

PARI OPPORTUNITA'

INTERVENTI LEGISLATIVI E TUTELE A FAVORE DEI LAVORATORI

*di Isabella Gaudiuso**

Sommario: 1. Introduzione. 2. Le pari opportunità nel mondo del lavoro. 3. Interventi legislativi per le lavoratrici madri. 4. Riposi e permessi per le lavoratrici madri: la sentenza della Corte di Cassazione n. 19 del 26/01/09. 5. Tutela contro i licenziamenti illegittimi: sentenza della Corte di Giustizia Europea del 26/02/08. 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

La necessità di realizzare un sistema efficace e coerente di strumenti intesi a garantire trasparenza e flessibilità nel mercato del lavoro e migliorare l'inserimento professionale ha reso indispensabile la revisione di alcune forme di lavoro già presenti e la creazione di nuove¹.

La più importante innovazione in questo ambito viene prodotta dalla "legge Biagi", la quale prende il nome dal giuslavorista Marco Biagi che vi contribuì alla sua formazione. Sicché, con tale

Riforma si sono venute a creare delle nuove forme di lavoro c.d. atipiche².

Si tratta, nella maggior parte dei casi, di fattispecie complesse o miste, in cui di volta in volta si intrecciano tratti caratterizzanti e discipline di più contratti tipici³ e, che seppur contraddistinte dal carattere intermittente occasionale o discontinuo della prestazione lavorativa, difficilmente assurgono ad una tipicità anche solo sociale o giurisprudenziale⁴. Dunque, il ricorso a tali forme contrattuali secondo taluni autori può definirsi "flessibilità"⁵.

In proposito va precisato che la flessibilità è il concetto in base al quale un lavoratore non rimane costantemente ancorato al proprio posto di lavoro a tempo indeterminato, ma muta più volte nell'arco

* Laurea Magistrale in Giurisprudenza conseguita a Bari il 11 luglio 2009.

Dalla tesi di laurea: Opportunità occupazionali per soggetti svantaggiati.

¹ M. TIRABOSCHI, *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego commentario del D.Lgs 19 dicembre 2002, n. 297 e prospettive di attuazione dell'articolo 1, Legge 14 febbraio 2003, n. 30*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 427.

² T. BOERI, P. GARIBALDI, *Nuovo contratto per tutti*, ChiareLettere, Milano, 2008, pag. 6.

³ Il professore Tiraboschi nel convegno tenutosi a Bari il 17 aprile 2009 afferma che gli interventi legislativi sul mercato del lavoro, finiscono, così, per essere validi soltanto per l'Italia Centro-Settentrionale, non risultando efficaci per le terre del Mezzogiorno. Bisogna quindi, abbandonare quelle stolte politiche di esasperato assistenzialismo e valorizzare le innumerevoli risorse presenti nel Paese.

⁴ M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera: contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Giappichelli, Torino, 1999, pag. 4.

⁵ Nell'ambito della c.d. Strategia Europea per l'Occupazione si è avvertita la necessità di attuare delle scelte flessibili di lavoro capaci di contemperare gli interessi di competitività dell'azienda con la stabilità del lavoro.

della propria vita l'attività occupazionale o il datore di lavoro⁶.

In un'ottica evolutiva e di accrescimento dovrebbe prevedere un costante miglioramento delle conoscenze del lavoratore e di conseguenza del livello occupazionale raggiunto, sia per quanto riguarda il versante economico sia per quanto riguarda quello delle competenze professionali.

Il concetto di flessibilità rischia, però, di degenerare nel concetto di precariato⁷ quando rilevano contemporaneamente, ed involontariamente da parte del lavoratore, più fattori di instabilità quali: la mancanza di continuità nella partecipazione al mercato del lavoro e l'assenza di un reddito adeguato con il quale pianificare la propria vita presente e futura⁸.

È importante rilevare che la Riforma Biagi parte proprio dal concetto di precariato per analizzare la situazione di soggetti che si trovano a vivere in tale situazione, le c.d. "categorie svantaggiate" e, in particolare attraverso i giovani che sono una categoria storicamente svantaggiata, i disabili e i detenuti. Analizza le condizioni lavorative delle donne che si trovano spesso a subire delle discriminazioni sia di carriera che

⁶ L. FURINI, *Volevo solo lavorare*, Garzanti, Milano, 2007, pag. 75.

⁷ G. VENETO, *Lavorare tutti Lavorare meno la Puglia dà l'esempio*. In tale opera il professore afferma che il 2009 per abbattere il precariato ha bisogno di svolte attraverso sempre più diffuse forme di cosciente partecipazione congiunta di sindacati ed imprese: "è bene proseguire sulla strada di una nuova contrattazione capace di gestire al meglio le risorse di capitale e lavoro".

⁸ Il numero dei senza lavoro in Italia torna a crescere dopo 9 anni di ininterrotto calo, mentre contemporaneamente frana, fino ad arrestare l'occupazione, che tocca i minimi da 13 anni. Dai dati Istat 2008 la situazione si appesantisce a fine anno, in coincidenza con l'acuirsi della crisi, segnalando l'impatto della fase recessiva sul mercato del lavoro. Questi dati sono reperibili sulla Gazzetta del Mezzogiorno del 19/03/2009.

retributiva, anche se la nostra Costituzione sancisce la parità di lavoro.

2. *Le pari opportunità nel mondo del lavoro*

Una serie di interventi legislativi si sono susseguiti nel corso della storia per cercare di combattere l'emarginazione femminile nel mondo del lavoro e, quindi, le discriminazioni tra uomini e donne. Al riguardo, una prima svolta in campo di rafforzamento della tutela paritaria è stata espressa dalla legge del 9 dicembre 1977, n. 903, che mira ad attuare una parità di trattamento basandosi su tre linee di intervento:

la prima inerente al divieto di ogni tipo di discriminazione, veto che successivamente verrà ribadito dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 16031 del 16/04/2009; la seconda che persegue l'obiettivo della parità in campo previdenziale; la terza è, infine, mirata alla parificazione delle condizioni di lavoro.

Un ulteriore passo a garanzia della tutela delle donne nel mondo del lavoro è rappresentato dalla legge n. 125/1991 intitolata "azioni positive per la parità uomo - donna nel lavoro".

Con tale disciplina, quindi, il legislatore ha inteso rimuovere gli ostacoli che di fatto possono essere d'impedimento alla realizzazione completa della parità tra i sessi. Dunque la succitata legge si propone di eliminare ogni forma di discriminazione in grado di avere delle ripercussioni sulla personalità morale della lavoratrice, soprattutto se queste riguardano le molestie sessuali sul posto di lavoro⁹.

L'uguaglianza tra donne e uomini, inoltre, è stata rafforzata istituzionalmente mediante il nuovo trattato dell'Unione Europea, che ha dato la possibilità alla donna di raggiungere molti traguardi e di

⁹ A. PIZZOFERRATO, *Molestie sessuali sul lavoro*, Cedam, Padova, 2000, pag. 76.

infrangere numerose barriere nell'accesso in settori fino a ieri ad esclusivo appannaggio maschile: a titolo esemplificativo è possibile rilevare l'inserimento delle donne nelle Forze dell'Ordine in tutti i comparti operativi¹⁰, in magistratura e la nascita delle c.d. "imprese in rosa", cioè imprese a conduzione femminile¹¹.

3. *Interventi legislativi per le lavoratrici madri*

Gli interventi legislativi inerenti al lavoro femminile sono state rivolte ad assicurare la tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri attraverso il divieto di licenziamento nel periodo c.d. "protetto".

La legge stabilisce, inoltre, una specifica limitazione alla capacità lavorativa nel periodo della maternità attraverso la concessione di un periodo di "astensione obbligatoria" dal lavoro onde evitare danni all'organismo della madre e del nascituro.

Questo periodo è, normalmente, di 2 mesi precedenti la data presunta del parto e di 3 mesi dopo il parto. Inoltre, tale periodo può essere ulteriormente anticipato, durante la gestazione, per i lavori gravosi o pregiudizievoli o in caso di gravi complicazioni della gestazione,

¹⁰ Al riguardo, merita di essere menzionato l'inserimento delle donne nelle forze armate della Nato. La partecipazione dell'Italia al CWINF dapprima necessariamente affidata a rappresentanti del sesso maschile, è diventata costante e significativa alla fine degli anni novanta, quando l'idea del reclutamento femminile ha assunto contorni più definiti.

¹¹ Incoraggiare l'accesso delle donne nel settore dell'impresa è fondamentale per aumentare concretamente gli spazi delle pari opportunità e dare al Paese un contributo importante di creatività, capacità di sacrificio e competenze. Proprio per questa sua portata l'imprenditoria femminile richiede una presenza particolarmente attenta delle istituzioni, perché il suo sviluppo possa trovare risorse e servizi adeguati. Dunque, bisogna individuare le tipologie e le modalità degli interventi necessari per sostenere le donne che scommettono sull'impresa per affermarsi.

documentate da certificato medico. E' pure prevista la concessione di un periodo di "astensione facoltativa" dal lavoro.

Sicché, la lavoratrice, trascorso il periodo di astensione obbligatoria, ha il diritto di ritirarsi dal lavoro per un periodo di 6 mesi, anche non continuativi, entro il primo anno di vita del bambino. Dunque, durante questo periodo le sarà conservato il posto di lavoro.

Infine, sono previsti una serie di congedi¹² per permettere alle donne di astenersi dal lavoro per la malattia di ciascun figlio di età compresa tra i 3 e gli 8 anni, ma nei limiti di 5 giorni lavorativi all'anno.

Tale diritto si estende anche in caso di adozione e di affidamento¹³.

Chi usufruisce di questi congedi avrà diritto ad una indennità pari al 30% della retribuzione fino al terzo anno di vita del bambino, mentre fino all'ottavo anno di vita del figlio l'indennità spetta solo se il reddito individuale dell'interessato è inferiore a 2,5 volte l'importo del trattamento minimo di pensione.

Da siffatta considerazione discende che, mentre l'astensione obbligatoria realizza lo scopo della protezione della salute della madre e del bambino nella fase della gravidanza e del puerperio, le astensioni facoltative, invece, hanno come obiettivo le esigenze verso i figli.

Inoltre, secondo la sentenza della Suprema Corte n. 16027 del 16 giugno 2008, i congedi pur rappresentando un diritto potestativo non possono essere esercitati per criteri diversi da quelli risultanti dalla sua funzione.

Dunque, la normativa sui congedi di maternità, paternità e parentali dà una tutela giusta ed equilibrata e non scoraggia l'assunzione delle donne in età di

¹² L. CALAFÀ, *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, pag. 89.

¹³ P. FABRIS, *Tutela della maternità o tutela del mercato*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2008, fasc. 11, pag. 1105.

gravidanza. Inoltre rende effettiva la parità che è continuamente riaffermata e non sempre realizzata¹⁴.

4. Riposi e permessi per le lavoratrici madri: la sentenza della Corte di Cassazione n. 19 del 26/01/09

Affinché venga data la possibilità alla madre lavoratrice di adempiere ai doveri non solo legati all'attività lavorativa ma anche a quelli di genitore, l'art. 39, D.Lgs. n. 151 del 2001 prevede per il primo anno di vita del bambino il diritto delle madri a due riposi di un ora ciascuno anche cumulabili nel giorno.

Dunque i riposi sono, di un'ora ciascuno, considerati lavorativi a tutti gli effetti e con diritto all'uscita dall'azienda. Invece, se il datore di lavoro istituisce un asilo nido all'interno del posto di lavoro i permessi sono di mezz'ora.

I permessi, pertanto, spettano in relazione all'orario normale e, non a quello di fatto, nel tempo concordato o in mancanza di accordo secondo le disposizioni dell'Ispettorato.

E' d'uopo rilevare che questo diritto rimane prioritario della madre, e solo derivato per il padre, perché in funzione dell'allattamento che serve solo o prevalentemente per l'assistenza immediata al bambino appena nato¹⁵.

Inoltre la legge ha dato una disciplina precisa in caso di parti gemellari per le lavoratrici.

In proposito su questo punto c'erano state in passato diverse sentenze, ma tale questione è ora disciplinata dall'articolo 41, D.Lgs. n. 151 del 2001, per cui, in caso di

¹⁴ M. MISCIONE, *I congedi di maternità, paternità e parentali* in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2006 fasc. 9, pag. 844.

¹⁵ L'articolo 40 infatti, sancisce che i periodi di riposo sono riconosciuti al padre lavoratore se i figli sono affidati al padre; se la madre lavoratrice non se avvale; se la madre non è una lavoratrice dipendente; per morte o grave infermità della madre.

parto plurimo, i riposi sono raddoppiati e le ore aggiuntive rispetto a quelle previste dall'articolo 39, comma 1, possono essere utilizzate anche dal padre¹⁶.

Infine, l'art. 42, primo comma prevede fino al terzo anno d'età del bambino con handicap, in alternativa al prolungamento del periodo di congedo parentale, il diritto a due ore di riposo giornaliero retribuito.

Dopo il terzo anno di vita del bambino inabile la madre o, in alternativa, il padre hanno diritto a tre giorni di permesso mensile con contributi figurativi, fruibili anche in maniera continuativa.

Dunque, la legge continua a dare un trattamento giustamente preferenziale per l'assistenza ai bambini in situazione di gravità che hanno bisogno di assistenza personale e continuativa dei genitori¹⁷.

Inoltre, l'art. 42, comma 3, D.Lgs. n. 151/2001 prevede che dopo la maggiore età del figlio disabile la madre o, in alternativa, il padre hanno diritto a tre giorni di permesso mensili con indennità corrispondenti all'ultima retribuzione, a condizione che ci sia convivenza con il figlio o per necessità di assistenza stabile dello stesso¹⁸.

E' importante rilevare che la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 19 del 26 gennaio 2009, estende il congedo al figlio convivente del disabile qualora non vi fossero altri soggetti idonei a prendersene cura.

5. Tutela contro i licenziamenti illegittimi: sentenza della Corte di Giustizia Europea del 26/02/08

¹⁶ C'è un criterio unico e forfetario rappresentato dal raddoppio delle ore di riposo rispetto a quanto era precedentemente previsto dal legislatore che aveva distinto il parto gemellare dal plurigemellare arrivando a moltiplicare il riposo in base al numero dei figli.

¹⁷ M. MISCIONE, op. cit., pag. 843-844.

¹⁸ In tale situazione l'onere è a carico dell'INPS come previsto dall'art. 43 del D.Lgs. 151/2001.

Nel corso della storia è importante rilevare che una serie di interventi legislativi si sono susseguiti per affrontare definitivamente il dilemma dei licenziamenti ingiusti per le donne lavoratrici¹⁹.

Infatti il D.Lgs n. 151 del 2001, sulla scia della legge 9 gennaio 1963, n. 7, ha introdotto il principio del "divieto di licenziamento a causa di matrimonio" per tutte le imprese private.

Sono, quindi, nulli i licenziamenti se attuati nel periodo intercorrente dalla richiesta di pubblicazione matrimoniale sino ad un anno dopo la celebrazione delle nozze²⁰, a meno che il licenziamento non avvenga per giusta causa, per cessazione dell'attività dell'azienda, per scadenza del termine del contratto a tempo determinato o durante il periodo di prova²¹.

Altresi, il licenziamento è considerato ingiusto quando viene intimato a causa di gravidanza. In proposito, l'articolo 2110 c.c. ha cercato di conciliare le esigenze della donna madre con quelle della donna lavoratrice²².

Inoltre, la Corte di Cassazione, con la sentenza del 16 febbraio 2007, n. 3620,

¹⁹ Risalgono agli anni trenta, con la legge 653 del 1934 le prime norme a tutela delle donne per impedire il lavoro notturno, limitare l'orario di lavoro ed impedire il licenziamento discriminatorio.

²⁰ Con ricorso al Pretore di Roma la ricorrente dichiara di aver lavorato come dipendente addetta all'ufficio bilancio alle dipendenze della soc. Gruppo Dipenda Costruzioni e di essere stata licenziata in seguito alla celebrazione delle nozze. L'adito tribunale accertati i fatti accoglie l'appello e per effetto dichiara nullo il licenziamento intimato e condanna la società al pagamento delle retribuzione.

²¹ Il licenziamento a causa del matrimonio è contrario ai principi della nostra Costituzione che assicura a tutti i cittadini il diritto alla formazione della famiglia, e alla donna lavoratrice la possibilità di adempiere ai doveri essenziali di madre.

²² L'artico 2110 c.c. afferma che "*in caso di infortunio, malattia, di gravidanza o di puerperio, se la legge non stabilisce forme equivalenti di previdenza o di assistenza, è dovuta al prestatore di lavoro la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinato dalle leggi speciali*".

enuncia il principio secondo cui spetta alla lavoratrice madre, alla quale sia stato intimato un licenziamento ingiusto, il diritto al risarcimento dei danni commisurati alle retribuzioni mensili maturate dal giorno del licenziamento sino alla reintegrazione del posto di lavoro qualora il datore di lavoro fosse a conoscenza della gravidanza e poi del parto, anche in mancanza dell'invio delle relative certificazioni²³.

La nullità dei licenziamenti in caso di gravidanza è uno strumento di tutela e di difesa nei confronti delle donne, non soltanto in caso di gravidanza naturale ma altresì nei casi di gravidanza assistita²⁴.

Da siffatta considerazione ne discende che la legge ha cercato di tutela l'aspetto della maternità nelle sue diverse forme.

In proposito, mentre in passato la Corte Suprema si è pronunciata soltanto in merito a licenziamenti di lavoratrici in stato interessante per gravidanze convenzionali, ora l'ambito di tutela si è ampliato comprendendo anche questioni inerenti a licenziamenti nel caso di gravidanze medicalmente assistite.

Dunque, per beneficiare della tutela contro il licenziamento ingiusto la gravidanza deve aver avuto inizio.

Partendo da tale presupposto in una sentenza del 26 febbraio 2008, n. 506, la Corte di Giustizia Europea si è pronunciata in merito al rilievo giuridico della fecondazione in vitro²⁵.

²³ L. CALAFÀ, *Modello antidiscriminatorio e licenziamento dei genitori lavoratori*, in *Giornale del diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003 fasc. 99-100, pag. 505.

²⁴ Perché quindi, si possa mettere una lavoratrice al riparo da qualsiasi forma di ritorsione e, in particolare, dal licenziamento per maternità è necessario accompagnare alle norme che giustificano o rendono addirittura obbligatoria l'astensione dal lavoro, alter norme che implicino un diritto alla conservazione del posto in senso forte, intendendo il conservare nel suo significato più pregnante di mantenere qualcosa in modo che non subisca alterazioni.

²⁵ La ricorrente agisce in giudizio dopo essere stata licenziata dal proprio datore di lavoro in seguito ad

Con tale sentenza la Corte è attenta a delimitare l'oggetto della sua pronuncia, specificando come non sia chiamata ad affrontare questioni di natura medica o etica, dovendosi limitare a fornire un'interpretazione giuridica in materia di promozione del miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento.

Una delimitazione della questione che esclude valutazioni relative allo status dell'embrione ed all'ambito di rilevanza giuridica del diritto alla vita.

6. *Considerazioni conclusive*

La condizione di donna, la conciliazione con le esigenze familiari non annullano il diritto al lavoro che deve essere garantito al sesso femminile come a qualsiasi altro cittadino di sesso maschile.

Anche per le donne, quindi, il lavoro deve essere produttivo e la formazione professionale effettivamente spendibile nel mercato del lavoro.

Tali principi sono sanciti all'interno della nostra Costituzione.

L'articolo 37²⁶, infatti, ha segnato un notevole cambiamento²⁷: da un lato ha riaffermato gli obiettivi protettivi nei confronti delle lavoratrici sostenendo che le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e

una fecondazione in vitro. Il giudice accoglie la richiesta della ricorrente perché considera la fecondazione dell'ovulo come inizio della gravidanza.

²⁶ L'articolo 37 della costituzione afferma: "La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di condizioni, le stesse retribuzioni che spettano all'uomo, e tali condizioni vanno adeguate alla sua fondamentale funzione familiare".

²⁷ Nei decenni successivi l'entrata in vigore della Costituzione si è posto e si è largamente soddisfatta l'esigenza di rispettare "l'altra metà del cielo", riconoscendo quindi, gli stessi diritti nell'ambito lavorativo delle donne.

al bambino una speciale e adeguata protezione, dall'altro ha introdotto il *principio paritario*, secondo cui la lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore.

La donna lavoratrice ha ricevuto una particolare tutela grazie ad una serie di leggi sulla parità di trattamento tra uomini e donne nel mondo del lavoro.

Queste leggi contemplano disposizioni che in parte risultano completamente nuove e inedite e in parte modificano altri precedenti provvedimenti a favore delle donne cercando, comunque in ogni caso, di dare una più precisa e più concreta attuazione dei principi stabiliti dalla nostra Costituzione.

Tali provvedimenti, quindi, hanno come scopo quello di promuovere la presenza delle donne nei ruoli di vertice e decisionali; organizzare il lavoro secondo un'ottica di parità; permettere la conciliazione tra i tempi di lavoro e quelli di vita privata; concedere la possibilità di progredire in carriera; abbattere le discriminazioni tra uomo-donna.

Dunque, il concetto di uguaglianza, parità e non discriminazione sono valori assoluti che non possono essere limitati con operazioni concettuali o ideologiche ma con interventi concreti²⁸. [28]

Quindi, solo in questa maniera cadrà la riserva di chi parla ancora facendo riferimento alle donne di "sesso debole".

²⁸ M. MISCIONE, *Tensione continua verso la parità*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2003, fasc. 6, pag. 511.