile all'alternativa di un criterio di

1 FF 1986 I 935, 939: "un trattamento discriminatorio generale sul fondamento di dati statistici il più delle volte non è giustificabile ed è perfino ingiusto". Cfr. anche WEBER-DUERLER B. (1985) pag. 11, la quale sostiene che i risultati statistici vanno comunque giudicati con scetticismo e mai presi come oro colato.

2 Cfr. HENNINGER R. (1984) pag. 115.

3 Cfr. ARIOLI K. (1992) pagg. 83 e 84, la quale parla di "tipizzazione" non permessa, WEBER-DUERLER B. (1985) pagg. 12 e 13.

4 FF 1986 I 935, 974 a proposito delle quote differenziate per sesso, e più elevate per gli uomini, nell'assicurazione contro gli infortuni non professionali. Cfr. anche WEBER-DUERLER B. (1985) pagg. 14 e 15, che ammette una simile argomentazione unicamente nel caso in cui il fatto di dover indagare sulle condizioni particolari di ciascuno metterebbe l'amministrazione di fronte a difficoltà insormontabili.

differenziazione sessuale, giustificato con il fatto che statisticamente le donne sono più emotive, sensibili o che gli uomini sono mediamente più forti.

Infine, differenze fisiologiche o psichiche, ossia naturali, sono spesso invocate per argomentare che le donne assumono, per una scelta personale affine alla loro inclinazione, i ruoli che tradizionalmente sono considerati i loro. Tuttavia, gli studi che al proposito furono fatti, si sono spesso dimostrati carenti, o sono stati comunque contraddetti da altre ricerche, che giungevano esattamente al risultato opposto¹. Infatti, ancor oggi non si può affermare, almeno su basi scientifiche, che le donne assumono nella società e nella famiglia, e poi in rapporto al lavoro, compiti diversi rispetto all'altra metà del mondo, in virtù di inclinazioni naturali proprie e specifiche del loro sesso. E' vero che neppure si può dimostrare il contrario. Tuttavia, a parte il fatto che dimostrare l'inesistenza di qualcosa, un non essere, è spesso impossibile, va pure riconosciuto, ciò che è del resto dimostrato con basi scientifiche, come la socializzazione di una persona (e la conseguente scelta del proprio comportamento e ruolo nella famiglia e nella società) si sviluppi in maniera differenziata proprio in funzione del suo sesso: la percezione che hanno i genitori del figlio è diversa in funzione del sesso del bambino, il comportamento e la considerazione degli insegnanti, degli educatori, e di tutto l'ambiente circostante, a cominciare da quello familiare più ampio fino a quello degli sconosciuti, è differente nei confronti di una bambina o di un bambino, di una ragazza o di un ragazzo². In conclusione, quindi, come donna e uomo si differenziano, in virtù del sesso, non lo si sa ancora oggi con esattezza: accertato è che entrambi hanno 22 cromosomi e che l'unica diversità sicura ne concerne unicamente uno, ciò che, statisticamente, corrisponde quindi ad una percentuale del 3-4%³.

1 FF 1986 I 935, 939: "le differenze biologiche fra i sessi, eventualmente anche quelle psichiche e intellettuali, non giustificano di per sé un trattamento giuridico differenziato (...) taluni attributi personali possono essere l'effetto dell'educazione e della formazione e non, come ancora troppo spesso si ritiene, della differenza di sesso". Cfr. anche HENNINGER R. (1984) pag. 206 e l'intera prima parte della sua dissertazione.

2 Cfr. SCHWARZ-TUERLER M. (1993) pagg. 323-326.

3 Cfr. MAHRER I. (1993) pag. 260.

3. Le discriminazioni indirette

3.1. Significato

Come si vedrà più oltre nel relativo capitolo¹, il tema delle discriminazioni indirette è stato già ripetutamente trattato, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, in relazione alla parità salariale fra uomo e donna. Per contro, pochi sono gli interventi in materia di discriminazione indiretta all'infuori di quest'ambito particolare, almeno a livello svizzero.

Si opera fra uomo e donna una discriminazione indiretta "quando i sessi sono trattati formalmente in modo uguale, ma nei fatti in modo tale da svantaggiare l'uno dei due, senza che la discriminazione sia giustificata da un motivo oggettivo"², ossia, verosimilmente, quando viene impiegato un criterio di differenziazione apparentemente neutrale, ma che, nei fatti, penalizza in proporzioni chiaramente maggiori gli appartenenti all'uno o all'altro sesso³.

La dottrina espressasi in merito ha ritenuto che l'art. 4 capoverso 2 prima frase Cost., che, va ricordato, sancisce un diritto direttamente applicabile, vieta, oltre alle discriminazioni dirette basate sul sesso, anche le discriminazioni indirette⁴. E non potrebbe essere altrimenti, poiché sarebbe inconcepibile limitare il divieto di operare discriminazioni alle sole discriminazioni palesi⁵, a scapito, in caso

1 Cfr. capitolo IV, 3.

2 FF 1993 I 987, 999.

3 FF 1993 I 987, 1021.

4 Cfr. ARIOLI K. (1993) pagg. 1327 segg., KAUFMANN C. (1993) pag. 1351, la quale, parlando dell'avamprogetto della legge federale sulla parità dei sessi, lo definisce quale ampliamento del settore di validità dell'art. 4 cpv. 2 Cost., rispettivamente concretizzazione dello stesso, nell'ambito dei rapporti di lavoro di diritto privato; SCHULZ P. (1993) pagg. 1317 segg.

5 La conferma di quest'affermazione è costituita dall'art. 3 cpv. 1 della legge federale sulla parità dei sessi, il quale, pur limitatamente all'intero ambito lavorativo, statuisce che "nei rapporti di lavoro, uomini e donne non devono essere pregiudicati né direttamente né indirettamente a causa del loro sesso, segnatamente con riferimento allo stato civile, alla situazione familiare o a una gravidanza".

contrario, di avere una norma lacunosa e facilmente aggirabile: infatti, a causa dei differenti ruoli e delle diverse posizioni che i sessi hanno ancora effettivamente nella nostra società, sarebbe evidentemente troppo facile reperire criteri apparentemente neutrali, che consentirebbero di perpetuare una differenziazione inammissibile dal punto di vista del principio della parità dei generi. Il concetto di discriminazione indiretta è quindi correlato alla realtà sociale, considerato come nella stessa uomini e donne hanno un percorso ancora fra loro molto dissimile¹ e combatte quindi pure disparità fondate sui loro curricula, piuttosto che, direttamente, sul loro sesso.

Elementi costitutivi della figura giuridica della discriminazione indiretta sono l'apparente neutralità di una norma o misura, che non contiene alcun riferimento palese al sesso della persona, il fatto che tale norma o misura, nella realtà, conceme in maniera assai preponderante un sesso (inteso come gruppo sociale, a prescindere dal singolo individuo) piuttosto che l'altro, la penalizzazione di un genere, ove irrilevante sono le motivazioni della differenziazione - in altre parole, non è indispensabile l'esistenza di una volontà discriminatoria, la disparità essendo giudicata sul risultato piuttosto che sulle ragioni che l'hanno determinato - ed infine l'inesistenza di circostanze obiettive, che nulla hanno a che vedere con una discriminazione sessuale, suscettibili di giustificare una deroga al principio di uguaglianza^{2,3}.

1 Cfr. ARIOLI K. (1993) pag. 1328 e dottrina ivi citata.

2 FF 1993 I 987, 1028: "Il carattere discriminatorio di una misura scompare se è giustificata obiettivamente. Tale può essere il caso di un criterio imposto dal tipo di lavoro, con la conseguenza di svantaggiare tendenzialmente le donne rispetto agli uomini. Lo stesso dicasi di un criterio che risponda a uno scopo legittimo di politica sociale e sia quindi senza alcun rapporto con la ripartizione dei ruoli fra i sessi. In questo campo è tuttavia d'uopo cautela poiché dietro all'apparenza obiettiva può celarsi un pregiudizio sessista. A tale proposito il giudice non deve limitarsi a considerare l'invocazione d'un motivo, ma procedere piuttosto alla valutazione degli interessi presenti in base al principio della proporzionalità. Se lo scopo perseguito è obiettivamente giustificato, anche il criterio impiegato deve essere necessario e adatto a raggiungerlo, senza poter ragionevolmente esigere dal datore di lavoro la scelta di un criterio meno discriminatorio o l'adozione di misure per ridurre la discriminazione".

3 Sugli elementi costitutivi della discriminazione indiretta cfr. ARIOLI K. (1993) pagg. 1330 seg.

3.2. Esempi di discriminazione indiretta

3.2.1. In generale

Esempi di discriminazione indiretta possono essere riscontrati nel riferimento, per essere ammessi all'esercizio di una determinate attività, ad una statura minima, od alla forza fisica. O ancora, la considerazione, per le geranzia di determinati vantaggi nell'ambito del rapporto di lavoro (quali gli aumenti salariali, le gratifiche, le qualifiche, od ancora le promozioni e le opportunità di carriere o di formazione interna) o per la scelte delle prime vittime di eventuali licenziamenti dovuti a ristrutturazioni o a forza maggiore, degli anni di appartenenza alla ditta, dalla durata dei rapporti di servizio: il genere femminile è indubbiamente svantaggiato, qualora vengano adottati ed applicati tali criteri, considerati i percorsi lavorativi delle donne, spesso intarrotti, più o meno a lungo, per ragioni familiari (la cosiddetta carriera a tre fasi, ancora molto comune) ed il loro sovente impiego in posti di lavoro atipici, dove il cambiamento costituisce spesso non una scelta, bensì una necessità, un'imposizione esterna. E tali criteri sono solo limitatamente giustificabili con ragioni oggettive. Infatti, se, per i primi anni, si può condividere l'opinione secondo cui l'esperienza all'interno di una medesima azienda rappresenta un vantaggio, non va neppure dimenticato che il potenziale produttivo massimo viene raggiunto non già alla fine della carriera, ma quando si è ancora in ascesa, quando l'entusiasmo per le novità, unitamente all'esperienze acquisite, fanno del lavoratore una persona necessariamente formata e motivata (la ripetitività, che è una conseguenza necessaria di ogni attività a lungo esercitata, è invece nemica dell'efficacia). Un sistema basato sui soli anni di servizio è inoltre fondamentalmente incompleto, poiché non considera affatto tutte le altre esperienze, pure ricche ed importanti rispetto a numerose occupazioni lavorativa, acquisite sia in ambiti che restano al di fuori del mondo produttivo in senso stretto, sia in settori professionali diversi.

Un altro importante esempio di discriminazione indiretta è quella della discriminazione delle donne attraverso una discriminazione dei lavoratori a tempo parziale, rappresentati, per l'appunto, in maniera nettamente preponderante, dal

1 Cfr. ARIOLI K. (1993) pagg. 1331 a 1335.

genere femminile; trattasi di discriminazioni salariali, ma anche relative al sistema previdenziale od ancora al regime del lavoro supplementare¹.

3.2.2. Esempi giurisprudenziali di trascuratezza del fenomeno della discriminazione indiretta

La giurisprudenza del Tribunale federale ha finora trascurato di esaminare, in maniera convincente ed esaustiva, la presenza di una presunta discriminazione indiretta nei confronti della donna, qualora la stessa era fatta valere. Anche nei casi nei quali venivano in teoria correttamente definiti i presupposti della discriminazione indiretta, il Tribunale federale ha ommesso, in concreto, di esaminarne l'adempimento, pur ritenendo di dover specificare (su quale base?) che tale discriminazione non era stata commessa nella specie².

DTF 110 la 7

Nell'ambito di un ricorso di diritto pubblico presentato da una coppia di coniugi contro una norma fiscale cantonale, che li pregiudicava rispetto ai concubini, il Tribunale federale ha negato la legittimazione a ricorrere, riferita all'art. 4 capoverso 2 Cost., ammettendola invece per il capoverso 1. Premettendo che

1 . Al lavoratori a tempo parziale viene infatti concesso il supplemento per lavoro straordinario solo al superamento dell'orario normale di lavoro vigente nell'azienda, senza considerare che gli inconvenienti dovuti agli straordinari sono gli stessi per i lavoratori a tempo parziale che per i lavoratori a tempo pieno. La discriminazione è inoltre doppia: oltre al fatto che le lavoratrici a tempo parziale non percepiscono la remunerazione supplementare, esse saranno più sovente e volentieri scelte dal datore di lavoro, quale manodopera meno costosa, in caso di necessità di svolgimento di ore straordinarie all'interno dell'impresa.

2 La problematica della discriminazione indiretta, che non si riscontra unicamente nell'ambito della parità tra i sessi, ma anche nel divieto di differenziare in virtù della nazionalità, della razza, della religione, della lingua, delle opinioni, sembra essere negletta dalla giurisprudenza anche per quel che concerne l'uguaglianza tra lavoratori svizzeri e stranieri nella sicurezza sociale: cfr. MAHON P. (1993) tescicoto 3 pag. 8 e 12. Vi è da chiedersi se il diritto internazionale non obblighi il Tribunale federale ad un esame più attento dell'eventualità di una discriminazione indiretta. Per quel che concerne, infatti, la parità tra uomo e donna, la Convenzione del 1979 dell'ONU sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna considera, tra le forme discriminatorie che gli stati limitati si sono impegnate a combattere, anche la discriminazione indiretta: FF 1995 IV 809, 824.

legittimata sarebbe stata eventualmente solo la moglie, poiché la violazione dell'art. 4 capoverso 2 Cost. era stata motivata con il fatto che l'imposizione congiunta dei coniugi, unita alla progressione fiscale, le avrebbe reso meno vantaggiosa la scelta dell'assunzione o del mantenimento di un'attività lucrativa, la somma istanza negò che il capoverso menzionato fosse toccato, poiché il maggior onere fiscale derivante ad una persona, il cui coniuge esercita anch'egli un'attività lucrativa, concerneva, in uguale misura, donne e uomini. Il Tribunale federale aggiungeva, a titolo conclusivo, che il fatto che le donne avrebbero, più spesso che gli uomini, rinunciato all'esercizio di tale attività, non modificava la risoluzione della questione.

Quest'ultima affermazione, lapidaria, lascia alquanto perplessi. Già la negazione del fatto che l'art. 4 capoverso 2 Cost. fosse toccato, poiché la regolamentazione fiscale impugnata concerneva uomini e donne in maniera uguale, è criticabile, poiché essa omette di considerare le discriminazioni indirette. Ma, unita alla precisazione conclusiva, essa è inaccettabile. Trattasi, infatti, di un tipico esempio di discriminazione indiretta, ossia dell'applicazione di una legislazione formalmente neutrale, ma effettivamente sessuale, se è vero, come lo è, che il cumulo e la progressione fiscale pongono spesso una coppia sposata dinanzi alla questione se la "seconda" attività (che è sempre, salvo rare eccezioni, quella femminile) sia o meno vantaggiosa, influenzando la donna verso la scelta di un'attività lucrativa che sarà spesso portata a rimpiangere¹.

Il Consiglio federale ha purtroppo seguito la nostra somma istanza giudiziaria, affermando, con il richiamo alla sentenza, che "l'imposizione della famiglia è compatibile, per quanto concerne il principio della tassazione comune considerata dal punto di vista materiale, con il principio della parità fra uomo e donna, sancito nell'articolo 4 capoverso 2 Cost."², sebbene, poche righe più avanti³, egli avesse ammesso che "in molti casi, questo fatto (ossia l'imposizione globale della famiglia,

1 La stigmatizzazione sociale a cui si espone la donna che vuole "realizzarsi" tramite l'esercizio di un'attività lucrativa non può neppure più essere mitigata da giustificazioni d'ordine finanziario.

2 FF 1986 I 935, 959. Il Consiglio federale si limitava quindi a concludere che il principio dell'imposizione comune andava rivisto, alla luce dell'art. 4 cpv. 2 Cost., dal solo punto di vista formale (procedurale).

3 FF 1986 I 935, 958.

attenuata solo parzialmente dal sistema delle deduzioni per persone coniugate e figli, n.d.r.) è sufficiente per dissuadere le mogli dall'esercitare un'attività professionale"¹. Più recentemente, il Consiglio federale, occupandosi di alcune delle cause di disparità fra i sessi nella vita professionale, ha affermato che "i regimi fiscali hanno pure un'influenza sulla decisione delle donne di esercitare o di riprendere un'attività lucrativa", e, rilevando come le spese di cura dei figli non siano, in generale, deducibili dal reddito imponibile, benché legate all'acquisizione del reddito, ha concluso che, dinanzi a ciò, "una donna può considerare poco consigliabile l'esercizio di un'attività professionale"². Non è chiaro se da tale formulazione debba dedursi un'evoluzione nel modo di valutare del Consiglio federale, e derivarne che lo stesso ritenga i regimi fiscali attuali quali esempi di violazione del principio della parità dei sessi. Attualmente il Consiglio federale ha però chiarito ogni possibile dubbio, con l'affermazione esplicita che nel diritto fiscale a livello federale permangono ancora disparità di trattamento³.

DTF 121 I 97 e DTF 119 la 241

Nella più recente delle due decisioni, la somma istanza giudiziaria federale ha statuito che "una regolamentazione dei contributi di mantenimento per la durata del processo di divorzio, che lascia al coniuge esercitante un'attività lucrativa e debitore del contributo, in ogni caso il minimo vitale previsto dal diritto esecutivo e considera un eventuale ammanco unicamente nella pretesa al mantenimento dell'altro coniuge, non è contraria alla Costituzione", non violando né il principio dell'uguaglianza tra uomo e donna di cui all'art. 4 capoverso 2 Cost., né il principio

¹ Unica soluzione possibile sembra essere, quindi, non solo la garanzia alla moglie della partecipazione alla procedura di tassazione, bensì la tassazione individuale delle persone, indipendentemente dal loro stato civile, e l'abolizione della tassazione globale della famiglia. Cfr., a tal proposito, KLETT K. (1993), la quale, con motivazioni più che pertinenti (tra l'altro il riferimento all'attuale regime ordinario dei beni tra coniugi, ossia la partecipazione agli acquisti), si esprime a favore di una tale scelta legislativa, rimpiangendo il fatto che la stessa sia stata semplicemente scartata in occasione dell'emanazione delle leggi sull'imposta federale diretta e sull'armonizzazione fiscale, con riferimento ad eventuali difficoltà d'ordine tecnico, senza neppure che si sia proceduto ad un esame più approfondito sulla scelta di principio relativa al metodo d'imposizione.

² FF 1993 I 987, 998.

³ FF 1995 IV 809, 841.

generale della parità di trattamento di cui al capoverso 1. Richiamando la DTF 119 la 241, il Tribunale federale rileva che la differenziazione non è operata secondo il criterio del sesso e quindi non viola l'art. 4 cpv. 2 Cost., sebbene (ciò che il Tribunale federale riconosce esplicitamente) nella maggioranza dei casi saranno le donne, nella loro qualità di coniuge beneficiario del contributo alimentare, a dover sopportare, interamente, un eventuale ammanco: ciò sarebbe la conseguenza non già di un trattamento giuridico differenziato, quanto piuttosto una manifestazione della realtà sociale, alla quale solo il legislatore può porre rimedio, mediante misure di carattere compensatorio.

Nella DTF 119 la 241 richiamata, la somma istanza affermava, in sostanza, che il fatto che le donne sposate esercitano, ancora attualmente, un'attività lucrativa meno spesso che gli uomini sposati e che di conseguenza possano beneficiare meno sovente degli alleggerimenti fiscali della previdenza individuale vincolata (pilastro 3A), previsti solo per salariati ed indipendenti, non rappresenta una diversità di trattamento giuridica, ma è dovuta ad una differenza di fatto, alla quale è competenza del legislatore rimediare, se del caso mediante l'adozione di misure di compensazione.

Anche in queste due decisioni, il Tribunale federale, pur ammettendo che regolamentazioni che non operano una distinzione fondata esplicitamente sul sesso, possono avere, in realtà, conseguenze dissimili per uomini e donne (in entrambi i casi sfavorevoli a queste ultime), ha respinto la critica di una violazione dell'art. 4 cpv. 2 Cost., poiché la disparità era dovuta ad una differenza di fatto ancora presente nella società attuale, ossia, in sostanza, alla tradizionale ripartizione dei ruoli. Ma ciò altro non è che una discriminazione indiretta. Trattasi, infatti, unicamente dell'impiego di un criterio di valutazione apparentemente neutro, che si astiene da qualsivoglia riferimento sessuale, ma che, nell'applicazione reale, tocca in maniera disuguale il genere uomo ed il genere donna, a causa dei loro diversi ruoli e differenti posizioni nella società attuale. Negli effetti, anche se forse non nelle intenzioni, tali normative discriminano, e questo il Tribunale federale lo ammette, un sesso rispetto all'altro. E per concludere all'esistenza di una discriminazione indiretta non sono necessari altri presupposti!

3.2.3. Breve conclusione in merito alla giurisprudenza del Tribunale federale

Il riferimento alle sentenze sopra citate è fatto unicamente a titolo esemplificativo e non è pertanto esaustivo. Esso dimostra tuttavia che la nostra somma istanza giudiziaria, all'intuori dell'ambito particolare della parità salariale, non considera

quale violazione del principio della parità una discriminazione indiretta. Il problema non è neppure abordato. E non se ne vede il motivo, dal momento che, da una parte, la discriminazione indiretta, nell'ambito della parità salariale, è sanzionata, al pari di quella diretta, e dall'altra, che un effetto discriminatorio è comunque esplicitamente riconosciuto in tutte le decisioni citate. Il Tribunale federale omette unicamente di effettuare l'ultimo, ma decisivo passo, nelle sue riflessioni: egli rileva dapprima come la regolamentazione in questione non contenga alcun riferimento sessuale, osserva poi che uomini e donne sono toccati in proporzioni sostanzialmente diverse, senza indicare un motivo oggettivo suscettibile di giustificare l'adozione di una normativa dagli effetti differenziati. L'unico decisivo passo che la somma istanza omette è quello di chiamare questo modo di procedere con il suo vero nome, una discriminazione indiretta, ciò che permetterebbe di sanzionarlo.

Se è vero che spetta in primo luogo al legislatore eliminare le disparità effettive esistenti fra uomini e donne, il giudice, dal canto suo, non può esimersi, anzi è tenuto a considerare queste differenze reali, sociali, dei ruoli maschili e femminili, la posizione ancora di gran lunga arretrata della donna, il suo doppio, ed anche triplo onere lavorativo e familiare, per molti versi inconciliabili, se non vuole essere responsabile d'operare un egualitarismo profondamente ingiusto.

1404

**Capitolo III: L'ARTICOLO 2 CAPOVERSO 2 SECONDA FRASE DELLA
COSTITUZIONE FEDERALE - LA LEGGE NE ASSICURA
L'EGUAGLIANZA SOPRATTUTTO PER QUANTO CONCERNE LA
FAMIGLIA, L'ISTRUZIONE E IL LAVORO**

1. Significato generale: realizzazione della parità sostanziale

Secondo il messaggio, l'enunciato "incarica il legislatore di attuare gli obiettivi da raggiungere in materia d'eguaglianza dei diritti"¹, in altri termini, esso contiene un'ingiunzione al legislatore di realizzare l'uguaglianza effettiva nella realtà sociale². Detto mandato concerne tutti i settori giuridici nei quali uomo e donna sono ancora trattati in modo disuguale e non è quindi limitato ai tre ambiti esplicitamente enumerati nella Costituzione, ossia la famiglia, la formazione professionale ed il lavoro. Il Messaggio precisa pure che, anche se il testo costituzionale si rivolge al legislatore, gli organi esecutivi e giudiziari non sono liberati "dall'obbligo di far trionfare la garanzia costituzionale dell'eguaglianza dei diritti tra i sessi, entro i limiti delle loro attribuzioni, in tutti i campi nei quali norme speciali emananti dal legislatore non sono indispensabili"³.

Al contrario della prima frase del medesimo capoverso, il secondo enunciato non crea un diritto soggettivo direttamente deducibile in giudizio, bensì contiene un mandato al legislatore⁴. Esso si riferisce al significato materiale del principio di uguaglianza e sta in una certa contraddizione con il significato puramente formale, poiché l'obiettivo di creare l'uguaglianza di fatto in una realtà sociale che è invece

1 Messaggio sull'iniziativa popolare "per l'uguaglianza dei diritti tra uomo e donna": FF 1980 I 65, 142.

2 DTF 116 lb 274, 297 e dottrina ivi citata.

3 FF 1980 I 65, 142.

4 DTF 117 la 262. Cfr. anche MORAND C.-A. (1988) pag. 86.

differenziata richiede, necessariamente, un intervento diversificato e preferenziale in favore delle categorie meno favorite¹.

2. Dal principio dell'uguaglianza delle possibilità (uguaglianza materiale od effettiva) alle misure positive

Il fatto che la seconda frase si riferisca al significato materiale e sostanziale della parità, non può validamente più essere contestato ed è del resto ammesso dalla dottrina dominante². Non si vede altrimenti cosa ci starebbe a fare nella Costituzione una frase che, se fosse limitata alla parità in senso formale, ripeterebbe unicamente la prima frase del medesimo capoverso, senza aggiungere di nuovo alcunché. Invece, ogni singola frase dell'art. 4 cpv. 2 Cost. ha un ruolo a sé stante, un significato preciso e distinto, anche se il capoverso medesimo forma un insieme unico.

In questo contesto si inserisce il discorso sull'opportunità e sulla legittimità di azioni positive, intese come deviazione giustificata e temporanea al principio di uguaglianza nel suo senso meramente formale, vale a dire di misure che considerano il criterio del sesso, proprio al fine di avvantaggiare volutamente le

¹ DTF 116 Ib 274. Cfr. anche MORAND C.-A. (1988) pag. 87 e BALLESTRERO (in: *Pari e dispari* 1993, pag. 53), la quale rileva che "se alla luce della regola di eguaglianza in senso formale il sesso della persona non assume (non deve assumere) alcun rilievo (eguaglianza senza tenere conto della differenza di sesso), la regola dell'eguaglianza sostanziale si fonda invece sulla rilevanza della differenza che corrono tra le persone in ragione delle caratteristiche personali o dell'appartenenza a diversi gruppi sociali, o dell'appartenenza di genere. La realizzazione dell'eguaglianza sostanziale consista allora nel garantire la parificazione (vale a dire pari opportunità) a persone che sono e restano diverse; la parificazione passa attraverso l'eliminazione (non delle differenze ma) delle conseguenze sfavorevoli che derivano dall'esistenza di differenze di fatto e può richiedere l'adozione di misure specifiche (come le azioni positive); tali misure sono dirette a realizzare pari opportunità tra persone diverse, alle quali devono essere garantiti pari dignità e pari rispetto".

² Messaggio sulla LPar: FF 1993 I 987, 1051. Cfr. anche ARIOLI K. (1992) pag. 103, la quale riassume le opinioni dottrinali in relazione alla questione se l'art. 4 cpv. 2 Cost. si riferisca pure alla parità di fatto.

donne, intese quale gruppo, rispetto agli uomini, intesi come gruppo^{1,2}. Due sono le caratteristiche delle misure positive nel contesto della parità dei generi: la considerazione del sesso (in maniera diretta, ma anche molto indiretta, si pensi per esempio a tutte le misure che tendono a conciliare vita familiare ed esigenze professionali) come criterio di differenziazione determinante e la promozione della donna quale finalità (il miglioramento della sua situazione nel contesto sociale); le misure positive sono una sorta di diritto compensatorio, inteso a fare da contrappeso alla differenza sociale ancora esistente fra i sessi, al fine di promuovere una migliore e più giusta ripartizione degli obblighi e dei diritti sociali in senso lato. Astrazione fatta dai due criteri appena menzionati che le accomunano, le misure positive possono essere della natura più disparata e comprendono una vasta gamma di possibili provvedimenti³.

3. Opportunità e legittimità delle misure positive

3.1. Opportunità delle misure positive?

Alla domanda se le misure positive siano opportune si può rispondere negativamente, asserendo che, con l'evoluzione delle mentalità, ma soprattutto dei modi di vita, e della legislazione, che deve comunque adeguarvisi, la parità, anche quella materiale, si instaurerà a poco a poco in tutti gli ambiti del contesto sociale e privato, motivo per cui non resta che essere pazienti e si vedrà inesorabilmente trionfare il principio di uguaglianza, sia nel suo significato formale, sia in quello materiale.

1 Cfr. AUER A. (1988) pag. 230, il quale aggiunge come tali misure siano anche chiamate "discriminazioni positive", "trattamento preferenziale", "classificazioni benigne" o ancora "misure compensatorie".

2 Secondo EWALD F. (1986) pag. 451, questa struttura disuguale e segregativa, che si scosta fortemente dai principi classici del diritto, è caratteristica, in particolare, dei diritti sociali, i quali, per essere giusti e concordare con il loro scopo, devono considerare le differenti situazioni di fatto, le diversità, i rapporti di forza e di potere, al fine di ristabilire gli equilibri ormai andati persi, di compensare le differenze effettive e di favorire i deboli nei confronti dei più forti.

3 Cfr. AUER A. (1993) pag. 1337.

Alla questione sull'opportunità di misure positive si può però anche rispondere affermativamente, se si rifiutano i tempi, sempre piuttosto lunghi e comunque dai risultati incerti, dell'evoluzione storica, preferendovi invece un cambiamento più rapido ed efficace. Per questa seconda soluzione milita anche una ragione non del tutto secondaria: ad ogni apparente conquista femminile, o femminista, che incide sulla posizione di potere dell'uomo, inteso come gruppo, si assiste sempre ad una reazione aggressiva e compatta, da parte, si direbbe, di tutta la società, che tende a ristabilire la precedente situazione, cercando di dimostrare come le cose funzionassero molto meglio in precedenza. In altre parole, ad evoluzioni importanti succedono sempre forti movimenti reazionari, cosicché la promozione della donna sembra essere un fenomeno che avanza a mo' di un gambero. Così, la liberalizzazione e la divulgazione dei metodi contraccettivi hanno provocato reazioni indignate sulla natalità, non da ultimo da parte della Chiesa. Così, all'attività lucrativa della donna si oppone una moltitudine di persone, che mette in guardia sul degradamento dei costumi e sulla crisi della famiglia, ma che mai considera che il nucleo familiare è composto generalmente da persone di entrambi i sessi. Forze compatte, che, esplicitamente come pure mediante un'influenza sulla cultura, sui mezzi di comunicazione di massa e sulla pubblicità, frenano, con una corrente contraria, il progresso femminista¹.

Indipendentemente dalla risposta che si voglia dare alla questione dell'opportunità delle misure positive, esse pongono tuttavia un fondamentale problema dal punto di vista giuridico, siccome si urtano, almeno in apparenza, al principio di uguaglianza inteso in un senso puramente formale.

3.2. Legittimità delle misure positive?

E' quindi opportuno analizzare più da vicino quale sia l'opinione delle autorità giudiziarie, esecutive, nonché della dottrina, relativamente a tale questione, attualmente assai dibattuta e controversa.

¹ Cfr. l'intero testo di FALUDI S. (1993), dove l'autrice, americana, mostra come cinema, televisione, riviste e giornali tornino a proporre, qualora la società si senta minacciata dalle conquiste femminili, modelli di famiglie felici ed unite, nelle quali, evidentemente, la moglie si occupa unicamente della casa, dei figli e del marito, senza aver troppi grilli per la testa. E come queste conquiste vengano, sempre dalla cultura dominante, dipinte come minacciose, nelaste. La più famosa pellicola cinematografica sul tema delle molestie sessuali non vede infatti una donna come carnefice ed un uomo quale vittima? Cfr. anche SULLEROT E. (1978) pag. 256.

3.2.1. L'opinione del Consiglio federale

Il Consiglio federale asseriva, a suo tempo, che "visto che l'uguaglianza sancita dalla legge non può sempre essere realizzata a breve termine, in certi casi è necessario trovare soluzioni transitorie che consentano di prendere particolari provvedimenti in favore di uno dei due sessi"¹. Il Consiglio federale è ancora assai prudente: non utilizza affatto il termine di misure positive e neppure circoscrive i provvedimenti transitori da prendere per la particolare promozione del solo genere femminile. Già precedentemente, ossia nella procedura di consultazione sull'iniziativa, che condusse poi all'adozione dell'art. 4 cpv. 2 Cost., era, tra l'altro, stata posta la questione se il mandato costituzionale non affidasse allo Stato anche "l'incarico di adottare misure concrete"². La formulazione del testo costituzionale poi adottato, che, per questo particolare quesito non diverge dal testo dell'iniziativa presentata³, sollevava quindi già la questione della legittimità delle azioni positive⁴,

1 Rapporto sul programma legislativo "Uguaglianza dei diritti tra uomo e donna": FF 1986 I 935, 939; purtroppo, più oltre nello stesso testo, il Consiglio federale sembra smentire la supposizione, secondo la quale egli avrebbe fatto, implicitamente, riferimento alle misure positive, quando asserisce che il legislatore può influenzare solo in maniera limitata l'aumento delle possibilità di lavoro a tempo parziale, la parificazione dei salari dei generi, nonché le pari opportunità di carriera (cfr. pag. 964).

2 FF 1980 I 65, 112; fra tali misure venivano annoverate l'attribuzione di quote per l'accesso ai posti di lavoro ed alle funzioni pubbliche, la divisione uguale tra i coniugi degli obblighi familiari e professionali o ancora la creazione di servizi sociali quali i nidi d'infanzia, onde facilitare l'attività professionale delle madri di famiglia.

3 In particolare i capoversi 2 e 4 dell'art. 4bis proposto con l'iniziativa, così recitavano: "2. All'uomo e alla donna spettano gli stessi diritti e gli stessi doveri in seno alla famiglia. 4. L'uomo e la donna hanno diritto alla parità di trattamento ed all'uguaglianza delle possibilità in materia d'educazione e di formazione scolastica e professionale, così come nell'accesso all'impiego e nell'esercizio della professione": cfr. FF 1980 I 65, 68.

4 A sostegno della legittimità delle stesse, potrebbe essere citato il passaggio di un altro messaggio del Consiglio federale, in FF 1986 I 935, 971: a proposito della rendita per vedova e della mancanza di quella per vedovi nell'AVS/AI allora in vigore e rinunciando per motivi finanziari all'obiettivo della parità formale assoluta, il Consiglio federale affermava che "le discrepanze potranno tuttavia essere giustificabili obiettivamente in considerazione del fatto che sul mercato del lavoro i vedovi hanno in genere maggiori possibilità delle vedove, anche se, per un certo periodo, si sono occupati

senza peraltro che la risposta al problema sia stata esplicitamente data in maniera inequivocabile dal legislatore costituzionale.

Più recentemente, il Consiglio federale, rilevando i limiti di un concetto d'uguaglianza inteso solo in senso formale, affermava che "in certi casi è necessario trovare soluzioni transitorie che consentano di prendere particolari provvedimenti in favore di uno dei due sessi. La parità di trattamento in diritto non è fine a se stessa"¹.

Poi, citando sé stesso, nonché Arioli, il nostro esecutivo affermava che "visto che l'uguaglianza sancita dalla legge non può essere realizzata a breve termine, in certi casi è necessario trovare soluzioni transitorie che consentano di prendere particolari provvedimenti in favore di uno dei due sessi. La parità di trattamento in diritto non è fine a sé stessa; essa consente di offrire all'uomo e alla donna le medesime possibilità di realizzarsi nelle realtà sociali. Tali misure in genere non

dell'economia domestica e dell'educazione dei figli". Per essere consequenti, se si giustifica il fatto di lasciar sussistere una disparità formale nei confronti di un genere a motivo dell'ancora esistente disparità materiale effettiva nei confronti dell'altro, parallelamente all'adozione di una legislazione paritaria (dal punto di vista formale) se ne dovrebbe adottare una che materialmente favorisca il genere che, nella realtà dei fatti, è ancora svantaggiato, a scapito, se così non fosse, di introdurre una legislazione che, garantendo una parità meramente formale, avrebbe effetti discriminatori. Lo stesso ragionamento, nel senso contrario, è fatto dal Consiglio federale (pagg. 972 seg.), in occasione della valutazione delle ineguaglianze nell'assicurazione contro le malattie allora in vigore: il fattore biologico (siccome preso a titolo dimostrativo, l'esempio viene ripreso qui in maniera acritica, in particolare senza discussione sulla vera esistenza di una diversità biologica fra i sessi in fatto di morbilità) che, almeno parzialmente, giustificerebbe i premi più alti permessi per le donne e renderebbe quindi necessaria una regolamentazione differenziata, e ciò in virtù del principio dell'uguaglianza formale, è reso inoperante (per una certa compensazione) dalla constatazione che altri svantaggi reali, quali il lavoro monotono od il cumulo degli oneri professionali e familiari, toccano prevalentemente le donne e che tali fattori concorrono a causare i costi più elevati di malattia testimoniali dal genere femminile. Il fatto di non operare una distinzione, che il semplice principio della parità formale invece imporrebbe, costituisce una misura positiva, che il Consiglio federale giustifica proprio a causa della differente realtà per uomini e donne.

¹ FF 1986 I 935, 939, riflessione ribadita in FF 1993 I 987, 1000.

costituiscono per gli uomini né una discriminazione né un peggioramento della loro situazione giuridica ma semmai l'eliminazione di vantaggi e privilegi effettivi¹.

Il Consiglio federale ha infine di recente asserito che la "garanzia del diritto alla parità di trattamento di cui nel primo periodo dell'articolo 4 capoverso 2 Cost. vieta di prendere in considerazione il criterio del sesso. Tuttavia si ammettono eccezioni quando si tratta di promuovere l'uguaglianza di fatto ai sensi del secondo periodo dell'articolo 4 capoverso 2 Cost. E' allora necessaria la ponderazione degli interessi e, successivamente, l'interesse pubblico all'uguaglianza di fatto deve in ogni caso avere la meglio sul diritto individuale alla parità di trattamento. Se valutato troppo rigorosamente, il principio della proporzionalità impedisce qualsiasi possibilità d'adottare provvedimenti positivi e pertanto l'articolo 4 capoverso 2 Cost. sarà interpretato in modo troppo restrittivo. Se valutato con troppa indulgenza, rende legittimo qualsiasi pregiudizio al diritto individuale all'uguaglianza dei diritti e svuota completamente di contenuto il primo periodo dell'articolo 4 capoverso 2 Cost."². In relazione alla questione delle quote, oggetto dell'iniziativa, l'esecutivo concludeva che "la proporzionalità deve essere valutata in funzione delle circostanze e del tipo di provvedimento previsto. Sarà più facile giustificare l'adozione di quote se il tasso di rappresentanza delle donne ristagna su un livello basso e tende a regredire, piuttosto che se progredisce e si situa già su un livello di quasi parità" e che "tutte le quote non si assomigliano. La proporzionalità dovrà essere valutata in modo differenziato a seconda che le quote siano assolute e vincolanti oppure meno rigide e in funzione di altri fattori"³.

1 FF 1995 IV 809, 843. Tali parole venivano pronunciate nel Messaggio concernente la Convenzione del 1979 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, dove il Consiglio federale affermava pure che l'articolo 2 della Convenzione non contemplerebbe per la Svizzera, in caso di ratificazione, alcun obbligo che vada al di là degli obblighi contenuti nell'art. 4 cpv. 2 Cost. In virtù di detto art. 2, gli stati firmatari si impegnano, in particolare, a "prendere ogni misura adeguata, compresa le disposizioni di legge, per modificare o abrogare ogni legge, disposizione, regolamento, consuetudine o pratica che costituisca discriminazione nei confronti della donna". E' quindi, a contrario, più che lecito concludere che il Consiglio federale derivi, dall'art. 4 cpv. 2 Cost., la legittimità delle misure positive, almeno come misure adeguate per combattere consuetudini e pratiche discriminanti, esistenti nell'attuale realtà.

2 Messaggio sull'iniziativa popolare del 3 marzo: FF 1997 III 449, 466.

3 Ibidem.

Fondamentale, in questo contesto, è l'art. 3 cpv. 3 della Legge federale sulla parità dei sessi, primo testo di legge nazionale che menziona in maniera esplicita le misure positive, per sancirne la legittimità¹. Purtroppo, quanto si legge nel Messaggio a proposito di tale norma, denota la prudenza, che parrebbe ritrosia, con la quale le stesse vengono ammesse².

3.2.2. La giurisprudenza

Per quanto concerne la giurisprudenza della somma istanza federale, essa non si è ancora espressa sulla legittimità delle azioni positive, ma, implicitamente, parrebbe ammetterle in una sentenza, allorché afferma che il divieto di operare discriminazioni, quale principio di uguaglianza in senso formale, ed il dovere di realizzare le pari opportunità, quale principio di uguaglianza in senso materiale, si trovano, in un certo senso, in contraddizione, e fra i due deve essere trovato un certo equilibrio³. Ora, non si può comprendere questa contraddizione, se non ammettendo che, senza menzionarle esplicitamente, il Tribunale federale faccia comunque riferimento a misure concrete che prendono in considerazione il sesso

1 "Non costituiscono una discriminazione adeguati provvedimenti per la realizzazione dell'uguaglianza effettiva".

2 FF 1993 I 987, 1030: "Il capoverso 3 dell'articolo 3 deve intendersi come riserva. Non pregiudica la costituzionalità di eventuali misure positive adottate in via legislativa né costituisce una base legale che permetta di adottare tali misure. Si tratta soprattutto di evitare che le misure prese da un datore di lavoro per migliorare la rappresentanza femminile nell'impresa siano ritenute discriminatorie ai sensi dell'articolo 3". Da questa spiegazione sul significato del capoverso non si deduce alcunché di chiaro e certo. Esso "non pregiudica la costituzionalità di eventuali misure positive": ci mancherebbe altro, esso sembra invece dichiarare esplicitamente la loro legittimità. Tuttavia non è così, non rappresentando, a mente del Consiglio federale, la base legale che permetta l'adozione di misure positive. Da questa contraddizione bisogna allora concludere che esso legittimerebbe unicamente quanto il datore di lavoro ritiene opportuno fare di sua spontanea iniziativa all'interno della propria azienda? Se così fosse, vanno espressi seri dubbi sulla portata pratica che avrà tale disposizione.

3 DTF 116 Ib 264, 297. A tal proposito, cfr. la critica di AUER A. (1993) pag. 1343, il quale afferma come sia possibile, praticamente, far concordare le prime due frasi dell'art. 4 cpv. 2 Cost., senza dover quindi neppure parlare di una certa contraddizione fra le stesse, nel senso che ognuno dei due enunciati avrebbe come unico effetto quello di limitare un poco la portata dell'altro.

come criterio distintivo, privilegiando quello sfavorito dalle circostanze di fatto, con l'adozione di provvedimenti compensatori a suo favore¹.

In un'altra sentenza², il Tribunale federale affronta la questione della legittimità delle misure positive (definite quali misure di promozione specifiche relative ad un sesso), per rilevare, in primo momento, che né dal messaggio, né dai lavori parlamentari sarebbe possibile dedurre che l'art. 4 cpv. 2 faccia riferimento alle misure positive, ma senza misconoscere, più oltre, che il messaggio incarica il legislatore di realizzare gli obiettivi della parità. Il Tribunale federale conclude poi che proprio il caso esaminato costituisce un esempio che dimostra come un articolo sulla parità, interpretato esclusivamente nel senso di un divieto di discriminazioni, non è sufficiente alla realizzazione dell'uguaglianza effettiva³. Dal fatto che al legislatore incombe la promozione dell'uguaglianza e che il principio della parità in senso formale non può giungere, solo, alla realizzazione della parità effettiva dei generi, si dovrebbe derivare, affinché il ragionamento abbia una sua conclusione logica, la legittimità delle misure positive, quali interventi necessari - a causa della

1 La critica di MORAND C.-A. (1988) pagg. 99 seg. alla DTF 106 la 22, ed in particolare al considerando 5b della stessa - secondo cui il principio delle pari opportunità non significherebbe altro che uomini e donne debbono formalmente godere dei medesimi diritti -, è più che giustificata: in primo luogo, il Tribunale federale estrapola dall'intero messaggio una frase che, presa nel contesto globale, non risulta essere affatto così assoluta, come parrebbe invece nella decisione della somma istanza; in secondo luogo, il considerando sembra trascurare completamente i rapporti fra la prima e la seconda frase, e soprattutto il fatto che se le frasi sono due, e di ben diverso tenore, ciò avrà pure un significato.

2 Pubblicata in AJP 1992, pag. 252.

3 L'affermazione è lodevole e non trascurabile, anche se, nel caso concreto, come pertinentemente osserva AUER A. nel commento alla decisione (AJP 1992, pagg. 258 seg.), nella fattispecie si trattava piuttosto di un problema di parità formale, ed in particolare di una giusta considerazione di una differenza biologica rilevante. In una sentenza meno recente, il Tribunale federale asseriva che un'imposizione individuale dei coniugi avrebbe condotto ad una disparità di trattamento fra famiglie con il medesimo reddito, a dipendenza che lo stesso provenisse dall'attività di un solo coniuge o dei due - con un maggior carico per quella a reddito unico -; l'argomento che una tale normativa potesse, per contro, costituire una misura positiva, tendente a favorire all'interno della coppia sposata una suddivisione eguagliata dei compiti domestici ed extra domestici, eventualmente coperta dall'art. 4 cpv. 2 frase 2 Cost., e che quindi avrebbe militato a favore di una tale regolamentazione fiscale non fu affatto menzionato (DTF 110 la 7, 17).

carezza insita nel principio della parità formale - alla realizzazione dell'uguaglianza materiale¹.

3.2.3. La dottrina

Fra gli autori espressi in merito all'art. 4 cpv. 2 Cost., una minoranza ha finora dichiarato esplicitamente l'incostituzionalità delle misure positive. Sandoz afferma, per esempio, che l'art. 4 cpv. 2 non contiene affatto una legittimazione per l'adozione di misure positive, la questione della loro legittimità necessitando invece un ulteriore voto sulla Costituzione e, riferendosi alle azioni fra le stesse più citate e discusse, ossia le quote, le definisce, "volgeni statistiche", che violano il diritto della personalità, riducendo l'essere umano ad un puro numero, per apprezzarne le qualità².

Alcuni autori, discutendo dell'art. 4 Cost., si sono limitati al silenzio in merito, altri hanno invece menzionato il concetto di parità in senso materiale³. Altri infine hanno approfondito la questione della legittimità delle misure positive⁴. Fra questi, Auer sostiene che la Costituzione non obbliga il legislatore ad adottare misure positive, ma neppure glielo vieta⁵: egli ammette la legittimità delle stesse, sostenendo che il legislatore renderebbe semplicemente operante l'art. 4 cpv. 2 Cost., qualora egli arrivasse alla conclusione che la realizzazione della parità materiale necessita l'adozione di misure positive. Kaufmann afferma che l'art. 4 cpv. 2 Cost. non mira unicamente all'uguaglianza formale, bensì pure a quella materiale, effettiva, e che, per combattere la tradizionale situazione d'inferiorità della donna sono necessarie

1 Posteriormente alla conclusione della presente tesi, il Tribunale federale ha avuto modo di pronunciarsi sulla questione delle quote, dichiarando nulla un'iniziativa popolare del canton Soletta -iniziativa 2001- "Per una rappresentanza equiparata nei diritti delle donne e degli uomini nelle autorità cantionali": DTF 123 I 152.

2 Cfr. SANDOZ S. (1993) pag. 303; cfr. anche CAMPICHE A. (1986) nn 508 e 524.

3 Per la letteratura al proposito cfr. MUELLER G. (1990) pag. 308 nota 5.

4 Cfr. ROSSINELLI M. (1988) pag. 254 e riferimenti ivi citati.

5 Cfr. AUER A. (1993) pagg. 1337 e 1342.

misure di promozione a favore della stessa¹. Schwander-Claus, rilevando come la dottrina oggi dominante veda nell'art. 4 cpv. 2 frase 2 Cost. la necessaria base per la promozione del processo di uguaglianza sociale, afferma che detto articolo rappresenta il fondamento legale per l'adozione di misure particolari a favore del sesso largamente sotto rappresentato². Bigler-Eggenberger sostiene che misure positive quali le quote, la promozione nelle scuole e la facilitazione all'accesso a professioni maschili, si impongono³. Cossali, riferendosi alla dottrina dominante, rileva come la stessa concordi nel riconoscere all'art. 4 cpv. 2 Cost. il compito di realizzare, oltre la parità formale, quella materiale, e ne derivi generalmente la possibilità di adottare misure positive⁴. Müller asserisce che la Costituzione permette l'adozione di misure che abbiano lo scopo di promuovere l'uguaglianza effettiva dei generi⁵. Morand rileva che il mandato legislativo impone l'adozione di misure positive, tendenti, principalmente, ad eliminare la struttura ineguale del potere, struttura dovuta alla sotto rappresentazione delle donne ad ogni livello

1 Cfr. KAUFMANN C. (1993) pag. 167, dove essa sostiene come l'aumento dell'età AVS per le donne sia politicamente irrealizzabile, del momento che il principio della parità nell'età di pensionamento non è una questione che va giudicata indipendentemente dalla questione della realizzazione dell'uguaglianza in altri importanti settori sociali, e menziona, al proposito, la crassa sottorappresentazione femminile nelle posizioni professionali di quadro, il salario inferiore delle stesse od ancora la scelta lavorativa determinata in funzione del sesso. In questo senso, misure elettive di privilegio, debbono continuare e sussistere, almeno a titolo provvisorio, finché la parità non sarà raggiunta effettivamente in tutti i settori; la stessa (1988) pagg. 273 e 278.

2 Cfr. SCHWANDER-CLAUS M. (1995) pagg. 39 e 45.

3 Cfr. BIGLER-EGGENBERGER M. (1992) pag. 1360.

4 Cfr. COSSALI M. (1993) pag. 73; più oltre (cfr. pag. 79), essa rileva come, per contro, la Corte di giustizia delle Comunità europee non permetta la sussistenza di un'uguaglianza in qualche modo compensatoria, che riconosca, in altri termini, alle donne il mantenimento di privilegi in determinati settori con la motivazione che esse sono ancora ampiamente svantaggiate in molti altri ambiti.

5 Cfr. MUELLER G. (1990) il quale, in riferimento alla questione delle quote, afferma che tali misure devono tuttavia rispettare il principio della proporzionalità.

statale e sociale¹. Aubert sostiene che il lato positivo, la parte attiva, del mandato costituzionale contenuto all'art. 4 cpv. 2 frase 2 Cost. è costituito dall'obbligo di adottare misure concrete per promuovere l'uguaglianza². Rossinelli, infine, giustifica l'adozione di misure positive, nella misura in cui la semplice soppressione delle differenze giuridiche non può giungere alla realizzazione della parità dei generi³. Tutti gli autori che si esprimono a favore delle misure positive, non le giustificano comunque illimitatamente: le stesse devono infatti rispettare il principio della proporzionalità⁴, dovendo in particolare essere limitate nel tempo, nonché gli altri principi costituzionali, quali il principio generale della parità formale, che controbilancia la parità sostanziale, ed il principio particolare, in relazione alla problematica delle quote, della libertà di voto. Tuttavia, la problematica delle misure positive va ben al di là della semplice questione delle quote, siano esse rigide o meno. Rappresentano misure positive non problematiche, almeno dal punto di vista del principio di uguaglianza in senso formale, tutti quei provvedimenti che vogliono favorire la possibilità di meglio conciliare la vita professionale e quella familiare, quali la riduzione generalizzata del tempo di lavoro, la promozione di nuove forme di suddivisione di un posto di lavoro e l'incoraggiamento in tal senso, non solo per la manodopera femminile, ma pure per quella maschile⁵. Sempre non problematiche sono tutte le misure intese a promuovere un'effettiva uguaglianza nella formazione scolastica e professionale, nonché quelle che combattono vetusti stereotipi ancora attuali nella mentalità dell'intera società. Di più difficile

1 Cfr. MORAND C.-A. (1988) pagg. 86 seg., il quale parla di fondamentale contraddizione tra la parità in senso formale e la parità in senso materiale, dovuta ad una radicale differenza di approccio del principio d'uguaglianza in base a questi due punti di vista.

2 Cfr. AUBERT G. (1988) pag. 143.

3 Cfr. ROSSINELLI M. (1988) pagg. 261 e 270.

4 Cfr. LEUBA A. (1997) pagg. 343 seg. e riferimenti citati. L'autrice, riferendosi ad ARIOLI, afferma che non si può parlare di vera e propria contraddizione tra la prima e la seconda frase dell'art. 4 cpv. 2 Cost., poiché esse, avendo un significato diverso, sono da considerarsi complementari.

5 Nonché le "misure intese a favorire una più equa ripartizione dei ruoli tra uomo e donna o l'adozione di un divieto legale di discriminazione nei rapporti tra privati analogo a quello previsto nell'articolo 3 della legge federale del 24 marzo 1995 sulla parità dei sessi": FF 1997 III 449, 464.

accettazione sono invece i trattamenti "privilegiati"¹ della donna, ancora esistenti nell'attuale legislazione, quali per esempio la diversa età di pensionamento o la protezione speciale consacrata dalla Legge sul lavoro. In simili casi, si deve condividere quanto ritiene Kaulmann², ossia che la questione non va esaminata unicamente dal punto di vista della parità formale, ma in un contesto più globale di parità effettiva fra i sessi nel mondo del lavoro: solo allorquando uomini e donne godranno dell'uguaglianza delle opportunità, una parità legale formale sarà pienamente giustificata. Per quanto concerne la questione delle quote, le stesse possono essere più o meno rigide, permettere maggiori o minori eccezioni, o non consentirne punto. In questo caso, l'esame della legittimità è principalmente quello di debitamente conciliare i due aspetti della parità - formale e materiale - e di adottare misure adeguatamente proporzionali. Non può essere a priori escluso che anche una quota rigida, limitata nel tempo, ossia un accantonamento totale del principio della parità formale rispetto a quello della parità materiale, si riveli giustificato³. Tutto dipende da una scelta, politica, di quali siano gli obiettivi ed i tempi dati alla realizzazione dell'uguaglianza effettiva da parte di una comunità determinata.

La discussione relativa alla legittimità delle misure positive, eventualmente ai limiti necessari alle stesse - soprattutto per quel che concerne uno dei suoi problemi più controversi, ossia quello delle quote - ha di recente riacquisito attualità, in seguito ad una sentenza della Corte di giustizia delle comunità europee in un caso che concerneva la Germania, la ben nota sentenza Kalanke.

1 La protezione speciale delle donne di cui all'attuale Legge sul lavoro può spesso rivelarsi uno svantaggio per le effettive opportunità professionali delle stesse.

2 Cfr. pagina precedente.

3 Infatti, "le quote di rappresentanza secondo il sesso come anche i provvedimenti intesi a privilegiare le candidature femminili costituiscono unicamente una fase di transizione necessaria per realizzare una situazione di pari opportunità e l'uguaglianza effettiva": FF 1997 III 449, 465. Del resto, quote di rappresentanze esistono da quando esiste la Confederazione, in funzione dei partiti, dei cantoni, della lingua. Relativamente a quest'ultimo criterio di differenziazione, si sa per esempio che negli ultimi anni l'amministrazione federale ha, almeno sulla carta, inteso promuovere l'assunzione di persone appartenenti alle minoranze linguistiche (cfr. la frase corrente ne "Il Posto", bollettino dei posti vacanti nell'amministrazione federale: "sono particolarmente gradite le candidature latine").

3.2.4. La sentenza Kalanke e la dottrina svizzera relativa

Il 17 ottobre 1995, la Corte di giustizia delle comunità europee ha dovuto pronunciarsi, a titolo pregiudiziale, sull'interpretazione da dare all'art. 2, §§ 1 e 4 della direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa alla realizzazione del principio della parità di trattamento fra uomo e donna in merito all'accesso all'impiego, alla formazione ed alla promozione professionale e alle condizioni di lavoro¹. Si trattava, in particolare, di determinare se tali disposizioni comunitarie si opponessero ad una regolamentazione nazionale che prevedeva, nei settori nei quali il sesso femminile era sotto rappresentato - costituiva in altre parole meno del 50% dell'effettivo della relativa categoria -, la preferenza di una candidatura femminile, rispetto a quella maschile, in caso di promozione e qualora i candidati dei due sessi potessero vantare un'uguale qualifica professionale. Preliminarmente, la Corte rilevava che la promozione nell'ambito professionale era compresa nel campo d'applicazione della direttiva e che l'automatismo con il quale una donna era preferita ad un uomo, a parità di qualifiche, nei settori in cui il sesso femminile fosse sotto rappresentato costituiva una discriminazione fondata sul sesso. Poste queste premesse, si trattava di verificare se la discriminazione non fosse tuttavia giustificata dall'art. 2 § 4. Siccome quest'ultima disposizione sancisce un'eccezione ad un diritto individuale, pure garantito dalla direttiva, essa va interpretata in maniera restrittiva, ciò che ha condotto la Corte a concludere che la regolamentazione nazionale sottoposta oltrepassava i limiti dell'art. 2 § 4 della direttiva ed era di conseguenza contraria alla stessa. La Corte aggiungeva inoltre, a sostegno della conclusione a cui era pervenuta, che il sistema di quote sottoposte sostituiva all'azione necessaria per promuovere le pari opportunità il risultato, al quale solo la realizzazione effettiva dell'uguaglianza delle opportunità avrebbe potuto condurre.

La decisione è stata accolta positivamente da Hangartner², il quale ritiene che è incompatibile con il principio della parità dei sessi, costituente un diritto individuale, il preferire sistematicamente una donna ad un uomo, fino al raggiungimento di un

1 Il § 1 vieta qualsiasi discriminazione, diretta od indiretta, in virtù del sesso, in particolare con riferimento allo stato civile o familiare. Il § 4 prevede che la direttiva non si oppone a misure che tendono alla realizzazione delle pari opportunità fra uomini e donne, in particolare eliminando le disparità che esistono, di fatto, a scapito delle donne.

2 Cfr. HANGARTNER Y. (1995) pagg. 1556 a 1558.

determinato quoziente prestabilito di rappresentazione femminile. In particolare, lo stato non è legittimato ad introdurre un sistema di quote, che preveda una partecipazione equivalente dei due sessi, poiché tramite un tale sistema si tende ad imporre una struttura ed un modello sociale, che prevede una rappresentanza equivalente dei sessi. Ciò non corrisponderebbe al principio concreto di uguaglianza dei sessi, sancito dall'art. 4 cpv. 2 Cost., spettante ad ogni singolo uomo e ad ogni singola donna, ma perseguirebbe la parità di due gruppi, di due collettività.

Di tutt'altro avviso, in merito alla decisione Kalanke, sono Epiney e Refaeil, le quali criticano le considerazioni alla base del giudizio, precisando poi che esso non può essere ripreso tale quale in Svizzera¹. Censurando dapprima come poco comprensibile l'argomentazione, secondo cui l'art. 2 § 4 della direttiva perseguirebbe unicamente la promozione delle pari opportunità senza peraltro voler assicurare un risultato, esse passano in rassegna ogni motivazione del giudizio, per distruggerle, ad una ad una, con argomenti plausibili e piuttosto convincenti.

Senza voler addentrarsi nella problematica delle quote, va rilevato che giustamente Epiney e Refaeil criticano le argomentazioni poste alla base della decisione della Corte: il problema, più che essere giuridico, è infatti politico. La questione della proporzionalità è sempre una questione di opinione e non ha limiti chiaramente definiti, ma contorni variabili. Del resto, le eccezioni, legalmente permesse, alla parità formale non sono legalmente limitate ed ogni misura positiva rappresenta una disparità di trattamento fra uomo e donna. La domanda centrale è: fin dove si vuole giustificare un'eccezione all'uguaglianza formale al fine di realizzare la parità effettiva? E qual'è l'urgenza di giungere all'uguaglianza materiale, premessa indispensabile perché quella formale non sia nei fatti discriminatoria? Inoltre, non si vede come il principio individuale della parità dei sessi si possa realizzare, se non mediante una precedente modifica della situazione dell'intero sesso femminile, inteso come gruppo.

¹ Cfr. EPINEY A./REFAEIL N. (1996) pagg. 181 segg. Le eutrici si oppongono quindi a quanto asseriva Hangartner, ossia che il giudizio della Corte riproducesse una convinzione giuridica generale, ed affermano che l'art. 4 cpv. 2 Cost. contiene il mandato di promuovere la parità dei sessi di fatto, senza peraltro distinguere tra le misure a tal fine ammesse e quelle invece illegittime (pag. 186). Cfr. anche la critica di KLETT K. (1997) pagg. 56 seg.

Attualmente le autorità federali stanno discutendo dell'opportunità della ratifica di uno strumento internazionale fondamentale per la promozione della parità dei sessi, il quale contiene pure alcune disposizioni riferentesi alla questione delle misure positive.

3.2.5. La Convenzione del 1979 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna

Nel 1995, il Consiglio federale ha proposto all'Assemblea federale l'approvazione della Convenzione delle Nazioni Unite del 18 dicembre 1979 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna¹: la Convenzione è stata quindi ratificata ed è entrata in vigore per la Svizzera il 26 aprile 1997. Essa "non soltanto vieta qualsiasi discriminazione della donna, ma impegna anche gli Stati contraenti ad adottare attivamente misure volte a raggiungere la parità tra uomo e donna, in particolare sul piano politico, sociale, economico, culturale e civile. La Convenzione tiene dunque conto del fatto che la parità formale e giuridica tra uomo e donna non basta ad eliminare gli svantaggi sociali ed economici"² e "presenta la peculiarità di prevedere un disposto sui provvedimenti positivi. L'articolo 4 autorizza gli Stati ad adottare provvedimenti temporanei al fine di accelerare la realizzazione di un'effettiva parità tra uomo e donna. Siffatti provvedimenti correttivi sono ammissibili fino a quando sussistono disparità. La Convenzione va dunque ben oltre il concetto di parità formale. Del resto, con una raccomandazione generale il Comitato per l'eliminazione della discriminazione nei confronti della donna, incaricato di seguire l'applicazione della Convenzione del 1979, ha invitato gli Stati parte a usare maggiormente le misure temporanee speciali quali i provvedimenti positivi, i trattamenti preferenziali o le quote per migliorare l'integrazione delle donne"³. Essa comprende, oltre al preambolo, 30 articoli di carattere prevalentemente programmatico⁴. L'articolo 1 definisce come

1 FF 1995 IV 809. Cfr. anche HAUSAMMANN C./SCHLAEPPI E. (1995) pagg. 32 segg.

2 FF 1995 IV 809, 827.

3 FF 1997 III 449, 498.

4 Donde il Consiglio federale ricava la non applicabilità della maggior parte degli articoli; self-executing sono l'art.9 (acquisto e perdita della cittadinanza) e l'art. 15 (parità di diritti, uguale esercizio dei diritti civili e processuali, diritto alla libera circolazione e alla scelta della propria residenza),

discriminazione nei confronti della donna "ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza, o come scopo, di compromettere o distruggere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, da parte delle donne quale che sia il loro stato matrimoniale, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo, su una base di parità tra l'uomo e la donna". L'articolo 2 rappresenta la "disposizione centrale della Convenzione, in quanto illustra dettagliatamente l'obbligo fondamentale degli Stati parte di eliminare le forme di discriminazione della donna descritte all'articolo 1"¹. I primi 16 articoli descrivono le condizioni discriminatorie ed impegnano gli Stati ad impedire qualsiasi discriminazione nei settori menzionati², nonché ad avviare misure adeguate al fine di stabilire una partecipazione completa e paritaria delle donne in tutti gli ambiti sociali³; di particolare interesse è l'art. 11 cpv. 2, che invita gli Stati ad adottare tutte le misure appropriate per permettere una migliore coordinazione tra lavoro e maternità⁴. La Convenzione estende "la sua protezione alle misure speciali, ossia i trattamenti di favore per la realizzazione della parità effettiva tra uomo e donna, nella misura in cui rimangano temporalmente limitate al raggiungimento dello scopo. Infine, gli Stati parte sono invitati a prendere misure contro una suddivisione dei ruoli discriminante tra uomo e donna e ad adottare misure adeguate per reprimere il traffico e lo sfruttamento della prostituzione femminile"⁴. La parte quinta⁵ contiene le disposizioni relative alla procedura di controllo dell'applicazione della

potrebbero esserlo pure l'art. 7 (vita politica e pubblica) e l'art. 16 (matrimonio e famiglia): FF 1995 IV 809, 832 segg. Cfr. anche LEUBA (1997) pag. 366 e quanto menzionato relativamente all'applicabilità diretta delle norme di cui al Patto I dall'ONU (più oltre, 8.1.1).

1 FF 1995 IV 809, 835.

2 Nella vita politica e pubblica del Paese (art. 7), per il diritto di cittadinanza (art. 9), nell'educazione (art. 10), nell'impiego, nella sicurezza sociale e nella sanità (artt. 11 e 12), in altri campi della vita economica e sociale (art. 13), in materia di capacità giuridica in campo civile (art. 15), nel matrimonio e nei rapporti familiari (art. 16); la parità della donna va assicurata anche nelle zone rurali (art. 14).

3 Cfr. LEUBA A. (1997) pag. 368.

4 FF 1995 IV 809, 827 seg.

5 Artt. 17 a 22.

Convenzione, mentre la sesta¹ disposizioni diverse, tra cui la riserva del diritto nazionale od internazionale più favorevole a realizzare l'uguaglianza tra l'uomo e la donna².

Con la ratifica di questo strumento si è quindi dissipato ogni e qualsiasi dubbio attualmente ancora avanzato, non solo sull'opportunità, ma pure sulla legittimità, sulla legalità perlomeno temporanea delle misure positive, dal momento che l'art. 4 della Convenzione prevede, testualmente, che "l'adozione, da parte degli Stati, di misure temporanee speciali, tendenti ad accelerare il processo di instaurazione di fatto dell'eguaglianza tra gli uomini e le donne non è considerato atto discriminatorio, secondo la definizione della presente Convenzione, ma non deve assolutamente dar luogo al permanere di norme ineguali o distinte; suddette misure devono essere abrogate non appena gli obiettivi in materia di uguaglianza di opportunità e di trattamento siano raggiunti"³.

D'altro canto, anche tale strumento, che può essere considerato, nel suo insieme piuttosto progressista, almeno per la realtà elvetica, ha una pecca fondamentale: il metro con il quale è misurata la parità è e rimane maschile: esigenze particolari del genere donna, determinate da situazioni di vita specificatamente femminili nelle quali la dignità umana è minacciata, restano escluse, od al margine⁴.

1 Arti. 23 a 30.

2 Per queste due parti, cfr. HAUSAMMANN C./SCHLAEPPI E. (1995) pagg. 39 segg.

3 Capoverso 1 dell'articolo 4.

4 Cfr. HAUSAMMANN C./SCHLAEPPI E. (1995) pag. 38. Le autrici citano l'esempio, determinante ancora per un importantissimo gruppo di donne, del legame della sicurezza sociale al salario conseguito mediante l'esercizio di un'attività lucrativa, mentre l'attività non remunerata rimane irrilevante. La necessaria modifica strutturale dell'ordinamento della sicurezza sociale resta, in gran misura, ancora da farsi. La Convenzione, inoltre, abborda unicamente in maniera indiretta la problematica della violenza nei confronti delle donne.

Capitolo IV: L'ARTICOLO 4 CAPOVERSO 2 TERZA FRASE DELLA COSTITUZIONE FEDERALE - UOMO E DONNA HANNO DIRITTO AD UNA RETRIBUZIONE UGUALE PER UN LAVORO DI UGUALE VALORE

1. Significato generale e ripercussioni

Una premessa è d'obbligo: pensare al salario, ad un capitale, non costituisce un approccio solo venale. Il denaro, quale mezzo e non fine, rappresenta, nella nostra società, uno dei primi metri per il riconoscimento del valore di una persona da parte dei suoi simili, un criterio utilizzato per misurare il peso ed il potere di una persona e comunque, sempre, al di là di ogni ideologia individuale, una necessità per condurre una vita degna, ossia non unicamente finalizzata al soddisfacimento dei primordiali bisogni di sopravvivenza. Ciò va considerato come un dato di fatto, al di là della scala dei valori personale e di un qualsivoglia giudizio morale.

In virtù del messaggio del Consiglio federale, la terza frase "garantisce, contrariamente alla seconda frase, un diritto individuale a un salario uguale per un lavoro di eguale valore. Questo diritto va rispettato sia in diritto pubblico sia in diritto privato"¹.

Secondo la giurisprudenza, che si appoggia sulla dottrina dominante², la disposizione è direttamente applicabile, tanto nei rapporti di lavoro fondati sul diritto pubblico, quanto in quelli fondati sul diritto privato: il diritto alla parità di trattamento fra uomo e donna in materia salariale può essere fatto valere direttamente davanti ad un tribunale ed il giudice è chiamato ad attuarlo senza attendere che il

¹ FF 1980 I 65, 142.

² In disaccordo con questa giurisprudenza cfr., per esempio, SANDOZ S. (1993) pagg. 305 seg., la quale ritiene che la disposizione non sia direttamente applicabile nei rapporti tra privati, in assenza di una legislazione d'applicazione. Detta motivazione, già allora criticabile, non ha attualmente più alcuna ragione d'essere, essendo nel frattempo entrata in vigore la legislazione d'applicazione ritenuta mancante, ossia la LPar.

legislatore dia seguito al mandato conferitogli dall'art. 4 cpv. 2 seconda frase¹. La parità va riferita ad ogni forma di remunerazione, in contanti o in natura, che la stessa sia versata in relazione al tempo di lavoro od al risultato, materiale (lavoro a cottimo) o finanziario (provvigione, partecipazione al risultato dell'esercizio)², e comprende la gratificazione, se vi è un diritto alla stessa³, nonché l'assegno per figli⁴ e l'indennità per economia domestica^{5,6}. Il principio della parità salariale si oppone inoltre pure ad ogni forma di discriminazione retributiva in ragione del sesso, sia essa diretta (aperta), sia essa indiretta (occulta)⁷, senza che sia, per

1 DTF 118 la 35, DTF 117 la 270, e, in particolare, DTF 113 la 107, dove il Tribunale federale espone, dopo aver operato un'ampia panoramica sull'abbondante dottrina, la portata dell'art. 4 cpv. 2 frase 3 Cost. La giurisprudenza è, al riguardo, chiara e costante.

2 Cfr. AUBERT G. (1988) pag. 161.

3 Cfr. AUBERT G. (1988) pag. 161.

4 RDAT 1988, no. 84, pag. 252.

5 RDAT 1989, no. 20, pag. 57, in particolare pag. 59: "l'indennità per economia domestica può essere considerata parte integrante dello stipendio (...). Anche se non è direttamente correlata al valore intrinseco della prestazione lavorativa, al pari dell'assegno per i figli configura infatti un vantaggio economico accordato dal datore di lavoro al proprio dipendente in funzione dell'esistenza del rapporto d'impiego e di un presupposto attinente alla situazione personale del dipendente".

6 Per quanto concerne la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee in relazione a ciò che debba intendersi con il concetto di "retribuzione", cfr. GIALDINO (in: Pari e dispari 1993, pag. 22 segg., il quale, nella contribuzione intitolata "Recenti sviluppi della giurisprudenza comunitaria in tema di parità uomo donna" riporta considerazioni interessanti soprattutto in merito alle prestazioni successive allo scioglimento del rapporto di lavoro, quali le prestazioni previdenziali).

7 Messaggio sulla LPar: FF 1993 I 987, 1021: è data, verosimilmente, discriminazione indiretta "quando un criterio, apparentemente neutrale, penalizza in proporzioni chiaramente maggiori gli appartenenti all'uno o all'altro sesso".

contro, necessaria l'esistenza di una volontà discriminatoria da parte di chi la commette¹.

Stando alle constatazioni del Consiglio federale, espresse posteriormente all'adozione dell'art. 4 cpv. 2 Cost., le ripercussioni del disposto costituzionale sono finora state veramente irrilevanti, rari essendo i casi in cui i tribunali dovettero pronunciarsi sulla parità dei salari fra uomo e donna². "A dispetto dell'applicabilità diretta, il principio costituzionale della parità salariale tra uomo e donna ha suscitato pochi casi di giurisprudenza e non ha eliminato le disparità sussistenti"³.

Sia a livello nazionale che sul piano internazionale⁴ - come nel nostro paese, sul piano internazionale vale il principio del diritto ad un salario uguale per un lavoro di pari valore - si constatano le lacune e la non realizzazione del principio. E nulla indica che le discriminazioni siano in diminuzione, se è vero che "nel corso degli anni Ottanta la differenza salariale fra uomo e donna non è affatto diminuita nei Paesi industrializzati e in alcuni di essi si è addirittura accentuata"⁵.

1 DTF 113 Ia 107. FF 1993 I 987, 1029: "l'illiceità di una misura discriminante non dipende dunque dall'esistenza di un'intenzione discriminatoria del datore di lavoro".

2 Rapporto sul programma legislativo "Uguaglianza dei diritti tra uomo e donna": FF 1986 I 935, 960.

3 FF 1993 I 987, 990. Cfr. anche MAHRER I. (1993) pag. 221, la quale cita il rapporto finale dell'ottobre 1988 del gruppo di lavoro "uguaglianza di salari", istituito dal Dipartimento federale di giustizia e polizia. Per giungere alla medesima conclusione, lo stesso rapporto è menzionato anche da KAUFMANN C. (1993) pag. 1350.

4 Cir. BERENSTEIN A. (1988) pag. 55, il quale cita un rapporto del 1977 dell'UIL ed una relazione della CIL del 1985, secondo la quale lo scarto salariale sarebbe andato aumentando negli ultimi anni.

5 FF 1993 I 987, 990.

2. I motivi obiettivi che possono giustificare una differenza salariale

Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, una differente retribuzione tra uomo e donna non viola il principio della parità salariale se è fondata su motivi obiettivi suscettibili di giustificare una deroga al principio¹. Rappresentano simili motivi per esempio l'età, l'anzianità di servizio, gli obblighi familiari, l'esperienza, la qualifica, la formazione, i rischi e via dicendo. Ovviamente, tali criteri possono, in un caso concreto, giustificare una deroga al principio generale, unicamente se sono richiesti, o comunque utili, per il lavoro da svolgere². A questo argomento non v'è da obiettare alcunché. Va comunque subito precisato che, se applicato troppo estensivamente, esso può dar luogo ad interpretazioni che, oltrepassando quanto è giustificato nelle circostanze concrete, si rivelano abusive e quindi ancora una volta discriminatorie. In altre parole, pertanto, ammettendo un'eccezione pur giustificata al principio della parità, v'è il pericolo che quest'eccezione diventi in qualche modo la regola e che la sua legittimità non venga più esaminata ed applicata con il dovuto riserbo.

Secondo quanto afferma il Consiglio federale, "il carattere discriminatorio di una misura scompare se è giustificata obiettivamente. Tale può essere il caso di un criterio imposto dal tipo di lavoro, con la conseguenza di svantaggiare tendenzialmente le donne rispetto agli uomini. Lo stesso dicasi di un criterio che risponda a uno scopo legittimo di politica sociale e sia quindi senza alcun rapporto con la ripartizione dei ruoli fra i sessi. In questo campo è tuttavia d'uopo cautela poichè dietro all'apparenza obiettiva può celarsi un pregiudizio sessista. A tale proposito il giudice non deve limitarsi a considerare l'invocazione d'un motivo, ma procedere piuttosto alla valutazione degli interessi presenti in base al principio della proporzionalità. Se lo scopo perseguito è obiettivamente giustificato, anche il criterio impiegato deve essere necessario e adatto a raggiungerlo, senza poter

1 Cf., a titolo d'esempio, DTF 118 la 35, 117 la 270, 113 la 107.

2 DTF 117 la 270.

ragionevolmente esigere dal datore di lavoro la scelta di un criterio meno discriminatorio o l'adozione di misure per ridurre la discriminazione"¹.

3. Dai motivi obiettivi alla discriminazione indiretta

Nell'allinearsi alla prudenza del Consiglio federale in merito all'ammissione di motivi oggettivi che possono, eccezionalmente, legittimare una differente remunerazione, va di nuovo richiamata la questione delle discriminazioni indirette. Va ricordato che la stessa si verifica allorché formalmente ci si direbbe in presenza di un trattamento paritario, tuttavia l'adottato "criterio, apparentemente neutrale, penalizza in proporzioni chiaramente maggiori gli appartenenti all'uno o all'altro sesso"²; in ossequio a quanto detto sui motivi obiettivi, va precisato inoltre che il criterio adottato deve riguardare requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa in questione. E' chiaro come il concetto di motivi obiettivi rilevanti per la valutazione della fattispecie si presti ad interpretazioni estensive e contenga in sé il pericolo di giustificare differenziazioni, che, alla luce del principio della parità salariale, non dovrebbero invece essere ammesse. L'esigere una remunerazione indifferenziata, che prescindendo per esempio dal passato formativo dell'individuo, può apparire ingiusto. D'altro canto, l'esame della rilevanza concreta dell'esperienza e del peso che alla stessa va dato quale motivo oggettivo rappresenta in ultima analisi ancora una valutazione soggettiva, soggetta di nuovo alla possibilità d'operare, seppure anche inconsciamente, una discriminazione. Fino a dove ci si può spingere con il concetto di circostanze obiettive, altamente indeterminato e soggettivamente determinabile?

A titolo d'esempio va citata la sentenza "Molière" del Tribunale federale³, nella quale viene considerato circostanza obiettiva, che autorizza un'eccezione al principio dell'uguaglianza di retribuzione, l'"obbligo di sostituire senza indugio, e nei limiti di un determinato preventivo, un'attrice teatrale semi professionista ritiratasi all'ultimo momento". Un motivo estraneo sia al sesso del lavoratore, che

1 FF 1993 I 987, 1028. Cfr. anche COSSALI M. (1993) pagg. 69 segg., la quale nota come anche la Corte di giustizia delle Comunità europee esige che i motivi invocati per giustificare l'adozione di un criterio non siano solo obiettivi, ma pure necessari.

2 FF 1993 I 987, 1021.

3 DTF 113 Ia 107.

alla sua persona, alle sue prestazioni ed alla sua esperienza, e tuttavia ancora compatibile con il principio di uguaglianza, potrebbe essere rappresentato, per la massima istanza giudiziaria federale, dalla situazione congiunturale del momento, la quale può avere un'influenza in occasione del reclutamento di nuovo personale: differenze salariali dovute all'evoluzione della congiuntura sono, di principio ed almeno temporaneamente, compatibili con il principio della parità salariale. Tuttavia, è necessaria una certa prudenza in tal senso; in particolare, incombe al datore di lavoro che invoca tali motivi di dimostrare l'esistenza e di sopportare le conseguenze di un'insufficienza probatoria. Così, premettendo che una differenza di salario fra attori professionisti ed attori semi professionisti era comunque da considerarsi giustificata, il Tribunale federale ha confermato la legittimità della disparità nella fattispecie, a causa delle particolari circostanze del caso: il datore di lavoro dovette rimpiazzare d'urgenza un'attrice semi professionista con una professionista, nei limiti di un budget già in precedenza strattamente fissato, con la conseguenza che l'attrice professionale percepì un salario inferiore rispetto a quello dei suoi colleghi uomini, anch'essi professionisti.

Le critiche formulate dalla dottrina, femminile, alla sentenza sono più che pertinenti. Censurabile è già il fatto che, oltre ai motivi obiettivi, il Tribunale federale ammette pure; a giustificazione di una disparità di trattamento, circostanze obiettive¹. Rappresentano motivi obiettivi le rispettive qualità e qualifiche del lavoratore e della lavoratrice, nonché le loro prestazioni lavorative, così come l'attività ch'essi svolgono in concreto. Circostanze obiettive sono invece costituite da fatti del tutto estranei sia alla persona che presta attività, sia all'attività stessa, come nella fattispecie sottoposta a giudizio, lo era appunto il budget. Non si vede per quale ragione le donne (o fu solo un caso il fatto che allora la discriminazione avvenne a scapito di un'attrice e non di un attore?) dovrebbero sopportare, solò, eventuali errori di calcolo e di previsione del datore di lavoro, e non poter pretendere, perlomeno, che un ammanco, eccezionalmente inevitabile, sia ripartito fra tutti i lavoratori. Una seconda critica avanzata dalla dottrina alla sentenza del Tribunale federale censura il fatto che il datore di lavoro in questione aveva operato, già a monte delle retribuzioni individuali, una discriminazione indiretta: nel distinguere fra attori professionisti ed attori semi professionisti (gruppo rappresentato unicamente da persone del gentil sesso), egli non aveva fatto altro che creare una classe salariale debole, inferiore rispetto a tutti gli altri e della quale facevano parte

1 Cfr. MAHRER I. (1989) pagg. 43 e 44.

unicamente le lavoratrici¹. Il Tribunale federale avrebbe accettato acriticamente la presenza di motivi obiettivi giustificanti una differenza salariale importante - i professionisti furono retribuiti con un salario doppio rispetto a quello spettante alle semi professioniste -, senza neppure esaminare se i motivi invocati per operare tale disparità fossero effettivamente validi, in considerazione delle particolarità dell'attività teatrale², e neppure se, anche ammettendo la validità del criterio distintivo, questo potesse giustificare una sì importante differenza di retribuzione. Nella sentenza, che costituiva un'occasione d'oro a tal fine, il Tribunale federale non si è neppure chinato sulla questione delle discriminazioni indirette per esaminare quindi se la distinzione operata fra attori professionisti e semi professionisti fosse effettivamente giustificata o non mascherasse, al contrario, una discriminazione indiretta³. Soprattutto in un caso, come quello sottoposto al giudizio, in cui la differenziazione, formalmente asessuata, neutrale, ha come risultato quello di suddividere i lavoratori in due classi salariali, la più debole della quale è formata da sole donne, dovrebbe affacciarsi il sospetto di una discriminazione occulta. La legittimità del criterio adottato per operare la distinzione andrebbe quindi attentamente esaminata, sia dal punto di vista della sua necessità, sia da quello della sua reale rilevanza, e non accettata, senza alcuna osservazione, a motivo che tale criterio rappresenta una ragione obiettiva, richiesta, o comunque utile, per l'attività da svolgere.

4. Come combattere la discriminazione Indiretta

Per giungere al risultato di concedere alla lavoratrice il diritto al medesimo salario del lavoratore, allorché le prestazioni richieste siano uguali o di pari valore, i sistemi di classificazione professionale che vengono adottati per la determinazione delle retribuzioni debbono impiegare criteri comuni per uomini e donne. Deve inoltre essere prestata particolare attenzione, nell'intento di vietare qualsiasi discriminazione fra uomini e donne, all'uguaglianza nell'attribuzione delle qualifiche, delle mansioni e nella progressione della carriera, tutte problematiche che si riflettono direttamente sul salario.

1 Cfr. COSSALI M. (1993) pagg. 69 segg., MAHRER I. (1989) pagg. 40 segg.

2 Cfr. MAHRER I. (1989) pagg. 40 e 41.

3 Cfr. COSSALI M. (1993) pag. 68.

Apparentemente di facile comprensione, questi principi si rivelano, nella loro applicazione pratica, di difficile attuazione. Spesso la loro violazione è divenuta talmente acquisita e fatta propria pure dalle persone direttamente toccate, che non ci si rende neppure conto dell'esistenza di una discriminazione, se non dopo aver operato una profonda riflessione sulle motivazioni che stanno alla base delle retribuzioni. "Il sistema attualmente in uso, condiviso e praticato da sindacato e imprese, si è consolidato in modo tale per cui, nella contrattazione sull'inquadramento unico, si continua a dare minore valore alle mansioni svolte da donne e un maggior valore a quelle svolte da uomini. Questo a prescindere da un'analisi attorno al valore professionale reale dei compiti"¹.

4.1. Lavoro uguale e lavoro equivalente

La nozione di lavoro di uguale valore è più ampia di quella di lavoro uguale, poiché oltrepassa i confini dei lavori della medesima natura, implicando il criterio dell'equivalenza che si raffrontino fra loro attività di natura diversa². Al di là di quest'affermazione, chiara ed accettata, resta comunque arduo comparare due attività fra loro dissimili. Ed è chiaro come il concetto stesso dell'equivalenza, che risulta da una valutazione e non solo da un'osservazione oggettiva, presti il fianco a numerose possibilità di accettare come giustificate pratiche discriminatorie. È fondamentale che, per eseguire un raffronto fra le attività più disparate, vengano adottati criteri oggettivi, che rispondano alle seguenti questioni: fino a che punto due attività possono differire e tuttavia essere considerate di pari valore?³ In quali casi si può ammettere la presenza di un lavoro comparabile? Come vanno valutate prestazioni e compiti diversi eseguiti da due diverse persone?

1 Cfr. BATTISTONI/GILARDI (in AAVV: *Pari e dispari* 1993) pagg. 134 e 135, i quali, a titolo d'esempio di attitudini e qualità tipicamente femminili, sottovalutate ai fini dell'inquadramento retributivo, ma spesso non trascurabili, almeno in determinate professioni industriali, citano l'attenzione visiva, la percezione tattile, la velocità e la precisione. Altri esempi indicati di sotto valutazione di qualità tipicamente femminili sono riscontrabili nel settore socio-sanitario, dove, per esempio, caratteristiche indispensabili ad un buon rapporto fra personale e paziente, che lavoriscono poi anche la cura, e tipicamente femminili, non vengono in alcun modo considerate.

2 FF 1993 I 967, 1028.

3 Cfr. KAUFMANN C. (1995) pag. 152.

Si pone quindi la questione di sapere se la valutazione della prestazione richiesta dall'attività debba essere astratta o piuttosto concreta, ossia riferita al lavoro effettuato dal singolo individuo, ciò che, sebbene a prima vista sembri la migliore soluzione, può rivelarsi praticamente irrealizzabile.

La valutazione del lavoro ed il raffronto di un'occupazione con un'altra, eventualmente in un ambito completamente diverso, rappresenta la difficoltà maggiore per la realizzazione dell'effettiva parità salariale, dal momento che, ancora attualmente, uomini e donne si trovano, per la maggior parte, a svolgere compiti essenzialmente diversi, motivo per cui raramente ci si troverà di fronte ad un lavoro uguale: la questione sarà invece più spesso quella di paragonare il valore di due lavori di diversa natura¹. Del resto, un simile problema non è tipico all'attuale situazione svizzera, ma è già stato segnalato in molti paesi².

4.2. Valutazione del lavoro, significato del concetto di lavoro di pari valore e metodo analitico di valutazione

Diversi metodi sono finora stati adottati, per cercare di giungere ad una soluzione pratica e soddisfacente del problema della valutazione di occupazioni molto diverse tra loro. Alcuni di essi, se non fosse per la serietà del problema, potrebbero apparire comici, nella loro assurdità.

Così, per esempio, in alcuni casi è stato valutato il rendimento complessivo del gruppo maschile da una parte e di quello femminile dall'altra in lavori di natura simile e quindi determinata la media di ciascun gruppo, in base alla quale sono poi stati fissati tassi differenziati di retribuzione per uomini e donne³. Non è necessario esprimere alcun commento per dimostrare come questo metodo si riveli profondamente ingiusto.

1 Cfr. Evaluation du travail et discrimination salariale des femmes - Un rapport - éd. Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Berne 1991: è particolarmente difficile effettuare raffronti, dal momento che, nel mondo del lavoro, si persiste ad operare una distinzione netta tra attività tipicamente femminili ed attività tipicamente maschili (pag. III).

2 Cfr. STOECKLI J.-F. (1993) pag. 1361.

3 Cfr. BERENSTEIN A. (1988) pag. 51.

Un secondo tentativo, altrettanto maldestro, per tentare di arrivare ad una valutazione obiettiva del lavoro e ad una conseguente remunerazione obiettiva della prestazione, è costituito da quello che consiste a distinguere i tassi salariali in funzione del costo di produzione per il datore di lavoro, ciò che consente di considerare alcuni fattori, relativi alla manodopera femminile, che apparentemente accrescerebbero i costi di produzione per l'impresa, quali il divieto di lavoro notturno, la più breve durata della vita professionale, l'assenteismo o ancora la protezione della maternità¹. Anche questo metodo si rileva altamente ingiusto e discriminatorio, poiché non indaga sulle cause di questi costi - alcuni dei quali già in sé discutibili -, in parte dovuti ad una differenza biologica (la maternità) che impone un trattamento differenziato piuttosto che un livellamento, in parte ad una società (il divieto del lavoro notturno) che vuole costringere la donna ad una presenza domestica di tipo servile nei momenti considerati indispensabili per gli altri membri della famiglia².

Il salario va invece fissato senza operare distinzione alcuna in virtù del sesso, ciò che non esclude tuttavia di considerare, nella sua fissazione, il rendimento rispettivo del lavoratore, preso però singolarmente³.

1 Cfr. BERENSTEIN A. (1988) pag. 51.

2 Ciò non significa però ancora condividerlo quanto verrà certamente riproposto nell'ambito di una prossima revisione della legge sul lavoro, che in sostanza, con il pretesto di realizzare la parità tra i sessi, non fa altro che smantellare la particolare protezione rispetto al lavoro notturno concessa finora alle donne. Sembra infatti che per il legislatore la realizzazione dell'uguaglianza significhi in pratica solo l'abolizione dei pochi privilegi di cui le donne hanno finora goduto, senza che tale abolizione sia preceduta, o anche seguita, da una realizzazione della parità materiale, che rappresenta la premessa indispensabile perché un ordinamento egualitario sia realmente giusto.

3 Cfr. BERENSTEIN A. (1988) pag. 52. A questo proposito una precisazione è d'obbligo: in una regolamentazione dove il salario è determinato al merito, ossia secondo le prestazioni effettuate dal singolo lavoratore, sono necessari correttivi che neutralizzino, totalmente, gli svantaggi che incidono necessariamente in modo negativo sulle prestazioni lavorative femminili, quali il fatto di avere un doppio, spesso triplo, ruolo, il fattore biologico della maternità (che non va considerato come periodo improduttivo), il maggiore assenteismo - che non è certamente dovuto ad una maggiore indolenza del genere femminile, quanto piuttosto ancora al fatto che, malgrado la donna possa essere attiva sul piano professionale, sempre e solo su di lei poggiano le responsabilità familiari, che spesso le impongono un'assenza forzata dal luogo di lavoro.

Nella pratica ha trovato eco l'applicazione del metodo analitico della valutazione del lavoro¹. Esso non esamina un impiego nella sua globalità, ma lo scompone "in tipi di esigenze, valutate l'una indipendentemente dall'altra"², in funzione della loro rilevanza per l'attività in specie. Tali esigenze o criteri vengono poi esaminati singolarmente ed i risultati quindi addizionati per giungere ad una valutazione globale, complessiva, della funzione, che può così essere comparata ad innumerevoli altre, di natura più disparata.

4.3. Imperfezioni del metodo analitico della valutazione dell'impiego

Il metodo di valutazione analitico non è accettato incondizionatamente nella pratica: in primo luogo, esso trascurerebbe infatti fattori difficilmente misurabili ma importanti per la determinazione del salario, quali, per esempio, l'abilità nel gestire le relazioni personali, la ricchezza delle idee, l'impegno, come pure altri elementi, estranei al lavoro in sé stesso, ma fondamentali per la creazione del prezzo in un'economia di mercato, elementi quali l'offerta, che si modifica nel tempo, di manodopera avente determinate qualificazioni e la domanda di tale manodopera³. Inoltre, il metodo neppure garantisce con sicurezza una valutazione obiettiva e realmente scevra d'ogni discriminazione o pregiudizio: "la scelta e la ponderazione

¹ Essa può assumere diversi gradi di solisticazione. Il metodo più semplice consiste a classificare semplicemente ogni attività in una scala d'ordine decrescente, secondo le esigenze poste al lavoratore, senz'altra analisi più approfondite; un secondo metodo consiste nel determinare differenti classi di impieghi (impieghi qualificati, semi qualificati, non qualificati) ed a collocare le diverse funzioni nelle classi rispettive; un terzo metodo classifica gli impieghi secondo la presenza o meno di determinati fattori prestabiliti, quali la qualifica professionale, le esigenze mentali e fisiche, la responsabilità o ancora le condizioni di lavoro (tutti e tre i metodi, più o meno sommarî, aprono la porta ad eventuali pregiudizi relativi al valore di determinati compiti o determinate caratteristiche); l'ultimo metodo, che costituisce un'elaborazione del terzo, consiste ad attribuire ad ogni fattore rilevante per l'attività in questione un determinato numero di punti a classificare gli impieghi in funzione dei punti totali da esso ottenuti: cfr. BERENSTEIN A. (1988) pag. 53. E' ben visibile come, partendo di impieghi e non più di lavoratori, il criterio del sesso non ha più, apparentemente, rilevanza alcuna. Sennonché, come si vedrà, la scelta dei criteri va attentamente ponderata ed analizzata, poiché anche il metodo analitico più elaborato non è necessariamente scevro d'ogni connotazione sessuale.

² FF 1993 I 987, 1001.

³ Cfr. STOECKLI J.-F. (1993) pagg. 1381 seg.

dei criteri nonché la definizione e la valutazione delle esigenze possono tuttavia essere all'origine di discriminazioni¹. In altri termini, il solo fatto di adottare un metodo apparentemente obiettivo ed avente un rigore scientifico, non è sufficiente ad eliminare ogni forma di discriminazione², poiché, in ogni stadio della procedura di valutazione analitica, intervengono comunque elementi soggettivi ed arbitrari, passibili di operare una discriminazione e di privare, di conseguenza, di ogni significato il principio della parità salariale.

Il metodo analitico può quindi essere discriminante per molteplici motivi. Nell'insufficiente valorizzazione di criteri tipicamente femminili, dapprima, poiché la scelta dei criteri, sebbene possa giustificarsi dal punto di vista della scienza del lavoro, è comunque determinata dagli interessi delle persone toccate ed è operata in base alle opinioni personali di chi concretamente è chiamato a giudicare, opinioni necessariamente influenzate dalla cultura e dalle idee tradizionali, tramandate mediante l'educazione. Così, complice una forte segregazione sessuale ancora presente nel mercato del lavoro odierno e la femminizzazione di numerosi impieghi, conoscenze e qualità tipicamente femminili indispensabili allo svolgimento di determinate attività, possono essere ritenute proprietà innate della donna e venir quindi private del loro giusto valore di esigenze necessarie per l'impiego in questione e meritevoli di essere considerate per il calcolo della retribuzione³. "Spontaneamente" si formano quindi categorie di impieghi "non qualificati" e classificati sempre negli ultimi gradini delle scale salariali, per la semplice non considerazione di qualità ritenute scontate, innate, ma che scontate non sono. Perché infatti bisognerebbe ritenere tale, per esempio, la precisione manuale, ma non invece la forza fisica? E perché poi non valorizzare una qualità innata, al pari di una qualità appresa?

Altre imperfezioni del metodo analitico, che potrebbero costituire manifestazioni d'atteggiamenti discriminanti, possono verificarsi negli errori di apprezzamento nel corso della descrizione del posto da occupare, descrizione che deve essere il più possibile oggettiva, chiara, esatta e completa, o nella scelta dei criteri determinanti per la valutazione del lavoro svolto: non esistono regole obbligatorie, né corrette, a

1 FF 1993 I 967, 1001.

2 Cfr. BERENSTEIN A. (1988) pagg. 51 seg.

3 FF 1993 I 987, 1003.

priori, dal punto di vista scientifico, cosicché la scelta del tipo di criterio, del numero dei criteri (che non può evidentemente essere infinito) e della loro rilevanza in rapporto agli altri criteri rappresenta sempre una scelta personale. O ancora nella differenziazione dei criteri - dove criteri che favoriscono il genere maschile possono acquisire rilevanza per il fatto che, sotto diversi nomi, essi vengono ripetuti -, nonché nella ponderazione dei medesimi.

In conclusione, è estremamente facile rendere un sistema ingiusto, essendo sufficiente unicamente manipolare in maniera opportunamente strategica il peso dato ai differenti criteri¹.

Estranee all'applicazione del metodo analitico della valutazione del lavoro, nel quale vengono giustamente considerate, e pure altrettanto determinanti per gli il versamento di salari femminili inferiori rispetto a quelli maschili, sono ragioni di tipo formativo e professionale: le minori qualifiche hanno origine nelle scelte formative della donna, che è portata ad investire meno nella professione - e, paradossalmente, più investe, più è investita di discriminazione² -, e di conseguenza anche a rinunciare più facilmente all'esercizio di un'attività lucrativa, soprattutto accanto ad un importante impegno familiare, e dunque all'edificazione di una propria esperienza lavorativa. Tale osservazione è rilevante per sottolineare la necessità di una politica globale d'uguaglianza tra i sessi.

5. Legge sulla parità donna uomo in ambito professionale

Il 1° luglio 1996 è entrata in vigore la Legge federale sulla parità dei sessi, del 24 marzo 1995³, che ha lo scopo di agevolare l'applicazione del principio della parità salariale e si prefigge, in maniera generale, l'attuazione del mandato di cui all'art. 4 cpv. 2 frase 2 Cost., la realizzazione della parità di fatto, limitatamente all'ambito professionale. Essa si applica ai rapporti di lavoro disciplinati da Codice delle

1 Cfr. l'intero studio "Evaluation du travail et discrimination salariale des femmes - Un rapport", éd. Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Berne 1991.

2 Cfr. KAUFMANN C. (1995) pag. 152, la quale osserva come le inchieste sui salari abbiano rivelato un assurdo: più una donna investe nella propria formazione, più la discriminazione salariale si accentua in termini d'importanza e dimensione.

3 LPar, RS 151.

obbligazioni e dal diritto pubblico, federale, cantonale e comunale¹, e vieta qualsiasi discriminazione in ragione del sesso, sia diretta che indiretta, ossia segnatamente mediante riferimento allo stato civile, alla situazione familiare o a una gravidanza². Il divieto di discriminazione non concerne solo le disparità salariali, bensì l'intero rapporto di lavoro, ed in particolare l'assunzione, l'attribuzione dei compiti, le condizioni di lavoro, la formazione ed il perfezionamento professionale, la promozione ed il licenziamento, nell'intento di combattere la segregazione professionale che oggi si ritrova sia tra i diversi settori d'attività sia nelle posizioni gerarchiche all'interno di uno stesso settore³. Per espressa menzione nella legge, non rappresentano una discriminazione adeguati provvedimenti per la realizzazione dell'uguaglianza effettiva, ossia in pratica adeguate misure positive. In che misura le stesse possano scostarsi dal principio della parità formale, restando tuttavia nella legalità, non è più precisamente definito

1 Art. 2 LPar.

2 Art. 3 cpv. 1 LPar. Il catalogo è esemplificativo e non esaustivo, cfr. FF 1993 I 967, 1029. FF 1993 I 987, 1028: "La discriminazione è diretta, quando si fonda esplicitamente sul sesso o su criteri che si applicano solo a uno dei due sessi senza essere obiettivamente giustificata. La discriminazione è invece indiretta, quando il criterio impiegato potrebbe valere per ambo i sessi, ma in definitiva svantaggia, o potrebbe svantaggiare, in maggiore proporzione persone di un sesso, senza nessuna giustificazione obiettiva. (...) Per valutare se un provvedimento può avere l'effetto di svantaggiare una più forte proporzione di persone di un dato sesso il giudice dovrà scostarsi dal caso concreto e considerare l'esperienza generale della vita e, se del caso, fare uso di dati statistici o di probabilità". Cfr. anche COSSALI M. (1993) pagg. 68 a 69, la quale rileva come la Corte di giustizia della Comunità europea, per giudicare l'esistenza di una discriminazione fondata sul sesso, si sia chinata sugli effetti della differenziazione operata dal datore di lavoro, basandosi su di un rilevamento statistico che determina se la misura contestata tocca più le persone appartenenti ad un sesso che quelle dell'altro.

3 FF 1993 I 987, 1027: "Ricerche fatte hanno dimostrato che la discriminazione salariale, anche se importante, rappresenta soltanto una delle numerosi forme possibili di discriminazione nella sfera professionale. Le altre forme di discriminazione professionale nuocciono non soltanto all'uguaglianza dalle opportunità sul mercato del lavoro, ostruendo alle donne l'accesso alla carriera o alla scelta dell'attività professionale, ma hanno pure un'incidenza diretta sulla parità salariale. L'accesso a un posto di responsabilità o alle possibilità di perfezionamento professionale, nonché una promozione hanno effetto determinante sul salario. Inoltre le discriminazioni in questi campi permettono di aggirare il diritto alla parità salariale, per esempio promuovendo un uomo a un posto superiore".

nella LPar, come non lo è nelle disposizioni internazionali in materia. Il messaggio si riferisce implicitamente ad un sistema di quote, quando afferma che "la necessità di promuovere l'uguaglianza effettiva può giustificare l'adozione di misure destinate ad avvantaggiare¹ le donne nelle professioni e negli impieghi dove esse sono ancora fortemente sotto rappresentate"². Merita un articolo a sé stante il divieto di discriminazione in caso di molestia sessuale: è tale "qualsiasi comportamento molesto di natura sessuale o qualsivoglia altro comportamento connesso con il sesso, che leda la dignità della persona sul posto di lavoro, in particolare il proferire minacce, promettere vantaggi, imporre obblighi o esercitare pressioni di varia natura su un lavoratore per ottenerne favori di tipo sessuale"³. Tale disposizione incita il datore di lavoro a prendere tutte le misure necessarie a protezione della personalità dei lavoratori e delle lavoratrici e ad intervenire tempestivamente in caso di segnalazione di un comportamento discriminante. Infatti, egli può essere condannato a risarcire la vittima di molestia, ad eccezione dei casi in cui egli riesca a provare "di aver adottato tutte le precauzioni richieste dall'esperienza e adeguate alle circostanze, che ragionevolmente si potevano pretendere da lui per evitare simili comportamenti o porvi fine"⁴. Per altri casi in cui si dovesse giungere ad un processo nel quale la lavoratrice fa valere una discriminazione sessuale, la legge sancisce un alleviamento dell'onere della prova, limitatamente tuttavia alla discriminazione nell'attribuzione dei compiti, nell'assetto delle condizioni di lavoro, nella retribuzione, nella formazione e nel perfezionamento professionali, nella promozione e nel licenziamento: l'esistenza di una discriminazione è presunta qualora "la persona interessata la renda verosimile"⁵.

1 Il testo italiano parla di "svantaggiare". Trattasi chiaramente di un lapsus, dal momento che il testo francese indica "avantager" e quello tedesco "Frauen ... bevorzugt berücksichtigen".

2 FF 1993 I 987, 1030.

3 Art. 4 LPar.

4 Art. 5 cpv. 3 LPar.

5 Art. 6 LPar. FF 1993 I 987, 1032: "late norma speciale è giustificata dalle necessità di correggere la disparità di fatto risultante dalla concentrazione dei mezzi di prova nelle mani del datore di lavoro. Per evitare che siano intraprese azioni alla leggera, dalla lavoratrice si esigono indizi sufficienti per rendere verosimile l'esistenza di una discriminazione, prima di accollare al datore di lavoro l'onere

La vittima di una discriminazione professionale ha a disposizione diverse possibili azioni: far proibire o far omettere una discriminazione imminente, far cessare una discriminazione attuale, far accertare una discriminazione che continua a produrre effetti molesti e, in caso di discriminazione salariale, essa può richiedere il pagamento del salario dovuto, ossia quello versato dal datore di lavoro alla persona dell'altro sesso¹. In caso di discriminazione perpetrata con il rifiuto di assunzione o con una disdetta, per i rapporti di lavoro retti dal diritto privato, la vittima può pretendere unicamente il versamento di un'indennità, equivalente al massimo a tre mesi di salario nel primo caso, a sei mesi nel secondo². Per i rapporti di lavoro retti dal diritto privato non è stato invece introdotto un diritto all'assunzione né all'annullamento della disdetta. "Unicamente lo scioglimento discriminatorio dei rapporti di lavoro sottoposti al diritto pubblico può essere annullato"; per contro, neppure per gli impieghi pubblici può essere ordinata l'assunzione³.

Oltre agli stessi interessati, sono legittimate a proporre un'azione di accertamento di discriminazione le organizzazioni che promuovono l'uguaglianza fra donna e uomo o tutelano gli interessi dei lavoratori, qualora l'esito della procedura avrà verosimilmente ripercussioni su un gran numero di rapporti di lavoro⁴. Per queste azioni valgono le medesime facilitazioni procedurali, quali per esempio quella

della prova". Del resto, il "Tribunale federale, nella giurisprudenza in materia di parità salariale (tra donna e uomo, ammette già l'inversione dell'onere della prova quando esige dal datore di lavoro di stabilire chiaramente l'obiettività del motivo indicato" (pag. 1033).

1 Art. 5 cpv. 1 lett. a e d LPar. FF 1993 I 987, 1030: "A differenza di alcune legislazioni straniere, non sono state previste sanzioni penali. Sono state invece riprese le azioni che già esistono, in particolare nel campo della protezione dei diritti delle personalità". Cfr. anche KLETT K. (1997) pagg. 57 segg. e CLASS E./MOESSINGER R. (1996) pag. 22.

2 Art. 5 cpv. 2 e 4 LPar.

3 FF 1993 I 987, 1031 e art. 13 cpv. 2 LPar.

4 FF 1993 I 987, 1033: "l'introduzione di un tale diritto permette alla persona interessata di non esporsi troppo e inoltre offre l'occasione alle organizzazioni professionali di difendere un interesse collettivo, per esempio in caso di discriminazione di un'intera categoria di lavoratrici. (...) Il diritto d'agire e di ricorrere delle organizzazioni rimane la sola possibilità per indagare in merito a discriminazioni su vasta scala. Le esperienze fatte all'estero mostrano l'efficacia dei mezzi d'azione collettivi allo scopo di eliminare discriminazioni nella vita professionale".

dell'alleviamento dell'onere della prova, vigenti per l'azione proposta dal singolo interessato. La limitazione della legittimazione delle organizzazioni alle sole azioni d'accertamento si giustifica per il fatto che la sua funzione "è quella di attirare l'attenzione su questioni di principio in materia di parità di salario e non di occuparsi di interessi particolari di una lavoratrice o di un lavoratore"¹. Per la durata della procedura di reclamo in seno all'azienda, della procedura di conciliazione o della procedura giudiziaria, nonché nei sei mesi successivi, le persone interessate, anche in qualità di eventuali testimoni ed anche in caso di azione da parte di un'organizzazione², sono tutelate contro la disdetta del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro³. Un'eventuale disdetta data durante il periodo di protezione non è nulla, analogamente a quelle intervenute nei periodi di cui all'art. 336c cpv. 1 CO, ma annullabile, ciò che richiede un'azione d'accertamento giudiziaria, nel corso della quale il giudice può ordinare, a titolo provvisorio, la riassunzione del lavoratore⁴.

I cantoni devono designare uffici di conciliazione ai quali le parti possono o devono rivolgersi - i cantoni possono infatti dichiarare obbligatoria la procedura di conciliazione precedente l'azione giudiziaria⁵. Le parti hanno diritto d'esigere la procedura scritta e di farsi patrocinare. Valgono per il resto, e senza limitazioni relative al valore litigioso, le disposizioni dell'art. 343 CO, ossia il foro, a scelta, del domicilio del convenuto o del luogo di lavoro, una procedura semplice e rapida, di

1 FF 1993 I 987, 1034.

2 Cfr. CLASS E./MOESSINGER R. (1996) pag. 28.

3 Art. 10 cpv. 1 e 2 LPar. FF 1993 I 987, 1038: "l'analisi delle azioni intentate in materia di parità salariale rivela che nei rari casi concernenti il diritto privato le lavoratrici hanno preso tale decisione solo dopo lo scioglimento del rapporto di lavoro. La paura di perdere il posto spiega il ritegno delle donne a far valere il diritto al salario uguale. (...) Se si vuole permettere alle lavoratrici di esercitare efficacemente i loro diritti quando sono sotto contratto, occorre prevedere un periodo di protezione durante il quale sia possibile dichiarare nulla un'eventuale disdetta".

4 Art. 10 cpv. 3 LPar.

5 Art. 11 cpv. 1 e 2 LPar.

principio gratuita¹, nella quale vige il principio della massima ufficiale. La protezione giuridica per i rapporti di lavoro di diritto pubblico è disciplinata dalle disposizioni generali sulla procedura giudiziaria federale.

In virtù della nuova legge, la Confederazione può accordare aiuti finanziari a istituzioni pubbliche o private che organizzano programmi per il promovimento dell'uguaglianza fra donna e uomo nella vita professionale, organizzare essa stessa tali programmi o ancora accordare aiuti finanziari a istituzioni private per la consulenza e l'informazione della donna nella vita professionale e per il promovimento del reinserimento professionale di donne e uomini che hanno interrotto l'attività professionale per dedicarsi a compiti familiari².

La legge sancisce infine lo statuto dell'Ufficio federale per l'uguaglianza fra donna e uomo, che aveva, già prima della sua adozione, il compito di promuovere la parità dei sessi, informando l'opinione pubblica, consigliando autorità e privati, effettuando inchieste e raccomandazioni, partecipando a progetti ed a normative federali. L'Ufficio assume attualmente pure il compito decisionale in merito all'assegnazione di aiuti finanziari in virtù della LPar e sorveglia l'esecuzione dei programmi promozionali³.

E' da sperare che, contrariamente all'art. 4 cpv. 2 terza frase, la legge avrà un effetto incisivo, sia sulla parità salariale fra i generi, sia sulla più ampia concezione dell'uguaglianza, nella vita professionale dapprima, con un effetto benefico su tutti gli ambiti dell'assistenza. A questo proposito, è veramente riprovevole la considerazione che il Consiglio federale formula alla fine di un messaggio, all'apparenza progressista, in merito alle prevedibili ripercussioni finanziarie della legge: "nonostante le facilitazioni di cui beneficeranno le lavoratrici e i lavoratori, i processi in materia d'uguaglianza fra donne e uomini rimangono rischiosi, se non altro in ragione del rischio per la persona interessata di dover lasciare il posto di

1 E' possibile tuttavia infliggere una multa alla parte temeraria e caricarle tasse e spese. Del resto, la gratuità del processo, secondo il diritto federale, si riferisce unicamente ai costi di giustizia, ma non ad un eventuale diritto alle ripetibili, che di regola il diritto procedurale cantonale concede alla parte vincente che le ha reclamate. Cfr. CLASS E./MOESSINGER R. (1996) pagg. 31 e 32.

2 Artt. 14 e 15 LPar.

3 Art. 16 LPar.

lavoro¹. Ci si domanda se era questa la conclusione più appropriata per la presentazione di un disegno di legge che mira invece a favorire detti processi, partendo dalla constatazione che nella realtà effettiva il principio della parità salariale è ben lungi dall'essere realizzato. Come dire che la legge, già prima della sua entrata in vigore, è votata ad un almeno parziale insuccesso.

1 FF 1993 I 987, 1049.

1404

Capitolo V: CONCLUSIONI RELATIVE ALLA PRIMA PARTE SULL'ARTICOLO 4 CAPOVERSO 2 DELLA COSTITUZIONE FEDERALE.

1. La parità formale e le differenze che impongono un diverso trattamento dei generi

Il principio costituzionale dell'uguaglianza formale dei sessi, nella legislazione e nella sua applicazione, è e deve restare il filo conduttore della politica per la parità. Esso non vale tuttavia in maniera assoluta.

Il legislatore è tenuto, proprio in virtù dell'uguaglianza, a prevedere differenze fra i generi, in funzione di una loro diversità biologica, allorquando essa è determinante per la situazione da regolare.

In questo contesto si pongono essenzialmente due quesiti: quali sono queste differenze biologiche, e in quali casi esse sono determinanti e richiedono quindi una regolamentazione differenziata.

Alla prima questione si deve rispondere che l'unica differenza biologica certa e rilevante fino ad oggi scientificamente riconosciuta è costituita dalla diversità fra la maternità e la paternità. In ossequio all'ignoranza che ancor oggi regna su eventuali altre differenze biologiche reali fra i generi, occorre non operare altre distinzioni, che non poggiano su una base oggettiva, ma possono rappresentare invece un tentativo di giustificare il mantenimento di posizioni di privilegio acquisite, che vedono l'uomo dominante rispetto alla donna.

La risposta alla seconda questione si rivela più delicata. Le disposizioni particolari relative alla maternità vanno debitamente delimitate nel tempo: "la tutela della maternità, nella misura in cui si tratta della maternità in senso stretto, ossia lo svolgimento di processi biologici tra cui la gravidanza, la nascita e l'allattamento, esige normative speciali. Ulteriori misure di protezione, che si riallacciano in senso lato alla funzione della donna come madre o che concernono tutte le donne unicamente in ragione della facoltà biologica di divenire madri, non sono

compatibili¹ con l'obiettivo e lo scopo di un articolo costituzionale sulla parità dei generi. Disposizioni particolari concernenti le donne sono quindi da limitare al congedo di maternità propriamente detto, ossia alla regolamentazione della gravidanza - effettiva e non solo ipotetica -, compresa la considerazione di tutte quelle particolari necessità e difficoltà che si manifestano durante tale periodo, del momento del parto, del periodo convalescenziato che lo segue - il cosiddetto puerperio -, dell'allattamento e dell'interruzione della gravidanza. Eventualmente, una regolamentazione speciale può riferirsi a disposizioni eccezionali relative alla potenzialità di essere fecondata e di portare in grembo, per nove mesi, un figlio, potenzialità particolare all'intero sesso femminile, ma ciò solo qualora si dovessero reperire particolari pericoli che minacciano queste qualità dell'apparato procreativo, e che non concernono in eguale misura il genere uomo, come per esempio l'influenza negativa a lungo termine di manipolare sostanze nocive, con la precisazione, tuttavia, che qualora circostanze particolari minacciassero unicamente l'apparato genitale dell'uomo e non quello della donna, sarebbe il sesso maschile a dover essere protetto, in quanto tale, mediante una regolamentazione specifica. Il diritto va inoltre il più possibile individualizzato, personalizzato, nell'intento di evitare formulazioni generiche, qualora una determinata prescrizione di tipo tutelativo possa giustificarsi in un caso, ma non abbia significato alcuno in un altro².

La maternità deve quindi essere specificatamente tutelata in quanto particolare processo biologico (la madre generatrice) ma non in quanto funzione stabilita dalla

1 FF 1995 IV 809, 844 e 845.

2 In questo ordine di idee, per esempio, il congedo maternità va reso il più possibile elastico: esso deve, da una parte, permettere di abbracciare ogni situazione, ogni difficoltà che può derivare ad una donna dal fatto di generare, affinché, anche nei casi delle gravidanze e dei parti più difficoltosi, essa non sia, per esempio, costretta a computare giorni di assenza dovuti a complicazioni derivanti dalla generazione sui giorni di malattia o di vacanza, e, d'altra parte, non deve permettere alle donne che hanno portato a termine una gravidanza senza problemi e che si sono celermente ristabilite, di disporre di un "bonus temporale", che permetta loro di godere di un congedo che va al di là di quanto necessario per la loro convalescenza, trasformando, in realtà, un congedo maternità in un congedo parentale. E ciò poiché il congedo parentale va concesso, in un'ottica di parità dei sessi, indistintamente a madri e padri, indipendentemente dal fatto che la gravidanza sia stata più o meno ardua, mentre la gravidanza va regolata in considerazione di tutte le varie possibilità di decorso.

società (il ruolo di madre)¹. Nell'ampia giurisprudenza relativa all'art. 4 cpv. 2 Cost., un unico giudizio sembrerebbe toccare direttamente la problematica della differenza biologica tra i sessi dal punto di vista generativo. Trattasi di un giudizio che ritiene compatibile con il principio della parità fra uomo e donna un regolamento per i dipendenti che concede alle donne un congedo maternità di quattordici settimane, senza che agli uomini sia permesso invece di goderne di una parte, in caso di nascita di un figlio: quattordici settimane di congedo totale, comprensive di assenze precedenti e successive il parto, corrispondono a quanto va concesso, alle donne e solo ad essa, tenuto conto della loro capacità di gestanti. Non si può peraltro dedurre dalla decisione quale sia la durata minima e massima di un congedo di maternità ancora compatibile con il principio dell'uguaglianza. In altri termini, il fatto che quattordici settimane corrispondano all'articolo costituzionale non significa ancora che otto settimane siano troppo poche in osservanza della parità dei sessi, o che sedici settimane siano troppe.

Le differenze funzionali, e ancor oggi non si sa ciò che queste definiscano, non vanno invece ammesse quali motivi plausibili che possono giustificare una regolamentazione differenziata ed una deroga al principio costituzionale della parità. In questo senso, particolare attenzione va prestata ai tentativi, piuttosto maldestri ma che ottengono ancora il risultato prefissato, di motivare deroghe al principio di uguaglianza facendo appello ad asserite differenze dovute al sesso, con pretesti che pretendono d'essere scientifici, ma che tali non sono. Si pensi in particolare ad asserite diversità fra uomini e donne che risulterebbero da dati statistici, da valori medi. In un'epoca in cui risulta ormai impossibile scindere

¹ In questo senso, anche il Tribunale federale, nella giurisprudenza relativa all'assegnazione dei figli ad un genitore in seguito al divorzio della coppia parentale, è andato verso un riconoscimento di una certa "preferenza naturale" della madre rispetto al padre, per decidere in base all'interesse del figlio, quale dei due genitori è effettivamente più disponibile a custodire direttamente e durevolmente il bambino, ad occuparsene ed a prenderne personalmente cura: cfr. DTF 114 II 200, dove il Tribunale federale aggiunge che se è ancora riscontrabile una netta prevalenza di assegnazioni alle madri, ciò è dovuto al fatto che, malgrado la revisione del diritto di famiglia, non si è ancora avuta una modificazione del modo di pensare tradizionale, motivo per cui, ancora attualmente, la madre si mostra spesso disposta a rinunciare, nell'interesse del figlio, all'esercizio di un'attività professionale a tempo pieno, nonché alla retribuzione corrispettiva.

quanto è determinato dalla natura da quanto è determinato dalla cultura¹, si tratta di escludere, almeno allo stadio attuale della ricerca scientifica, che i due sessi abbiano, per natura, tendenzialmente caratteristiche diverse, e che ciò giustifichi di conseguenza una regolamentazione differenziata. Del resto, anche qualora si dovessero riscontrare fondamentali differenze biologiche fra uomo e donna, una legislazione formalmente neutra dovrebbe tenerne conto, non già nel senso di concedere a queste differenze l'autorità necessaria per giustificare un trattamento dissimile e discriminatorio, quanto piuttosto per fare in modo che le stesse non comportino nella realtà effettiva uno svantaggio, una subordinazione delle donne rispetto agli uomini. In altri termini, anche qualora si riuscisse a dimostrare l'esistenza di ulteriori differenze fra i generi, dette differenze andranno valorizzate, piuttosto che utilizzate quali pretesti per giustificare la relegazione di un sesso in una posizione inferiore.

2. La parità formale e la discriminazione indiretta

E' chiaro, malgrado l'apparente irrilevanza per la giurisprudenza, che l'art. 4 cpv. 2 prima frase vieta, insieme alle discriminazioni dirette, pure quelle indirette. Infatti, come si è visto negli esempi giurisprudenziali citati più sopra, il mantenere discriminazioni sessuali con una legislazione all'apparenza neutra è molto facile. E ciò non può essere altrimenti, almeno fino a quando, nella società, non si saranno soppressi i ruoli tradizionali che determinano ancora una posizione fondamentalmente diversa per le donne e per gli uomini.

Pertanto, in presenze di una regolamentazione all'apparenza asessuata, ma che, nella realtà pratica, ha conseguenze fondamentalmente diverse per i due generi, va sempre analizzata la questione se non si sia in presenza di una discriminazione indiretta. Qualora se ne concludesse l'esistenza, tale discriminazione va sanzionata con la non applicazione; ciò tuttavia ammesso che il criterio di differenziazione scelto non sia giustificato da motivi obiettivi seri e validi, i quali, del resto, vanno attentamente esaminati, per non ammetterne troppo facilmente la pertinenza, esaminando in particolare se, in base al principio della proporzionalità, una regolamentazione diversa e meno incisiva sul principio di uguaglianza non sia possibile.

¹ I diversi destini che scelgono donne e uomini già dopo la nascita sono determinati dalla cultura dominante e tradizionale, che dà ad ognuno ruoli predeterminati e chiaramente influenzati dal sesso. Tale cultura viene inconsciamente interiorizzata da ogni individuo fin dalle più tenere infanzia.

3. La parità sostanziale e la parità formale: tensione ed equilibrio

L'art. 4 cpv. 2 Cost. non può non richiedere l'adozione di altre misure, parallelamente alla realizzazione della parità formale. Esso impone infatti non solo una riforma legislativa, bensì pure una trasformazione della realtà sociale, a scapito, altrimenti, d'avere un effetto molto limitato, o comunque un'azione molto lenta e paradossalmente negativa per la posizione della donna. Ciò può senz'ombra di dubbio essere affermato, in considerazione delle evoluzioni che esso ha determinato nella sua pur breve storia: il principio della parità formale, da solo, ha finora implicato nuove incombenze, nuovi svantaggi per le donne, senza aver, invece, migliorato la parità delle opportunità nella realtà sociale¹. Premessa indispensabile perché un mero egualitarismo formale non si tramuti in una discriminazione materiale è l'effettivo miglioramento della reale attuale posizione della donna, non nella legge, ma nella vita.

Anche se si può parlare di una certa tensione, o contraddizione, tra il principio della parità formale e quello della parità sostanziale, il quale individua nel sesso il criterio determinante per l'applicazione di misure di promozione particolari, è necessario, per realizzare in un lasso di tempo ragionevole una parità effettiva nella realtà attuale, sottolineare, analogamente a quanto regola la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, che le misure temporanee speciali, adottate al fine di accelerare il processo di instaurazione dell'uguaglianza di fatto tra i sessi non vanno considerate come

¹ Cfr. BIGLER-EGGENBERGER M. (1994) pagg. 3 seg.; COSSALI M. (1993) pag. 78, la quale osserva come il Tribunale federale abbia manifestato il timore di realizzare un'uguaglianza verso il basso, ossia sopprimendo le conquiste sociali che proteggono però solo un sesso, invece di estendere dette conquiste alla totalità degli individui; KAUFMANN C. (1993) pagg. 158 e 162, la quale afferma che il principio della parità dei diritti è stato pervenuto in uguaglianza dei doveri, per imporre alle donne nuovi oneri e sopprimere i loro "privilegi", in completo oblio del fatto che l'art. 4 cpv. 2 Cost. fu adottato, principalmente, al fine di migliorare la posizione del genere femminile nel nostro paese; SCHWARZER-TUERLER M. (1993) pag. 329, la quale si chiede come mai le discriminazioni nei confronti degli uomini siano state così celermente smantellate con l'imposizione di nuovi doveri alle donne, mentre ad ogni postulato in favore della promozione dei diritti del sesso femminile si risponde inesorabilmente che il processo verso una vera uguaglianza richiede tempo ed un'evoluzione mentale alla quale bisogna abituarsi lentamente.

disposizioni discriminatorie (nei confronti degli uomini). E' in base a questa formulazione, i cui contorni sono necessariamente indeterminati, che va trovato l'equilibrio fra la prima e la seconda frase dell'art. 4 cpv. 2 Cost.: le due frasi hanno il medesimo rango e devono trovare il medesimo riscontro nella legislazione e nell'applicazione della legge. Al pari di numerosi altri principi costituzionali, fra loro opposti perché perseguono interessi contraddittori, fra il principio della parità formale ed il principio della parità sostanziale va cercato il dovuto equilibrio, considerando che entrambi sono parte del principio più generale dell'uguaglianza fra uomo e donna.

4. La parità sostanziale e la parità formale. Legittimità delle misure positive?

La conseguenza necessaria a quanto appena detto consiste nell'ammettere la legittimità, anzi la necessità ed in qualche modo pure l'urgenza, delle misure positive. Una regolamentazione differenziata, che promuova la realizzazione delle pari opportunità, è necessaria, se solo si considera come la regolamentazione attuale sia edificata su schemi di vita e modelli maschili, che via via sono stati generalizzati, man mano che le donne sono andate occupando, nella società, posizioni fino allora proprie ai soli uomini. Ma in codesta generalizzazione non è stata operata modifica alcuna, niente è stato profondamente rimesso in discussione, cosicché l'applicazione tale quale alle donne di norme per l'adozione delle quali esse non erano state interpellate e che non tengono affatto conto di esigenze che sono loro proprie, giunge a risultati insoddisfacenti, a volte aberranti. Le misure positive, quale strumento per rivedere una legislazione ed un modello di funzionamento della società profondamente e radicalmente calcato su esigenze e valori maschili (che, del resto, è sempre più messo in discussione anche dagli uomini stessi), rappresentano un mezzo per concedere alle donne le medesime opportunità, senza obbligarle ad uniformarsi ad un modello di funzionamento che non è il loro, a conformarsi a valori a loro estranei, e quindi a rinunciare, per la loro autonomia, a parte della loro identità.

5. La parità salariale. Accordo sul principio, ma ...

Il principio della parità salariale, oggi senza dubbio riconosciuto da tutti quale diritto fondamentale, va incoraggiato nella realtà effettiva, poiché esso viene ancora troppo spesso violato. E' infatti un dato di fatto che i salari femminili sono ancor oggi, anche a livello internazionale, di gran lunga inferiori a quelli maschili. E tale discriminazione non va combattuta solo per un fondamentale motivo di principio,

ma pure perché attualmente il maggior riconoscimento e prestigio sociale è direttamente proporzionale al denaro che ognuno guadagna, possiede e spende. Per converso, l'estrema ritrosia con la quale si concede alla donna il salario che essa merita, testimonia della volontà di tenerla in qualche modo sotto tutela, di controllarla, di privarla di quell'autonomia che essa reclama, per non condividere con essa uno strumento di potere.

La valutazione delle professioni e delle funzioni, siano esse esercitate da un uomo o da una donna, dev'essere effettuata in maniera analitica. In tale valutazione va prestata particolare attenzione alla scelta dei criteri determinanti ed alla loro ponderazione, per non giungere ad un risultato che, sotto un'apparente scientificità, sia invece discriminatorio.

Il metodo analitico, sebbene presenti le lacune elencate nel precedente capitolo, dovute al fatto stesso di rivelarsi soggettivo, essendo applicato da individui con un proprio vissuto e proprie convinzioni, è comunque quello preferibile per la determinazione del salario. Nell'applicazione della valutazione analitica, è importante mantenere la consapevolezza che la nostra educazione ed esperienza ci portano comunque a giudizi soggettivi sul valore o meno di determinati criteri, giudizi che possono oggettivamente rivelarsi poco giustificati. Per questo motivo, il metodo andrebbe applicato non da un singolo individuo, bensì da una pluralità di persone, adeguatamente formate, rappresentanti diversi interessi e punti di vista. A corollario della valutazione analitica, due sono ancora le premesse per giungere ad una vera parità salariale: la prima l'effettiva volontà di non operare discriminazioni sessuali e la seconda la trasparenza in materia salariale, che, con l'esplicitazione dei criteri di determinazione, rende possibile un'efficace verifica e controllo da parte delle persone interessate.

1404

SECONDA PARTE

**MATERNITA' E PATERNITA': SIGNIFICATO -
REGOLAMENTAZIONE ATTUALE - LACUNE**

1404

Capitolo VI: DEFINIZIONI

1. Definizione della maternità

1.1. In ambito giuridico

Nella regolamentazione attualmente in vigore, che in molteplici ambiti utilizza il termine di "maternità", vi è un unico testo di legge che definisce esplicitamente cosa debba intendersi con tale concetto: secondo l'art. 2 cpv. 3 LAMai, "la maternità comprende la gravidanza e il parto come pure la successiva convalescenza della madre". Anche il disegno di legge federale sulla parte generale del diritto delle assicurazioni sociali¹, nel secondo capitolo relativo alle definizioni di nozioni generali, definisce cosa debba intendersi per maternità: "la maternità comprende la gravidanza e il parto nonché la convalescenza che segue quest'ultimo". Il concetto appare invece implicito nel disegno di legge federale sull'assicurazione per la maternità, il quale precisa unicamente che "le prestazioni in caso di maternità devono essere concesse dopo una gravidanza che ha durato almeno 28 settimane, anche se il bambino non è nato vitale". Le normative appena indicate definiscono dunque la maternità non come un evento biologico, non come un particolare rapporto affettivo o di sangue, bensì come un periodo di tempo, del resto piuttosto limitato, del quale si può calcolare inizio e fine in maniera più o meno esatta².

1.2. In ambito extra giuridico

Concernenti la vita quotidiana di ognuno, i concetti quali quello della maternità, della gravidanza o del puerperio non vengono impiegati unicamente nell'ambito giuridico. Per chi non si limita alla regolamentazione legale, la maternità è "il

¹ Cfr. Rapporto della Commissione del Consiglio degli Stati del 27 settembre 1990: FF 1991 II 177.

² Il momento della fecondazione può oggi essere determinato con precisione. La durata del puerperio può essere differente da caso a caso, e dipende da un eventuale allattamento, ma dopo otto settimane dal parto esso è generalmente concluso.

rapporto da madre a figlio, dal punto di vista naturale, sociale, giuridico, o anche semplicemente anagrafico", mentre la gravidanza è "nei mammiferi, la condizione della femmina tecondata in cui si sviluppa il prodotto del concepimento: ha termine con l'espulsione di questo ed è seguita dai fenomeni del puerperio", che rappresenta il "periodo di tempo che intercorre tra l'espletamento del parto e il ritorno alla normalità degli organi genitali femminili"; il parto, infine, costituisce "l'espulsione o l'estrazione del feto dagli organi genitali femminili, dal punto di vista fisiologico e medico"¹.

Secondo l'enciclopedia medica, opera specialistica ed in tal senso più precisa, la gravidanza è "lo stato fisiologico della donna che porta nel proprio organismo uno o più uova tecondate e in via di sviluppo; la gravidanza inizia con la tecondazione e termina con il parto. La durata media della gestazione è di circa 280 giorni a partire dal primo giorno dell'ultima mestruazione comparsa, ovvero di circa 270 giorni dal rapporto fecondante"². Il parto costituisce l'"espulsione spontanea o strumentale del feto e degli annessi fetali dall'organismo materno", mentre il puerperio è rappresentato dal "periodo che va dalla fine del parto al momento in cui gli organi genitali ritornano alla condizione anatomica e all'attività funzionale che li caratterizza al di fuori della gravidanza. Generalmente il termine del puerperio coincide con la comparsa della prima mestruazione dopo il parto, circa 30-40 giorni dopo il parto stesso nelle donne che non allattano"³, o con il ritorno alla norma degli organi genitali femminili⁴.

Il periodo di allattamento⁵ integrale "si estende dalla nascita a un'età compresa fra i due e i quattro mesi, quando l'introduzione delle farine nella dieta segna l'inizio del divezzamento. In senso stretto il divezzamento corrisponde alla soppressione del

1 DEVOTO Giacomo - OLI Gian Carlo, Vocabolario illustrato della lingua italiana (selezione dal Reader's digest), Milano 1985.

2 Ctr. RIZZOLI-LAROUSSE, Enciclopedia della medicina, Il medico in casa, Milano 1972 ed Aggiornamento, Milano 1982.

3 Nelle donne che allattano l'ovulazione è di regola ritardata, cfr. RIZZOLI-LAROUSSE.

4 Ctr. RIZZOLI-LAROUSSE, Enciclopedia universale, Milano 1964.

5 Ossia la somministrazione del latte come alimento del bambino, cfr. DEVOTO-OLI.

solo latte materno¹. Secondo studi recenti, l'allattamento materno, che rappresenta "l'unico modo di alimentazione fisiologica del lattante"², dovrebbe essere garantito al neonato, almeno nei primi tre mesi di vita, l'ideale essendo però un periodo di quattro a sei mesi, perché esso garantisce al bimbo un migliore sviluppo fisico, una migliore prevenzione a diverse malattie ed instaura un migliore rapporto psicoaffettivo fra la madre ed il figlio³.

2. Definizione della paternità

2.1. In ambito giuridico

Nella legislazione attuale non si trova alcuna definizione del concetto di paternità. V'è, per contro, nella parte relativa al diritto di famiglia del codice civile, l'impiego del termine "filiazione". Dal rapporto di filiazione, che, tra la madre ed il figlio sorge con la nascita, mentre fra il padre ed il figlio risulta dal matrimonio del padre con la madre o è stabilito per riconoscimento o per sentenza del giudice, sorgono poi reciproci diritti e doveri giuridicamente regolati ai capitoli relativi alla comunione dei figli con i genitori, al mantenimento da parte di questi ultimi, all'autorità parentale o ancora alla sostanza del figlio⁴.

2.2. In ambito extra giuridico

In ambito extra giuridico, la paternità è definita come "il rapporto di parentela che unisce il padre al figlio, sia sul piano affettivo sia, specialmente, sul piano giuridico", mentre la filiazione è "il rapporto di parentela, dipendenza o appartenenza tra figlio e genitori, specialmente dal punto di vista giuridico"⁵. Contrariamente alla

1 Cfr. RIZZOLI-LAROUSSE.

2 Cfr. RIZZOLI-LAROUSSE.

3 Cfr. RIZZOLI-LAROUSSE; cfr. inoltre DAHLER F., *Mère et enfant - L'alimentation pendant la grossesse et la période d'allaitement - L'alimentation du nourrisson* (ed. Association suisse pour l'alimentation); e ancora Institut für Sozial- und Präventivmedizin der Universität Basel: *Stillhätigkeit und Stilldauer in der Schweiz* 1994, Schlussbericht, Basel 1995.

4 Cfr. titolo ottavo del CC: "Degli effetti della filiazione".

5 Cfr. DEVOTO-OLI.

maternità, e soprattutto ai fenomeni biologici che la determinano, il concetto di paternità sembra quindi avere un significato prevalentemente legale, anche nella vita di ogni giorno.

3. Definizione dei diversi congedi

E' opportuno definire qui anche tali concetti, poiché per il seguito verranno impiegati termini quali il congedo di maternità, parentale o d'allattamento. Le definizioni qui appresso non risultano tuttavia da definizioni contenute nei testi legali stessi¹, bensì, in parte, da deduzioni che è possibile tirare da tali testi, e, per il resto, da quanto chi lavora nel settore intende con ciò esprimere. Il congedo rappresenta in sé un diritto d'assentarsi dal lavoro con giusti motivi e quindi senza violare alcun obbligo contrattuale. Malgrado l'assenza, alla persona è garantito il mantenimento del posto, nonché il diritto di occuparlo al termine del congedo, con la conservazione dei diritti acquisiti. Ciò che invece non è necessariamente garantito è il versamento di un salario, o di un'eventuale indennità sostitutiva, durante il periodo d'astensione al lavoro: il congedo può quindi essere remunerato o meno.

3.1. Il congedo maternità

E' un congedo di riposo che si estende da un periodo antecedente al parto, che varia necessariamente da un caso all'altro in funzione delle esigenze della donna, ad un periodo posteriore allo stesso, e che lo comprende. Anche il periodo posteriore al parto varia in funzione delle condizioni particolari della fattispecie. La durata ideale del congedo maternità non dovrebbe essere predefinita od uguale per ogni gravidanza, ma invece necessariamente variare, secondo le esigenze ed il decorso della gravidanza stessa. Il congedo maternità è quindi meglio identificabile se si considera la sua funzione, ossia quella di garantire alla madre il riposo adeguato e necessario, sia nel corso della gravidanza, sia durante il puerperio e fino alla conclusione dello stesso. Il congedo maternità deve essere

¹ Tuttavia, l'avamprogetto della Legge federale sull'assicurazione per la maternità (LFAM), i cui contenuti verranno esposti in seguito, prevede la definizione dei termini di congedo di maternità e di congedo in caso di adozione, non nella LFAM stessa, ma nel Codice delle obbligazioni modificato. Per il nuovo art. 329f CO, infatti, "in caso di maternità ai sensi della legge federale del sull'assicurazione per la maternità (LFAM), la lavoratrice ha diritto a un congedo di almeno 16 settimane, di cui almeno dodici settimane devono essere prese dopo il parto".

determinato unicamente dall'evento biologico della gestazione, della nascita e del puerperio.

3.2. Il congedo parentale

Esso è destinato a permettere ai genitori l'interruzione temporanea dell'attività professionale, in seguito ad una nascita o ad un'adozione, per dedicarsi alla cura del figlio o della figlia, con la garanzia del mantenimento del posto di lavoro. In genere, tale congedo segue quello di maternità senza soluzione di continuità. I due vanno tuttavia ben distinti fra loro, quello di maternità essendo legato ad un evento biologico ed avendo il solo scopo di garantire riposo alla madre, fino a quando le sue funzioni fisiologiche e psichiche si sono normalizzate dopo il parto, il secondo essendo invece legato ad un rapporto di filiazione, naturale o giuridico, ed avendo lo scopo di garantire al nuovo membro della famiglia, e nel suo principale interesse, le cure da parte di almeno uno dei genitori, sia esso biologico, sia esso adottivo.

3.3. Il congedo d'allattamento

Il congedo d'allattamento è il tempo libero concesso alla madre per allattare. Esso è legato ad un evento fisiologico e deve necessariamente dipendere dal fatto che la madre utilizzi il tempo a sua disposizione per l'effettivo allattamento. E' in parte "assorbito" dal congedo maternità, nel senso che durante il puerperio, periodo d'astensione obbligatoria dal lavoro, la madre non necessita di un tempo supplementare particolare, mentre nulla ha a che vedere con il congedo parentale, sebbene vi sia la tendenza ad associarli, inglobando nelle cure che rendono necessario il congedo parentale la nutrizione del figlio, che, in caso di allattamento materno, può essere fornito solo dalla madre.

4. La tutela della maternità e della filiazione

La protezione della maternità abbraccia tutte le misure igieniche, mediche, finanziarie e giuridiche che vengono adottate in generale allo scopo di favorire il benessere della madre e del bimbo durante la maternità, intesa ai sensi di legge come periodo che comprende la gravidanza, il parto ed il puerperio¹. In un'accezione più completa, essa dovrebbe estendersi anche a tutte le misure che il

¹ Cfr. RIEMER-KAFKA G. (1987) pag. 25.

progresso tecnologico ha reso possibile, sia per evitare gravidanze indesiderate, sia, al contrario, per aiutare nella procreazione le persone che, per un qualsivoglia motivo, non vi giungono mediante un normale rapporto sessuale. In altri termini, la protezione della maternità deve comprendere la contraccezione e la procreazione medicalmente assistita. La tutela della filiazione è un concetto più ampio, poiché deve necessariamente concernere pure la figura paterna e spingersi al di là del periodo di protezione della maternità, limitato, dalla legge, alla conclusione del puerperio, per contemplare le misure necessarie nei primi anni di vita del figlio - in funzione delle esigenze effettive - fino al raggiungimento della sua completa autonomia.

Capitolo VII: LA REGOLAMENTAZIONE FEDERALE ATTUALMENTE IN VIGORE

1. Premessa

Nel presente capitolo vengono enumerate, brevemente, le principali codificazioni federali relative alla maternità - la paternità non è mai menzionata nella regolamentazione nazionale - e specificate, in maniera succinta, le tematiche in esse trattate. Nel capitolo successivo, si analizzeranno i principali strumenti internazionali in materia. Solo nel capitolo nove, quindi, saranno dettagliatamente esaminate tutte le problematiche che nella legislazione e nell'applicazione attuale si pongono. Pertanto, il presente capitolo rappresenta una panoramica piuttosto arida sulla legislazione attuale, che verrà abbondantemente commentata solo più avanti.

2. L'art. 34 quinquies capoverso 4 Cost.

Le Confederazione istituirà, per via legislativa, l'assicurazione per la maternità. Essa potrà dichiarare obbligatoria, in generale o per taluni gruppi della popolazione, l'affiliazione a questa assicurazione e obbligare al versamento di contributi anche persone che non possono fruire delle prestazioni dell'assicurazione. Essa può far dipendere le sue prestazioni finanziarie da un'equa partecipazione dei Centoni.

2.1. Nascita, motivazioni e portata dell'articolo 34 quinquies capoverso 4 Cost.

L'intero articolo 34 quinquies Cost. fu adottato nella votazione popolare del 25 novembre 1945; esso rappresentava il controprogetto proposto dall'Assemblea federale all'iniziativa "per la famiglia", presentata dal partito conservatore popolare nel 1942 e ritirata in occasione della votazione sul controprogetto¹. Nel proprio

¹ Cfr. Rapporto del 10 ottobre 1944 del Consiglio federale sull'iniziativa "per la famiglia", in FF 1944, 625.

rapporto¹, il Consiglio federale, dopo aver enumerato in una sorta di premessa i motivi che avevano determinato all'epoca la crisi della famiglia, passava in rassegna tutte le ragioni che militavano a favore dell'introduzione, nella Costituzione federale, di un articolo specifico a tutela della famiglia, ossia motivi demografici², motivi d'ordine morale e pedagogico³, nonché eugenici.

La norma riferentesi all'assicurazione maternità fu introdotta nell'articolo 34 quinquies Cost., ossia nell'articolo relativo alla protezione della famiglia, ciò che prova come, nel 1945, l'assicurazione maternità era considerata una delle più importanti misure di politica familiare, poiché esplicitamente menzionata.

Già allora, tuttavia, la legislazione conteneva, in un preesistente settore delle assicurazioni sociali, ossia in quello relativo alla malattia ed agli infortuni, alcune disposizioni sulla maternità: fin dagli albori della protezione sociale, infatti, la maternità fu sempre legata alla malattia⁴.

Il capoverso costituzionale relativo all'assicurazione maternità non contiene una semplice attribuzione di competenza alla Confederazione, bensì anche il mandato

1 FF 1944, 825.

2 Desiderio di aumentare il numero delle nascite, in ragione del prevedibile sviluppo demografico e delle conseguenze nefaste della denatalità e dell'invecchiamento della popolazione.

3 Il significato dell'istituzione familiare per gli sposi, nonché per i genitori nei confronti dei figli e viceversa.

4 Il primo disegno di legge sull'assicurazione malattia (la cosiddetta Lex Forrer), adottata dalle camere federali nel 1899 e respinta in votazione popolare nel 1900, istituente un'assicurazione obbligatoria per i lavoratori dipendenti aventi un salario annuale non superiore a frs. 5'000.--, conteneva già disposizioni speciali per la protezione della maternità, quali le prestazioni medico-sanitarie ed un'indennità giornaliera versata durante sei settimane. Tale legame fra maternità e malattia fu mantenuto nella LAMI del 1911 - malgrado questa legge non contemplasse più alcuna obbligatorietà assicurativa per i rischi di malattia e maternità, la stipulazione di una copertura per la malattia presso un istituto esercitante l'assicurazione sociale comportava automaticamente la copertura per la maternità - ed è perpetuato nella recente LAMa.

di istituire detta assicurazione: il tenore del testo stesso è, al proposito, chiaro¹. Benché il costituente, nel prevedere il mandato, pensasse piuttosto all'istituzione di un'assicurazione maternità a sé stante, è generalmente accettato che un'assicurazione dipendente, inserita in un altro ramo della sicurezza sociale, sia pure compatibile con la norma costituzionale². Per quanto concerne le modalità d'adempimento del mandato costituzionale, la Confederazione dispone di un margine di manovra relativamente ampio: l'affiliazione può essere dichiarata obbligatoria, in generale o per taluni gruppi della popolazione, possono essere tenute a versare contributi anche persone che mai fruiranno delle prestazioni assicurative; inoltre, natura e portata delle prestazioni non sono assolutamente precisate nell'articolo costituzionale, ciò che concede al legislatore una libertà praticamente illimitata³.

2.2. I più recenti⁴ tentativi di realizzazione dell'assicurazione maternità

Il 2 dicembre 1984 è stata respinta, in violazione popolare (con il no di tutti i cantoni e dell'84,2% del popolo), l'iniziativa deposta nel gennaio 1980 da diverse organizzazioni, per la maggior parte femminili o progressiste, e denominata "per un'efficace protezione della maternità". L'iniziativa prevedeva l'istituzione di un'assicurazione obbligatoria e generale, l'integrale copertura delle spese mediche, farmaceutiche ed ospedaliere derivanti dalla gravidanza e dal parto e l'introduzione di un congedo maternità di sedici settimane al minimo, di cui almeno dieci dopo il parto con compensazione integrale del salario per le assicurate con attività lucrativa (con l'eventuale fissazione di un importo massimo), ed un'equa

1 Cfr. BORELLA A. (1993) pag. 38, MAHON P. (1992) marginale 70 e riferimenti citati, RIEMER-KAFKA G. (1987) pagg. 52 seg.

2 Cfr. MAHON P. (1992) marginale 70 e riferimenti citati.

3 Il testo costituzionale è chiaro. Cfr. anche MAHON P. (1992) marginali 71 e 72 e riferimenti citati.

4 Per una panoramica completa dei tentativi mancati di realizzazione di un'assicurazione maternità, nonché di quanto è stato effettivamente realizzato, dalla fine del secolo scorso ad oggi, ossia prima e dopo l'adozione del testo costituzionale, cfr. BERTANI L. (1992), BRUNNER Ch. (1992), MAHON P. (1992) marginale 74.

indennità per le assicurate senza attività lucrativa. Era inoltre previsto un congedo parentale.

Il 6 dicembre 1987 è stato respinto, in votazione referendaria ed ancora da un'importante maggioranza della popolazione, il progetto di revisione della legge sull'assicurazione malattia, che prevedeva un'assicurazione obbligatoria d'indennità giornaliera in caso di maternità, ispirantesi alla legge sull'indennità per perdita di guadagno¹.

Il 29 febbraio 1988, il canton Ginevra ha deposto un'iniziativa, trasformata dalle Camere in postulato, con la quale ha invitato il Consiglio federale ad elaborare nel termine più breve possibile un progetto di legge sull'assicurazione maternità, indipendente dall'assicurazione malattia.

Nel programma legislativo 1991-1995, il Consiglio federale ha, tra l'altro, enunciato che l'instaurazione di un'assicurazione maternità costituiva uno dei temi più importanti della legislatura. Così, nel corso della stessa, è stato presentato un disegno preliminare di "Legge federale sull'assicurazione per la maternità" e, con decisione del 25 giugno 1997, il Consiglio federale, ha presentato un Messaggio relativo, pubblicato il 30 giugno 1997 dall'Ufficio federale delle assicurazioni sociali (UFAS). Nel frattempo, il 4 dicembre 1994, popolo e cantoni hanno accettato, in votazione referendaria, la nuova legge sull'assicurazione malattia, entrata in vigore il 1° gennaio 1996 e della quale si parlerà più oltre.

2.3. Adempimento del mandato costituzionale?

All'adozione dell'articolo costituzionale non è seguita una legge istitutiva dell'assicurazione maternità. E' quindi lecito porre la questione se il mandato di cui all'articolo 34 quinquies cpv. 4 Cost. sia adempiuto, considerato lo stato attuale della legislazione. La maggior parte della dottrina riteneva, sotto l'impero della

¹ Legge federale sulle indennità di perdita di guadagno in caso di servizio militare, servizio civile o servizio di protezione civile, RS 834.1.

vecchia LAMI¹, che ciò non fosse il caso, o che comunque l'adempimento fosse incompleto².

Conformemente a quanto ritiene la dottrina dominante e come verrà qui di seguito dimostrato, non possono sussistere dubbi sul fatto che il mandato costituzionale non è ancora stato adempito. E ciò non solo per questioni formali - un ramo indipendente delle assicurazioni sociali relativo alla tutela della maternità ancora non esiste -, quanto piuttosto per le lacune sostanziali ancora esistenti nell'attuale legislazione. Basti qui solo anticipare che il fatto che una salariata sia impedita di lavorare durante il puerperio, in virtù di disposizioni legali imperative, non garantisce, necessariamente, che essa riceva di diritto la compensazione del salario che viene a mancare. La situazione è ancora più lacunosa per le lavoratrici indipendenti, che sole debbono assumere la perdita di guadagno subita, o almeno i costi della relativa assicurazione. Le donne che prima di partorire non esercitavano alcuna attività lucrativa non hanno, dal canto loro, diritto ad alcuna prestazione finanziaria. Per contro, un'assicurazione per la maternità degna di questo nome deve necessariamente comprendere un congedo durante la gravidanza ed il puerperio, che sia adeguatamente remunerato.

3. La legislazione federale

3.1. Premessa

Attualmente non esiste ancora una regolamentazione uniforme e coordinata per la tutela della maternità e della paternità. Con ciò si intende dapprima un testo unico, che riunisca l'insieme delle disposizioni relative, ma, soprattutto, una regolamentazione coerente, che affianchi, per esempio, ad un periodo di astensione obbligatoria dal lavoro una disposizione conseguente sulla copertura della perdita di guadagno che ne deriva.

1 I miglioramenti apportati dalla LAMal entrata in vigore recentemente non sono tali da poter far concludere diversamente, in particolare per quanto concerne l'indennità giornaliera. Le lacune della LAMal verranno analizzate nei prossimi capitoli.

2 Cfr. LOCHER T. (1995) pag. 109, BRUNNER Ch. (1994) pagg. 87 seg, BORELLA A. (1993) pagg. 38, 39 e 87, MAUREN A. (1993) pag. 249, MAHON P. (1992) marginale 73 e riferimenti citati e marginale 82; contra RIEMER-KAFKA G. (1987) pagg. 59 seg.

Le disposizioni concernenti la maternità, in continuo mutamento, si trovano nella legge sul lavoro, nel titolo decimo del codice delle obbligazioni sul contratto di lavoro, nella legge sull'assicurazione malattie¹: tali testi di legge non contengono alcuna disposizione esplicita in merito alla paternità. Inoltre, numerose persone sottostanno a disposizioni particolari, quali quelle contenute nei vari regolamenti per i dipendenti della Confederazione, degli istituti ad essa annessi, dei cantoni e dei comuni. In diversi settori economici vigono poi disposizioni particolari, più favorevoli per i lavoratori rispetto alle norme legali, in ragione dei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati con i datori di lavoro, rispettivamente con le loro associazioni². Infine, le ventisei legislazioni cantonali contengono disposizioni concernenti la protezione della famiglia, quali in particolare le normative sugli assegni familiari, le quali considerano sia il rapporto di filiazione con la madre che quello con il padre.

Nella legislazione in vigore non è certo facile riassumere in modo chiaro quali siano le prestazioni cui una donna ha diritto in caso di gravidanza, parto e maternità. Le stesse infatti non sono uguali per tutte le donne - divergendo in primo luogo in funzione della rispettiva situazione professionale -, e neppure per tutte le lavoratrici dipendenti - divergendo in funzione del tipo di contratto di lavoro, della persona del datore di lavoro, degli anni di servizio prestati, dell'intenzione o meno di riprendere l'attività dopo il parto, di un'eventuale copertura assicurativa o del domicilio -. Per le prestazioni spettanti ad un uomo in caso di paternità, l'analisi è più facile, poiché le leggi, con l'eccezione di quelle sugli assegni familiari, sembrano aver completamente dimenticato che il fatto di generare concerne, seppure in maniera diversa dal punto di vista biologico, entrambi i sessi.

1 Nonché nelle numerose ordinanze relative e nelle differenti disposizioni statutarie dei singoli istituti assicurativi.

2 Anche tra queste miriade di regolamentazioni non è facile districarsi: in pratica risulta già impossibile ottenere un elenco aggiornato di tutti i contratti collettivi esistenti sul territorio svizzero. Inoltre, quando si tratta di un contratto concluso, per la parte padronale, da un'associazione di datori di lavoro e non dalla singola impresa, è pure difficile sapere quali datori di lavoro siano ad esso vincolati, tranne nel caso in cui la convenzione sia stata dichiarata obbligatoria. Infine, il campo d'applicazione del contratto collettivo non abbraccia necessariamente la totalità di dipendenti, ma può eccettuare, di volta in volta, i quadri, il personale amministrativo od ancora i lavoratori a tempo parziale od aventi un contratto a termine.

Di seguito, verranno trattate unicamente le tre codificazioni federali più importanti per la protezione della maternità; non costituiscono invece oggetto del presente studio la legislazione federale speciale e le eventuali disposizioni cantonali.

3.2. La legge federale del 18 marzo 1994 sull'assicurazione malattie¹

La LAMal, entrata in vigore il 1° gennaio 1996, disciplina l'assicurazione sociale contro le malattie, la quale comprende l'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie e l'assicurazione facoltativa d'indennità giornaliera ed accorda prestazioni in caso di malattia, infortunio² e maternità³.

Nell'ambito dell'assicurazione per le prestazioni medico-sanitarie, la legge opera una chiara distinzione tra l'assicurazione sociale, la quale offre un ventaglio che dovrebbe essere completo di prestazioni, definite dalla legge stessa e precisate nelle relative ordinanze, e l'assicurazione complementare, la quale soddisfa invece desideri particolari dei singoli che vogliono beneficiare di una copertura assicurativa più ampia di quella definita dalla LAMal e che soggiace al diritto privato. Dal canto suo, l'assicurazione indennità giornaliera, pur rimanendo facoltativa come lo era stata precedentemente all'entrata in vigore della LAMal, è sociale in quanto le garanzie relative all'accesso all'assicurazione, già previste nella LAMI abrogata, saranno mantenute⁴.

In sostanza, quindi, l'assicurazione malattia si presenta attualmente a tre livelli: un'assicurazione per le cure medico-sanitarie, obbligatoria e sociale, ma unicamente per le prestazioni definite obbligatorie dalla legge stessa⁵,

1 LAMal; RS 832.10. Con l'entrata in vigore della LAMal è stata abrogata l'allora vigente Legge federale sull'assicurazione contro le malattie (LAMI).

2 Per quanto le prestazioni previste dalla LAMal non siano già a carico di alcuna assicurazione infortuni, art. 1 cpv. 2 lett. b LAMal.

3 Art. 1 LAMal.

4 FF 1992 I 65, 111 seg.

5 Secondo l'art. 34 cpv. 1 LAMal, per l'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie, gli assicuratori non possono assumere altri costi oltre quelli delle prestazioni definite dalla LAMal. In altri

un'assicurazione indennità giornaliera per perdita di guadagno, facoltativa e tuttavia sociale, nel senso che la legge pone limiti importanti alla libertà contrattuale delle parti per ragioni di "giustizia sociale" ed un'assicurazione complementare per le cure medico-sanitarie, ed eventualmente anche per l'indennità giornaliera, lasciata interamente alla libertà contrattuale delle parti interessate.

Il settore sociale delle cure medico-sanitarie comporta, come visto, prestazioni specifiche in caso di maternità, le quali comprendono gli esami di controllo durante e dopo la gravidanza, effettuati da un medico o da una levatrice o prescritti da un medico, il parto a domicilio, all'ospedale o in un istituto semi ospedaliero, come pure l'assistenza del medico o della levatrice¹ e la necessaria consulenza per l'allattamento². Inoltre, in caso di interruzione non punibile della gravidanza ai sensi dell'articolo 120 del Codice penale, l'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie assume gli stessi costi delle prestazioni in caso di malattia³. Per le prestazioni di maternità gli assicuratori non possono riscuotere alcuna partecipazione alle spese⁴: ciò vale evidentemente per le prestazioni elencate dalla legge quali specifiche per la maternità, ma non per l'interruzione della gravidanza, esplicitamente equiparata ad un caso di malattia. Gli esami di controllo e la consulenza per l'allattamento sono stati più dettagliatamente definiti dal

termini, il catalogo della legge è esaustivo e non permette al giudice di estendere le prestazioni con un'applicazione per analogia, cfr. MAURER A. (1996) pag. 51. La designazione nella LAMal stessa essendo spesso generica, il catalogo delle prestazioni è stato completato dal Consiglio federale, ai sensi della delega di cui all'art. 33 LAMal, e dal Dipartimento dell'Interno, per la possibilità di subdelega prevista al capoverso 5 del medesimo articolo.

1 I costi di un parto effettuato all'estero sono assunti dagli istituti assicurativi a titolo di prestazioni obbligatorie nel caso in cui tale parto costituisca la sola possibilità di procurare al figlio la nazionalità della madre o del padre oppure nel caso in cui il figlio, se nascesse in Svizzera, risulterebbe apolide: art. 36 cpv. 3 OAMal.

2 Art. 29 LAMal.

3 Art. 30 LAMal.

4 Art. 64 cpv. 7 LAMal. Per tutte le altre prestazioni, invece, gli assicurati assumono parte dei costi, sotto forma di una franchigia annuale e di un'aliquota percentuale, cfr. capoverso 1 del medesimo articolo. La LAMal ha così ripreso quanto già vigevo sotto la LAMl.

Dipartimento federale dell'interno nel capitolo 4 dell'Ordinanza sulle prestazioni¹, in virtù della delega di cui all'art. 33 lett. d OAMaI²:

Art. 13 Esami di controllo

In caso di maternità, l'assicurazione assume gli esami di controllo seguenti (art. 29 cpv. 2 lett. a LAMaI)

a. Controlli

1. Sette esami in caso di gravidanza normale

- Prima consultazione: anamnesi, esame clinico e vaginale e consigli, esame delle varici e degli edemi alle gambe. Prescrizione di analisi di laboratorio necessarie; per la levatrice secondo l'appendice all'elenco delle analisi.

- Ulteriori consultazioni: controllo del peso, della pressione sanguigna, dello stato del feto, uroscopia e ascoltazione dei toni cardiaci fetali. Prescrizione di analisi di laboratorio necessarie; per la levatrice secondo l'appendice all'elenco delle analisi.

2. In caso di gravidanza a rischio

- Ripetizione di esami secondo la valutazione clinica

b. Controllo agli ultrasuoni

1. In caso di gravidanza normale: un controllo tra la 10a e la 12a settimana di gravidanza; un controllo tra la 20a e la 23a settimana di gravidanza.

Dopo approfondito colloquio con spiegazioni e consulenza che dev'essere autenticato. I controlli possono essere effettuati solo da medici con relativa formazione complementare e necessaria esperienza³.

1 Ordinanza del 29 settembre 1995 sulle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie (OPre); RS 832.112.31.

2 Ordinanza del 27 giugno 1995 sull'assicurazione malattie; RS 832.102.

3 La cifra 1 della lett. b dell'art. 13 OPre è stata introdotta con la modifica del 26 aprile 1996, in seguito ad una forte reazione dell'opinione pubblica alla scelta di non contemplare, quali prestazioni obbligatorie, almeno due controlli agli ultrasuoni per ogni gravidanza, indipendentemente dal fatto che si trattasse di gravidanza a rischio o meno. Gli specialisti in materia asserivano del resto che sono appunto tali esami effettuati di routine che permettono di individuare le gravidanze a rischio. La

2. In caso di gravidanza a rischio

Ripetizione di esami secondo la valutazione clinica. Possono essere effettuati solo da medici con relativa formazione complementare e necessaria esperienza.

c. Esami prenatali mediante cardiocografia

In caso di gravidanza a rischio

d. Amniocentesi, prelievo di villi coriali

Dopo approfondito colloquio con spiegazioni e consulenza che dev'essere autenticato nei casi seguenti:

- donne a partire dai 35 anni d'età¹,*
- donne più giovani con rischio comparabile².*

e. Controllo post-partum un esame

Tra la sesta e la decima settimana post-partum: anamnesi intermedia, esame clinico e ginecologico, consulenza compresa.

Art. 14 Preparazione al parto

L'assicurazione assume un contributo di 100 franchi per un corso di preparazione al parto, eseguito in gruppo e diretto dalla levatrice.

Art. 15 Consulenza per l'allattamento

(1) La consulenza per l'allattamento (art. 29 cpv. 2 lett. c LAMal) è assunta dall'assicurazione se dispensata da una levatrice o da un infermiere con relativa formazione speciale.

modifica dell'ordinanza, entrata in vigore il 15 maggio 1996, ha per ora una validità limitata fino al 31 dicembre 2001.

1 E' così consacrata la giurisprudenza di cui ella DTF 112.V 303, secondo la quale "l'amniocentesi deve essere presa a carico delle casse malati, nell'ambito degli esami di controllo (...), quando la futura madre ha almeno 35 anni".

2 Altre prestazioni in caso di gravidanza a rischio non saranno invece assunte quali prestazioni di maternità, ma rimarranno, eventualmente, quali prestazioni di malattia, come è il caso, per esempio, per le analisi del DNA eseguite nella cerchia dei parenti dell'assicurato al fine di esaminare se quest'ultima è portatrice di una malattia ereditaria; cfr. RAMI 1995 pag. 12.

(2) La remunerazione è limitata a tre sedute.

Art. 16 · Prestazioni delle levatrici

(1) Le levatrici possono effettuare a carico dell'assicurazione le prestazioni seguenti:

a. le prestazioni di cui all'articolo 13 lettera a:

1. in caso di gravidanza normale, la levatrice può effettuare sei esami di controllo. Deve segnalare all'interessata che una consultazione medica è indicata prima della sedicesima settimana di gravidanza.

2. in caso di gravidanza a rischio, senza patologia manifesta, la levatrice collabora con il medico. In caso di gravidanza patologica, la levatrice effettua le prestazioni secondo la prescrizione medica;

b. nel corso di un esame di controllo, la levatrice può prescrivere un controllo agli ultrasuoni di cui all'articolo 13 lettera b;

c. le prestazioni di cui all'articolo 13 lettera c e e, come pure agli articoli 14 e 15.

(2) Le levatrici possono anche effettuare a carico dell'assicurazione prestazioni secondo l'articolo 7 capoverso 2.¹ Queste prestazioni vanno effettuate dopo un parto a domicilio, un parto ambulatorio o dopo l'uscita anticipata dall'ospedale oppure da un istituto di cure semi ospedaliere.

Come detto, per le prestazioni obbligatorie di maternità appena enumerate l'assicuratore non può riscuotere alcuna partecipazione ai costi, né in forma di franchigia, né di aliquota percentuale². Per tutto quanto non è definito dalla legge o dalle ordinanze quale prestazione specifica di maternità - e anche per cure che, nel senso comune, apparirebbero sempre comunque in relazione alla gravidanza in corso, a cominciare, per esempio, dall'interruzione non punibile della gravidanza - gli istituti assicurativi sono liberi di imporre alla beneficiaria una regolare partecipazione.

Sono obbligatoriamente tenute ad assicurarsi per le cure medico-sanitarie, e di conseguenza per le prestazioni speciali di maternità appena elencate, tutte le persone domiciliate in Svizzera, e ciò entro tre mesi dall'acquisizione del domicilio

¹ L'art. 7 OPpre definisce le cure dispensate a domicilio, ambulatoriamente o in una casa di cura.

² Art. 64 cpv. 7 LAMal. Inoltre, secondo l'art. 104 cpv. 2 lett. b OAMal, le donne sono esenti dal pagamento del contributo giornaliero dei costi di degenza ospedaliera, per le prestazioni di maternità.

o dalla nascita in Svizzera¹. Se l'affiliazione avviene entro questo termine, di tempo, se essa è, in altre parole, tempestiva, l'assicurazione inizia dall'acquisizione del domicilio o dalla nascita in Svizzera, mentre in caso d'affiliazione tardiva l'assicurazione inizia dal giorno dell'affiliazione²: i Cantoni provvedono all'osservanza dell'obbligo assicurativo³. L'introduzione dell'obbligatorietà ha come importante conseguenza pratica l'abolizione di ogni periodo di noviziato, ossia di

1 Art. 3 cpv. 1 LAMal.

2 Art. 5 cpv. 1 e 2 LAMal.

3 Art. 6 cpv. 1 LAMal. Malgrado questa disposizione renda in qualche modo responsabili i Cantoni dall'osservanza dell'obbligo sul loro territorio, va rilevato il fatto, riprovevole, che la LAMal non ha instaurato un'affiliazione automatica, ex lege, - così come già prevista, per esempio, nella LAVS o nella LAINF - mediante la creazione di un istituto suppletivo che assumesse le prestazioni per le persone non assicurate malgrado l'obbligo: l'esperienza mostra infatti che, malgrado tutte le precauzioni possibili, v'è sempre qualcuno che sfugge ai controlli (il rischio tocca senza dubbio le persone appartenenti alle cerchie marginali), cfr. BORELLA A. (1993) pagg. 391 segg. Un'istituzione comune, del resto, esiste: essa assume, tra l'altro, i costi delle prestazioni legali, facendo le veci degli assicuratori insolubili (art. 18 cpv. 2 LAMal). Pertanto, la motivazione secondo cui l'obbligo d'assicurazione previsto è stato preferito all'assicurazione automatica per contenere l'apparato amministrativo ed evitare in particolare l'istituzione di una cassa suppletiva (cfr. FF 1992 I 65, 112) appare piuttosto pretestuosa. In caso di affiliazione tardiva, quindi, l'assicurazione non essendo retroattiva, le spese delle cure lomite prima dell'affiliazione saranno a carico dell'assicurato: FF 1992 I 65, 114 e BORELLA A. (1993) pag. 403. Tuttavia, una persona sfuggita al controllo cantonale potrebbe tentare di far assumere le spese al proprio cantone di domicilio, il quale è responsabile del controllo dell'affiliazione di tutta la popolazione residente. E ciò a maggior ragione in caso di persone poco abbienti, che avrebbero diritto ad un sussidio cantonale per i premi dell'assicurazione. I cantoni, tenuti in un primo luogo a verificare l'affiliazione della popolazione residente, ed in secondo luogo ad accordare riduzioni di premi alle persone di condizione economica modesta (art. 65 cpv. 1 LAMal) non potrebbero essere tenuti ad assumere i costi relativi ad una cura avvenuta prima di un'affiliazione tardiva? Perché l'assicurato dovrebbe sopportare i costi, quando i cantoni sono ugualmente responsabili della non osservanza dell'obbligo assicurativo?

un periodo minimo di appartenenza all'istituto prima di poter beneficiare delle prestazioni assicurate¹.

L'assicurazione ha termine quando l'assicurato cessa di essere soggetto all'obbligo d'assicurazione².

Gli assicurati presso il medesimo istituto pagano di regola, per le cure medico-sanitarie obbligatorie, un premio che è uguale per tutti³: la LAMal ha introdotto il cosiddetto principio del premio unico.

1 Cfr. MAURER A. (1996) pag. 49 e BORELLA A. (1993) pag. 400. La LAMI abrogata prevedeva invece, all'art. 14 cpv. 1 relativo alle prestazioni di maternità, che in caso di gravidanza e di parto, le casse dovevano concedere le prestazioni previste per i casi di malattia, se, fino al giorno del parto, l'assicurata aveva appartenuto a una o più casse da almeno 270 giorni, senza interruzione superiore a tre mesi.

2 Art. 5 cpv. 3 LAMal. Gli istituti assicurativi non sembrerebbero invece più avere la possibilità di escludere un assicurato dall'assicurazione obbligatoria, come era il caso sotto la LAMI. La LAMal non menziona infatti tale eventualità, tranne per casi eccezionali in cui la procedura esecutiva non può essere promossa contro un assicurato cui la legislazione svizzera in materia d'assistenza sociale non è applicabile, oppure se tale procedura non stocia nel pagamento dei premi o delle partecipazioni ai costi, e sempre previa dillida scritta e avvertenza sulle relative conseguenze: art. 9 cpv. 4 OAMal. Giustamente MAURER A. (1996) pag. 41 ha espresso dubbi circa la conformità alla legge di quest'ultima disposizione d'ordinanza e dunque sulla sua validità. Infatti, la possibilità d'esclusione per mancato pagamento dei premi è incompatibile col principio dell'obbligatorietà assicurativa. Inoltre, spetta ai cantoni d'assumere i premi e le partecipazioni di persone insolvibili, con il versamento di sussidi di assicurazione malattia o di assistenza sociale. La giurisprudenza emanata sotto la LAMI ammetteva la possibilità d'esclusione - che rappresentava la sanzione più grave per la violazione degli obblighi contrattuali - nel rispetto del principio della proporzionalità, per esempio in caso di mancato pagamento delle quote, se il comportamento dell'assicurato poteva essere considerato abusivo (DTF 111 V 318), o per reticenza, sempre se la colpa dell'assicurato fosse da ritenersi particolarmente grave (RKUV 1986 pag. 310).

3 Art. 61 LAMal: è tuttavia possibile differenziare i premi per cantoni e regioni; per gli assicurati al di sotto dei 18 anni il premio deve essere inferiore rispetto a quello degli adulti. Inoltre, gli assicuratori possono ridurre i premi in caso di stipulazione di forme particolari di assicurazione, quali quelle con scelta limitata del fornitore di prestazioni, con una partecipazione ai costi superiore a quella legale o con bonus (art. 62 LAMal).

Tutto quanto, per le cure medico-sanitarie, esula dall'obbligatorietà può essere oggetto di stipulazione individuale fra l'assicurato ed un assicuratore. In questo caso, trattandosi del settore privato e non più di quello sociale, non sono applicabili le prescrizioni della LAMal, ma solo quelle della LCA¹. L'assicuratore è libero di rifiutare una proposta assicurativa presentata dal potenziale assicurato o di accettarla solo previa stipulazione di riserve (per esempio per gravidanze a rischio) o periodi di noviziato²; infine, i premi sono fissati in base al rischio, mentre l'assicurato non può far valere il principio del premio unico vigente nell'ambito dell'assicurazione sociale.

Come era il caso sotto l'impero della LAMI, la LAMal non prevede un'assicurazione obbligatoria d'indennità giornaliera per perdita di salario, né in caso di malattia, né per la maternità³. Tuttavia, le persone domiciliate in Svizzera o che vi esercitano un'attività lucrativa e aventi compiuto i 15 anni ma non ancora i 65 anni possono stipulare un'assicurazione d'indennità giornaliera, e ciò anche presso un assicuratore diverso da quello scelto per l'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie⁴. Esse possono far valere tale diritto almeno nei confronti degli assicuratori che gestiscono l'assicurazione malattie sociale⁵, i quali sono obbligati ad ammettere, nell'ambito della loro attività territoriale, qualsiasi persona avente il diritto di assicurarsi⁶. L'assicurazione facoltativa d'indennità giornaliera può anche essere stipulata in forma d'assicurazione collettiva, dal datore di lavoro, da associazioni di datori di lavoro, da associazioni professionali o da associazioni di

1 Legge federale del 2 aprile 1908 sul contratto d'assicurazione; RS 221.229.1.

2 I periodi di noviziato per le prestazioni extra obbligatorie di maternità possono essere anche più lunghi di quello di 270 giorni previsto dalla vecchia LAMI, la libertà contrattuale delle parti stipulanti non essendo limitata.

3 La LAMal ha ripreso, per tale eventualità, ciò che valeva sotto la LAMI, cfr. BORELLA A. (1993) pag. 404.

4 Art. 67 cpv. 1 e 2 LAMal.

5 Le casse malati riconosciute e gli istituti d'assicurazione autorizzati, cfr. artt. 11 segg. LAMal.

6 Art. 68 cpv. 1 LAMal.

dependenti¹. La copertura facoltativa d'indennità giornaliera, conclusa presso un'istituzione che esercita l'assicurazione malattia sociale, risponde della perdita di guadagno, sia in caso di assenze dovute a malattia che in caso di assenze dovute a maternità; essa copre, in altri termini, congiuntamente la malattia e la maternità². L'indennità giornaliera in caso di maternità è pagata - sempreché la partoriente sia stata previamente assicurata da almeno 270 giorni senza interruzione superiore a tre mesi³ - per sedici settimane, di cui almeno otto dopo il parto; tale durata non può essere computata nella durata massima prevista dall'art. 72 cpv. 3 per i casi di malattia⁴. Per quanto concerne quindi il settore facoltativo previsto nella LAMal, la legge stessa prevede un periodo di noviziato, limitato imperativamente a 270 giorni. Essa fissa inoltre imperativamente la durata del versamento dell'indennità. Contrariamente all'indennità giornaliera in caso di malattia, per la quale il diritto è dato in caso di riduzione della capacità lavorativa di almeno la metà⁵, l'indennità giornaliera in caso di maternità non presuppone incapacità lavorativa alcuna, almeno per le 16 settimane legali, tale condizione non essendo prevista nell'articolo di legge. La LAMal non contiene per contro alcuna disposizione

1 Art. 67 cpv. 3 LAMal.

2 Art. 72 cpv. 1 LAMal: "gli assicuratori stabiliscono l'ammontare dell'indennità giornaliera assicurata d'intesa con gli stipulanti. Essi possono limitare la copertura alla malattia e alla maternità". L'impiego della congiunzione cumulativa, e non alternativa, lega in maniera indissociabile malattia e maternità, rendendo impossibile assicurare la prima ma non la seconda. L'esclusione della copertura assicurativa può quindi riferirsi unicamente all'eventualità infortuni, cfr. MAURER A. (1996) pag. 114.

3 Questo periodo di noviziato vale anche in caso di aumento della copertura assicurativa, cfr. BORELLA A. (1993) no. 464.

4 Art. 74 LAMal.

5 Art. 72 cpv. 2 LAMal; inoltre, per la malattia, il diritto all'indennità nasce, di principio, il terzo giorno che segue quello dell'insorgenza dell'incapacità lavorativa e può essere differito, con corrispettiva riduzione del premio. Resta la domanda se, in caso di stipulazione di un differimento, tale differimento valga anche per la maternità, dal momento che per questo evento, in primo luogo, l'incapacità lavorativa non è determinante per stabilire decorrenza e durata del diritto e, in secondo luogo, le prestazioni di maternità vanno concesse, secondo la legge, per la durata di 16 settimane. Un differimento potrebbe avere un senso unicamente qualora esso potesse raccorciare le 16 settimane. La questione sarà trattata più oltre.

sull'ammontare dell'indennità e, al proposito, non pone neppure un limite inferiore al di sotto del quale non è possibile scendere. L'assicuratore è quindi libero di offrire la copertura che meglio gli garba: unici limiti sono rappresentati dal principio della mutualità, della parità di trattamento degli assicurati¹ e dal principio che per prestazioni uguali egli riscuote premi uguali². Nulla impedisce, per esempio, agli assicuratori di offrire all'insieme delle persone che esercitano un'attività lucrativa unicamente la copertura del 40 per cento, o del 10 per cento, della perdita di guadagno³; nulla impedisce agli assicuratori di offrire, alle persone senz'attività lucrativa, un'indennità giornaliera di frs. 10.--, o frs. 1.--: il principio della parità di trattamento non proteggerebbe in questi casi alcun assicurato dall'offerta di un'indennità del tutto irrisoria⁴.

1 Art. 13 cpv. 2 lett. a LAMal. Il principio della parità di trattamento significa in sostanza che ogni persona che adempie le condizioni per l'adesione all'assicurazione d'indennità giornaliera può aderire all'assicurazione alle stesse condizioni applicate dall'assicuratore in questione agli altri assicurati, segnatamente riguardo la durata e l'ammontare dell'indennità giornaliera, sempre riservato il caso di sovrindennizzo (art. 109 OAMal). Come una persona interessata possa effettuare una verifica in tal senso, non è dato di sapere. Se gli statuti dell'assicuratore sono precisi, il controllo potrebbe essere ancora possibile, ma se la prestazione fosse fissata individualmente per ogni singolo caso, una verifica è invece esclusa. Meglio sarebbe stato che la legge prevedesse espressamente l'ammontare dell'indennità giornaliera. Il principio della parità di trattamento è infatti insufficiente, in un sistema che non può definirsi trasparente.

2 Art. 76 cpv. 1 LAMal.

3 MAURER A. (1996) pagg. 113 seg. afferma che l'indennità giornaliera deve essere commisurata alla necessità ed in particolare misurarsi sul reddito dell'assicurato, siccome essa dovrebbe appunto coprire la perdita di guadagno dovuta all'impossibilità di lavorare. Tuttavia, tale riflessione non trova riscontro nella legge, ed è già apparentemente smentita dalla pratica. Infatti, ad un'interpellanza parlamentare del 18 giugno 1996 di Christiane Brunner, il Consiglio federale rispose di non avere alcun potere per imporre agli assicuratori ciò che la legge stessa non impone, ossia di offrire un'assicurazione d'indennità giornaliera corrispondente alla perdita di guadagno; modificazioni legislative per ovviare a tale lacuna legislativa non sarebbero attualmente previste (cfr. Sécurité sociale 1996 pag. 277).

4 Nella procedura di consultazione, il Dipartimento dell'interno aveva proposto un'assicurazione indennità giornaliera che prevedeva il diritto di assicurare fino all'80% del reddito e che rendeva più

3.3. La legge federale del 13 marzo 1964 sul lavoro nell'industria, nell'artigianato e nel commercio¹

La legge contiene norme di diritto pubblico ed il suo scopo è la tutela della salute dei lavoratori². Vi si trovano disposizioni relative alle norme d'igiene³, alla durata del lavoro e del riposo⁴, al lavoro a squadre e continuo⁵, nonché alla protezione speciale dei giovani e delle donne⁶. La legge dispone inoltre l'obbligazione per ogni azienda industriale di dotarsi di un regolamento aziendale, che contenga disposizioni sull'igiene del lavoro e la prevenzione degli infortuni e, se necessario, sull'ordine ed il comportamento dei lavoratori all'interno dell'azienda⁷. Essa si applica, di principio, "a tutte le aziende pubbliche e private, segnatamente a quelle dell'industria, dell'artigianato, del commercio, dei settori bancario, assicurativo, dei trasporti e alberghiero e a quelle intese alla cura degli ammalati o alle prestazioni di altri servizi, come anche alle aziende per la coltura delle foreste pubbliche"⁸. Tuttavia, a questa applicazione generalizzata, vi sono numerose eccezioni

facile l'accesso all'assicurazione anche alle persone senza attività lucrativa (assicurazione delle spese per un sostituto): FF 1992 I 65, 109 e 110. Il Consiglio federale rinunciò tuttavia ad ogni puntuale miglioramento nell'ambito dell'assicurazione facoltativa, considerando che ogni progresso in tal senso avrebbe reso il progetto di revisione eccessivamente gravoso: FF 1992 I 65, 110.

1 LL: RS 822.11.

2 L'applicazione della legge non presuppone l'esistenza di un contratto di lavoro, un rapporto d'occupazione di tipo dipendente essendo sufficiente, cfr. SCHNEIDER J.-A. (1992) pag. 56.

3 Artt. 6 segg. LL ed Ordinanza 3 (OLL 3).

4 Artt. 9 segg. LL.

5 Artt. 23 segg. LL.

6 Artt. 29 segg. LL.

7 Artt. 37 e 38 LL.

8 Art. 1 cpv. 1 LL. Il capoverso 2 del medesimo articolo definisce l'azienda quale "ente formato da un datore di lavoro e da uno o più lavoratori, stabilmente o temporaneamente occupati, prescindendo dall'uso di impianti o di locali determinati".

concernanti le aziende¹ o le persone². La legge è completata da quattro ordinanze, una prima detta ordinanza generale, una seconda che contiene disposizioni speciali per determinate categorie di aziende o di lavoratori³, una terza relativa a disposizioni concernenti l'igiene e la prevenzione degli infortuni nelle aziende industriali ed una quarta relativa alla costruzione ed all'equipaggiamento delle aziende sottoposte alla procedura di approvazione dei piani.

Come detto, per la LL le donne rappresentano ancora un gruppo che merita particolare protezione. Così, alle stesse è vietata l'occupazione in determinati lavori⁴, ed il loro impiego nel lavoro notturno o domenicale è permesso solo alle condizioni speciali definite per ordinanza⁵. Inoltre, il datore di lavoro, nel determinare le ore del lavoro e del riposo, deve avere particolare riguardo per le donne che reggono un'economia domestica in cui convivono familiari⁶. Una particolare disposizione, l'art. 35 LL, è dedicata alla protezione delle donne incinte e delle madri che allattano:

(1) Le donne incinte possono essere occupate solo se vi acconsentono, ma mai oltre l'orario normale. Esse possono assentarsi mediante semplice avviso.

(2) Le puerpere non possono essere occupate durante le otto settimane successive al parto; a loro richiesta, il datore di lavoro può consentire una riduzione di detto periodo fino a sei settimane, purché il ristabilimento della capacità lavorativa sia comprovato da un certificato medico.

1 Art. 2 e 4 LL. L'eccezione più importante riguarda le amministrazioni federali, cantonali e comunali e le aziende familiari.

2 Art. 3 LL; per esempio i lavoratori che esercitano un ufficio direttivo elevato, o i lavoratori a domicilio.

3 Per esempio per gli istituti ospedalieri, gli asili ed internati, le farmacie, gli alberghi, i ristoranti, i caffè, i chioschi, le aziende di radiodiffusione e di televisione, e le aziende di divertimento.

4 Elencati all'art. 66 OLL 1. Le donne non possono, per esempio, essere occupate in lavori che comportano scosse violente, od esercitati a temperature molto elevate o molto basse, non possono sollevare o trasportare grandi pesi e non possono lavorare in miniera.

5 Art. 34 cpv. 3 LL, che rinvia agli artt. 70 e 71 dell'OLL 1.

6 Art. 36 cpv. 1 LL.

(3) Le madri allattanti possono essere occupate, anche dopo le otto settimane, solo se vi acconsentono. Il datore di lavoro deve lasciarle libere il tempo necessario per allattare.

Vi si aggiungono due disposizioni dell'OLL 1:

Art. 67

(1) Le donne incinte e le donne allattanti non possono essere occupate in lavori che, secondo l'esperienza, nuocciono alla salute, alla gravidanza o all'allattamento.

(2) Le donne incinte e le donne allattanti devono essere dispensate, a loro richiesta, dai lavori che sono per esse faticosi.

Art. 72

Le donne incinte e le donne allattanti possono essere occupate fuori dei limiti del lavoro diurno soltanto con il loro consenso.

La LL contiene, come detto, norme di diritto pubblico a protezione dei lavoratori; del tutto assenti sono invece, in particolare, disposizioni sulle conseguenze della protezione speciale su un eventuale contratto individuale di lavoro, ed in particolare sul diritto al salario: tale regolamentazione è lasciata alla contrattazione individuale, o collettiva, e regolata nel codice delle obbligazioni.

Va rammentato qui che il 1° dicembre 1996 è stata bocciata, in votazione popolare referendaria, una modifica della LL¹, i cui intenti meritano di essere menzionati, siccome il no popolare non significa affatto che le innovazioni proposte non verranno già in un prossimo futuro riprese, le discussioni per la modifica essendo attualmente già state avviate. Il disegno di revisione, presentato dal Consiglio federale², si proponeva in primo luogo di realizzare il principio costituzionale della parità dei sessi, abolendo il divieto per le donne d'esercitare il lavoro notturno e domenicale. Tuttavia, ai lavoratori ed alle lavoratrici chiamati in futuro a svolgere tale tipo di lavoro sarebbe stata garantita una maggiore protezione, sotto forma di compensazione del lavoro notturno e domenicale con un tempo libero supplementare e, per il lavoro notturno, di garanzia di controlli medici per l'esame dello stato di salute e, in caso d'inadeguatezza a tale occupazione, di trasferimento

1 Per il testo sottoposto alla votazione popolare, cfr. FF 1996 I 1127.

2 FF 1994 II 149.

ad un lavoro diurno analogo. Il lavoro notturno sarebbe rimasto vietato alle donne incinte a partire dall'ottava settimana precedente il parto. L'attuale protezione speciale per le donne che reggono un'economia familiare sarebbe stata rimpiazzata da una protezione speciale, di simile contenuto, per tutti i "lavoratori con responsabilità familiari". Anche la particolare normativa sulla durata del lavoro e del riposo per le donne avrebbe dovuto essere abolita, "poiché, eccettuate prescrizioni speciali in relazione con la maternità, non devono più sussistere regolamentazioni speciali della durata del lavoro e del riposo per le donne"¹. La protezione della maternità sarebbe stata meglio codificata in tre articoli distinti: una prima norma sulla tutela della salute durante la maternità, che oltre all'attenzione per la salute della madre faceva esplicito riferimento a quella del nascituro, una seconda sull'occupazione durante la maternità, che manteneva il divieto assoluto di lavorare nelle otto settimane, non più riducibili a sei, successive al parto ed introduceva, come visto, il divieto di svolgere lavoro notturno durante le ultime otto settimane di gravidanza, ed una terza sul lavoro compensativo e sul pagamento continuato del salario durante la maternità². Come detto, la revisione legislativa non ha ottenuto l'avallo popolare, essenzialmente a causa delle modifiche apportate dal Parlamento al progetto del Consiglio federale, il quale non ha del resto appoggiato il disegno messo in votazione, fatto realmente eccezionale.

1 FF 1994 II 149, 180.

2 Il nuovo articolo 35b, sottoposto a votazione, prevedeva, in un primo capoverso, un obbligo del datore di lavoro d'offrire, per quanto possibile, alle donne incinte occupate tra le 20 e le 6 (sia detto per inciso, per la maternità il limite serale del lavoro diurno - lasciato alle 20, com'è attualmente, dal Consiglio federale e portato alle 23 dalle camere - non è stato modificato dal Parlamento), un lavoro equivalente tra le 6 e le 20 a partire dall'ottava settimana prima del parto, eventualmente anche per il resto della gravidanza e fra l'ottava e la sedicesima settimana dopo il parto, in caso di necessità per la salute della donna o del nascituro, rispettivamente del neonato. Un secondo capoverso precisava che qualora non fosse stato possibile offrire un lavoro diurno equivalente, le donne occupate tra le 20 e le 6 avrebbero avuto diritto all'80% del salario. Due ulteriori capoversi, presenti nel disegno del Consiglio federale, furono invece soppressi dalle camere: le disposizioni dell'articolo non avrebbero limitato l'obbligo del datore di lavoro in materia di pagamento del salario in caso di impedimento al lavoro per motivi diversi dalla maternità e durante il periodo di protezione la donna non avrebbe perso i vantaggi relativi alla sua posizione nell'azienda, alla sua anzianità di servizio e alle possibilità di avanzamento connessi al suo ordinario posto di lavoro notturno.

3.4. Il codice delle obbligazioni del 30 marzo 1911¹

Il titolo decimo del codice delle obbligazioni è consacrato al contratto di lavoro e contiene disposizioni sul contratto individuale di lavoro, su alcuni contratti speciali, sui contratti collettivi e normale di lavoro.

Il contratto individuale di lavoro è un contratto bilaterale, mediante il quale il lavoratore si obbliga a lavorare al servizio del datore di lavoro per un tempo determinato o indeterminato e il datore di lavoro a pagare un salario stabilito a tempo o a cottimo². Le norme del CO sono applicabili ai contratti che sottostanno al diritto privato: sono esclusi quindi i rapporti di servizio regolati dai numerosi statuti sui funzionari, i quali spesso riprendono tuttavia testualmente le disposizioni del CO o vi fanno riferimento a titolo di regolamentazione sussidiaria.

Le norme che si riferiscono alla maternità riguardano la problematica salariale, ed in particolare il diritto della lavoratrice al salario in caso d'impedimento a lavorare, le vacanze e la risoluzione del rapporto contrattuale.

Per quanto concerne, dapprima, il diritto al salario, va rilevato che, di principio, esso è dato quale controprestazione al lavoro fornito. Tuttavia, nel caso in cui il lavoratore fosse impedito di lavorare, il CO sancisce, adempiti determinati presupposti, un obbligo, limitato nel tempo, del datore di lavoro di continuare a versare il salario. L'art. 324 CO, dapprima, statuisce che:

(1) Se il datore di lavoro impedisce per sua colpa la prestazione del lavoro o è altrimenti in mora nell'accettazione del lavoro, egli rimane tenuto al pagamento del salario, senza che il lavoratore debba prestare ulteriormente il suo lavoro.

(2) Il lavoratore deve lasciarsi dedurre dal salario quanto ha risparmiato in conseguenza dell'impedimento al lavoro o guadagnato con altro lavoro o omesso intenzionalmente di guadagnare.

Inoltre, per l'art. 324a CO,

1 CO; RS 220.

2 Per una delimitazione del contratto di lavoro da altri tipi di contratto di prestazioni di servizio, quali, per esempio, il contratto d'appalto od il mandato, cfr. REHBINDER M. (1985) ni 42 segg. ad art. 319 CO, STAEHELIN A. (1984) ni 31 segg. ad art. 319 CO e VISCHER F. (1982) pagg. 302 segg.

(1) Se il lavoratore è impedito senza sua colpa di lavorare, per motivi inerenti alla sua persona, come malattia, infortunio, adempimento d'un obbligo legale o d'una funzione pubblica, il datore di lavoro deve pagargli per un tempo limitato il salario, compresa una adeguata indennità per perdita del salario in natura, in quanto il rapporto di lavoro sia durato o sia stato stipulato per più di tre mesi.

(2) Se un tempo più lungo non è stato convenuto o stabilito per contratto normale o contratto collettivo, il datore di lavoro deve pagare, nel primo anno di servizio, il salario per almeno tre settimane e, poi, per un tempo adeguatamente più lungo, secondo la durata del rapporto di lavoro e le circostanze particolari.

(3) Il datore di lavoro deve concedere le stesse prestazioni alla lavoratrice in caso di gravidanza e di puerperio.

(4) Alle disposizioni precedenti può essere derogato mediante accordo scritto, contratto normale o contratto collettivo, che sancisca un ordinamento almeno equivalente per il lavoratore.

Fra i diritti del lavoratore derivanti dal contratto di lavoro vi è quello alle vacanze: per ogni anno di lavoro, il datore di lavoro è tenuto a concedere ai propri dipendenti almeno quattro settimane di vacanza¹. In virtù dell'art. 329b CO, il datore di lavoro, dal canto suo, può ridurre la durata delle vacanze, qualora nel corso dell'anno il lavoratore abbia già presentato altri periodi d'assenza:

(1) Se nel corso di un anno di lavoro il lavoratore è impedito per propria colpa di lavorare complessivamente per più di un mese, il datore di lavoro può ridurgli la durata delle vacanze di un dodicesimo per ogni mese completo di assenza dal lavoro.

(2) Se l'impedimento non dura complessivamente più d'un mese nel corso d'un anno di lavoro ed è causato da motivi inerenti alla persona del lavoratore, come malattia, infortunio, adempimento d'un obbligo legale, esercizio d'una funzione pubblica o congedo giovanile, senza che vi sia colpa da parte sua, il datore di lavoro non ha diritto di ridurre la durata delle vacanze.

(3) Il datore di lavoro non può neppure ridurre le vacanze di una lavoratrice che, causa gravidanza o puerperio, è impedita di lavorare per due mesi al massimo.

(4) Alle disposizioni dei capoversi 2 e 3 può essere derogato mediante contratto normale o collettivo di lavoro a condizione tuttavia che tale ordinamento costituisca, nell'insieme, una soluzione almeno equivalente per i lavoratori.

¹ Art. 329a cpv. 1 CO: le vacanze dei lavoratori che ancora non hanno compiuto i 20 anni ammontano a 5 settimane all'anno. Per un anno incompleto di lavoro, le vacanze sono calcolate pro rata temporis (cpv. 2).

Per quanto concerne la regolamentazione della disdetta, va precisato dapprima che, nel nostro ordinamento giuridico, la validità della risoluzione del rapporto di lavoro dipende, di regola, dalla mera osservanza di determinati scadenze e termini di disdetta. Questi ultimi divergono in funzione della durata del rapporto di lavoro; le due parti contrattuali debbono rispettare il medesimo termine. Durante alcuni periodi "critici", i lavoratori fruiscono di una protezione, temporale e temporanea, dalla disdetta, ai sensi dell'art. 336c CO:

(1) Dopo il tempo di prova, il datore di lavoro non può disdire il rapporto di lavoro:

a. allorchando il lavoratore presta servizio obbligatorio svizzero, militare o di protezione civile, oppure servizio civile svizzero, servizio militare femminile o servizio della Croce Rossa e, in quanto il servizio duri più di undici giorni, nelle quattro settimane precedenti e seguenti;

b. allorchando il lavoratore è impedito di lavorare, in tutto o in parte, a causa di malattia o infortunio non imputabili a sua colpa, per 30 giorni nel primo anno di servizio, per 90 giorni dal secondo anno di servizio sino al quinto compreso e per 180 giorni dal sesto anno di servizio;

c. durante la gravidanza e nelle sedici settimane dopo il parto della lavoratrice;

d. allorchando, con il suo consenso, il lavoratore partecipa a un servizio, ordinato dall'autorità federale competente, nell'ambito dell'aiuto all'estero.

(2) La disdetta data durante uno dei periodi stabiliti nel capoverso 1 è nulla; se, invece, è data prima, il termine che non sia ancora giunto a scadenza all'inizio del periodo è sospeso e riprende a decorrere soltanto dopo la fine del periodo.

(3) Se per la cessazione di un rapporto di lavoro vale un giorno fisso, come la fine di un mese o di una settimana lavorativa, che non coincide con la scadenza del termine prorogato di disdetta, questo è protratto sino al giorno fisso immediatamente successivo.

Anche il datore di lavoro è protetto, in alcuni periodi, dalla disdetta data dai dipendenti¹. Tuttavia, la protezione dalla disdetta a causa della maternità è garantita alla lavoratrice ma non alla datrice di lavoro che dovesse restare incinta.

3.5. Per il futuro: una legge federale sull'assicurazione per la maternità?

Attesa con crescente impazienza dagli uni, osteggiata con viva veemenza dagli altri, l'assicurazione maternità non ha ancora visto la luce del giorno, sebbene, in

¹ Art. 336d CO.

oltre mezzo secolo dall'adozione dell'art. 34 quinquies Cost., i tentativi per realizzare questo ulteriore ramo della sicurezza sociale non sieno mancati. Nelle direttive di governo 1991-1995, il Consiglio federale aveva annunciato un progetto relativo all'assicurazione maternità¹ e, con decreto del 22 giugno 1994, ha delegato al Dipartimento federale dell'interno il compito di presentare per la consultazione un disegno preliminare sull'assicurazione per la maternità, poi regolarmente allestito e messo in consultazione². Il 12 giugno 1995, è stato pubblicato il documento contenente un riassunto dei risultati della procedura di consultazione sul disegno di legge, che non è stato esente da critiche³. Infine, con decisione del 25 giugno 1997, il Consiglio federale ha adottato un progetto relativo all'assicurazione maternità (LMat), il quale è stato pubblicato dall'UFAS il 30 giugno successivo, unitamente al messaggio⁴.

Il progetto prevede d'accordare una prestazione di base in caso di maternità o di accoglimento di un bimbo in vista d'adozione, un'indennità di maternità o di adozione, nonché i contributi alle assicurazioni sociali. In virtù del disegno preliminare, sarebbero state assicurate tutte le persone salariate nonché le persone di condizione indipendente obbligatoriamente assicurate giusta la LAVS; tuttavia, in seguito alle critiche espresse in procedura di consultazione, il CF ha deciso di estendere la protezione anche alle donne senza attività lucrativa⁵, ponendo tuttavia in questo caso una clausola di bisogno. Concesse in caso di maternità della durata di almeno 28 settimane, o di durata inferiore, qualora il

1 FF 1992 III 1 segg.: Rapporto del 25 marzo 1992 sul programma di legislatura 1991-1995. Pag. 85: "presentare un disegno di legge per un'assicurazione maternità che comprenda il congedo maternità pagato per i salariati e prestazioni in caso di necessità per le casalinghe e per le donne che esercitano un'attività indipendente".

2 Legge federale sull'assicurazione per la maternità, LFAM.

3 "Riassunto dei risultati della procedura di consultazione relativa al disegno preliminare della legge federale sull'assicurazione per la maternità" del 12 giugno 1995.

4 Ottenibile presso l'UFAS unicamente in lingua tedesca o francese e non ancora pubblicato sul Foglio federale.

5 Art. 2. Le persone aventi attività lucrativa sono invece definite all'art. 3. La distinzione fra salariate ed indipendenti corrisponde a quella effettuata dalla LAVS.

bimbo sia nato in vita, le prestazioni consistono nel versamento di una prestazione di base per tutte le persone assicurate e di un'indennità di maternità, rispettivamente d'adozione, per le persone esercitanti un'attività lucrativa. La prestazione di base è versata alle madri, attive o meno, nonché alle madri ed ai padri adottivi, attivi o meno; essa corrisponde al quadruplo della rendita semplice minima dell'AVS ed è sottoposta ad un limite di reddito annuale ammontante a sei volte la rendita annuale minima dell'AVS¹. L'indennità per perdita di guadagno in caso di maternità ammonta all'80% del salario assicurato (per le persone indipendenti all'80% del reddito da attività lucrativa sul quale fu percepito l'ultimo contributo AVS prima del parto) ed è versata durante 14 settimane, tutte posteriori al parto². Essa può cumularsi alla prestazione di base e, contrariamente a quest'ultima, non è soggetta ad un limite di reddito³. In caso d'adozione, la medesima prestazione è versata durante 4 settimane. Sia la prestazione di base che l'indennità di maternità sono concesse unicamente se la beneficiaria fu assicurata durante l'intera gravidanza⁴; per percepire la prestazione di base e l'indennità in caso d'adozione - di un bimbo d'età inferiore agli 8 anni - è necessario che la beneficiaria od il beneficiario siano stati assicurati almeno nei 9

1 Per il calcolo del reddito determinante si computano i redditi lordi attuali dei genitori (sposati o che coabitano), derivanti da attività lucrativa (escluso quindi il reddito da sostanza), ai quali vanno aggiunte eventuali rendite (per esempio dell'AVS, dell'AI, nonché le pensioni alimentari versate in base al diritto di famiglia). La prestazione massima è versata qualora il reddito determinante non raggiunga il triplo della rendita annuale minima AVS e decresce progressivamente, qualora esso superi tale limite senza tuttavia raggiungere il limite superiore che esclude il diritto alla prestazione. I limiti di reddito sono fissati in maniera assoluta e non dipendono dal numero dei componenti familiari.

2 Il cosiddetto "congedo maternità" secondo il progetto è dunque un periodo di quattordici settimane immediatamente successive al parto. L'avamprogetto prevedeva sedici settimane di congedo, prima e dopo il parto, indennizzate in ragione del 100% della relativa perdita di guadagno.

3 Il guadagno assicurato massimo corrisponde tuttavia al guadagno assicurato massimo di cui alla Legge sull'assicurazione contro gli infortuni (LAINF): art. 11 cpv. 2 LMat.

4 L'avamprogetto prevedeva un'affiliazione nei nove mesi precedenti il parto. Tuttavia, una gravidanza potendo durare anche meno di nove mesi, la LMat è stata modificata in tal senso: così, per beneficiare delle prestazioni, la partoriente può dimostrare, mediante certificato medico, che la durata della gravidanza non fu superiore a quella assicurativa.

mesi precedenti¹; in caso d'adozione congiunta, l'indennità è comunque concessa una sola volta, spettando ai coniugi il diritto di scelta². Le prestazioni di base sono finanziate mediante le risorse generali della Confederazione, le indennità perdita di guadagno con contributi versati sul reddito dai datori di lavoro, da ogni persona salariata e da ogni persona indipendente - i contributi di maternità verrebbero annoverati fra i contributi obbligatori alle assicurazioni sociali -, nonché dagli interessi del fondo di compensazione³. L'applicazione della legge incombe agli organi dell'AVS.

La legge dovrebbe apportare alcune modifiche in altre codificazioni, ed in particolare nel CO. E' prevista dapprima la modifica dell'art. 324a cpv. 3 CO, secondo cui il datore di lavoro deve concedere le medesime prestazioni se la lavoratrice è impedita di lavorare a causa di una gravidanza: tale capoverso si riferisce quindi unicamente al periodo precedente il parto, il congedo maternità posteriore all'evento essendo regolamentato nella nuova LMat. Nel caso in cui la salariata non potesse beneficiare, per una ragione qualsiasi, delle prestazioni assicurative, un nuovo articolo 329h CO prevede che se la lavoratrice ha diritto ad un congedo maternità ma non all'indennità prevista dalla LMat, il datore di lavoro deve pagarle il salario conformemente all'articolo 324a capoverso 1 e che tale diritto esiste pienamente anche se la lavoratrice è stata impedita di lavorare nello stesso anno di servizio per altri motivi, quali p.es. malattia, infortunio, adempimento di un obbligo legale o esercizio di una funzione pubblica. Inoltre, l'art. 329b cpv. 3 verrebbe modificato, nel senso che il datore di lavoro non potrà ridurre le vacanze di una lavoratrice, la quale, a causa di gravidanza, è impedita di lavorare per due mesi al massimo, di colei che prende un congedo di maternità di quattordici settimane al massimo o di un dipendente al beneficio di un congedo in caso di adozione di quattro settimane al massimo. Durante il congedo d'adozione, il lavoratore è protetto dalla disdetta per le quattro settimane legali, analogamente

1 Art. 6 a 9 LMat.

2 Art. 9 LMat. A giusta ragione, tale disposizione è "asessuata", neutra. Infatti, un diritto preferenziale concesso alla donna piuttosto che all'uomo violerebbe il principio dell'uguaglianza. Interessante sarà vedere l'utilizzazione pratica di tale congedo, sempre ammesso che la LMat venga finalmente alla luce.

3 Art. 18 e 19 LMat. I contributi sul reddito d'attività lucrativa non possono superare lo 0,2% del reddito determinante ai sensi della LAVS. Salariati e datori di lavoro pagano un contributo uguale.

alla donna in gravidanza o nelle sedici settimane successive al parto¹, secondo un nuovo art. 336c cpv. 1 lett. c CO.

¹ Benché il congedo di maternità successivo al parto ammonti a sole quattordici settimane, l'attuale protezione dalla disdetta dopo il parto, secondo l'art. 336c cpv. 1 lett. c CO, rimane quindi invariata.

1404

Capitolo VIII: BREVI ACCENNI ALLA REGOLAMENTAZIONE INTERNAZIONALE

1. La regolamentazione a livello mondiale

1.1. Il Patto internazionale del 16 dicembre 1966 dell'ONU relativo ai diritti economici, sociali e culturali¹

Il 16 dicembre 1966 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite adottò all'unanimità due Patti, ossia il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali (Patto I) ed il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (Patto II)². Disposizioni relative alla protezione della maternità e della famiglia sono contenute nel Patto I.

In virtù dell'art. 2 cpv. 1 del Patto I, gli Stati firmatari si impegnano ad operare, sia individualmente sia attraverso l'assistenza e la cooperazione internazionale, specialmente nel campo economico e tecnico, con il massimo delle risorse di cui essi dispongono, al fine di assicurare progressivamente con tutti i mezzi appropriati, compresa in particolare l'adozione di misure legislative, la piena attuazione dei diritti riconosciuti dal Patto stesso e definiti negli articoli da 6 a 15. Per quel che concerne la maternità, l'art. 10 cifra 2 statuisce che "una protezione speciale deve essere accordata alle madri per un periodo di tempo ragionevole prima e dopo il parto" e che "le lavoratrici madri dovranno beneficiare, durante tale periodo, di un congedo retribuito o di un congedo accompagnato da adeguate prestazioni di sicurezza sociale". La cifra 1 dell'art. 10 prevede poi una protezione ad un'assistenza il più ampia possibile alla famiglia, quale nucleo naturale e fondamentale della società, in particolare fin quando essa abbia la responsabilità del mantenimento e dell'educazione di figli a suo carico. Il Tribunale federale ha già avuto modo di precisare che le disposizioni del Patto I sono di carattere

¹ Patto I dell'ONU, entrato in vigore per la Svizzera il 18 settembre 1992; RS 0.103.1.

² FF 1991 I 925, 928.

programmatico e contengono unicamente idee direttrici, ma non conferiscono all'individuo un diritto soggettivo, direttamente deducibile in giudizio: le disposizioni non sono, in altri termini, self-executing¹, fatte salve alcune eccezioni, quali per esempio il diritto di costituire sindacati e di aderire ad un sindacato di propria scelta². Per quanto concerne la non applicabilità diretta della disposizione relativa

1 Secondo quanto sanzionato dal Tribunale federale finora, non è direttamente applicabile l'art. 9 del Patto I, che impegna gli Stati contraenti a riconoscere il diritto di ogni individuo alla sicurezza sociale, comprese le assicurazioni sociali: DTF 121 V 229 e 246 (la prima di queste due sentenze stabilisce pure che non è direttamente applicabile l'art. 3 del Patto, secondo cui "gli Stati parti (...) si impegnano a garantire agli uomini e alle donne la parità giuridica nel godimento di tutti i diritti economici, sociali e culturali" enunciati dal Patto stesso); non è direttamente applicabile l'art. 2, cifra 2 del Patto, nel quale gli Stati si impegnano a garantire che i diritti riconosciuti dal Patto stesso vengano applicati senza discriminazione alcuna, per esempio fondata sul sesso: DTF 121 V 246 e 229; non è direttamente applicabile, infine, l'art. 13 cpv. 2 lett. c del Patto, che impegna gli Stati a rendere l'istruzione superiore accessibile a tutti su un piano d'uguaglianza, in particolare mediante l'instaurazione progressiva dell'istruzione gratuita: DTF 120 la 1. Queste decisioni sono state criticate da KUENZLI J. (1996) e MAHON P. (1996): entrambi, richiamandosi alla dottrina internazionale in proposito, nonché a quanto affermato dagli stessi organi di controllo del Patto, dichiarano che l'art. 2 cpv. 2 (divieto di discriminazione, per quanto riguarda il riconoscimento dei diritti enumerati nel Patto, fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione) e l'art. 3 del Patto sono direttamente applicabili. In altri termini, rappresentando disposizioni sufficientemente precise per non abbisognare di alcuna realizzazione legislativa, essi garantiscono, dall'entrata in vigore del Patto, che qualora uno Stato riconosca in legge interna, anche solo in misura parziale, uno dei diritti sanciti dal Patto, non può, nel riconoscimento e nell'applicazione, discriminare in funzione per esempio della razza, della nazionalità, dell'opinione o del sesso.

2 Anche il Consiglio federale, nel suo messaggio - FF 1991 I 925, 936 - si esprimeva analogamente: "Come risulta univocamente dal testo, il Patto I è stato concepito nell'insieme come strumento atto a fissare gli obiettivi di politica dei diritti dell'uomo in campo sociale, imponendo agli Stati obblighi di diritto internazionale di tipo programmatico, che questi si impegnano a realizzare progressivamente, al meglio delle loro possibilità e con tutti i mezzi appropriati quali l'adozione di misure legislative (cfr. art. 2 n. 1 del Patto I); appare indubbio che in teoria le disposizioni del Patto I non sono rivolte ai cittadini, bensì ai legislatori delle Parti contraenti, che devono quindi considerare tali disposizioni come linee d'orientamento per la loro attività legislativa. Di conseguenza, in conformità della giurisprudenza costante del Tribunale federale, le disposizioni del Patto I non creano in teoria

alla maternità, sebbene essa non sia stata ancora statuita dalla giurisprudenza dell'alta Corte, può essere dedotta dalle motivazioni delle decisioni relative agli altri diritti sanciti dal Patto I. Infatti, affinché la stessa possa essere riconosciuta self-executing, la giurisprudenza presuppone che il contenuto della norma in questione sia sufficientemente determinato e chiaro, si da poter costituire la base per una decisione concreta¹. Ora, l'art. 10 cifre 1 e 2 prevede unicamente il riconoscimento di una protezione speciale, i cui contenuti devono essere definiti dal legislatore nazionale. La protezione speciale per la maternità deve estendersi per un periodo di tempo ragionevole prima e dopo il parto: anche nella determinazione del concetto "ragionevole" agli Stati è lasciato un margine di manovra ed una libertà di apprezzamento molto ampi. La protezione della famiglia deve essere la più ampia possibile, formulazione che pure lascia agli Stati un margine d'apprezzamento nelle misure da adottare pressoché illimitato. Inoltre, né il Tribunale federale, né il Consiglio federale hanno menzionato l'art. 10 quale diritto eccezionalmente direttamente deducibile in giudizio: gli unici disposti self-executing sembrerebbero essere quindi il diritto di formare un sindacato e d'aderire ad un sindacato di propria scelta². Come per gli altri diritti enumerati nel Patto I, il controllo del rispetto di quello ad una protezione speciale per le madri incinte, per le puerpere e per la famiglia avviene sulla base di rapporti che gli Stati contraenti sono tenuti ad indirizzare regolarmente all'Organizzazione delle Nazioni Unite³.

alcun diritto soggettivo e procedibile, salvo eventuali e rare eccezioni (cfr. art. 8 par. 1 lett. a: diritto di formare un sindacato); esse non possono essere quindi direttamente invocate dai privati dinanzi alle autorità amministrative o giudiziarie svizzere; tutt'al più, il giudice potrebbe ispirarsene, se del caso, per l'interpretazione di una legge".

1 DTF 121 V 249 e 120 Ia 1, 11.

2 FF 1991 I 925, 936. DTF 121 V 232 e 250.

3 Art. 16 lett. 1 Patto I.

1.2. Gli atti dell'Organizzazione internazionale del Lavoro¹

L'OIL è l'organizzazione alla quale, in seno all'Organizzazione delle Nazioni Unite, è accordata la competenza di legiferare in materia di sicurezza sociale².

Adottata dalla Conferenza internazionale sul lavoro nella sua prima sessione del 1919³, la Convenzione n° 3 sulla protezione della maternità "s'applica alle donne occupate nell'industria e nel commercio e prevede un congedo di maternità di 12 settimane di cui almeno 6 obbligatorie dopo il parto; inoltre prevede il diritto, durante almeno 12 settimane, a un'indennità sufficiente per il mantenimento della madre e del bambino - indennità prelevata dai fondi pubblici o fornita da un sistema assicurativo - come anche il diritto a cure mediche gratuite (cure per medico o levatrice). Il datore di lavoro, dal canto suo, non può licenziare una donna durante il congedo maternità o nel corso di una malattia conseguente alla gravidanza o al parto⁴. La Svizzera non ha ratificato la Convenzione n. 3 dell'OIL⁵.

La Convenzione n. 102 dell'OIL, adottata nel 1952 e concernente le norme minime della sicurezza sociale, contiene, nella sua VIII parte, le disposizioni minime relative alle prestazioni per la maternità. L'evento coperto è costituito dalla gravidanza, dal parto e dalle loro conseguenze, nonché dalla sospensione del guadagno risultante, che deve essere definita dalla legislazione nazionale⁶. La

1 OIL.

2 Cfr. GREBER P.-Y. (1984) pag. 61.

3 Cfr. PAOLI-PELVEY C. (1991) pag. 74.

4 FF 1982 III 805, 820.

5 FF 1982 III 805, 820.

6 Art. 47. Le cure mediche in caso di maternità comprendono almeno le cure prenatali, le cure durante il parto e le cure post parto, prestate sia da un medico, sia da un'ostetrica diplomata, nonché il ricovero, se necessario: esse sono intese a preservare, ristabilire o migliorare le condizioni di salute della donna protetta, come anche la sua capacità a lavorare e a far fronte ai bisogni personali (art. 49). Per quanto concerne la garanzia di un reddito sostitutivo, esso deve essere versato almeno durante 12 settimane ed ammontare almeno al 45% della perdita di guadagno (arti. 49 a 52).

Svizzera ha ratificato la Convenzione n. 102, ad eccezione tuttavia della parte VIII dedicata alle prestazioni di maternità¹.

La Convenzione n° 103 *riprende le disposizioni della convenzione (n. 3) più dettagliatamente e in alcuni punti con maggior flessibilità. (...) Oltre a prevedere, come nella convenzione n. 3, un'indennità sufficiente per il mantenimento della donna e del bambino, stabilisce anche l'ammontare delle prestazioni pecuniarie pagate nel quadro di un sistema assicurativo sociale obbligatorio - se sono determinate in base al guadagno precedente - ad almeno i due terzi di quest'ultimo. Giusta la convenzione, le prestazioni mediche comprendono le cure prima, durante e dopo il parto prestate da una levatrice diplomata o da un medico come anche il soggiorno in ospedale, se è necessario. La convenzione prevede che l'assicurazione maternità sia finanziata solamente dai datori di lavoro o da questi ultimi e i lavoratori congiuntamente e precisa che in seno a una medesima azienda uomini e donne sono obbligati solidamente a versare quote calcolate in base al loro salario. La protezione contro il licenziamento si estende per tutto il periodo di congedo e cioè per almeno 12 settimane². La Convenzione prevede quindi una triplice protezione: la protezione della salute - della donna e del nascituro, rispettivamente neonato -, la protezione del posto di lavoro e la garanzia di un reddito sostitutivo³, che ammonta al 66,67% della perdita di guadagno⁴. La Svizzera non ha ratificato la Convenzione n. 103⁵.

1 FF 1982 III 805, 821 e FF 1976 III 1313 segg.

2 FF 1982 III 805, 820 e 821.

3 Cfr. PAOLI-PELVEY C. (1991) pag. 75.

4 Cfr. MAHON P. (1990) pag. 73. La Convenzione n. 103 costituisce così il secondo livello per la protezione della maternità, il primo livello essendo rappresentato dalle disposizioni della Convenzione n. 102: cfr. MAHON P. (1990) pag. 68 e GREBER P.-Y. (1984) pag. 63 (schema che riporta il sistema a differenti livelli di protezione elaborato dall'OIL).

5 FF 1982 III 805, 820.

Il terzo livello della protezione della maternità¹ è rappresentato dalla Raccomandazione n. 95 dell'OIL, la quale "prevede prestazioni di protezione più elevate in diversi ambiti e segnatamente: prolungamento del congedo di maternità in taluni casi; indennizzo del guadagno precedente in ragione del cento per cento; garanzia di cure mediche più complete e di altre prestazioni in natura o in denaro; garanzia della sicurezza dell'impiego durante un periodo maggiore, vale a dire dal giorno in cui, mediante un certificato medico, il datore di lavoro viene a conoscenza dello stato di gravidanza e sino a un mese dopo la scadenza del congedo di maternità. Inoltre precisa che motivi quali una colpa grave da parte della donna, la cessazione dell'attività dell'azienda in cui essa è occupata oppure la scadenza del suo contratto di lavoro possono essere considerati dalla legislazione nazionale come motivi legittimi di licenziamento durante il periodo nel quale la donna è protetta; prevede anche che, durante l'assenza legale prima e dopo il parto, i diritti d'anzianità della donna debbano essere salvaguardati come anche il diritto di quest'ultima di essere rioccupata nel suo precedente posto di lavoro o in un lavoro equivalente e ugualmente retribuito"². La Raccomandazione n. 95 prevede inoltre che le donne incinte e le donne allattanti non possono svolgere lavoro notturno né ore supplementari³.

Inoltre, la Convenzione n. 171 dell'OIL relativa al lavoro notturno⁴ contiene all'art. 7 una disposizione specifica per la maternità, che vieta alle lavoratrici di svolgere lavoro notturno prima e dopo la nascita di un figlio, durante un periodo di 12 settimane, delle quali almeno 8 prima della data presunta del parto, e nell'ulteriore corso della gravidanza od in un periodo successivo alla nascita del figlio, su presentazione di un certificato medico che attesti la necessità del divieto. Durante tali periodi la lavoratrice non può essere licenziata, restando riservata la possibilità di un licenziamento per gravi motivi, il suo reddito deve essere mantenuto ad un

1 Cfr. MAHON P. (1990) pag. 68.

2 FF 1982 III 805, 821. Inutile precisare che la Svizzera non soddisfa i postulati della Raccomandazione n. 95.

3 Cfr. PAOLI-PELVEY C. (1991) pag. 75.

4 Il Consiglio federale studiò l'eventualità della ratifica della Convenzione n. 171 dell'OIL, allegando il relativo rapporto al proprio Messaggio concernente la revisione della LL: FF 1994 II 149, 192.

livello sufficiente affinché essa possa provvedere a sé stessa ed al figlio in condizioni di vita accettabili; essa infine non deve perdere i vantaggi relativi all'anzianità di servizio connessi con il lavoro notturno abituale. La legislazione svizzera non soddisfa, per più versi, i requisiti posti da questo articolo¹.

Inline, diverse altre convenzioni dell'OIL perseguono la protezione della salute delle donne incinte e/o dei loro figli, tentando d'impedire il verificarsi di rischi che determinati lavori insalubri o penosi potrebbero avere su di una gravidanza in corso o sulla funzione riproduttiva².

2. La legislazione a livello europeo

Come l'OIL a livello mondiale, il Consiglio d'Europa, di cui la Svizzera fa parte dal 6 maggio 1963, si prefigge su scala europea di elaborare e rendere operanti le normative in materia di sicurezza sociale³; nel Preambolo dello Statuto, infatti, il progresso sociale è menzionato quale uno dei fini prioritari del Consiglio d'Europa⁴. E, in effetti, fin dalla sua costituzione, questi ha svolto un'importante attività nell'ambito della sicurezza sociale⁵. Fra i diversi strumenti adottati, la Carta sociale europea, il Codice europeo di sicurezza sociale e la Convenzione europea di sicurezza sociale contengono esplicite disposizioni relative alla protezione della maternità.

2.1. La Carta sociale europea

La Carta sociale europea del 18 ottobre 1961 "costituisce la convenzione di base nell'ambito della protezione dei diritti economici"⁶ e rappresenta l'equivalente, per i

1 FF 1994 II 149, 198.

2 Per una panoramica di tali normative, cfr. PAOLI-PELVEY C. (1991) pagg. 75 segg. A titolo d'esempio, la Raccomandazione n. 165 dell'OIL prevede l'introduzione di un congedo parentale.

3 FF 1982 III 805, 822.

4 Cfr. GREBER P.-Y. (1984) pag. 66.

5 Cfr. GREBER P.-Y. (1984) pag. 66.

6 FF 1996 II 645, 646.

diritti economici e sociali, di quello che è la Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹ per i diritti politici e civili². Tuttavia, al contrario di quest'ultima, la Carta sociale europea non garantisce al singolo un diritto individuale di ricorso, che permetta di impugnare una decisione nazionale presso la Commissione europea dei diritti dell'uomo: il controllo della corretta applicazione dei principi contenuti nella Carta sociale avviene sulla base di rapporti allestiti dagli stati firmatari³. In altri termini, essa "mira essenzialmente all'armonizzazione progressiva delle condizioni di vita economiche e sociali dei cittadini delle Parti contraenti", ma "non istituisce diritti soggettivi"⁴. "Le sue disposizioni sono rivolte al legislatore nazionale e non sono pertanto applicate direttamente dalle autorità amministrative e giudiziarie delle Parti contraenti. Il sistema di controllo della Carta non istituisce una giurisdizione sovranazionale"⁵. La Carta sociale europea è stata rivista il 1°-4 aprile 1996, ma la revisione non è ancora entrata in vigore⁶. Qui di seguito saranno elencate le disposizioni relative alla protezione della maternità in senso lato, contenute nella revisione del 1996 (quelle valide attualmente sono ricordate in nota). Un primo articolo 8, intitolato "Diritto delle lavoratrici alla protezione" prevede che per assicurare alle donne l'esercizio effettivo del diritto alla protezione, le Parti contraenti s'impegnino a garantire loro, prima e dopo il parto, un riposo di una durata totale di almeno 14⁷ settimane mediante congedi pagati, mediante prestazioni adeguate di sicurezza sociale o mediante prestazioni finanziate con fondi pubblici (cifra 1), a considerare come illegale per un datore di lavoro notificare il suo licenziamento ad una donna

1 CEDU, entrata in vigore per la Svizzera il 28 novembre 1974; RS 0.101.

2 Cfr. GREBER P.-Y. (1984) pagg. 72 seg.

3 Cfr. GREBER P.-Y. (1984) pag. 73.

4 FF 1996 II 645, 646.

5 FF 1996 II 645, 646.

6 La Carta rivista può essere sottoscritta, a partire dalla sua adozione, dagli Stati membri del Consiglio d'Europa ed entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo alla data in cui almeno tre Stati avranno espresso il proprio consenso ad essere vincolati dalla revisione.

7 Prima della revisione del 1996 le settimane di protezione ammontavano a 12.

durante il periodo compreso fra il momento in cui quest'ultima gli ha notificato la gravidanza e la fine del congedo maternità o in una data tale che il periodo di preavviso termini durante detto periodo (cifra 2), ad assicurare alle madri che allattano i loro bambini pause sufficienti a questo scopo (cifra 3), a regolamentare il lavoro notturno per le donne incinte, le puerpere e quelle che allattano (cifra 4) e a vietare ogni impiego di donne incinte, puerpere ed allattanti nei lavori sotterranei in miniera e in tutti i lavori aventi un carattere pericoloso, insalubre o faticoso e ad adottare misure appropriate per proteggere i diritti di queste donne in materia d'impiego (cifra 5)¹. Per quanto riguarda la particolare disposizione sull'allattamento, secondo la giurisprudenza degli organi di controllo, essa comporta "il diritto a due pause di allattamento di mezz'ora ciascuna se esiste un locale adibito a tale scopo o di un'ora se non è il caso. Queste ore devono essere retribuite" come ore lavorative². La Svizzera non è attualmente in grado di accettare l'art. 8³. L'articolo 16, intitolato "Diritto della famiglia ad una protezione sociale, giuridica ed economica" dispone che "per realizzare le condizioni di vita indispensabili al pieno sviluppo della famiglia, cellula fondamentale della società, le Parti contraenti si impegnano a promuovere la protezione economica e sociale della vita familiare, specialmente per mezzo di prestazioni sociali e familiari, di disposizioni fiscali, di incoraggiamento alla costruzione di alloggi adeguati ai bisogni delle famiglie, di aiuti ai nuovi nuclei familiari, o di ogni altra misura idonea". Infine, l'art. 27, introdotto con la revisione del 1996⁴, sancisce il diritto dei

1 La cifra 4 in vigore prima della revisione era costituita da due lettere: "a) a regolamentare l'impiego della manodopera femminile nel lavoro notturno nelle occupazioni industriali, b) a vietare ogni impiego di manodopera femminile nei lavori sotterranei nelle miniere o, se è il caso, in tutti i lavori che non siano adatti a questa manodopera, per il loro carattere pericoloso, insalubre o faticoso. Non vi era una cifra 5.

2 FF 1996 II 645, 710 e FF 1983 II 1273.

3 FF 1996 II 645, 709 segg. Questa constatazione, valida per la Carta non rivista, è pertinente pure per la revisione. In particolare carenti sono le disposizioni concernenti il congedo maternità e quello per l'allattamento.

4 Prima della revisione, un articolo 17 statuiva il diritto della madre e del fanciullo ad una protezione sociale ed economica. Tale disposizione è stata abolita - l'attuale art. 17 prevede il diritto di fanciulli ed adolescenti ad una protezione sociale, giuridica ed economica -, mentre i suoi contenuti

lavoratori con responsabilità familiari all'uguaglianza di opportunità e di trattamento: un primo paragrafo impone agli Stati di adottare le misure necessarie affinché i lavoratori con responsabilità familiari possano entrare, restare o ritornare alla vita professionale, affinché le condizioni d'impiego e la sicurezza sociale considerino le loro particolari esigenze e per promuovere i servizi pubblici o privati, in particolare per la cura dei figli; una seconda cifra postula l'introduzione di un congedo parentale, per ciascuno dei due genitori, la cui durata e condizioni saranno fissati dalla legislazione nazionale, dai contratti collettivi o dalla pratica; l'ultima cifra, infine, impone di vegliare affinché le responsabilità familiari non rappresentino, in quanto tali, un motivo valido di licenziamento.

La Carta sociale europea è stata firmata dalla Svizzera il 6 maggio 1976; ma mai ratificata¹.

2.2. Il Codice europeo di sicurezza sociale

Fin dalla sua nascita, il Consiglio d'Europa ha avuto l'intenzione di adottare uno strumento armonizzante, di base, relativo alla sicurezza sociale; essendo tuttavia allora in fase d'elaborazione la Convenzione n. 102 dell'OIL, i lavori per l'allestimento di un codice europeo contenente le norme minime furono avviati solo per il seguito². Il 16 aprile 1964, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha adottato il Codice europeo di sicurezza sociale, che contiene le norme minime a livello europeo, più elevate rispetto alle esigenze di cui alla Convenzione n. 102 dell'OIL del quale egli riprende la struttura, ed il Protocollo al Codice europeo di sicurezza sociale, che stabilisce disposizioni di grado ancora maggiore, sempre a

sono stati ripresi, con un'estensione della protezione, dell'art. 27, non più limitato alla madre, ma esteso a tutti i lavoratori con responsabilità familiari.

1 Per i vari tentativi che ne chiedevano la ratifica, cfr. FF 1996 II 645, 646. L'ultima iniziativa parlamentare in tal senso è stata deposta il 19 giugno 1991 dal gruppo socialista del Consiglio nazionale; la ratifica è stata respinta il 2 ottobre 1996 dal Consiglio nazionale (BU CN 1996 pag. 1729; cfr. anche parere del Consiglio federale del 4 settembre 1996: FF 1996 IV 1100). Come visto, nel frattempo è intervenuta una revisione della Carta, revisione che richiederebbe un nuovo studio relativo a quanto, soprattutto in merito alle nuove disposizioni, la Svizzera sarebbe attualmente in grado di rispettare.

2 Cfr. GREBER P.-Y. (1984) pag. 69.

livello europeo¹. Relativamente alla regolamentazione sulla maternità, il Codice "prevede, giusta l'articolo 10 numero 1 lettera b, che in caso di gravidanza, di parto o di loro conseguenze le prestazioni debbano comprendere almeno le cure prima, durante e dopo il parto prestate da un medico o da una ostetrica diplomata come anche le spese d'ospedalizzazione nel caso si rivelassero necessarie. Agli articoli 46 a 52 (parte VIII) sono definite le prestazioni di maternità propriamente dette. L'assicurazione deve quindi, da un canto, coprire la gravidanza, il parto e le loro conseguenze nonché la relativa sospensione di guadagno e, d'altro canto, corrispondere prestazioni in natura e in denaro, scaduto il termine d'attesa, per tutta la durata dell'eventualità coperta; tuttavia i pagamenti periodici possono essere limitati a dodici settimane, salvo disposizione più favorevole della legislazione nazionale applicabile"². La Svizzera ha ratificato il Codice, tuttavia non la parte VIII contenente le disposizioni relative alla maternità. La Svizzera non ha neppure ratificato il Protocollo al Codice.

2.3. La Convenzione europea di sicurezza sociale

La Convenzione europea di sicurezza sociale del 14 dicembre 1972, infine, né firmata né ratificata dalla Svizzera, non definisce le prestazioni in natura o in denaro assegnate in caso di malattia o gravidanza, ma determina le condizioni cui devono sottostare gli assicurati e i membri delle loro famiglie per potere beneficiare delle stesse, in caso di residenza o di soggiorno sul territorio di una Parte contraente che non sia lo Stato competente ad assumerle³.

3. La regolamentazione dell'Unione europea

Sebbene la Svizzera non appartenga all'UE, è interessante menzionare brevemente quanto le direttive CEE prevedono, poiché tutti i paesi più vicini alla Svizzera da un punto di vista territoriale e culturale sono tenuti a rispettarle, nella loro qualità di membri dell'UE. La direttiva del 19 ottobre 1992 concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della

1 Cfr. GAEBER P.-Y. (1984) pagg. 69 seg.

2 FF 1982 III 805, 822 seg.

3 Cfr. FF 1982 III 805, 823.

salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento¹ fissa le regole minime valide in questi casi. Essa prevede esami prenatali durante il tempo di lavoro senza perdita di salario, il divieto di licenziare le donne incinte (eccettuati casi eccezionali), un congedo maternità di almeno 14 settimane, un'indennità di maternità non inferiore al reddito sostitutivo percepito da un lavoratore in caso di malattia, l'informazione di datori di lavoro, lavoratrici e sindacati in merito ai rischi per la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro dovuti ad influssi fisici, chimici o biologici e la conseguente modificazione di condizioni ed orari di lavoro, od un cambiamento del posto, in caso di reale rischio per la salute. Inoltre, attualmente gli Stati membri (con l'eccezione del Regno Unito) stanno discutendo, al fine di trasformare in direttiva comunitaria un accordo quadro relativo al congedo parentale, istituto che del resto alcuni paesi già conoscono. Se ciò dovesse realizzarsi, gli Stati sarebbero tenuti a concedere, in caso di nascita od adozione, un congedo parentale di almeno tre mesi, da accordare al padre od alla madre ad una data da loro scelta, prima che il bimbo abbia compiuto otto anni.

¹ Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, GUCE L348 direttiva 92/85 del Consiglio del 19 ottobre 1992.

Capitolo IX: LACUNE NELLA REGOLAMENTAZIONE ATTUALMENTE IN VIGORE

1. Premessa

Nei precedenti capitoli sono state enumerate, brevemente, le principali codificazioni federali ed internazionali relative alla maternità - la paternità è raramente menzionata nella regolamentazione sovranazionale e mai in quella nazionale - e specificate, in maniera succinta, le tematiche in esse trattate. Nel presente capitolo si tratta invece di evidenziare le lacune e le incongruenze della legislazione nazionale attuale: il criterio d'analisi non sarà più basato sulle singole leggi, studiate una indipendentemente dall'altra, quanto piuttosto sulle diverse problematiche, quali, in particolare, la tutela della salute, le prestazioni medico-sanitarie, i congedi maternità, parentale e d'allattamento, la protezione dalla disdetta. Per ciascun tema sarà più facile derivare le incompletezze legislative, dovute all'assenza di volontà di coprire adeguatamente un'eventualità così importante per l'intera società, assenza che si rispecchia appunto in una legislazione lacunosa e non coordinata e nell'impossibilità di ratificare le normative internazionali minime di sicurezza sociale valide in materia.

2. Prestazioni medico-sanitarie

2.1. In generale

Come visto, l'assicurazione malattia sociale e obbligatoria per l'insieme della popolazione, introdotta con la LAMal del 18 marzo 1994, comprende anche le prestazioni medico-sanitarie in caso di maternità, definite in dettaglio agli articoli da 13 a 16 dell'OPre. Per rammentare brevemente, esse comprendono sette esami di controllo durante la gravidanza ed uno dopo il parto, il parto a domicilio, all'ospedale o in un istituto semi ospedaliero, l'assistenza del medico o della levatrice e la necessaria consulenza per l'allattamento, se dispensata da una

levatrice o da un infermiere con relativa formazione speciale e comunque limitatamente a tre sedute¹.

Come visto, per le prestazioni medico-sanitarie, la LAMal ha introdotto l'obbligatorietà assicurativa per tutte le persone domiciliate in Svizzera. Questo importante progresso ha come conseguenza un'altrettanto importante innovazione, sempre tuttavia limitatamente al settore obbligatorio delle cure medico-sanitarie: l'abolizione di ogni periodo di noviziato, o di carenza, ossia di un periodo minimo di appartenenza all'istituto assicurativo prima di poter beneficiare delle prestazioni legali². In caso di cambiamento di cassa, per decisione propria o per ragioni

¹ Art. 15 OPre. E' invece soppressa l'indennità di allattamento di almeno frs. 50.--, prevista all'art. 14 cpv. 5 LAMl, Cfr. RIEMER-KAFKA G. (1987) pagg. 137 e 155, la quale reputa che il suo scopo, quello di incitare la partoriente ad alimentare il neonato con il proprio latte, è da ritenersi superato, tale scopo essendo da perseguire mediante altri mezzi; essa aggiunge inoltre che l'istituto stesso dell'indennità di allattamento sarebbe discriminatorio, nei confronti delle donne che non possono, per un qualsivoglia motivo, allattare.

² Termine di carenza che, di 270 giorni sotto la LAMl, era considerato come avente carattere assoluto, benché il suo scopo fosse chiaramente quello di impedire di assicurare un rischio già realizzatosi. Ciò aveva del resto condotto a risultati aberranti nella pratica, in particolare al rifiuto d'ogni prestazione, in caso di parto prematuro, anche qualora in cui l'assicurata fosse riuscita a dimostrare di non essere ancora incinta al momento dell'avvenuta alliazione, cfr. RAMI 1976 pag. 94. Risultato ancor più assurdo, se si considera che invece, per aborti spontanei ed interruzioni non punibili della gravidanza - lattispecie assimilate alla malattia - le Casse malati non applicavano, né avrebbero potuto applicare, alcun termine di carenza, cfr. MAURER A. (1993) pag. 290, RIEMER-KAFKA G. (1987) pagg. 99 e 101. L'abolizione del termine di carenza è oltremodo importante per le persone che si stabiliscono in Svizzera e che al momento dell'arrivo sono già incinte; se l'affiliazione è tempestiva, l'assicurazione inizia dall'acquisizione del domicilio (nel senso del diritto civile e non del diritto sugli stranieri; cfr. art. 1 cpv. 1 OAMal). Ai sensi dell'art. 1 cpv. 2 OAMal, sono tenuti ad assicurarsi obbligatoriamente gli stranieri con permesso di dimora valevole per più di tre mesi, quelli esercitanti un'attività lucrativa dipendente con permesso di dimora valevole meno di tre mesi, se non beneficiano di copertura assicurativa equivalente, le persone che hanno presentato una domanda d'asilo e quelle per le quali è stata decisa l'ammissione provvisoria. Sotto l'impero della LAMl, le persone immigranti dovevano rispettare il termine di carenza di 270 giorni, senza che l'eventuale durata di alliazione ad un ente straniero potesse essere computata, salvo disposizione contraria di diritto internazionale sulla sicurezza sociale, cfr. RAMI 1982 pag. 136 per una cittadina cecoslovacca e RAMI 1988 pag. 320 per

impellenti, quali il cambiamento di domicilio o del posto di lavoro, "il rapporto d'assicurazione termina solo se il nuovo assicuratore ha comunicato a quello precedente che assicura l'interessato senza interruzione della protezione assicurativa"¹; in altre parole, una volta l'affiliazione avvenuta, non è possibile che, per disattenzione della persona assicurata, essa incorra in un periodo di assenza di copertura, essendo compito degli assicuratori di verificarne la continuità. Se in caso di cambiamento d'assicuratore, nessuno può quindi più incorrere, per disattenzione o volontariamente, in un'assenza di copertura, lo stesso non vale in caso di prima affiliazione. Infatti, sebbene l'affiliazione sia obbligatoria per legge, essa non è automatica, ciò che permette di affermare senza dubbio che, malgrado i controlli cantonali che la LAMal impone, vi saranno ancora persone che, in violazione dell'obbligo legale, non risulteranno assicurate. L'opzione della copertura obbligatoria piuttosto che di quella automatica, scientemente voluta dal legislatore², è riprovevole, se si pensa che per introdurre l'obbligatorietà assicurativa per le cure medico-sanitarie è stato necessario l'intero ventesimo secolo, al termine del quale la protezione non è ancora automatica ma solo obbligatoria, poiché il legislatore, tra due soluzioni possibili, ha scelto la peggiore³.

una cittadina colombiana. Quale esempio di disposizione contraria di diritto internazionale va citato l'art. 12 cpv. 2 lett. b del secondo accordo aggiuntivo del 2 aprile 1980 alla Convenzione tra la Confederazione Svizzera e la Repubblica italiana relativa alla sicurezza sociale del 14 dicembre 1962, il quale recita: "i periodi d'iscrizione al Servizio sanitario italiano e, per le indennità giornaliere, i periodi d'assicurazione all'INPS e/o ad altri istituti corrispondenti sono presi in considerazione per l'apertura del diritto alle prestazioni, alla condizione tuttavia, per quanto riguarda le prestazioni di maternità, che l'assicurata sia stata iscritta da almeno tre mesi a una cassa-malattia svizzera".

1 Art. 7 cpv. 3 LAMal.

2 L'eventualità di un'affiliazione ex lege fu scartata esplicitamente. cfr. capitolo VII, 2.2. più sopra.

3 Più esposte all'eventualità di sfuggire all'affiliazione obbligatoria saranno le persone appartenenti alle cerchie marginali e meno abbienti della popolazione, motivo per cui, se curate in caso di malattia malgrado l'assenza di una copertura assicurativa, i costi relativi saranno comunque assunti, in ultima analisi, dalla comunità. Qual'è allora il senso della scelta del legislatore?

Va ancora aggiunto che, per il principio dell'obbligatorietà, il neonato è assicurato per le cure medico-sanitarie da quando viene alla luce¹.

2.2. Gravidanza con decorso morboso

Una gravidanza può avere un decorso privo di problemi: in tal caso, essa non costituisce, di per sé, una malattia². Gli esami di controllo previsti, aventi uno scopo meramente preventivo, si limitano a confermare che tutto si svolge regolarmente. Tali esami sono interamente a carico degli istituti assicurativi, i quali non possono imporre alla beneficiaria alcuna partecipazione alle spese, né sotto forma di franchigia, né di aliquota percentuale³. Tuttavia, se in occasione della loro effettuazione, o in ogni altro momento nel corso della gravidanza, si constata la presenza di complicazioni, un decorso inatteso o la necessità di un intervento a causa di uno stato morboso, patologico, sempre tuttavia correlato alla gravidanza, si pone la questione di sapere come verranno trattate le relative cure medico-sanitarie. In altri termini, queste rappresentano ancora una prestazione di maternità o invece costituiscono la cura di una malattia? A parte l'interessante questione di principio, la differenza è importante da un punto di vista pratico, poiché, come visto, la maternità è privilegiata rispetto alla malattia, nel senso che per le relative prestazioni l'assicuratore non può riscuotere alcuna partecipazione ai costi. La giurisprudenza emanata sotto l'impero della vecchia LAMI era, al proposito, chiara: la terapia di affezioni constatate all'atto degli esami di controllo effettuati durante la gravidanza rientrava nella cura medica giusta l'allora in vigore art. 12 LAMI - cura medica e medicinali in caso di malattia - e poteva dar luogo a partecipazione

1 FF 1992 I 65, 127: "Considerato che l'assicurazione sarà d'ora innanzi obbligatoria, non è più necessario prevedere prestazioni speciali per il bambino a titolo di prestazioni di maternità. Sotto la LAMI le Casse malati assicuravano di regola già i neonati a partire dal primo giorno di vita, senza porre riserva alcuna, cfr. MAURER A. (1993) pag. 291 nota 198. Tuttavia succedeva anche che esse ponessero una riserva per le infermità congenite, ciò che era pienamente nel loro diritto, cfr. RAMI 1970 pag. 49. L'attuale obbligatorietà esclude invece la possibilità di formulare riserve.

2 DTF 112 V 303. Cfr. anche MAURER A. (1993) pag. 289.

3 Art. 64 cpv. 7 LAMat.

pecuniaria dell'assicurata¹. Il Tribunale federale argomentava, in sostanza, che le cure in caso di maternità cominciano, essenzialmente, al momento del parto, ad eccezione degli esami di controllo: per prevenire le possibili complicazioni, è importante che la futura madre possa, entro determinati limiti, consultare un medico anche in assenza di affezioni; tuttavia, gli esami servono unicamente al controllo del decorso, mentre eventuali misure di cura rivelatesi necessarie in occasioni di simili controlli non fanno più parte dell'esame di controllo, ma costituiscono cura della malattia². Espresso in altri termini, gli esami di controllo devono permettere una sorveglianza medica, al fine di prevenire eventuali complicazioni; tuttavia se durante la gravidanza l'assicurata presenta disturbi che necessitano una cura medica, tale cura costituisce una prestazione di malattia³.

La LAMal non sembra aver apportato a questa conclusione piuttosto illogica modifica alcuna. Le prestazioni relative alla maternità sono tuttora limitate, al di là dei costi del parto e di quelli della consulenza per l'allattamento, agli esami di controllo enumerati nell'ordinanza. La legge non precisa invece esplicitamente che anche la cura di eventuali disturbi constatati nel corso degli esami prenatali costituisce pura una prestazione di maternità. Dall'assenza di una simile precisazione si può facilmente dedurre che la giurisprudenza continuerà a ritenere corretta l'interpretazione data alle disposizioni della LAMI e ad applicarla, tale e quale, alla nuova LAMal, là quale, appunto, non apporta la necessaria modifica della definizione di prestazione in caso di maternità. Infatti, il testo legale prevede unicamente che oltre ai costi delle prestazioni in caso di malattia, l'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie assume quelli delle prestazioni specifiche di maternità. Tali prestazioni sono poi definite in dettaglio agli artt. 13 a 16 dell'OPre. Né la LAMal, né l'Ordinanza del Consiglio federale, né l'OPre menzionano, nel capitolo relativo alle prestazioni di maternità, la cura di eventuali

1 DTF 97 V 193. Cfr. anche MAURER A. (1996) pagg. 48 seg. e lo stesso (1993) pag. 289. LOCHER Th. (1994) pag. 183

2 DTF 97 V 193.

3 DTF 112 V 303, dove il Tribunale federale afferma che una gravidanza normale non è considerata una malattia, ma è ad essa assimilata, nel senso che, a determinate condizioni, l'assicurata ha diritto alle medesime prestazioni che in caso di malattia. Cfr. anche BORELLA A. (1993) ni 267 a 270 e RIEMER-KAFKA G. (1987) pag. 132.

afezioni, pur rilevate in occasione dei controlli preventivi¹. Il fatto che la cura delle eventuali afezioni rilevate in occasione degli esami di controllo e dovute ad un'evoluzione in qualche modo patologica della gravidanza costituisca una prestazione specifica di maternità non può essere neppure dedotto dall'interpretazione dell'art. 2 LAMal, che contiene le definizioni di malattia e di maternità e che considera la prima come qualsiasi danno alla salute fisica o psichica che non sia la conseguenza di un infortunio e che richieda un esame o una cura medica oppure provochi un'incapacità al lavoro, la seconda quale periodo speciale che comprende la gravidanza e il parto come pure la successiva convalescenza della madre. In virtù della legge, quindi, la malattia rappresenta uno stato, patologico, dell'individuo, mentre la maternità costituisce un lasso di tempo ben determinato, ma non invece un particolare stato che implica una trasformazione della donna e che va considerato rilevante come tale. Malattia e gravidanza possono quindi - contrariamente invece a ciò che è il caso per malattia ed infortunio, eventualità ben delimitate fra loro e che si escludono vicendevolmente², anche se la delimitazione non è in pratica sempre evidente - tranquillamente sovrapporsi e coincidere da un punto di vista temporale, senza che la legge disponga, in tal caso, la prevalenza di una sull'altra. Il fatto che, per quanto concerne l'assunzione dei costi, prevelga il concetto di malattia su quello di maternità, almeno secondo la giurisprudenza attuale, è oltremodo insoddisfacente e non corrisponde al mandato costituzionale di cui all'art. 34quinquies Cost³. E'

¹ Ed anche in caso di eventuale menzione, si porrebbe il problema della legalità di una tale regolamentazione, se essa fosse prevista solo a livello d'ordinanza. Del resto, né dal messaggio, né dai lavori parlamentari, si può dedurre la volontà di considerare quali prestazioni specifiche di maternità altre prestazioni oltre a quelle così denominate, nella LAMal e nell'OPre. FF 1992 I 65, 166: "Come nel diritto attuale, le prestazioni di maternità sono escluse dalla partecipazione ai costi".

² L'art. 2 LAMal contiene al secondo capoverso la definizione d'infortunio, mentre al primo statuisce che è considerata malattia qualsiasi danno alla salute fisica o psichica che non sia la conseguenza di un infortunio e che richieda un esame o una cura medica oppure provochi un'incapacità al lavoro.

³ Cir. RIEMER-KAFKA G. (1987) pag. 152, la quale, a giusta ragione, afferma che la protezione della donna incinta deve cominciare non solo con il parto, bensì con la gravidanza (eventualmente anche prima, n.d.r.) e che alla donna deve essere garantita la copertura di tutti i costi dovuti alla gravidanza.

infatti profondamente ingiusto assumere, quali prestazioni di maternità durante la gravidanza, unicamente gli esami di controllo enumerati nell'OPre, con l'esclusione delle cure che tali esami rivelassero necessarie. Da una parte, vi è una disparità di trattamento fra gravidanza e gravidanza ed a quella che già causa più travaglio alla donna stessa si aggiunge una preoccupazione ulteriore, quella finanziaria. Inoltre, appare profondamente illogico il fatto di assumere interamente i costi relativi ad esami di controllo, definiti preventivi, per poi pretendere una partecipazione alle spese per i trattamenti che tali esami di controllo rivelassero necessari. Non si possono considerare gli esami preventivi come prestazioni di maternità, per poi cambiare ambito e passare alla malattia, qualora questi evidenzino un'evoluzione morbosa della gravidanza. Se gli esami vengono effettuati, ciò è dovuto al fatto che la gravidanza, come tale, può avere un decorso impreveduto, problematico, la cui cura corrisponde quindi, a rigor di logica, ad una prestazione di maternità. Si sa del resto come le gravidanze non patologiche siano una cosa eccezionale¹. L'incongruenza della soluzione giurisprudenziale, che in occasione della riforma della legge sull'assicurazione malattia è stata semplicemente schivata dal legislatore e continuerà pertanto presumibilmente ad applicarsi, è poi accentuata dal fatto che, qualora in occasione di un esame di controllo si individui una gravidanza a rischio, e dunque morbosa, la legge garantisce, sempre senza alcuna partecipazione ai costi da parte dell'assicurata, la ripetizione degli esami secondo quanto necessario in base alla valutazione clinica, come pure l'effettuazione di esami più approfonditi (ultrasuoni, cardiotocografia, amniocentesi, prelievo di villi coriali). In altri termini, tutto è completamente assunto al fine di individuare e tenere sotto controllo una patologia, ad esclusione tuttavia della cura della patologia stessa, per la quale la donna è tenuta invece ad assumere franchigia ed aliquota percentuale. Perché tale differenza fra esami supplementari ed eventuali altre prestazioni necessarie? Il fatto che per un unico e ben determinato evento

¹ Cfr. BORELLA A. (1993) n. 267, RIEMER-KAFKA G. (1987) pag. 22, la quale precisa che anche una gravidanza normale comporta mutamenti ormonali che hanno come conseguenze nausea, vomito, edemi, modificazioni della pressione, eccitabilità ed altri mutamenti d'ordine psichico, o, per l'aumento di peso, mal di schiena, crampi ed emorroidi, ciò che mostra come ciascuna gravidanza ha come naturale conseguenza disturbi fisici o psichici. Ciò porta a concludere che non è possibile equiparare la normalità del decorso all'assenza di ogni e qualsivoglia complicazione. Ne deriva che ogni stato morboso della gravidanza è in qualche modo probabile, ossia che la cura di una patologia a causa della gravidanza è prevedibile, anche se eccezionalmente possono verificarsi pure gravidanze scevre d'ogni problema.

l'assicurazione assuma alcuni costi senza partecipazione dell'assicurato, altri invece con una partecipazione alle spese, non è spiegabile con motivi coerenti. Non si vede per quale motivo le cure per la maternità debbano cominciare, e finire (il Tribunale federale omette di precisarlo!) con il parto, debbano cioè ridursi, ad eccezione degli esami preventivi, alle prestazioni per il parto, quando la maternità comprende invece pure la gravidanza ed il puerperio e si estende quindi sull'arco di quasi un anno e non solo di poche ore.

Tutti i costi dovuti in primo luogo alla maternità, e solo secondariamente ad uno stato morboso, rappresentano costi di maternità, motivo per cui per tutti, conformemente all'art. 64 cpv. 7 LAMal, l'assicurata dovrebbe essere interamente liberata dalla partecipazione finanziaria, senza che nella prassi ci si diletti ad operare distinzioni fittizie tra ciò che va considerato maternità e ciò che invece va equiparato a malattia. Ciò non significa evidentemente che vadano considerate prestazioni di maternità tutte le cure di uno stato morboso che si realizza durante la gravidanza: un'influenza, per esempio, rimarrà chiaramente una malattia, anche se essa dovesse manifestarsi nel corso di una maternità.

2.3. Altre prestazioni mediche legate all'eventualità della maternità

Quale conseguenza di quanto appena menzionato, v'è da ritenere che, almeno in un futuro prossimo, tutti gli altri problemi, che toccano pure direttamente la questione della maternità, quali quello dell'inseminazione artificiale¹, della

¹ L'allegato 1 dell'OPre, al punto 3 (ginecologia, ostetricia), non considera l'inseminazione artificiale come prestazione la cui remunerazione è obbligatoria. E ciò contrariamente alla più recente giurisprudenza, emanata ancora vigente la LAMI; cfr. DTF 121 V 289 e 302, nonché RAMI 1996 pagg. 61 e 74: si trattava in tutti i casi d'inseminazione artificiale omologa, ritenuta nei giudizi misura terapeutica, scientificamente riconosciuta, adeguata allo scopo ed economica. Il Tribunale federale aveva in tali occasioni respinto le conclusioni della Commissione delle prestazioni e del Dipartimento federale dell'interno - secondo i quali l'inseminazione artificiale non rappresenterebbe una misura terapeutica ai sensi della LAMI, poiché essa non guarisce dalla sterilità -, asserendo che il trattamento medico può comprendere pure terapie sintomatiche, che si limitano a curare gli effetti secondari dovuti ad una malattia. E' da presumere quindi che, se confrontato alla questione, il Tribunale federale non applicherà l'appena citate disposizione dell'OPre, dichiarandola contraria alla legge e metterà quindi i costi relativi all'inseminazione artificiale (omologa) a carico degli istituti assicurativi, beninteso quali prestazioni di malattia.

procreazione artificiale per fecondazione in vitro e per trasferimento dell'embrione¹ o ancora della sterilizzazione per evitare una futura gravidanza pericolosa per la madre od il nascituro², saranno riconosciute - sempre ammesso che la loro efficacia³ sia considerata comprovata secondo metodi scientifici - a carico degli istituti assicurativi unicamente a titolo di prestazioni per malattia, ma non di prestazioni di maternità. E ciò ingiustamente, sempre per la ragione che anche in questi casi trattasi di prestazioni di maternità, fittiziamente equiparate a prestazioni di malattia, si direbbe al solo fine di contenere i costi di malattia, imponendo all'interessata una partecipazione agli stessi. Non si vede infatti perché possa ottenere a pieno titolo la delimitazione di maternità solo una gravidanza senza complicazioni, risultante da un regolare rapporto sessuale. Così come la possibilità di un decorso morboso, anche la difficoltà di procreare, rispettivamente il desiderio di proteggersi da una maternità indesiderata, rappresentano tutti concetti, eventi, che rientrano di diritto in una visione ampia e completa del fenomeno della maternità e che un'assicurazione per la maternità esente da lacune deve necessariamente contemplare. Del resto, l'avamprogetto del Consiglio federale

1 L'allegato 1 dell'OPre, al punto 3 (ginecologia, ostetricia), non considera la "fecondazione in vitro per esame della sterilità", né la "fecondazione in vitro e trasferimento d'embrione (FIVETE)" quali prestazioni la cui remunerazione è obbligatoria. Nello stesso senso, la giurisprudenza ritiene la FIVETE misura non ancora scientificamente riconosciuta, e quindi non obbligatoria, cfr. RAMI 1995 pag. 133.

2 L'allegato 1 dell'OPre, al punto 3 (ginecologia, ostetricia), considera la "sterilizzazione della donna" in età feconda come prestazione la cui remunerazione è obbligatoria, a condizione che "a causa di uno stato patologico verosimilmente permanente o di un'anomalia fisica, una gravidanza mette in pericolo la vita della paziente o procura un danno probabilmente duraturo alla sua salute e se altri metodi contraccettivi non possono essere presi in considerazione per motivi medici (in senso lato)". Tale questione era finora lasciata irrisolta dalla giurisprudenza. Va rilevato pure che l'allegato 1 OPre considera prestazione obbligatoria a carico dell'assicuratore cui è afflitta la moglie la sterilizzazione del marito, qualora "la sterilizzazione della moglie, di per sé rimborsabile, non può essere effettuata o non è auspicata dai coniugi". Di contro, non costituendo di regola la gravidanza normale una malattia, un provvedimento atto ad impedirla non è a carico dell'assicurazione, cfr. RAMI 1985 pag. 296.

3 Il criterio di "efficacia comprovata secondo metodi scientifici" sostituisce il precedente criterio di "misura scientificamente riconosciuta", cfr. MAUREN A. (1996) pag. 52 e BORELLA A. (1993) pag. 410, il quale precisa come il criterio di misura scientificamente riconosciuta era stato largamente criticato negli ultimi anni di validità della LAMI.

sull'assicurazione per la maternità comprende l'adozione, che non rappresenta sicuramente la maniera più "naturale" per dare la luce ad una discendenza.

2.4. Prestazioni in caso di parto prematuro

In caso di parto prematuro, le prestazioni obbligatorie sono le medesime che in caso di parto al termine previsto. Esse sono dovute senza partecipazione alle spese da parte dell'assicurata, il parto prematuro non essendo, come tale, ascrivibile ad uno stato patologico¹. Come visto, con l'introduzione dell'obbligatorietà e la conseguente abolizione di un termine di carenza, l'assicurata ha diritto alle prestazioni obbligatorie dal primo giorno di appartenenza all'istituto assicurativo. Perché si possa ammettere la presenza di un parto prematuro, non sembrerebbe più valere il presupposto di una durata minima di 28 settimane di gravidanza, previsto sotto la precedente legislazione² e soppresso invece nella LAMal e nelle relative ordinanze³. Tale termine temporale serviva a delimitare il parto prematuro dall'aborto spontaneo: nel primo caso venivano infatti concesse le prestazioni di maternità, nel secondo quelle di malattia⁴. E' difficile prevedere se la giurisprudenza futura prescinderà dal termine stretto di 28

1 RAMI 1988 pag. 320.

2 Art. 42 O III LAMI: le prestazioni in caso di maternità previste nell'articolo 14 della legge devono essere concesse se la gravidanza ha durato almeno 28 settimane, anche se il bambino non è nato vitale.

3 Il messaggio non menziona il motivo per cui il termine di 28 settimane, previsto dalla precedente legislazione non sia stato ripreso. Neppure nei lavori parlamentari si discute della rinuncia ad apporre un qualsiasi termine.

4 Cfr. MAURER A. (1993) pagg. 289 segg. e MEYER-BLASER U. (1991) pag. 12. Secondo quest'ultimo autore, il motivo di tale distinzione sarebbe quello di concedere le prestazioni di maternità anche se il bimbo non nasce in vita, tuttavia solo dopo una gravidanza di 28 settimane. Ma tale affermazione non aggiunge spiegazione alcuna, motivo per cui l'applicazione della distinzione rimane apparentemente arbitraria. Rimangono infatti senza risposta due questioni fondamentali. Si sa che un bimbo può rimanere in vita anche se partorito dopo una gravidanza durata meno di 28 settimane: quali saranno le prestazioni concesse in tal caso? E quindi, perché nel caso in cui il bimbo nasca morto, se la gravidanza è durata almeno 28 settimane vengono concesse le prestazioni di maternità, se essa è durata meno, quelle di malattia?

settimane per delimitare un parto prematuro da un aborto spontaneo, adottando il criterio, più logico, basato sul fatto che il bambino sia nato in vita o meno. La dottrina tende a riconoscere il diritto alle prestazioni di maternità anche ad una gravidanza di una durata inferiore, tuttavia apparentemente solo nel caso in cui il bimbo sia nato in vita¹. Presumibilmente, la giurisprudenza si allineerà a tale soluzione, la legge non prevedendo più alcun termine temporale ed essendo illogico il fatto di trattare quale malattia il parto di un figlio che dovesse rimanere in vita, per il solo motivo che la gravidanza durò meno di 28 settimane. Meno prevedibile è la soluzione in caso di figlio nato morto, dove la giurisprudenza potrebbe essere tentata di riprendere il termine di 28 settimane, abolito dalla LAMaI, ma presente nella legislazione anteriore. Del resto, tale termine è stato ripreso nell'avamprogetto sull'assicurazione maternità: "le prestazioni in caso di maternità devono essere concesse dopo una gravidanza che ha durato almeno 28 settimane, anche se il bambino non è nato vitale"².

Sempre nella logica, auspicabile, di considerare uniformemente l'evento della maternità, prescindendo dall'operare distinzioni artificiose in base ai vari ed imprevedibili decorsi, sarebbe molto meglio trattare alla stessa stregua ogni conclusione della gravidanza, ossia il parto, di un bimbo in vita o meno, od un aborto, spontaneo o volontario, con la copertura obbligatoria ed integrale delle spese medico-sanitarie che ne derivano.

1 Cfr. MEYER-BLASER U. (1991) pag. 12.

2 Art. 3 avamprogetto LFAM. Tale regolamentazione è stata criticata nel corso della procedura di consultazione, sia perché considerata rigida e contenente un termine troppo lungo, dal momento che i bambini possono nascere in vita anche dopo una gravidanza più corta, sia perché non si ritiene ragionevole concedere l'intera prestazione legale se il bambino, malgrado una gravidanza di 28 settimane o più, non nasce, o non rimane, in vita. Cfr. RIEMER-KAFKA G. (1987) pag. 100: sotto la LAMI, dopo una gravidanza di almeno 28 settimane venivano concesse in ogni caso le prestazioni per parto prematuro, indipendentemente dal fatto che il bimbo fosse o restasse in vita; inoltre, in dispregio del testo legale ma secondo lo scopo della normativa, tali prestazioni venivano concesse anche per una gravidanza durata tra le 24 e le 28 settimane: in questi casi andava tuttavia provato che il bimbo poteva rimanere in vita. Cfr. anche RJAM 1977 pag. 15: la vita del bimbo era valutata in base alla percezione di segnali quali la respirazione, il battito cardiaco, la motilità; parti prematuri precedenti la ventiquattresima settimana di gravidanza non dovrebbero per contro essere possibili.

2.5. Prestazioni in caso di interruzione non punibile della gravidanza, di aborto spontaneo e di aborto punibile

Attualmente la donna, od i futuri genitori, non sono liberi di decidere d'abortire in caso di gravidanza indesiderata. L'interruzione della gravidanza è possibile unicamente in presenza di determinate condizioni, definite all'articolo 120 del codice penale. In caso di aborto senza adempimento delle premesse legali, la madre, e le persone che l'hanno eventualmente aiutata, incorrono in una pena¹. L'interruzione non punibile della gravidanza è ammessa unicamente "in seguito ad atti praticati da un medico patentato con il consenso scritto della donna incinta e su parere conforme d'un secondo medico patentato, allo scopo di preservarla da un pericolo, non altrimenti evitabile, che minacci la vita stessa della madre oppure minacci seriamente la salute di lei d'una menomazione grave e permanente"². In virtù dell'art. 30 LAMat, "in caso d'interruzione non punibile della gravidanza ai sensi dell'articolo 120 del Codice penale, l'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie assume gli stessi costi delle prestazioni in caso di malattia"³. L'aborto spontaneo, non volontario, va equiparato all'interruzione non punibile

1 La detenzione per la madre (art. 118 CP), la reclusione o la detenzione per terzi (art. 119 CP).

2 Art. 120 cpv. 1 CP. MAURER A. (1993) pagg. 289 seg. ammette unicamente ragioni di tipo medico, con l'esclusione di motivi sociali od altre indicazioni. La limitazione a tali motivazioni risulta chiaramente pure dai lavori preparatori per l'adozione del vecchio art. 12quater LAMI, entrato in vigore con la modifica del 9 ottobre 1981, come del resto osserva il Tribunale federale nella decisione DTF 108 V 35, dove appunto la massima istanza esamina l'istoriato dell'articolo.

3 FF 1992 I 65, 128: "Il presente articolo riprende il principio che figura all'articolo 12quater LAMI dal primo marzo 1982, conformemente alla decisione delle Camere federali del 9 ottobre 1991. Secondo questo principio, le casse malati sono tenute ad assumere almeno le prestazioni menzionate all'art. 12 LAMI, se l'assicurata prova che ha subito un'interruzione non punibile della gravidanza giusta l'articolo 120 del codice penale. Le casse sono dunque vincolate dalle constatazioni dei due medici che, ai sensi della legge, devono pronunciarsi sulla richiesta d'interruzione indirizzata all'autorità competente sulla base delle disposizioni cantonali d'applicazione del Codice penale svizzero. Il procedimento deve essere identico nel caso in cui l'autorizzazione viene data solo in seguito (art. 120 cpv. 2 CP). In altre parole, vi è una malattia, uno stato morboso, alla base di ogni interruzione non punibile della gravidanza".

della gravidanza: le relative cure che si renderanno necessarie¹ saranno quindi a carico degli istituti assicurativi, con la partecipazione dell'assicurata alle spese. La legge opera quindi una distinzione netta tra gravidanza e gravidanza, a seconda di come essa è portata a termine: in caso d'interruzione, spontanea o volontaria sulla base di indicazioni mediche, le relative cure rappresenteranno prestazioni di malattia². Come appena detto, sarebbe auspicabile considerare le spese per l'interruzione non punibile della gravidanza e quelle di un aborto spontaneo quali spese di maternità e metterle interamente a carico degli istituti assicurativi, poiché l'interruzione della gravidanza, sebbene dovuta ad uno stato in qualche modo patologico, è primariamente un evento che concerne la maternità, motivo per cui le relative cure vanno di diritto considerate quali specifiche cure di maternità.

Chi assumerà invece i costi di un'eventuale interruzione punibile della gravidanza, che si verifica allorché la donna abortisca senza che le condizioni di cui all'art. 120 cpv. 1 CP siano adempite? Come visto, l'art. 30 LAMal limita l'intervento obbligatorio degli istituti assicurativi ai casi d'interruzione non punibile, escludendo quindi l'aborto non giustificato. V'è quindi da supporre che gli istituti d'assicurazione, se interpellati, non ne assumeranno i costi³. Tale deduzione deriva anche dalle considerazioni formulate dal Tribunale federale in una decisione resa vigente la LAMI⁴: dai lavori preparatori relativi all'adozione dell'art. 12quater della LAMI, si deduce che il legislatore ha voluto introdurre una coordinazione fra l'art. 120 del Codice penale e la copertura obbligatoria da parte della Cassa malati dei costi derivanti dall'interruzione non punibile della gravidanza; è possibile trarre una simile conclusione dal fatto che il diritto positivo attuale non riconosce, quale motivo giustificante un'interruzione della gravidanza,

1 In tali casi si procede, di regola, ad un raschiamento.

2 Cir. MAURER A. (1996) pag. 49 e (1993) pag. 291.

3 E ciò malgrado la LAMal non preveda la riduzione delle prestazioni in caso di colpa dell'interessato. Perché un aborto che non adempie i presupposti giustificativi dell'art. 120 CP possa essere messo a carico degli istituti che praticano l'assicurazione sociale, esso dovrebbe almeno rappresentare la cura, efficace, appropriata ed economica, di una malattia, ciò che ben difficilmente potrà essere il caso per interventi che per l'appunto non adempiono le condizioni dell'art. 120 cpv. 1 CP, che si riferiscono esplicitamente ad un'eventuale patologia.

4 DTF 108 V 34.

che ragioni strettamente mediche; tale conclusione dovrà essere eventualmente rivista qualora il legislatore riconoscerà a titolo giustificativo altre ulteriori indicazioni (quali, in particolare, quelle eugeniche o medico sociali), in una regolamentazione più ampia e liberale rispetto alla disposizione penale attuale. La LAMal, che nel suo art. 30 ha ripreso praticamente testualmente l'art. 12quater LAMI, riconosce quindi le prestazioni di malattia solo in caso di interruzione non punibile della gravidanza ai sensi dell'art. 120 CP¹. Oltre che incorrere in una pena, l'interessata, o gli interessati, dovranno di conseguenza assumere la totalità dei costi di un'interruzione illegale della gravidanza, almeno fino a quando l'interruzione volontaria della gravidanza rimarrà di principio punibile.

2.6. Prestazioni extra obbligatorie

Tutto quello che la legge non considera prestazione obbligatoria a carico dell'assicurazione malattie sociale può essere assicurato a titolo facoltativo, e ciò anche presso i medesimi istituti che praticano l'assicurazione obbligatoria. Tali assicurazioni extra obbligatorie sono tuttavia rette dalla legge federale sul contratto d'assicurazione: la libertà contrattuale delle parti non è in quest'ambito limitata in alcun modo dalla LAMal, la quale non è affatto applicabile.

Nell'ambito della maternità, una persona potrebbe desiderare assicurarsi per l'esecuzione di esami ulteriori rispetto a quelli contemplati nell'OPra, per un corso di preparazione al parto di costo superiore ai frs. 100.--, per una consulenza all'allattamento che vada al di là delle tre sedute, o ancora per il ricovero in camera privata o semi privata in caso di parto in ospedale. Tutti questi tipi d'assicurazione possono essere stipulati mediante contratti che sottostanno al diritto privato. Ciò significa, come visto, che l'assicuratore è libero di rifiutare la proposta assicurativa, ciò che farà a dipendenza dello stato di salute della proponente, che egli può imporre riserve o termini di carenza e fissa i premi in base alla probabilità della

1 Analogamente a quanto statuito in DTF 108 V 34, gli istituti assicurativi sono vincolati alle constatazioni dei due medici che, in virtù dell'art. 120 CP, hanno confermato l'esistenza di ragioni mediche giustificanti l'interruzione della gravidanza. In altre parole, gli istituti assicurativi non hanno il diritto di far riesaminare dal loro medico di fiducia se i presupposti medici fossero adempiti.

realizzazione del rischio assicurato, con premi di conseguenza estremamente elevati per una donna in età di procreare¹.

3. Il congedo maternità e l'indennità giornaliera relativa

3.1. Premessa

Il congedo di maternità è un periodo di riposo concesso alla madre, prima del parto per permetterle di riprendersi dai travagli della gravidanza, in seguito al parto, ossia durante il puerperio, per consentirle di ristabilirsi e ritornare alla vita normale. Gravidanza, parto e puerperio rappresentano potenziali motivi di impedimento a svolgere l'attività lucrativa abituale e ad adempiere le mansioni quotidiane. Il diritto svizzero non conosce, all'ora attuale, un congedo maternità adeguatamente remunerato e spettante ad ogni donna nel periodo che precede, rispettivamente succede, il parto, indipendentemente dal suo percorso lavorativo. Il congedo maternità, non definito come tale, è menzionato sia nella legge sul lavoro, la quale prevede, dopo il parto, un'interruzione obbligatoria dal lavoro di otto settimane, riducibili a sei previa presentazione di un certificato medico, ma non contiene alcuna disposizione relativa al salario, sia nel codice delle obbligazioni, che statuisce l'obbligo del datore di lavoro di continuare a versare il salario ad una lavoratrice impedita di lavorare a causa della maternità, sia ancora nella legge sull'assicurazione malattie, che prevede il diritto ad un'indennità giornaliera per la donna assicurata. Tuttavia, fra queste tre codificazioni non v'è alcuna coordinazione, al punto che un osservatore esterno potrebbe ragionevolmente dubitare che esse emanino dallo stesso legislatore.

3.2. Il divieto di lavorare durante la maternità

Come visto, le disposizioni relative al divieto di prestare attività lucrativa si trovano nella LL, mentre né la LAMal né il CO ne fanno menzione.

¹ Con la totale uscita dell'assicurazione complementare dall'ambito delle assicurazioni sociali, gli assicuratori non saranno neppure più tenuti a rispettare i principi fondamentali dell'assicurazione malattia sociale, quali quello della mutualità, della proporzionalità e della parità di trattamento, principi ai quali le casse malati riconosciute erano legate sotto l'impero della LAMI, anche per le prestazioni statutarie che andavano al di là di quelle obbligatorie, cfr. DTF 117 V 274, 276, 277 e riferimenti ivi citati.

L'art. 35 della LL prevede un divieto di lavorare nelle otto settimane che seguono il parto. Tale periodo può essere ridotto a sei settimane, su richiesta dell'interessata, ma solo previa presentazione di un certificato medico che attesti il ristabilimento della capacità lavorativa. La legge non operando alcuna distinzione fra i diversi risultati del parto, il divieto di lavorare dovrebbe applicarsi anche ai parti di un bimbo nato morto o che non sopravvive¹. Esso non è invece operante in caso d'interruzione della gravidanza, il testo legale parlando esplicitamente di parto². Durante la gravidanza, le donne non possono essere occupate oltre l'orario normale di lavoro e possono assentarsi mediante semplice avviso. Per quanto concerne le donne che allattano, esse possono essere occupate solo se vi acconsentono ed hanno in ogni caso diritto al tempo libero necessario per allattare. Le donne incinte e quelle che allattano possono essere occupate fuori dei limiti del lavoro diurno solo con il loro consenso, non possono svolgere lavori che nuociono alla salute, alla gravidanza o all'allattamento e devono essere dispensate dai lavori che risultano loro faticosi³.

La legge è, di per sé, applicabile alle lavoratrici dipendenti, senza che sia tuttavia necessaria l'esistenza di un contratto di lavoro ai sensi del CO⁴. Tuttavia, per le eccezioni personali di cui all'art. 3 LL, essa non si applica ai lavoratori che esercitano un ufficio direttivo elevato né ai lavoratori a domicilio.

Nessuna legge vieta invece determinate occupazioni od impone il riposo assoluto durante determinati periodi alle donne che non esercitano attività lucrativa alcuna, od alle donne di condizione indipendente.

Per quanto riguarda il diritto ad un'eventuale remunerazione durante i periodi di assenza dal lavoro, sia che essi siano obbligatori sia che avvengano dietro avviso da parte dell'interessata, tale diritto può fondarsi sulla LAMal, qualora la donna sia assicurata per l'indennità perdita di guadagno, o derivare dal CO, nel caso di una

1 Cfr. RIEMER-KAFKA G. (1987) pagg. 221 seg.

2 Cfr. RIEMER-KAFKA G. (1987) pag. 221.

3 Artt. 67 e 72 OLL1. Per le modifiche previste della LL e bocciate in votazione referendaria il 1° dicembre 1996, cfr. più sopra cap. VII, 2.3.

4 Cfr. SCHNEIDER J.-A. (1992) pag. 56.

dipendente legata ad un rapporto di lavoro: una legge non esclude l'altra, riservato tuttavia il divieto di sovrindennizzo, nonché la norma di "coordinazione" di cui all'art. 324a cpv. 4 CO¹.

3.3. L'indennità giornaliera sociale

3.3.1. In generale

Qualora una donna sia affiliata all'assicurazione facoltativa sociale² d'indennità giornaliera, sia mediante la stipulazione di un contratto individuale, sia collettivamente, essa ha diritto all'indennità durante sedici settimane, di cui almeno otto dopo il parto³, se al giorno del parto era assicurata da almeno 270 giorni senza

1 Tale disposizione verrà esaminata più avanti, nella parte dedicata all'indennità giornaliera contrattuale.

2 FF 1992 I 65, 109: "Rinunciare alle disposizioni concernenti l'indennità giornaliera significherebbe infatti accettare l'eventualità che il rischio di perdita di guadagno dovuta a malattia o a maternità possa in futuro non essere più coperto nell'ambito di un'assicurazione sociale. In particolare, in assenza di un disciplinamento normativo non sarebbero più garantiti il diritto alla conclusione dell'assicurazione, la limitazione nel tempo delle riserve assicurative, le durate delle prestazioni, la determinazione dei premi e l'integrazione della maternità, elementi che sarebbero allidati a contratti assicurativi di diritto privato".

3 Questa è l'unica manifestazione della volontà di coordinare le disposizioni relative alla maternità, che si trovano nelle differenti leggi: le otto settimane successive al parto della LAMal corrispondono al periodo d'astensione obbligatoria dal lavoro, previsto dalla LL. Chiaramente, invece che concludere un'assicurazione perdita di guadagno sociale, gli interessati possono contrarne una di tipo privato, presso gli istituti che sottostanno alla LCA: in tal caso la LAMal non è applicabile. Non è chiaro invece se gli istituti, privati o meno, che praticano la LAMal, possano esercitare contemporaneamente assicurazione perdita di guadagno sociale e privata. Il Consiglio federale si contraddice infatti nel suo messaggio: "Il fatto che l'assicuratore assicura le indennità giornalieri ai sensi di questa legge gli preclude l'esercizio di un'assicurazione d'indennità giornaliera secondo la legge federale sul contratto d'assicurazione del 2 aprile 1908" (FF 1992 I 65, 169) e, d'altra parte: "Certo, secondo la legge, le compagnie d'assicurazione private che intendono praticare l'assicurazione obbligatoria delle cure sanitarie dovranno praticare anche l'assicurazione d'indennità giornaliera facoltativa secondo questa stessa legge (art. 10 cpv. 2 lettera d). Nulla tuttavia potrà impedire loro di esercitare inoltre secondo la legge sul contratto d'assicurazione" (FF 1992 I 65, 173).

interruzione superiore a tre mesi¹. L'indennità giornaliera di maternità non può essere computata nella durata di 720 giorni compresi nell'arco di 900 giorni consecutivi, pagati in caso di malattia, e va versata anche dopo la scadenza di tale durata². La regolamentazione della LAMal, sebbene di primo acchito appaia progressista, poiché istituisce un congedo di maternità remunerato della durata di sedici settimane, è ancora molto imperfetta. Le principali lacune riguardano il campo d'applicazione e l'ammontare dell'indennità.

3.3.2. Il campo d'applicazione dell'assicurazione facoltativa d'indennità giornaliera sociale

La prima, fondamentale, lacuna della regolamentazione è rappresentata dalle non obbligatorietà dell'assicurazione indennità giornaliera, cosicché beneficeranno delle prestazioni unicamente le donne che si sono assicurate, e tempestivamente, dal momento che la legge prevede un termine minimo di appartenenza all'istituto assicurativo di 270 giorni. A questo proposito, va osservato che la formulazione della LAMal riprende, in sostanza, quelle dell'art. 14 cpv. 1 LAMf: ne deriva che, presumibilmente, la giurisprudenza continuerà a considerare il termine di carenza di 270 giorni come un termine inderogabile e valevole per ogni situazione, indipendentemente dal fatto che il suo scopo sia unicamente di impedire d'assicurare un rischio già realizzatosi³. Così, una donna che decide di stipulare un'assicurazione e non è ancora incinta al momento della conclusione del contratto, potrà vedersi rifiutare le prestazioni, in caso di parto prematuro, se non sarà stata assicurata per almeno 270 giorni⁴. Fortunatamente, le persone che già hanno contratto un'assicurazione indennità giornaliera per la malattia, presso un istituto che pratica l'assicurazione malattia sociale, sono automaticamente assicurate per la medesima prestazione in caso di maternità, in virtù dell'art. 72 cpv.

1 Art. 74 LAMal. Contrariamente a quanto vale per la malattia in virtù dell'art. 72 cpv. 2 LAMal, per il versamento dell'indennità giornaliera di maternità non è invece richiesta l'esistenza di un'incapacità al lavoro od a svolgere le consuete mansioni di un grado minimo del 50%, cfr. MAURER A. (1996) pag. 115.

2 Art. 74 cpv. 2 LAMal.

3 Cir. MAURER A. (1996) pag. 115.

4 RAMI 1976 pag. 94.

1 LAMal, ciò che eviterà, nella maggior parte dei casi, che la donna che partorisce prematuramente non abbia ancora compiuto i 270 giorni di affiliazione.

Possono stipulare un'assicurazione d'indennità giornaliera sociale tutte le persone domiciliate in Svizzera, d'età compresa fra i 15 ed i 65 anni¹, ossia i lavoratori e le lavoratrici, dipendenti od indipendenti, come pure le persone che non esercitano alcuna attività lucrativa.

3.3.3. Ammontare dell'indennità giornaliera sociale

La legge non fissa l'ammontare dell'indennità giornaliera e neppure un minimo sotto il quale non è possibile scendere². Gli unici limiti, come visto più sopra³, sono rappresentati dal principio della parità di trattamento degli assicurati - che dà diritto ad ogni persona che adempie le condizioni d'adesione di stipulare un contratto alle medesime condizioni degli altri assicurati - e da quello del premio uguale per prestazioni uguali. Le difficoltà pratiche in cui incorrerà il singolo, che vuole prevalersi di tali principi e tuttavia non ha alcun accesso ai contratti che gli istituti stipulano con gli altri eventuali assicurati, è evidente⁴. D'altro canto, la legge non

1 Art. 67 cpv. 1 LAMal.

2 Ciò che era invece il caso per la LAMI. Infatti, secondo l'art. 12 bis, l'indennità giornaliera doveva ammontare ad almeno frs. 2.- in caso di incapacità totale al lavoro. Tuttavia, "l'aver rinunciato a stabilire nella legge un minimo legale garantito per l'indennità giornaliera assicurabile non significa che gli assicuratori potranno offrire soltanto un'indennità simbolica. Gli assicuratori devono infatti osservare il principio dell'uguaglianza di trattamento. Un candidato potrebbe far valere che l'assicuratore ha convenuto, in altri casi, un'indennità giornaliera contante e non potrebbe quindi rifiutargliela senza validi motivi. L'assicuratore può tuttavia invocare un eventuale sovrindennizzo", cfr. FF 1992 I 65, 171. Il minimo legale è quindi relativo, ossia esso è valutato in rapporto agli altri assicurati presso il medesimo istituto; non esiste invece un minimo assoluto.

3 Cfr. cap. VII, 2.2.

4 FF 1992 I 65, 172 e 173: "Il principio giusta il quale ogni assicuratore fissa lui stesso i premi di cui ha bisogno secondo la procedura della ripartizione delle spese e deve trattare tutti i suoi assicurati nello stesso modo, vale anche per l'assicurazione d'indennità giornaliera. Contrariamente all'assicurazione delle cure medico-sanitarie, le prestazioni dell'assicurazione d'indennità giornaliera non saranno fissate nella legge, ma nel contratto d'assicurazione. Ecco perché conviene precisare che

fissa un minimo obbligatorio, ciò che significa che nessun assicurato potrà invocare un contenuto minimo, che copra adeguatamente la reale perdita di guadagno, gli istituti assicurativi essendo liberi di offrire, nell'assicurazione facoltativa sociale unicamente prestazioni di importo irrisorio¹.

Per le persone salariate era usuale, sotto la LAMI che già prevedeva l'indennità giornaliera a titolo facoltativo, la pattuizione di un'indennità che coprisse l'80% della perdita di salario subita. Spesso, il datore di lavoro stesso stipula un contratto d'assicurazione collettiva per i propri dipendenti; tale assicurazione è intesa sostituirsi al suo obbligo di continuare a versare il salario, in caso d'impedimento non colpevole del dipendente di prestare la propria opera e deve quindi coprire adeguatamente la perdita di salario².

Per le lavoratrici indipendenti e per le donne che non esercitano attività lucrativa, l'ammontare dell'indennità dipende da quanto stipulato fra le parti contraenti, ossia loro stesse e gli istituti assicurativi. Va precisato tuttavia che il fatto di essersi assicurata per un'indennità di un determinato ammontare non garantisce alla beneficiaria che tale ammontare le sarà in ogni caso versato. Infatti, in base ad un principio valido nell'ambito delle assicurazioni sociali, ed a quanto esplicitamente sancito dall'art. 78 cpv. 2 LAMal - indipendentemente dalla rispettiva situazione professionale -, le prestazioni d'assicurazione non devono comportare per l'assicurata un sovrindennizzo. Costituisce sovrindennizzo ogni prestazione d'assicurazione che oltrepassa la somma totale della perdita di guadagno subita e delle spese occasionate dalla maternità³. In altri termini, la beneficiaria non deve

è applicabile il principio del premio uguale per prestazioni assicurate uguali. (...) Nell'assicurazione facoltativa d'indennità giornaliera, anche se la sua realizzazione presenta qualche difficoltà, dovrà prevalere il principio dell'uguaglianza dei premi tra uomini e donne. Un'assicurazione facoltativa permette in effetti di sottrarsi alle solidarietà previste dalla legge.

1 Cfr. cap. VII.2.2.

2 Il tema sarà trattato più oltre, cfr. sotto 3.5.

3 DTF 105 V 196 seg. Secondo l'art. 122 cpv. 2 OAMal, v'è sovrindennizzo nella misura in cui, per lo stesso danno alla salute, le corrispettive prestazioni delle assicurazioni sociali superano i costi diagnostici e terapeutici, i costi delle cure e altri costi di malattia che ne derivano per l'assicurato e la perdita presumibile di guadagno dell'assicurato dovuta al caso di assicurazione o il corrispettivo per la prestazione lavorativa che non ha potuto svolgere.

percepire dall'assicurazione più di quanto essa stessa abbia dovuto sopportare quali costi dovuti alla maternità e non altrimenti coperti¹. Vanno prese in considerazione le spese comprovate dall'interessata e quelle che si verificano normalmente, secondo il corso naturale degli eventi, e che si mantengono entro i limiti abituali². La giurisprudenza, nel 1981, ha considerato che ad una casalinga che non aveva assunto temporaneamente alcuna persona che la sostituisse nell'esercizio delle sue abituali mansioni, andavano concessi frs. 5.-- giornalieri, quali indennizzo delle spese generali occorse per l'incapacità d'esercitare i consueti compiti domestici. Il Tribunale federale precisava che la suocera e la figlia, che ancora viveva con i genitori, erano tenute, a causa di un non meglio precisato obbligo familiare, a prestare aiuto nell'adempimento dei doveri casalinghi e che, secondo il corso naturale delle cose, tali aiuti da parte di familiari non occasionano spesa alcuna³. D'altro canto, la copertura assicurativa stipulata da una casalinga non è intervenuta finora per coprire la perdita del "salario domestico"⁴.

1 DTF 110 V 318, 321.

2 DTF 110 V 318 e DTF 105 V 196.

3 DTF 110 V 318, 322.

4 DTF 110 V 318, RAMI 1986 pag. 363 consid. 2b. Cfr. anche DESPLAND B. (1993) pag. 96. Secondo il nuovo diritto matrimoniale, il coniuge che provvede al governo della casa o alla cura della prole ha diritto di ricevere regolarmente dall'altro una congrua somma di cui possa disporre liberamente (art. 164 cpv. 1 CC), ciò che potrebbe costituire un primo accenno al salario domestico. Tuttavia, v'è da ritenere che, in una tradizionale ripartizione dei ruoli, qualora la donna partorisca, il marito non le decurerà le prestazioni versate fino ad allora: del resto, secondo l'art. 159 cpv. 3 CC, egli le deve la necessaria assistenza, ciò che comporta ragionevolmente anche il suo mantenimento durante la maternità. E tale obbligo familiare del marito verso la moglie permetterà agli istituti assicurativi di sostenere che la donna casalinga che partorisce non subisce alcuna perdita di guadagno. Se però essa ricevesse dal marito, in caso di temporanea incapacità ad occuparsi del governo della casa, meno di quanto essa percepiva antecedentemente in virtù dell'art. 164 cpv. 1 CC, nulla osterebbe all'obbligo dell'istituto assicurativo di coprire questa perdita di guadagno, se convenientemente assicurata. Per quanto concerne i contributi straordinari di un coniuge ai sensi dell'art. 165 CC, la giurisprudenza ha stabilito che, in caso d'incapacità, le casse devono corrispondere "un'indennità adeguata", considerando che e tale incapacità lavorativa corrisponde una perdita di guadagno, cfr. RAMI 1986 pag. 363. L'ottenimento di un'indennità che si sostituisca al "salario domestico" risulterà per contro più

Una questione importante in relazione all'ammontare dell'indennità giornaliera si pone allorché una salariata decide di ridurre od interrompere la propria attività lucrativa dopo il parto, per dedicarsi alle cure del nascituro, almeno nei primi anni di vita¹. L'attuale legge non contiene disposizioni in merito, contrariamente alla vecchia LAMI, la quale prevedeva che l'assicurata che cessava l'attività lucrativa al massimo quattro settimane prima del parto non poteva essere trasferita in una classe inferiore d'indennità malattia prima che fosse decorso il periodo durante il quale essa aveva diritto all'indennità giornaliera di maternità². Se l'assicurata cessava invece l'attività antecedentemente³, la cassa malati poteva ridurre la copertura dell'assicurazione dell'indennità giornaliera unilateralmente, ossia anche senza il consenso dell'assicurata: quest'ultima era ritenuta non avere alcun ragionevole interesse al mantenimento della precedente copertura. La cassa malati poteva quindi rifiutare il versamento dell'indennità precedentemente stipulata, prevalendosi del fatto che l'assicurata non subiva una perdita di guadagno corrispondente al salario precedentemente percepito, avendo essa abbandonato definitivamente l'attività professionale⁴. La facoltà di ridurre o sopprimere

facile per una donna casalinga che convive con il suo uomo senza essere sposata: secondo la giurisprudenza, infatti, "la donna che convive maritalmente con un uomo e che per la tenuta dell'economia domestica riceve dal compagno prestazioni in natura (vitto e alloggio) nonché uno spillatico, deve, dal profilo contributivo, essere considerata quale persona esercitante un'attività dipendente. Le prestazioni in natura e l'eventuale spillatico costituiscono quindi salario determinante ai sensi dell'art 5 cpv. 2 LAVS" (DTF 116 V 177, 179). Il compagno, nella sua qualità di datore di lavoro, o la donna stessa, potrebbero quindi concludere un'assicurazione perdita di guadagno che coprisse le controprestazioni dell'attività domestica. L'assicurazione, dal canto suo, non potrebbe far valere la presenza di un obbligo familiare che prevalga su quello assicurativo, i conviventi essendo legati, dal punto di vista giuridico, unicamente da un contratto di lavoro.

1 Tale cambiamento di statuto è ancora molto frequente oggigiorno, cfr. la pubblicazione dell'Ufficio federale di statistica "Vers l'égalité?", Berna 1996, pagg. 78 segg. (rapporto tra attività professionale e situazione familiare).

2 Art. 14 cpv. 4 LAMI.

3 Secondo la giurisprudenza, in caso di contestazione sul rispetto del termine di quattro settimane, il calcolo andava eseguito in base alla data della nascita così come era stata determinata dalle previsioni del medico e non retroattivamente dal momento effettivo della nascita, cfr. DTF 111 V 329.

unilateralmente la copertura assicurativa era concessa alla cassa unicamente in caso di intenzione dell'assicurata di cessare o ridurre definitivamente, vale a dire per un lungo periodo, l'esercizio dell'attività professionale⁴. Come detto, l'attuale legislazione non prevede più il limite delle quattro settimane prima del parto, per determinare in quali casi l'assicurata che ha intenzione di cessare l'attività dopo il parto abbia diritto all'indennità giornaliera stipulata quale salariata o invece lo perda, avendo unicamente diritto all'indennità giornaliera spettante ad una casalinga. Né il messaggio, né le discussioni parlamentari menzionano la soppressione del limite di quattro settimane, e tantomeno ne spiegano il significato. Dai lavori preparatori non si può quindi dedurre quale siano le conseguenze del fatto che la LAMal rinunci a porre una qualsivoglia limitazione temporale per la riduzione unilaterale della copertura assicurativa. E' difficile, d'altro canto, indovinare quale sarà la soluzione adottata in pratica e sancita dalla giurisprudenza. Questa potrebbe infatti allinearsi a quella attuale e continuare ad applicare il medesimo termine di quattro settimane sebbene esso non figuri più nella disposizione legale, od autorizzare gli istituti assicurativi a ridurre unilateralmente la copertura ogni qualvolta l'assicurata interrompa l'attività lucrativa in seguito al parto, senza porre un limite temporale che differenzi fra caso e caso, oppure vietare qualsiasi riduzione unilaterale, almeno fino al versamento dell'indennità assicurata per il periodo di sedici settimane. La migliore soluzione consisterebbe nel non autorizzare affatto l'istituto assicurativo a ridurre l'importo assicurato, a partire dal momento in cui il rischio assicurato, la maternità, si è realizzato, ossia dal momento in cui la donna rimane incinta, e ciò indipendentemente dal fatto che essa intenda o meno interrompere, eventualmente anche parzialmente, l'esercizio dell'attività lucrativa, prima o dopo il parto. Del resto, in nessun altro ramo assicurativo è possibile diminuire le prestazioni previste nel relativo contratto, allorchando il rischio assicurato si è già realizzato (fatti eventualmente salvi i casi di dolo o colpa, che non concernono tuttavia il problema qui discusso). Inoltre, come il termine di carenza per il versamento di un'indennità giornaliera di maternità di 270 giorni è motivato dal fatto che non si vuole permettere ad una persona d'assicurare un rischio già realizzatosi, così, dal momento in cui il rischio si realizza, non si può permettere all'istituto assicurativo di ridurre unilateralmente le prestazioni stipulate nel contratto assicurativo, se non

4 DTF 112 V 195 e 111 V 329.

1 DTF 112 V 195.

dopo che le stesse siano state integralmente versate per il rischio in questione; in altri termini, la riduzione può avvenire unicamente per un eventuale maternità futura, ma non per quella già realizzata.

3.3.4. Durata del versamento dell'indennità giornaliera sociale

L'indennità giornaliera in caso di maternità va concessa durante sedici settimane¹, di cui almeno otto dopo il parto. La legge non contiene altre disposizioni relative alle modalità di versamento delle prestazioni. Vigente la LAMI, l'assicurata aveva di principio la facoltà di scegliere come suddividere la durata del diritto alle prestazioni tra il periodo che precede il parto e quello che lo segue; tuttavia, almeno sei settimane andavano prese dopo il parto². Inoltre, il periodo di 10 settimane doveva essere ininterrotto³. In caso di complicazioni inerenti alla gravidanza o a causa di malattia durante le ultime quattro settimane di gravidanza, che avessero causato un impedimento al lavoro, si poneva la questione di sapere se l'assicurata dovesse forzatamente imputare tali assenze nella durata delle dieci settimane relative al diritto alle prestazioni di maternità. Allineandosi al parere espresso dal Concordato svizzero delle casse malati, l'UFAS aveva modificato il proprio avviso, concludendo che "l'assicurata incapace di lavorare durante le ultime quattro settimane precedenti il parto a causa di complicazioni inerenti alla gravidanza - considerabili malattia ai sensi della giurisprudenza - o a causa di malattie che non sono in relazione con la gravidanza, ha diritto all'indennità giornaliera secondo l'articolo 12bis LAMI. Quest'ultima non può essere computata nella durata delle prestazioni prevista all'articolo 14 capoverso 6 LAMI"⁴. Conformemente all'antecedente pratica degli istituti assicurativi, fatta propria dall'amministrazione federale, ed in assenza di disposizioni contrarie nella LAMal, v'è da ritenere che anche per il futuro l'assicurata potrà scegliere liberamente come suddividere le sedici settimane d'indennità giornaliera, fermo restando che otto settimane debbono obbligatoriamente essere prese dopo il parto; inoltre, sempre in

1 Il Consiglio federale aveva previsto una durata di dieci settimane: FF 1992 I 65, 110 e 172. Il congedo fu poi portato a sedici settimane dal Parlamento.

2 Art. 14 cpv. 6 LAMI.

3 Cfr. RAMI 1990 pagg. 166 e 169.

4 Cfr. RAMI 1991 pagg. 204 seg.

conformità alla prassi amministrativa vigente sotto la LAMI, le assenze antecedenti al parto e dovute ad un qualsivoglia stato patologico non andranno necessariamente computate nelle sedici settimane d'indennità giornaliera di maternità. Nel caso in cui il neonato necessiti d'essere nutrito con il latte materno, non sopportando egli altri alimenti, e qualora la madre sia, per questo motivo, impedita di riprendere il lavoro, l'incapacità che ne deriva non è assunta dagli istituti assicurativi, al di là delle sedici settimane di congedo di maternità¹.

Come già era il caso precedentemente all'entrata in vigore della LAMal, le parti possono stipulare un'assicurazione indennità giornaliera con inizio differito delle prestazioni. In tal caso, i premi vengono ridotti di conseguenza² ed il diritto alle prestazioni decorre trascorso il periodo di differimento pattuito. Per la maternità si pone tuttavia la questione di sapere se la durata delle prestazioni debba comunque essere di sedici settimane, malgrado l'inizio del versamento sia differito, o se essa viene decurtata in funzione del termine d'attesa contrattuale. Secondo la giurisprudenza valida sotto il vecchio diritto, il differimento convenuto tra le parti era deducibile dal periodo durante il quale veniva versata l'indennità giornaliera di maternità - della durata di dieci settimane -, ma unicamente per le prestazioni di importo superiore al minimo legale³. Se applicata analogamente anche alla LAMal, tale giurisprudenza avrebbe come conseguenza che la durata di sedici settimane di cui all'art. 74 verrebbe ridotta del termine d'attesa convenuto, e ciò integralmente, dal momento che la legge non prevede più un importo minimo obbligatorio. La legge non contiene alcuna disposizione che si opponga a tale soluzione, giustificata peraltro dal fatto che in caso di differimento i premi sono ridotti di conseguenza. Vero è che essa dispone che le prestazioni di maternità sono versate durante sedici settimane, tuttavia non in maniera più vincolante rispetto a come la LAMI statuiva una durata di dieci settimane. Se ne dovrebbe

1 Revue jurassienne de jurisprudence, 1995 pag. 245, 250. Al di là delle sedici settimane di maternità, l'indennità giornaliera potrebbe essere versata unicamente in caso di malattia della madre, ciò che non è evidentemente il caso.

2 Art. 76 cpv. 2 LAMal.

3 Cfr. RAMI 1990 pag. 166 segg. Ne derivava che, durante il termine d'attesa convenuto, l'assicurato non aveva diritto alle prestazioni pattuite contrattualmente, ma solo a quelle minime fissate dalla legge, ossia a frs. 2.-- giornalieri, in maniera che le prestazioni minime fossero comunque versate per il periodo di dieci settimane.

dedurre che i principi giurisprudenziali già sviluppati dovrebbero essere analogamente applicati alla LAMal, con la conseguenza che il termine di differimento pattuito andrebbe dedotto dalla durata di sedici settimane. Trattandosi di assicurazione stipulata dal datore di lavoro ed intesa a sostituirsi all'obbligo di quest'ultimo di versare il salario in caso di impedimento non colpevole di lavorare, questi sarà tenuto ad assumere personalmente i giorni d'attesa, nel caso in cui il termine d'attesa pattuito con l'assicurazione sia tale da portare ad escludere l'equivalenza fra le disposizioni assicurative e la regolamentazione del CO¹.

3.4. L'indennità giornaliera contrattuale

3.4.1. In generale

Come visto, l'art. 324a CO statuisce l'obbligo del datore di lavoro di pagare al lavoratore, impedito di lavorare senza sua colpa e per motivi inerenti alla sua persona, il salario per un periodo che varia in funzione della durata del rapporto di servizio e delle circostanze particolari. I motivi d'assenza "giustificata", enumerati dalla legge in maniera non esaustiva, sono la malattia, l'infortunio, l'adempimento di un obbligo legale o d'una funzione pubblica², la gravidanza ed il puerperio³. Altri motivi che giustificano un'assenza e il conseguente obbligo di versare il salario sono, per esempio, il matrimonio del lavoratore, la nascita di un figlio nella famiglia, la morte o la malattia di un parente stretto, il trasloco, la detenzione preventiva non colpevole⁴. E' possibile derogare alle precedenti disposizioni legali, mediante

1 Cfr. i due capitoli seguenti e anche STREIFF U./VON KAENEL A. (1993) n. 23 ad art. 324a/b CO. In genere, un termine d'attesa superiore ai tre giorni è considerato atto a far negare l'equivalenza: cfr. BJM 1991 pag. 235.

2 Art. 324a cpv. 1 CO.

3 Art. 324a cpv. 3 CO. Il testo italiano parla di gravidanza e puerperio, mentre sia quello tedesco (Schwangerschaft und Niederkunft) che quello francese (grossesse et accouchement) parlano di gravidanza e parto.

4 FF 1967 II 241, 333 (versione tedesca). Cfr. anche BRUNNER Ch./BUEHLER J.-M./WAEBER J.-B. (1996) n. 9 ad art. 324a CO, GNAEGI Ph. (1996) pagg. 57 seg., REHBINDER M. (1995) pag. 79, STREIFF U./VON KAENEL A. (1993) n. 20 segg. ad art. 324a/b CO, BRUEHWILER J. (1978) n. 2 ad art. 324a CO, BERTHOUD P. A. (1976) pagg. 57 seg.

accordo scritto, contratto normale o collettivo, tuttavia unicamente prevedendo una regolamentazione almeno equivalente per il lavoratore¹.

3.4.2. Presupposti dell'obbligo del datore di lavoro di continuare a versare il salario

Prima condizione per l'applicazione dell'art. 324a CO è l'esistenza di un contratto di lavoro ai sensi dell'art. 319 CO. Hanno quindi diritto a percepire il salario in caso d'impedimento non colpevole al lavoro le persone salariate, legate ad un datore di lavoro da un contratto d'impiego, mentre non vi è corrispettivo legale alcuno né per le persone indipendenti, né per quelle che non esercitano attività lucrativa.

Secondo presupposto è che il rapporto di lavoro sia durato o sia stato stipulato per più di tre mesi. Per i rapporti di durata determinata la formulazione legale non pone troppi problemi, le parti avendo fissato fin dall'inizio la durata del contratto. Per quelli di durata indeterminata, di contro, il testo di legge ha fatto sorgere una controversia dottrinale, quella di sapere se essi debbano in ogni caso essere considerati come conclusi per più di tre mesi, se invece la durata minima di tre mesi debba essere ammessa unicamente allorquando il primo termine utile per la disdetta andrebbe al di là dei tre mesi o ancora se il diritto al versamento del salario nasca unicamente trascorsi tre mesi contrattuali effettivi². Per la maternità il problema in pratica non si pone, considerato che la lavoratrice è protetta dalla disdetta durante l'intera gravidanza e nei quattro mesi successivi al parto, motivo per cui anche propendendo per la soluzione più sfavorevole alla lavoratrice, ossia quella della durata minima di tre mesi effettivi, il requisito sarà ad ogni modo adempito, se si considera la durata esigua dell'obbligo di continuare a versare il salario nel primo anno di servizio, che ammonta, secondo l'art. 324a CO, a tre sole settimane. In altri termini, anche ammettendo che una lavoratrice rimanga incinta subito dopo l'inizio di un nuovo rapporto di lavoro e che insorgano immediatamente complicazioni dovute alla gravidanza, adottando la soluzione più sfavorevole, essa non potrà reclamare il salario in caso di assenza. Tuttavia, le tre settimane di versamento del salario in caso di impedimento non colpevole saranno largamente consumate, sempre nel corso del primo anno di servizio, in occasione dell'assenza obbligatoria successiva al parto, durante la quale essa rimarrà, per forza di cose,

1 Art. 324a cpv. 4 CO.

2 Per le differenti opinioni, cfr. GNAEGI Ph. (1996) pagg. 44 segg.

senza salario, almeno per un determinato periodo. Durante il primo anno di servizio la questione sarà quindi unicamente quella di sapere quali settimane non siano indennizzate, se quelle verificatesi nel corso dei primi tre mesi d'impiego o quelle successive, oltrepassanti le tre settimane di assenza.

La terza condizione posta dall'art. 324a CO è rappresentata dall'assenza di colpa da parte del lavoratore. Tale condizione non è tuttavia esatta per il terzo capoverso dell'articolo, ossia per la gravidanza ed il puerperio, poiché in tal caso vige la presunzione irrefragabile che la lavoratrice non abbia colpa alcuna¹.

E se la lavoratrice fosse in qualche modo colpevole, non già del suo stato, ma di temporanea incapacità lavorativa per un comportamento negligente durante la gravidanza, la questione della decurtazione andrebbe giudicata altrimenti? "La donna incinta deve evitare di sottoporre il suo corpo a sforzi particolari; le gravidanze a rischio impongono un riguardo ancora maggiore. Una colpa imputabile ad atteggiamenti assunti dalla lavoratrice può avere ripercussioni sull'estensione dell'obbligo del datore di lavoro - a cui compete l'onere della prova - di versarle il salario in caso di impedimento al lavoro; secondo la dottrina dominante sono possibili decurtazioni parificabili a quelle previste nel campo del diritto della assicurazioni sociali"². Questa opinione dottrinale è tuttavia contraddetta dalla chiara formulazione legale, che viene unanimemente interpretata dalla dottrina: il capoverso 3 dell'art. 324a CO prescinde, come detto, dal presupposto dell'assenza di colpa, istituendo una presunzione irrefragabile che le assenze durante la gravidanza non sono mai colpose. Pertanto, la questione di un'eventuale decurtazione per comportamento colpevole del diritto al salario in caso d'impedimento a lavorare durante la gravidanza non si pone in alcun caso.

1 JAR 1993 pag. 144. Cfr. anche GNAEGI Ph. (1996) pagg. 63, REHBINDER M. (1995) pag. 80, TOBLER L. (1979) pag. 60, BRUEHWILER J. (1978) n. 7 ad art. 324a CO. Per gli altri motivi d'impedimento v'è invece, in caso di colpa del lavoratore, la soppressione del diritto al salario in caso di colpa intenzionale o riduzione proporzionale alla colpa, cfr. GNAEGI Ph. (1996) pagg. 63 segg.

2 MUELLER-STORNI P. (1993) pag. 273. Perché la maternità dovrebbe in qualche modo essere equiparata ad un'assicurazione sociale, unicamente quando ciò le arreherebbe uno svantaggio? Cfr. anche RIEMER-KAFKA G. (1987) pagg. 256 seg. e dottrina citata: essa menziona, quale esempio di colpa, il non rispetto di quanto ordinato dal medico. Ciò non è tuttavia sufficiente. Dovrebbe in ogni caso essere dimostrato che le complicazioni insorte furono effettivamente causate dal comportamento "negligente" della lavoratrice.

3.4.3. Ammontare dell'"indennità" per impedimento a lavorare

Il lavoratore riceverà il salario, un'adeguata indennità per perdita di salario in natura, nonché i supplementi legali o contrattuali previsti per compensare il lavoro notturno, festivo o supplementare, qualora si possa presumere che, in assenza d'incapacità lavorativa, il dipendente avrebbe prestato un tale lavoro, ciò che è il caso se egli lo effettua abitualmente¹. Se il salario è composto da provvigioni, l'ammontare di quanto è versato in caso di impedimento al lavoro è calcolato in base alla media percepita durante l'anno trascorso².

3.4.4. Durata del versamento del salario

Il testo di legge è estremamente impreciso al proposito, limitandosi a statuire una durata precisa, di tre settimane, unicamente per il primo anno di servizio, mentre per gli anni successivi il salario va pagato per un tempo adeguatamente più lungo³. Malgrado il legislatore abbia scientemente rinunciato a stabilire una medesima durata, valida in ogni caso, in funzione della durata del rapporto di lavoro⁴, i tribunali si sono visti costretti a fissare delle scale, allo scopo di unificare in un certo modo la prassi e nell'interesse della sicurezza del diritto. La scala più applicata è la cosiddetta scala bernese, la quale prevede che il datore di lavoro deve versare, nel primo anno di servizio, il salario per tre settimane, e ciò analogamente a quanto stabilisce la legge, nel secondo anno di servizio il salario per un mese, nel terzo e quarto anno di servizio il salario per due mesi, dal quinto al nono anno di servizio il salario per tre mesi, dal decimo al quattordicesimo anno di servizio il salario per quattro mesi, dal quindicesimo al diciannovesimo anno di servizio il salario per

1 Cfr. BRUNNER Ch./BUEHLER J.-M./WAEBER J.-B. (1996) n. 10 ad art. 324a CO, GNAEGI Ph. (1996) pagg. 72 seg., REHBINDER M. (1995) pag. 80, AUBERT G. (1991) pagg. 113 e 114, BRUEHWILER J. (1976) n. 11 ad art. 324a CO, BERTHOUD P. A. (1976) pagg. 85 segg.

2 Cfr. GNAEGI Ph. (1996) pag. 73 e riferimenti citati, AUBERT G. (1991) pag. 114, BERTHOUD P. A. (1976) pag. 89.

3 Art. 324a cpv. 2 CO.

4 FF 1967 II 241, 334 (versione tedesca): la fissazione è lasciata alla regolamentazione mediante contratto normale o collettivo di lavoro. Inoltre, una rigida schematizzazione avrebbe trascurato, a scapito del dipendente, le circostanze particolari di ogni singolo caso.

cinque mesi e dal ventesimo al ventiquattresimo anno di servizio il salario per sei mesi¹. Circostanze particolari possono, per menzione esplicita nella legge, modificare la durata del diritto al versamento del salario. Rappresentano, a titolo d'esempio, circostanze particolari le prestazioni precedentemente concesse da parte del datore di lavoro, le rispettive condizioni economiche nonché un salario relativamente basso, le assenze anteriori o la necessità di sostituire il lavoratore assente².

Per la maternità, l'applicazione della scala bernesese senza alcuna correzione in ragione delle circostanze particolari ha come conseguenza che il periodo d'astensione obbligatorio dal lavoro in seguito al parto, fissato dalla legge sul lavoro, è completamente remunerato solo a partire dal terzo anno di servizio. Tuttavia, come si vedrà in seguito, tale copertura presuppone la mancanza di ulteriori assenze nel corso dello stesso anno di servizio, vuoi per ragioni dovute al decorso della gravidanza, vuoi per gli altri motivi che cadono sotto il campo d'applicazione del capoverso 1 dell'art. 324a CO.

Nell'imprecisione legale si pone un'altra importante questione: l'art. 324a CO stabilisce un minimo salariale od un minimo temporale? In altri termini, se per esempio un lavoratore subisce un'incapacità lavorativa del 50%, egli avrà diritto alla metà del salario per impedimento durante un periodo determinato dalla scala bernesese o durante il doppio di tale periodo, dal momento che solo la metà del salario è versata senza controprestazione lavorativa? Dottrina e giurisprudenza non sembrano avere una risposta unanime, gli uni propendendo per la soluzione del minimo salariale³, gli altri per quella del minimo temporale⁴. La miglior

1 Cfr. GNAEGI Ph. (1996) pagg. 76 a 78 per la storia delle differenti scale bernesesi e pagg. 78 a 80 per la scala basilese e zurighese. Cfr. anche BRUNNER Ch./BUEHLER J.-M./WAEBER J.-B. (1996) n. 13 ad art. 324a CO (scala bernesese), REHBINDER M. (1995) pagg. 81 seg., AUBERT G. (1991) pagg. 100 segg. (scala bernesese, basilese e zurighese).

2 FF 1967 II 241, 334 (versione tedesca). Cfr. anche BRUNNER Ch./BUEHLER J.-M./WAEBER J.-B. (1996) n. 13 ad art. 324a CO, GNAEGI Ph. (1996) pag. 82, VIRET B. (1979) pag. 9, BRUEHWILER J. (1978) n. 21 ad art. 324a CO, BERTHOUD P. A. (1976) pag. 97.

3 JAR 1988 pag. 220, 1984 pag. 133, BJM 1985 pag. 293. Cfr. anche BRUNNER Ch./BUEHLER J.-M./WAEBER J.-B. (1996) n. 16 ad art. 324a CO, GNAEGI Ph. (1996) pag. 85.

soluzione è quella più favorevole al lavoratore, soluzione cui del resto si allinea la maggior parte della dottrina, ossia quella consistente a considerare che la legge preveda un minimo salariale, dal momento che la soluzione contraria potrebbe condurre ad una disparità di trattamento¹. Un'incapacità lavorativa parziale è ipotizzabile anche in caso di gravidanza e di puerperio: se nel corso dei nove mesi precedenti il parto la donna si sente indebolita, essa potrebbe necessitare di un riposo giornaliero di alcune ore, senza per questo essere totalmente incapace a lavorare; lo stesso potrebbe inoltre verificarsi una volta trascorse le otto settimane d'astensione obbligatoria dal lavoro successive al parto. La durata del versamento al salario in caso d'impedimento al lavoro per maternità, già oltremodo breve secondo le disposizioni del CO, si accorcerebbe ancor più, se, con un riposo di alcune ore, si "consumerebbe" la remunerazione di un'intera giornata².

STREIFF U./VON KAENEL A. (1993) n. 25 ad art. 324a/b CO, AUBERT G. (1991) pag. 111, BERTHOUD P. A. (1976) pag. 99.

4 Cfr. BRUEHWILER J. (1978) n. 8 ad art. 324a CO. In un primo tempo anche REHBINDER M. (1985) n. 12 ad art. 324a CO, il quale, asserendo come la formulazione dell'articolo di legge sia poco chiara, non prende più posizione in merito alla questione: REHBINDER M. (1995) pag. 82.

1 Cfr. esempio citato da STREIFF U./VON KAENEL A. (1993) n. 25 ad art. 324a/b CO di un lavoratore incapace di lavorare dapprima in misura parziale e poi in misura totale rispetto ad un lavoratore dapprima impedito totalmente e poi parzialmente.

2 Va inoltre precisato che, in caso di assicurazione indennità giornaliera sociale, dove la donna ha diritto a sedici settimane di congedo, indipendentemente dalla presenza effettiva di un'incapacità lavorativa, la quale è inderogabilmente presunta dalla LAMat, può facilmente verificarsi il caso che, dopo le otto settimane d'astensione obbligatoria dal lavoro in seguito al parto, la lavoratrice disponga di un credito assicurativo restante. In un simile caso, l'impiegata a tempo pieno potrebbe preferire di beneficiare ulteriormente di un congedo a metà tempo, ma di doppia durata, piuttosto che di passare completamente inattiva i giorni di congedo rimanenti. Certo è che senza un prolungamento della durata del congedo corrispondente alla ritrovata capacità lavorativa parziale, nulla motiverebbe la lavoratrice a riprendere il lavoro a metà tempo, prima della scadenza del congedo stesso. Il congedo a metà tempo, di doppia durata, è del resto pure vantaggioso per il datore di lavoro, ciò che spiega come tale soluzione venga adottata nella pratica.

3.4.5. Cumulo delle differenti assenze verificatesi durante il medesimo anno di servizio

Come visto, l'art. 324a CO elenca, del resto in maniera non esaustiva, differenti motivi di assenza giustificata che comportano l'obbligo del datore di lavoro di continuare a versare il salario. Si pone quindi la questione di sapere se, per ogni assenza, o perlomeno per ogni motivo diverso d'assenza, la legge garantisce o meno un credito annuale distinto. Risolvendo una controversia dottrinale, la giurisprudenza ha statuito che assenze ripetute durante il medesimo anno di servizio¹ debbono essere cumulate e non danno diritto ognuna ad un credito salariale distinto². In altri termini, se durante il medesimo anno di servizio una lavoratrice è assente prima a causa di malattia e poi per una maternità, o viceversa, essa potrà pretendere unicamente il versamento del salario durante un ben determinato numero di giorni o settimane d'assenza, numero calcolato in base agli anni di servizio e concesso una sola volta nell'arco dell'anno, e non ogni volta che si manifesta una causa d'impedimento non colpevole: se il credito totale annuale non è stato "consumato" per la prima assenza, i giorni restanti potranno essere utilizzati durante le ulteriori assenze, tuttavia fino al raggiungimento del numero totale di giorni cui la dipendente ha diritto. La giurisprudenza ha creduto di poter derivare tale soluzione dalla volontà del legislatore, esaminando i lavori preparatori. Sono appunto gli stessi che farebbero propendere per la soluzione opposta³. Il Tribunale federale ha pure aggiunto, per corroborare la propria tesi, che il caso sottoposto al suo esame, nel quale la lavoratrice era stata assente ininterrottamente prima per malattia e poi per la gravidanza, dimostrava appunto la difficoltà pratica di distinguere fra assenze dovute alle differenti cause e di concedere per ognuna un credito distinto. Pure tale motivazione appare priva di forza, dal momento che la distinzione fra i motivi che causano un determinato impedimento al lavoro è spesso operata nell'ambito della sicurezza sociale, per

1 Dovute a cause simili o diverse, poco importa.

2 Cfr. JAR 1995 pag. 112 e 1993 pag. 143, SJZ 1991 pag. 395. Contra: una decisione della Camera d'appello di Ginevra pubblicata in *Plädoyer* 2/1992 pagg. 63 seg. (versione tedesca in JAR 1992 pag. 138 segg.).

3 Cfr. a questo proposito quanto pertinentemente osserva AUBERT G. (1991) pagg. 115 seg.

determinare quale istituto assicurativo debba, nel caso concreto, assumere i costi¹. D'altro canto, il Tribunale federale asserisce, a torto, che le opinioni dottrinali che propendono per la soluzione opposta, ossia per la concessione di un credito distinto ed a sé stante almeno per l'evento della maternità, sono rimaste isolate². La somma istanza giudiziaria pretende poi che la menzione della gravidanza e del puerperio in un capoverso distinto da quello previsto per le altre cause d'impedimento sarebbe dovuto al fatto che la maternità non può mai essere colposa, ossia, in altri termini, che per essa il requisito dell'assenza di colpa non va neppure posto. Come giustamente osserva Gnaegi, se così fosse, un capoverso distinto avrebbe dovuto essere previsto pure per l'esercizio delle funzioni pubbliche³: la motivazione del Tribunale federale è quindi su questo punto priva di forza, ragione per cui l'interpretazione sistematica, ossia il fatto che il legislatore abbia previsto un capoverso separato per gravidanza e puerperio, non altrimenti spiegabile, dovrebbe logicamente far concludere che, per tale evento, deve

1 L'argomento potrebbe essere utilizzato da coloro che si oppongono all'istituzione di un'assicurazione maternità, a sé stante, i quali potrebbero sostenere che lo status quo, ossia il raggruppamento di tutti i motivi d'impedimento in un unico calcolo, ha il merito della semplicità. Il ragionamento non è di per sé emendabile. Tuttavia, in una regolamentazione come quella attuale, dove le assenze sono retribuite in maniera molto limitata, l'unica conseguenza è una ridotta protezione dei lavoratori. In un sistema ben più sviluppato e generalizzato di sicurezza sociale, di tipo funzionale e non causale, il discorso assumerebbe invece ben altri contenuti e giustificazioni.

2 Oltre agli autori citati dall'autorità giudiziaria, ossia BRUNNER Ch./BUEHLER J.-M./WAEBER J. B. (1996) n. 15 ad art. 324a CO e BERTHOUD P.-A. (1976) pag. 49, vi sono ancora MUELLER-STORNI P. (1993) pag. 274, la quale richiama motivi di parità di trattamento tra i sessi, MAHON P. (1992) marginale 79, il quale critica la soluzione del Tribunale federale, asserendo che essa ignora l'art. 34quinquies Cost., AUBERT G. (1991) pag. 116, il quale dimostra con pertinenti motivi storici e sistematici come la soluzione contraria a quanto deciso dal Tribunale federale appaia migliore, GLOOR W. (1991) pag. 175 e, recentemente, GNAEGI Ph. (1996) pag. 88.

3 Cfr. GNAEGI Ph. (1996) pag. 88. Cfr. anche AUBERT G. (1991) pag. 116, il quale rileva che la motivazione del Tribunale federale non può essere dedotta né dal Messaggio, né dai dibattiti parlamentari ed aggiunge che, se così fosse, una semplice precisazione in tal senso sarebbe stata sufficiente, senza che si dovesse ricorrere per la maternità ad un capoverso separato: una tale precisazione sarebbe del resto stata tanto più appropriata, dal momento che un capoverso distinto porta subito a pensare ad un diritto distinto.

esistere un credito distinto. Del resto, la non concessione di un credito salariale distinto per la maternità rappresenta una violazione palese del principio costituzionale d'uguaglianza fra uomo e donna, laddove la legge omette di introdurre una distinta regolamentazione in un caso in cui la differenza fra i sessi è talmente rilevante da non permettere un trattamento formalmente neutro¹. Inoltre, per l'art. 336c CO, che protegge i lavoratori dalla disdetta in tempo inopportuno e che menziona, in due distinte cifre, la malattia e la maternità, dottrina e giurisprudenza ammettono unanimemente, come si vedrà più oltre, il cumulo dei motivi di impedimento. Perché allora dovrebbe valere la soluzione opposta per l'obbligo di versare il salario in caso di impedimento non colpevole di lavorare?

Del resto, già la disposizione legale, in sé, ed in particolare la graduazione del diritto al versamento del salario in caso d'impedimento di lavorare in funzione degli anni di servizio prestati in precedenza introduce una disparità fra donna e donna, fra gravidanza e gravidanza. Invece di un sistema che privilegia un evento, quale elemento determinante per derivarne il conseguente diritto, decisivo si appalesa un criterio del tutto estraneo alla causa dell'incapacità lavorativa. Inoltre, secondo

1 Cfr. GNAEGI Ph. (1996) pag. 89 e MUELLER-STORNI P. (1993) pag. 274. L'obiezione secondo cui neppure per le assenze dovute al servizio militare, obbligatorio solo per gli uomini, garantiscono un credito a sé stante, non è pertinente. A prescindere dal fatto che per il servizio militare esiste un'assicurazione perdita di guadagno, obbligatoria e finanziata mediante contributi d'ognuno, indipendentemente dalla qualità di potenziale beneficiario, non vi è alcun motivo di paragonare due fattispecie che nulla hanno a che vedere l'una con l'altra. Il fatto che un credito distinto per la maternità è necessario, per adempiere il principio costituzionale della parità, nel suo senso formale, non si oppone alla concessione di un credito distinto per il servizio militare. Semplicemente, quest'ultima questione non concerne in alcun modo la tematica della maternità. Non regge comunque la motivazione di compensare la disparità formale operate nei confronti di un gruppo con la disparità formale esistente eventualmente nei confronti del gruppo opposto, assimilando due problematiche che fra loro nulla hanno a che vedere.

2 L'avamprogetto della LFAM intende rimediare a questa profonda ingiustizia, procedendo ad una modifica del CO. In base ad un nuovo art. 329h CO, infatti, se la lavoratrice ha diritto ad un congedo di maternità, tuttavia non ha diritto ad una prestazione ai sensi della LFAM, il datore di lavoro deve pagarle il salario conformemente all'articolo 324a capoverso 1; tale diritto esiste pienamente anche se la lavoratrice è stata impedita di lavorare nello stesso anno di servizio per altri motivi, quali, per esempio, malattia, infortuni, adempimento di un obbligo legale od esercizio di una funzione pubblica.

l'attuale prassi, il decorso più o meno patologico della gravidanza è del tutto ininfluente sul diritto al versamento del salario. Il sistema, spiegabile con il fatto che colui che assume la conseguenza finanziaria dell'incapacità lavorativa secondo il CO è il datore di lavoro, e più in generale con l'assenza di una tutela specifica della maternità, nuoce anche indirettamente alla donna, la quale, in età di procreare, avrà la tendenza a preferire la fedeltà al datore di lavoro, al fine di accrescere il suo credito salariale annuale, piuttosto che una mobilità professionale: la "scelta" si ripercuoterà in seguito direttamente sulle sue opportunità professionali, sociali e sul suo salario.

Così, per l'attuale giurisprudenza, nel credito annuale massimo, determinato in funzione degli anni di servizio, vanno contate, oltre alle assenze dovute al parto ed al puerperio, quelle che si verificano durante la gravidanza, compreso il tempo necessario per sottoporsi agli esami medici prenatali, il tempo di assenza dovuto a disturbi che causano una temporanea incapacità lavorativa, nonché tutte quelle che nulla hanno a che vedere con la gravidanza, in particolare le assenze per malattia, precedente o successiva al parto, quelle giustificate da eventi familiari, o ancora quelle dovute all'adempimento d'un obbligo legale o di una funzione pubblica¹.

Considerata la giurisprudenza attuale, la questione di sapere se l'interruzione non punibile della gravidanza, o un aborto spontaneo, debbano essere assimilati alle fattispecie del terzo capoverso dell'art. 324a CO - gravidanza e parto, rispettivamente puerperio - od invece al primo - malattia - non ha conseguenze pratiche rilevanti, dal momento che tutte le assenze vengono cumulate, poco importa il motivo che le ha causate². A giusta ragione, tuttavia, Aubert sostiene che anche l'interruzione della gravidanza va sussunta al terzo capoverso e non al primo, essendo legata ad uno stato fisiologico particolare della donna³. Infatti, una

1 Per un elenco, non esaustivo, dei motivi che conducono all'applicazione dell'art. 324a CO, cfr. REHBINDER M. (1995) pag. 79 e STREIFF U./VON KAENEL A. (1993) n. 20 segg. ad art. 324a/b CO.

2 Cfr. STREIFF U./VON KAENEL A. (1993) n. 16 ad art. 324a/b CO.

3 Cfr. AUBERT G. (1991) pagg. 92 seg. Cfr. anche RIEMER-KAFKA G. (19487) pagg. 255 seg., la quale ritiene che aborti spontanei e parto di un bimbo nato morto vadano sussunti al terzo capoverso dell'art. 324a CO; l'interruzione non punibile della gravidanza andrebbe per contro equiparata alla malattia. Contra: REHBINDER M. (1985) n. 6 ad art. 324a CO, il quale ritiene che sia il

gravidanza è e rimane in primo luogo tale, indipendentemente da un eventuale decorso morboso. La patologia che può o meno manifestarsi non cambia alcunché alla sostanza e rappresenta unicamente un fatto casuale, che interviene su di un evento dal decorso incerto e che non deve modificarne il significato¹. La questione della delimitazione si pone tuttavia in caso d'interruzione punibile, dal momento che, se sussunta al primo capoverso, il versamento del salario presuppone un'assenza di colpa, da cui invece si prescinde in caso di gravidanza. Ora, se non giustificata ai sensi dell'art. 120 del codice penale, ossia da motivi medici, l'interruzione della gravidanza non può logicamente essere assimilata alla malattia. Nulla osterebbe invece all'applicazione del capoverso 3 dell'art. 324a CO, trattandosi di un'assenza a causa di una gravidanza, nella specie non desiderata. Malauguratamente, non vi sono esempi giurisprudenziali che confermino od inficino tale conclusione².

3.4.6. Impedimento non colpevole di lavorare a cavallo di due diversi anni di servizio

Il credito annuale di cui beneficia un lavoratore in caso d'impedimento non colpevole di lavorare è calcolato, come visto, in base alla durata del rapporto di

parto di un bambino nato morto, che l'aborto spontaneo e l'interruzione non punibile della gravidanza non ricadano sotto il capoverso 3, che conterrebbe un concetto di parto da interpretare in maniera restrittiva. Il ragionamento è tuttavia alquanto debole: l'art. 324a cpv. 3 CO non servirebbe tanto a garantire il versamento al salario a causa dell'incapacità lavorativa della lavoratrice, quanto piuttosto ad evitare possibili conflitti fra gli obblighi della lavoratrice in quanto madre e quelli derivanti dal contratto di lavoro e proteggerebbe così pure gli interessi del neonato. Tuttavia, almeno per i primi anni di servizio, dove il salario è versato per un massimo di quattro settimane, gli interessi del neonato non vengono allatto considerati dalla legislazione del CO, tale periodo non essendo neppure sufficiente a garantire alla madre il riposo ch'essa necessita. Inoltre, anche in seguito al parto di un bimbo che non sopravvive, la donna abbisogna di un periodo di tranquillità della durata comunque superiore a quattro settimane, al fine di ristabilirsi e recuperare le forze necessarie per riprendere a lavorare.

¹ Si è visto tuttavia più sopra come legislazione e giurisprudenza relativa all'assicurazione malattia trattino analogamente alla malattia l'interruzione non punibile della gravidanzae.

² Contraddetta da RIEMER-KAFKA G. (1987) pag. 256, la quale equipara l'interruzione della gravidanza alla malattia, indipendentemente dal fatto che essa si riveli o meno colpevole, asserendo che il limitare l'applicazione dell'art. 324a cpv. 1 CO all'interruzione non punibile costituirebbe un'interferenza ingiustificata del datore di lavoro nella sfera intima della lavoratrice.

lavoro, ossia è diverso a seconda che il lavoratore sia assente nel corso del primo, del secondo e del terzo o del quarto anno di servizio. In caso d'impedimento di lavorare, dovuto anche ad una medesima causa ma che si estende su due anni di servizio successivi, il lavoratore ha diritto a due crediti distinti¹, poiché per ogni anno di servizio è dato un credito distinto ed indipendente da quanto già concesso negli anni precedenti - ciò che può essere considerato nelle circostanze particolari. Posto il limite fra un anno di servizio e l'altro, si determinerà l'estensione del credito maturato nel primo dei due, e l'eventuale consumazione già avvenuta per altre ragioni, per calcolare la durata del diritto fino alla fine di questo primo anno di servizio. In seguito, si determinerà il diritto per l'anno successivo, diritto che verrà cumulato con quello precedente².

Così, per una maternità a cavallo tra il terzo ed il quarto anno di servizio, ed in mancanza di assenze dovute ad altri motivi, la lavoratrice avrà diritto, secondo la scala bimese, ad un congedo pagato di quattro mesi - due mesi per il terzo anno, due mesi per il quarto -, mentre per una maternità che si estende interamente sul quarto anno di servizio, i mesi d'incapacità remunerata saranno unicamente due. Inoltre, per le maternità a cavallo fra due distinti anni di servizio, si verificherà più sovente il caso della lavoratrice, la quale, impedita di lavorare, percepisce dapprima il salario, per un periodo determinato dal credito salariale annuale restante, il quale può estinguersi prima della fine dell'anno di servizio, motivo per cui il datore di lavoro interromperà di conseguenza il versamento del salario. Egli dovrà poi riprendere a versare la retribuzione contrattuale all'inizio del nuovo anno di servizio, il quale determina appunto l'insorgenza del diritto ad un nuovo credito retributivo³, cosicché, per un unico motivo d'impedimento il salario verrà in un primo

1 JAR 1995 pagg. 111 e 113 e dottrina ivi citata. Cfr. anche BRUNNER Ch./BUEHLER J.-M./WAEBER J.-B. (1996) n. 14 ad art. 324a CO, GNAEGI Ph. (1996) pag. 86, STREIFF U./VON KAENEL A. (1993) n. 8 ad art. 324a/b CO, AUBERT G. (1991) pag. 111, GLOOR W. (1991) pag. 174, BRUEWILER J. (1978) n. 19 ad art. 324a CO, BERTHOUD P. A. (1976), pagg. 101 segg., il quale precisa che le parti possono convenire che il periodo di riferimento non sia rappresentato dall'anno di servizio, bensì dall'anno civile.

2 Il fatto che il contratto di lavoro venga a termine durante quest'ultimo anno di servizio non comporta la riduzione pro rata del credito equivalente, cfr. JAR 1995 pag. 112. Cfr. anche STREIFF U./VON KAENEL A. (1993) n. 8 ad art. 324a/b CO, AUBERT G. (1991) pag. 112.

3 Cfr. STREIFF U./VON KAENEL A. (1993) n. 8 ad art. 324a/b CO.

tempo versato, poi negato, e quindi nuovamente concesso. Questi esempi di trattamenti molto dissimili di un unico evento mostrano l'incongruenza dell'ordinamento legale attuale, incongruenza dovuta all'assenza di un'assicurazione che regoli uniformemente il caso della maternità, prescindendo in particolare dalla stretta relazione fra il versamento del salario e la durata del rapporto di lavoro.

3.5. L'articolo 324a capoverso 4 CO

Come visto, alle disposizioni di cui ai primi tre capoversi dell'art. 324a CO è possibile derogare "mediante accordo scritto, contratto normale o contratto collettivo, che sancisca un ordinamento almeno equivalente per il lavoratore". Al di là della semplice stipulazione contrattuale che preveda il versamento del salario per una durata maggiore rispetto a quanto previsto dalla scelta bernese, sovente il datore di lavoro si impegna a concludere per i propri dipendenti, individualmente o collettivamente, un'assicurazione perdita di guadagno, che si sostituisca al suo obbligo di versare il salario in caso di impedimento al lavoro¹. Non è tuttavia la conclusione di un'assicurazione che eventualmente libera il datore di lavoro dall'obbligo di versare il salario, bensì unicamente l'effettivo versamento dell'indennità da parte dell'istituto assicurativo². L'assicurazione è vantaggiosa per le due parti al contratto di lavoro: il datore di lavoro può stabilire anticipatamente le spese che avrà nell'arco dell'anno per le assenze dei propri dipendenti, senza più essere esposto alle incertezze del caso. Il lavoratore, dal canto suo, riceverà spesso più di quanto previsto obbligatoriamente dal CO, soprattutto in casi di assenze prolungate o ripetute; egli sarà inoltre più sicuro di ricevere quanto gli spetta, essendo la solvibilità dell'istituto assicurativo di regola più certa di quella del datore di lavoro. La legge, tuttavia, ancora una volta omette di definire chiaramente cosa debba intendersi con "ordinamento almeno equivalente per il lavoratore" o di

1 La prestazione versata dall'assicurazione può sostituirsi a quanto sarebbe tenuto a versare il datore di lavoro: in questo caso si pone la questione dell'equivalenza tra quanto previsto imperativamente dal CO e quanto il lavoratore riceve in virtù dell'assicurazione. O invece il datore di lavoro assicura il proprio rischio di dover pagare in caso di impedimento non colpevole da parte del lavoratore: in questo caso il datore di lavoro è tenuto a rispettare le regole del CO, mentre il lavoratore deve unicamente lasciare imputare sul proprio credito quanto egli ha se del caso ricevuto direttamente dall'assicurazione. Cfr. STREIFF U./VON KAENEL A. (1993) n. 13 ad art. 324a/b CO.

2 JAR 1986 pag. 150, 1981 pag. 261.

tomire una qualsivoglia indicazione in merito. In pratica, si tratta di paragonare due sistemi, uno che prevede il versamento dell'intero salario dal primo giorno d'assenza, per un determinato periodo calcolato in funzione della durata del rapporto di servizio e delle circostanze particolari, e l'altro che prevede, di regola, il versamento di un importo inferiore al salario per un periodo generalmente più lungo: il giudice deciderà dell'equivalenza nel caso concreto secondo il diritto e l'equità¹. E nella miriade di possibilità assicurative, nella quale possono variare dapprima la durata del versamento dell'indennità giornaliera, poi l'ammontare della stessa e la ripartizione del premio fra datore di lavoro e dipendente² e nella quale è possibile introdurre un eventuale termine di carenza (che permette al datore di lavoro di rivolgersi all'assicurazione unicamente in caso di assenze prolungate, con una conseguente riduzione del premio assicurativo), non è facile rispondere al quesito di sapere se una determinata regolamentazione debba o meno essere considerata equivalente. I quattro parametri possono variare, in un'infinità di combinazioni possibili, alcune delle quali potranno essere considerate equivalenti, altre invece no. Il Tribunale federale applica la teoria dell'equivalenza astratta, ovvero teorica, e non giudica invece il risultato concreto nella fattispecie sottopostagli³: il giudice esamina il problema dell'equivalenza in considerazione di tutte le circostanze del caso e dell'insieme delle prestazioni previste nel contratto assicurativo, tuttavia in relazione ad un singolo contratto di lavoro, mentre il fatto che nell'evenienza concreta il lavoratore riceva dall'assicurazione meno di quanto egli avrebbe avuto diritto di pretendere dal datore di lavoro non porta a negare a

1 Cfr. GNAEGI Ph. (1996) pagg. 105 seg., STREIFF U./VON KAENEL A. (1993) n. 23 ad art. 324a/b CO, BRUEWHLER J. (1978) n. 24 ad art. 324a CO.

2 Superflua è la precisazione che, perché sia data equivalenza, il datore di lavoro deve assumere almeno parte del premio, cfr. DTF 96 II 133. Cfr. anche GNAEGI Ph. (1996) pag. 107 e BERTHOUD P. A. (1976) pag. 222.

3 JAR 1995 pag. 116, SJ 1982 pag. 574, DTF 96 II 133: il paragone deve farsi tra i due regimi - quello dell'art. 324a CO e quello dell'assicurazione - valutati globalmente in ogni singolo caso, comparando i loro rispettivi vantaggi, per decidere se il sistema assicurativo garantisce globalmente al lavoratore prestazioni almeno equivalenti al sistema di cui ai capoversi 1 a 3 dell'art. 324a CO. Cfr. anche AUBERT G. (1991) pagg. 121 seg.

priori l'equivalenza¹. L'equivalenza va esaminata per ogni lavoratore singolarmente, tuttavia sull'arco dell'intera durata del rapporto di lavoro e non limitatamente ad un anno di servizio preciso². In assenza di una prassi chiara, precisa e consolidata, si possono unicamente citare esempi concreti, in cui l'equivalenza fu riconosciuta, rispettivamente negata. Non può essere considerato equivalente un ordinamento che prevede il versamento dell'80% del salario durante 720 giorni sull'arco di 900, con un termine di carenza di 7 giorni³. E' invece equivalente un'assicurazione, i cui premi sono divisi a metà fra datore di lavoro e dipendente, che copre l'80% del salario per una durata di 720 giorni su un periodo di 900 giorni⁴, come pure un ordinamento che prevede un'assicurazione indennità giornaliera dell'80% del salario per due anni, con un termine di carenza di due giorni, ed i cui premi sono assunti per due terzi dal datore di lavoro e per il resto dal lavoratore⁵. La soluzione proposta da alcuni autori per giudicare l'esistenza o meno dell'equivalenza, e consistente nell'esaminare, nel caso concreto, l'ammontare del premio assicurativo che il datore di lavoro avrebbe dovuto pagare perché l'assicurazione versasse il minimo imposto dall'art. 324a CO, per paragonare detto premio ipotetico con quello realmente pagato dal datore di lavoro ed ammettere l'equivalenza se quest'ultimo premio raggiunge almeno l'importo del primo⁶, non soddisfa. A parte il fatto che ad un medesimo ammontare del premio possono corrispondere diverse soluzioni assicurative, non tutte equivalenti per il lavoratore, e che diversi istituti assicurativi possono fissare un premio diverso per prestazioni identiche, tale soluzione porterebbe necessariamente a negare l'esame astratto

1 Cfr. GNAEGI Ph. (1996) pagg. 114 segg., STREIFF U./VON KAENEL A. (1993) n. 23 e 24 ad art. 324a/b CO, BRUEWHLER J. (1978) n. 24 ad art. 324a CO.

2 Cfr. STREIFF U./VON KAENEL A. (1993) n. 24 ad art. 324a/b CO.

3 BJM 1991 pag. 235. In questa decisione viene specificato che non è arbitrario il fatto di considerare, conformemente a quanto riterrrebbe la dottrina, che un termine di carenza superiore a tre giorni conduce necessariamente a negare l'equivalenza.

4 Cfr. GLOOR W. (1991) pag. 176.

5 JAR 1995 pag. 116. Per ulteriori esempi, cfr. REHBINDER M. (1985) n. 36 ad art. 324a CO.

6 Cfr. STREIFF U./VON KAENEL A. (1993) n. 24 ad art. 324a/b CO e DUC J.-L. (1989) pagg. 46 segg.

dell'equivalenza, fatto sull'intera durata del rapporto di lavoro, imponendo invece quello concreto, dal momento che le prestazioni dovute dal datore di lavoro dipendono, secondo quanto dispone l'art. 324a cpv. 2 CO, dalla durata del rapporto di lavoro e dalle circostanze particolari e quindi variano, di principio, di anno in anno: non ne guadagnerebbe quindi la sicurezza giuridica. Inoltre, non va dimenticato il fatto che per le medesime prestazioni i premi sono di regola inferiori se l'assicurazione è collettiva piuttosto che individuale, ciò che, data una medesima fattispecie, condurrebbe ad avere un termine di paragone diverso nell'uno e nell'altro caso.

Nell'eventualità in cui il regime assicurativo che intende sostituirsi all'obbligo del datore di lavoro di continuare a versare il salario non sia considerato equivalente al sistema legale, il datore di lavoro resta evidentemente tenuto a versare il salario, nella misura impostagli dall'art. 324a CO cpv. 1 a 3¹.

Un'ultima osservazione va fatta in merito alla questione specifica della maternità. All'infuori dell'esercizio dell'assicurazione malattia sociale, non vi è, per gli istituti assicurativi, l'obbligo di assumere, accanto alla malattia, automaticamente pure la maternità. Ciò significa che l'evento maternità, se non esplicitamente menzionato, è escluso dalla cerchia delle prestazioni di malattia, in caso d'assicurazione d'indennità giornaliera che sottostà al diritto privato e non alla LAMal. Tuttavia, in quest'ipotesi, il datore di lavoro dovrà assumere interamente il versamento del salario, per la durata determinata dalla scala bernese, non ridotta dalle eventuali altre assenze per malattia nel corso del medesimo anno ed assunte dall'assicurazione².

1 Cfr. GNAEGI Ph. (1996) pag. 117.

2 Cfr. STREIFF U./VON KAENEL A. (1993) n. 23 ad art. 324a/b CO, GLOOR W. (1991) pag. 176 nota 70.

4. Protezione contro il licenziamento

4.1. In generale

Secondo l'art. 336c cpv. 1 lett. c CO, entrato in vigore nell'attuale versione il 1° gennaio 1989¹, dopo il tempo di prova il datore di lavoro non può disdire il rapporto di lavoro durante la gravidanza e nelle sedici settimane dopo il parto della lavoratrice. Per il capoverso 2 del medesimo articolo, la disdetta data durante tale periodo è nulla, anche qualora né datore di lavoro né lavoratrice sapevano dello stato di gravidanza al momento della comunicazione della rescissione: qualora il datore di lavoro volesse davvero mettere fine al rapporto, egli dovrebbe procedere ad una seconda disdetta, valida, una volta trascorso il termine di protezione²; la disdetta notificata prima ma il cui termine non è ancora giunto a scadenza all'inizio del periodo protetto è invece valida: il suo decorso rimane tuttavia sospeso per tale periodo e riprende a decorrere soltanto dopo la fine dello stesso³. La data determinante per giudicare se la disdetta cade in un periodo di protezione è quella della sua ricezione da parte della lavoratrice, dal momento che la disdetta rappresenta una dichiarazione di volontà ricettizia⁴, mentre la data del concepimento, ossia dell'inizio della gravidanza, è quella stabilita, retroattivamente dalla data presunta per il parto, dal medico: un errore in tal senso è irrilevante⁵. Se la lavoratrice apprende a posteriori di essere già stata incinta allorquando le fu notificata la disdetta, quest'ultima è senz'altro nulla. Analogamente, la sospensione del decorso ha effetto retroattivo a partire dal momento del concepimento: se la lavoratrice è stata licenziata regolarmente ed apprende, trascorso il termine di

1 FF 1984 II 494, 549. Tale disciplinamento è "conforme alle esigenze poste dall'articolo 8 numero 2 della Carta sociale europea".

2 Cfr. REHBINDER M. (1995) pag. 126.

3 Il capoverso 3 dell'art. 336c CO precisa inline che, se per la cessazione di un rapporto di lavoro vale un giorno fisso, come la fine di un mese o di una settimana lavorativa, che non coincide con la scadenza del termine prorogato di disdetta, questo è prorogato sino al giorno fisso immediatamente successivo.

4 DTF 113 II 259. Cfr. anche GLOOR W. (1991) pag. 169.

5 Cfr. RIEMER-KÁFKA G. (1989) pag. 59.

disdetta, di essere già stata incinta mentre questo decorreva, essa ha diritto ad essere reintegrata nell'impresa, poiché, a causa dell'intervenuta sospensione del decorso del termine, il rapporto di lavoro continua a sussistere¹. La lavoratrice deve tuttavia osservare il suo dovere di diligenza e fedeltà e comunicare al datore di lavoro il suo stato appena ne viene a conoscenza, anche inviando il certificato medico che attesta la gravidanza². In caso contrario, se essa non può giustificare con validi motivi una comunicazione tardiva, il successivo appellarsi alla nullità od alla sospensione del decorso della disdetta potrebbe essere ritenuto abusivo; inoltre, se essa non ha alcun interesse al mantenimento del contratto di lavoro, poiché è sua intenzione interrompere l'attività in seguito al parto, in caso di intempestività della comunicazione essa potrebbe rischiare che il licenziamento venga considerato come un'offerta di contratto che mette fine al rapporto di lavoro, offerta tacitamente accettata³. Qualora la lavoratrice voglia mantenere in forza il contratto di lavoro, essa deve quindi comunicare l'intervenuta gravidanza appena possibile, per essere sicura di non venir nel seguito penalizzata a causa di un comportamento ritenuto abusivo o negligente, e ciò almeno se essa è già protetta contro il licenziamento, ossia se il tempo di prova è ormai trascorso. Se nel frattempo il rapporto aveva già preso fine, a causa di una disdetta rivelatasi posteriormente nulla o da sospendere, nel periodo che intercorre fra la fine "presunta" e la ripresa dell'attività, il datore di lavoro è tenuto a versare il salario secondo l'art. 324 CO, poiché egli va considerato in mora nell'accettazione della prestazione della lavoratrice⁴. Tuttavia, per avere diritto al salario una volta che

1 Cfr. GLOOR W. (1991) pagg. 168 e 170.

2 Cfr. REHBINDER M. (1995) pag. 126, GLOOR W. (1991) pagg. 168 e 170. Più tenue l'affermazione di PEDERGNANA R. (1989) pag. 43, il quale ritiene che la lavoratrice deve comunicare immediatamente la gravidanza, non appena è a conoscenza della protezione speciale che la legge le garantisce.

3 Cfr. GLOOR W. (1991) pag. 178, RIEMER-KAFKA G. (1989) pag. 59.

4 Cfr. RIEMER-KAFKA G. (1989) pag. 60. L'art. 324 CO dispone che se il datore di lavoro impedisce per sua colpa la prestazione del lavoro o è altrimenti in mora nell'accettazione del lavoro, egli rimane tenuto al pagamento del salario, senza che il lavoratore debba prestare ulteriormente il suo lavoro; quest'ultimo deve unicamente lasciarsi dedurre dal salario quanto ha risparmiato in

entrambi sono a conoscenza del prolungamento del rapporto, la lavoratrice è tenuta ad adempiere i suoi obblighi contrattuali, ossia a prestare i propri servizi. Dottrina e giurisprudenza non concordano nel vedere nell'esplicita offerta delle prestazioni da parte della lavoratrice un presupposto necessario per far valere il diritto al salario, una volta venuto meno l'impedimento al lavoro¹. Nella comunicazione dello stato di gravidanza della lavoratrice si dovrebbe implicitamente vedere una contemporanea offerta di lavoro, motivo per cui il datore di lavoro andrebbe ritenuto in mora, qualora non offra alla stessa l'opportunità di essere immediatamente reinserita nell'organizzazione aziendale. Tuttavia, in assenza di una disposizione legale chiara e di una pratica giurisprudenziale consolidata, è meglio che la lavoratrice che intende proseguire il rapporto di lavoro e far valere il proprio diritto al salario offra esplicitamente la prestazione in occasione della comunicazione al datore di lavoro dell'intervenuta gravidanza.

La legge non specifica se il periodo di protezione dalla disdetta, che si estende fino a sedici settimane dopo il parto, vada analogamente applicato ai casi di aborto, spontaneo o meno, di parto di bambino nato morto o d'adozione. Chiaro è che in caso d'aborto o di parto di un bambino non vivente, almeno durante la gravidanza la donna è in ogni caso protetta contro un'eventuale disdetta. Per il seguito, la dottrina sembrerebbe voler allinearsi a quanto vale nell'ambito dell'assicurazione malattia, e considerare l'interruzione, volontaria o meno, della gravidanza come

conseguenza dell'impedimento al lavoro o guadagno con altro lavoro od omesso intenzionalmente di guadagnare.

¹ JAR 1994 pagg. 129 seg. e riferimenti citati. In DTF 115 V 437, il Tribunale federale aveva giudicato che il lavoratore deve comunicare concretamente al datore di lavoro la sua volontà di riprendere servizio. Cfr. anche REHBINDER M. (1992) n. 7 ad art. 336c CO. Contra: AUBERT G., in SJ 1987 pag. 557. Va comunque precisato che in caso di gravidanza il discorso è diverso dai casi di malattia od infortunio, dal momento che la gravidanza non rappresenta in sé un impedimento al lavoro e che quindi la lavoratrice potrebbe di principio riprendere il lavoro, subito dopo aver comunicato il suo stato, in base al quale il contratto è automaticamente prolungato. Per questo motivo si dovrebbe vedere nella comunicazione dell'intervenuta gravidanza una contemporanea offerta dei propri servizi; cfr. in tal senso GLOOR W. (1991) pag. 176, il quale precise che il datore di lavoro che in questo caso non reimpiega la lavoratrice è tenuto a versare il salario ai sensi dell'art. 324 CO.

una malattia ed applicare la protezione della disdetta relativa¹; il parto di un bambino che non sopravvive o nato morto potrebbe invece essere trattato come un normale parto e la donna sarebbe protetta nelle sedici settimane successive². Se si volesse adottare tale distinzione tra parto ed interruzione della gravidanza, si porrebbe inoltre la questione di sapere se l'interruzione punibile della gravidanza, ossia quella che non adempie i presupposti dell'art. 120 CP, vada considerata quale malattia imputabile alla lavoratrice e quindi esclusa dalla protezione³. Probabilmente, come visto per la tematica sulle prestazioni medico-sanitarie, un'interruzione che non adempie i requisiti di natura medica posti dall'art. 120 CP non può essere giustificata dalla presenza di uno stato patologico e non potrà essere equiparata a malattia: né la lett. a né la lett. c dell'art. 336c cpv. 1 CO proteggeranno una donna che abortisce dalla disdetta, almeno per il periodo successivo all'intervento di interruzione; durante la breve gravidanza essa è invece proleto.

1 Ossia l'art. 336c cpv. 1 lett. b CO: dopo il tempo di prova, il datore di lavoro non può disdire il rapporto di lavoro allorché il lavoratore è impedito di lavorare, in tutto o in parte, a causa di malattia non imputabile a sua colpa, per 30 giorni nel primo anno di servizio, per 90 giorni dal secondo anno di servizio sino al quinto compreso e per 180 giorni dal sesto anno di servizio. Cfr. REHBINDER M. (1992) n. 4 ad art. 336c CO e GLOOR W. (1991) pag. 168.

2 Cfr. RIEMER-KAFKA G. (1989) pag. 59, la quale specifica che la delimitazione fra parto e aborto avviene in funzione del limite temporale delle 28 settimane di cui al vecchio art. 42 O III LAMI. Contra REHBINDER M. (1992) n. 4 ad art. 336c CO, il quale ritiene che la protezione è pensata per permettere alla madre di occuparsi intensivamente del figlio durante le 16 settimane successive al parto, scopo che viene meno nel caso di parto di un bimbo che non sopravvive. Tale argomentazione disattende il fatto che, ai sensi dell'art. 35 LL, una lavoratrice non può essere reimpiegata almeno nelle otto settimane successive al parto e che la lavoratrice necessita di un tale congedo "convalescenziario", indipendentemente dal fatto che essa debba eventualmente prodigare le cure ad un neonato. Almeno per questo periodo, quindi, anche la partoriente di un bimbo che non sopravvive dovrebbe essere protetta contro la disdetta del rapporto di lavoro. Alle tatiche dovute al parto si aggiungono quelle causate dalle modifiche ormonali e dal ritorno degli organi riproduttivi al loro stato "normale": se non trascorso nell'adeguato riposo, le conseguenze fisiche si faranno sentire in seguito, vita natural durante, cfr. RIEMER-KAFKA G. (1987) pagg. 37 seg. e 221.

3 Infatti, per l'art. 336c cpv. 1 lett. b CO, la protezione dalla disdetta vale solo in caso di malattia non imputabile alla colpa della lavoratrice.

Anche qui, la differenziazione fra interruzione della gravidanza - volontaria o meno, punibile o meno - e parto, con il limite rigido delle 28 settimane, non può soddisfare, anche se, in base al testo legale vigente, è chiaro che l'art. 336c CO non protegge una lavoratrice dalla disdetta nel periodo successivo ad un'interruzione della gravidanza, se non nella misura in cui essa possa venir equiparata a malattia non imputabile a colpa. Come già detto in occasione della discussione sul diritto alle prestazioni medico-sanitarie, sarebbe meglio considerare la gravidanza come un evento a sé, eventualmente differenziando, per quanto concerne la protezione della disdetta, secondo i vari decorsi possibili, invece che ricorrere, qualora la regolamentazione relativa non possa essere applicata, ad un'applicazione per analogia delle disposizioni relative alla malattia.

La protezione dalla disdetta in caso di maternità non è invece applicabile in caso d'adozione, ciò che risulta chiaramente dal testo di legge¹. Solo un'applicazione per analogia, che rappresenterebbe tuttavia un'evidente estensione della legge oltre i suoi limiti, potrebbe consentire l'applicazione della protezione all'eventualità dell'adozione. Come visto più sopra, il progetto per la LFAM prevede il diritto ad un congedo in caso di accoglimento di un bambino in vista d'adozione, della durata di quattro settimane, durante le quali la persona che beneficia del congedo sarebbe protetta dalla disdetta.

4.2. Eccezioni alla protezione della disdetta

La protezione dalla disdetta "in tempo inopportuno" non è valida in ogni caso. Statuente un diritto, e non un dovere; della lavoratrice, la disposizione legale non le impedisce di disdire essa stessa il rapporto di lavoro, né di stipulare con il datore di lavoro un contratto per mettere consensualmente fine al rapporto². L'art. 336c CO è

1 Cfr. RIEMER-KAFKA G. (1989) pag. 59. Contra REHBINDER M. (1992) n. 4 ad art. 336c CO, secondo il quale il Tribunale federale ha giustamente applicato la protezione di 16 settimane dopo il parto anche in caso d'adozione di un bambino piccolo e ciò, per il principio della parità dei sessi, anche et padre.

2 DTF 118 II 59 segg., nonché giurisprudenza e dottrina citate. Il Tribunale federale giudicò che l'art. 336c CO non invalida una convenzione con la quale una lavoratrice incinta e il suo datore di lavoro disdicono il contratto per un termine scadente circa un mese e mezzo prima della data prevista per il parto. Il datore di lavoro non ha un obbligo generale d'informare la lavoratrice, ignara, dei diritti che le spettano, in particolare dell'esistenza, rispettivamente della portata dell'art. 336c CO, ossia della

tuttavia applicabile, qualora la lavoratrice sia stata in qualche modo costretta a dare personalmente la disdetta o a sottoscrivere l'accordo che pone fine al rapporto di lavoro, ossia nel caso in cui le parti che sciolgono il contratto di comune accordo tentano in tal modo d'eludere disposizioni legali imperative¹.

La protezione dalla disdetta non può essere invocata durante il tempo di prova², periodo nel quale il rapporto di lavoro può essere sciolto in ogni momento, con un preavviso di sette giorni³. Una disdetta data durante il tempo di prova - la disdetta deve pervenire alla lavoratrice al più tardi l'ultimo giorno del periodo di prova -, esplicherà regolarmente i suoi effetti allo scadere del termine legale, senza che uno dei motivi di cui all'art. 336c cpv. 1 CO, che eventualmente interviene nei sette

limitazione del diritto di licenziamento durante la gravidanza e dopo il parto. Il Tribunale federale ha inoltre escluso che l'accordo violasse l'art. 341 CO, il quale vieta al lavoratore di rinunciare ai crediti risultanti da disposizioni imperative della legge durante il rapporto di lavoro e nel mese successivo alla sua fine: tale divieto impedirebbe la rinuncia unilaterale da parte del lavoratore, ma non si opporrebbe ad un accordo tra due parti, nella misura in cui l'accordo comporti concessioni reciproche ed assuma il carattere di una vera e propria transazione. Probabilmente la conclusione giurisprudenziale fu, nella fattispecie, troppo altrettata. Infatti, il contratto di lavoro ebbe termine il 31 luglio, mentre la lavoratrice fu incapace di lavorare a causa della gravidanza dal 6 agosto successivo: da questa data, quindi, essa avrebbe avuto diritto ai giorni pagati di cui all'art. 324a CO, articolo rappresentante una disposizione legale imperativa. Vero è che per avervi diritto, essa avrebbe dovuto lavorare una settimana supplementare, ma appunto la brevità di tale periodo, unita al fatto che, secondo la LL, la lavoratrice incinta ha diritto d'assentarsi, durante la gravidanza, mediante semplice avviso, anche senza dover dimostrare l'esistenza di un'incapacità lavorativa, lascia supporre che la donna in questione avrebbe probabilmente mantenuto in forza il contratto, se solo fosse stata a conoscenza dei suoi diritti: essa aveva infatti a quel momento da una parte parecchi diritti, e dall'altra doveri insignificanti, motivo per cui l'accordo, considerato dal Tribunale federale quale transazione, le arrecò un evidente pregiudizio.

1 JAR 1995 pagg. 164 segg. Cfr. anche GLOOR W. (1991) pag. 167.

2 Per l'art. 335b CO, è considerato tempo di prova il primo mese di servizio, in assenza di disposizioni contrattuali contrarie, che possono prevedere un tempo di prova della durata massima di tre mesi. Cfr. PEDERGNANA R. (1969) pag. 58, RIEMER-KAFKA G. (1989) pag. 36.

3 Art. 335b cpv. 1 CO.

giorni di preavviso, possa sospendere il decorso¹. Da notare, a tal proposito, che la maternità non è menzionata fra i motivi atti a prolungare il tempo di prova, ai sensi dell'art. 335b cpv. 3 CO². Qualora la lavoratrice che rimane incinta durante il tempo di prova, o che lo era già al momento dell'assunzione, ritenesse che il datore di lavoro abusi della regolamentazione relativa al tempo di prova, procedendo ad un licenziamento non tanto per il motivo, invocato, della qualità delle prestazioni, quanto piuttosto a causa dello stato di gravidanza di cui è venuto a conoscenza, essa potrebbe appellarsi ad un abuso di diritto, tuttavia con tutte le difficoltà probatorie nelle quali incorre. Infatti, il periodo di prova serve unicamente ad esaminare se la persona impiegata è confacente all'impiego che la stessa occuperà e non a permettere di sbarazzarsi di una lavoratrice che, a causa di una gravidanza, diventa improvvisamente scomoda.

La protezione dalla disdetta non è inoltre valida in caso di rapporti contrattuali di durata determinata, i quali cessano senza disdetta al termine precedentemente pattuito³. Tuttavia, in caso di contratti a catena, ossia di contratti che si susseguono, tutti conclusi per un tempo determinato al solo fine d'impedire abusivamente l'insorgenza di determinati diritti che nascono in base alla durata del contratto, si considera che vi sia un unico contratto di durata indeterminata⁴: la protezione dalla disdetta potrà in questi casi esplicare tutti i suoi effetti.

1 JAR 1990 pag. 229. Cfr. anche BRUNNER Ch./BUEHLER J.-M./WAEBER J.-B. (1996) n. 4 ad art. 335b CO e REHBINDER M. (1995) pag. 127.

2 Tale disposizione prevede, in una formulazione non del tutto riuscita, che il tempo di prova può essere prolungato di un periodo equivalente alle assenze verificatesi durante la sua decorrenza e dovute a malattia, infortunio o adempimento di un obbligo legale. Il datore di lavoro potrebbe tuttavia sostenere che, come già avviene per altre disposizioni legali, nell'applicazione dell'art. 335b CO la gravidanza andrebbe equiparata alla malattia. Del resto, la lavoratrice che si assenta durante il tempo di prova, ha tutto l'interesse a giustificarsi con una malattia, poiché comunicando un'eventuale gravidanza, essa rischierebbe seriamente di venir licenziata prima di poter beneficiare della protezione di cui all'art. 336c cpv. 1 lett. c CO.

3 Art. 334 cpv. 1 CO. Cfr. STREIFF U./VON KAENEL A. (1993) n. 2 ad art. 336c CO, GLOOR W. (1991) pag. 167, RIEMER-KAFKA G. (1989) pag. 58.

4 Cfr. GLOOR W. (1991) pag. 167, PEDERGNANA R. (1989) pag. 35.

Infine, la protezione dalla disdetta non impedisce che il datore di lavoro proceda alla risoluzione del contratto con effetto immediato, sia che il presupposto dei gravi motivi sia effettivamente adempito, sia che tale licenziamento si riveli per il seguito ingiustificato¹. Se però, in una successiva vertenza, il licenziamento in tronco dovesse essere giudicato come ingiustificato, la lavoratrice avrà diritto a quanto avrebbe guadagnato se il rapporto di lavoro fosse cessato alla scadenza del termine di disdetta - dove l'intervento di un periodo di protezione prolunga tale termine -, nonché ad un'indennità stabilita dal giudice, secondo il suo libero apprezzamento, in funzione delle circostanze della fattispecie e che non superi tuttavia l'equivalente di sei mesi di salario².

4.3. Cumulo dei periodi di protezione dalla disdetta?

Oltre alla maternità, altri motivi impediscono, in determinati momenti, al datore di lavoro di disdire validamente il rapporto contrattuale: il servizio obbligatorio militare o di protezione civile, il servizio civile svizzero³, il servizio militare femminile o quello nella Croce Rossa - qualora il servizio duri più di undici giorni, la protezione si estende a quattro settimane prima e quattro dopo lo stesso -, la malattia e l'infortunio - per 30 giorni nel primo anno di servizio, per 90 dal secondo al quinto anno, per 180 dal sesto anno di servizio - e nel corso di un servizio nell'ambito dell'aiuto all'estero e ordinato dall'autorità federale competente⁴. Ogni motivo previsto dalla legge quale causa che impedisce la disdetta è atto, da sé, a far

1 FF 1984 II 494, 545: "Della sistematica legale risulta inoltre che il licenziamento immediato per gravi motivi è possibile anche durante i periodi di protezione", e 554: "il rapporto di lavoro cessa di fatto e di diritto (...) il licenziamento immediato non è subordinato ad alcuna autorizzazione (p. es. da parte del giudice o della rappresentanza dei lavoratori); come nel diritto vigente, trattasi dunque di un diritto costitutivo del datore di lavoro con effetto immediato e definitivo anche se mancano cause gravi".

2 Art. 337c cpv. 1 e 3 CO. Il risarcimento danni globale quindi anche quanto la lavoratrice avrebbe guadagnato durante l'intera gravidanza e nelle 16 settimane successive al parto, periodo in cui una disdetta ordinaria sarebbe stata nulla. Cfr. anche REHBINDER M. (1995) pagg. 133 seg., GLOOR W. (1991) pagg. 171 e 180, PEDERGNANA R. (1989) pagg. 44 seg.

3 La protezione durante il servizio civile è stata introdotta con la Legge federale del 6 ottobre 1995 sul servizio civile sostitutivo, entrata in vigore il 1° ottobre 1996: RU 1996, 1445.

4 Art. 336c cpv. 1 lett. a, b e d CO.

rinascere la relativa protezione, indipendentemente dal fatto che precedentemente se ne siano già verificati altri: in altri termini, le assenze non vanno cumulate per calcolare un periodo totale ed unico di protezione¹. Anche nel caso in cui si verificassero due impedimenti simili, quali per esempio due malattie o due maternità successive, ognuno di essi fa rinascere un periodo di protezione distinto². Nel caso in cui due motivi di impedimento si sovrappongano da un punto di vista temporale, determinante è il termine di protezione più lungo³, mentre quando un impedimento ne segue immediatamente uno precedente, le due protezioni si accumulano, senza soluzione di continuità⁴. Va comunque ribadito che il prolungamento del contratto di lavoro a seguito di un periodo di protezione dalla disdetta non assicura alla persona interessata automaticamente il diritto al salario, diritto che è invece calcolato in virtù dell'art. 324e CO.

5. La protezione della salute

Le disposizioni relative alla protezione della salute si trovano nella legge sul lavoro e nella regolamentazione accessoria. Oltre alle norme valevoli per la categoria delle donne in generale⁵, la legge contiene norme specifiche a protezione della

1 FF 1984 II 494, 549: "I diversi casi di protezione dalle disdette previsti nell'articolo 336c capoverso 1 si applicano cumulativamente in favore del lavoratore". DTF 120 II 124, JAR 1983 pag. 171. Cfr. anche REHBINDER M. (1995) pag. 127, PEDERGNANA R. (1989) pag. 42, RIEMER-KAFKA G. (1989) pag. 58, WEBER D. (1989) pag. 55.

2 DTF 120 II 124 e JAR 1994 pag. 213: anche se in tal modo si favoriscono i lavoratori che rinnovano le assenze per malattia rispetto a quelli che sono malati per un lungo periodo, la disparità è stata voluta dal legislatore (per la maternità non vale un ragionamento analogo, dal momento che la gravidanza è sempre comunque interamente protetta). Cfr. anche REHBINDER M. (1992) n. 8 ad art. 336c CO, PEDERGNANA R. (1989) pag. 42, WEBER D. (1989) pag. 56.

3 JAR 1995 pag. 186 e 1994 pag. 213. Cfr. anche REHBINDER M. (1995) pag. 127, GLOOR W. (1991) pagg. 170 seg.

4 Cfr. GLOOR W. (1991) pag. 171.

5 Divieto, in linea di principio, di svolgere lavoro notturno e festivo (art. 34 LL), nonché differenti occupazioni, elencate all'art. 66 OLL 1. Tali norme dovevano, come visto, essere abrogate nella revisione della legge sul lavoro.

maternità, ossia relative agli eventi della gravidanza, del puerperio e dell'allattamento. Le norme di diritto pubblico non contengono tuttavia disposizione alcuna sulle conseguenze delle speciali protezioni sul contratto individuale di lavoro, ed in particolare su quelle salariali¹.

5.1. Durante la gravidanza - il congedo prenatale

Per quanto concerne le donne incinte, dapprima, esse possono essere occupate solo se vi acconsentono, ma mai oltre l'orario normale, e possono assentarsi mediante semplice avviso². Non possono inoltre essere occupate in lavori che, secondo l'esperienza, nuocciono alla salute od alla gravidanza, devono essere dispensate, a richiesta, dai lavori che sono per esse faticosi e possono essere occupate fuori dei limiti del lavoro diurno soltanto con il loro consenso³. La legge non enumera tuttavia, neppure a titolo d'esempio, quali siano i lavori che potrebbero nuocere alla salute di una donna incinta: il tenore della disposizione è oltremodo impreciso e lascia un largo margine d'apprezzamento agli interessati⁴. Del resto, spesso le lavoratrici interessate neppure conoscono l'esistenza ed il

1 Del resto, anche la prevista revisione della LL non prevedeva cambiamenti in tal senso. "Fino all'introduzione dell'assicurazione maternità, la questione del versamento del salario in caso di maternità sarà quindi disciplinata dal diritto del contratto di lavoro": FF 1994 II 149, 160.

2 Art. 35 cpv. 1 LL.

3 Artt. 67 e 72 OLL 1.

4 Cfr. BRUNNER Ch. (1994) pag. 128. L'autrice cita, quale unica disposizione precisa contenuta nella legislazione attuale, quella di cui all'ordinanza del 30 giugno 1976 concernente la protezione contro le radiazioni ionizzanti, ora Ordinanza del 22 giugno 1994 sulla radioprotezione (ORaP). Se per le persone professionalmente esposte a radiazioni, la dose efficace non deve superare il valore limite di 20 mSv all'anno (art. 35 cpv. 1), per le donne professionalmente esposte a radiazioni, dal momento in cui è constatato lo stato di gravidanza e fino al termine della stessa, l'equivalente di dose alla superficie dell'addome non deve superare 2 mSv, e la dose efficace in seguito ad incorporazione 1 mSv (art. 36 cpv. 2), mentre le donne che allattano non possono svolgere lavori con sostanze radioattive che possono comportare il rischio di un'incorporazione o di una contaminazione radioattiva (art. 36 cpv. 3). Curiosamente l'OLL 1 contiene invece, all'art. 66, un elenco dei lavori vietati a tutte le donne, quali per esempio il servizio e la manutenzione di determinati impianti, i lavori a temperatura molto elevata o molto bassa o ancora il sollevamento e trasporto di grandi pesi.

preciso contenuto della legge: spetta quindi ai datori di lavoro informarle sui loro diritti ed adottare le disposizioni necessarie relative all'occupazione¹. Tuttavia, dal momento che, qualora questi impieghino donne in lavori potenzialmente o realmente nocivi alla salute, gli stessi sono tenuti, appena la gravidanza è portata a loro conoscenza, d'offrire un lavoro sostitutivo, non nocivo, v'è da chiedersi in che misura essi osservino nella pratica le disposizioni legali e quindi quante donne che esercitano lavori nocivi ne siano temporaneamente dispensate. E ciò a maggior ragione se si considera che, come visto, non esiste alcun testo che elenchi le attività pericolose, mentre l'applicazione della legge è lasciata alle donne, spesso ignare, sia per quanto concerne i loro diritti, sia per quanto concerne la pericolosità di determinate occupazioni, ed ai datori di lavoro, che hanno interessi propri, almeno immediati, che contrastano con l'interesse alla tutela della salute della lavoratrice e che spesso, come quest'ultima, sono ignari in merito alla pericolosità di una determinata attività. In caso d'esercizio d'attività pericolosa, il datore di lavoro è pertanto teoricamente tenuto a procurare alla lavoratrice un'occupazione sostitutiva all'interno dell'impresa: qualora ciò non sia possibile, egli è in mora, non colpevole, nell'accettare la prestazione lavorativa ed è tenuto a versare il salario, anche senza controprestazione; se l'occupazione di rimpiazzo è remunerata d'abitudine con un salario inferiore a quello precedentemente percepito dalla dipendente, il datore di lavoro è tenuto a versare il salario ad essa abitualmente versato².

Il diritto di astenersi dai lavori faticosi è molto importante, poiché esso rappresenta un diritto la cui definizione è soggettiva: la lavoratrice è legittimata a dichiarare che un determinato lavoro le è penoso, senza essere tenuta a provarlo, con un documento oggettivo, quale per esempio un certificato medico³. Anche in questo caso, si pone la questione dell'informazione della lavoratrice e quella del diritto al salario. Per quest'ultima problematica, debbono valere le medesime considerazioni di cui sopra, motivo per cui, qualora la lavoratrice dichiara che un determinato compito è troppo penoso, mettendosi tuttavia a disposizione per un'occupazione più leggera ed adeguata al suo stato, mentre il datore di lavoro non può occuparla

1 Cir. MUELLER-STORNI P. (1993) pag. 270.

2 Cir. BRUNNER Ch. (1993) pagg. 27 seg., RIEMER-KAFKA G. (1989) pagg. 60 seg. e (1987) pagg. 289 segg., REHBINDER M. (1984) n. 29 ad art. 324.

3 Cir. GNAEGI Ph. (1996) pag. 68 e BRUNNER Ch. (1993) pag. 27.

a ragione dell'organizzazione aziendale, egli ne sopporta le conseguenze, trattandosi di rischio aziendale e dovrà quindi continuare a versare il salario abituale¹.

Secondo l'art. 35 cpv. 1 LL, le donne incinte hanno poi il diritto di astenersi completamente da ogni occupazione mediante semplice avviso. La comunicazione va fatta al datore di lavoro, eventualmente al diretto superiore, anche mediante una semplice telefonata. La dottrina non è unanime nello stabilire quali siano le conseguenze salariali in tali casi². A giusta ragione, Streiff/Von Kaenel sostengono che il legislatore ha considerato la gravidanza un motivo di per sé sufficiente a giustificare l'assenza dal lavoro, prevedendo che le donne incinte possono essere occupate solo se vi acconsentono ed assentarsi mediante semplice avviso e che, d'altro canto, la disposizione del CO relativa all'obbligo di versare il salario in caso d'impedimento non colpevole di lavorare menziona unicamente l'eventualità della gravidanza, senza fissare alcun altro presupposto. Ne deriva che, anche nei casi in cui non è dimostrata un'incapacità lavorativa mediante un documento oggettivo - il fatto che la lavoratrice stessa si reputi incapace al lavoro a causa del proprio stato dovendo bastare per giustificare un'assenza -, la dipendente può vantare un diritto al salario, la cui portata è tuttavia fissata secondo le disposizioni dell'art. 324a CO. Del resto, la soluzione contraria sarebbe incoerente, perché essa concederebbe alla donna un diritto al salario precedentemente percepito, qualora essa si dichiarasse disposta a lavorare in occupazioni più confacenti al suo stato - ben sapendo che il

¹ Cfr. BRUNNER Ch. (1993) pagg. 27 seg., RIEMER-KAFKA G. (1989) pagg. 60 seg. e (1987) pagg. 289 segg.

² Cfr. MUELLER-STORNI P. (1993) pagg. 273 seg., la quale precisa che "le assenze della lavoratrice giusta l'art. 35 cpv. 1 seconda frase LL, se intese a puro scopo di riposo, non dovrebbero obbligare - salvo contraria disposizione contrattuale - il datore di lavoro al pagamento del salario". Del medesimo avviso, RIEMER-KAFKA G. (1987) pagg. 216 e 254, la quale asserisce che non è necessario che la lavoratrice presenti un certificato medico per potersi astenere dal lavoro, tranne nel caso in cui essa avanzi una pretesa salariale ai sensi dell'art. 324a CO; se ne deduce che, se concesse a solo scopo di riposo e non per uno stato morboso, tali assenze non andrebbero remunerate. Contra: STREIFF U./VON KAENEL A. (1993) n. 16 ad art. 324a CO, i quali non concordano sul fatto che l'obbligo di versare il salario dipenda dalla presentazione di un certificato medico ed asseriscono che per il legislatore già la gravidanza, in sé, rappresenta un motivo sufficiente per giustificare un'assenza, da remunerare entro i limiti dell'art. 324a CO.

datore di lavoro non è in grado di proporle alcuna -, per negarlo invece alla donna, per la quale ogni occupazione è divenuta troppo faticosa: la lavoratrice meglio informata non avrebbe troppe difficoltà a dichiararsi atta a svolgere determinate mansioni, al solo scopo di conservare un diritto al salario. E' quindi più opportuno riconoscere ad ogni donna il diritto al salario senza ch'essa debba produrre un certificato medico, indipendentemente dal fatto che il suo stato di salute le impedisca di svolgere unicamente determinati lavori od invece ogni attività lucrativa, con la riserva, beninteso, dell'abuso di diritto. Del resto, ben poca cosa sarebbe il riconoscimento di un diritto soggettivo di potersi dichiarare temporaneamente inabile a qualsivoglia attività, per poi negare l'esistenza di una qualsivoglia pretesa salariale: sarebbero veramente poche le donne che avanzerebbero un diritto ad assentarsi rispetto a quelle che preferirebbero forzarsi, a scapito della loro salute e dello sviluppo del nascituro, per recarsi al lavoro e non perdere così la remunerazione. Non va inoltre disatteso che, considerata l'attuale regolamentazione del CO, che concede un diritto al salario in caso d'impedimento non colpevole di lavorare molto limitato nel tempo e che prevede poi, secondo un'interpretazione giurisprudenziale opinabile, il cumulo d'ogni assenza in un credito annuale unico, difficilmente la donna potrebbe approfittare abusivamente del diritto d'assentarsi mediante semplice avviso, concesso dalla LL.

Un'ultima osservazione va fatta in merito al lavoro notturno, attualmente vietato nell'industria ad ogni donna, in generale, indipendentemente dall'esistenza di una gravidanza in corso. Con la modifica della legge su lavoro bocciata in votazione referendaria, tale divieto avrebbe dovuto essere abolito e sostituito con un divieto di occupare le donne nel lavoro notturno durante le ultime otto settimane di gravidanza¹. Probabilmente l'abolizione del divieto generalizzato a tutta la categoria femminile sarà oggetto di una futura modificazione della LL, di cui già attualmente si discute.

¹ Eventualmente anche per il resto della gravidanza e tra l'ottava e la sedicesima settimana dopo il parto, in caso di necessità per la salute della donna o del nascituro, rispettivamente del neonato, cfr. sopra VII, 2.3. Va rilevato che il diritto comunitario tutela in maniera più completa la donna, vietando il lavoro notturno per l'intera durata della gravidanza e per tutto il periodo in cui la donna allatta, cfr. AUBERT G. (1993) pag. 217.

5.2. Durante il puerperio - il congedo maternità

Le puerpere non possono essere occupate durante le otto settimane successive al parto; tuttavia, il periodo d'astensione obbligatoria può essere ridotto a sei settimane, a loro richiesta e mediante produzione di un certificato medico che comprovi il ristabilimento della capacità lavorativa¹. Come già ripetutamente ribadito, la questione del diritto al salario durante il periodo d'astensione obbligatoria dal lavoro non è abordata dalla LL, rimanendo l'oggetto del contratto individuale o di una eventuale regolamentazione collettiva. Si è visto più sopra come le disposizioni relative possano differire da un caso ad un altro, in funzione di varianti che nulla hanno a che fare con la maternità. Non è tuttavia scontato, nella legislazione attuale, che il congedo di maternità di otto settimane successive al parto sia obbligatoriamente remunerato, LL e CO non essendo affatto coordinati fra loro. Nel caso in cui anche oltre le otto settimane la donna fosse incapace a riprendere il lavoro, essa sarà tenuta a provarlo mediante certificato medico, non essendovi nella legislazione attuale, salvo per le madri che allattano, una disposizione che preveda un diritto d'assentarsi mediante semplice avviso, simile a quello esistente per il periodo di gravidanza: le assenze saranno evidentemente considerate assenze di malattie.

La legge non prevede disposizioni particolari relative ad un'eventuale interruzione della gravidanza, volontaria o meno. Non possono valere analogamente le normative per le puerpere, poiché la legge stessa non ne fa parola. Per quanto riguarda invece il parto di un bambino nato morto, o che non sopravvive, l'art. 35 LL trova applicazione, la legge non differenziando in alcun modo fra bimbo che resta in vita e bimbo che muore. Inoltre, le 8 settimane d'astensione obbligatoria dal lavoro sono in ogni caso, indipendentemente dal fatto che il neonato resti in vita, necessarie alla madre, affinché essa si rimetta dei travagli del parto ed il suo corpo riprenda le normali funzioni, permettendole di ritornare al precedente modo di vita.

Un caso particolare, per quanto concerne la remunerazione del congedo di maternità, è rappresentato dalla donna assicurata ai sensi della LAMat per un'indennità giornaliera per la perdita di guadagno. Essa infatti beneficia di un congedo di maternità di sedici settimane, suddivisibili liberamente fra il periodo antecedente e quello posteriore al parto con la sola limitazione che otto settimane

¹ Art. 35 cpv. 2 LL. La prevista revisione della LL aboliva la possibilità di abbreviare a sei settimane il periodo d'astensione obbligatoria dal lavoro dopo il parto.

vanno obbligatoriamente prese dopo il parto. Se alla fine delle otto settimane d'astensione obbligatoria dal lavoro, in virtù della LL, rimanessero all'assicurata ulteriori giorni indennizzabili, essa non sarà tenuta a produrre all'istituto assicurativo alcuna documentazione che provi un'incapacità lavorativa, poiché tale incapacità non rappresenta per la LAMal un presupposto per beneficiare delle sedici settimane pagate. Tuttavia, il datore di lavoro potrebbe costringerla a tornare a lavorare, se non v'è più impedimento alcuno e minacciarla, in caso di violazione contrattuale dell'obbligo di prestar servizio, di un licenziamento in tronco, che renderebbe pure inoperante la protezione dalla disdella di cui all'art. 336c cpv. 1 lett. c CO, la lavoratrice essendo colpevole di violazione dei suoi doveri contrattuali. Manca infatti una regola di coordinamento fra la LAMal ed il CO, la prima prescindendo dal requisito dell'incapacità lavorativa, almeno per le sedici settimane legali¹, il secondo presupponendo invece un'incapacità lavorativa per poter giustificare un'assenza dal lavoro al di là di quanto previsto dalla LL. In altri termini, per il CO la lavoratrice è tenuta a prestare servizio, tranne nei casi in cui un'incapacità lavorativa, se del caso documentata, giustifichi un'assenza temporanea. Pertanto, a meno che la donna allatti il neonato, nel qual caso essa può essere impiegata unicamente con il suo consenso², se la puerpera si è completamente ripresa trascorse le otto settimane di cui all'art. 35 LL, agli occhi del datore di lavoro niente giustifica più il prolungamento dell'assenza, e di conseguenza neppure il fatto di aver ancora diritto a giorni indennizzabili ai sensi della LAMal. Cosa se ne può dedurre? Una lacuna legislativa che il giudice deve colmare nel senso di concedere all'assicurata un diritto ulteriore di assentarsi dal lavoro, malgrado la sua capacità lavorativa sia completamente ristabilita? Od un diritto della lavoratrice a percepire contemporaneamente, per un periodo limitato, indennità giornaliera di maternità e salario? Od ancora un accorciamento delle prestazioni assicurative a causa di sovrindennizzo? La prima soluzione è evidentemente la migliore, ma in assenza di una giurisprudenza relativa la lavoratrice dovrà essere prudente ed attenta a non violare alcun obbligo contrattuale, se essa vuole continuare a lavorare. Non rimane che consigliare alla lavoratrice assicurata di fare bene i suoi calcoli e di partorire esattamente alla data prevista per il parto, richiedendo le prestazioni assicurative durante otto settimane prima del parto - come visto, essa può assentarsi dal lavoro mediante semplice

1 Cir. MAURER A. (1993) pag. 292.

2 Art. 35 cpv. 3 LL.

avviso e non viola quindi alcun obbligo contrattuale - ed otto in seguito, così da poter beneficiare della totalità delle prestazioni.

5.3. Durante l'allattamento - il congedo per l'allattamento

Le donne che allattano possono essere occupate, anche dopo le otto settimane, solo se vi acconsentono, mentre il datore di lavoro deve, in tal caso, concedere loro il tempo libero necessario per allattare¹. Esse non possono essere occupate in lavori che, secondo l'esperienza, nuocciono alla salute o all'allattamento, né fuori dei limiti del lavoro diurno - tranne con il loro consenso - e devono essere dispensate, a richiesta, dai lavori che risultano loro faticosi². Anche qui si pone la questione delle conseguenze salariali per la lavoratrice che continua ad allattare anche dopo aver ripreso l'attività lavorativa. Per quanto concerne l'astensione totale dal lavoro od il rifiuto di svolgere determinate occupazioni troppo onerose, valgono analogamente le considerazioni fatte più sopra relativamente ai medesimi diritti concessi durante la gravidanza: per occupazioni troppo onerose, il datore di lavoro deve offrire un'occupazione sostitutiva, e, se non è in grado di farlo, egli è tenuto a versare il precedente salario in virtù dell'art. 324 CO, essendo in mora. Se invece la lavoratrice decide d'astenersi da ogni occupazione, il datore di lavoro sarà tenuto a versare il salario entro i limiti di cui all'art. 324a cpv. 3 CO, fermo restando la possibilità che un'assicurazione ai sensi della LAMal versi ulteriori indennità giornaliere, nel caso in cui le sedici settimane non fossero ancora trascorse. In merito al congedo temporaneo per allattare durante il tempo di lavoro, la LL non menziona se esso sia retribuito, e se del caso in quali termini. Secondo Riemer-Kafka, il diritto attuale non contiene alcuna base legale che permetta di considerare le pause dovute all'allattamento come tempo di lavoro da remunerare, neppure a titolo d'impedimento non colpevole di lavorare da parte della lavoratrice ai sensi dell'art. 324a CO, poiché esso non è elencato nei motivi enumerati in tale disposizione³: così, per l'autrice, anche nel caso in cui la lavoratrice non avesse già

1 Art. 35 cpv. 3 LL.

2 Artt. 67 e 72 OLL 1.

3 Cfr. RIEMER-KAFKA G. (1987) pag. 258: il datore di lavoro avrebbe la possibilità di ridurre, pro rata, il salario della lavoratrice che le valere il suo diritto alle pause d'allattamento. L'autrice ritiene che l'allattamento non può essere considerato l'adempimento di un obbligo legale, malgrado l'esistenza di disposizioni legislative che tendono a favorirlo (nel frattempo, una di esse, ossia il "premio "

esaurito il credito annuale massimo calcolato secondo il CO, essa non potrebbe imputarvi le pause reclamate per allattare. D'avviso opposto è invece Brunner, la quale assimila l'allattamento ad un impedimento di lavorare inerente alla persona della lavoratrice, che il datore di lavoro deve remunerare nei limiti dell'art. 324a CO¹. Il Consiglio federale, nell'esame della compatibilità del diritto svizzero alle esigenze poste dalla carta sociale europea², si spinse oltre l'opinione di quest'ultima autrice riconoscendo nella legislazione svizzera l'esistenza del diritto ad un congedo d'allattamento remunerato, ma venne successivamente smentito dalla Commissione della sicurezza sociale e della sanità pubblica del Consiglio nazionale, che si allineava invece al parere di Brunner³. Non è affatto certo che i tribunali, chiamati a pronunciarsi in un caso concreto sulla questione, riterranno che le pause necessarie all'allattamento vadano considerate quale tempo lavorativo e quindi remunerate, dal momento che né l'art. 35 LL in particolare, né l'intero testo della legge sul lavoro, fanno menzione alcuna sulle conseguenze salariali delle protezioni previste. Il congedo d'allattamento va invece remunerato ai sensi dell'art. 324a CO, anche se l'allattamento non è espressamente menzionato

d'allattamento di cui alla LAMI, è stata soppressa), né uno degli altri motivi di cui all'art. 324a cpv. 1 CO. Inoltre, il capoverso 3 dell'articolo parla di gravidanza e parto, rispettivamente puerperio, e non in maniera più generale di maternità, motivo per cui neppure esso potrebbe comprendere l'allattamento.

1 Cfr. BRUNNER Ch. (1993) pagg. 36 seg.

2 Cfr. FF 1983 II 1209, 1288: il § 3 dell'art. 8 della Carta obbliga gli stati contraenti, secondo le conclusioni degli esperti indipendenti che ne esaminarono il contenuto, a garantire, per via legislativa, alle lavoratrici che allattano il diritto a due pause quotidiane retribuite di mezz'ora ciascuna, portate ad un'ora ciascuna, qualora il datore di lavoro non disponga all'interno dell'impresa di un locale appositamente adattato a tal fine. Il Consiglio federale ritenne che l'art. 35 cpv. 3 LL adempisse i requisiti della suddetta disposizione di diritto internazionale, senza tuttavia precisare da dove egli facesse derivare un diritto al salario durante il congedo d'allattamento.

3 Cfr. FF 1996 II 645: Rapporto della Commissione sull'iniziativa parlamentare che proponeva la ratifica della Carta sociale europea. "L'articolo 35 paragrafo 3 LL prescrive che il datore di lavoro conceda il tempo necessario per l'allattamento. La legge non disciplina le modalità ma, in linea di principio, bisogna ammettere che il tempo necessario corrisponde a quello richiesto dagli esperti. Queste pause non contano di regola come tempo di lavoro e non sono retribuite. La retribuzione che potrebbe eventualmente essere versata conformemente all'articolo 324a CO non è sufficiente per garantire un vero e proprio diritto alle pause d'allattamento pagate".

nella disposizione legale, la quale contiene, come visto, un elenco non esaustivo. Tuttavia, secondo il sistema vigente, il credito annuale sarà spesso già stato interamente consumato a causa di altre precedenti assenze. Inoltre, considerata la penuria di asili nido aziendali e le difficoltà che la lavoratrice incontrerà nell'affidare il neonato a terze persone in prossimità del luogo di lavoro, neppure una pausa di un'ora sarà sufficiente per permetterle di abbandonare il posto, recarsi ove soggiorna il figlio, allattarlo e ritornare al lavoro. Il cumulo delle difficoltà pratiche e delle incertezze sulle conseguenze salariali comporterà quindi di regola l'interruzione automatica dell'allattamento materno contemporaneamente alla ripresa dell'attività lucrativa.

6. Diritto del padre ad assistere al parto - il congedo di nascita

Il congedo di nascita permette al padre di assistere al parto e di occuparsi della madre e del bambino immediatamente dopo l'evento. Spesso il diritto a tale congedo è previsto nei contratti collettivi di lavoro. In caso contrario, comunque, il lavoratore ne ha diritto in virtù dell'art. 329 cpv. 3 CO, secondo cui "il datore di lavoro deve inoltre concedere al lavoratore le ore e i giorni di libero usuale¹". Le ore od il giorno - di regola non è mai concessa più di una giornata - vanno remunerate nei limiti dell'art. 324a CO, poiché l'assenza del lavoratore per assistere al parto costituisce un motivo d'impedimento inerente alla sua persona². Tuttavia, l'unica giornata, concessa dalle regolamentazioni più avanzate, è del tutto insufficiente perché il padre possa partecipare in maniera soddisfacente ai primi attimi di vita del neonato ed occuparsene insieme alla madre.

7. Diritto al congedo parentale

Come visto al capitolo delle definizioni, il congedo parentale va ben distinto da quello di maternità, i due avendo uno scopo molto diverso tra loro³. Il congedo

1 Cfr. BRUNNER Ch. (1993) pag. 34.

2 Cfr. BRUNNER Ch. (1993) pag. 34.

3 La distinzione non è evidente, anche perché spesso, l'uno seguendo immediatamente l'altro, vi è la tendenza a confonderli. E' chiaro che durante le otto settimane che seguono il parto, nelle quali l'astensione dal lavoro è obbligatoria ai sensi dell'art. 35 LL, il congedo concesso solo alla madre rappresenta un congedo maternità. Tuttavia, la LAMa ed in genere i regolamenti per i pubblici

parentale, la sua denominazione è al proposito significativa, può essere concesso indifferentemente alla madre od al padre, e può assumere contorni diversi: a tempo pieno o a tempo parziale, può estendersi sull'arco di pochi o parecchi mesi. Esso è sconosciuto al diritto svizzero¹.

8. Diritto al congedo "di cura"

Il congedo di cura può essere definito come il tempo d'astensione al lavoro concesso ad una persona per occuparsi del figlio malato o che, per altre ragioni, necessita temporaneamente della presenza di un genitore². La cura di un figlio malato, che non può essere altrimenti organizzata, rientra nei motivi di impedimento al lavoro che va remunerato ai sensi dell'art. 324a cpv. 1 CO³;

dipendenti concedono alla partoriente un periodo di assenza pagato più lungo di quello di cui alla LL. Trattasi ancora di congedo maternità, o piuttosto di congedo parentale? Nel secondo caso è chiaro che la concessione del diritto unicamente alla madre rappresenterebbe una violazione del principio costituzionale della parità dei sessi, siccome la distinzione operata tra donne e uomini non sarebbe più giustificata da una differenza biologica rilevante. Il Tribunale federale ha tuttavia deciso che un congedo maternità di quattordici settimane, concesso unicamente alla madre, non viola l'art. 4 cpv. 2 Cost.; cfr. ZBl 1994 pagg. 375 segg. La massima istanza precisava infatti che una durata di quattordici settimane poteva riferirsi solo ad un congedo maternità, calcolato in maniera abbondante al fine di poter contemplare pure i casi in cui un decorso patologico rendeva necessaria un'assenza ulteriore a quella prevista dalla LL, o un'assenza anteriore al parto. Inoltre, una durata di quattordici settimane avrebbe senz'altro favorito l'allattamento, rendendolo possibile a madri che, se avessero ripreso l'attività lavorativa, sarebbero incorse in difficoltà pratiche e l'avrebbero interrotto. Osservando infine che nella fattispecie sottoposta a giudizio, il ricorrente mirava, in realtà, all'introduzione di un vero e proprio congedo parentale, il Tribunale federale rammentava che tale istituto, sicuramente utile per la promozione dell'uguaglianza effettiva tra i sessi, era di competenza del legislatore.

1 Cfr. BRUNNER Ch. (1993) pag. 35 eccellua gli ordinamenti per i pubblici dipendenti, nonché alcuni rari CCL, i quali garantiscono, se non il diritto al salario, almeno la garanzia del posto di lavoro e dei diritti acquisiti.

2 Alla cura del figlio è di regola assimilata la cura di altre persone vicine, che si trovano nella necessità di essere temporaneamente assistite da terzi.

3 JAR 1994 pag. 148 e riferimenti citati. SJZ 1988 pagg. 49 seg.: la cura di un bimbo malato rappresenta, ai sensi dell'art. 276 cpv. 2 CC, un obbligo legale per la madre (meglio sarebbe stato precisare per entrambi i genitori, anche se nella fattispecie il diritto fu fatto valere dalla madre). Cfr.

sussumibili al medesimo disposto sono pure le assenze regolari dovute alla visita di un figlio ospedalizzato e gravemente malato¹. Il diritto ad un congedo, remunerato in base all'art. 324a cpv. 1 CO, e la delimitazione esatta dello stesso, dipende dall'organizzazione domestica e dagli aiuti esterni a cui i genitori possono far capo a corto termine: più l'assenza si prolunga, maggiori sono gli sforzi esigibili dai genitori per trovare una soluzione compatibile con il loro dovere scaturente dal contratto di lavoro². Il congedo va concesso ogni qualvolta una situazione di necessità si presenta, tuttavia la remunerazione può essere esatta unicamente nei limiti dell'art. 324a CO³, ossia fino a completo esaurimento del credito annuale calcolato in funzione della durata del rapporto di lavoro.

9. Obbligo di informare il futuro datore di lavoro di una gravidanza già in corso

In occasione delle discussioni che precedono l'assunzione, il datore di lavoro pone spesso alla potenziale futura dipendente domande in merito ad un'eventuale gravidanza in corso od al suo desiderio di avere figli a corto termine. Chiaramente, nel caso di risposta affermativa, la lavoratrice rischierà di essere esclusa dalla cerchia dei papabili. Si pone quindi la questione di sapere se il datore di lavoro ha diritto di porre simili questioni, ed in caso contrario quella delle possibilità della lavoratrice di difendersi adeguatamente. Inoltre, qualora il datore di lavoro non formuli egli stesso la domanda, la donna già incinta è tenuta a dichiarare il proprio stato di spontanea iniziativa o può invece tacerlo? La giurisprudenza e la dottrina maggioritaria ritengono che "l'obbligo d'informazione - rispettivamente di risposta in caso di esplicita domanda da parte del datore di lavoro - è corretto per le categoria

anche REHBINDER M. (1995) pag. 79, BRUNNER Ch. (1993) pag. 35, BESENBICH B. (1992) pag. 42.

1 JAR 1994 pagg. 147 seg: sebbene durante il soggiorno in ospedale la cura del figlio sia garantita, qualora tale soggiorno sia di lunga durata va di principio ammesso che il lavoratore è in una certa misura impedito di lavorare senza sua colpa, e ciò perché esso possa visitare il bambino. L'estensione di tale diritto, accompagnato dal diritto al salario, dipende dalle circostanze del caso concreto. Cfr. anche REHBINDER M. (1995) pag. 79.

2 Cfr. esempio in SJZ 1988 pagg. 49 seg., dove alla madre che allevava sola la figlia il salario fu concesso durante tre giorni d'assenza lavorativa e negato per il seguito.

3 Cfr. BRUNNER Ch. (1993) pag. 35.

di lavori pesanti, che richiedono un grande sforzo fisico, o che costringono la lavoratrice a stare praticamente tutto il giorno in piedi o ancora che sono particolarmente legati all'immagine femminile (come, da un lato la professione di meccanico o pittore, dall'altro quella di cameriera, hostess, modella, insegnante di discipline sportive o ballerina, tanto per menzionarne alcune), o che sono vietati dalle norme previste dal diritto pubblico del lavoro a tutela della salute della donna incinta¹. A parte questi casi eccezionali, che devono rimanere eccezionali, non vi è alcun obbligo, scaturente dal principio generale della buona fede, d'informare il futuro datore di lavoro riguardo al proprio stato, siccome si tratta di una questione personale che non interessa invece l'idoneità all'attività lucrativa in oggetto². Nel caso in cui il futuro datore di lavoro ponga esplicitamente la domanda in merito ad una gravidanza in corso, egli si spinge al di là di quanto gli è consentito domandare, addentrandosi nella sfera privata della persona che ha davanti, la quale può rifiutarsi di rispondere. Va ricordato infatti che, in virtù di un nuovo articolo 328b CO³, "il datore di lavoro può trattare dati concernenti il lavoratore soltanto in quanto si riferiscano all'idoneità lavorativa o siano necessari all'esecuzione del contratto di lavoro". Trattandosi invece di dati personali, concernenti la sfera personale od intima del lavoratore, il datore di lavoro non ha diritto né di raccogliere informazioni presso terze persone, né di porre domande al

1 Cfr. MUELLER-STORNI P. (1993) pag. 271. JAR 1994 pag. 126 (che tratta il caso in cui la lavoratrice rimase incinta un mese dopo la conclusione del contratto, ma cinque mesi prima dell'entrata in servizio). SJZ 1986 pagg. 262 seg., JAR 1984 pagg. 95 seg. Cfr. anche BRUNNER Ch./BUEHLER J.-M./WAEBER J.-B. (1996) pag. 15, REHBINDER M. (1995) pag. 39 seg. - rivedendo quanto egli aveva precedentemente sostenuto, cfr. lo stesso (1984) n. 36 ad art. 320 CO, ossia che la gravidanza rappresenta per il datore di lavoro un onere finanziario non indifferente, motivo per cui la relativa domanda sarebbe giustificata - CHAIX F. (1993) pagg. 192 segg., WEBER D. (1992) pagg. 124 segg., GLOOR W. (1991) pag. 172.

2 Cfr. BRUNNER Ch./BUEHLER J.-M./WAEBER J.-B. (1996) pag. 15, REHBINDER M. (1995) pag. 39 seg., CHAIX F. (1993) pagg. 192 segg., MUELLER-STORNI P. (1993) pag. 271, WEBER D. (1992) pagg. 124 segg., GLOOR W. (1991) pag. 172.

3 Introdotta con l'adozione della legge federale del 19 giugno 1992 sulla protezione dei dati (LPD; RS 235.1) ed in vigore dal 1° luglio 1993.

lavoratore stesso: vanno considerati dati personali, in particolare, quelli medici¹ o quelli relativi all'esistenza di un'eventuale gravidanza². Purtroppo il solo rifiuto a rispondere a domande illecite³ non è sufficiente, pregiudicando esso seriamente le reali opportunità d'essere assunta⁴; per questo motivo, gran parte della dottrina ha ammesso in tali casi un diritto di mentire, che deriva direttamente da un'ingerenza

1 Cfr. l'interessante esame di TERCIER P. (1989) pagg. 431 segg., il quale distingue fra informazioni mediche vere e proprie ed eventuali conseguenze della presenza di determinate affezioni sulla capacità lavorativa del lavoratore. Sebbene egli non faccia riferimento ad affezioni particolari, e non nomini esplicitamente la maternità, essa può essere inclusa nei dati medici facenti parte della sfera personale: infatti, indicando come tali dati benefici di una protezione speciale essendo sottoposti al segreto professionale, l'autore menziona, fra le persone vincolate al segreto, anche le levatrici, le quali intervengono unicamente in caso di gravidanza.

2 Cfr. BRUNNER Ch./BUEHLER J.-M./WAEBER J.-B. (1996) nn. 6 a 8 ad art. 320 CO, nonché nn. 3 e 4 ad art. 328b CO.

3 Tale diritto è stato recentemente riconosciuto anche dal Tribunale federale delle assicurazioni, secondo il quale "il rifiuto di una candidata di compilare un questionario in parte lesivo della sua sfera privata non (va) ritenuto atto a giustificare una sospensione del diritto all'indennità di disoccupazione": DTF 122 V 267. Trattavasi nella fattispecie di domande relative al tempo libero e ad altri fatti concernenti la vita personale. Tuttavia, dai considerandi della sentenza sembra potersi capire che una questione relativa all'esistenza di una gravidanza sia da considerare lecita, e ciò per un impiego quale telefonista (cfr. pagg. 269 e 270); la problematica non essendo oggetto del contendere, si suppone trattarsi di un lapsus del giudice o del redattore.

4 Ne era cosciente il legislatore, che motivava l'introduzione dell'art. 328b CO unitamente alla LPD asserendo che "[L]'adeguamento del diritto sul contratto di lavoro s'impone poiché nessun altro rapporto giuridico quanto il contratto di lavoro dà l'occasione di rilevare e trattare dati personali dei più diversi tipi in quantità tanto importante e durante un periodo di tempo tanto lungo. E' inoltre giustificato accordare una particolare protezione al lavoratore che dipende di fatto e in diritto dal datore di lavoro": FF 1988 II 353, 428. Tuttavia, pur indicando che sono applicabili le disposizioni della LPD, l'art. 328b CO non prevede esplicitamente quali siano le possibilità di difesa di un lavoratore, soprattutto per quanto concerne le domande illegittime che il datore di lavoro gli pone in occasione di un colloquio in vista d'assunzione. Né in questo caso basta quanto conclude Tercier, il quale asserisce che un consenso dato dal lavoratore a che il datore di lavoro raccolga dati facenti parte della sfera personale o intima è da considerarsi nullo (TERCIER P. (1989) pag. 441).

ingiustificata del datore di lavoro nella sfera personale della lavoratrice¹. L'opinione contraria è invece sostenuta da Engel², il quale ritiene che il principio della buona fede, applicabile in occasione delle discussioni preliminari alla conclusione di un contratto, è incompatibile con una menzogna, motivo per cui alla precisa domanda la candidata deve rispondere in modo veritiero; la stessa non sembrerebbe invece essere tenuta a dichiarare spontaneamente una gravidanza in corso, tranne nei casi in cui le condizioni specifiche al posto di lavoro in questione esigano di fatto che la lavoratrice non sia incinta. E' comunque l'opinione della dottrina maggioritaria che merita l'avallo. Infatti, al ragionamento di Engel manca una parte, quella iniziale: va ritenuto già contrario al principio della buona fede il porre, in occasione delle discussioni precontrattuali, domande che riguardano la sfera intima dei candidati e che non debbono affatto interessare il datore di lavoro, motivo per cui la violazione di un obbligo precontrattuale è giustificata, nel senso di una legittima difesa, da una violazione che la preceda, in assenza di altre adeguate possibilità di proteggersi. Dall'entrata in vigore della LPar l'illegittimità della domanda di un potenziale datore di lavoro è comunque evidente: nei rapporti di lavoro uomini e donne non devono essere pregiudicati né direttamente né indirettamente a causa del loro sesso, segnatamente con riferimento a una gravidanza; tale divieto si applica, tra l'altro, all'assunzione³.

1 Cfr. BRUNNER Ch./BUEHLER J.-M./WAEBER J.-B. (1996) ni. 7 segg. ad art. 320 CO, REHBINDER M. (1995) pag. 39, CHAIX F. (1993) pagg. 192 segg., in particolare pagg. 193 e 194 e dottrina citata, WEBER D. (1992) pagg. 125, il quale parla della menzogna come mezzo di legittima difesa da parte del lavoratore, GLOOR W. (1991) pag. 172.

2 Cfr. ENGEL P. (1992) pagg. 303 seg. Del medesimo avviso, RIEMER-KAFKA G. (1987) pagg. 240 segg., la quale ritiene giustificata una domanda del datore di lavoro, poiché egli può far valere interessi propri, non da ultimo finanziari, legittimanti la questione (del resto non importanti, se si considera che durante il primo anno di servizio egli rischia al massimo di dover continuare a versare il salario unicamente per tre settimane d'incapacità lavorativa); per contro, una lavoratrice non interrogata in merito non è tenuta, salvo casi eccezionali, a dichiarare spontaneamente una gravidanza, non essendo suo compito quello di rappresentare gli interessi del datore di lavoro.

3 Art. 3 cpv. 1 e 2 LPar. Cfr. CHAIX F. (1993), secondo il quale peraltro una menzogna in risposta all'esplicita domanda non è atta ad invalidare il contratto ex art. 28 CO (dolo), tacendo difetto il requisito della causalità fra dolo e formazione della volontà del futuro datore di lavoro.

10. Riduzione della durata delle vacanze

I lavoratori che hanno già compiuto i vent'anni hanno diritto ad almeno quattro settimane di vacanza durante un anno di lavoro; per un anno incompleto, le vacanze vanno accordate pro rata temporis¹. Il datore di lavoro può ridurre la durata delle vacanze, qualora nel corso dell'anno il lavoratore sia impedito, per propria colpa o senza colpa alcuna, di lavorare. La legge fissa condizioni e modalità, e stabilisce che non possono essere ridotte le vacanze di una lavoratrice che, a causa di gravidanza o puerperio, è impedita di lavorare per due mesi al massimo², mentre oltre tale limite, le vacanze possono essere ridotte di un dodicesimo per ogni mese d'assenza completo³. Inoltre, secondo l'art. 329b cpv. 2 CO, il datore di lavoro non può ridurre la durata delle vacanze di un dipendente che, nel corso di un anno, è stato impedito di lavorare, per motivi inerenti alla sua persona, come malattia, infortunio, adempimento d'un obbligo legale, esercizio d'una funzione pubblica o congedo giovanile, senza che vi sia colpa da parte sua, se l'impedimento non dura complessivamente più di un mese. Anche in questo caso, come per il diritto del versamento al salario in caso d'impedimento di lavorare non

1 Art. 329a CO. I lavoratori che non hanno ancora compiuto i vent'anni hanno diritto ad una settimana di vacanza supplementare.

2 Art. 329b cpv. 3 CO.

3 Art. 329b CO. Cfr. FF 1982 III 161, 192: "Un altro problema posto dall'articolo 329b del Codice delle obbligazioni concerne l'ampiezza della riduzione autorizzata delle vacanze: se le condizioni preliminari sono adempiute, le vacanze possono essere ridotte di un dodicesimo per ogni mese completo di assenza dal lavoro oppure la riduzione è autorizzata soltanto per ogni mese completo di assenza che superi il periodo di protezione? Con l'Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro e una parte della dottrina, siamo del parere che in caso d'assenza per colpa del lavoratore (cpv. 1) la riduzione delle vacanze può essere fatta a decorrere dal primo mese completo d'assenza; in caso di impedimento senza che vi sia colpa da parte del lavoratore, ai sensi del capoverso 2, o per causa di gravidanza (cpv. 3), le vacanze possono essere diminuite soltanto a partire, rispettivamente, dal secondo e dal terzo mese d'assenza". Cfr. BRUNNER Ch./BUEHLER J.-M./WAEBER J.-B. (1996) no. 2 ad art. 329b CO e REHBINDER M. (1995) pagg. 96 seg. Secondo l'avamprogetto della LFAM, l'articolo 329b cpv. 3 CO subirebbe una modifica e dovrebbe acquistare il seguente tenore: "Il datore di lavoro non può neppure ridurre le vacanze quando: (a) una lavoratrice, causa gravidanza o puerperio, è impedita di lavorare per 16 settimane al massimo; (b) una lavoratrice o un lavoratore beneficia di un congedo in caso di adozione conformemente all'articolo 329g".

colpevole, si pone la questione di sapere se più assenze nel corso del medesimo anno civile vadano cumulate, per concedere al lavoratore di beneficiare una sola volta nel corso dell'anno di servizio del termine di carenza di uno, rispettivamente due mesi. Come risulta in maniera chiara dal testo di legge, che impiega l'avverbio "cumulativamente", le assenze di cui al capoverso 2 dell'art. 329b CO, ossia quelle dovute a malattia, infortunio, adempimento d'un obbligo legale, esercizio d'una funzione pubblica o congedo giovanile, vanno cumulate, cosicché il lavoratore non può far valere per ciascun motivo d'assenza l'esistenza di un termine di carenza proprio¹. Più ardua è invece la risposta per il caso in cui una lavoratrice sia assente, nel corso del medesimo anno di servizio, prima in ragione di una malattia e poi di una gravidanza, o viceversa. Infatti, il testo di legge non dà risposta alcuna in merito. Come già era il caso per l'art. 324a CO, la miglior soluzione consiste a trattare la maternità come evento separato, senza considerare altre assenze, dovute a motivi che con essa nulla hanno a che vedere. Infatti, solo una regolamentazione che tratti in maniera autonoma la maternità, che preveda, in altri termini, una regolamentazione differenziata per tale evento, è compatibile con il principio costituzionale della parità dei sessi. Ciò corrisponde anche alla sistematica dell'articolo, che prevede un capoverso speciale per la maternità, senza più impiegare il termine "cumulativamente" od un altro avverbio che possa lasciar supporre che la maternità va aggiunta agli altri motivi d'assenza. La dottrina è tuttavia ben lungi dall'essere unanime al proposito².

11. Il bonus educativo

Nelle più recenti revisioni delle codificazioni relative alle assicurazioni sociali, il legislatore tenta di correggere i numerosi svantaggi che derivano quasi esclusivamente alle donne, nei vari rami delle assicurazioni sociali, dal fatto di aver esercitato solo durante pochi anni un'attività lucrativa, per poi dedicarsi alla cura dei figli ed all'economia domestica. L'ancora molto conosciuta tradizionale ripartizione dei ruoli causa alle donne una protezione lacunosa contro i rischi quali

1 Cfr. REHBINDER M. (1984) n. 4 ad art. 329b CO, VIRET B. (1979) pag. 32.

2 Per la considerazione separata delle assenze dovute alla maternità rispetto alle altre assenze, cfr. BRUNNER Ch./BUEHLER J.-M./WAEBER J.-B. (1996) no. 2 ad art. 329b CO, i quali a giusta ragione ammettono il cumulo delle assenze unicamente all'interno del capoverso 2 dell'art. 329b CO. Contra: MUELLER-STORNI P. (1993) pag. 275, RIEMER-KAFKA G. (1987) pag. 268, REHBINDER M. (1984) n. 4 ad art. 329b CO.

quelli della disoccupazione, della vecchiaia, dell'invalidità, per citarne alcuni, poiché, già dalla loro introduzione, le assicurazioni sociali non consideravano in alcun modo queste prestazioni domestiche fondamentali, già allora tipicamente femminili. Se un sistema tale era comprensibile allorquando, come all'inizio del secolo era il caso, la famiglia costituiva un nucleo indissolubile, all'interno del quale ogni componente aveva una funzione ben precisa, dove il capo famiglia, di sesso maschile, doveva provvedere da solo per il sostentamento finanziario di lui stesso, della moglie e della prole, lo stesso sistema è invece lacunoso al giorno d'oggi, dove i nuclei familiari si dissolvono sempre più di frequente. Infatti, il solo diritto derivato alle prestazioni sociali non è più sufficiente a garantire ad una donna sola, separata o divorziata una protezione degna di questo nome. D'altro canto, se è vero che la ripartizione tradizionale dei ruoli è ancora molto diffusa, il fatto che l'istituzione familiare non ha più il significato che aveva all'inizio del secolo fa sì che attualmente non appare più giustificato il non riconoscere le prestazioni lavorative e produttive, e sempre non remunerate, che le donne effettuano all'interno della famiglia, quali in particolare il governo della casa e l'educazione dei figli. Pertanto, alcune legislazioni sociali sono state corrette nel senso di dare un significato ed una rilevanza a tali attività. La decima revisione dell'AVS, entrata in vigore il 1° gennaio 1997, ha introdotto un accredito per compiti educativi, ossia un'aggiunta fittizia di contributi non effettuati e tuttavia computati agli assicurati per gli anni durante i quali essi esercitano l'autorità parentale su uno o più fanciulli che non hanno ancora compiuto i sedici anni; l'ammontare dell'accredito fittizio corrisponde al triplo dell'importo della rendita di vecchiaia annua minima, determinata secondo l'art. 34 LAVS, al momento dell'inizio del diritto alla rendita¹. Oltre al contributo fittizio computato, gli anni durante i quali un assicurato si dedica all'educazione dei figli che non hanno ancora compiuto i sedici anni sono rilevanti anche per aumentare la durata contributiva: infatti, ai sensi dell'art. 29bis cpv. 2 lett. c LAVS, sono considerati anni di contribuzione i periodi durante i quali possono essere computati accrediti per compiti educativi o d'assistenza². L'innovazione, pregevole, traslascia tuttavia di considerare il lavoro

1 Art. 29sexies LAVS.

2 Secondo l'art. 29septies cpv. 1 LAVS, "gli assicurati che si occupano di parenti di linea ascendente o discendente nonché di fratelli e sorelle che beneficiano di un assegno dell'AVS o dell'AI per grandi invalidi, con un'invalidità almeno di grado medio, e che vivono in comunione domestica con essi, hanno diritto ad un accredito per compiti assistenziali".

casalingo come tale: essa infatti non prevede un bonus analogo a quello educativo, per gli anni dedicati appunto alla conduzione dell'economia domestica. Tuttavia, a ciò rimedia lo *splitting*, altra novità introdotta con la decima revisione: qualora i coniugi abbiano entrambi raggiunto l'età pensionabile o se il matrimonio è sciolto per divorzio, o ancora quando una persona vedova ha diritto ad una rendita di vecchiaia, "i redditi che i coniugi hanno conseguito durante gli anni civili di matrimonio comune vengono ripartiti e attribuiti per metà a ciascuno dei coniugi"¹. Ciò significa in pratica che, malgrado in un matrimonio in cui vige la tradizionale ripartizione dei ruoli, la donna non disponga, di regola, di alcun contributo proprio², ad essa verrà accreditata la metà dei contributi versati dal marito per l'intera durata di matrimonio. In altri termini, si disgiunge la previdenza del primo pilastro dall'esercizio di un'attività lucrativa, correggendo così, per i casi di coniugi che hanno liberamente scelto una ripartizione dei compiti di tipo tradizionale, gli svantaggi che potrebbero altrimenti derivare al coniuge senz'attività professionale³.

Anche la seconda revisione parziale della LADI ha apportato una modifica importante, nel senso di riconoscere come periodo contributivo il tempo in cui una persona si dedica all'educazione dei figli e non esercita pertanto un'attività lucrativa. Tuttavia, il riconoscimento di questo periodo contributivo fittizio è legato ad una clausola di bisogno: "il periodo durante il quale l'assicurato non ha svolto un'occupazione soggetta a contribuzione essendosi occupato dell'educazione di figli d'età inferiore a 16 anni è computato come periodo di contribuzione, nella misura in cui, dopo il periodo educativo, l'assicurato è costretto, per ristrettezze

1 Art. 29quinquies cpv. 3 LAVS.

2 La decima revisione della LAVS ha abolito la disposizione secondo cui non erano tenuti a pagare i contributi le mogli di assicurati quando non esercitavano un'attività lucrativa, come pure le mogli che lavoravano nell'azienda del marito, se non ricevevano un salario in contanti (art. 3 cpv. 2 lett. b vecchia LAVS). Tuttavia, in virtù di un nuovo cpv. 3 dell'art. 3, si ritiene che paghino contributi propri, qualora il coniuge versi contributi pari almeno al doppio del contributo minimo, i coniugi senza attività lucrativa di assicurati con un'attività lucrativa e gli assicurati che lavorano nell'azienda del proprio coniuge, se non riscuotono alcun salario in contanti.

3 Per le innovazioni e gli eventuali miglioramenti apportati dalla decima revisione dell'AVS alla situazione assicurativa del coniuge che assume le funzioni domestiche, educative ed assistenziali - ed un raffronto con la situazione precedente -, cfr. LEUBA A. (1997) pagg. 88 segg.

economiche, a intraprendere un'attività lucrativa dipendente"¹. Pregevole, per il principio, e tuttavia già lacunosa, per evidenti motivi d'ordine economico, la disposizione introduce una disparità di trattamento fra donna e donna (e chi altri attualmente si occupa dell'educazione dei figli?). D'altro canto, ai sensi di un nuovo capoverso 2ter "[v]i sono ristrettezze economiche se il reddito computabile dell'assicurato e quello del suo coniuge non raggiungono il limite stabilito dal Consiglio federale"². Sia la clausola del bisogno, che la presa in considerazione del reddito del coniuge sono fonte di discriminazioni indirette nei confronti della donna. Va ricordato infatti quanto affermava il Consiglio federale nel proprio Messaggio, ossia che attualmente " la protezione sociale in Svizzera risulta più estesa per le persone che esercitano un'attività professionale rispetto a quelle che hanno abbandonato una tale attività per dedicarsi all'educazione dei figli. In Svizzera queste mansioni sono tradizionalmente svolte dalla donna. Benché non siano remunerate nel senso stretto del termine, esse rivestono un'importanza economica considerevole (cfr. il nuovo diritto matrimoniale e la 10a revisione dell'AVS). Ma visto che non sono soggette all'obbligo di contribuzione e che inoltre non v'è possibilità d'affiliazione facoltativa in materia di assicurazione contro la disoccupazione, esiste una lacuna che si rivela problematica a causa dello stato di tensione che il mercato del lavoro sta attualmente vivendo. Il principio costituzionale di parità fra uomo e donna (art. 4 cpv. 2 Cost.) non statuisce unicamente un divieto di disposizioni legislative discriminatorie; esso va inoltre inteso come obbligo da parte del legislatore di combattere tutte le forme indirette di discriminazione quali conseguenza della ripartizione tradizionale dei ruoli. Per colmare tale lacuna è proposto di prendere in considerazione il tempo dedicato all'educazione come periodo di contribuzione (com'è ad esempio attualmente il caso per il periodo di servizio militare al di fuori di un rapporto di lavoro). Questo computo concerne unicamente la persona costretta ad esercitare un'attività salariata"³, come invece non è il caso per la persona esonerata dall'adempimento dell'obbligo contributivo a causa del servizio militare. Una legislazione che si vuole

1 Art. 13 cpv. 2bis LADI.

2 I limiti di reddito, nonché la parte computabile della sostanza, sono fissati all'art. 11b dell'Ordinanza su l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione e l'indennità per insolvenza (OADI; RS 837.02).

3 FF 1994 I 312, 328 e 329.

compatibile con il principio di uguaglianza materiale fra i sessi, non può introdurre un'uguaglianza a metà, ossia limitata a quei casi in cui la donna (o piuttosto la persona che si è occupata dell'educazione dei figli) è costretta a riprendere l'attività professionale a causa di ristrettezze economiche; in altri termini, una clausola di bisogno nulla ha a che vedere con il principio delle pari opportunità fra uomo e donna. E tantomeno ne ha il fatto di prendere in considerazione il reddito del coniuge nella valutazione della necessità di riprendere l'attività lucrativa¹. Le due limitazioni costituiscono quindi chiaramente discriminazioni indirette, se è vero, come indubbiamente lo è, che toccate dall'art. 13 cpv. 2bis e 2ter saranno quasi esclusivamente le donne².

1 Del resto, tale normativa era assente nel progetto di revisione elaborato dal Consiglio federale e fu introdotta dal Parlamento.

2 Par una critica della revisione, che tien conto solo parzialmente del principio costituzionale della parità fra uomo e donna, nonché per le lacune ancora contenute nell'attuale LADI per la persona che si occupa dell'educazione dei figli, cfr. LEUBA A. (1997) pagg. 169 segg.

Capitolo X: CONCLUSIONI RELATIVE ALLA SECONDA PARTE SULLA REGOLAMENTAZIONE ATTUALE DELLA MATERNITA' E DELLA PATERNITA'

1. Premessa

La legislazione svizzera relativa alla tutela della maternità e della paternità è lacunosa ed incoerente. Ciò vale per ogni particolare settore di protezione, ossia per quello delle prestazioni medico-sanitarie, per quello dell'indennità giornaliera, della protezione della salute, per quello sull'allattamento e sui congedi. Il fatto che non esista una codificazione unica che contenga tutte le norme rilevanti, sebbene poco pratico, non sarebbe, di per sé, emendabile. Problematica è invece la conseguenza che ne deriva, ossia la mancanza di coordinazione fra le disposizioni legali sparpagliate nelle diverse codificazioni.

Fonte di confusione supplementare è poi anche il fatto che, per determinati versi, la maternità è equiparata a malattia, e ciò non solo quando le disposizioni sulla maternità sono assenti dalla legislazione, ma anche quand'esse esistono. Spiegabile per ragioni storiche e forse all'epoca giustificabile, tale analogia non ha attualmente più alcuna ragione d'essere.

Sul piano internazionale, la regolamentazione interna attuale ha come conseguenza l'impossibilità per la Svizzera di ratificare i più importanti strumenti di sicurezza sociale, siano essi validi su scala europea, e quindi in un certo senso più all'avanguardia, siano essi trattati mondiali, concernenti dunque le norme minime di sicurezza sociale. Anche poi nei casi in cui una ratifica sia possibile, la Svizzera deve sempre comunque apporre una riserva relativa alle disposizioni sulla maternità.

La zoppicante regolamentazione della filiazione e l'interpretazione che ne viene data dalla giurisprudenza viola a più riprese l'art. 4 cpv. 2 Cost.

Per quanto concerne il principio della parità formale, dapprima, la differenza biologica fra i sessi relativa alla procreazione, all'apparato ed alle funzioni generative, è certamente la più importante, e forse l'unica esistente. Tuttavia, essa

non trova riscontro in una legislazione adeguatamente differenziata, ciò che comporta una violazione del principio d'uguaglianza a livello normativo.

Del tutto assenti sono poi le disposizioni atte a favorire la parità materiale. Di tipo promotorio, esse dovrebbero da una parte controbilanciare gli svantaggi che, per l'intero sesso femminile, derivano dalla potenziale gestazione, nel mondo del lavoro, nella famiglia e nella società, e dall'altra incentivare gli uomini a partecipare più attivamente all'evento della filiazione. Assenti sono pure tutte le disposizioni che permettono di conciliare l'attività professionale e la vita di famiglia, quali quelle relative alla riduzione dei tempi di lavoro, alla promozione di nuovi modelli di ripartizione dell'attività produttive e di orari più flessibili, o ancora quelle in merito alle strutture per l'infanzia. E tutto ciò in un contesto sociale ancora fortemente ricalcato su forme di vita di tipo tradizionale, nel quale la parità effettiva tra i sessi può essere realizzata unicamente tramite numerose ed adeguate misure che consentano di conciliare lavoro e le responsabilità familiari, e ciò non solo durante i nove mesi di gravidanza e le poche settimane del puerperio, ma su un arco di tempo ben più ampio.

E' opportuno rammentare qui di seguito in maniera riassuntiva quali siano le lacune riscontrate nella legislazione attuale, al fine di poter poi proporre le necessarie modifiche per ottenere una regolamentazione della maternità e della paternità completa, coerente, rispettosa del mandato costituzionale di cui all'art. 34quinquies cpv. 4, dei minimi ormai acquisiti a livello internazionale e del principio di uguaglianza, formale ed effettivo, fra uomo e donna.

2. Le prestazioni medico-sanitarie

Per quanto concerne la problematica delle prestazioni medico-sanitarie, la prima lacuna della legislazione attuale, ed in sostanza della LAMal, consiste nell'affiliazione, la quale, pur essendo obbligatoria per tutte le persone domiciliate in Svizzera, non avviene ex lege, ciò che necessariamente condurrà a casi, pur rari, in cui la persona che necessita di prestazioni si trova non essere assicurata - in caso di mancata affiliazione od affiliazione intempestiva.

La seconda, importante, lacuna è l'artificiosa delimitazione fra quelle che vanno considerate prestazioni di malattia e quelle che invece arrivano ad ottenere il titolo di prestazioni di maternità e che sono privilegiate rispetto alle prime, perché alle beneficiarie non può essere imposta alcuna partecipazione alle spese. Contrariamente a quanto è apparentemente il caso attualmente, una regolamentazione completa sulla maternità deve abbracciare, a titolo di prestazioni

medico-sanitarie relative, tutte le cure durante la gravidanza ed in seguito al parto e dovute a tali eventi, prescindendo dall'operare distinzioni assurde secondo il decorso, più o meno morboso, e della conclusione della singola gravidanza. Rappresentano di diritto prestazioni di maternità le cure per un'interruzione della gravidanza, quelle precedenti il parto e quelle che lo seguono e determinate dalla concreta evoluzione della gravidanza prima, del puerperio poi. Debbono poi di diritto essere considerate prestazioni di maternità tutte quelle relative alla cura di una difficoltà di procreare e, all'opposto, la contraccezione.

3. Il congedo maternità e gli altri congedi inerenti alla filiazione

Per quanto concerne il congedo maternità e l'indennità giornaliera relativa, l'attuale regolamentazione non può essere definita altro che retrograda ed oltremodo insufficiente. Va ricordato qui che il congedo maternità è uno speciale periodo di riposo concesso alla donna prima del parto per permetterle di riprendersi dai travagli che ogni gravidanza comporta, e dopo il parto, per consentirle di ristabilirsi e ritornare alla vita normale. Un congedo maternità degno di questo nome, ossia della giusta durata rispetto alle esigenze della gravidanza e del puerperio e debitamente remunerato, costituisce un presupposto indispensabile per la realizzazione del principio della parità formale ai sensi dell'art. 4 cpv. 2 prima frase Cost. La differenza riproduttiva è infatti l'unica diversità essenziale fra uomo e donna finora unanimemente riconosciuta: essa deve pertanto trovare riscontro in una legislazione adeguatamente differenziata. Ogni lacuna in merito rappresenta una violazione del principio costituzionale della parità dei sessi e contemporaneamente un non adempimento del mandato costituzionale di cui all'art. 34quinquies cpv. 4 Cost.

La regolamentazione sull'indennità giornaliera è ancora più incoerente di quella sulle prestazioni medico-sanitarie. Il diritto di una donna all'indennità giornaliera dipende dalla sua situazione professionale ed assicurativa. Le disposizioni relative sono sparpagliate ovunque, ciò che rende impossibile una visione complessiva, non solo agli interessati, ma anche a chi professionalmente ne difende gli interessi.

Il divieto di lavorare e la possibilità di assentarsi secondo i propri bisogni fisici personali, nonché il diritto di rifiutare lavori giudicati soggettivamente penosi sono adeguatamente normati nella LL. Ciò che manca è invece una degna regolamentazione sulle conseguenze finanziarie. Per quanto concerne l'indennità giornaliera sociale, al già importante problema della non obbligatorietà assicurativa, si aggiunge un'estrema incompletezza legislativa, in particolare per

quanto concerne l'ammontare delle prestazioni: né per i lavoratori di condizione dipendente, né per quelli indipendenti, né tantomeno per le persone senza attività lucrativa, la LAMal fissa un minimo obbligatorio, motivo per cui gli istituti assicurativi sono liberi d'offrire coperture assicurativa irrisorie, ridicole. La legge omette di specificare come debba venir trattata, dal punto di vista assicurativo, una donna che cessa l'attività lucrativa in seguito al parto, se del caso licenziandosi alcuni mesi prima della data prevista per lo stesso. E tale eventualità non costituisce oggi ancora l'eccezione, anche se è vero che attualmente molte donne non rinunciano più necessariamente alla professione a seguito di una filiazione.

Per quanto concerne l'indennità giornaliera contrattuale, le numerose lacune sono dovute alla brevità dell'obbligo per il datore di lavoro di continuare a versare il salario, tanto più evidente quanto più fu corta la precedente durata del rapporto di servizio; la legge si limita inoltre a precisare la durata dell'obbligo unicamente per il primo anno d'impiego. Vi si aggiunge il fatto che, per la giurisprudenza, tutte le assenze relative al medesimo anno di servizio debbono essere cumulate e calcolate insieme, e danno luogo ad un unico credito annuale. La legge non precisa poi se questo credito annuale statuisca un minimo salariale o piuttosto un minimo temporale. Del tutto assurdo è il fatto che il versamento di un'indennità giornaliera durante il congedo di maternità debba dipendere dall'esistenza e dalla durata di un rapporto di lavoro e da eventuali altre assenze verificatesi nel corso del medesimo anno e dovute ai motivi più disparati, che nulla hanno a che fare con una maternità. Il CO è infine carente nello specificare quali presupposti debba adempire una regolamentazione assicurativa pattuita fra datore di lavoro ed istituto assicurativo, affinché essa possa venire considerata come equivalente a quella legale. Probabilmente poche altre norme del diritto positivo svizzero attuale possono essere ritenute tanto nebulose quanto l'art. 324a CO.

Assente totalmente od almeno in misura rilevante è tutta la legislazione relativa ai congedi parentale, di nascita e di cura, fondamentali, se adeguatamente regolamentati, per un'effettiva promozione dall'uguaglianza fra i sessi.

4. La protezione contro il licenziamento

La protezione contro il licenziamento è invece quasi perfetta. Unica lacuna è la validità di un licenziamento in tronco che si rivelasse ingiustificato, lacuna che non riguarda specificatamente la maternità ma concerne ogni congedo immediato ed abusivo. Lasciando sempre sussistere l'obbligo di versare quanto sarebbe stato dovuto in caso di disdetta regolare, nonché un'adeguata indennità di tipo penale, ci

si potrebbe interrogare sull'opportunità di introdurre il diritto della lavoratrice abusivamente licenziata in tronco nel corso della gravidanza o nelle sedici settimane successive al parto ad essere riassunta nell'impresa. Tuttavia, a parte il fatto che in pratica poche persone farebbero effettivamente valere tale diritto, soprattutto dopo una controversia conclusasi dinanzi ad un tribunale e le probabili misure di ritorsione cui si andrebbe incontro in caso di riassunzione, nulla impedirebbe al datore di lavoro di disdire il rapporto di lavoro della persona appena reintegrata per il prossimo termine ordinario utile. Se nel frattempo il posto è già stato ricoperto, il datore di lavoro avrebbe comunque sufficienti argomenti per difendersi contro un'eventuale accusa di disdetta, questa volta data nel rispetto dei termini, ma abusiva ai sensi dell'art. 336 CO. Per il resto, l'unico appunto alla protezione dalla disdetta va fatto alla pratica giurisprudenziale, la quale dovrebbe essere molto prudente prima di ammettere l'esistenza di un accordo fra le parti, che mette fine al rapporto di lavoro e che comporta reciproche concessioni, allorché per una regolamentazione specifica com'è quella in caso di gravidanza, la lavoratrice gode temporaneamente di molti diritti ed è tenuta a rispettare invece poche costrizioni.

5. Le protezioni della salute

Per quanto concerne la protezione della salute, essa è carente sotto molteplici aspetti. In primo luogo, non vi è alcun elenco che riporti esaustivamente, o almeno a titolo d'esempio, quali siano le attività e le sostanze pericolose per la gravidanza: sia le dirette interessate, sia i loro datori di lavoro sono spesso ignari in merito. La lavoratrice accorta farà meglio ad interrogare in maniera completa il proprio medico, qualora essa sospetti che l'occupazione svolta abitualmente possa minacciare, per un motivo o per l'altro, il buon decorso della gravidanza o lo sviluppo del bimbo. La protezione della salute è inoltre carente per il fatto che essa non è accompagnata, in maniera conseguente, dalla garanzia di un'indennità che si sostituisca ad un'eventuale perdita di salario subita: dall'attuale legislazione sembrerebbe piuttosto che la donna incinta, bisognosa di tutela ed a cui si accorda una speciale protezione, e la lavoratrice, che esercita un'attività lucrativa anche per la relativa remunerazione, siano due diverse persone.

6. Protezione dell'allattamento

La protezione dell'allattamento è carente, nel senso che attualmente l'attività lucrativa e l'allattamento - che è pur fondamentale per una crescita ottimale del neonato - rappresentano due eventualità alternative, piuttosto che essere

compatibili fra loro. In altri termini, non vi è alcuna disposizione che tenti di conciliare, non solo teoricamente ma piuttosto nella realtà dei fatti, professione ed allattamento. Si pensi alla carenza di infrastrutture adeguate, ma soprattutto alla mancanza di remunerazione del tempo dedicato a nutrire il neonato.

7. Diritto di mentire

Per quanto concerne il diritto di mentire, la soluzione giurisprudenziale, che ha trovato l'avallo della dottrina maggioritaria, è soddisfacente. Essa andrebbe tradotta tuttavia in una disposizione di diritto positivo, si da non permettere più che a tal proposito sussistano ancora dubbi. Non è ancora stato deciso, infatti, se l'art. 3 della LPar vieti esplicitamente al datore di lavoro di porre la domanda relativa ad una gravidanza in corso, od eventualmente desiderata, né tantomeno se esso giustifichi, a titolo di legittima difesa, una menzogna da parte della candidata. La risposta dovrebbe essere nei due casi affermativa. Meglio sarebbe ancora modificare l'art. 328b CO, introducendo esplicitamente il diritto di mentire quale legittima difesa. Infatti, questa disposizione ha il pregio di essere generalizzata, ossia di vietare ogni ingerenza nella sfera personale ed intima del lavoratore, e non si limita invece allo stato di gravidanza.

8. Riduzione delle vacanze

Per la riduzione del diritto alle vacanze, vale quanto già detto per l'indennità giornaliera contrattuale: la maternità deve trovare una regolamentazione separata, distinta, a scapito, in caso contrario, di violare il principio della parità dei sessi, nella sua accezione formale. Pertanto, assenze durante l'anno dovute alla gravidanza, al parto ed al puerperio non dovrebbero, in ogni caso, giustificare alcuna riduzione del diritto alle vacanze.

9. Altre lacune

Per quanto attiene, infine, alla considerazione della maternità in senso ampio, nell'intera legislazione di tutela sociale, il suo riconoscimento, alle soglie del 21esimo secolo, deve essere al più presto ampiamente introdotto, poiché tale legislazione, che protegge più in particolare le persone nel bisogno, non può più permettersi di ignorare la fondamentale attività nella procreazione, dovuta essenzialmente al genere femminile.

TERZA PARTE

**PROPOSTE PER UNA REGOLAMENTAZIONE DELLA
MATERNITA' E DELLA PATERNITA' CHE RISPETTI
EFFETTIVAMENTE IL PRINCIPIO DELLA PARITA' DEI SESSI**

1404

Capitolo XI: QUADRO TEORICO

1. Premessa

Come visto nei due precedenti capitoli, il cammino per giungere ad una realizzazione dell'uguaglianza formale ed effettiva fra uomo e donna, nella sfera privata e pubblica, ossia nella vita familiare, professionale e sociale, è ancora lungo. In particolare, per quanto concerne la protezione della maternità, e della paternità, le disparità fra i sessi sono ancora numerose e lampanti, in tutti i campi dell'attuale legislazione, a cominciare da quella sul lavoro. E' quindi assai urgente incamminarsi in maniera spedita, tanto più che la legislazione svizzera, rifiutando di allinearsi ai progressi compiuti negli altri paesi europei, diviene sempre più retrograda.

L'articolo 34quinquies capoverso 4 Cost., che contiene un chiaro mandato alla Confederazione d'istituire un'assicurazione maternità, non è all'ora odierna ancora stato adempito, malgrado i suoi oltre cinquant'anni di vita. Vero è che esiste un qualcosa, piuttosto confuso, un abbozzo di regolamentazione sulla maternità, tuttavia assolutamente insufficiente per soddisfare le esigenze di cui al mandato costituzionale: solo un'assicurazione per la maternità degna di questo nome, indipendente e coerente, potrebbe farlo, adempiendo contemporaneamente l'articolo costituzionale sulla parità dei sessi, che pure contiene un mandato di legiferare in tal senso.

L'articolo 4 capoverso 2 Cost., se correttamente applicato ed adeguatamente concretizzato, rappresenta una sufficiente base legale per sancire il principio dell'uguaglianza dei sessi, sia nel suo aspetto formale che in quello materiale. Attualmente, tuttavia, ad oltre quindici anni dall'entrata in vigore dell'articolo nella sua versione odierna, né la parità dinanzi alla legge, né quella reale, e neppure quella salariale possono essere considerate come date per acquisite. Inoltre, l'interpretazione esageratamente prudente, e per certi versi pure errata, da parte della giurisprudenza ed il divieto, a cui il giudice ricorre comunque sempre nei casi altrimenti problematici, d'esaminare la costituzionalità delle leggi federali e di sancirne la non applicazione in caso di violazione della Costituzione, si

aggiungono alla solo parziale concretizzazione del secondo capoverso dell'articolo 4 Cost., per dare risultati ancora oltremodo insoddisfacenti.

2. Il principio della parità formale e la protezione della maternità biologica

Il principio della parità formale fra i sessi è esplicitamente sancito dall'art. 4 cpv. 2 prima frase Cost., secondo il quale uomo e donna hanno uguali diritti. Ciò significa che, di regola, né la legislazione, né l'applicazione del diritto possono operare distinzioni fra i sessi, uomo e donna dovendo essere trattati in maniera uguale. Ciò significa tuttavia anche che legislazione ed applicazione del diritto devono operare una distinzione fra i sessi, unicamente ed ogniqualvolta la differenza biologica sia a tal punto determinante per la situazione da regolamentare, che un puro egualitarismo sarebbe ingiustificato. In altri termini, il principio della parità formale fra uomini e donne non comporta un livellamento totale, ma impone al legislatore, all'amministrazione ed al giudice di trattare in maniera uguale ciò che è uguale, nella misura in cui tale uguaglianza sia nella fattispecie rilevante, ed in maniera diversa ciò che è diverso, nella misura in cui tale diversità sia nella fattispecie rilevante. Il principio è e rimane quello di un trattamento indifferenziato; esso non è tuttavia esente d'eccezioni.

Il principio della parità formale sta lentamente realizzandosi, la legislazione andando allineandosi ai dettami dell'art. 4 cpv. 2 prima frase Cost. Tuttavia, se nella sua accezione negativa - ossia nel divieto di operare distinzioni in caso non vi sia una differenza rilevante per la regolamentazione in questione - i progressi sono costanti, nell'accezione positiva - ossia nell'ingiunzione di prevedere una regolamentazione differenziata se essa si impone date le differenti circostanze - vi sono ancora parecchi problemi, e ciò in particolar modo appunto nella regolamentazione relativa alla maternità, regolamentazione che non tiene ancora sufficientemente conto della fondamentale differenza fra i sessi nel processo procreativo.

Gravidanza, parto, puerperio ed allattamento sono attualmente le uniche diversità fondamentali, conosciute e riconosciute, fra i sessi. L'attuale legislazione relativa è ancora oltremodo incompleta, la protezione di tali eventi, presupposto indispensabile per la realizzazione della parità formale, è lacunosa, inadeguata, al punto che si può affermare che essa viola, per difetto, a più riprese la frase costituzionale sopraccitata. In altri termini, il legislatore svizzero, pur avendo sempre ammesso il principio della protezione della maternità, non ne ha tirato tutte

le conseguenze che imperativamente ne derivano¹. Del resto, nella giurisprudenza relativa ai diversi aspetti che concernono la maternità viene molto raramente fatto riferimento all'articolo sulla parità dei sessi, che è pure fondamentale per un giudizio completo, in un ambito dove la diversità fra uomo e donna assume una particolare rilevanza. Le carenze sono state esaminate nei precedenti capitoli. Ora si tratta di vedere quali siano le esigenze da porre ad una regolamentazione, differenziata appunto in virtù della sostanziale diversità fra i sessi nell'evento della procreazione.

3. Il principio della parità sostanziale e la tutela della filiazione

Il principio della parità sostanziale, o materiale, o ancora effettiva, fra i sessi è esplicitamente sancito dall'art. 4 cpv. 2 seconda frase Cost., in virtù della quale la legge assicura l'uguaglianza fra uomo e donna soprattutto per quanto concerne la famiglia, l'istruzione ed il lavoro.

Per quanto concerne l'uguaglianza effettiva, le lacune attuali sono ancora più evidenti rispetto a quelle riscontrabili relativamente al principio dell'uguaglianza formale. Malgrado da parecchie parti si senta ripetere che l'uguaglianza fra i sessi è ormai largamente riscontrabile nella realtà, alcuni giungendo pure a sostenere che, in virtù di rare regolamentazioni che instaurano un regime di quote, attualmente la discriminazione verrebbe a scapito degli uomini, un'oggettiva osservazione della realtà odierna non può che far concludere che la donna è ancora largamente discriminata, rispetto all'uomo, nel mondo del lavoro e nella società, mentre le responsabilità familiari, unitamente ai compiti più ingrati, meno riconosciuti e retribuiti, le incombono ancora quasi integralmente. Tale osservazione pragmatica è del resto corroborata da statistiche ufficiali. L'uguaglianza effettiva dei sessi presuppone, accanto ad un vero riconoscimento della funzione materna, un identico riconoscimento di quella paterna, ossia delle responsabilità che uomini e donne assumono decidendo di dare alla luce un figlio. Il ruolo della filiazione in quanto tale merita una migliore protezione: essa costituisce un'esperienza che va condivisa da entrambi i genitore ed un impegno che essi devono equamente ripartirsi. Tali responsabilità vengono assunte oggi ancora quasi esclusivamente dalle donne, con l'eccezione, forse, dell'aspetto finanziario. Queste si assumono pure l'adempimento dei bisogni primordiali, affettivi e di cura, del lavoratore di oggi, il quale, nella

¹ Cfr. BRUNNER Ch. (USS 1994) pag. 127.

configurazione attuale del mondo della produzione, deve essere onnipresente e non avere esigenza alcuna all'infuori di quelle professionali. La legislazione, da quella fiscale a quella sociale, fino a quella che dovrebbe tutelare la famiglia, è ancora fortemente ricalcata su questo modello. In questo contesto, è comprensibile quindi la ragione per cui la donna è, anche nella realtà, discriminata. L'ineguaglianza, che nasce dalla diversità generative fra i sessi, non adeguatamente riconosciuta, si perpetua nella vita di tutti i giorni, poiché "Su questa roccia (la riproduzione, n. d. r.), la divisione tecnica del lavoro sembra aver trovato un basamento naturale; c'è un bene collettivo che solo le donne possono realizzare e che si delinea come il loro compito prioritario. Il lavoro extra-domestico o è un prolungamento di quello o non va incoraggiato. Per tutto il Novecento si può dire che il lavoro fuori casa risulta culturalmente accettabile solo se è secondario rispetto al ruolo domestico, e se consente alle donne di professionalizzare le qualità «naturali» sviluppate dentro casa, così da potenziare quell'immagine femminile che gli uomini si aspettano di vedere in loro. Proteggere la funzione materna non basta; il riferimento biologico si allarga ad altre funzioni, altre aspettative. Dalla riproduzione si passa alla difesa degli affetti, del benessere in casa, della cura di malati e anziani e, non ultimo, qualcosa che nutra l'immaginario maschile della femminilità. In questo percorso la riproduzione, come asse strategico per dividere il lavoro tra uomini e donne, assume le vesti di un contenitore molto esteso ed elastico. Le attività materiali possono essere ampliate o ristrette secondo gli stili di vita delle famiglie, possono essere suddivise tra tutti i membri o concentrate nella figura delle donne casalinga; ma se l'identità femminile richiede un certo profilo di dedizione al luogo domestico, questo vincolo diventa più forte e sovrasta gli altri. Perciò non è il lavoro domestico in sé, il suo contenuto tecnico e materiale, ma l'intreccio tra questo e la femminilità che permette di cogliere le dinamiche e il senso profondo del sex-tiping. Gli studi degli antropologi, in particolare quelli di Margeret Meed, aiutano a relativizzare le definizioni di mascolinità e femminilità. Mostrando come in tutte le società esistono dei tratti attribuiti all'uno e all'altro sesso e, contemporaneamente, come questi tratti varino da luogo a luogo, il pensiero antropologico toglie quelle certa patine di destino naturale e immutabile che siamo soliti attribuire alle conformazioni nel lavoro che si sono venute delineando in questo secolo nelle società occidentali"¹.

¹ Cfr. PIVA P. (1994) pag. 46.

Smantellare celermente e con una certa efficacia questo modello di società non è cosa da poco. Certo non basta lasciare tempo al tempo e sperare che la parità formale porterà seco anche quella materiale. La realizzazione dell'uguaglianza nei fatti, nella pratica, esige l'adozione di una regolamentazione differenziata secondo i sessi, non più in ragione di una loro diversità biologica, bensì per una disparità effettiva esistente e manifesta nella società odierna. E ciò contemporaneamente in due direzioni: da una parte, per promuovere l'attività professionale delle donne e dall'altra per promuovere l'attività procreativa, in senso lato, degli uomini, incentivando quindi la coppia parentale e suddividere equamente nella sfera privata il lavoro riproduttivo, in quella pubblica il lavoro produttivo.

Troppo prematuro sarebbe ora tentare una risposta al quesito di sapere se uomo e donna divergano altrimenti che solo nell'aspetto riproduttivo, ossia se esistano una natura, un'essenza, femminile ed una natura, un'essenza, maschile, fundamentalmente diverse. Se così fosse, in nome del principio di uguaglianza si dovrebbe ripensare dall'inizio l'intera legislazione, la quale, pur essendo "asessuata", è stata edificata su schemi e modelli maschili - le donne posseggono il diritto di voto da meno di trent'anni -, poi generalizzati ed applicati, immutati, alle donne, man mano che le stesse occupavano posizioni finora a loro inaccessibili. Non mancano infatti, al giorno d'oggi, i sostenitori di una differente natura maschile e femminile, i quali postulano piuttosto il riconoscimento delle differenze, rifiutando un adeguamento "costrittivo" della donna a modelli e valori maschili, e quindi a lei estranei, che l'obbligherebbero a perdere la propria identità in nome della propria autonomia: "le condizioni di lavoro, le tecniche di produzione non sono inventate né adattate in modo ugualitario secondo la differenza sessuale. Gli scopi del lavoro, le sue modalità non sono ugualmente definiti da, né per, le donne e gli uomini (...). Queste nuove condizioni economiche sono una sollecitazione a ripensare tutta l'organizzazione sociale, a meno di non avallare l'idea che le donne, per acquisire un minimo di libertà, debbano sottomettersi agli imperativi di una cultura che non è la loro. Le donne dovrebbero collaborare alla costruzione di armi da guerra o di strumenti di inquinamento, o adattarsi ai ritmi di lavoro degli uomini, o ancora piegarsi a contribuire allo sviluppo di linguaggi artificiali che non corrispondono al loro linguaggio naturale, il che le spersonalizza sempre di più ecc. Questo non corrisponde a un'uguaglianza dei diritti. Infatti per avere un'opportunità di vivere libere le donne sono costrette e piegarsi ai mezzi di produzione degli uomini e ad arricchire il capitale o patrimonio socioculturale degli uomini. Le donne entrano in qualche maniera nei circuiti del lavoro, ma vi alienano la loro identità femminile. E le sollecitazioni che vengono loro rivolte perché ritornino a casa, con ogni probabilità troveranno risposta, non necessariamente

nelle donne più reazionarie, come si sostiene troppo in fretta, ma anche nelle donne che vogliono tentare di diventare donne. Voglio dire con questo che quasi non ci sono ancora lavori che permettano a una donna di guadagnarsi da vivere come qualsiasi cittadino, senza alienare la propria identità in obiettivi e condizioni di lavoro che sono adatti soltanto agli uomini"¹.

Come detto, una risposta definitiva alla questione, purtuttavia fondamentale, di sapere se esista una differenza essenziale fra la natura femminile e quella maschile, sarebbe prematura. Personalmente, credo piuttosto che in ognuno, uomo o donna che sia, sono presenti quelle caratteristiche che nel linguaggio comune sono definite come femminili, rispettivamente maschili. Diversa è unicamente la proporzione fra le une e le altre, proporzione che comunque non coincide mai esattamente con una differenza sessuale. Del resto, molto dipende anche da quello che la società in cui viviamo ci permette di esprimere e da ciò che essa invece ci spinge a nascondere. Lasciando a donne e uomini il medesimo spazio e le medesime opportunità di modellare le condizioni di lavoro e di vita come meglio corrisponde alla loro essenza, alla loro specificità, la risposta alla questione sull'esistenza di due diverse nature verrà da sé, riflettendosi in una scelta, a condizione tuttavia che ad ognuno sia effettivamente garantita l'opportunità di scegliere liberamente. Attualmente non possono esistere certezze, ma solo ipotesi, di quanto sia effettivamente iscritto sul cromosoma del sesso e quanto sia invece determinato dal vissuto personale, che, fin dai primi vagiti, si costruisce diversamente in base al sesso. Va comunque ancora sottolineato che, anche qualora l'esperienza futura dovesse giungere a dimostrare che uomo e donna sono essenzialmente diversi, sulle diversità non dovranno essere operati giudizi di valore, per giustificare un trattamento diverso ed una posizione subalterna di un sesso rispetto all'altro. Tale eventuale diversità dovrà invece essere considerata un'opportunità d'arricchimento sociale, mediante lo scambio di differenti modi di vedere, tutti altrettanto legittimi.

¹ Cfr. IRIGARAY L. (1992) pagg. 73 seg.

Capitolo XII: ASPETTO PRATICO - LA LEGGE "IDEALE" SULLA FILIAZIONE

1. Premessa

La legge dovrebbe dapprima raggruppare in un complesso unico di norme le disposizioni attualmente sparpagliate in diversi testi legislativi. Sebbene la questione di un testo unico non rappresenti il problema principale, una singola codificazione ha il vantaggio della praticità per chi la consulta e favorisce la coerenza interna. Alcune disposizioni possono essere riprese dalla legislazione esistente, nonché dai progetti di revisioni in corso, se del caso con l'apporto di modifiche.

La legge dovrebbe tutelare la filiazione, in generale, ossia la paternità e la maternità e non invece limitarsi a quest'ultima. Due sarebbero pertanto i capitoli fondamentali: il primo, relativo alla protezione della maternità e della paternità dal punto di vista biologico e riferito essenzialmente alle donne, il secondo, relativo alla tutela della filiazione, comprensivo in egual misura padri e madri. Per poter realizzare il mandato costituzionale, contenuto nell'articolo 34 quinquies capoverso 4, dell'istituzione di un'assicurazione per la maternità, che rispetti egualmente il principio, sia formale che materiale, della parità dei sessi, la legge dovrebbe, almeno in un primo tempo, incentivare la partecipazione maschile ad un evento che vede gli uomini ancora troppo assenti e poco inclini ad assumere altre responsabilità che non siano quelle finanziarie.

2. Campo d'applicazione

Il campo d'applicazione deve comprendere ogni persona domiciliata in Svizzera, nonché tutte le persone assicurate all'AVS facoltativa e che non possono beneficiare, all'estero, di un'assicurazione corrispondente. Per essere completa, essa non deve quindi limitarsi alle persone che esercitano un'attività lucrativa.

L'affiliazione deve avvenire ex lege, dall'acquisizione del domicilio o dalla nascita in Svizzera (eventualmente dal raggiungimento dell'età feconda), e non dipendere dall'effettiva osservanza dell'obbligo d'affiliazione, come è il caso per l'attuale LAMal.

La legge deve escludere esplicitamente la facoltà d'imporre un qualsivoglia termine di carenza prima di poter beneficiare delle prestazioni, termine che potrebbe rivelarsi problematico per le persone, svizzere o straniere, che giungono in Svizzera già in procinto di divenire genitori.

3. Protezione della maternità biologica

3.1. Prestazioni medico sanitarie

L'assicurazione per la maternità deve assumere integralmente i costi delle prestazioni specifiche di maternità. Queste comprendono, conformemente a quanto dispone la LAMel, sette esami di controllo durante la gravidanza, un esame di controllo dopo il parto, il parto a domicilio, all'ospedale o in un istituto semi ospedaliero, come pure l'assistenza del medico o della levatrice. L'esatta designazione degli esami da effettuare durante i controlli dovrà avvenire, come all'ora attuale, a livello di ordinanza ad opera di una commissione di esperti. E' opportuno comunque che l'ordinanza si adegui tempestivamente ai progressi realizzati dalla scienza medica concernenti le tecniche di depistaggio e di cura di eventuali patologie che si sviluppano nel corso della gravidanza od in seguito al parto.

Per le prestazioni medico-sanitarie relative alla maternità, l'assicuratore non può esigere dalla beneficiaria alcuna partecipazione ai costi. Ciò varrà anche nel caso in cui gli esami di controllo prenatali o quello postnatale dovessero rivelare la necessità di sottoporre l'assicurata ed indagini mediche supplementari, o ad un trattamento specifico, ossia in quei casi in cui attualmente, per un decorso definito anormale, la maternità viene equiparata alla malattia. La pratica attuale, secondo la quale per le prestazioni mediche che, in base agli esami di controllo, risultano essere necessarie per curare un'affezione o ad un'evoluzione morbosa della gravidanza, gli istituti assicurativi possono imporre alla paziente una partecipazione alle spese, deve essere abbandonata. Senza entrare nel merito della questione più generale della legittimità di una partecipazione degli assicurati alle spese necessarie di malattia, una qualsivoglia partecipazione alle spese di maternità è discriminatoria. Discriminatoria in primo luogo fra donna e donna, siccome ognuna si augura una gravidanza senza troppi intoppi e nessuna è responsabile di un eventuale decorso morboso. Discriminatoria, in secondo luogo, fra i sessi: una donna, e mai un uomo, potrebbe essere chiamata ad assumere i costi per un'eventualità che sempre due persone, di sesso diverso, hanno voluto, più o meno scientemente e che, per una scelta della natura, nei primi nove mesi è

indissolubilmente legata al corpo femminile. Non si tratta neppure di adottare una regolamentazione differenziata, bensì unicamente di esentare tutte le spese dovute in primo luogo all'evoluzione della maternità biologica da ogni partecipazione da parte della donna interessata.

In caso di parto prematuro, d'interruzione volontaria, punibile o meno, della gravidanza, così come in caso d'interruzione involontaria della stessa, l'assicurazione per le cure medico sanitarie deve assumere esattamente gli stessi costi delle prestazioni in caso di gravidanza portata a termine. Si tratta, in pratica, di equiparare al parto l'intervento d'interruzione od il raschiamento che segue un aborto spontaneo. La legislazione attuale che permette agli istituti assicurativi di imporre all'interessata una partecipazione alle spese deve essere abbandonata. Tutti i risultati possibili di una gravidanza vanno equiparati al parto a termine, ciò che dal punto di vista dell'assunzione dei costi comporta la copertura integrale da parte dell'assicurazione. Superflua sarebbe quindi l'introduzione di un termine di durata minima di gravidanza perché si possa ammettere un parto prematuro, differenziandolo da un aborto spontaneo. L'art. 30 LAMel andrebbe leggermente modificato: in caso d'interruzione della gravidanza, l'assicurazione obbligatoria assume gli stessi costi delle prestazioni in caso di maternità regolarmente portata a termine.

Anche per l'interruzione punibile della gravidanza, gli istituti che assicurano la maternità in quanto tale dovrebbero interamente assumere i costi, e ciò quale eccezione a quanto vale in tutti gli altri rami delle assicurazioni sociali, ossia che di regola i costi derivanti da un atto punibile non vengono rimborsati. Tale normativa intende garantire alla donna la libera scelta di una maternità, senza interferire, con ragioni di natura etica o morale, sulla questione della legittimità della scelta. Chiaramente, fino a quando l'interruzione della gravidanza resterà di principio punibile, l'assicurazione sarà raramente chiamata ad assumere i costi. Per le persone toccate il problema principale sarà di evitare di scontare una pena, celando quindi di aver abortito, piuttosto che quello dell'assunzione dei costi dell'intervento. Una disposizione in tal senso si allinea al principio della libera scelta della filiazione, quale particolare aspetto della libertà personale¹.

L'assicurazione dovrebbe inoltre assumere integralmente i costi dell'inseminazione artificiale e quelli della procreazione in vitro per trasferimento dell'embrione.

¹ Cfr. RIEMER-KAFKA G. (1987) pag. 41.

qualora la loro efficacia sia ammessa dalla scienza medica, quelli della sterilizzazione di una donna, avente lo scopo di evitare una futura gravidanza pericolosa per la madre o per il nascituro, nonché quelli della sterilizzazione del di lei compagno, qualora la sterilizzazione della donna, di per sé rimborsabile, non può essere effettuata o non è auspicata dalla coppia. L'assicurazione assume pure i costi dei metodi di contraccezione che una persona impiega per evitare una gravidanza. Infatti, sia i metodi di fecondazione artificiali - provvedimenti atti a favorire la maternità - che quelli anticoncezionali - comprendenti pure la sterilizzazione - fanno parte dei provvedimenti medico-sanitari dell'assicurazione per la maternità, la quale dovrebbe garantire, di principio, la libera scelta della filiazione, che il progresso di questo secolo sta sempre più favorendo, almeno dal punto di vista tecnico: essa ha dapprima permesso di controllare le nascite e poi di ottenere gravidanze che, per natura, si erano sempre rivelate difficili, perfino impossibili. Sia in un caso che nell'altro, un'assicurazione per la maternità deve assumere quanto l'evoluzione tecnica rende possibile. La discussione etica in merito a fin dove sia auspicabile spingere la ricerca rimane aperta ed è tanto più attuale, quanto più i suoi risultati sono sorprendenti. I provvedimenti per favorire una maternità difficoltosa possono concernere un uomo quanto una donna; quelli contraccettivi, pur concernendo entrambi i genitori, interessano in realtà attualmente soprattutto la donna, nel senso che, in caso di filiazione indesiderata, il padre sarà eventualmente tenuto ad assumere parte delle conseguenze finanziarie, ma vedrà solo eccezionalmente la sua vita modificarsi radicalmente per la nascita di un figlio ch'egli non assume di pieno grado.

Per quanto concerne, in particolare, la sterilizzazione quale metodo contraccettivo in caso di gravidanza pericolosa, la sua assunzione da parte dell'assicurazione non deve, com'è attualmente il caso, essere condizionata dal fatto che altri metodi contraccettivi non possono essere presi in considerazione. Tale presupposto è superfluo. Infatti, oggi l'unico metodo contraccettivo che può essere considerato sicuro è rappresentato dalla pillola per la donna. Tuttavia, essa non è esente da effetti collaterali, i quali legittimano sempre e comunque il rifiuto di assumerla, soprattutto a lungo termine. La condizione quindi che la sterilizzazione è assunta solo allorché altri metodi contraccettivi non possono essere presi in considerazione per motivi medici non ha ragione di esistere.

3.2. Il congedo maternità e la relativa indennità giornaliera

3.2.1. Diritto in generale

In caso di gravidanza portata a termine, indipendentemente dal fatto che il bambino sia nato in vita o meno, l'assicurazione dovrebbe essere tenuta a pagare alla partoriente un'indennità giornaliera almeno durante quattro settimane prima della durata prevista per il parto, nonché per il tempo restante fino al parto se il bimbo nascesse oltre il termine, per il giorno del parto e durante dodici settimane dopo il parto. In base a quanto è riconosciuto dalla scienza medica, la donna necessita generalmente di un intervallo della durata di approssimativamente dodici settimane - abbondantemente calcolato - per ristabilire le normali condizioni fisiche e psichiche. In altri termini, un periodo di riposo di dodici settimane è necessario affinché gli organi femminili, in particolare quelli riproduttivi, ritrovino la loro normale funzione e perché la produzione ormonale abituale si ristabilisca. Estranea a tale esigenza è ogni riflessione concernente il rapporto della madre con il neonato. Per quanto concerne le quattro settimane antecedenti la data prevista per il parto, esse rappresentano un periodo in cui la futura madre può riposare e prepararsi all'evento, con l'indispensabile tranquillità ed il più possibile alleggerita dalle quotidiane preoccupazioni: esso è necessario sia alla madre sia al nascituro. La durata di sedici settimane complessive è leggermente superiore alla norma di diritto comunitario di cui alla direttiva 92/85/CEE del Consiglio del 19 ottobre 1992 concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento.

Gli assicuratori devono inoltre pagare alla partoriente, nel corso della gravidanza, quindici giorni di riposo: spetta alla donna stessa stabilire la data di tali giorni, in funzione dei propri bisogni durante i nove mesi; essa non può tuttavia prenderne più di tre alla volta¹. I quindici giorni complementari, concessi al solo titolo di riposo, dovrebbero permettere alla donna di godere di un'effettiva tranquillità, senza dover pensare ad altro che al proprio stato e sarebbero benefici sia a lei stessa, sia al

¹ Cfr. BRUNNER Ch. (USS 1994) pag. 133, la quale precisa come studi sulle nascite premature abbiano confermato l'effetto benefico dei giorni di riposo durante la gravidanza.

nascituro¹. Ogni gravidanza porta infatti seco una modificazione importante, che può causare fatica, nausea, insonnia, ansia, e numerosi altri disturbi, che necessitano tutti di una particolare attenzione. Chiaramente, nel caso tale riposo non fosse utilizzato nella concreta fattispecie, esso decade e non può essere in alcun modo utilizzato per allungare il periodo di congedo che segue il parto.

Infine, gli assicuratori devono pagare alla partoriente, nel corso della gravidanza, l'indennità giornaliera per tutti i giorni d'incapacità lavorativa o d'incapacità a svolgere le mansioni consuete dovuti in primo luogo al decorso della gravidanza ed ai problemi che questa può causare. Per questi giorni supplementari, dovuti ad un particolare decorso problematico, ad un particolare stato di affaticamento, di debolezza, essi possono tuttavia esigere la presentazione di un certificato medico.

Gli assicuratori devono pagare alla partoriente l'indennità giornaliera anche trascorse le dodici settimane di riposo dopo il parto, qualora un certificato medico attesti che l'interessata è ancora incapace al lavoro od a riprendere le proprie mansioni consuete in ragione dei travagli del parto o di eventuali complicazioni dovuti allo stesso.

Anche in caso d'interruzione, punibile o meno, della gravidanza, la donna dovrebbe aver diritto ad un'indennità giornaliera per i giorni di assenza dovuti alla gravidanza ed all'intervento subito. Come per qualsiasi altra gravidanza, prima dell'intervento, essa ha diritto a quindici giorni di riposo che, se non ancora utilizzati, decadono. Il periodo da indennizzare successivamente all'interruzione della gravidanza varia a dipendenza delle condizioni di salute, fisiche e psicologiche, dell'interessata, delle cause che l'hanno determinata e delle sue sequele. La sua durata non può quindi essere predeterminata in maniera assoluta, ma dovrà essere stabilita, nella fattispecie concreta, dal medico.

A parte un minimo standard, che sarà necessario a tutte le gravidanze, anche a quelle che si svolgono nel migliore dei modi, è necessario prevedere una regolamentazione elastica, che permetta di contemplare anche i casi più penosi, nei quali per esempio gran parte dei nove mesi devono essere trascorsi nel riposo più assoluto. Anche per questi casi, è necessario che la partoriente non subisca

¹ Cfr. BRUNNER Ch. (USS 1994) pag. 133. L'autrice limita il diritto ai quindici giorni al periodo che va dal quarto al nono mese di gravidanza. Tale limite non appare pertinente, i primi tre mesi di gravidanza essendo spesso i più difficili.

perdita di guadagno alcuna. Allo stato dell'attuale regolamentazione, infatti, le conseguenze finanziarie per le gravidanze più difficili possono essere oltremodo pesanti, soprattutto per una donna sola che per vivere è costretta a far affidamento unicamente al proprio salario. La regolamentazione deve permettere di non operare distinzioni fra gravidanza e gravidanza, dando ad ognuna una medesima protezione, ciò che non corrisponde ad un numero identico di indennità giornaliere per ogni gravidanza, bensì piuttosto ad un numero variabile in funzione del decorso concreto e non anticipatamente prevedibile. In altri termini, la regolamentazione deve dipendere dal singolo decorso della gravidanza e dalla concreta evoluzione successiva al parto. All'opposto, una normativa fatta "su misura", ossia variante in base al singolo caso, non deve permettere alle donne che hanno una gravidanza ed un parto "normali" - o meglio, poco problematici, dal momento che per gravidanza e puerperio è impossibile determinare quale sia la norma - di beneficiare di un periodo di riposo che le circostanze e le ragioni mediche non giustificano. Ciò infatti significherebbe discriminare una gravidanza rispetto ad un'altra ed aprire di nuovo lo spazio a discriminazioni sessuali, permettendo durante la gravidanza alla donna di beneficiare di un vantaggio non giustificabile con una differenza sessuale e confondendo, nel periodo del puerperio, il ruolo di madre biologica con quello di madre tradizionale. In una legislazione che tutela la filiazione, sulla base degli interessi del bimbo, della madre e del padre, è invece primordiale introdurre il più presto possibile la figura del secondo genitore, ciò che significa che, al di là di quanto strettamente necessario da un punto di vista biologico in riferimento alle condizioni di salute proprie della singola donna, questa non deve godere di alcun diritto preferenziale, di alcuna posizione "privilegiata". Chiaramente, una legislazione non rigida, ma ricalcata sulle esigenze concrete della fattispecie, richiede nella sua applicazione un lavoro amministrativo più importante. Essa può inoltre aprire la porta agli abusi. Questi inconvenienti, tipici d'ogni normativa che tenga conto del bisogno, e quindi generalmente della legislazione sociale, non sono tuttavia suscettibili di far optare per una regolamentazione più rigida, formalmente più egualitaria, ma nei fatti più discriminatoria, che non terrebbe conto delle diversità individuali.

3.2.2. Dispensa dal lavoro per esami prenatali ed altre misure mediche

L'assicurazione corrisponde alle salariate ed alle donne esercitanti un'attività lucrativa indipendente un'indennità corrispondente alla perdita di salario o di guadagno derivante all'interessata dal fatto di essersi sottoposta, durante il tempo normalmente consacrato al lavoro, ad esami prenatali o ad altre misure di natura

medica effettuate a causa della gravidanza, qualora tali provvedimenti debbano essere effettuati durante l'orario di lavoro.

3.2.3. Ammontare dell'indennità

Analogamente a quanto prevedeva l'avamprogetto della legge federale sull'assicurazione per la maternità - e che è invece stato abbandonato dal Consiglio federale nel progetto da presentare alle camere -, per le salariate ancora legate ad un rapporto di lavoro, è assicurato il reddito determinante per il calcolo dei contributi nell'assicurazione per la vecchiaia e per i superstiti, tuttavia fino all'importo massimo determinante per l'assicurazione obbligatorie contro gli infortuni. Nei casi in cui l'attività non è esercitata in modo costante oppure il reddito proveniente dall'attività lucrativa è soggetto a forti fluttuazioni, l'indennità è calcolata sul reddito conseguito durante l'intero anno precedente l'inizio del congedo. La donna avente un'attività professionale e che intende abbandonarla in seguito al parto, va indennizzata secondo la sua situazione professionale antecedente, se essa disdice il rapporto di lavoro od interrompe l'esercizio dell'attività indipendente allorché essa già è incinta, ossia allorché il rischio assicurato si è ormai realizzato. Infatti, l'ammontare dell'indennità spettante alle donne, che hanno esercitato un'attività lucrativa fino a pochi mesi prima del parto e che intendono abbandonarla unicamente per assumere le nuove e maggiori incombenze familiari, deve corrispondere al guadagno, rispettivamente al reddito, fino ad allora realizzato (l'ammontare assicurato può essere poi ridotto per il futuro, ma il rischio presente va indennizzato in virtù dei parametri assicurativi in vigore al momento della sua realizzazione).

L'indennità per le persone di condizione indipendente è calcolata sul reddito accertato per l'ultima determinazione, prima del parto, del contributo dell'assicurazione per la vecchiaia e per i superstiti.

L'indennità per le persone che non esercitano attività lucrativa dovrebbe corrispondere a quanto giornalmente necessario per garantire ad una persona sola, rispettivamente dopo il parto e se il bimbo sopravvive, ad una persona con un neonato, il minimo esistenziale, calcolato conformemente alla legge federale sulle prestazioni complementari dell'AVS/AI. La legge deve prevedere il diritto delle donne occupate nell'economia domestica a ricevere l'indennità giornaliera, sia nel riconoscimento del valore di un lavoro casalingo, generalmente non remunerato, sia dell'importanza della maternità per l'intera società.

Per la donne disoccupate l'indennità ammonta al guadagno assicurato ai sensi della legge federale contro la disoccupazione e non all'indennità di disoccupazione corrisposta.

3.2.4. Coordinamento delle prestazioni con gli altri rami della sicurezza sociale

L'indennità giornaliera dell'assicurazione per la maternità dovrebbe aver la precedenza sulle indennità giornaliere versate da tutte le altre assicurazioni sociali. Così si espliciterebbe, senza lasciare alcun dubbio, che un'incapacità di guadagno o di svolgere le mansioni consuete dovuta in primo luogo alla maternità, va assunta dall'assicurazione relativa. Durante i periodi d'incapacità dovuti alla gravidanza ed al parto, o all'interruzione della gravidanza, eventuali indennità giornaliere versate da altri rami della sicurezza sociale sono sospese. Così, se esse sono di durata limitata, non vengono pregiudicate dalla maternità, ma riprenderanno, senza decurtazione, trascorso il periodo protetto dall'assicurazione per la maternità. Rispetto agli altri rami delle assicurazioni sociali, l'indennità giornaliera di maternità ha il vantaggio di compensare integralmente la perdita di guadagno e di essere versata a qualsiasi donna, indipendentemente dalla sua condizione professionale. La sua durata dipende poi unicamente dal decorso della gravidanza e del periodo che segue il parto, rispettivamente di quello successivo all'interruzione della gravidanza, ed è in stretta relazione con l'evoluzione delle condizioni di salute dell'interessata, ed in particolare completamente indipendente dalla precedente durata del rapporto di lavoro e dalla presenza di eventuali altre assenze della lavoratrice nel corso del medesimo periodo determinante. Con l'assicurazione per la maternità, diverrebbe quindi senz'altro superfluo l'attuale art. 324a cpv. 3 CO.

3.3. Protezione della salute

Le donne incinte non possono svolgere occupazioni che potrebbero pregiudicare la loro salute o la salute del bambino. Le condizioni di lavoro devono essere adeguatamente adattate, in modo tale da non nuocere alla salute della donna incinta o del nascituro. Le attuali norme della Legge federale sul lavoro potrebbero essere modificate ed esplicitate, per uniformarsi alle disposizioni valide nell'ambito comunitario¹. E' inoltre indispensabile informare adeguatamente pure le lavoratrici

¹ Cfr. la già citata (sopra, VIII.3) direttiva 92/85/CEE del Consiglio del 19 ottobre 1992 concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute

indipendenti e le casalinghe di tutte le misure che esse possono intraprendere al fine di evitare un'esposizione accresciuta a fattori che comporterebbero il rischio di un'evoluzione patologica della gravidanza, del puerperio e dell'allattamento. Esse sono poi individualmente responsabili del rispetto delle necessarie precauzioni.

3.3.1. Protezione della salute per le lavoratrici salariate

Linee direttrici

Una speciale Commissione della Confederazione elabora le linee direttrici concernenti la valutazione degli agenti chimici, fisici e biologici nonché dei processi industriali ritenuti pericolosi per la sicurezza o la salute delle lavoratrici salariate gestanti, puerpere od allattanti. Le linee direttrici riguardano anche i movimenti e le posizioni di lavoro, la fatica mentale e fisica e gli altri disagi fisici e mentali connessi con l'attività svolta e sono portate a conoscenza dei datori di lavoro, delle lavoratrici interessate e dei loro rappresentanti.

Valutazione ed informazione

Per tutte le attività che possono presentare un rischio particolare di esposizioni ad agenti, processi o condizioni di lavoro, di cui un elenco non esaustivo figura in un apposito allegato¹, la natura, il grado e la durata dell'esposizione, nell'impresa o nello stabilimento interessato, delle lavoratrici dovranno esse valutati dal datore di lavoro, direttamente o per il tramite dei servizi di protezione e di prevenzione, al fine di poter valutare tutti i rischi per la sicurezza o la salute nonché tutte le ripercussioni sulla gravidanza o l'allattamento e di definire le misure da adottare. Le lavoratrici che potrebbero essere interessate e i loro rappresentanti sono informati dei risultati della valutazione e delle misure da adottare per quanto riguarda la sicurezza e la salute sul luogo di lavoro.

sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, in particolare gli articoli da 3 a 7.

¹ Per la direttiva 92/85/CEE del Consiglio del 19 ottobre 1992 concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, l'elenco figura nell'allegato I. Fra gli agenti fisici sono, per esempio, enumerati i colpi, le vibrazioni meccaniche, il rumore, le radiazioni, ionizzanti e non, le sollecitazioni termiche; tra gli agenti chimici il mercurio e i suoi derivati, i medicinali antimitotici, il monossido di carbonio; tra le condizioni di lavoro i lavori sotterranei di carattere minerario.

Conseguenze dei risultati della valutazione

Qualora i risultati della valutazione rivelino un rischio per la sicurezza o la salute di una lavoratrice, nonché ripercussioni sulla gravidanza o l'allattamento, il datore di lavoro prende le misure necessarie affinché l'esposizione al rischio sia evitata, modificando temporaneamente le condizioni e/o l'orario di lavoro dell'interessata. Se la modifica delle condizioni e/o dell'orario di lavoro non è tecnicamente od oggettivamente possibile o non può essere ragionevolmente richiesta per motivi debitamente giustificati, il datore di lavoro prende le misure necessarie affinché la lavoratrice in questione sia assegnata ad altre occupazioni. Se l'assegnazione ad altre mansioni non è tecnicamente od oggettivamente possibile o non può essere ragionevolmente richiesta per motivi debitamente giustificati, la lavoratrice in questione è dispensata dal lavoro durante tutto il periodo necessario per la protezione della sua sicurezza o della sua salute. In quest'ultimo caso, essa riceverà dall'assicurazione, per ogni giorno di dispensa, un'indennità equivalente alla perdita di salario.

Divieto di esposizione

Oltre alle disposizioni generali concernenti la protezione dei lavoratori, e in particolare quelle relative a valori limite di esposizione, le lavoratrici gestanti non saranno obbligate in nessun caso a svolgere attività per cui la valutazione abbia rivelato il rischio di esposizione, che metta in pericolo la sicurezza o la salute, agli agenti e alle condizioni di lavoro che figurano nell'apposito allegato¹ e le lavoratrici in periodo di allattamento non saranno obbligate in nessun caso a svolgere attività per cui la valutazione abbia rivelato il rischio di esposizione, che metta in pericolo la sicurezza o la salute, agli agenti ed alle condizioni di lavoro che figurano nell'apposito allegato.

¹ Per la direttiva 92/85/CEE del Consiglio del 19 ottobre 1992 concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, l'elenco figura nell'allegato II. Fra gli agenti fisici è, per esempio, citato il lavoro in atmosfere di sovrappressione elevata, fra quelli biologici il toxoplasma ed il virus della rosolia (a meno che sussista la prova che la lavoratrice è sufficientemente protetta contro questi agenti dal suo stato di immunizzazione), fra quelli chimici il piombo ed i suoi derivati, nella misura in cui questi agenti possono essere assorbiti dall'organismo umano.

Modifica degli allegati

La Commissione provvede ad un tempestivo adeguamento di natura strettamente tecnica degli allegati, in funzione del progresso tecnico, dall'evoluzione delle regolamentazioni o delle specifiche internazionali e delle conoscenze nel settore disciplinato dalle presenti norme.

3.3.2. Protezione della salute per le lavoratrici indipendenti e per le persone non esercitanti attività lucrativa

Una speciale Commissione della Confederazione elabora le linee direttrici concernenti la valutazione degli agenti chimici, fisici e biologici nonché dei processi industriali ritenuti pericolosi per la sicurezza o la salute delle donne gestanti, puerpere od allattanti, lavoratrici di condizione indipendente o non esercitanti alcuna attività lucrativa. Le linee direttrici riguardano anche i movimenti e le posizioni di lavoro, la fatica mentale e fisica e gli altri disagi fisici e mentali connessi con le possibili attività svolte. Esse sono debitamente portate a conoscenza delle persone interessate.

3.4. Disposizioni particolari per le persone salariate

3.4.1. Protezione contro il licenziamento

L'art. 336c cpv. 1 lett. c CO potrebbe essere trasferito, con alcune modificazioni rispetto alla formulazione attuale, nella legge sulla protezione della maternità. Così, dopo il tempo di prova, il datore di lavoro non può disdire il rapporto di lavoro durante la gravidanza e nelle sedici settimane successive al parto - anche prematuro o di un bimbo che non sopravvive -, rispettivamente nelle otto settimane successive ad un'interruzione della gravidanza. Inoltre, il datore di lavoro non può licenziare la lavoratrice che ha ripreso l'attività, per tutto il periodo in cui essa allatta.

La disdetta data durante tali periodi è nulla. Se essa è data prima, il termine che non sia ancora giunto a scadenza all'inizio del periodo è sospeso e riprende a decorrere soltanto dopo la fine del periodo protetto.

La protezione della disdetta è valida anche durante il periodo di prova, se il datore di lavoro abusa della regolamentazione relativa al periodo di prova al solo scopo d'impedire l'insorgenza di diritti derivanti dalla maternità che nascono alla fine dello

stesso. Anche se già attualmente la lavoratrice potrebbe invocare l'abuso di diritto, l'esplicitazione nella legge non può che essere positiva.

Il datore di lavoro può tuttavia, anche durante i periodi protetti, disdire il rapporto per giusti motivi. Tuttavia, se gli stessi si rivelassero per il seguito ingiustificati, la lavoratrice ha il diritto, oltre alle azioni previste dal CO, ad essere riassunta. Il datore di lavoro può licenziare la lavoratrice, durante i periodi protetti, per cessazione dell'attività dell'azienda; tuttavia il rapporto di lavoro della stessa non può terminare precedentemente a quello degli altri lavoratori.

3.4.2. Salvaguardia dei diritti di anzianità

I periodi durante i quali la salariata è assente dal lavoro in ragione delle disposizioni di protezione della maternità sono considerati periodo lavorativi per quanto concerne i diritti che nascono in virtù della durata del rapporto di lavoro (diritti di anzianità), in particolare quelli relativi alla promozione ed al salario.

3.4.3. Divieto di riduzione delle vacanze e della tredicesima

Il datore di lavoro non può ridurre le vacanze né la tredicesima quando una lavoratrice, a causa di una maternità, è impedita di lavorare, ai sensi della presente legge.

3.4.4. Divieto del lavoro notturno

Le lavoratrici incinte e le lavoratrici che allattano non possono essere occupate tra le 20 e le 6 per tutta la durata della gravidanza e per il periodo d'allattamento, in nessuna professione. Il datore di lavoro è obbligato ad offrire alle donne incinte ed allattanti occupate tra le 20 e le 6 un lavoro equivalente tra le 6 e le 20. Tale obbligo sussiste anche in seguito alla decima settimana dopo il parto, per le donne che non allattano, se l'interessata attesta mediante certificato medico che questa misura è necessaria per la sua salute o per la salute del bambino.

Nella misura in cui non può, tecnicamente, oggettivamente o per motivi debitamente giustificati, essere loro offerto un lavoro diurno equivalente, durante i periodi di divieto del lavoro notturno le donne occupate tra le 20 e le 6 hanno diritto alla compensazione integrale del salario, compreso quello in natura, venuto a mancare. Tale compensazione è assunta dall'assicurazione.

Se l'occupazione sostitutiva proposta è remunerata con un salario inferiore a quello finora percepito dalla lavoratrice, l'assicurazione assumerà la differenza salariale.

Tali disposizioni si giustificano qualora verrà abolito il divieto di occupare le donne nel lavoro notturno nell'industria. Inoltre, essa è necessaria per quelle professioni attualmente eccettuate dalle disposizioni relative al lavoro notturno delle donne e nelle quali queste vengono regolarmente impiegate di notte (in particolare le professioni sanitarie e quelle di ristorazione). Il lavoro notturno è di per sé nocivo, e causa disturbi di sonno, digestivi, psicologici e sociali. Alla donna incinta, che necessita dal primo giorno di gravidanza un'accresciuta protezione, lo stesso va vietato in maniera assoluta. Essa è infatti più delicata ed il suo stato impone una particolare prevenzione dei rischi, al fine di evitare l'insorgenza di complicazioni durante la gravidanza: ciò giove in un primo tempo alle donne stesse ed al bimbo, ma poi anche al datore di lavoro ed alla collettività, che sarebbero chiamati ad assumere i costi per la cura di affezioni evitabili mediante un'adeguata prevenzione¹.

Per una donna che allatta, il lavoro notturno sarebbe impensabile, poiché di giorno essa non potrebbe godere del necessario riposo, le ore diurne essendo scandite, in primo luogo, dalle esigenze alimentari del neonato.

3.4.5. Congedo d'allattamento

Le madri allattanti, che riprendono il lavoro trascorse le dodici settimane dopo il parto, hanno diritto a due pause quotidiane per l'allattamento. La durata delle pause è di mezz'ora, se l'interessata ha la possibilità di portare con sé il neonato sul posto di lavoro, di farlo accudire convenientemente e di allattarlo. In caso contrario, la durata delle pause è determinata dal tempo obiettivamente necessario alla lavoratrice per recarsi dove soggiorna il figlio, allattarlo e ritornare al lavoro. Queste assenze sono retribuite come ore lavorative.

¹ Infatti, "in molte lavoratrici turniste (...) che non possono rispettare il ritmo sonno-veglia ed il ritmo luce-buio, importante per il mantenimento dei ritmi biologici della riproduzione, vi è una discreta incidenza di alterazioni del ciclo con abbreviamento della fase luteinica e quindi con rischi nella fase di impianto della gravidanza", cfr. MINUCCI D./INSACCO E./APRILE A. (1989) pagg. 179 seg.

Una simile disposizione ha carattere essenzialmente promotorio: infatti, oltre che a riconoscere l'importanza dell'allattamento, essa tende a favorirlo mediante le misure necessarie, partendo dalla constatazione che, in virtù della vigente legge sul lavoro, le madri che riprendono l'attività otto settimane dopo il parto, smettono d'allattare, poiché, malgrado il datore di lavoro debba concedere loro il tempo libero necessario per allattare, da una parte tale tempo non è remunerato e dall'altra difficoltà pratiche ostacolano la prosecuzione dell'allattamento. Con questa misura si intende incitare i datori di lavoro, che impiegano una quantità importante di personale, ad offrire alle lavoratrici che allattano l'opportunità di usufruire di un asilo nido sul luogo di lavoro. Le aziende più piccole sarebbero incitate ad unirsi per creare un asilo comune o comunque ad unire le loro voci a quelle delle lavoratrici madri, affinché le strutture pubbliche indispensabili ad un buon coordinamento dell'attività lavorativa e familiare vengano finalmente create.

4. Protezione della paternità biologica - il congedo di paternità

In occasione del parto, il padre del neonato ha diritto ad un congedo di paternità della durata di due settimane consecutive. Durante tale assenza, il padre ha diritto ad un'indennità giornaliera calcolata, in virtù della sua situazione professionale, conformemente all'indennità versata alle donne in caso d'assenza durante la gravidanza.

Anche il padre ha il diritto di essere coinvolto e responsabilizzato nella recentissima filiazione: il diritto ad un congedo di due settimane rappresenta un primo passo per cercare di avvicinare l'uomo dapprima al neonato e poi alle incombenze, non sempre tutte piacevoli, che esso richiede. Esso è utile alla madre, che spesso, sola a casa, soprattutto in occasione della prima maternità, può trovarsi perduta. Anche il padre ha il diritto di partecipare ai primi attimi di vita del figlio, senza dover eventualmente giostrare con orari di lavoro costrittivi, che non rispettano affatto un evento per lui unico. La disposizione è un riconoscimento del fatto che una nascita costituisce di regola una scelta unanime di due persone e mai di una sola. Nel caso di un lavoratore salariato, l'assenza per il congedo di paternità non va cumulata con altre assenze avute nel corso del medesimo anno di servizio, ai sensi dell'art. 324a CO. Essa non deve giustificare alcuna decurtazione del diritto alle vacanze od alla tredicesima.

5. L'accoglimento di un bambino in vista d'adozione

In caso di accoglimento di un bambino in vista d'adozione, la persona assicurata ha diritto ad un'indennità durante un congedo (congedo d'adozione) della durata di

sei settimane, a condizione tuttavia che il bambino non abbia già compiuto gli undici anni al momento dell'accoglimento.

L'ammontare dell'indennità è pari all'indennità versata durante il congedo di maternità o di paternità.

Il diritto può essere fatto valere anche a tempo parziale, se del caso in accordo con il datore di lavoro. In questo caso, la durata si allunga in maniera corrispondente. La possibilità di ottenere un congedo a tempo parziale, ma più lungo, dovrebbe corrispondere meglio alle esigenze delle persone che accolgono un bambino che ha già raggiunto l'età scolastica. Esse infatti non necessitano d'occuparsi del bimbo sull'arco dell'intera giornata, bensì piuttosto nelle prime ore del mattino e nel tardo pomeriggio. Il datore di lavoro potrebbe anch'egli preferire una simile soluzione ad un'assenza completa. E' necessario tuttavia il suo accordo, dal momento che, sebbene la flessibilità dell'orario di lavoro sia attualmente ostacolata più per motivi di immobilismo e di rifiuto aprioristico di ogni innovazione che per ragioni d'organizzazione del personale, in una realtà lavorativa ancora poco adattata ad una vera flessibilità è ancora possibile che l'organizzazione del lavoro sia incompatibile con le momentanee esigenze del lavoratore.

In caso di adozione congiunta, ciascun coniuge ha diritto unicamente alla metà del congedo. La soluzione di concedere a ciascun coniuge unicamente la metà del diritto è preferibile a quella di dare ad ognuno di essi la possibilità di beneficiare dell'intero congedo, il quale va concesso tuttavia una sola volta per ogni adozione, e lasciare ai coniugi un diritto di scelta su come suddividere fra loro il diritto. Si ha infatti il sospetto che in quest'ultimo caso il congedo sarebbe percepito per la gran maggioranza dalla donna e solo in maniera esigua dagli uomini. Il fatto invece che il diritto spettante a ciascun genitore decada, qualora uno di essi non lo faccia valere, può più facilmente incentivare pure gli uomini a farlo valere.

Il datore di lavoro non deve poter disdire il rapporto di un lavoratore durante il periodo in cui questi beneficia del congedo d'adozione. Tale periodo non può inoltre giustificare alcuna riduzione della durata delle vacanze.

6. Protezione della filiazione

6.1. Premessa

Il problema più generale in quest'ambito è quello di riuscire a conciliare attività professionale e presenza familiare, sia per le donne che per gli uomini, ossia

essenzialmente di dare al lavoro lucrativo una dimensione temporale più rispettosa dei ritmi della vita. Armonizzare professione e famiglia per permettere loro di coesistere con il minimo conflitto ha un effetto benefico sulla seconda, sui suoi membri, ma, a lungo termine, sull'intera società.

Ciò significa, in primo luogo, incentivare la suddivisione del lavoro, sia all'interno della famiglia, che per quanto riguarda la professione, perché la "doppia presenza", con tutte le implicazioni che questa comporta, non sia più una prerogativa sostanzialmente femminile, ma divenga una problematica che concerne ogni persona avente responsabilità familiari: in seguito a ciò, poi, gli sforzi intesi ad una reale possibilità di conciliare famiglia e professione diverranno effettivi. Ciò significa, in secondo luogo, effettuare una politica dei tempi più consona alle esigenze di lavoratori e lavoratrici, in particolare con l'introduzione di una flessibilità negli orari di lavoro e nell'apertura di uffici, negozi, banche, studi medici e dei servizi in generale. Ciò significa, infine, ripensare l'intera organizzazione della società odierna e quindi l'intera legislazione che ne è alla base - in particolare quella fiscale, quella delle assicurazioni e dell'assistenza sociale, la politica dei trasporti e quella, appena menzionata, dei tempi -, con la finalità appunto di rendere compatibile lavoro produttivo e lavoro riproduttivo, nel rispetto di tutte le esigenze che entrambi comportano.

6.2. Il congedo parentale

Il congedo parentale è destinato a permettere ai genitori l'interruzione temporanea dell'attività professionale in seguito alla nascita di un figlio, per dedicarsi a quest'ultimo, con la garanzia, per la persona salariata, del mantenimento del posto di lavoro¹. Analogamente, esso dovrebbe essere concesso in caso di accoglimento di un bambino in vista d'adozione, con la fissazione di un'età massima del bimbo. Ad esso dovrebbe inoltre essere correlato il versamento di un'indennità, che permetta al bimbo ed al genitore che se ne occupa di vivere degnamente: infatti, offrire un congedo non retribuito non è di alcuna utilità, in quanto ai genitori non è offerta opzione qualora essi non possono permettersi di rinunciare al salario. La durata del congedo e l'ammontare dell'indennità dipendono dalla volontà, da un punto di vista essenzialmente politico, di riconoscere l'importanza delle cure che un

¹ Si ricorda che, mentre in Svizzera non esiste ancora un congedo maternità, nel resto dell'Europa si sta invece discutendo dell'introduzione di un congedo parentale, istituzione del resto già prevista nei paesi più progressisti.

genitore fornisce al figlio e quindi della necessità di "premiarle". Una regolamentazione ideale dovrebbe permettere ai genitori, alla fine del congedo parentale, di poter subito far capo a strutture pubbliche di accoglienza, quale asili nido o famiglie di giorno, così da non avere "buchi temporali" durante i quali la conciliazione si rivela impossibile.

E' comunque essenziale che il congedo parentale sia garantito ad entrambi i genitori, senza che misure incentive tentino di influenzare una scelta, soprattutto se questa si riferisce alla madre. Già attualmente, infatti, se un genitore rinuncia all'esercizio dell'attività professionale, questo è di regola la madre. La legge, per promuovere le pari opportunità, che trovano appunto ostacolo in una scelta ancora considerata "normale", dovrebbe incentivare l'assunzione di una responsabilità paterna. Essa potrebbe, per esempio, fissare una durata determinata per il congedo parentale, precisando che ognuno dei due genitori ha diritto unicamente alla metà del congedo - con una deroga per le sole famiglie monoparentali -. L'indennità, inoltre, non dovrebbe ammontare ad una cifra predeterminata per ogni caso, bensì stare in diretto rapporto con la perdita di salario subita. Nel caso contrario, e considerato che le donne percepiscono ancora salari nettamente inferiori rispetto a quelli maschili, per ragionamenti d'ordine finanziario i padri si dimostrerebbero più restii a beneficiare del congedo. La retribuzione potrebbe quindi essere rappresentata da una prestazione sociale da parte del primo e del secondo pilastro, calcolata analogamente ad una prestazione d'invalidità. Durante il periodo d'assenza lavorativa, la persona salariata sarà considerata come lavorante, ai fini dei diritti di anzianità di cui al contratto d'impiego. Per le persone non attive, l'indennità dovrebbe pure essere prevista: essa potrebbe essere calcolata sempre come la prestazione del primo pilastro in caso d'invalidità, eventualmente completata dalle prestazioni complementari. Durante i periodi di percezione dell'indennità per congedo parentale, la precedente copertura delle assicurazioni sociali deve rimanere garantita, mediante riconoscimento di contributi fittizi sull'arco dell'intero periodo.

6.3. Il congedo di cura

Ad ogni persona, lavoratrice dipendente, indipendente o non esercitante attività lucrativa, vanno garantiti dieci giorni annuali, indennizzati analogamente al congedo parentale, per occuparsi di un figlio malato la cui cura non può essere altrimenti assunta. La necessità di dedicarsi al figlio deve essere debitamente documentata. In caso di famiglia monoparentale, tale durata è da raddoppiare. Pure la regolamentazione relativa al congedo di cura è attualmente insufficiente.

Analogamente a quella per il congedo parentale, essa deve tentare di promuovere l'assunzione da parte del padre delle proprie responsabilità familiari. La legislazione potrebbe quindi, in un primo tempo, dare una priorità al padre, nel senso che i primi giorni necessari alla cura del figlio sono concessi solo al genitore di sesso maschile. Forse solo una simile normativa farebbe sì che il padre si prevalga del diritto al congedo. Infatti, se non corretta da una disposizione incentivante, probabilmente vi sarebbe la tendenza pratica contraria, ossia quella di consumare l'intero diritto della madre prima ricorrere a quello paterno.

6.4. Politica dei tempi

Lavoratori e lavoratrici debbono aspettarsi da una legislazione che rispetti le loro esigenze, orari flessibili, sia all'interno dell'organizzazione aziendale, sia nella vita sociale, ossia essenzialmente per quanto riguarda l'apertura di negozi, uffici vari, servizi medici. Inoltre, vanno incoraggiate nuove forme di distribuzione del lavoro, mentre vanno scoraggiate tutte quelle pratiche che esigono dai lavoratori una specie di onnipresenza. Per esempio, il lavoro straordinario va combattuto con più forza di quanto si fa attualmente, imponendo al datore di lavoro di compensarlo con altrettanto tempo libero nel corso del mese successivo nonché con una remunerazione supplementare forte, dell'ordine del 50%, per esempio, che scoraggi effettivamente anche il datore di lavoro meno scrupoloso. "Il tempo è stato ampiamente riconosciuto come un fattore strategico del cambiamento. Le donne del Pds vi hanno dedicato un disegno di legge, è un tema molto attuale nei sindacati; le esperienze, ufficiali e non, divulgate e sommerse, di riduzione dell'orario e di flessibilità sono innumerevoli. Nel complesso si va diffondendo l'idea che il tempo da dedicare al lavoro potrebbe essere scelto dai membri di un'organizzazione in misura molto più ampia di quanto non avvenga oggi, senza compromettere la produttività generale e forse incrementandola. Schemi di lavoro parziale, lavoro diviso con un partner (job sharing), aspettative e permessi; le possibilità di optare per un orario variabile, di scegliere uno schema senza restarne vincolati nel lungo periodo, tutto questo è già in qualche modo previsto da una tendenza in atto. I principali ostacoli alla diffusione di queste esperienze si incontrano da un lato nei vincoli legislativi (è tutta la legislazione del lavoro che va nell'altra direzione, comprese le norme assicurative e previdenziali) e dall'altro nella pigrizia dei gestori"¹. Gli orari delle attività commerciali, degli uffici, delle

¹ Cfr. PIVA P. (1994) pag. 199.

attività aventi servizi di sportello dovrebbero essere organizzati in maniera tale da non coincidere, almeno per uno o due giorni alla settimana, con la maggior parte degli orari delle altre attività lavorative; ciò tuttavia nel rispetto delle esigenze degli addetti e tali servizi. Analogamente, gli orari dei servizi alla persona dovrebbero essere organizzati in maniera tale da tener conto degli orari esistenti per la maggior parte delle altre categorie di lavoratori.

6.5. Politica generale

In una politica che persegue l'uguaglianza effettiva dei sessi nel riconoscimento dell'importanza della maternità e della paternità, ossia che permette a uomo e donna di svolgere un'attività lucrativa liberamente scelta e parallelamente di occuparsi adeguatamente dei figli, pure liberamente scelti, è necessario un adeguamento di diverse disposizioni dell'attuale legislazione. L'intera legislazione delle assicurazioni sociali va ripensata, soprattutto allorché essa collega la protezione all'esercizio di un'attività lucrativa, eventualmente di tipo dipendente, o ancor più al conseguimento di un determinato salario. Anche la legislazione fiscale va ripensata: in primo luogo occorre rinunciare ad imporre la famiglia come unico soggetto d'imposta, per passare ad un'imposizione individuale. Parallelamente, vanno riconosciute come deducibili, poiché necessarie per il conseguimento del reddito, tutte le spese occasionate dalla cura dei figli da parte di terze persone od istituti pubblici e privati, almeno finché la comunità non garantirà ai genitori esercitanti un'attività lucrativa di poter gratuitamente collocare il figlio per l'intera giornata lavorativa. Infatti, il cumulo dei redditi, solo parzialmente compensato dalle aliquote preferenziali per la famiglia, unito alla non deducibilità delle spese occasionate dalla cura dei figli, e, non va dimenticato, alla difficoltà di trovare effettivamente soluzioni adeguate al collocamento del bimbo, motivano spesso una donna, precedentemente lavoratrice, ad abbandonare la professione in seguito alla nascita di un figlio, imponendo quindi una "scelta" che non può definirsi libera. La comunità deve provvedere, affinché vita professionale e vita familiare siano compatibili. Mancano attualmente le necessarie strutture di accoglienza, quelli gli esili nido in numero sufficiente per soddisfare il reale bisogno, le necessarie strutture di accoglienza in periodo di vacanze scolastiche, e la necessaria conformazione degli orari prescolastici e scolastici, dapprima per essere resi compatibili fra di loro, e poi perché la scuola offra l'opportunità di orari continuati e prolungati sull'arco dell'intera giornata, in particolare con opzioni quali le mense ed i doposcuola.

CONCLUSIONE

Come visto, sono importanti le lacune esistenti sia nella realizzazione della parità dei sessi, dal punto di vista formale e materiale, sia nell'attuazione di un'adeguata protezione della maternità. I due mandati costituzionali possono trovare una migliore realizzazione in un'assicurazione per la maternità, ampia, che non si limiti, come è il caso per ogni legge che si vuole progressiva e che deve sempre attualmente trovare un minimo comune denominatore fra le varie forze di potere che hanno la loro da dire, ad un compromesso che sarebbe comunque lacunoso e pieno di pecche già di partenza. Nel presente lavoro si sono dimostrate quelle appunto esistenti attualmente, con un tentativo finale di suggerire le direzioni in cui ci si dovrebbe muovere per attuare, il più celermente possibile, sia il principio della parità dei sessi, che un'adeguata assicurazione per la maternità. Non resta che mettersi all'opera.

1404

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

AJP	Aktuelle juristische Praxis
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
ASS	Aspects de éa sécurité sociale, Bulletin de la FEAS
BJM	Basler juristische Mitteilungen
CC	Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907, RS 210
cf.	confronta
CGCE	Corte di giustizia delle Comunità europee
CO	Codice delle obbligazioni del 30 marzo 1911, RS 220
Cost.	Costituzione della Confederazione svizzera del 29 maggio 1874, RS 101
CP	Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937, RS 311.0
cpv.	capoverso
DTF	decisione del Tribunale federale
FF	foglio federale
FFS	ferrovie federali svizzere
JAR	Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts
LADI	Legge federale su l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione e l'indennità per insolvenza del 25 giugno 1982, RS 837.0
LAINF	Legge federale del 20 marzo 1981 sull'assicurazione contro gli infortuni, RS 832.20
LAMal	Legge federale sull'assicurazione malattie del 18 marzo 1994, RS 832.10
LAMI	Legge federale del 13 giugno 1911 sull'assicurazione contro le malattie (non più in vigore)
LAVS	Legge federale su l'assicurazione per la vecchiaia e per i superstiti del 20 dicembre 1946, RS 831.10
LCA	Legge federale del 2 aprile 1908 sul contratto d'assicurazione, RS 221.229.1
lett.	lettera
LFAM	Legge federale sull'assicurazione per la maternità, attualmente allo stato di disegno preliminare

LIPG	Legge federale del 25 settembre 1952 sulle indennità di perdita di guadagno in caso di servizio militare, servizio civile o servizio di protezione civile, RS 834.1
LL	Legge federale del 13 marzo 1964 sul lavoro nell'industria, nell'artigianato e nel commercio, RS 822.11
LPar	Legge federale sulla parità dei sessi del 24 marzo 1995, RS 151
LPGA	Legge federale sulla parte generale del diritto delle assicurazioni sociali, attualmente allo stadio di disegno di legge, cfr. FF 1990 I 177
LPP	Legge federale sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità del 25 giugno 1982, RS 831.40
n.d.r.	nota della redazione
OAMal	Ordinanza sull'assicurazione malattie del 27 giugno 1995, RS 832.102
OIL	Organizzazione internazionale del lavoro
ONU	Organizzazione delle Nazioni Unite
OPre	Ordinanza sulle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie del 29 settembre 1995, RS 832.112.31
pag.	pagina
pagg.	pagine
Pratique VSI	cfr. RCC
PTT	poste, telefoni e telegrafi
RAMI	assicurazione malattie e infortuni - giurisprudenza e prassi amministrativa
RCC	revue à l'intention des caisses de compensation AVS, dal 1994 chiamata "Pratique VSI"
RDAT	Rivista di diritto amministrativo e tributario ticinese
RDS	rivista di diritto svizzero
RS	raccolte sistematiche del diritto federale
RSS	Revue syndicale suisse
RU	raccolta ufficiale delle leggi federali
seg.	seguito
segg.	seguiti
SJ	Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherungsrecht und berufliche Vorsorge

v. vedi
ZbJV Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZBl Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

1404

BIBLIOGRAFIA

AAVV: *Pari e dispari*, Annuario 4, Donne - azioni positive - pari opportunità - normative comunitarie - sentenze della Corte di giustizia europea, Milano, 1993 (citato: *Pari e dispari* 1993)

ADAM, Elisabeth: *L'assurance-maternité, une contribution à l'égalité des chances?*, in: *Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag*, Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt am Main, 1993, 7 (citato: 1993)

ARIOLI, Kathrin: *Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung*, in: *AJP* 1993, 1327 (citato: 1993)

- *Frauentörmderungsmassnahmen im Erwerbsleben unter besonderer Berücksichtigung der Verfassungsmässigkeit von Quotenregelungen*, Diss., Zürich, 1992 (citato: 1992)

AUBERT, Gabriel: *Le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler*, in: *Journée 1991 de droit du travail et de la sécurité sociale*, Volume 4, Zürich, 1991, 81 (citato: 1991)

- *Le droit suisse du travail face à l'intégration européenne*, in: *RDS* 1993, II, 159 (citato: 1993)

- *L'égalité des sexes dans le domaine du travail*, in: *L'égalité entre hommes et femmes, Bilan et perspectives*, publié sous la direction de Charles-Albert Morand, Lausanne, 1988, 229 (citato: 1988)

AUER, Andreas: *Les mesures positives de l'art. 4 al. 2 Cst.*, in: *AJP* 1993, 1336 (citato: 1993)

- *Les "mesures positives" en faveur des femmes en droit américain*, in: *L'égalité entre hommes et femmes, Bilan et perspectives*, publié sous la direction de Charles-Albert Morand, Lausanne, 1988, 229 (citato: 1988)

BERENSTEIN, Alexandre: La loi sur la résiliation du contrat de travail, in: *Plädoyer* 1989/1, 52 (citato: 1989)

- Le droit international de la sécurité sociale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, in: *Le droit des assurances sociales en mutation, Miscellanea per il 75esimo anniversario del TFA*, Bern, 1992 (citato: 1992)

- L'égalité des rémunérations entre hommes et femmes sur le plan international, in: *L'égalité entre hommes et femmes, Bilan et perspectives*, publié sous la direction de Charles-Albert Morand, Lausanne, 1988, 229 (citato: 1988)

BERTANI, Lorella: L'assurance maternité: toujours embryonnaire, in: *Plädoyer* 1992/4, 46 (citato: 1992)

BERTHOUD, Pierre-André: Le droit du travailleur au salaire en cas d'empêchement de travailler, thèse, Lausanne, 1976 (citato: 1976)

BESSENBICH, Balthasar: Die arbeitsrechtlichen Folgen der Betreuung eines kranken Kindes für die Eltern, in: *SJZ* 1992, 41 (citato: 1992)

BIGLER-EGGENBERGER, Margrith: Der EWR-Vertrag und die Gleichstellung von Frau und Mann in der Schweiz (Arbeits- und Sozialversicherungsrecht), in: *AJP* 1992, 1347 (citato: 1992)

- Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 2 BV, in *Recht*: 1994, 1 (citato: 1994)

BINKERT, Monika: Die Stellung der Frau in der Scheidungsrechtsrevision, in: *AJP* 1993, 1357 (citato: 1993)

BORELLA, Aldo: L'affiliation à l'assurance-maladie sociale suisse avec des éléments de droit européen, thèse, Lausanne, 1993 (citato: 1993)

BRUEHWILER, Jürg: Handkommentar zum Einzelerbeitsvertrag, Bern, 1978 (citato: 1978)

BRUNNER, Christiane: La longue gestation de l'assurance maternité, in: *Sécurité sociale: le défi du futur, livre jubilé de l'AGEAS (1974-1994)*, Genève, 1994 (citato: AGEAS 1994)

- La protection de la maternité dans le monde du travail, in: Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt am Main, 1993, 23 (citato: 1993)

- Protection de la maternité, in: Pour une protection moderne des travailleuses et des travailleurs, Rapport d'un groupe d'expert-e-s désigné pour l'USS, Lausanne, 1994 (citato: USS 1994)

BRUNNER, Christiane/ BUEHLER, Jean-Michel/ WAEBER, Jean-Bernard: Commentaire du contrat de travail, 2e éd., Lausanne, 1996 (citato: 1996)

BRUNNER, Ursula: Die Frau in der Gesetzessprache - illustriert anhand neuerer umweltrechtlicher Erlasse, in: Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt am Main, 1993, 43 (citato: 1993)

CAMPICHE, Antoine: L'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins, Etude du droit des Communautés européennes et du droit suisse, thèse, Mauraz, 1986

CHAIX, François: Les vices du consentement dans le contrat de travail, in: Le travail et le droit, publié sous la direction de Jean-Louis Duc, Enseignement du 3e cycle de droit 1993, Fribourg, 1994, 189 (citato: 1993)

CHEVALLEY, Marie-José: L'influence du modèle familial sur les discriminations à l'égard des femmes, in: L'égalité entre hommes et femmes, Bilan et perspectives, publié sous la direction de Charles-Albert Morand, Lausanne, 1988, 229 (citato: 1988)

CLASS, Edi/ MOESSINGER, Rainer: Die Rechte der Frau im Arbeitsverhältnis, Zürich, 1996 (citato: 1996)

COSSALI, Monique: L'interdiction de discriminer en raison du sexe dans la vie professionnelle, au regard du droit suisse et du droit communautaire, in: Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt am Main, 1993, 59 (citato: 1993)

DAHL, Tove Stang: Frauenrecht : eine Einführung in feministisches Recht, Bielefeld, 1992 (citato: 1992)

DELLEY, Jean-Daniel: La mise en oeuvre de l'égalité des droits. Questions de méthode, in: L'égalité entre hommes et femmes, Bilan et perspectives, publié sous la direction de Charles-Albert Morand, Lausanne, 1988, 229 (citato: 1988)

DESPLAND, Béatrice: Soins de santé et garantie du revenu: la protection de la femme en cas de maladie, d'accident et d'invalidité, in: Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt am Main, 1993, 85 (citato: 1993)

DUC, Jean-Louis: Les assurances sociales en Suisse, Lausanne, 1995 (citato: 1995)

- Réglementation équivalente au sens de l'article 324a alinéa 4 CO et assurance d'une indemnité journalière différée suivant l'article 12bis LAMA, in: Mélanges Pierre Engel, Lausanne, 1989, 39 (citato: 1989)

ECOFFEY, Eva: Meinungsbildung in Gleichstellungsfragen: Erfahrungen und Erkenntnisse einer Parteisekretärin, in: Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt am Main, 1993, 107 (citato: 1993)

ENGEL, Pierre: Contrats de droit suisse, Bern, 1992 (citato: 1992)

EPINEY, Astrid/ REFAEIL, Nora: Chanchengleichheit: ein teilbarer Begriff?, in: AJP 1996, 179 (citato: 1996)

EWALD, François: L'Etat providence, Paris, 1986 (citato: 1986)

FALUDI, Susen: Backlash, La guerre froide contre les femmes, Paris, 1993 (citato: 1993)

GLOOR, Werner: Maternité, protection contre le congé, droit au salaire, in: RSS 1991, 166 (citato: 1991)

GNAEGI, Philippe: Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie, thèse, Zürich, 1996 (citato: 1996)

GREBER, Pierre-Yves: La garantie des soins médicaux dans le cadre de la sécurité sociale. Aspects de théorie générale et de droit international, in: Assurance-maladie - Quelle révision?, travaux réunis par Pierre Gilliland, Lausanne, 1990 (citato: 1990)

- L'égalité des droits entre hommes et femmes dans le domaine de la sécurité sociale, in: L'égalité entre hommes et femmes, Bilan et perspectives, publié sous la direction de Charles-Albert Morand, Lausanne, 1988, 229 (citato: 1988)

- Les principes fondamentaux du droit international et du droit suisse de la sécurité sociale, Lausanne, 1984 (citato: 1984)

GYGI, Fritz: Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, in: RDS 1970, II, 265 (citato: 1970)

HAEFLIGER, Arthur: Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung, Bern, 1985 (citato: 1985)

HALLER, Gret: Das Heilige, die Ehe, Arbeitsteilung und Eigentum. Gedanken zur grundsätzlichen Bedeutung des Zivilstandes, in: Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt am Main, 1993, 117 (citato: 1993)

HANGARTNER, Yvo: Gleicher Zugang von Männer und Frauen zu öffentlichen Aemtern, in: AJP 1995, 1554 (citato: 1995)

HAUSAMMANN, Christina/ SCHLAEPPi, Erika: Menschenrechte und Frauenrechte: das UNO-Uebereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau und seine Bedeutung für die Schweiz, in: AJP 1995, 32 (citato: 1995)

HENNINGER, Roland: Gleichberechtigung von Mann und Frau im Wandel (unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtliche Rechtsprechung), Diss., Bern, 1984 (citato: 1984)

HUBER, Hans: Gleiche Rechte für Mann und Frau, in: ZBJV 1982, 161 (citato: 1982)

HUG, Walter: Commentaire de la loi fédérale sur le travail, Bern, 1971 (citato: 1971)

IRIGARAY, Luce: Io, tu, noi - Per una cultura della differenza, Torino, 1992 (citato: 1992)

KAEGI-DIENER, Regula: Die öffentliche Dienstpflicht - Chance der Gleichberechtigung? Am Beispiel der Feuerwehr, in: Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt am Main, 1993, 129 (citato: 1993)

KAUFMANN, Claudia: Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz), in: AJP 1993, 1349 (citato: Das Bundesgesetz, 1993)

- Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Familie, Diss., Grüşch, 1985 (citato: 1985)

- Gleichberechtigung und Sonderrechte für Frauen - (k)ein Widerspruch?, in: Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt am Main, 1993, 157 (citato: Gleichberechtigung, 1993)

- Les quotas valent mieux que leur réputation, in: L'égalité entre hommes et femmes, Bilan et perspectives, publié sous la direction de Charles-Albert Morand, Lausanne, 1988, 271 (citato: 1988)

KLETT, Kathrin: Das Gleichstellungsgesetz, in: ZBI 1997, 49 (citato: 1997)

- Zivilstandsunabhängige Einkommens-Besteuerung, in: Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt am Main, 1993, 173 (citato: 1993)

KUENZLI, Jürg: Soziale Menschenrechte: blosse Gesetzgebungsaufträge oder individuelle Rechtsansprüche? - Ueberlegungen zur direkten Anwendbarkeit des UNO-Sozialpaktes in der Schweiz, in: AJP 1996, 527 (citato: 1996)

LEUBA, Audrey, La répartition traditionnelle des tâches entre les conjoints, au regard du principe de l'égalité entre homme et femme, Beme, 1997 (citato: 1997)

LEUZINGER-NAEF, Susanne: Ist das garantierte Mindesteinkommen die Lösung für die soziale Sicherung der Frauen?, in: Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt am Main, 1993, 189 (citato: Ist das garantierte Mindesteinkommen, 1993)

- Verpflichtungen der privaten Sozialversicherungsträgerinnen aus Art. 4 Abs. 2 BV, in: AJP 1993, 1364 (citato: Verpflichtungen, 1993)

LEY, Katharina: Illusione di giustizia? Ein Plädoyer für die Anerkennung, in: Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt am Main, 1993, 205 (citato: 1993)

MAHON, Pascal: Assurance-maladie et sécurité sociale, in: Assurance-maladie - Quelle révision?, travaux réunis par Pierre Gilliard, Lausanne, 1990 (citato: 1990)

- Commentario della Costituzione federale, ad art. 34quinquies, stato: ottobre 1992. Basel-Zürich-Bern, 1993 (citato: 1992)

- Droits sociaux et réforme de la Constitution, in: De la Constitution - Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996, 385 (citato: 1996)

- Etrangers, travailleurs migrants et sécurité sociale: où en est l'égalité de traitement?, in: ASS 2/93, 3 (prima parte) e ASS 3/93, 1 (seconda parte) (citato: 1993)

MAHRER, Isabell: Die geschlechtsspezifische Aufgabenteilung unter dem Gesichtspunkt der Menschenwürde, in: Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt am Main, 1993, 221 (citato: 1993)

MALINVERNI, Giorgio: Le principe de l'égalité des sexes en droit international et en droit européen, in: L'égalité entre hommes et femmes, Bilan et perspectives, publié sous la direction de Charles-Albert Morand, Lausanne, 1988, 229 (citato: 1988)

MAURER, Alfred: Bundessozialversicherungsrecht, Basel und Frankfurt am Main, 1993 (citato: 1993)

- Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel und Frankfurt am Main, 1996 (citato: 1996)

- Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Band I, Bern, 1979 (citato: 1979)

- Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Band II: besonderer Teil, Bern, 1981 (citato: 1981)

MINUCCI, Daria/ INŠACCO, E./ APRILE, Anna: Aborti bianchi, spunti per una ricerca sulla incidenza dei rischi da lavoro in gravidanza, in: Tutela della salute

negli ambienti di lavoro e malattie professionali, Convegni giuridici e ricerche - Atti e documenti, Collana diretta da Nicola Assini, Padova, 1989 (citato: 1989)

MORAND, Charles-Albert: L'érosion jurisprudentielle du droit fondamental à l'égalité entre hommes et femmes, in: L'égalité entre hommes et femmes, Bilan et perspectives, publié sous la direction de Charles-Albert Morand, Lausanne, 1988, 73 (citato: 1988)

MUELLER, Georg: Quotenregelungen - Rechtssetzung im Spannungsfeld von Gleichheit und Verhältnismässigkeit, in: ZBI 1990, 306 (citato: 1990)

- Commentario della Costituzione federale, ad art. 4, stato: giugno 1987, Basel-Zürich-Bern, 1993 (citato: 1987)

MUELLER, Jörg Paul, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, in: RDS, 1973, II, 695 (citato: 1973)

- Commentario della Costituzione federale, introduzione ai diritti fondamentali, stato: aprile 1987, Basel-Zürich-Bern, 1993 (citato: 1987)

MUELLER, Jörg Paul/ MUELLER, Stephan: Grundrechte, besonderer Teil, Bern, 1985 (citato: 1985)

MUELLER-STORNI, Paola: Problemi di parità di trattamento nel diritto del lavoro e nel diritto delle assicurazioni sociali in relazione con la donna incinta, in: Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt am Main, 1993, 267 (citato: 1993)

PAOLI-PELVEY, Chantal: Normes de l'Organisation internationale du Travail relatives au travail des femmes: Evolution et perspectives, in: Femmes et travail, travaux réunis par Béatrice Despland, Lausanne, 1991 (citato: 1991)

PEDERGNANA, Ronald: Ueberblick über die neuen Kündigungsbestimmungen im Arbeitsvertragsrecht, in: Recht 1989, 33 (citato: 1989)

PIVA, Paola: Il lavoro sessuato - Donne e uomini nelle organizzazioni, Milano, 1994 (citato: 1994)

PIZZORUSSO, Alessandro: L'égalité des sexes selon le droit italien, in: L'égalité entre hommes et femmes, Bilan et perspectives, publié sous la direction de Charles-Albert Morand, Lausanne, 1988, 229 (citato: 1988)

REHBINDER, Manfred: Der Arbeitsvertrag, art. 319-330a OR, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Abt., 2. Tb., 1. Absch., Bern, 1985 (citato: 1985)

- Der Arbeitsvertrag, art. 331-355 OR, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Abt., 2. Tb., 2. Absch., Bern, 1992 (citato: 1992)

- Schweizerisches Arbeitsrecht, 12a éd., Bern, 1995 (citato: 1995)

REUSSER, Ruth: Die Gleichstellung von Mann und Frau im neuen Scheidungsgesetz, in: Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt am Main, 1993, 281 (citato: 1993)

RIEMER-KAFKA, Gabriela: Rechtsprobleme der Mutterschaft (im Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht), Diss., Winterthur, 1987 (citato: 1987)

ROSSINELLI, Michel: Actions positives et égalité des sexes en droit suisse, in: L'égalité entre hommes et femmes, Bilan et perspectives, publié sous la direction de Charles-Albert Morand, Lausanne, 1988, 253 (citato: 1988)

SALADIN, Peter: Unerfüllte Bundesverfassung?, in: RDS, 1974, I, 307 (citato: 1974)

SANDOZ, Suzette: L'inapplicable article 4 al. 2 de la Constitution fédérale, in: Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt am Main, 1993, 301 (citato: 1993)

SCHNEIDER, Jacques-André, Le travail atypique: Problèmes et réflexions, in: Plädoyer 1992/2, 52 (citato: 1992)

SCHULZ, Patricia: Effets et manque d'effets de l'article 4 al. 2 Cst., in: AJP 1993, 1313 (citato: 1993)

SCHWANDER, Ivo/ SCHAFFHAUSER, René (Hrsg.): Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, St. Gallen, 1996 (citato: 1996)

SCHWANDER CLAUS, Marianne: Verfassungsmässigkeit von Frauenquoten, Diss., Bern, 1995 (citato: 1995)

SCHWARZ-TUERLER, Maria: Gleichberechtigung durch Berufswahl: Wo bleibt die soziale Innovation?, in: Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer

Auftrag, Festschrift für Margrit Bigler-Eggerberger, Basel/Frankfurt am Main, 1993, 321 (citato: 1993)

STAEHELIN, Adrian: Der Einzelarbeitsvertrag, Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, Tb. V/2c, Zürich, 1984 (citato: 1984)

STETTLER, Martin: Egalité des sexes en droit de la famille, in: L'égalité entre hommes et femmes, Bilan et perspectives, publié sous la direction de Charles-Albert Morand, Lausanne, 1988, 229 (citato: 1988)

STOECKLI, Jean-Fritz: Gleichstellung im Arbeitsrecht, in: AJP 1993, 1380 (citato: 1993)

SULLERQT, Evelyne (ed.): Le fait féminin, Paris, 1978 (citato: 1978)

TERCIER, Pierre: De la confidentialité des données médicales en droit du travail, in: Mélanges Pierre Engel, Lausanne, 1989, 431 (citato: 1989)

TÖBLER, Lukas: Einige Bemerkungen zu Art. 324a und 324b QR, in: BJM 1979, 57 (citato: 1979)

TSCHUDI, Hans Peter: Der Schutz der Mütter durch das Arbeits- und das Sozialversicherungsrecht, in: ArbR 1995, 9 (citato: 1995)

VIRET, Bernard: La situation du travailleur en cas de maladie, in: SZS, 1979, 1 (citato: 1979)

VISCHER, Frank: Der Arbeitsvertrag, in: Traité de droit privé suisse, Volume VII, Fribourg, 1982 (citato: 1982)

VOGEL-PQLSKY, Eliane: Les actions positives, les Quotas au crible du droit de l'égalité, in: Quoten und Gleichstellung von Frau und Mann (Hrsg. Kathrin Arioli), Basel und Frankfurt am Main, 1996 (citato: 1996)

WEBER, Denis: La protection des travailleurs contre les licenciements en temps inopportun, thèse, Lausanne, 1992 (citato: 1992)

- Le cumul des périodes de protection de l'art. 336c CO, in: Plädoyer 1989/1, 54 (citato: 1989)

WEBER-DUERLER, Beatrice: Auf dem Weg zur Gleichberechtigung von Mann und Frau - Erste Erfahrungen mit Art. 4 Abs. 2 BV, in RDS 1985, I, 1 (citato: 1985)

- Grenzen des Rechtsschutzes bei der Gleichberechtigung, in: Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt am Main, 1993, 337 (citato: 1993)

YERSIN, Danielle: L'égalité des sexes dans les impôts directs, in: L'égalité entre hommes et femmes, Bilan et perspectives, publié sous la direction de Charles-Albert Morand, Lausanne, 1988, 229 (citato: 1988)