



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E CRITICA DEL DIRITTO

**CORSO DI LAUREA IN
CONSULENTE DEL LAVORO**

**TESI DI LAUREA
LE TUTELE E LE DISCRIMINAZIONI DELLA LAVORATRICE
GESTANTE O PUERPERA**

RELATORE: Prof.ssa Silvia Bertocco

STUDENTE: Maddalena Mozzato

MATRICOLA: 2002429

ANNO ACCADEMICO 2022 / 2023

INDICE

INTRODUZIONE.....	7
CAPITOLO 1	9
EVOLUZIONE STORICA DELLA LEGISLAZIONE ITALIANA A TUTELA DELLA LAVORATRICE MADRE	9
1.1 Le origini della tutela	9
1.2 La disciplina durante il periodo corporativo	11
1.3 La caduta del regime fascista e l'introduzione della Costituzione	14
CAPITOLO 2.....	18
LA TUTELA DELLA LAVORATRICE MADRE NELL'ORDINAMENTO EUROPEO	18
2.1 Introduzione alla Direttiva n. 85 del 1992 e clausola di non regresso.	18
2.2 Diritti minimi imposti dalla Direttiva.....	20
2.3 Divieti a favore della lavoratrice imposti dalla Direttiva. Il particolare caso della fecondazione in vitro.....	22
CAPITOLO 3.....	26
LA TUTELA DELLA LAVORATRICE MADRE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.....	26
3.1 Introduzione al Testo Unico Maternità, D.lgs. n. 151 del 2001.	26
3.2 Il congedo di maternità obbligatorio e facoltativo, l'ammontare dell'indennità e altri diritti.....	29
3.3 I divieti posti a tutela della lavoratrice e l'operatività del D.lgs. 151 del 2001 per le lavoratrici autonome.....	33
CAPITOLO 4.....	39
LE DISCRIMINAZIONI DELLA LAVORATRICE MADRE	39
4.1 Introduzione alla Direttiva n. 54 del 5 luglio 2006: le discriminazioni in base al sesso... ..	39
4.2 Codice delle Pari Opportunità, D.lgs. 198 dell'11 aprile 2006.	42
4.3 Il caso Aifa, sentenza n. 6996 del 22 aprile 2021.....	45
CONCLUSIONE.....	49
BIBLIOGRAFIA.....	51
SITOGRAFIA	52

INTRODUZIONE

L'obiettivo che mi sono posta in questa tesi di laurea è quello di analizzare accuratamente l'evoluzione delle modalità di tutela e di trattamento della lavoratrice madre nei luoghi di lavoro, sia nella dimensione europea che in quella nazionale.

Il presente lavoro è suddiviso in quattro capitoli, ciascuno dei quali si occupa di mettere a confronto l'evoluzione normativa più recente, rispetto a quella più datata, con lo scopo di sottolineare i miglioramenti effettuati ad opera del legislatore nel corso degli anni. In particolare, si ritiene necessario sottolineare il contesto socio-culturale vigente durante i periodi di elaborazione delle norme trattate, al fine di comprendere situazioni storiche di segregazione della lavoratrice al ruolo marginale di moglie e madre.

Ho ritenuto indispensabile analizzare nel primo capitolo i profili storici a partire dalla seconda metà dell'Ottocento sino all'entrata in vigore della Costituzione, mettendo in luce la posizione distaccata e svantaggiata della lavoratrice. La condizione della donna segregata ai compiti di cura personale e familiare e con limitato accesso alle attività lavorative, si è protratta per l'intera durata del periodo corporativo. Con la conclusione del conflitto mondiale, la necessità di creare un mercato unico europeo ha portato alla nascita dell'Unione Europea, la quale nel corso dei decenni ha adottato numerose Direttive volte a tutelare e garantire diritti e divieti destinati in modo favorevole alla lavoratrice madre, tra cui la Direttiva n. 85 del 19 ottobre 1992. Le Direttive e le conseguenti evoluzioni della normativa europea, sono state trattate all'interno del secondo capitolo, il quale analizza le ragioni che hanno determinato l'Unione Europea a proporre l'armonizzazione delle normative Statali individuando i livelli minimi di trattamento. Come dichiarato nel terzo capitolo, l'Italia, in qualità di Stato Membro, si trovava già in una situazione di conformità con la Direttiva Europea. Gli interventi normativi operati dal legislatore italiano destinati alla lavoratrice madre, hanno portato alla razionalizzazione delle norme emanate nel corso degli anni all'interno del *Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità*, emanato con Decreto Legislativo n. 151 del 26 marzo 2001. All'interno del terzo capitolo sono state analizzate le norme a favore della lavoratrice inserite nel Testo Unico; successivamente è stato fatto un breve confronto tra i minimi di trattamento imposti dalla Direttiva Europea e quelli adottati dal legislatore nazionale. In conclusione,

il quarto capitolo si occupa di analizzare brevemente la discriminazione subita tutt'oggi dalle donne in ambito lavorativo, ad opera di colleghi e datori di lavoro. Trattamenti sfavorevoli messi in atto al fine di svantaggiare la lavoratrice, si qualificano come discriminatori in base al sesso, e aumentano notevolmente qualora la lavoratrice si trovi in stato di gravidanza o in periodo di puerperio. Sia la normativa europea che quella italiana hanno provveduto rispettivamente all'introduzione di una Direttiva Europea, n. 54 del 2006, e del *Codice delle Pari Opportunità*, Decreto Legislativo n. 198 del 2006, entrambi volti a favorire il raggiungimento di una situazione di eguaglianza sostanziale tra l'uomo e la donna.

CAPITOLO 1

EVOLUZIONE STORICA DELLA LEGISLAZIONE ITALIANA A TUTELA DELLA LAVORATRICE MADRE

1.1 Le origini della tutela

Storicamente la necessità di tutela nei confronti della lavoratrice si è posta in riferimento al suo stato di gravidanza e al successivo puerperio¹.

Il punto di partenza per l'analisi storica della legislazione in materia di lavoro femminile ha come riferimento la legge n. 3657 dell'11 febbraio 1886, conosciuta come Legge Berti². Lo scopo principale della legge consisteva nella regolamentazione del lavoro dei fanciulli e in minima parte delle donne. Quest'ultime infatti finirono per essere escluse progressivamente dalla normativa, e vennero eliminate le forme di tutela allo sfruttamento delle donne introdotte sino ad allora.

Fino ai primi anni del Novecento il lavoro femminile nel territorio italiano non godeva di alcuna legge volta a disciplinarlo, sebbene il ruolo della donna fosse in continua espansione all'interno del mondo del lavoro. Si innescò dunque un dibattito parlamentare, su spinta di movimenti operai e femminili, finalizzato all'emanazione di una legge che potesse concentrare gli interessi in un unico testo normativo.

Nel giugno 1902 venne approvata la Legge n. 242, nota come Legge Carcano, che introdusse le prime norme a tutela delle lavoratrici. La legge in questione aveva inserito il divieto di lavoro sotterraneo a tutte le donne di qualsiasi età; il divieto di lavoro notturno vigeva invece solo nei confronti delle donne di minore età; infine prevedeva un limite massimo di dodici ore di lavoro giornaliero, seguite da una pausa di due ore, per garantire

¹ Periodo di tempo immediatamente successivo al parto. Tale periodo termina nel momento in cui l'apparato genitale della madre torna alle condizioni antecedenti la gravidanza.

² La Legge Berti (L. n. 3657 dell'11 febbraio 1886) tratta il tema del lavoro dei fanciulli negli opifici, nelle cave e nelle miniere. Tratta il tema della durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e il lavoro notturno vietato per i minori di dodici anni. Tale legge rappresenta il primo caso di legislazione sociale in Italia.

il riposo minimo. La novità più rilevante apportata dalla legge Carcano consisteva nella risoluzione del problema del congedo di maternità.³

L'articolo 6 della Legge n. 242 del 1902 dettava: *“Le puerpere non possono essere impiegate al lavoro se non dopo trascorso un mese da quello del parto, e in via eccezionale anche prima di questo termine, ma in ogni caso dopo tre settimane almeno, quando risulti da un certificato dell'ufficio sanitario del Comune di loro dimora abituale, che le condizioni di salute permettono loro di compiere, senza pregiudizio, il lavoro nel quale intendono occuparsi.”*⁴

L'articolo sopra citato inserì all'interno dell'ordinamento una novità fondamentale orientata alla tutela della donna puerpera. Aveva infatti posto in essere il divieto di impiego della lavoratrice nelle prime quattro settimane successive alla data del parto. Eventuali deroghe alle quattro settimane prefissate dalla norma erano previste solo in via eccezionale, in ogni caso dovevano trascorrere almeno tre settimane e doveva essere accertato lo stato di salute della lavoratrice al fine di verificare che non vi fossero pregiudizi nel compimento dell'attività a lei assegnata.⁵ Il periodo precedente al parto, ovvero la gestazione, non veniva in alcun modo menzionato all'interno della legge, come anche le forme di indennità.

*“La legge del 1902 – esempio significativo della legislazione sociale dell'età giolittiana – unificava in una disciplina di tipo igienico-sanitario, o di «protezione dal lavoro», la tutela delle donne e dei fanciulli”*⁶

La finalità della legge Carcano mirava sia a mantenere intatta la fondamentale funzione di procreazione, secondo l'ideologia dell'epoca, sia a rispettare il corretto ed efficiente svolgimento dell'attività industriale.

La potenza rivoluzionaria della legge Carcano, in tema di congedo di maternità, inizialmente subì un rallentamento dovuto all'introduzione di norme, da parte del senato,

³ M.V. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, Il Mulino, 1979 p. 20.

⁴ Legge 19 giugno 1902, n. 242 *Disposizioni circa il lavoro delle donne e dei fanciulli negli opifici industriali, laboratori, ecc.*

⁵ C. Lombardi e L. Martini, *La storia della legislazione italiana a protezione delle lavoratrici madri che allattano*, www.mami.org, 2000, cap.1, p.1.

⁶ M.V. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, Il Mulino, 1979 p. 22.

finalizzate a differire e limitare il campo di applicazione di alcuni articoli contenuti al suo interno.

Successivamente, vennero introdotte lievi modifiche con la legge n. 416 del 7 luglio 1907, confluita poi nel Testo Unico sul lavoro delle donne e dei fanciulli⁷. Le modifiche introdotte non furono numerose, ma risultarono favorevoli, in quanto venne esteso il divieto di lavoro notturno per le donne di qualsiasi età.

Dopo vari tentativi l'ordinamento italiano si era definitivamente uniformato alla disciplina in vigore negli altri paesi europei, ma a partire dal 1907 un forte arresto dello sviluppo industriale portò ad un massiccio licenziamento della manodopera femminile in quanto considerata la categoria più fragile e sconveniente nel mercato del lavoro. Solo successivamente alla conclusione del primo conflitto mondiale, che aveva portato a forti oscillazioni della presenza femminile nelle industrie, vennero reintrodotte le norme a tutela del lavoro femminile all'interno del nostro ordinamento.⁸

1.2 La disciplina durante il periodo corporativo

Il periodo fascista⁹ (1922-1943) è stato contrassegnato da una progressiva e sistematica esclusione della donna sia dalla vita sociale sia dalla vita politica. Secondo la concezione della donna che si aveva in quel periodo storico, essa doveva limitarsi a procreare e occuparsi della famiglia. Sebbene la donna venisse vista come un soggetto di ruolo marginale nella società dell'epoca, contemporaneamente si riteneva fosse responsabile in prima persona della crescita demografica, di conseguenza assumeva un ruolo centrale al fine di incrementare la natalità e dare alla luce “*generazioni di pionieri e di soldati necessari per difendere l'Impero*”¹⁰. Eventuali attività extra-domestiche potevano essere svolte dalla donna solo al fine di integrare le entrate economiche del

⁷ Legge 10 novembre 1907, n. 818 *Testo Unico sul lavoro delle donne e dei fanciulli*.

⁸ M.V. Ballestrero *Dossier: La legislazione italiana sul lavoro femminile evoluzione e prospettive*, www.efferivistafemminista.it, 1982.

⁹ Periodo storico caratterizzato da un governo di estrema destra, capeggiato da Benito Mussolini. Ebbe ufficialmente inizio nel 1922 con la marcia su Roma e cessò nel 1943 con l'arresto di Mussolini.

¹⁰ B. Mussolini *Discorso alle donne fasciste*, Roma, 20 giugno 1937 – anno XV per l'inaugurazione della Mostra delle Colonie estive e dell'Assistenza.

capofamiglia. Il suo eventuale ingresso nel mondo del lavoro dipendeva inoltre dal ceto di appartenenza e dal carico familiare; tuttavia, in qualsiasi caso alla donna doveva essere costantemente affiancato il lavoro domestico, che si dimostrava un compito ricorrente e fedele nell'arco della sua vita.¹¹

Successivamente all'emanazione del Testo Unico del 1907 non vi furono particolari modifiche della normativa sino alla pubblicazione del Regio Decreto legge n. 653 del 26 aprile 1934¹² e la Legge n. 1347 del 5 luglio 1934¹³.

Il Regio Decreto sopra citato rappresentava un momento di svolta importante nella legislazione in tema di lavoro delle donne e conferiva al territorio italiano una regolamentazione completa ed esaustiva riguardante il rapporto di lavoro. In particolare, per quanto riguardava l'attività lavorativa femminile, le innovazioni introdotte con il Regio Decreto avevano esteso il divieto di svolgimento di mansioni pesanti, nocive e altamente rischiose alle donne di età inferiore ai ventun anni, il divieto di svolgimento di lavoro notturno per le donne di qualsiasi età, ulteriori limitazioni all'orario di lavoro giornaliero per la donna e provvedimenti aggiuntivi in tema di tutela dell'igiene e della sicurezza.

La Legge n. 1347 del 1934, a differenza del Regio Decreto, conferiva una regolamentazione completa ed esaustiva in tema di maternità con riferimento al rapporto di lavoro instauratosi tra l'impresa e la lavoratrice gestante o puerpera. La novità della legge in questione consisteva nell'introduzione di un periodo di astensione obbligatoria dall'attività lavorativa pari a dieci settimane per la lavoratrice in gravidanza. Le dieci settimane venivano suddivise in quattro settimane ante-partum e sei settimane post-partum; inoltre veniva data la possibilità alla lavoratrice di usufruire di un orario lavorativo ridotto e un esonero dalle mansioni più pesanti nei tre mesi precedenti la data presunta del parto. Oltre all'astensione obbligatoria dall'attività lavorativa il legislatore aveva inserito un periodo di astensione facoltativa che poteva avviarsi sin dall'inizio della sesta settimana antecedente la data presunta del parto. L'introduzione di fondamentale

¹¹ H. Dittrich-Johansen *Dal privato al pubblico: Maternità e lavoro nelle riviste femminili dell'epoca fascista*, Roma, Edizioni Dedalo, 1994, p. 214-215.

¹² Regio Decreto 26 aprile 1934, n. 653 *Tutela del lavoro delle donne e dei fanciulli*.

¹³ Legge 5 luglio 1934, n. 1347 *Tutela della maternità delle lavoratrici* (conversione in legge del Regio Decreto legge 22 marzo 1934, n. 654).

importanza, fatta dal legislatore, consisteva nel divieto di licenziamento, valido sia per la lavoratrice in gravidanza sia per la lavoratrice puerpera, della durata di tutto il periodo di astensione obbligatoria dall'attività lavorativa. Di conseguenza il trattamento economico che veniva conferito alla lavoratrice divenne un trattamento di maternità e non più trattamento di disoccupazione, in quanto il rapporto di lavoro restava intatto durante l'intero periodo di astensione obbligatoria.¹⁴

Il campo di applicazione in entrambe le fonti normative prese in considerazione escludeva l'utilizzo della norma nei confronti delle lavoratrici a domicilio, domestiche e familiari. Nonostante il legislatore fosse intervenuto al fine di tutelare in modo dettagliato la disciplina riguardante la prestazione lavorativa fornita dalla donna in questa delicata fase della sua vita, la normativa, nell'intenzione del legislatore fascista, sembrava screditare l'assunzione delle lavoratrici in quanto considerate sconvenienti agli occhi degli imprenditori, in ragione delle numerose limitazioni ed eccezioni poste dalla normativa stessa. Sebbene le restrizioni disincentivassero l'assunzione della manodopera femminile, in certi settori veniva fortemente utilizzata in ragione del basso costo della lavoratrice-donna, considerata inferiore, rispetto all'uomo.¹⁵

La parità di trattamento della donna rispetto all'uomo sembrava un obiettivo assai lontano, ma tale pretesa non era stata abbandonata dalla popolazione femminile dell'epoca, tanto che la tanto desiderata eguaglianza portò alla creazione dell'U.D.I. (organizzazione unitaria delle donne anti-fasciste). La progressiva partecipazione delle donne alle manifestazioni e scioperi aveva notevolmente fatto conoscere le masse femminili ai governi dell'epoca. La richiesta fatta dai movimenti femminili mirava all'abrogazione delle leggi fasciste, al diritto di voto, ottenuto poi nel 1945 e alla parità di trattamento in ambito lavorativo. Tali proteste e rivendicazioni della popolazione femminile vennero accolte gradualmente con la caduta del regime fascista e con l'avvento della Costituzione.

¹⁴ M.V. Ballestrero *Dossier: La legislazione italiana sul lavoro femminile evoluzione e prospettive*, www.efferivistafemminista.it, 1982.

¹⁵ Ibid.

1.3 La caduta del regime fascista e l'introduzione della Costituzione

La dura linea anti-femminista del regime corporativo si concluse con la caduta dello stesso nel 1943. La cessazione del regime fascista consentì lo sviluppo di nuove riforme nel dopoguerra finalizzate ad ottenere uguaglianza e protezione.

Nel 1948 venne emanata la Costituzione Italiana, testo legislativo posto alla base della Repubblica Italiana, la quale non ammette leggi in contrasto con essa. La Costituzione fissa i principi generali che l'ordinamento italiano deve rispettare, e in riferimento alla condizione e trattamento della donna è necessario sottolineare l'importanza degli articoli 3 e 37¹⁶ della stessa. L'articolo 3 della Costituzione detta il principio generale di eguaglianza la cui declinazione nell'ambito lavorativo è rinvenibile all'articolo 37.¹⁷

L'articolo sopra citato afferma il principio di eguaglianza tra uomo e donna per quanto concerne le condizioni di lavoro, ed è frutto di compromessi tra gli studiosi delle diverse correnti politiche presenti alla redazione del testo. Il ruolo della donna infatti era un ruolo assai controverso, che poteva essere inteso sia nel senso più tradizionalista, cioè legato alla percezione della donna casalinga e dedita alla famiglia, frutto dello status sociale attribuitole durante il ventennio fascista; sia nel senso più innovativo di donna emancipata, frutto delle tendenze innovative del governo di sinistra. La Costituzione grazie all'articolo 37 aveva finalmente tracciato “[...] un disegno positivamente apprezzabile del ruolo nuovo della donna.”¹⁸ Il principio di eguaglianza fa riferimento sia al trattamento economico sia al trattamento normativo, specificando che l'eguaglianza debba esserci in situazioni di parità di lavoro tra i due sessi. Grazie al primo comma dell'articolo in questione, la donna vide finalmente formalizzata la sua parità rispetto al genere maschile, ma la difficoltà stava nella complessa modalità di attuazione di tale

¹⁶ Costituzione della Repubblica Italiana 1 gennaio 1948, art. 37: “*La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione. La legge stabilisce il limite minimo di età per il lavoro salariato. La Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione.*”

¹⁷ C. Lombardi e L. Martini, *La storia della legislazione italiana a protezione delle lavoratrici madri che allattano*, www.mami.org, 2000, cap.5, p.1.

¹⁸ Associazione Italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, *La disciplina giuridica del lavoro femminile. Atti delle giornate di studio di Abano Terme, 16-17 aprile 1977*, Milano, Giuffrè editore, 1978, p.15.

principio all'interno di una società reduce da un periodo brutalmente misogino. Di conseguenza il legislatore doveva adoperarsi al fine di adottare *“la via da seguire per assicurare alle donne la parità effettiva nel lavoro”*¹⁹.

Il primo intervento legislativo, successivo all'entrata in vigore della Costituzione, ci fu con la Legge n. 860 del 26 agosto 1950²⁰. Tale Legge, intitolata *“Tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri”*, proponeva una totale riforma della legge sulle lavoratrici madri del 1934. In particolare, il divieto di adibizione della lavoratrice a mansioni pesanti era stato notevolmente ampliato e il legislatore aveva previsto il decorso del divieto dal momento della presentazione del certificato di gravidanza, sino a tre mesi dopo la data del parto, eventualmente prorogabili a sette in caso di allattamento. La donna in questo caso veniva riassegnata a mansioni compatibili con il suo stato, eventualmente anche inferiori. Il divieto di licenziamento era già stato introdotto dalla legge del 1934, e successivamente con la Legge n. 860 del 1950 era stato esteso a tutto il periodo di gestazione e sino a un anno dopo il parto. Infine, la novità più importante riguardava l'ampliamento del periodo di astensione obbligatoria dall'attività lavorativa pari a sei settimane prima della data presunta del parto e due mesi dopo il parto, con l'assegnazione di un'indennità pari al 80% della normale retribuzione. Eventualmente tale periodo di astensione poteva essere esteso di ulteriori sei mesi, senza diritto alla retribuzione ma con diritto alla conservazione del posto, qualora l'Ispettorato del lavoro lo ritenesse necessario in ragione della qualità del lavoro eseguito dalla donna. Infine vi fu un'introduzione fondamentale in tema di allattamento dato che per la prima volta, oltre ai riposi assicurati per l'allattamento dei figli, si ribadiva la necessità di istituire camere di allattamento all'interno dei luoghi di lavoro che contassero *“almeno trenta donne coniugate di età non superiore ai 50 anni”*²¹. Eventualmente qualora l'Ispettorato del lavoro lo avesse consentito, in sostituzione alla camera di allattamento poteva essere concessa la predisposizione di *“asili nido per l'allattamento, l'alimentazione e la custodia dei*

¹⁹ M.V. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, Il Mulino, 1979 p. 111.

²⁰ Legge 26 agosto 1950, n. 860 *Tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri*.

²¹ Legge 26 agosto 1950, n. 860 articolo 11 comma 1 *Tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri*.

bambini, di età non superiore ai tre anni, delle lavoratrici dipendenti e può inoltre promuovere l'istituzione di asili nido interaziendali convenientemente ubicati. “

L'articolo sopra citato, imponeva l'obbligo di istituire la camera di allattamento nei luoghi di lavoro in presenza di almeno trenta donne di età inferiore ai 50 anni, specificando che nel computo si sarebbe dovuto tener conto esclusivamente delle coniugate, distinzione che la legge precedente non richiedeva.²²

Negli anni successivi all'emanazione della Legge n. 860/1950, con un'ulteriore Legge nel 1963 era stato inserito il divieto di licenziamento per causa di matrimonio. Tale divieto rappresentava una misura protettiva posta principalmente al fine di prevenire la discriminazione in base al sesso. Spesso il datore di lavoro utilizzava lo strumento del licenziamento nei confronti della lavoratrice neo-coniugata come strumento di prevenzione, in quanto era molto comune che la donna, successivamente alla data delle nozze, avrebbe potuto intraprendere una gravidanza.

La Legge n. 860 del 1950 venne rettificata negli anni Settanta con la Legge 1204 del 1971²³. Con questa Legge il tema della maternità è stato nuovamente riformato, inserendo nuove misure tra cui l'astensione obbligatoria dall'attività lavorativa pari a cinque mesi, due prima della data presunta del parto e tre successivamente al parto, coperta da un'indennità pari al 80% della retribuzione normale. Il periodo di astensione è prorogabile anche su volontà dell'Ispettorato del lavoro per tutelare la salute della lavoratrice. È previsto anche un periodo di astensione facoltativa fino ad un massimo di ulteriori sei mesi accompagnata da un'indennità ridotta al 30% della retribuzione. Il periodo relativo al divieto di svolgimento di mansioni pesanti è rimasto invariato, mentre il divieto di licenziamento è stato esteso a tutto il periodo di gestazione e puerperio fino al compimento dell'anno di età del bambino. In caso di licenziamento durante il periodo in questione era prevista la reintegrazione della lavoratrice. La Legge del 1971 rappresenta l'ultima grande modifica alla normativa in materia di maternità, tanto che ancora oggi

²² C. Lombardi e L. Martini, *La storia della legislazione italiana a protezione delle lavoratrici madri che allattano*, www.mami.org, 2000, cap.4, p.1.

²³ Legge 30 dicembre 1971, n. 1204 *Tutela delle lavoratrici madri*.

tale Legge rappresenta la base giuridica di riferimento su cui poggia il nostro attuale Testo Unico in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità²⁴.

²⁴ Decreto Legislativo 26 marzo 2001, n. 151 *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità*, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53.

CAPITOLO 2

LA TUTELA DELLA LAVORATRICE MADRE NELL'ORDINAMENTO EUROPEO

2.1 Introduzione alla Direttiva n. 85 del 1992 e clausola di non regresso.

L'Unione Europea nacque ufficialmente nel 1957, successivamente al periodo bellico, con lo scopo di trasformare il territorio europeo in un mercato unico, capace di garantire la libera circolazione di merci, capitali e persone. Inizialmente, tra gli obiettivi principali che l'Unione Europea si era posta, non era presente alcun riferimento ad un possibile sistema di politica sociale uniforme tra gli Stati Membri. Le differenze di tutela, in materia di politica sociale, che si erano consolidate tra i vari stati europei, comportavano un alto rischio di dumping sociale²⁵, di conseguenza, con l'avanzare degli anni, l'uniformità delle disposizioni normative in materia di tutela dei lavoratori diventò una necessità primaria per l'Unione, finalizzata alla realizzazione assoluta del mercato unico. Il primo intervento Europeo, completo ed esaustivo, in materia di tutela della lavoratrice madre, si ebbe con l'emanazione della Direttiva n. 85 del 19 ottobre 1992²⁶. Precedentemente all'introduzione di tale direttiva, nella legislazione europea a protezione delle lavoratrici madri, vigeva solamente il divieto di *“adibire le donne in stato di gravidanza, accertato da un medico, e le madri nel periodo dell'allattamento a lavori che comportino l'esposizione al benzene od a prodotti contenenti benzene.”*²⁷; divieto introdotto con la convenzione n. 136 del 1981 dall'Organizzazione Mondiale del Lavoro. Successivamente, con l'emanazione dell'Atto Unico Europeo nel 1987, vi furono importanti modifiche, in particolare all'articolo 118 A del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. Con l'introduzione dell'articolo suddetto, era stata rettificata la

²⁵ Differenza di tutele, concorrenza sleale dovuta al diverso costo del lavoro e alle diverse tutele applicate internamente dagli Stati Membri dell'Unione Europea.

²⁶ Dir. CEE 19 ottobre 1992, n. 85 *Direttiva 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.*

²⁷ C. Lombardi e L. Martini, *La storia della legislazione italiana a protezione delle lavoratrici madri che allattano*, www.mami.org, 2000, cap.6, p.1.

regola dell'adozione di direttive in materia di salute e sicurezza dei lavoratori all'unanimità, stabilendo la possibilità di introdurre direttive a maggioranza qualificata²⁸. Con il meccanismo della maggioranza qualificata si rimediò al problema causato dalla Gran Bretagna. Quest'ultima, si dimostrava spesso contraria all'elaborazione e attuazione di direttive in materia di politica sociale, provocando numerosi arresti della legislazione, in ragione del criterio di adozione all'unanimità vigente sino a quel momento.²⁹

Grazie alle modifiche introdotte, il legislatore europeo elaborò direttive mirate in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, tra le quali rientra la Direttiva n. 85 del 19 ottobre 1992. La Direttiva in questione, era stata emanata dal legislatore con lo scopo di uniformare e garantire il livello minimo di protezione nei confronti della lavoratrice madre tra i diversi Stati membri, senza svantaggiare la presenza della donna all'interno del mercato del lavoro. Le indicazioni inserite nella Direttiva, dovevano essere obbligatoriamente recepite nell'ordinamento interno dello Stato membro, il quale entro un termine massimo, solitamente di due anni, doveva procedere alla trasposizione obbligatoria. L'armonizzazione alla Direttiva sopra citata, nel caso dello Stato italiano, non risultò particolarmente complessa, in quanto la normativa riferita alla tutela nei confronti delle lavoratrici madri è sempre stata molto avanzata e sviluppata rispetto alla disciplina europea.

Il meccanismo di trasposizione delle Direttive europee, è spesso caratterizzato dalla presenza della clausola di non regresso, inserita dal legislatore all'interno delle direttive ai fini della trasposizione. Tale clausola è vincolante nei confronti degli Stati membri, in quanto al momento della trasposizione a livello nazionale della direttiva, quest'ultima non potrà fungere da giustificazione o pretesto per l'abbassamento dei livelli generali di tutela dei lavoratori già esistenti all'interno dello Stato membro. In riferimento alla clausola di

²⁸ La maggioranza qualificata è un meccanismo di individuazione della scelta vittoriosa, tramite una votazione, il cui esito deve spingersi verso una quota di preferenze del totale degli aventi diritto al voto, solitamente si tratta di una quota fissata intorno ai $\frac{2}{3}$ o $\frac{3}{4}$.

²⁹ La Gran Bretagna, intorno agli anni Settanta, aveva iniziato a manifestare un alto grado di contrarietà per quanto riguardava l'adozione di Direttive europee in materia di politica sociale. Tali Direttive, in virtù dell'articolo 100 del Trattato di Roma del 1957, dovevano essere emanate dal Consiglio Europeo all'unanimità degli Stati Membri, in quanto considerate come norme che andavano ad influenzare il funzionamento del mercato comune. L'articolo sopra citato non permetteva in alcun modo l'adozione di Direttive in materia di salute e sicurezza a maggioranza, di conseguenza la situazione europea divenne insostenibile. Intorno agli anni Settanta, per ovviare le continue opposizioni della Gran Bretagna, vi fu una modifica dei Trattati, sino all'emanazione dell'articolo 118 A del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, che consentì l'emanazione di Direttive in materia di salute e sicurezza a maggioranza qualificata.

non regresso, lo Stato italiano al momento dell'emanazione della Direttiva n. 85 del 1992, presentava un grado di tutela superiore rispetto ai minimi inseriti nella stessa. Di conseguenza l'adeguamento alla Direttiva, non poteva costituire il presupposto per l'abbassamento dei livelli di tutela destinati alle lavoratrici madri preesistenti.

2.2 Diritti minimi imposti dalla Direttiva

La Direttiva n. 85 del 1992 per la tutela delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento è stata introdotta in conformità all'articolo 118 A, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. La sua emanazione risultava conforme alla Direttiva n. 391 del 1989³⁰, in particolare all'articolo 15, il quale stabilisce che *“I gruppi a rischio particolarmente esposti devono essere protetti dagli specifici pericoli che li riguardano.”*

La Direttiva suddetta, tratta il tema della tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, e si occupa di incentivare l'adozione di misure finalizzate all'avanzamento continuo della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, in quanto considerate come soggetti meritevoli di particolare tutela sul luogo di lavoro.

Secondo la legislazione europea, a differenza di quella italiana, la tutela nei confronti della lavoratrice, scatta dal momento in cui il datore di lavoro viene informato dello stato della donna, sia questa gestante, puerpera o in periodo di allattamento³¹. Le tutele destinate alle lavoratrici elencate all'articolo 2 della Direttiva, prevedono il diritto alla sospensione obbligatoria dell'attività lavorativa, il diritto della lavoratrice di assentarsi per esami prenatali, il diritto al rifiuto di svolgimento del lavoro notturno e infine il diritto all'indennità di maternità.

³⁰ Dir. CEE 12 giugno 1989, n. 391 *Direttiva concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro.*

³¹ Dir. CEE 19 ottobre 1992, n. 85 articolo 2 *“ Ai fini della presente direttiva si intende per: a) lavoratrice gestante, ogni lavoratrice gestante che informi del suo stato il proprio datore di lavoro, conformemente alle legislazioni e / o prassi nazionali; b) lavoratrice puerpera, ogni lavoratrice puerpera ai sensi delle legislazioni e / o prassi nazionali che informi del suo stato il proprio datore di lavoro, conformemente a dette legislazioni e / o prassi; c) lavoratrice in periodo di allattamento, ogni lavoratrice in periodo di allattamento ai sensi delle legislazioni e / o prassi nazionali, che informi del suo stato il proprio datore di lavoro, conformemente a dette legislazioni e/ o prassi”.*

Il congedo di maternità, sia questo obbligatorio o facoltativo, consiste nel periodo di astensione della lavoratrice dall'attività lavorativa. Secondo quanto stabilito dalla normativa comunitaria, il periodo sopra citato deve essere pari ad “[...] *almeno quattordici settimane ininterrotte, ripartite prima e/o dopo il parto, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali.*”³² In riferimento al periodo di quattordici settimane anzidetto, solamente due di queste vengono considerate obbligatorie dalla Direttiva. Come si può notare, il periodo di astensione dall'attività lavorativa previsto dalla normativa comunitaria, è molto ridotto, di conseguenza il legislatore specifica ripetutamente il rinvio alle prassi nazionali, le quali devono conformarsi ai livelli di trattamento minimi inseriti nella Direttiva di riferimento, e eventualmente prevedere trattamenti di maggior favore rispetto a quanto stabilito.

Oltre al diritto al congedo di maternità, il legislatore europeo, consente alla lavoratrice di usufruire di permessi lavorativi, limitatamente allo svolgimento di esami prenatali che debbano essere effettuati durante l'orario di lavoro, come sancito dall'articolo 9 della Direttiva. L'utilizzo dei permessi precedentemente nominati, non fa venir meno il diritto alla retribuzione spettante alla lavoratrice.

Un'ulteriore norma a favorevole per la lavoratrice, sia essa gestante o puerpera, sancisce il diritto al rifiuto dell'attività lavorativa che comporti lo svolgimento delle mansioni a lei destinate, in orario di lavoro notturno. Con il termine “*lavoratore notturno*”, per effetto del rinvio alle norme nazionali sancito della Direttiva in materia di orario di lavoro³³, si intende il lavoro svolto in modo abituale, per almeno tre ore consecutive nell'intervallo tra la mezzanotte e le cinque del mattino.

In caso di rifiuto di svolgimento di lavoro notturno da parte della lavoratrice, che si trovi nelle condizioni di cui all'articolo 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, ove possibile, può esserle data la possibilità di svolgere le medesime mansioni in orario diurno o, qualora tale alternativa non sia praticabile, che venga prorogato il congedo di maternità.

³² 28 novembre 1992, *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, www.eur-lex.europa.eu.it, Direttiva n.85 del 19 ottobre 1992, articolo 8.

³³ Dir. CEE 4 novembre 2003, n. 88 *Direttiva concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, Capo III.

La Direttiva infine, all'articolo 11, stabilisce il diritto all'indennità di maternità per le lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento. La misura dell'indennità, deve essere obbligatoriamente stabilita dai singoli Stati membri, in misura non inferiore all'indennità percepita dai lavoratori durante il periodo di malattia. Considerato che la Direttiva preveda esclusivamente un'indennità minima al di sotto della quale non scendere, e non una misura indennitaria fissa o proporzionale, è previsto che la retribuzione spettante durante il congedo di maternità sia analoga allo stipendio medio percepito dalla lavoratrice. Il periodo di riferimento per il calcolo dello stipendio medio, dovrebbe rifarsi ad un periodo precedente alla data di inizio della gestazione.³⁴

In virtù della clausola di non regresso, citata all'interno della Direttiva in questione, gli Stati membri dovevano prevedere nell'ordinamento interno misure a protezione della lavoratrice non inferiori rispetto a quelle inserite nella stessa. L'Italia in tema di diritti della lavoratrice madre risultava già ampiamente migliorativa rispetto ai trattamenti minimi imposti.

2.3 Divieti a favore della lavoratrice imposti dalla Direttiva. Il particolare caso della fecondazione in vitro.

La Direttiva n. 85 del 1992, oltre ai diritti spettanti alla lavoratrice madre, ricomprende al suo interno una serie di divieti che ricadono sul datore di lavoro, appurato che quest'ultimo sia a conoscenza dello stato della lavoratrice, al momento del mancato rispetto del divieto imposto. I due divieti fondamentali imposti dalla Direttiva, sono il divieto di svolgimento di mansioni pesanti, nocive o insalubri e il divieto di licenziamento, rispettivamente inseriti all'interno degli articoli 6 e 10 della stessa.

Lo svolgimento di mansioni pesanti, nocive e insalubri, deve essere evitato dal datore di lavoro qualora la lavoratrice si trovi in stato di gravidanza o in periodo di allattamento. Secondo il legislatore comunitario, la protezione della salute e della sicurezza destinata alle lavoratrici di cui all'articolo 2 della Direttiva, è un aspetto fondamentale che necessita

³⁴ M. Fezzi, *Rivista telematica di diritto del lavoro (Lavoratrice madre. Normativa comunitaria)*, www.direttrice.it.

di continui aggiornamenti in ragione del fatto che “*la gravidanza non è una malattia ma un aspetto della vita quotidiana.*”³⁵

In questo caso l’articolo 6 della Direttiva n. 85 del 1992 ³⁶, fa riferimento esclusivamente alle lavoratrici gestanti o in allattamento, in quanto l’esposizione al rischio andrebbe a nuocere la madre ma soprattutto il bambino. Come nel caso del lavoro notturno, la lavoratrice avrà diritto ad essere adibita a mansioni differenti se compatibili, o eventualmente, in mancanza di queste, di essere adibita a mansioni inferiori, o disporre della sospensione anticipata. In virtù dell’articolo 11 della Direttiva, trattante il tema dei diritti connessi con il contratto di lavoro, esso stabilisce che la lavoratrice ha ugualmente diritto alla retribuzione o un’indennità adeguata.

Inoltre, in allegato all’articolo 6 sopra citato, è inserito un elenco non esaustivo di agenti e condizioni di lavoro considerati rischiosi e pericolosi per la lavoratrice gestante o in periodo di allattamento. Come appena sopra ricordato tale elenco viene considerato non esaustivo dal legislatore stesso, di conseguenza, la Commissione Europea, in conformità con l’articolo 3 della Direttiva, ha elaborato una comunicazione³⁷ riguardante tutti gli elementi valutati come pericolosi ai fini della salute e sicurezza delle lavoratrici. La valutazione generale del rischio deve essere obbligatoriamente svolta dal datore di lavoro, il quale deve necessariamente considerare la natura, l’intensità e la durata dell’esposizione al rischio.

La valutazione del conseguente danno, che si potrebbe verificare in capo alla lavoratrice, dovrà essere poi accompagnata dall’intervento del datore di lavoro, il quale dovrà

³⁵ Commissione delle Comunità Europee, *Comunicazione della commissione sulle linee direttrici per la valutazione degli agenti chimici, fisici e biologici, nonché dei processi industriali ritenuti pericolosi per la sicurezza o la salute delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (direttiva 92/85/CEE del Consiglio)*, Bruxelles, 2000, p. 6.

³⁶ Dir. CEE 19 ottobre 1992, n. 85 articolo 6 “*Oltre alle disposizioni generali concernenti la protezione dei lavoratori, e in particolare quelle relative a valori limite di esposizione professionale: 1) le lavoratrici gestanti di cui all’articolo 2, lettera a) 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’allegato II, sezione A; 2) le lavoratrici in periodo di allattamento di cui all’articolo 2 , lettera c) 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’allegato II, sezione B.*”

³⁷ Commissione delle Comunità Europee, *Comunicazione della commissione sulle linee direttrici per la valutazione degli agenti chimici, fisici e biologici, nonché dei processi industriali ritenuti pericolosi per la sicurezza o la salute delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (direttiva 92/85/CEE del Consiglio)*, Bruxelles, 2000.

procedere alla rimozione del rischio, tramite l'introduzione di strumenti o sistemi di prevenzione adatti, al fine di preservare la salute e la sicurezza della lavoratrice.³⁸

Oltre al divieto di esposizione a sostanze nocive o insalubri, all'articolo 11 della Direttiva n. 85 del 1992³⁹, è previsto il divieto di licenziamento. Il divieto di licenziamento delle lavoratrici madri, si applica dal momento di inizio della gravidanza sino al termine del congedo di maternità, fissato dalla Direttiva in almeno 14 settimane ininterrotte.

Il divieto di licenziamento sopra citato, con la continua evoluzione delle tecnologie mediche in tema di maternità, negli ultimi decenni è stato ampiamente aggirato dai datori di lavoro, al fine di licenziare lavoratrici che facevano ricorso alla fecondazione in vitro⁴⁰. Tale licenziamento si configura come discriminatorio agli occhi della legislazione comunitaria, e di conseguenza nullo. Tra le sentenze relative alla fecondazione in vitro, una delle più rilevanti della Corte di Giustizia Europea, è la sentenza della Signora Mayr. La lavoratrice si era sottoposta a trattamenti medici per la fecondazione in vitro, con conseguente impianto degli ovuli fecondati in utero. Il datore di lavoro, presso cui la lavoratrice era impiegata, aveva disposto il licenziamento di quest'ultima, in data anteriore a quella di trasferimento dell'embrione in utero. La lavoratrice si era rivolta alla Corte di Giustizia, chiedendo di vedersi applicata la tutela contro il licenziamento illegittimo disposta all'articolo 11 della Direttiva n. 85 del 1992. Con grande sorpresa, la Corte di Giustizia Europea aveva disposto che: “[...] *la tutela contro il licenziamento istituita dalla direttiva relativa alla sicurezza e alla salute delle lavoratrici gestanti non può essere estesa al caso in cui, alla data della comunicazione del licenziamento, il*

³⁸ Ivi, p. 10.

³⁹ Dir. CEE 19 ottobre 1992, n. 85 articolo 11 “*Per garantire alle lavoratrici ai sensi dell'articolo 2 l'esercizio dei diritti di protezione della sicurezza e della salute riconosciuti nel presente articolo 1) gli Stati membri adottano le misure necessarie per vietare il licenziamento delle lavoratrici di cui all'articolo 2 nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità di cui all'articolo 8 , paragrafo 1 , tranne nei casi eccezionali non connessi al loro stato ammessi dalle legislazioni e /o prassi nazionali e , se del caso, a condizione che l'autorità competente abbia dato il suo accordo; 2) qualora una lavoratrice ai sensi dell'articolo 2 sia licenziata durante il periodo specificato nel punto 1) , il datore di lavoro deve fornire per iscritto giustificati motivi per il licenziamento; 3) gli Stati membri adottano le misure necessarie per proteggere le lavoratrici di cui all'articolo 2 contro le conseguenze di un licenziamento che a norma del punto 1) è illegittimo.*”

⁴⁰ La fecondazione in vitro consiste in un trattamento destinato alla donna, che consiste nell'unione dell'ovulo materno con lo spermatozoo in laboratorio.

trasferimento degli ovuli fecondati in vitro nell'utero della lavoratrice non sia ancora avvenuto."⁴¹

A seguito della pronuncia della Corte di Giustizia, la lavoratrice non si è vista applicare la tutela contro il licenziamento illegittimo della lavoratrice madre. Tuttavia è possibile far valere la tutela contro la discriminazione fondata sul sesso, riconosciuta nella Direttiva n. 54 del 2006⁴², in ragione del fatto che i trattamenti intrapresi dalla lavoratrice siano destinati esclusivamente alla donna.

Tutte le tutele sancite dalla legislazione europea sono ad oggi rispettate dall'ordinamento italiano, il quale ha elaborato un Testo Unico sulla maternità e sui congedi parentali, D.lgs. 151 del 2001, che racchiude tutte le leggi riferibili ai diritti e divieti posti a favore della lavoratrice madre, nonché agli strumenti di tutela in favore delle figure genitoriali.

⁴¹ Sentenza della Corte di giustizia nella causa C-506/06, *un licenziamento fondato essenzialmente sul fatto che una lavoratrice si trovi in una fase avanzata di un trattamento di fecondazione in vitro è contrario al principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne*, comunicato stampa n. 10/08, www.curia.europa.eu 26 febbraio 2008, p. 2.

⁴² Dir. CEE 15 agosto 2006, n. 54 *Attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego*.

CAPITOLO 3

LA TUTELA DELLA LAVORATRICE MADRE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

3.1 Introduzione al Testo Unico Maternità, D.lgs. n. 151 del 2001.

In seguito all'entrata in vigore della Costituzione Italiana nel 1948, l'ordinamento nazionale prese come principio cardine, in materia di tutela della lavoratrice, l'articolo 37 della stessa. L'articolo in questione, sancisce il principio di parità tra uomo e donna, per quanto concerne le condizioni di lavoro.

Nel periodo immediatamente successivo all'emanazione della Costituzione, la Legge di riferimento in Italia per la tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri, è stata per circa un ventennio la Legge n. 860 del 1950. La Legge in questione rappresentava una vittoria importantissima per l'emancipazione delle donne dell'epoca, sebbene le imprese presso le quali venivano impiegate adottassero ugualmente modalità per aggirare le tutele poste a favore della donna. La Legge suddetta rimase invariata sino all'entrata in vigore della Legge n. 1204 del 30 dicembre 1971⁴³ e della Legge n. 903 del 1977⁴⁴, quest'ultima nota come Legge Anselmi. Le leggi sopra citate, erano state emanate con una duplice finalità, da un lato vi era la necessità di migliorare ulteriormente la posizione della lavoratrice madre internamente al nostro ordinamento, dall'altro vi era invece il bisogno di trovare un punto d'incontro tra la vita privata e la vita lavorativa della donna, in modo tale da garantirle una adeguata conciliazione vita – lavoro. Quest'ultimo obiettivo, era volto ad assicurare alla donna il tempo necessario da destinare alla cura e alla crescita dei figli e alla gestione dell'intero nucleo familiare; contemporaneamente si assicurava alla stessa la possibilità di svolgere una prestazione lavorativa, che potesse evitare la sua segregazione al ruolo di moglie e madre.⁴⁵

⁴³ Legge 30 dicembre 1971, n. 1204 *Tutela delle lavoratrici madri*.

⁴⁴ Legge 9 dicembre 1977, n. 903 *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*.

⁴⁵ Claudia Cermelli, *Maternità e lavoro. Dissertazione sulla tutela delle lavoratrici madri*, Roma, Aracne editrice, 2008, p. 23 – 24.

La Legge n. 1204 del 1971, era entrata in vigore con lo scopo di assicurare una protezione adeguata alla salute psichica e fisica della lavoratrice gravida o puerpera, e parallelamente assicurare al figlio cure adeguate e indispensabili da parte della madre per l'intera durata dei suoi primi anni di vita, considerati i più bisognosi di affetto, cure e dedizione. La legge in questione aveva ufficialmente introdotto i periodi di astensione obbligatoria, astensione facoltativa, divieto di licenziamento, divieto di lavoro notturno e altre disposizioni favorevoli per la lavoratrice.⁴⁶

La Legge n. 1204 del 1971 non era stata la prima fonte di riferimento in materia infatti, come già evidenziato nei capitoli precedenti, vi era stata un'importante evoluzione della disciplina a partire dalla fine del XIX secolo, variata durante il ventennio fascista, e modificata nuovamente durante il periodo post – bellico. Tra le varie evoluzioni della disciplina, è necessario menzionare anche l'articolo 2110 del Codice Civile, entrato in vigore nel 1942⁴⁷. L'articolo 2110 del Codice Civile, aveva inserito tra le cause legittime di sospensione dell'attività lavorativa, la gravidanza e il puerperio. Tale articolo aveva sottolineato l'importanza della sospensione dell'attività lavorativa durante un periodo delicato nella vita della donna, come quello della gravidanza e del puerperio, alludendo però al solo aspetto del rapporto di lavoro e rimandando ad una disciplina più specifica la determinazione dei tempi e delle modalità di godimento dei periodi di astensione, concretizzatasi solo negli anni Settanta, con l'emanazione della legge 1204 del 1971.

L'Italia, a fronte dell'emanazione delle Legge appena enunciata, si era dimostrata ampiamente propositiva nei confronti delle tutele spettanti alla lavoratrice, tanto da risultare notevolmente garantista rispetto ad altri Stati europei. La situazione della legislazione nazionale, si presentava già esauriente e apprezzabile in tema, di conseguenza, a seguito della pubblicazione della Direttiva Europea n. 85 del 1992, l'Italia non si fece cogliere impreparata e si dimostrò ampiamente conforme ai minimi di

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Regio Decreto 19 aprile 1942, n. 262 *Approvazione del testo del Codice Civile*, art. 2110 “*In caso d'infortunio, di malattia, di gravidanza o di puerperio, se la legge o le norme corporative non stabiliscono forme equivalenti di previdenza o di assistenza, è dovuta al prestatore di lavoro la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità. Nei casi indicati nel comma precedente, l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'art. 2118, decorso il periodo stabilito dalla legge, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità. Il periodo di assenza dal lavoro per una delle cause anzidette deve essere computato nell'anzianità di servizio.*”

trattamento inseriti dalla Direttiva stessa, emanata a distanza di un ventennio. La trasposizione infatti, avvenuta con Decreto Legislativo n. 645 del 1996, non comportò alcun mutamento consistente della normativa, ma si limitò a specificare alcune linee guida stabilite dalla legislazione comunitaria, in merito alla valutazione di elementi pericolosi per la salute e la sicurezza delle lavoratrici.⁴⁸

Ad oggi, la Legge n. 1204 del 1971, non è più in vigore in quanto confluita all'interno del Testo Unico Maternità e Paternità, emanato con Decreto Legislativo n. 151 del 2001⁴⁹.

Il Testo Unico sopra indicato ha riformato la protezione delle lavoratrici madri tramite la totale riorganizzazione di tutte le norme vigenti, riferite al tema della lavoratrice madre, all'interno del Testo Unico.⁵⁰ Il contenuto del decreto, ha incluso al suo interno anche la disciplina relativa ai diritti spettanti al padre, visti come una vera e propria novità, considerato che uno dei limiti che emergeva dalla Legge n. 1204 del 1971 era proprio il fatto di essere rivolta esclusivamente alla lavoratrice, in quanto destinataria in via preferenziale della tutela in materia di maternità. Il legislatore, all'interno del Testo Unico Maternità e Paternità, esalta la volontà di proteggere non solo la maternità, ma la genitorialità in generale, mirando al perseguimento di una situazione di parità tra le due figure. La necessità di bilanciamento tra la figura materna e quella paterna, nasce dal bisogno di offrire una presenza neutra nella vita del bambino. La specificazione appena enunciata, trattata all'interno della Direttiva n. 34 del 3 giugno 1996⁵¹, è stata inserita all'interno del testo con lo scopo di creare una condizione di equilibrio tra la presenza della figura materna e quella della figura paterna, concedendo loro la medesima opportunità di godimento di diritti e opportunità di conciliazione vita – lavoro.⁵²

Viene dunque previsto, ai Capi IV e V, il congedo di paternità, che consiste nell'astensione obbligatoria del lavoratore, e il congedo parentale, che consiste nell'astensione facoltativa

⁴⁸ Claudia Cermelli, *Maternità e lavoro. Dissertazione sulla tutela delle lavoratrici madri*, Roma, Aracne editrice, 2008, p. 24.

⁴⁹ D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53*.

⁵⁰ M. Berruti e A. Vassalini, *La donna e il lavoro: diritti e tutele*, Padova, CEDAM, 2003, p. 25-26.

⁵¹ Dir. CEE 3 giugno 1996, n. 34 *Direttiva concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES*.

⁵² Claudia Cermelli, *Maternità e lavoro. Dissertazione sulla tutela delle lavoratrici madri*, Roma, Aracne editrice, 2008, p. 27-29.

sia della lavoratrice sia del lavoratore. I periodi di astensione obbligatoria, vengono necessariamente calibrati in ragione del ruolo ricoperto, di conseguenza, la lavoratrice gravida o puerpera dovrà godere di un'astensione più estesa, in quanto coinvolta fisicamente in prima persona.

3.2 Il congedo di maternità obbligatorio e facoltativo, l'ammontare dell'indennità e altri diritti.

Il Decreto Legislativo n. 151 del 26 marzo 2001, rappresenta la razionalizzazione di tutte le norme emanate nel corso degli anni relative alla tutela della genitorialità, e si occupa di riordinare la disciplina in materia. In particolare, ai Capi II e III del Testo Unico, è possibile trovare un esplicito riferimento alla lavoratrice madre, intesa come soggetto meritevole di specifiche tutele durante il periodo della gestazione e del puerperio, considerati come due momenti di spiccata complessità psico-fisica nella vita della donna. Infatti, lo stato di gravidanza viene considerato come un momento chiave per la vita della lavoratrice, tale da far sorgere in capo ad essa una serie di diritti e tutele specifiche ai fini della protezione propria e del nascituro.

La tutela del Testo Unico, si applica alla lavoratrice dal momento in cui quest'ultima presenta il certificato di gravidanza al datore di lavoro, redatto da uno dei soggetti competenti⁵³. Nell'ordinamento italiano la tutela della lavoratrice scatta dal momento del concepimento, a differenza della disciplina prevista dalla Direttiva Europea n. 85 del 1992, ove la tutela destinata alla lavoratrice scatta dal momento in cui il datore di lavoro viene informato del suo stato interessante. All'interno del certificato medico redatto dai soggetti abilitati dalla normativa, è previsto l'inserimento della data presunta del parto, dalla quale saranno poi calcolati i tempi di inizio di astensione obbligatoria dall'attività lavorativa.

⁵³ D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, art. 76 “1. Al rilascio dei certificati medici di cui al presente testo unico, salvo i casi di ulteriore specificazione, sono abilitati i medici del Servizio sanitario nazionale. 2. Qualora i certificati siano redatti da medici diversi da quelli di cui al comma 1, il datore di lavoro o l'istituto presso il quale la lavoratrice è assicurata per il trattamento di maternità hanno facoltà di accettare i certificati stessi ovvero di richiederne la regolarizzazione alla lavoratrice interessata. 3. I medici dei servizi ispettivi del Ministero del lavoro hanno facoltà di controllo. 4. Tutti i documenti occorrenti per l'applicazione del presente testo unico sono esenti da ogni imposta, tassa, diritto o spesa di qualsiasi specie e natura.”.

L'astensione obbligatoria e facoltativa previste dal Testo Unico maternità, forniscono una tutela mirata alla protezione della salute e della sicurezza della lavoratrice e del bambino. L'astensione obbligatoria nell'ordinamento italiano viene disciplinata all'articolo 16 del D.lgs. 151 del 2001⁵⁴. Tale astensione ha una durata totale di cinque mesi obbligatori che vengono distribuiti dal legislatore nei due mesi antecedenti alla data presunta del parto, e i restanti tre da godere successivamente alla data del parto. La suddivisione dei cinque mesi effettuata dal legislatore non è vincolante per la lavoratrice, e viene definita come flessibilità del congedo.⁵⁵ La lavoratrice infatti potrebbe decidere di usufruire del congedo di maternità obbligatorio con una distribuzione diversa rispetto a quanto stabilito nell'articolo, ad esempio posticipando la data di astensione, purché venga attestata l'assenza di rischio alla prosecuzione dello svolgimento dell'attività lavorativa, sia dal medico competente ai fini della prevenzione della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro, sia da un medico specialista. Qualora la lavoratrice fosse soggetta ad una gravidanza a rischio, o svolgesse mansioni pregiudizievoli per la salute propria e del bambino, il divieto di svolgimento dell'attività lavorativa potrebbe essere anticipato. L'anticipazione del congedo deve essere subordinata alla verifica, da parte del datore di lavoro, della mancanza di mansioni differenti da quelle svolte dalla lavoratrice, eventualmente anche inferiori, che non compromettano lo stato di salute della madre e del nascituro. In caso di assenza di mansioni alternative, l'astensione potrebbe essere anticipata a tre mesi, come prescritto nelle ipotesi contenute all'articolo 17 del D. lgs. 151 del 2001.⁵⁶ Un ulteriore motivo di anticipazione del congedo di maternità potrebbe verificarsi in caso di parto prematuro con ricovero del neonato. Sino al 2011, in riferimento al parto prematuro con conseguente ricovero del bambino, l'articolo 16 lettera C non permetteva alla lavoratrice di usufruire del congedo di maternità obbligatorio; tale

⁵⁴ D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, articolo 16 “È vietato adibire al lavoro le donne: a) durante i due mesi precedenti la data presunta del parto, salvo quanto previsto all'articolo 20; b) ove il parto avvenga oltre tale data, per il periodo intercorrente tra la data presunta e la data effettiva del parto; c) durante i tre mesi dopo il parto, salvo quanto previsto all'articolo 20; d) durante i giorni non goduti prima del parto, qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta. Tali giorni si aggiungono al periodo di congedo di maternità dopo il parto, anche qualora la somma dei periodi di cui alle lettere a) e c) superi il limite complessivo di cinque mesi.”.

⁵⁵ Berruti e A. Vassalini, *La donna e il lavoro: diritti e tutele*, Padova, CEDAM, 2003, p. 36-37.

⁵⁶ Berruti e A. Vassalini, *La donna e il lavoro: diritti e tutele*, Padova, CEDAM, 2003, p. 38.

articolo è stato dichiarato illegittimo con sentenza favorevole della Corte Costituzionale.⁵⁷

Il congedo di maternità previsto dalla legislazione italiana, comprende un periodo di astensione obbligatoria molto più esteso rispetto alla Direttiva Europea, la quale stabilisce un'astensione obbligatoria di sole due settimane. L'estensione più duratura di tale congedo dimostra la volontà dello Stato Italiano di garantire una protezione adeguata alla lavoratrice, rispetto ai minimi stabiliti all'interno della Direttiva comunitaria.

Inoltre, l'ordinamento italiano consente alla lavoratrice di beneficiare di un ulteriore congedo di maternità da utilizzare a sua discrezione, chiamato congedo di maternità facoltativo. L'astensione facoltativa è la novità più rivoluzionaria introdotta con la Legge n. 53 del 8 marzo 2000⁵⁸, la quale aveva introdotto tale congedo sulla base di una considerazione della Relatrice della commissione Elena Emma Cordoni, la quale sosteneva che *“estendendo i tempi di astensione facoltativa per la cura dei figli, più compiutamente riconosciuti anche ai padri e ai lavoratori autonomi, si ridisegna la gerarchia fra tempi di lavoro e tempi di cura, prevedendo a vantaggio di questi ultimi nuove risorse e nuovi diritti”*.⁵⁹

La cd. maternità facoltativa rientra nel concetto di congedo parentale, ovvero il periodo di astensione che può essere utilizzato discrezionalmente da ciascun genitore, a condizione che il periodo di astensione obbligatoria, della durata di 5 mesi, sia stato completamente consumato. L'astensione facoltativa, è un diritto che sorge in capo a entrambi i genitori e può essere utilizzato dalla lavoratrice madre per un periodo non superiore ai sei mesi. In ogni caso il diritto spetta nel limite totale di dieci mesi, usufruibili

⁵⁷ Corte Cost. 4 aprile 2011, n. 116, “[...] dichiara l’illegittimità costituzionale dell’articolo 16, lettera c), del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell’articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), nella parte in cui non consente, nell’ipotesi di parto prematuro con ricovero del neonato in una struttura sanitaria pubblica o privata, che la madre lavoratrice possa fruire, a sua richiesta e compatibilmente con le sue condizioni di salute attestate da documentazione medica, del congedo obbligatorio che le spetta, o di parte di esso, a far tempo dalla data d’ingresso del bambino nella casa familiare”, Palazzo della Consulta, Roma.

⁵⁸ Legge 8 marzo 2000, n. 53 *Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città*.

⁵⁹ Claudia Cermelli, *Maternità e lavoro. Dissertazione sulla tutela delle lavoratrici madri*, Roma, Aracne editrice, 2008, p. 46.

fino ai dodici anni di età del figlio e previo preavviso al datore di lavoro di quindici giorni.⁶⁰

Oltre al diritto ai congedi, alla lavoratrice e al lavoratore viene dato il diritto di utilizzare riposi giornalieri calibrati a seconda dei bisogni del singolo. La lavoratrice infatti, essendo interessata in prima persona a sottoporsi a visite ed esami di accertamento, ha diritto ad assentarsi per lo svolgimento di esami prenatali o visite mediche che debbano tenersi durante l'orario di lavoro, con successiva certificazione giustificativa da presentare al datore di lavoro, come indicato all'articolo 14 del Testo Unico⁶¹.

Il diritto ai permessi, sancito all'interno dell'articolo 14 sopra citato, spetta alla lavoratrice esclusivamente nel periodo di gestazione. Nel periodo del puerperio, una volta terminato il congedo di maternità obbligatorio, la lavoratrice, al rientro nel luogo di lavoro, potrà godere di riposi giornalieri a lei riservati in virtù dell'articolo 39 del D.lgs. 151 del 2001⁶². La lavoratrice madre, nel primo anno di vita del figlio, ha diritto a godere di due periodi di riposo retribuiti durante l'orario lavorativo giornaliero. Tali riposi le consentono di uscire due volte al giorno dal luogo di lavoro per un periodo di un'ora ciascuno in caso di orario di lavoro pari o superiore alle sei ore al giorno; un periodo pari a un'ora se l'orario di lavoro giornaliero è inferiore alle sei ore; un periodo di mezz'ora qualora la lavoratrice faccia uso di strutture, competenti alla gestione del figlio, che si trovino nei pressi dell'azienda o che vengano messe a disposizione dal datore di lavoro all'interno dell'attività produttiva. I periodi sopra citati sono cumulabili dalla lavoratrice nell'arco della giornata.⁶³ L'articolo 39 del Testo Unico maternità è destinato esclusivamente alla

⁶⁰ Berruti e A. Vassalini, *La donna e il lavoro: diritti e tutele*, Padova, CEDAM, 2003, p. 40.

⁶¹ D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, articolo 14 “1. Le lavoratrici gestanti hanno diritto a permessi retribuiti per l'effettuazione di esami prenatali, accertamenti clinici ovvero visite mediche specialistiche, nel caso in cui questi debbono essere eseguiti durante l'orario di lavoro. 2. Per la fruizione dei permessi di cui al comma 1 le lavoratrici presentano al datore di lavoro apposita istanza e successivamente presentano la relativa documentazione giustificativa attestante la data e l'orario di effettuazione degli esami.”

⁶² D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, articolo 39 “1. Il datore di lavoro deve consentire alle lavoratrici madri, durante il primo anno di vita del bambino, due periodi di riposo, anche cumulabili durante la giornata. Il riposo è uno solo quando l'orario giornaliero di lavoro è inferiore a sei ore. 2. I periodi di riposo di cui al comma 1 hanno la durata di un'ora ciascuno e sono considerati ore lavorative agli effetti della durata e della retribuzione del lavoro. Essi comportano il diritto della donna ad uscire dall'azienda. 3. I periodi di riposo sono di mezz'ora ciascuno quando la lavoratrice fruisca dell'asilo nido o di altra struttura idonea, istituiti dal datore di lavoro nell'unità produttiva o nelle immediate vicinanze di essa.”

⁶³ Berruti e A. Vassalini, *La donna e il lavoro: diritti e tutele*, Padova, CEDAM, 2003, p. 43.

lavoratrice madre, ad eccezione dei casi in cui la gravidanza sia plurima; in tal caso, in forza dell'articolo 41 del medesimo testo normativo, suddetti riposi potranno essere utilizzati anche dal padre.

Tutti i diritti sopra citati consentono alla lavoratrice di potersi dedicare e adattare ai nuovi ritmi di vita dovuti alla nascita del figlio. In ragione di ciò il legislatore ha sancito il diritto della lavoratrice a percepire ugualmente la retribuzione in tutti i casi di interruzione dell'attività lavorativa. La normativa ha stabilito il diritto della lavoratrice di percepire un'indennità commisurata alla retribuzione durante il congedo di maternità. La lavoratrice, o il lavoratore in mancanza di quest'ultima, che si trova in congedo di maternità obbligatorio, percepisce dall'INPS un'indennità di maternità pari all'80% della retribuzione media giornaliera, come sancito dal comma 1 dell'articolo 22 del Testo Unico⁶⁴. La disciplina italiana, a differenza della legislazione europea, prevede che i contratti collettivi possano porre il restante 20% della retribuzione a carico del datore di lavoro, in modo che la lavoratrice percepisca il 100% della sua retribuzione media mensile anche durante il periodo di astensione obbligatoria. Il congedo di maternità facoltativo invece, viene coperto da un'indennità di maternità pari al 30% della retribuzione media. A differenza del congedo obbligatorio, quello facoltativo potrà essere corrisposto per un periodo massimo di sei mesi fino al raggiungimento del terzo anno di età del bambino, ad eccezione dei lavoratori che percepiscono un basso reddito.⁶⁵

3.3 I divieti posti a tutela della lavoratrice e l'operatività del D.lgs. 151 del 2001 per le lavoratrici autonome.

Il Decreto Legislativo n. 151 del 2001, recepisce la Direttiva Europea n. 85 del 1992, predisponendo per la lavoratrice madre italiana una serie di divieti più stringenti rispetto a quelli europei. L'ordinamento italiano infatti, vieta in modo assoluto il licenziamento della lavoratrice a partire dalla data di inizio della gravidanza sino al compimento dell'anno di età del figlio.

⁶⁴ D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, articolo 22 comma 1 *“Le lavoratrici hanno diritto ad un'indennità giornaliera pari all'80 per cento della retribuzione per tutto il periodo del congedo di maternità, anche in attuazione degli articoli 7, comma 6, e 12, comma 2.”*

⁶⁵ A. Vallebona, *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, G. GIAPPICHELLI EDITORE, 2021, p. 340-341.

Inizialmente, con la Legge n. 1204 del 1971 si era introdotto il divieto di licenziamento a partire dalla data di comunicazione dello stato di gravidanza al datore di lavoro. Come citato nel paragrafo precedente, lo stato di gravidanza viene comunicato al datore di lavoro tramite la consegna del certificato medico, da cui discendono le tutele previste dal Testo Unico. Il certificato di gravidanza rivestiva un ruolo fondamentale per la lavoratrice madre, in quanto da quest'ultimo derivavano una serie di tutele che in mancanza della documentazione non sarebbero attuabili, tra cui il divieto di licenziamento con diritto alla conservazione del posto di lavoro, il divieto di esposizione a sostanze nocive e pregiudizievoli e il divieto di lavoro notturno.⁶⁶

L'introduzione del divieto di licenziamento si è reso necessario, in quanto le lavoratrici dipendenti, al momento della comunicazione della gravidanza, venivano molto spesso estromesse dall'attività produttiva. Proprio per questo motivo, il legislatore ha sancito il divieto di licenziamento della lavoratrice gestante, al fine di contrastare questo meccanismo ormai consolidatosi in tutte le attività produttive.

L'entrata in vigore del Testo Unico ha profondamente modificato la legislazione sul punto, anticipando l'operatività del divieto di licenziamento al momento della gestazione, a prescindere dalla conoscenza o meno da parte del datore di lavoro. Pertanto l'inefficacia colpisce il licenziamento anche qualora la lavoratrice non abbia ancora presentato la certificazione al datore di lavoro.

Il divieto di licenziamento, in virtù dell'articolo 54 del D.lgs. 151 del 2001, vieta al datore di lavoro, che abbia alle sue dipendenze una lavoratrice in stato di gravidanza, di licenziarla a partire dalla data del concepimento, a prescindere dalla consegna del certificato di quest'ultima, sino al compimento di un anno di età del figlio. Oggi, dunque, il certificato medico è necessario al fine di determinare l'esatto momento in cui inizia la gravidanza e la conseguente tutela. In un primo momento, con la Legge n. 1204 del 1971 ancora in vigore, si discuteva sull'esistenza di un termine di consegna del certificato medico al datore di lavoro, che attestasse l'effettivo stato di gravidanza della lavoratrice. Il termine probatorio fissato dalla Legge n. 1204 del 1971, era di novanta giorni a partire dalla data di cessazione del rapporto di lavoro. Attualmente, a seguito della sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 2248 del 4 marzo 1988, il Testo Unico non impone alcun termine di presentazione del certificato, poiché la lavoratrice ha ugualmente diritto

⁶⁶ Berruti e A. Vassalini, *La donna e il lavoro: diritti e tutele*, Padova, CEDAM, 2003, p. 30.

a ricevere la retribuzione e conservare il posto di lavoro, anche in caso di mancata conoscenza dello stato di gravidanza da parte del datore di lavoro.⁶⁷

Il divieto di licenziamento, non si applica alla lavoratrice in gravidanza qualora venga disposto per giusta causa (articolo 2119 c.c.) ovvero nel caso in cui “[...] *si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto di lavoro*”. Inoltre, il divieto di licenziamento non opera anche nei casi in cui l’attività dell’azienda cessi, in caso di scadenza del termine del contratto di lavoro a tempo determinato o in caso di esito negativo del periodo di prova a cui la lavoratrice era sottoposta. Anche in questo caso, la normativa italiana risulta più garantista rispetto alla disciplina europea, la quale sancisce il divieto di licenziamento a partire dalla data del concepimento sino al termine del congedo di maternità, termine prorogato dalla disciplina italiana sino al compimento dell’anno di età del figlio.

Il D. lgs. 151 del 2001, impone al datore di lavoro il divieto di adibire la lavoratrice allo svolgimento di mansioni pesanti, nocive o altre mansioni che potrebbero risultare pericolose per la salute della madre e del figlio, come previsto dall’articolo 7 del Testo Unico. Come nella Direttiva Europea n. 85 del 1992, l’ordinamento italiano ha ritenuto necessario allegare una serie di documenti integrativi circa i lavori che vengono considerati come pericolosi o pregiudizievoli per la lavoratrice. Anche la disciplina italiana, come quella europea, ha provveduto a tutelare la lavoratrice tramite la predisposizione dello *ius variandi* delle mansioni, eccezionalmente anche *in peius*, ad opera del datore di lavoro, in forza dell’articolo 2103 del Codice Civile. La mansione che verrà temporaneamente assegnata alla lavoratrice, potrà essere una mansione equivalente o una mansione di livello inferiore, purché la retribuzione percepita dalla lavoratrice rimanga invariata. Solitamente il mutamento delle mansioni *in peius* non è ammesso dal legislatore, in quanto si tratta di un potere esercitabile dal datore di lavoro che andrebbe a nuocere la posizione del lavoratore. Qualora il datore di lavoro sia impossibilitato all’impiego temporaneo della lavoratrice a mansioni equivalenti a quelle abitualmente svolte, gli viene concesso di assegnare mansioni inferiori e derogare in via eccezionale la regola dell’inderogabilità *in peius*; la lavoratrice in mancanza di mansioni inferiori disponibili presso cui essere impiegata potrà disporre dell’interdizione del lavoro come

⁶⁷ Berruti e A. Vassalini, *La donna e il lavoro: diritti e tutele*, Padova, CEDAM, 2003, p. 131-134.

sancito dall'articolo 17 del Testo Unico maternità⁶⁸. L'eventuale mutamento di mansioni, effettuato obbligatoriamente durante la gravidanza della lavoratrice per i suddetti motivi, verrà meno al termine del periodo di astensione obbligatoria, ove verranno ripristinate le mansioni svolte precedentemente allo stato di interdizione della lavoratrice.⁶⁹

Oltre al divieto di svolgimento di mansioni considerate pericolose per la salute e la sicurezza della lavoratrice e del nascituro, il legislatore all'articolo 53 del D.lgs. 151 del 2001 ha introdotto il divieto di lavoro notturno a partire dalla data di concepimento sino all'anno di età del figlio. Tale divieto è un divieto assoluto nell'ordinamento italiano, diversamente dall'ordinamento europeo che concede alla lavoratrice la libertà di scegliere se svolgere la prestazione lavorativa in orario notturno o meno. Anche in questo caso il datore di lavoro deve verificare la possibilità di impiegare la lavoratrice nelle medesime mansioni in orario di lavoro diurno o eventualmente di mutare temporaneamente le mansioni *in peius* per permettere alla lavoratrice di essere adibita alla prestazione lavorativa diurna. Come nel divieto precedentemente trattato, in caso di mancanza di mansioni equivalenti o inferiori presso cui adibire la lavoratrice, verrà disposta l'interdizione anticipata di quest'ultima, dove al termine verrà ripristinata la situazione lavorativa antecedente all'astensione. Il legislatore italiano per lavoro notturno considera

⁶⁸ D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, articolo 17 “1. Il divieto è anticipato a tre mesi dalla data presunta del parto quando le lavoratrici sono occupate in lavori che, in relazione all'avanzato stato di gravidanza, siano da ritenersi gravosi o pregiudizievoli. Tali lavori sono determinati con propri decreti dal Ministro per il lavoro e la previdenza sociale, sentite le organizzazioni sindacali nazionali maggiormente rappresentative. Fino all'emanazione del primo decreto ministeriale, l'anticipazione del divieto di lavoro è disposta dal servizio ispettivo del Ministero del lavoro, competente per territorio. 2. Il servizio ispettivo del Ministero del lavoro può disporre, sulla base di accertamento medico, avvalendosi dei competenti organi del Servizio sanitario nazionale, ai sensi degli articoli 2 e 7 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, l'interdizione dal lavoro delle lavoratrici in stato di gravidanza, fino al periodo di astensione di cui alla lettera a), comma 1, dell'articolo 16, per uno o più periodi, la cui durata sarà determinata dal servizio stesso, per i seguenti motivi: a) nel caso di gravi complicanze della gravidanza o di preesistenti forme morbose che si presume possano essere aggravate dallo stato di gravidanza; b) quando le condizioni di lavoro o ambientali siano ritenute pregiudizievoli alla salute della donna e del bambino; c) quando la lavoratrice non possa essere spostata ad altre mansioni, secondo quanto previsto dagli articoli 7 e 12. 3. L'astensione dal lavoro di cui alla lettera a) del comma 2 è disposta dal servizio ispettivo del Ministero del lavoro, secondo le risultanze dell'accertamento medico ivi previsto. In ogni caso il provvedimento dovrà essere emanato entro sette giorni dalla ricezione dell'istanza della lavoratrice. 4. L'astensione dal lavoro di cui alle lettere b) e c) del comma 2 può essere disposta dal servizio ispettivo del Ministero del lavoro, d'ufficio o su istanza della lavoratrice, qualora nel corso della propria attività di vigilanza constati l'esistenza delle condizioni che danno luogo all'astensione medesima. 5. I provvedimenti dei servizi ispettivi previsti dal presente articolo sono definitivi.”

⁶⁹ Claudia Cermelli, *Maternità e lavoro. Dissertazione sulla tutela delle lavoratrici madri*, Roma, Aracne editrice, 2008, p. 72-78.

“[...] attività svolta nel corso di un periodo di almeno 7 ore consecutive comprendenti l'intervallo fra la mezzanotte e le cinque del mattino.”⁷⁰

La ratio che ha accompagnata il legislatore verso l'imposizione di tale divieto a favore della lavoratrice, è stato il fatto di ritenere il lavoro notturno come un elemento che possa portare disturbo agli equilibri familiari che si instaurano tra madre e figlio nei primi mesi di vita. Proprio per questo il legislatore ritiene sia necessario evitare l'impiego della lavoratrice in tali orari sino al compimento dell'anno di età del figlio.⁷¹

Tutti i divieti elencati sinora presentano la caratteristica comune di protrarsi sino al compimento dell'anno di età del figlio.

Il campo di applicazione del Decreto Legislativo 151 del 2001, si riferisce in modo esplicito a tutte le lavoratrici e tutti i lavoratori, a prescindere dalla tipologia contrattuale. Ciò che il Testo Unico non specifica è l'applicazione dello stesso alle lavoratrici e ai lavoratori autonomi, ovvero coloro che svolgono l'attività lavorativa impegnandosi a realizzare un'opera o un servizio con una prestazione prevalentemente propria, secondo le caratteristiche menzionate nel contratto, ma con le modalità di lavoro stabilite in completa autonomia dal lavoratore autonomo. L'applicazione del Testo Unico sulla maternità e sui congedi parentali nei confronti delle lavoratrici autonome, necessita una serie di precisazioni riguardo la sua applicabilità. Infatti, la maternità e la paternità per i lavoratori che hanno partita IVA, sono soggette a nuove regole valide per il solo anno 2022, introdotte con il Decreto Legislativo n. 105 del 2022⁷². La differenza più rilevante attiene al congedo di maternità, che per le lavoratrici autonome non consiste nella totale astensione dall'attività lavorativa, come nel caso delle altre categorie di lavoratrici, ma consiste solamente nel diritto a un'indennità economica, pari all'80% della retribuzione giornaliera. Il legislatore, per le lavoratrici iscritte alla Gestione separata INPS o iscritte alle Gestioni autonome INPS, che abbiano un reddito inferiore a 8.145 euro ha previsto un congedo di maternità di ulteriori tre mesi, da sommare agli ulteriori cinque mesi

⁷⁰ Circolare 14 marzo 2000, n. 13 *Direzione Generale dei Rapporti di lavoro*, Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, Roma.

⁷¹ Claudia Cermelli, *Maternità e lavoro. Dissertazione sulla tutela delle lavoratrici madri*, Roma, Aracne editrice, 2008, p. 80-81.

⁷² D.lgs. 30 giugno 2022, n. 105 *Attuazione della direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio*.

previsti obbligatoriamente per legge in virtù dell'articolo 16 D.lgs. 151 del 2001.⁷³ Oltre alla durata più estesa del congedo di maternità, l'articolo 66 del D.lgs. 151 del 2001, prevede che per le lavoratrici autonome, coltivatrici dirette, mezzadre e colone, artigiane ed esercenti attività commerciali, venga corrisposta un'indennità pari all'80% del salario minimo giornaliero, diversamente dalle altre categorie di lavoratrici la cui indennità viene calcolata in misura invariata sulla retribuzione media giornaliera. Anche in questo caso, è sempre previsto che in caso di morte o infermità grave della madre, abbandono del figlio o affidamento esclusivo al padre, l'indennità e il periodo di astensione vengano goduti dal padre.

È fondamentale specificare che il congedo di maternità, per qualsiasi categoria di lavoratrice e lavoratore, è valido ai fini del calcolo dell'anzianità di servizio.

Infine, è necessario che la lavoratrice non subisca discriminazioni relative al suo stato di gravidanza in quanto l'eventuale discriminazione si configurerebbe come discriminazione in base al sesso, in ragione delle norme contenute nel Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, Decreto Legislativo n. 198 del 2006.

⁷³ P. Ballanti, *Maternità lavoratrici: tutte le novità in vigore dal 13 agosto*, www.leggioggi.it, 2022, p. 1-5.

CAPITOLO 4

LE DISCRIMINAZIONI DELLA LAVORATRICE MADRE

4.1 Introduzione alla Direttiva n. 54 del 5 luglio 2006: le discriminazioni in base al sesso.

Le discriminazioni nei confronti delle lavoratrici sono sempre risultate molto più frequenti rispetto a quelle tenute verso i lavoratori; in particolare la lavoratrice gestante o puerpera risulta spesso un facile “bersaglio” di discriminazioni, soprattutto nel luogo di lavoro in cui è impiegata, per i medesimi motivi trattati nei capitoli precedenti.

Tra le diverse forme di discriminazione, particolarmente frequente è il mobbing⁷⁴, che viene posto in essere nei confronti della lavoratrice madre ad opera di colleghi o superiori, tramite il suo sistematico allontanamento dalle decisioni e dal gruppo di lavoro, lo screditamento delle attività svolte o attacchi verbali che possano indurla all’abbandono del luogo di lavoro, tramite la consegna delle dimissioni al datore di lavoro.

Agli albori dell’Unione Europea, il problema della disparità tra uomo e donna nel luogo di lavoro, era stato affrontato dalla Direttiva n. 207 del 9 febbraio 1976⁷⁵ e successivamente dalla Direttiva n. 903 del 9 dicembre 1977.

La Direttiva n. 207 del 1976, si occupava di garantire il principio di parità di trattamento tra uomo e donna limitatamente al rapporto di lavoro in tutte le fasi di accesso, sviluppo e conclusione dell’attività lavorativa. Suddetta Direttiva è stata emanata sulla base dell’articolo 157 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea, che ha riscritto l’ex articolo 119 del medesimo Trattato.

⁷⁴ Il mobbing consiste nella messa in atto di continui maltrattamenti o atti persecutori nei confronti di un individuo, ad opera di colleghi di lavoro o superiori. Tali comportamenti comprendono situazioni di emarginazione sociale, violenza sia verbale con conseguenti effetti psicologici sull’individuo, violenza fisica e altri comportamenti lesivi nei confronti del soggetto, tali da indurlo alle dimissioni.

⁷⁵ Dir. CEE 9 febbraio 1976, n. 207 *Attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l’accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro.*

L'articolo 157 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea⁷⁶, vieta qualsiasi forma di discriminazione basata sul sesso, in particolare, al primo e secondo comma, si specifica che il divieto di discriminazione tra uomo e donna ricade su tutto l'aspetto del rapporto di lavoro e non solamente in ambito retributivo, come prevedeva l'ex articolo 119 TFUE. È prevista infatti la parità di retribuzione per un lavoro considerato di pari valore, ove il concetto di pari valore viene definito da sistemi classificatori basati su criteri neutri e comuni tra uomini e donne, per valutare effettivamente la qualità del lavoro di un soggetto piuttosto che di un altro, senza tener conto del sesso.

Il quarto comma dell'articolo 157 del TFUE, fa riferimento alle azioni positive, cioè quelle azioni volte in modo specifico ad ampliare la tutela del sesso sottorappresentato, ovvero la donna, tramite interventi particolarmente favorevoli nei loro confronti, che possano garantire la compensazione degli svantaggi dovuti al genere e mantenere nel tempo una situazione di pari opportunità.

Il comportamento discriminatorio necessita di una tutela adeguata al fine di proteggere i lavoratori, considerati come la parte debole nel rapporto lavorativo, dalle vessazioni messe in atto nei loro confronti nel luogo di lavoro. Per contrastare le discriminazioni, in particolare quelle in base al sesso, vi è stato un successivo intervento della Commissione Europea, che ha provveduto all'emanazione della Direttiva n. 54 del 5 luglio 2006⁷⁷, anche questa emanata sulla base dell'articolo 157 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

⁷⁶ Trattato di Roma, 25 marzo 1957: "1. Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore. 2. Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo. La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica: a) che la retribuzione corrisposta per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura; 26.10.2012 Gazzetta IT ufficiale dell'Unione europea C 326/117 b) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per uno stesso posto di lavoro. 3. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore. 4. Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali."

⁷⁷ Dir. CEE 15 agosto 2006, n. 54 *Attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.*

Le discriminazioni tutelate dalla Direttiva n. 54 del 2006, sono sia quelle dirette sia quelle indirette; distinzione, quest'ultima non presente nella Direttiva n. 207 del 1976. Per discriminazione diretta si intende quando un soggetto, in presenza di un fattore, in questo caso il sesso, viene trattato meno favorevolmente rispetto ad un altro soggetto che si trovi in una situazione analoga, ma privo del fattore discriminante. La discriminazione indiretta invece, consiste in una disposizione o prassi, all'apparenza vista come neutra, tale da porre un soggetto in una posizione sfavorevole.⁷⁸

Entrambe le discriminazioni enunciate vengono tutelate dalla Direttiva in tutte le fasi lavorative, a partire dall'assunzione, durante la durata del rapporto di lavoro sino alla fase di conclusione del rapporto. È necessario precisare che la Direttiva prevede delle cd. differenziazioni legittime che possono essere messe in atto durante la fase di assunzione qualora il fattore considerato (nel nostro caso il sesso) sia un elemento indispensabile e determinante per lo svolgimento della prestazione. Tra le ingiustizie in base al sesso più gravi e diffuse, rientra la discriminazione della lavoratrice in gravidanza e in congedo di maternità. In caso di discriminazioni da parte del datore di lavoro, la lavoratrice potrà fare ricorso al Tribunale, fornendo al giudice gli elementi necessari a fondare la presunzione dell'esistenza dei fatti denunciati.⁷⁹

Alla data di entrata in vigore della Direttiva Europea, l'Italia possedeva già una raccolta di leggi volta a tutelare il sesso femminile e garantire alla donna una posizione di parità rispetto all'uomo. La raccolta in questione è il Codice delle Pari Opportunità, emanato con D.lgs. n. 198 dell'11 aprile 2006.

⁷⁸ 15 agosto 2006, *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, www.eur-lex.europa.eu, Direttiva n.54 del 2006.

⁷⁹ S. Franco, *Discriminazione delle donne sul lavoro. I settori e i contesti in cui la disparità di genere è più forte*, www.donne.it, 2020, p.1.

4.2 Codice delle Pari Opportunità, D.lgs. 198 dell'11 aprile 2006.

La Repubblica Italiana, all'articolo 3⁸⁰ della Costituzione, sancisce il principio generale di non discriminazione o principio di eguaglianza. Sebbene nel nostro ordinamento vi siano norme che garantiscono la parità di trattamento della donna rispetto all'uomo, la lavoratrice è solita subire discriminazioni, soprattutto in sede lavorativa. A maggior ragione, se la lavoratrice è anche madre, le occasioni di discriminazione diventano più frequenti.

Il legislatore italiano ha sottoscritto formalmente l'eguaglianza di tutti gli individui di fronte alla legge, ma sin dall'inizio è risultata chiara la difficoltà di attuazione di tale principio all'interno della nostra società.⁸¹ Come precedentemente trattato nel primo capitolo, il legislatore ha tenuto a rafforzare il concetto di eguaglianza di fronte alla legge tramite l'articolo 3. Tale articolo risultava di scarso impatto ai fini della tutela della donna, di conseguenza il legislatore costituente cercò di rafforzare il concetto di eguaglianza con l'introduzione dell'articolo 37 della Costituzione, il quale “[...] risponde alla fondamentale esigenza di prevenire e sanzionare ogni discriminazione basata sul sesso, riconoscendo alla donna lavoratrice gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore”.⁸²

Va purtroppo sottolineato che neppure tale articolo ha sortito il risultato atteso nell'ambito lavorativo, e si dovette attendere sino al 1976 l'emanazione della Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee n. 207, riguardante l'attuazione del principio di parità di trattamento nel rapporto di lavoro.⁸³

⁸⁰ Costituzione della Repubblica Italiana 1 gennaio 1948, art. 3: “*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*”

⁸¹ Berruti e A. Vassalini, *La donna e il lavoro: diritti e tutele*, Padova, CEDAM, 2003, p. 97-100.

⁸² Berruti e A. Vassalini, *La donna e il lavoro: diritti e tutele*, Padova, CEDAM, 2003, p. 223.

⁸³ Ivi, p. 97-100.

Nel contesto italiano, il principio di parità di trattamento era stato inizialmente sancito dalla Legge n. 1204 del 1971, successivamente abrogata e inserita all'interno del Testo Unico Maternità.

Ad oggi il D.lgs. 151 del 2001, sancisce all'articolo 3⁸⁴ il divieto di discriminazione in ambito lavorativo fondata sul sesso. Tale articolo è stato emanato in conformità con la Direttiva n. 903 del 1977, trattante il tema della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro. Successivamente, a seguito dell'emanazione della Direttiva n. 54 del 2006, l'Italia si è conformata alla Direttiva Europea con l'armonizzazione del Codice delle Pari Opportunità, D.lgs. 198 del 11 aprile 2006.

Il Codice delle Pari Opportunità, consiste nel riordino delle norme adottate sino a quel momento, atte a tutelare la parità di trattamento tra uomo e donna e prevenire ogni forma di discriminazione fondata sul sesso. Il raggiungimento della parità di genere è stato inserito all'interno degli obiettivi dell'Agenda ONU 2030, la quale aspira al raggiungimento della piena parità di trattamento tra uomo e donna per porre fine al cd. *gender gap*⁸⁵. La recente modifica al D.lgs. 198 del 2006, ad opera della Legge n. 162 del 2021, è finalizzata al conseguimento dell'obiettivo inserito nell'Agenda ONU 2030, con lo scopo di ridurre la diseguaglianza di genere soprattutto in ambito lavorativo, stimolando le imprese a garantire una situazione di parità nel rapporto di lavoro.⁸⁶

Il Codice, all'articolo 1 esprime il concetto di parità di trattamento come eguaglianza sostanziale e sancisce la necessità di adottare vantaggi specifici per il sesso sotto rappresentato, le cd. azioni positive; infine, esso impone il rispetto di tale principio in qualsiasi legge o atto in vigore o di futura emanazione.

⁸⁴ D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, articolo 3 “1. È vietata qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda l'accesso al lavoro indipendentemente dalle modalità di assunzione e qualunque sia il settore o il ramo di attività, a tutti i livelli della gerarchia professionale, attuata attraverso il riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, secondo quanto previsto dal comma 1 dell'articolo 1 della legge 9 dicembre 1977, n. 903. 2. È vietata qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda le iniziative in materia di orientamento, formazione, perfezionamento e aggiornamento professionale, per quanto concerne sia l'accesso sia i contenuti, secondo quanto previsto dal comma 3 dell'articolo 1 della legge 9 dicembre 1977, n. 903. 3. È vietata qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda la retribuzione, la classificazione professionale, l'attribuzione di qualifiche e mansioni e la progressione nella carriera, secondo quanto previsto dagli articoli 2 e 3 della legge 9 dicembre 1977, n. 903.”

⁸⁵ Il gender gap consiste nel divario che intercorre tra l'uomo e la donna, che si manifesta in modo impattante su tutti gli aspetti di vita quotidiana.

⁸⁶ C. Garofalo, *Il problematico allargamento della nozione di discriminazione nel Codice delle Pari Opportunità*” www.lavorodirittieuropa.it, Rivista nuova di Diritto del Lavoro, n. 1/2023, p. 1.

Si è visto come nella società, sia molto difficile radicare l'idea di parità di genere, soprattutto nei confronti delle generazioni più anziane. Nonostante negli anni la situazione di parità sia migliorata, la maternità rappresenta ugualmente la principale fonte di discriminazione sul lavoro, sebbene in misura minore rispetto a un tempo. A tal proposito, il legislatore ha inserito all'interno del D.lgs. n. 198 del 2006 l'articolo 25, il quale introduce nei primi due commi un'iniziale distinzione tra le discriminazioni dirette e le discriminazioni indirette, come enunciato dalla Direttiva Europea n. 54 del 2006; inoltre, al comma 2bis dell'articolo 25 del Codice delle Pari Opportunità si specifica che *“Costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro che, in ragione del sesso, dell'età anagrafica, delle esigenze di cura personale o familiare, dello stato di gravidanza nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti, pone o può porre il lavoratore in almeno una delle seguenti condizioni: a) posizione di svantaggio rispetto alla generalità degli altri lavoratori; b) limitazione delle opportunità di partecipazione alla vita o alle scelte aziendali; c) limitazione dell'accesso ai meccanismi di avanzamento e di progressione nella carriera.”*⁸⁷ L'articolo 25 al comma 2 bis novellato dalla Legge n. 162 del 2021⁸⁸, presenta trattamenti discriminatori tipizzati, ma non tassativi. Alla lettera A del comma 2 è possibile rinvenire la nozione di discriminazione indiretta, ovvero, come poco sopra ricordato, un trattamento apparentemente neutro ma che comporta svantaggi al lavoratore cui il trattamento è destinato. Tale articolo ha inoltre ampliato la tutela nei confronti di coloro che subiscono discriminazioni in base al sesso, età anagrafica e altre esigenze già trattate in altre normative.

Le esigenze di cura personale e familiare vengono tutelate sempre dal medesimo articolo sopra citato, e tra queste è possibile ricomprendere la tutela della genitorialità, già menzionata prima dell'aggiornamento del 2021. Attualmente, la tutela della genitorialità sembra acquisire una propria autonomia rispetto alla tutela di genere, in quanto proiettata

⁸⁷ D.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, articolo 25 comma 2bis *Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246.*

⁸⁸ Legge 5 novembre 2021, n. 162 *Modifiche al codice di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, e altre disposizioni in materia di pari opportunità tra uomo e donna in ambito lavorativo.*

verso il miglioramento delle condizioni vita-lavoro volte a conciliare i nuovi ritmi di vita dovuti alla nascita del figlio.⁸⁹

Qualora sia rifiutata l'assunzione o siano poste in essere altre azioni sfavorevoli direttamente riferibili allo stato della lavoratrice, tali condotte sono configurabili come discriminatorie in base al sesso, in ragione del fatto che solo la donna sia naturalmente predisposta alla gravidanza. Ad oggi, sebbene la normativa sia propositiva verso l'ottenimento di una situazione di eguaglianza tra uomo e donna, nelle circostanze di vita quotidiana spesso vengono aggirate e non rispettate le normative poste a favore dei soggetti tutelati. Purtroppo, lo si sottolinea nuovamente, lo stato di gravidanza e puerperio della lavoratrice rientra in una delle fattispecie discriminatorie più frequenti operate dal datore di lavoro e dai colleghi.

4.3 Il caso Aifa, sentenza n. 6996 del 22 aprile 2021.

Come trattato nel paragrafo precedente, la lavoratrice madre, sia essa in gravidanza o puerpera, è uno dei soggetti più discriminati in ambito lavorativo, in ragione delle numerose assenze dovute al godimento del congedo di maternità obbligatorio o flessibile. Le sentenze riferibili a tali fattispecie discriminatorie sono numerose e talvolta sottolineano la frequente mancanza di rispetto della normativa.

Tra le numerose sentenze che trattano la discriminazione della donna per motivi legati alla gravidanza, è possibile citare un caso italiano avvenuto recentemente, che vede interessata l'Agenzia Italiana del Farmaco, conosciuta come Aifa, e una lavoratrice precaria che successivamente al rientro nel luogo di lavoro, dopo il congedo di maternità, non si è vista rinnovare il contratto di lavoro. La vicenda si è aperta con ordinanza della lavoratrice depositata il 22 aprile 2021 al Tribunale di Roma Sezione Lavoro con il n. 6996.⁹⁰

L'assunzione della lavoratrice era avvenuta nel 2018, quando l'Agenzia Italiana del Farmaco aveva richiesto alla società Orienta s.p.a. una fornitura di personale da inserire

⁸⁹ C. Garofalo, *Il problematico allargamento della nozione di discriminazione nel Codice delle Pari Opportunità* www.lavorodirittieuropa.it, Rivista nuova di Diritto del Lavoro, n. 1/2023, p. 6-7.

⁹⁰ Tribunale di Roma, Sezione Lavoro, sentenza n. 6996, *Parità di trattamento. Gravidanza e discriminazione*, Roma, 2021.

all'interno dell'azienda con contratto di somministrazione lavoro. In totale erano stati assunti quarantaquattro lavoratori, tra cui la lavoratrice in questione. La lavoratrice era stata inizialmente assegnata a mansioni amministrative interne al reparto di Direzione Generale nel mese di gennaio 2019 per un periodo di circa cinque mesi, successivamente prorogati sino a giugno 2020. In seguito, la lavoratrice nel periodo di ottobre 2019 aveva comunicato all'Ufficio il suo stato di gravidanza, iniziato nel precedente mese di agosto. Nel novembre 2019 era stata bruscamente trasferita presso l'ufficio Relazioni Esterne, ove ha prestato la sua attività lavorativa sino all'ottavo mese di gravidanza, ovvero sino al mese di marzo 2020, previa richiesta di maternità flessibile ed esito favorevole del controllo medico.

Alla scadenza del contratto di somministrazione di lavoro, avvenuto nel mese di giugno 2020, tutti gli altri colleghi assunti nel medesimo periodo della lavoratrice e con lo stesso contratto di somministrazione, erano stati sottoposti a rinnovo o proroga, ad eccezione della lavoratrice stessa, in quanto al momento della scadenza del contratto era assente dall'attività lavorativa ai fini del godimento del congedo di maternità. Dopo numerose richieste di rinnovo senza esito di risposta effettuate dalla lavoratrice, quest'ultima ha deciso di rivolgersi al Tribunale, lamentando non tanto il diritto alla proroga o al rinnovo della missione, ma lamentando la natura discriminatoria della mancata riassunzione, in quanto al momento del rinnovo la donna si trovava in stato di gravidanza.⁹¹

Il giudice, dopo le valutazioni del caso, ha specificato che l'Agenzia Italiana del Farmaco ha tenuto un comportamento meno favorevole con la lavoratrice rispetto agli altri lavoratori assunti con contratto di somministrazione, e che tale trattamento meno favorevole ha comportato una discriminazione diretta in base al sesso in capo alla lavoratrice. Una volta analizzato il trattamento, il giudice ha escluso la volontà discriminatoria da parte dell'Agenzia, valutando il mancato rinnovo come un ritardo di comunicazione dovuto all'assenza della lavoratrice che si trovava in congedo di maternità. A valutazione conclusa, il giudice *“Dichiara l'illegittimità della mancata proroga e/o rinnovo della missione di lavoro della ricorrente e, per l'effetto, condanna AIFA a risarcire il danno col versamento della complessiva somma di euro 2.072,97*

⁹¹ A. Piovesana, *Discriminazioni per gravidanza nella somministrazione di lavoro*, www.dirittoantidiscriminatorio.it, Pacini Editore S.r.l., Pisa, 2021, p. 1.

mensili, per 12 mensilità, oltre interessi al saldo, nonché al pagamento delle spese processuali liquidate in complessivi euro 2.500,00, da distrarre".⁹²

È importante sottolineare l'unicità della decisione del giudice, il quale ha accertato l'assenza di volontà discriminatoria da parte dell'Agenzia Italiana del Farmaco nei confronti della lavoratrice, ma ha ritenuto la condotta dell'Aifa concretamente atta a ledere la posizione della donna. Di conseguenza, nonostante la mancanza della volontà di ledere la parità di trattamento, il giudice ha constatato la natura discriminatoria del trattamento a lei riservato, in quanto ai fini della condanna è sufficiente "[...] *che il comportamento abbia l'effetto di ledere il diritto*".⁹³

L'ordinanza appena trattata, è solo una delle tante in tema di discriminazione in base al sesso, che ricade in modo sistematico sulla donna, soprattutto nei periodi di gravidanza e/o puerperio. Ciò accade in ragione del mancato rispetto delle normative poste a tutela della donna stessa, operate per mano di datori di lavoro che spesso agiscono per il proprio tornaconto economico, etichettando la donna in gravidanza come un costo inutile all'interno del luogo di lavoro.

⁹² Tribunale di Roma, Sezione Lavoro, sentenza n. 6996, *Parità di trattamento. Gravidanza e discriminazione*, Roma, 2021, p. 4.

⁹³ A. Piovesana, *Discriminazioni per gravidanza nella somministrazione di lavoro*, cit. p. 44.

CONCLUSIONE

Si è visto come il ruolo della lavoratrice sia notevolmente variato nell'arco dell'ultimo secolo, tanto da indurre il legislatore ad adattare e aggiornare le misure poste a tutela delle donne in relazione alla mutata visione della stessa all'interno del contesto sociale.

Il presente elaborato si è posto l'obiettivo di evidenziare l'evoluzione normativa susseguitasi negli anni e analizzare attentamente i principali articoli di legge contenenti diritti e divieti destinati in modo favorevole alla lavoratrice madre.

La disciplina attualmente in vigore in Italia, conforme ai minimi stabiliti dalla Direttiva Europea, risulta notevolmente garantista non solo nei confronti delle lavoratrici madri, ma verso la genitorialità nella sua interezza. Il coinvolgimento generale di entrambi i genitori, denota un particolare sviluppo del ruolo della donna, la quale ad oggi non risulta più marginalizzata al solo ruolo di moglie e madre, ma grazie alle normative vigenti le viene data la possibilità di una maggiore conciliazione vita – lavoro.

Sebbene la percezione della donna sia mutata negli anni, e il legislatore abbia provveduto all'adozione di norme a suo favore, le situazioni discriminatorie, soprattutto durante il periodo di gravidanza e puerperio, non sono scomparse.

Durante la stesura dell'elaborato, mi sono interrogata sull'efficacia dei testi normativi vigenti e sul motivo della maggiore difficoltà della donna di arrivare ad una situazione di pari livello rispetto all'uomo. Sicuramente la disciplina nazionale ha adottato misure tali da garantire un'adeguata protezione sia della salute e della sicurezza della lavoratrice madre, sia delle eventuali discriminazioni che quest'ultima potrebbe subire.

Sfortunatamente ritengo che, nonostante il legislatore abbia formalizzato tali aspetti e abbia messo in campo strumenti che consentono alla lavoratrice madre di adattarsi ai nuovi ritmi di vita dovuti alla nascita del figlio, senza dover rinunciare alla retribuzione o rischiare di essere licenziata per motivi connessi alla gravidanza, le discriminazioni per motivi connessi alla gestazione e al puerperio sono tutt'ora un tema sentito. Proprio per questo ritengo che il passo ulteriore per poter garantire la piena attuazione delle norme messe a disposizione, debba provenire dalla società, in quanto molte realtà economiche tutt'oggi considerano la lavoratrice madre come un individuo economicamente

svantaggioso per l'attività produttiva in ragione delle assenze dovute al godimento del congedo di maternità.

BIBLIOGRAFIA

Maria Vittoria Ballestrero, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, Il Mulino, 1979.

H. Dittrich-Johansen *Dal privato al pubblico: Maternità e lavoro nelle riviste femminili dell'epoca fascista*, Roma, Edizioni Dedalo, 1994.

Associazione Italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, *La disciplina giuridica del lavoro femminile. Atti delle giornate di studio di Abano Terme, 16-17 aprile 1977*, Milano, Giuffrè editore, 1978.

Claudia Cermelli, *Maternità e lavoro. Dissertazione sulla tutela delle lavoratrici madri*, Roma, Aracne editrice, 2008.

Mario Berruti e Adriana Vassalini, *La donna e il lavoro: diritti e tutele*, Padova, Cedam, 2003.

A. Vallebona, *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, G. GIAPPICHELLI EDITORE, 2021

SITOGRAFIA

Legge 11 febbraio 1886, n. 3657 *Concernente il lavoro industriale dei fanciulli negli opifici industriali, cave e nelle miniere.* – LEGGE 11 febbraio 1886, n. 3657 – Normattiva

Legge 19 giugno 1902, n. 242 *Disposizioni circa il lavoro delle donne e dei fanciulli negli opifici industriali, laboratori, ecc.* – LEGGE 19 giugno 1902, n. 242 – Normattiva

C. Lombardi e L. Martini, *La storia della legislazione italiana a protezione delle lavoratrici madri che allattano*, 2000. – La storia della legislazione italiana a protezione delle lavoratrici madri che allattano – MAMI

Regio Decreto 10 novembre 1907, n. 818 *Che approva l'unito testo unico di legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli.* – REGIO DECRETO 10 novembre 1907, n. 818 – Normattiva

M.V. Ballestrero *Dossier: La legislazione italiana sul lavoro femminile evoluzione e prospettive*, 1982. – <http://efferivistafemminista.it/2014/11/la-legislazione-italiana-sul-lavoro-femminile-evoluzione-e-prospettive/#:~:text=La%20legge%20del%201902%20venne%20riformata%20nel%201907.,lavoro%20notturno%20per%20le%20donne%20di%20qualsiasi%20et%C3%A0>.

B. Mussolini *Discorso alle donne fasciste*, Roma, 20 giugno 1937 – anno XV per l'inaugurazione della Mostra delle Colonie estive e dell'Assistenza - http://www.mussolinibenito.it/discorsodel20_06_1937.htm#:~:text=20%20giugno%201937%20Discorso%20pronunciato%20a%20Roma%20il,nuovamente%20imperiale%2C%20le%20protagoniste%20di%20un%20evento%20politico.

L. Oppedisano e P. Nardi, *La tutela del lavoro dei minori*, Rivista online della Fondazione Prof. Massimo D'Antona, n. 4, 2014. – Archivio – Numero 4 – La tutela del lavoro dei Minori – Lavoro@Confronto (lavoro-confronto.it)

Legge 26 aprile 1934, n. 653 *Tutela del lavoro delle donne e dei fanciulli.* – LEGGE 26 aprile 1934, n. 653 – Normattiva

Legge 5 luglio 1934, n. 1347 *Conversione in legge del R. decreto-legge 22 marzo 1934 n.654, sulla tutela della maternità delle lavoratrici.* – LEGGE 5 luglio 1934, n. 1347 – Normattiva

Costituzione Italiana 1 gennaio 1948, articolo n. 37. – La Costituzione – Articolo 37 | Senato della Repubblica

Legge 26 agosto 1950, n. 860 *Tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri.* – LEGGE 26 agosto 1950, n. 860 – Normattiva

Legge 30 dicembre 1971, n. 1204 *Tutela delle lavoratrici madri.* – LEGGE 30 dicembre 1971, n. 1204 – Normattiva

Direttiva Europea 19 ottobre 1992, n. 85, *Direttiva 92/85/CEE 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.* - eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992L0085&from=IT

2 agosto 2021, *Proteggere le lavoratrici gestanti e le giovani madri.* – Direttiva 92/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992, conc... – EUR-Lex (europa.eu)

Direttiva 89/391/CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, conc... – EUR-Lex (europa.eu)

Direttiva Europea 4 novembre 2003, n. 88, *Concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.* – 38730 9..9 (europa.eu)

M. Fezzi, *Rivista telematica di diritto del lavoro (Lavoratrice madre. Normativa comunitaria).* - [http://www.di-elle.it/giurisprudenza/126-lavoratrice-madre/678-normativa-](http://www.di-elle.it/giurisprudenza/126-lavoratrice-madre/678-normativa-comunitaria#:~:text=La%20lavoratrice%20che%2C%20in%20conformit%C3%A0%20all%27art.%205%2C%20n.,base%20e%20delle%20integrazioni%20legate%20allo%20status%20professionale.)

[comunitaria#:~:text=La%20lavoratrice%20che%2C%20in%20conformit%C3%A0%20all%27art.%205%2C%20n.,base%20e%20delle%20integrazioni%20legate%20allo%20status%20professionale.](http://www.di-elle.it/giurisprudenza/126-lavoratrice-madre/678-normativa-comunitaria#:~:text=La%20lavoratrice%20che%2C%20in%20conformit%C3%A0%20all%27art.%205%2C%20n.,base%20e%20delle%20integrazioni%20legate%20allo%20status%20professionale.)

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE 5 ottobre 2000, *sulle linee direttrici per la valutazione degli agenti chimici, fisici e biologici, nonché dei processi industriali ritenuti pericolosi per la sicurezza o la salute delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento* (direttiva 92/85/CEE del Consiglio. – COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE sulle linee direttrici per la valutazione degli agenti chimici, fisici e biologici. (infn.it)

Sentenza della Corte di giustizia nella causa C-506/06, comunicato stampa n. 10/08, 26 febbraio 2008, - <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-03/cp080010it.pdf>

Decreto Legislativo 26 marzo 2001, n. 151, *Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità.* – DECRETO LEGISLATIVO 26 marzo 2001, n. 151 – Normattiva

Direttiva Europea 3 giugno 1996, n. 34. – EUR-Lex – 31996L0034 – EN – EUR-Lex (europa.eu)

Decreto Legislativo 26 marzo 2001, n. 151, *Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità.* – Dlgs 151/2001 (parlamento.it) –

https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3948515&idUnititaDoc=20127876&nVigUnititaDoc=1&docIdx=0&semantica=1&isPdf=false&fromSearch=true&isCorrelazioniSearch=false

Sentenza Corte Costituzionale 4 aprile 2011, n. 116 *Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.* – Corte costituzionale – Ricerca avanzata

Circolare 14 marzo 2000, n. 13 *Direzione generale dei rapporti di lavoro*, Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, Roma. – Direzione Generale dei Rapporti di Lavoro

Decreto Legislativo 30 giugno 2022, n. 105, *Attuazione della direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio.* – DECRETO LEGISLATIVO 30 giugno 2022, n. 105 – Normattiva

P. Ballanti, *Maternità lavoratrici: tutte le novità in vigore dal 13 agosto*, LeggiOggi, 2022. – [maternita-lavoratrici-novita-13-agosto \(2\).pdf](#)Portale Inps – INPS-Indennità di maternità/paternità per lavoratrici e lavoratori autonomi

F. F. Sironi, *Maternità e discriminazioni sul luogo di lavoro*, Studio legale Avv. Federica Sironi, Merate, 2021. – [Maternità e discriminazioni sul luogo di lavoro | Studio Legale Sironi \(avvocatosironi.it\)](#)

Documento 3 febbraio 2022, *Parità fra gli uomini e le donne nel mercato del lavoro*. – [EUR-Lex – c10940 – EN – EUR-Lex \(europa.eu\)](#)

S. Franco, *Discriminazione delle donne sul lavoro, i settori e i contesti in cui la disparità di genere è più forte*, 2020. – [La discriminazione delle Donne nel Lavoro | Donne.it](#)

Decreto Legislativo 11 aprile 2006, n. 198 *Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246*. – [DECRETO LEGISLATIVO 11 aprile 2006, n. 198 – Normattiva](#)

Costituzione Italiana 1 gennaio 1948, Principi fondamentali. – [Principi fondamentali | www.governo.it](#)

C. Garofalo, *Il problematico allargamento della nozione di discriminazione nel Codice delle Pari Opportunità*, Rivista nuova di Diritto del Lavoro, n. 1/2023. – [garofalo.pdf \(lavorodirittieuropa.it\)](#)

A. Piovesana, *Discriminazioni per gravidanza nella somministrazione di lavoro*, Pacini Editore S.r.l., Pisa, 2021. – [EQUAL – Discriminazioni per gravidanza nella somministrazione di lavoro \(dirittoantidiscriminatorio.it\)](#)

