

LA TUTELA GIURIDICA DELLE LAVORATRICI MADRI

*di Marilena Gatti**

Il momento più importante e delicato della vita di ogni donna è certamente quello della maternità. Ben si comprende, infatti, come nel suddetto periodo maggiori tutele devono essere apprestate alla donna lavoratrice per garantirle di godere appieno il diritto ad essere madre e al contempo quello di essere lavoratrice. La mia ricerca evidenzia come la donna sia riuscita a raggiungere, nel tempo, una tutela dapprima negata anche per fattori culturali, essendo tutt'oggi radicato in Italia lo stereotipo della donna dedita esclusivamente alla cura della famiglia. Tuttavia, nonostante il progresso, le numerose battaglie e l'evoluzione legislativa in materia, la donna nel corso della sua vita si ritrova a dover affrontare il famoso bivio: carriera o famiglia?

Sommario: 1. Introduzione. 2. Le azioni positive per l'ingresso delle donne nel mercato del lavoro. 3. La tutela giuridica della maternità. 4. Tutela contro il licenziamento illegittimo delle lavoratrici madri. 5. Donne libere professioniste. 6. La tutela giuridica dei lavoratori padri in Italia. 7. I congedi parentali dopo la riforma Fornero.

1. Introduzione

Nel nostro Paese la ricerca e l'ottenimento di un impiego da parte della donna sono considerati quasi come un disincentivo alla maternità.

Le donne sono ancora annoverate tra i soggetti a rischio esclusione dal mercato del lavoro e sono le principali destinatarie di

assunzioni a tempo determinato o a tempo parziale ⁽³⁾.

2. Le azioni positive per l'ingresso delle donne nel mercato del lavoro

L'art. 141, comma 4, del Tratt. CE definisce azioni positive le "misure che prevedono vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali".

Per azioni positive si intendono dei vantaggi specifici in favore delle donne e che sono aggiuntivi rispetto al principio di non discriminazione ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ A. MURATORIO, *L'Unione Europea sui congedi parentali tra legislazione ed orientamenti giurisprudenziali* in Riv. Il Lavoro nella Giurisprudenza, 2011, fasc. 9, 939.

⁽⁴⁾ C. AMATO, *La giurisprudenza comunitaria sulle discriminazioni di genere* in Riv. Diritti lavori mercati, 2008 fasc. 2, 438 ss..

* Laurea Magistrale in Giurisprudenza conseguita a Bari il 19 aprile 2013. Dalla tesi di laurea: *Congedi di maternità: la tutela giuridica delle lavoratrici madri*.

Il Consiglio della Comunità Europea ha portato all'emanazione della legge 125 del 10.04.1991 sulle "azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro". L'art. 1, comma 2 prevede, infatti, che le azioni positive hanno lo scopo di "eliminare le disparità di fatto di cui le donne sono oggetto nelle formazioni scolastica e professionale, nell'accesso al lavoro, nella progressione di carriera, nella vita lavorativa e nei periodi di mobilità". Tale normativa pertanto proibisce qualsiasi tipo di discriminazione sulla base del sesso vietando, appunto, che l'assunzione debba avvenire con riguardo allo stato matrimoniale, di famiglia o di gravidanza⁽⁵⁾.

Il divieto di discriminazione vale non solo nella fase di assunzione, ma anche durante un rapporto di lavoro già costituito. In caso di inosservanza del predetto principio, la lavoratrice, personalmente o per il tramite delle organizzazioni sindacali cui la stessa ha fornito mandato, può ricorrere al Giudice del lavoro del luogo dove si sostiene di essersi verificato il comportamento discriminatorio. Il Giudice, convocate le parti davanti a sé, accerta la discriminazione sessuale e decide (con decreto motivato ed immediatamente esecutivo) ordinando al datore di lavoro la cessazione del comportamento illegittimo nonché la rimozione degli effetti di tale comportamento⁽⁶⁾.

3. La tutela giuridica della maternità

Il testo unico sulla maternità e paternità (decreto legislativo n. 151/2001) garantisce alla lavoratrice in stato di gravidanza permessi orari per l'effettuazione di esami prenatali, accertamenti clinici e visite specialistiche qualora gli stessi "debbano" essere eseguiti durante l'orario di lavoro (art. 14 del T.U.), nonché la fruizione del congedo

di maternità obbligatorio articolato in due mesi antecedenti la data presunta del parto (congedo *ante partum*) e tre mesi successivi alla data effettiva del parto (congedo *post partum*).

Il comma 2 dell'art. 8 del decreto citato obbliga le lavoratrici a comunicare al datore di lavoro il proprio stato di gravidanza.

Tale adempimento è di fondamentale importanza poiché consente al datore di lavoro di mettere in atto le iniziative necessarie per la protezione e per la tutela della lavoratrice stessa. Proprio l'art 11 del T.U. sulla maternità impone al datore di lavoro l'obbligo di valutare i rischi per la sicurezza e la salute della lavoratrice incinta, adoperando ogni opportuna iniziativa diretta alla riduzione o limitazione dei rischi accertati oppure provvedendo all'allontanamento della lavoratrice dal suo abituale posto, impiegandola in altre mansioni senza alcuna riduzione della retribuzione.

La lavoratrice, ancor prima dell'inizio del congedo *ante partum*, può essere interdetta anticipatamente dal lavoro per uno o più periodi a causa di "gravi complicanze della gravidanza o di persistenti forme morbose che si presume possano essere aggravate dallo stato di gravidanza" (decreto legge 9 febbraio 2012 n. 5, convertito con modificazioni nella legge 4 aprile 2012 n. 35 il cui art. 15).

L'art. 17, comma 3 del d.lgs. n. 151/2001 precisa che l'astensione dal lavoro per gravidanza a rischio è disposta dai competenti organi secondo le risultanze dell'accertamento medico. Pertanto tale interdizione decorrerà sempre dalla data del certificato medico allegato alla domanda e non dalla presentazione di quest'ultima.

Terminato il periodo di astensione *post partum* (almeno tre mesi dopo il parto), se le difficoltà predette perdurano, ugualmente può disporsi interdizione dal lavoro sino al settimo mese di vita del figlio prolungando il congedo di maternità *post partum* fino alla data succitata. E' altresì possibile che la

⁽⁵⁾ M. BERRUTI - A. VASSALINI, *La donna e il lavoro*, Padova, anno 2003, 223 ss..

⁽⁶⁾ M. BERRUTI - A. VASSALINI, op. cit., 99 ss..

lavoratrice, ancor prima dell'inizio del congedo *ante partum*, esiga la flessibilità di tale congedo chiedendone la riduzione da due a un mese, presentando certificazioni sanitarie rilasciate dal medico competente (ginecologo o medico del lavoro) proprio a sostegno di tale istanza.

La flessibilità dell'orario e dell'organizzazione del lavoro sono diritti spettanti alla lavoratrice; non a caso la Costituzione italiana all'art. 37, dopo aver sancito che la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore, sottolinea che le condizioni di lavoro della donna *"devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare ed assicurare alla madre e al bambino una speciale e adeguata protezione"*. Il precetto costituzionale, così facendo, promuove l'essenzialità del valore sociale della maternità, garantendo contestualmente la funzione familiare e lavorativa della donna.

Completati i periodi di astensione obbligatoria dal lavoro, la lavoratrice che rientra in servizio ha diritto ad essere assegnata alla stessa unità produttiva ove prestava servizio al momento dell'interdizione obbligatoria oppure in altra unità, a condizione che sia ubicata nello stesso Comune e di rimanervi fino al compimento di un anno di vita del bambino, beneficiando eventualmente di cambiamenti vantaggiosi delle condizioni di lavoro.

Nel corso del primo anno di vita del figlio la madre lavoratrice ha diritto, giornalmente a due periodi di riposo di un'ora ciascuno finalizzati all'assistenza del figlio stesso (39 del d.lgs. n. 151/2001). Questi periodi possono essere cumulati durante la stessa giornata a condizione che l'orario di lavoro giornaliero abbia una durata di almeno sei ore. Nel caso in cui l'orario di lavoro sia inferiore al limite fissato, la lavoratrice ha diritto ad un solo periodo di riposo di un'ora.

Ai sensi dell'art. 47 del d.lgs. n. 151/2001, entrambi i genitori hanno diritto

di astenersi alternativamente dal lavoro per periodi corrispondenti alla malattia del figlio che non superi i tre anni di età.

Qualora il figlio abbia un'età compresa fra tre ed otto anni ciascun genitore può fruire dello specifico congedo nel limite individuale di cinque giorni lavorativi all'anno. In caso di parto gemellare o plurimo i congedi per malattia del figlio spettano per ciascun bambino.

Per il godimento del congedo il genitore richiedente è tenuto a esibire al proprio datore di lavoro il certificato di malattia del figlio rilasciato dal medico. Inoltre la malattia del bambino che necessita di ricovero ospedaliero arretra le ferie eventualmente in godimento, ovviamente previa richiesta del lavoratore, per consentirgli di beneficiare del congedo in argomento.

In favore delle madri che non beneficiano di alcun trattamento previdenziale di maternità è concesso un assegno mensile (fino ad un massimo di cinque mensilità) a condizione che il nucleo familiare di appartenenza della madre risulti in possesso di risorse economiche non superiori ai valori dell'indicatore della situazione economica (ISE) in relazione ai nuclei familiari con tre componenti. In caso di parto gemellare l'assegno è raddoppiato mentre in caso di decesso del neonato è regolarmente corrisposto all'avente titolo.

Lo stesso assegno è concesso oltre che per le nascite anche per le adozioni o gli affidamenti preadottivi.

Per beneficiare dell'assegno in questione le interessate dovranno presentare apposita domanda corredata dalla prescritta documentazione al Comune di residenza entro sei mesi dal parto o dall'ingresso del minore in famiglia.

Gli importi dell'assegno e dei requisiti reddituali sono annualmente rivalutati sulla base della variazione dell'indice I.S.T.A.T. dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati. Per l'anno 2012 l'importo dell'assegno ammontava ad euro 324,79

mentre il limite reddituale era stato fissato in euro 33.857,51.

Tale assegno è erogato dall'I.N.P.S. sulla base dei dati forniti dai Comuni (7).

4. Tutela contro il licenziamento illegittimo della lavoratrici madri

La gravidanza corrisponde ad un periodo durante il quale possono presentarsi disturbi e complicanze che potrebbero comportare un'incapacità lavorativa della donna, inducendola ad accertamenti medici e/o ad effettuare un periodo di riposo forzato. Il licenziamento di una lavoratrice durante la sua gravidanza, basato sull'incapacità della stessa lavoratrice a effettuare la prestazione lavorativa cui ella è tenuta nei confronti del suo datore di lavoro, può riguardare solo le donne, costituendo così una discriminazione diretta basata sul sesso.

La direttiva 76/207, agli artt. 2, n. 1 e 5, n. 1, vieta il licenziamento di una lavoratrice in un momento qualsiasi nel corso della sua gravidanza a seguito delle assenze dovute ad una inidoneità lavorativa derivante da una malattia che trova origine in tale gravidanza (8).

È infatti previsto dalla legge un divieto di licenziamento della lavoratrice gestante e puerpera che tutela la lavoratrice madre dall'inizio della gravidanza fino al compimento del primo anno di vita del figlio (art. 54 del T.U. n. 151/2001). Il divieto di licenziamento si applica indistintamente a tutte le lavoratrici, ed è ora esteso anche ai genitori adottivi e affidatari nonché al padre lavoratore nel caso di fruizione del congedo

di maternità e paternità (art. 54, T.U. n. 151/2001) (9).

Con la sentenza n. 36332/2012 la Suprema Corte ha fatto rientrare nell'ipotesi delittuosa di violenza privata il caso di un datore di lavoro che intima la dipendente neo mamma - appena rientrata dal periodo obbligatorio di astensione per maternità - a dimettersi.

Il datore di lavoro è stato dichiarato responsabile poiché aveva proposto alla sua unica lavoratrice dipendente di farla lavorare in un posto degradato, compiendo atti unicamente rivolti a fare accettare alla donna le condizioni della società presso la quale lavorava o chiedendo le sue dimissioni o chiedendo il prolungamento del periodo di maternità contro la sua volontà, retribuito solo al 30% dello stipendio corrisposto dall'ente previdenziale. E tale condotta appariva, chiaramente, qualificabile come una minaccia.

Contro tale sentenza è stato proposto ricorso in Cassazione contestando un vizio di motivazione relativamente alla qualificazione giuridica dei fatti, non essendosi mai verificata una coartazione della volontà di autodeterminazione psichica della lavoratrice in quanto non vi era univocità degli atti avendo il ricorrente prospettato un'alternativa alla parte lesa (ossia le dimissioni o il prolungamento dell'astensione post-partum). La Corte rigetta il ricorso ritenendo irrilevante che la condotta del datore di lavoro abbia o meno conseguito l'effetto intimidatorio perseguito poiché era sufficiente la presenza di elementi tali da concretare l'ipotesi del tentativo di violenza privata.

La Corte annulla senza rinvio, nei confronti del datore di lavoro, la sentenza impugnata, essendo il reato estinto per

(7) F. SACCO, *Congedi e permessi a sostegno della maternità e paternità*, Maggioli, 2012.

(8) A. CONTI, *Malattia dovuta a gravidanza e decorrenze del periodo di comporto* in *Il diritto del lavoro*, 1999 fasc. 2-3, pt. 2, pp. 156-157.

(9) R. NUNIN, *Licenziamento per giusta causa ed indennità di maternità: la consulta si pronuncia ancora a tutela delle lavoratrici madri* in *Famiglia e diritto*, 2002 fasc. 2, p. 123.

prescrizione e rigetta il ricorso sulle statuizioni civili ⁽¹⁰⁾.

5. Donne libere professioniste

E' opportuno saper distinguere il "congedo" di maternità dalla "indennità" di maternità: il congedo, infatti, tutela essenzialmente la salute della madre, impedendo che - continuando a lavorare - venga esposta a situazioni potenzialmente pericolose per la sua incolumità e quella del bambino, mentre l'indennità mira a garantire sostegno economico alla madre. La differenza principale dell'attuale normativa è che per le madri libere professioniste non si prevede alcun congedo, ma solo un'indennità in caso di maternità. Questa difformità di trattamento è giustificata dal fatto che la lavoratrice subordinata ha bisogno di una maggior tutela proprio perché è assoggettata alle direttive del datore di lavoro, al contrario la libera professionista può decidere autonomamente di lavorare nel periodo in cui riceve l'indennità di maternità. A ciò si aggiunge che la lavoratrice dipendente, al termine del congedo di maternità, ritrova il proprio posto di lavoro, invece la libera professionista potrebbe subire dei danni ingenti in caso di congedo obbligatorio proprio a causa della sua assenza prolungata dall'attività lavorativa, rischiando di perdere una parte del proprio avviamento. La professionista, infatti, sviluppa nel corso degli anni un avviamento che, nell'eventualità di una lunga assenza dall'attività lavorativa, può andare perso. Così il legislatore consente alla madre libera professionista di continuare a lavorare, pur percependo l'indennità.

Il periodo nel quale può essere recepita l'indennità è di cinque mesi, due precedenti al parto e tre successivi al parto. Circa l'ammontare dell'indennità, la legge lo stabilisce nella misura dell'80% del reddito

⁽¹⁰⁾ Cass. pen. n. 36332/2012 in www.cassazione.net.

professionale percepito; non avendo però, i professionisti, un reddito identico ogni mese ma uno del tutto variabile, si fa riferimento alla medie mensile del reddito annuale percepito. L'indennità è corrisposta dall'ente che gestisce forme obbligatorie di previdenza in favore dei liberi professionisti a seguito di un'opportuna domanda avanzata dalla lavoratrice a partire dal compimento del sesto mese di gravidanza ed entro il termine perentorio di 180 giorni dal parto (art. 71, comma 1, d.lgs. n. 151/2001). La legge prevede altresì che la domanda, in carta libera, sia munita di certificato medico attestante la data di inizio della gravidanza e quella presunta del parto (art. 71, comma 2, d.lgs. n.151/2001) ⁽¹¹⁾.

6. La tutela giuridica dei lavoratori padri in Italia

Il tempo d'attenzione dedicato al bambino deve essere garantito tanto al padre quanto alla madre. Le strategie per conciliare lavoro e vita privata si differenziano da un paese ad un altro; tuttavia un po' ovunque la figura paterna ha acquisito un ruolo significativo con almeno quarantanove paesi che offrono politiche di congedo parentale: in Portogallo il congedo di paternità è di venti giorni, di cui cinque sono obbligatori, in Islanda non c'è invece differenza tra congedo di maternità o di paternità, ma viene garantito un congedo retributivo di nove mesi dopo la nascita del figlio ⁽¹²⁾.

In Italia i padri hanno il diritto e non l'obbligo di usufruire di due settimane di congedo post natale; la percentuale di uomini che utilizzano i congedi parentali, però, è davvero molto bassa nonostante ci

⁽¹¹⁾ V. SANGIOVANNI, *L'indennità di paternità negata al padre avvocato* in *Famiglia e diritto*, 2012, 525 ss.

⁽¹²⁾ T. FASHOYIN, *Il quadro comparato in tema di tutela della maternità* in *Riv Diritto delle relazioni industriali*, anno 2010 fasc. 3, pp. 898 ss..

siano misure a ciò incentivanti. Il 90% dei richiedenti è donna e le maggiori richieste arrivano soprattutto dai dipendenti di età compresa tra i 35 e i 39 anni, evidente segnale di come i figli siano concepiti sempre più tardi ⁽¹³⁾.

7. I congedi parentali dopo la riforma Fornero

Il 27 giugno 2012 è stato approvato definitivamente dal Parlamento il disegno di legge di riforma del mercato del lavoro che si propone di aumentare l'occupazione, in particolare di giovani e donne, di ridurre i tempi della transizione tra scuola e lavoro e tra disoccupazione ed occupazione, nonché di stimolare lo sviluppo e la competitività tra le imprese; prevede, inoltre, incentivi per accrescere la partecipazione delle donne nel mercato del lavoro con l'introduzione di norme di contrasto alla cosiddette dimissioni "in bianco" e di misure a sostegno delle genitorialità.

Proprio in materia di maternità e paternità sono previste dalla riforma (art. 4, commi 24-26) due misure disposte in via sperimentale per gli anni 2013-2015: congedo obbligatorio per i padri e voucher.

Entrambe hanno l'obiettivo di promuovere una cultura di maggiore condivisione dei compiti di cura dei figli all'interno della coppia per favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. La prima consiste nell'obbligo per il lavoratore padre dipendente, entro i cinque mesi dalla nascita del figlio, di astenersi dal lavoro per un giorno ed entro il medesimo periodo può astenersi facoltativamente per ulteriori due giorni, anche continui, previo accordo con la madre e in sua sostituzione durante il periodo di astensione obbligatoria spettante a quest'ultima. Per i due giorni fruiti in sostituzione della madre, l'indennità è pari al 100% della retribuzione ed è a carico

dell'Inps; per il primo e unico giorno, di cui il padre deve obbligatoriamente fruire, l'indennità è ugualmente pari al 100%, implicitamente posta a carico del datore di lavoro. Sia per il primo giorno, sia per gli altri due di congedo di paternità, il padre lavoratore deve preventivamente darne comunicazione per iscritto al datore di lavoro e, quando ritiene di astenersi dal lavoro, con un preavviso di quindici giorni. La seconda misura consiste, invece, nella corresponsione alla madre lavoratrice di un voucher, erogato dall'Inps, in proporzione non solo alla retribuzione della lavoratrice madre ma anche in base all'indicatore Isee del nucleo familiare, per l'acquisto di servizi di baby-sitting finalizzati a far fronte agli oneri della rete pubblica dei servizi per l'infanzia o dei servizi analogamente offerti da strutture private convenzionate. Questa misura sebbene apparentemente intervenga per aiutare la madre lavoratrice sotto il profilo economico, in realtà ha come obiettivo quello di spingere la donna a tornare immediatamente al lavoro al termine del congedo di maternità, ottenendo in cambio la corresponsione del voucher ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ F. BARBIERI, *Crescono i congedi parentali in* www.ilsole24ore.com, 2011.

⁽¹⁴⁾ Riforma del Lavoro Fornero, legge 28/06/2012 n. 98.; D. GOTTARDI, *La condivisione delle responsabilità genitoriale in salsa italiana in Lavoro e diritto*, XXVI, n. 3-4, estate-autunno 2012, da 609 a 620.