www.adapt.it, 19 luglio 2011

La maternità nell'ordinamento giuridico: oggetto di tutela o causa di discriminazione?

di Elena Pasqualetto

Se è vero che la più recente evoluzione del diritto comunitario è nel senso di individuare come oggetto di specifica tutela non sia tanto la funzione materna (ed invero la Carta di Nizza, all'art. 33, attribuisce all'individuo, non alla donna, i diritti collegati al ruolo genitoriale. In argomento, cfr. A. TOPO, *La tutela della lavoratrice*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, UTET, Torino, 2007, 2ª ed., vol. II, 541 ss.), quanto piuttosto la funzione parentale, è tuttavia di immediata evidenza il fatto che l'ordinamento giuridico interno continua a riconoscere specificamente alla madre (e non al "genitore") un articolato complesso di posizioni giuridiche soggettive. Può risultare di conseguenza interessante una pur veloce indagine volta a verificare, da un lato, se ed in che misura l'attribuzione di tali posizioni di (almeno teorico) vantaggio alla madre possa costituire (di per sé o per le modalità con cui tale riconoscimento è previsto) una discriminazione (o, più appropriatamente, una violazione, da parte del legislatore interno, del principio di parità di trattamento tra uomini e donne); dall'altro, se l'esercizio di tali diritti ad iniziativa delle lavoratrici madri possa provocare in concreto comportamenti discriminatori da parte dei datori di lavoro. Invertendo l'ordine logico delle due questioni così prospettate, allo scopo di dare subito una prima (sia pur statisticamente non rilevante) risposta alla seconda domanda, risulta abbastanza agevole cogliere nel sistema tutta una serie di spunti che consolidano la convinzione per cui pratiche di tipo discriminatorio nel confronti delle lavoratrici sono spesso legate proprio al ruolo genitoriale della medesime (secondo D. GOTTARDI, *Lo stato di avanzamento dei lavori a livello di istituzioni europee sulla parità di genere*, in L. CALAFÀ e D. GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009, 33, «le discriminazioni legate alla maternità sono costanti»). Riferisce, ad esempio, la Consigliera di Parità della Provincia di Venezia che, oltre al fatto che «una donna su cinque è costretta ad uscire dal mercato del lavoro già alla prima gravidanza», fra le discriminazioni sul lavoro denunciate al suo ufficio vi è un 4% di casi che viene perpetrato a danno degli uomini, e si tratta della medesima percentuale di lavoratori che scelgono di avvalersi dei congedi parentali (si tratta di informazioni tratte dal sito www.womenws.net). Se ne deduce agevolmente che è l'evento "maternità" a causare le discriminazioni sul lavoro. Alla medesima conclusione conduce la considerazione del fatto che, come rileva ancora la dottrina, anche le disparità di trattamento legate al ricorso al lavoro a tempo parziale continuano a manifestarsi (D. GOTTARDI, *Lo stato di avanzamento dei lavori*, *op. cit*., 33). Ed invero il contratto di lavoro *part-time* costituisce uno strumento tradizionalmente utilizzato dalle donne per far fronte ai problemi di conciliazione fra vita professionale e vita familiare. Non è quindi casuale il collegamento fra le due circostanze. Può anzi essere questa l'occasione per sottolineare come, proprio in considerazione degli stretti collegamenti di cui si è detto, le recenti innovazioni normative in materia di lavoro a tempo parziale nel pubblico impiego privatizzato siano destinate a ripercuotersi negativamente sull'utilizzo di tale tipologia contrattuale da parte delle donne, con

ulteriore aggravio della loro condizione e prevedibile aumento dei casi di abbandono forzato del lavoro per ragioni connesse alla nascita ed alla cura dei figli (sul tema dei rapporti tra occupazione femminile e condizione genitoriale della donna, in una prospettiva non specificamente giuridica, cfr. A. PAGGIARO, *Maternità e partecipazione femminile al mercato del lavoro*, in ISFOL, *Maternità, lavoro, discriminazioni*, 2006, in www.lav.gov.it).
E gli esempi potrebbero moltiplicarsi, ma è sufficiente qui rilevare come la situazione non sia purtroppo destinata a cambiare, o comunque non cambierà sino a quando il legislatore non si renderà contro che è necessario ricercare nuove soluzioni per evitare che i costi, organizzativi ed economici, del godimento dei diritti legati alla maternità ricadano quasi totalmente (o quanto meno in elevata misura) sul datore di lavoro. La maternità non può invero essere trattata alla stregua di una vicenda meramente "privata": essa è anche, innegabilmente, un fatto sociale.
In questa direzione sembra muoversi peraltro il Parlamento europeo, che - con risoluzione del 27 settembre 2007 sulla parità tra donne e uomini nell'Unione europea - ha sollecitato gli Stati membri a mutualizzare i costi delle indennità legate alla maternità. Qualche isolata apertura in tal senso c'è, per la verità, anche nella legislazione interna, ad esempio laddove si prevede che le aziende con meno di 20 dipendenti che assumono lavoratori a termine per sostituire lavoratori in congedo per ragioni "genitoriali" possano godere di uno sgravio contributivo del 50% (si tratta dell'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 26 marzo 2001, n. 151, c.d. T.U. sulla maternità). Se dunque la maternità continua a provocare discriminazioni sul lavoro, si deve amaramente constatare che si verifica nei fatti proprio quello che la normativa vorrebbe evitare, soprattutto a livello comunitario.
Per quanto concerne invece il primo profilo cui si accennava sopra, e cioè questione relativa alle discriminazioni attuate per via legislativa, gli esempi tratti dalle diverse normative dei paesi dell'Unione non mancano. La Corte di Giustizia continua invero ad individuare e stigmatizzare ipotesi di violazione del principio di parità di trattamento tra uomo e donna operate a livello di normativa interna. Non va dimenticato infatti che, se anche nell'ambito dell'ordinamento comunitario è vigente una normativa che dispensa un particolare trattamento alle lavoratici in ragione del loro ruolo genitoriale, tale normativa impone altresì agli stati membri di evitare che l'attuazione di tale protezione divenga un alibi per l'introduzione o il mantenimento di discipline interne che si risolvono in un pregiudizio per il principio di parità di trattamento tra uomini e donne nel mercato del lavoro.
La normativa comunitaria evocata è costituita, più specificamente, dalla direttiva n. 92/85 del Consiglio, del 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, il cui n. 9 prevede testualmente che la realizzazione di tali misure «non deve svantaggiare le donne sul mercato del lavoro e non pregiudica le direttive in materia di uguaglianza di trattamento tra uomini e donne» (e quindi, in particolare, la direttiva n. 76/207, modificata dalla direttiva n. 2002/73 ed infine rifusa nella direttiva n. 2006/54, sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego).
A tale normativa ha fatto, ad esempio, riferimento la Corte di Giustizia nella sentenza *Pontin* del 29 ottobre 2009, C- 63/08, nell'analizzare un caso di ipotetica discriminazione attuata ai danni delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, dal *Code du travail* lussemburghese. Tale testo prevede invero che in caso di licenziamento comunicato alla prestatrice madre in violazione del divieto di recesso per tale ipotesi specificamente previsto, la lavoratrice possa esercitare un'azione giudiziale soggetta a termini decadenziali molto rigorosi (probabilmente non rispettosi del principio di effettività di cui all'art. 12 della direttiva n. 92/85), escludendo nel contempo l'utilizzabilità, da parte della medesima, di altri strumenti giurisdizionali, quali l'azione di risarcimento, di cui godono invece tutti gli altri lavoratori. Secondo la Corte tale disciplina appare *prima facie* in contrasto con la direttiva n. 76/207 (oggi trasfusa nella direttiva n. 2006/54) proprio perché la limitazione dei mezzi di ricorso sembra costituire un trattamento meno favorevole riservato alla donna per ragioni legate alla gravidanza. Anche se la Corte, in realtà, non prende specificamente posizione su tale questione, ma rimette la decisione al giudice del rinvio, chiamato a

verificare se «le modalità procedurali afferenti all'unica azione a disposizione in caso di licenziamento» delle lavoratrici madri non rispetti «il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti ai singoli dal diritto comunitario».
E si potrebbero citare numerose altre sentenze nelle quali, come in quella ora considerata, la Corte di Giustizia dimostra di ritenere che le normative interne possono risultare in violazione del principio di parità di trattamento operante a livello comunitario, almeno se di esse si accoglie una particolare versione interpretativa. In questo modo la Corte costringe i giudici nazionali a fornire delle proprie normative interne una particolare interpretazione, allo scopo di evitare che esse risultino discriminatorie.
Un altro esempio di decisione che si colloca lungo questa linea argomentativa è rappresentato dalla sentenza *Parviainen*, del 1° luglio 2010, C- 471/08. La Corte di Giustizia è in questo caso chiamata a verificare la conformità al diritto comunitario della normativa finlandese relativa alla lavoratrice gestante che venga spostata temporaneamente a mansioni diverse da quelle originarie allo scopo di proteggerla dai rischi derivanti dal lavoro. Tale normativa appare assai lacunosa con riferimento al profilo relativo alla retribuzione spettante alla lavoratrice in tale periodo, in particolare nella parte in cui non prevede la conservazione, in favore della donna adibita a mansioni meno pericolose, di quegli elementi della retribuzione o di quelle integrazioni che si ricollegano al suo *status* professionale (si tratta, in fondo, di una situazione simile a quella che può venire a configurarsi nel nostro ordinamento nel caso di scelta, da parte della lavoratrice, di non prestare il lavoro notturno nelle ipotesi previste dall'art. 11, comma 2, del d.lgs. n. 66/2003). Secondo i giudici comunitari un sistema siffatto non può essere considerato conforme ai requisiti previsti all'art. 11, punto 1), della direttiva n. 92/85, per il quale alle lavoratrici gestanti, puerpere o in allattamento devono essere garantiti i diritti connessi con il contratto di lavoro, compreso il mantenimento di una retribuzione e/o il versamento di un'indennità adeguata.
E' chiaro che la situazione di fronte alla quale la Corte si trova è, ancora una volta, quella di una normativa interna che, pur ispirata al condivisibile intento di proteggere la donna in alcuni delicati momenti della sua vita personale e professionale, rischia di riservare alla medesima un trattamento deteriore di quello spettante a chi in tale situazione non venga a trovarsi, risultando così lesiva del principio di parità di trattamento.
Quest'ultima sentenza, come molte altre che si potrebbero citare, si colloca nel solco di quella ricchissima giurisprudenza comunitaria che, nel 2002, ha condotto all'inserimento nella direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne dell'importante affermazione secondo cui «è discriminatorio qualsiasi trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità ai sensi della direttiva n. 92/85» (così l'art. 2, comma 2, lett. *c*, della direttiva n. 2006/54).
Ma cosa si può dire a questo punto del legislatore italiano? Anche la normativa lavoristica italiana può essere accusata di violare il principio di parità di trattamento? Prima di rispondere a questa domanda va premesso innanzitutto che il nostro legislatore ha alle spalle l'apparente "alibi" del primo comma dell'art. 37 della Costituzione, il quale, da un lato, afferma tale principio, dall'altro, subito lo ridimensiona, nel momento in cui stabilisce che le condizioni di lavoro devono consentire alla donna (non alla madre) l'adempimento della sua essenziale funzione familiare. E non va ovviamente dimenticato che il primo comma si conclude affermando che le condizioni di lavoro devono altresì «assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione». E' noto che la dottrina ha da sempre tentato di proporre una ragionevole interpretazione di tale disposto, attraverso la denuncia del carattere ambiguo del richiamo alla «essenziale funzione familiare» della donna (anche se non va sottaciuto che ciò non appare sempre così scontato in giurisprudenza. In argomento, cfr. B. DE MOZZI, *Età lavorativa, età pensionistica ed "essenziale funzione familiare" della donna italiana*, in *ADL*, 2010, 467 ss.) e attraverso l'affermazione per cui la speciale tutela di cui si parla è richiesta solo per la madre. Da ciò si è dedotto che la normativa protettiva non è giustificata in sé, in forza cioè di una presunta, ma indimostrata, fragilità del lavoro femminile, ma solo in quanto serva a garantire o non ostacolare l'uguaglianza sostanziale fra uomo e donna, intesa

essenzialmente come pari opportunità. Anche grazie a tale attenta lettura del dettato costituzionale, la dottrina (M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, , Cedam, Padova, 5a ed., 2009, 298) riconosce che il legislatore italiano può annoverarsi fra quelli che hanno interpretato in modo più rigoroso la possibile incompatibilità tra legislazione protettiva e normativa antidiscriminatoria. Ed infatti sono state progressivamente emendate numerose disposizioni che, pur perseguendo finalità protettive, si traducevano in una violazione del principio di parità di trattamento imposto al legislatore interno, oltre che dall'ambiguo art. 37 Cost., anche e soprattutto dal diritto comunitario.
Tale processo di "ripulitura" dell'ordinamento ha riguardato in realtà principalmente disposizioni riferite alle donne in generale, le quali in effetti in alcuni casi sono state riscritte proprio circoscrivendo le tutele da esse previste alle lavoratrici madri, con la precisazione che qui l'espressione va intesa in senso lato, come comprensiva della lavoratrici gestanti, puerpere o con bambini piccoli. Paradigmatica è stata la vicenda del lavoro notturno (sulla quale peraltro non sembra sia stata ancora detta la parola fine, se è vero che la Commissione europea ha rivolto ulteriori contestazioni alla disciplina italiana. In tema, cfr. ancora D. GOTTARDI, *Lo stato di avanzamento dei lavori*, *op. cit*., 47, la quale tuttavia rileva come la Commissione non sembri aver piena consapevolezza della normativa vigente nel nostro paese in materia), o ancora quella relativa al divieto di lavori pesanti. Va altresì detto a questo proposito che vi è chi ritiene che l'art. 27 del d.lgs. n. 11 aprile, n. 198 (c.d. Codice delle pari opportunità tra uomo e donna), il quale costituisce il risultato ultimo di tale opera di riscrittura, nasconda ancora una forma di discriminazione nei confronti della donna in quanto tale (in questo senso A. TOPO, *La tutela della lavoratrice*, *op. cit*., 545). Ma sono anche state emanate norme che "si sforzano" di combattere le discriminazioni legate alla maternità. Una delle più significative è senz'altro rappresentata dall'art. 3 del T.U. 151/2001, che vieta qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, comprendendo tra esse anche quelle attuate attraverso il riferimento allo stato matrimoniale, o di famiglia, o di gravidanza (e nello stesso senso, con riferimento al divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale, nonché nelle condizioni di lavoro, è il comma 2 dell'art. 27 del Codice delle pari opportunità). Con questa norma, analogamente a quanto previsto in sede comunitaria dall'art. 2, comma 2, lett. *c*, della direttiva n. 2006/54, il legislatore sostanzialmente afferma che quando viene operata una differenziazione di trattamento in collegamento con una di queste circostanze si realizza automaticamente una discriminazione di genere.
Se dunque nel sistema, complessivamente considerato, sembra ci siano gli strumenti per combattere le discriminazioni, soprattutto quelle "di tipo normativo" (molto più difficile appare invero lo sradicamento delle discriminazioni "di fatto", il quale esige anche un cambio di mentalità e di sensibilità sociale), ciò non deve indurre a pensare che le donne intendano indietreggiare rispetto al livello di tutela della maternità sinora conquistato, né sembra che ciò vogliano le istituzioni comunitarie. A conferma di ciò si possono ricordare le proposte di revisione delle direttive sulla maternità tuttora in discussione in sede europea (per un completo riepilogo si rinvia a D. GOTTARDI, *Lo stato di avanzamento dei lavori*, *op. cit*., 40 ss.). Fra queste di particolare interesse appare il tentativo operato dalla Commissione di adeguare la direttiva n. 92/85 alla struttura delle più recenti normative antidiscriminatorie nonché alle decisioni della Corte di Giustizia in materia.

Elena Pasqualetto
Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università degli studi di Padova