

Articolo 8

“Diritto delle lavoratrici madri ad una tutela”

§. 1

Il quadro normativo di riferimento è rimasto per buona parte invariato.

La disciplina giuridica relativa alla tutela delle lavoratrici madri è contenuta nel D.lgs. 26 marzo 2001, n.151, ovvero nel “Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità” (di seguito T.U.), che regolamenta i congedi, i riposi, i permessi e la tutela delle lavoratrici e dei lavoratori connessi alla maternità e paternità di figli naturali, adottivi e in affidamento, nonché il sostegno economico alla maternità e alla paternità.

L'art. 3 del citato T.U. è stato modificato dal D.lgs. 25 gennaio 2010, n.5 (che dà attuazione alla direttiva 2006/54/CE relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione). Nonostante la *ratio* sia la medesima della vecchia norma, questa ha una portata più ampia.

Infatti, la precedente versione dell'articolo in esame vietava *“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”*.

Il nuovo art.3, nello stabilire che *“...è vietata qualsiasi discriminazione per ragioni connesse al sesso, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, con particolare riguardo ad ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti”*, amplia il campo di incidenza attuando ed integrando il disposto della normativa comunitaria, che si limita a fare riferimento solo alla gravidanza e al congedo di maternità, senza far cenno al padre lavoratore ed alle discriminazioni in ragione della titolarità e dell'esercizio dei diritti riconosciuti ai genitori.

Per quanto concerne il trattamento economico, ai sensi dell'art. 22 del T.U., le lavoratrici hanno diritto ad un'indennità giornaliera pari all'80% della retribuzione per tutto il periodo del congedo di maternità. Quasi tutti i contratti collettivi prevedono tuttavia una integrazione del 20% rimanente a carico del datore di lavoro, in modo tale che la lavoratrice non subisca penalizzazioni economiche. L'indennità è comprensiva di ogni altra indennità spettante per malattia ed è coperta da contribuzione figurativa utile per il diritto e la misura della pensione. I periodi di congedo sono computati nell'anzianità di

servizio a tutti gli effetti, compresi quelli relativi alla tredicesima mensilità o alla gratifica natalizia e alle ferie.

Un'importante novità, riguardante la tutela previdenziale relativa alla maternità, prevista dal citato T.U., è stata introdotta dall'art. 1 della L. 24 febbraio 2006, n.104.

Tale tutela è stata estesa anche alle lavoratrici e ai lavoratori appartenenti alla categoria dei dirigenti che prestano la loro opera alle dipendenze di datori di lavoro privati¹.

Come già illustrato nel precedente rapporto, si fa presente che, a norma dell'art. 16 del T.U., è vietato adibire al lavoro la donna nei due mesi precedenti la data presunta del parto (e, ove il parto avvenga oltre tale data, per il periodo intercorrente tra la data presunta e la data effettiva del parto) e nei tre mesi successivi al parto, nonché durante gli ulteriori giorni non goduti prima del parto, qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta.

Per quanto riguarda la flessibilità del congedo di maternità, la stessa è disciplinata dall'art. 20 del citato T.U. che permette alla lavoratrice madre di posticipare tale periodo, assentandosi dal mese precedente la data presunta del parto ai quattro mesi successivi ad esso, a condizione che il medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro.

L'Inps, con messaggio n. 011621 del 22 maggio 2008, ha chiarito che anche per le lavoratrici addette ai servizi domestici e familiari è possibile il riconoscimento della flessibilità del congedo per maternità di cui all'art.20 del citato decreto.

La L. n. 244 del 24 dicembre 2007 (Legge Finanziaria 2008), ha introdotto nuove regole sui periodi di congedi per maternità in caso di adozione (sia nazionali che internazionali) e affidamento . Lo scopo che il legislatore intende perseguire con queste norme è quello di equiparare i diritti dei genitori adottivi a quelli dei genitori naturali. Nello specifico, per quanto concerne il periodo di congedo per maternità, il novellato art. 26 del T.U., lo estende da 3 a 5 mesi.

In caso di adozione nazionale, il congedo deve essere fruito durante i primi cinque mesi successivi all'effettivo ingresso del minore nella famiglia.

In caso di adozione internazionale, la lavoratrice può beneficiare del congedo prima dell'ingresso del minore in Italia, durante il periodo di permanenza all'estero utile al fine di concludere la pratica di adozione. Ferma restando la durata complessiva del congedo, questo può essere fruito entro i cinque mesi successivi all'ingresso del minore in Italia.

In alternativa per il periodo di permanenza all'estero, la madre adottiva potrà fruire di un congedo non retribuito, senza diritto ad indennità. In tal modo avrà la possibilità di utilizzare tutto il periodo di congedo indennizzato dopo l'ingresso del figlio.

¹ A tal proposito, l'Inps ha fornito le istruzioni operative con la circolare n.76 del 23 maggio 2006.

La durata del periodo di permanenza all'estero della lavoratrice deve essere certificata dall'ente autorizzato che ha ricevuto l'incarico di curare la procedura di adozione.

Nel caso di affidamento di minore, il congedo può essere fruito entro cinque mesi dall'affidamento (diversamente dai precedenti tre), per un periodo massimo di tre mesi.

Le disposizioni sopra citate si estendono, ai sensi dell'art. 31 del T.U. novellato dalla Legge 244/07, al padre lavoratore nel caso in cui gli stessi non siano stati chiesti dalla madre.

Per quanto concerne le collaborazioni coordinate e continuative, importanti novità sono state introdotte con la legge finanziaria per il 2007 (Legge 27 dicembre 2006 n.296) e successivo decreto ministeriale del 12 luglio 2007: prima fra tutte l'estensione ai committenti di lavoratrici a progetto e categorie assimilate iscritte alla gestione separata del divieto di adibire le suddette lavoratrici al lavoro nei periodi di cui agli articoli 16 e 17 del T.U. (congedo obbligatorio di maternità).

Inoltre, per tali categorie di lavoratrici il citato D.M. (art.4) prevede la proroga della durata del rapporto di lavoro per un periodo di 180 giorni, salvo più favorevole disposizione del contratto individuale. Ciò comporta che il termine finale del contratto a progetto slitti in avanti di almeno 180 giorni e la lavoratrice, al rientro dal periodo di congedo obbligatorio di maternità, torni al lavoro per il tempo residuo, ottenuto scomputando i mesi di congedo obbligatorio fruì oltre il termine naturale del contratto dai 180 giorni di proroga spettanti ai sensi del D.M. citato.

La lavoratrice ha diritto a percepire la relativa indennità a carico dell'Inps (art.5 del D.M.) durante i cinque mesi di congedo per maternità, nonché durante tutto il periodo di astensione anticipata (ed eventualmente prorogata) ai sensi dell'art.17; una volta tornata al lavoro e fino allo scadere del contratto prorogato le spetterà invece la normale retribuzione pattuita.

Invece, per coloro che esercitano attività libero professionale essendo iscritte alla gestione separata, l'art. 2 del D.M. 12 luglio 2007 prevede la possibilità di accedere all'indennità di maternità purché le interessate attestino, mediante apposita dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, *l'effettiva astensione dall'attività lavorativa* nei periodi di cui all'art. 16 del T.U.

Un ulteriore diritto viene garantito dal novellato art. 56² del T.U., secondo il quale al termine dei periodi di astensione (obbligatoria o facoltativa) dal lavoro i genitori (sia naturali che adottivi/affidatari), hanno diritto di conservare il posto di lavoro e, salvo che espressamente vi rinuncino, di rientrare nella stessa unità produttiva ove erano occupate all'inizio del periodo di gravidanza o in altra ubicata nel medesimo comune, e di permanervi fino al compimento di un anno di età del bambino; hanno altresì diritto di essere adibiti alle mansioni da ultimo svolte o a mansioni equivalenti, nonché di beneficiare di eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro, previsti dai contratti collettivi ovvero in via legislativa o regolamentare, che sarebbero loro spettati durante

² E' stato modificato dall'art. 8-quater, D.L. 8 aprile 2008, n. 59, aggiunto dalla relativa legge di conversione (Legge n.101/2008).

l'assenza. L'inosservanza di tali disposizioni è punita con la sanzione amministrativa da € 1.032 ad € 2.582.

Si riportano, a completamento e a supporto di quanto sopra illustrato, alcune sentenze indicative degli orientamenti della giurisprudenza in materia.

Con la sentenza n. 11691 del 16 novembre 2009, il Tribunale di Firenze ha riconosciuto il diritto del padre lavoratore ad ottenere l'indennità di maternità per l'intero periodo di astensione obbligatoria a cui avrebbe avuto diritto la madre (5 mesi all'80%).

Nella fattispecie la madre era gravemente malata e quindi si rientrava nell'ipotesi prevista dall'art. 28 del T.U. L'Inps aveva riconosciuto solo i tre mesi successivi al parto ed il lavoratore ha presentato ricorso chiedendo di poter usufruire dell'intero periodo. Il Tribunale ha accolto la richiesta riconoscendo, nel caso in questione, un diritto autonomo in capo al padre, alla fruizione del congedo di paternità, la cui durata "*deve essere riferita a quella del congedo di maternità cui entrambi i genitori hanno autonomamente diritto*" e prescindendo dal fatto che la madre sia o sia stata lavoratrice ovvero abbia o non abbia versato i contributi.

In tema di tutela della lavoratrice madre, qualora l'astensione obbligatoria dal lavoro abbia inizio decorsi sessanta giorni dalla risoluzione del rapporto di lavoro e la lavoratrice si trovi, all'inizio dell'astensione obbligatoria dal lavoro, disoccupata e in godimento dell'indennità di disoccupazione, la stessa ha diritto, anziché all'indennità di disoccupazione, all'indennità di maternità per tutto il periodo previsto per l'astensione dal lavoro. Ciò anche se nel frattempo è scaduto il limite entro il quale avrebbe avuto diritto all'indennità di disoccupazione ove tale indennità non fosse stata sostituita dall'indennità di maternità. E' quanto stabilisce la Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza n. 21121 del 2 ottobre 2009, pronunciandosi sul respingimento di una domanda all'Inps per ottenere l'indennità di maternità da parte di una dirigente industriale: la lavoratrice era stata licenziata per giustificato motivo alcuni giorni prima del periodo di astensione obbligatoria dal lavoro.

§. 2 *Divieto di licenziamento*

Come illustrato nel precedente rapporto del governo italiano, il Capo IX del T.U., all' art. 54, detta la disciplina relativa al divieto di licenziamento. Il quadro normativo di riferimento è rimasto per buona parte invariato.

Rispetto a quanto descritto precedentemente, il D.Lgs. n. 5/2010, ha modificato il nono comma dell'art. 54. Tale modifica è in linea con la maggiore tutela accordata negli ultimi anni dalla nostra legislazione ai genitori adottivi e affidatari. Il citato articolo già prevedeva che il divieto di licenziamento si applicasse anche in caso di adozioni e

affidamento, fino ad un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare, ma, in caso di adozione internazionale (questa la novità), il divieto scatta dal momento della comunicazione della proposta dell'incontro con il minore o dalla comunicazione dell'invito a recarsi all'estero per ricevere la proposta di abbinamento.

Il divieto di licenziamento previsto in favore della lavoratrice madre si applica, con le stesse regole e con le stesse eccezioni, anche al padre lavoratore nel caso in cui questi usufruisca del congedo di paternità. Pertanto, il padre lavoratore non può essere licenziato per tutta la durata del congedo di paternità ed il divieto si estende sino al compimento del primo anno di vita del bambino.

Il licenziamento della dipendente nel periodo protetto e la sua mancata riassunzione sono configurate come ipotesi di reato. Ai sensi dell'art.54, comma 8, tale inosservanza è punita con la sanzione amministrativa da € 1.032 a € 2.582. Non è ammesso il pagamento in misura ridotta di cui all'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689.

Durante il periodo nel quale opera il citato divieto, la lavoratrice o il lavoratore non possono essere sospesi dal lavoro, salvo il caso che sia sospesa l'attività dell'azienda o del reparto cui essi sono addetti. Inoltre, non possono essere collocati in mobilità a seguito di licenziamento collettivo, salvo il caso della cessazione dell'attività dell'azienda.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale è affetto da nullità assoluta il licenziamento intimato alla lavoratrice madre in spregio della normativa di tutela, con la conseguenza che il rapporto deve ritenersi mai interrotto e che la lavoratrice ha diritto al risarcimento dei danni ai sensi dell'art.1223 c.c.

Nell'ipotesi di licenziamento illegittimo si ha il diritto ad ottenere il ripristino del rapporto di lavoro mediante presentazione, entro 90 giorni dal licenziamento, della certificazione medica attestante l'esistenza della gravidanza all'epoca del licenziamento.

Per quanto riguarda, invece, nello specifico, le lavoratrici domestiche, si precisa quanto segue. La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 6199/98, ha affermato la sussistenza del divieto di licenziamento anche per la lavoratrice domestica. È garantito perciò a quest'ultima il diritto alla conservazione del posto di lavoro per un periodo la cui durata deve essere stabilita dai contratti collettivi oppure, in mancanza, determinata dal giudice secondo equità (art.2110 c.c.).

Inoltre, la Cassazione, nella citata sentenza, afferma che è nullo (e non solo temporaneamente inefficace) il licenziamento della lavoratrice domestica intimato nel periodo in cui la stessa ha diritto alla conservazione del posto di lavoro per maternità.

Il Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro sulla disciplina del rapporto di lavoro domestico sottoscritto il 16 febbraio 2007³, all'art. 24⁴ stabilisce la durata del divieto di

³ Decorrenza 1° marzo 2007 – Scadenza 28 febbraio 2011.

⁴ Art. 24 - Tutela delle lavoratrici madri 1. Si applicano le norme di legge sulla tutela delle lavoratrici madri, con le limitazioni ivi indicate, salvo quanto previsto ai commi successivi. 2. È vietato adibire al lavoro le donne: durante i 2 mesi precedenti la data presunta del parto, salvo eventuali anticipi o posticipi previsti dalla normativa di legge; b) per il periodo eventualmente intercorrente tra tale

licenziamento a partire dall'inizio della gravidanza, purché intervenuta nel corso del rapporto di lavoro, e fino alla cessazione del congedo di maternità. In questo periodo la lavoratrice non può essere licenziata, salvo giusta causa.

Al fine di garantire la pienezza del diritto a non perdere il lavoro, l'art. 55, comma 4, del T.U., prevede che *"la richiesta di dimissioni presentata dalla lavoratrice, durante il periodo di gravidanza, e della lavoratrice o dal lavoratore durante il primo anno di vita del bambino o nel primo anno di accoglienza del minore adottato o in affidamento, deve essere convalidata dal servizio ispettivo del Ministero del lavoro, competente per territorio. A detta convalida è condizionata la risoluzione del rapporto di lavoro"*.

La *ratio* di tale disposizione risponde unicamente a finalità di tutela del rapporto di lavoro della lavoratrice madre o del lavoratore padre. La legge vuole accertarsi che la volontà di questi ultimi non sia stata influenzata in alcun modo da sollecitazioni esterne.

Pertanto, la convalida rappresenta la condizione di validità delle dimissioni, pena la nullità assoluta delle stesse, secondo la giurisprudenza di legittimità prevalente.

In caso di dimissioni di cui sopra, la lavoratrice madre e il lavoratore padre non sono tenuti al rispetto del preavviso e hanno diritto alle indennità previste in caso di licenziamento (indennità di mancato preavviso) e poi all'erogazione dell'indennità di disoccupazione.

Proprio per la sua delicatezza, questo argomento è stato più volte affrontato in atti interpretativi del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Con nota dell'1 agosto 2008 (rispondendo ad un quesito della Direzione regionale del lavoro della Lombardia) il Ministero in merito alle risoluzioni consensuali che intercorrono con la lavoratrice madre o il lavoratore durante il periodo protetto ritiene *"che la convalida da parte del Dpl⁵ competente per territorio sia necessaria anche nel caso di «dimissioni consensuali», atteso che trattasi comunque di dimissioni e che la ratio della legge è di ribadire quella di garantire la lavoratrice o il lavoratore ogni qualvolta ci si trovi in presenza di una risoluzione anticipata del rapporto di lavoro"*.

Inoltre, nella circolare del 26 febbraio 2009, il Ministero ha fornito le linee guida per il personale ispettivo, sottolineando la necessità di procedere, al fine di accertare la

data e quella effettiva del parto; c) durante i 3 mesi dopo il parto, salvo i posticipi autorizzati. Detti periodi devono essere computati nell'anzianità di servizio a tutti gli effetti, compresi quelli relativi alla gratifica natalizia e alle ferie. 3. Dall'inizio della gravidanza, purché intervenuta nel corso del rapporto di lavoro, e fino alla cessazione del congedo di maternità, la lavoratrice non può essere licenziata, salvo che per giusta causa. Le dimissioni rassegnate dalla lavoratrice in tale periodo sono inefficaci ed improduttive di effetti se non comunicate in forma scritta. Le assenze non giustificate entro i cinque giorni, ove non si verifichino cause di forza maggiore, sono da considerare giusta causa di licenziamento della lavoratrice. 4. In caso di dimissioni volontarie presentate durante il periodo per cui è previsto il divieto di licenziamento, ai sensi del comma 3, la lavoratrice non è tenuta al preavviso. 5. Si applicano le norme di legge sulla tutela della paternità nonché sulle adozioni e sugli affidamenti preadottivi, con le limitazioni indicate.

⁵ Direzione Provinciale del lavoro.

spontaneità delle dimissioni da convalidare, ad un colloquio diretto con la lavoratrice o il lavoratore interessato, che devono presentarsi personalmente presso la competente DPL.

Il Comitato europeo dei diritti sociali, nelle Conclusioni 2007, ha chiesto di fornire degli esempi giurisprudenziali riguardanti il divieto di licenziamento.

Al riguardo, si riportano, di seguito, alcune sentenze indicative degli orientamenti della giurisprudenza in materia:

- Corte di Appello di Torino, n. 304 del 24 aprile 2008: *"La deroga al divieto di licenziamento della lavoratrice madre opera non solo in caso di cessazione dell'attività dell'impresa ma anche nel caso di cessazione dell'attività del reparto cui la lavoratrice è addetta, purché il reparto stesso abbia autonomia funzionale. L'applicazione estensiva della deroga è subordinata alla condizione che il datore di lavoro assolva l'onere probatorio circa l'impossibilità di utilizzare la lavoratrice presso altre unità produttive dell'azienda"*.
- Tribunale di Forlì, n. 75 del 22 marzo 2007: *"Sussistendo elementi per considerare in via deliberativa nullo il licenziamento irrogato durante il periodo di gravidanza, la lavoratrice ha diritto alla riammissione al lavoro"*.
- Corte di Cassazione Sezione Lavoro con la sentenza n. 2244, 1 febbraio 2006: *"la lavoratrice che al momento dell'assunzione non informi del suo stato di maternità il datore di lavoro, non costituisce giusta causa di licenziamento"*.
- Corte di Cassazione, con la sentenza n. 5749 del 3 marzo 2008: *"per la violazione del divieto di licenziare la donna in stato di gravidanza o puerperio è dovuto il risarcimento anche se quest'ultima non aveva comunicato il suo stato al datore di lavoro"*.

§. 3 *Riposi giornalieri*

I riposi giornalieri sono disciplinati dagli artt. 39 e s.s. del T.U.. Tale quadro normativo di riferimento è rimasto invariato.

In merito ai riposi giornalieri del padre di cui all'art. 40⁶ del T.U. il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con lettera circolare B/2009 del 12 maggio 2009, ha stabilito che il diritto ai suddetti riposi spetta anche nell'ipotesi in cui la madre è casalinga, dovendosi tale categoria ritenere inclusa nella lettera c) dell'art.40 citato, che contempla il *"caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente"*.

Tale interpretazione estensiva consegue al recepimento delle sentenze del Consiglio di Stato, sez.VI, n. 4293 del 9 settembre 2008, e della Corte di Cassazione, Sez.III, n.20324 del 20 ottobre 2005, le quali in linea con i più recenti orientamenti della giurisprudenza

⁶ "I periodi di riposo di cui all'articolo 39 sono riconosciuti al padre lavoratore: a) nel caso in cui i figli siano affidati al solo padre; b) in alternativa alla madre lavoratrice dipendente che non se ne avvalga; c) nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente; d) in caso di morte o di grave infermità della madre".

nazionale e comunitaria, riconoscono alla casalinga lo *status* di lavoratrice in quanto essa si trova comunque impegnata in attività che la distolgono dalla cura del bambino.

Da ultimo, con lettera circolare C/2009 del 16/11/2009 il Ministero ha inoltre precisato che il diritto del padre ai riposi giornalieri non può in alcun modo essere subordinato alla produzione, da parte della madre casalinga, di documentazione comprovante la sua oggettiva impossibilità di dedicarsi alla cura del neonato nelle ore in cui il padre usufruisce dei riposi.

Relativamente al caso di non conformità concernente le pause di allattamento, si riporta, di seguito, la risposta fornita (in lingua inglese) dal governo italiano nel corso della 118^a sessione del Comitato Governativo della Carta Sociale Europea, tenutasi a Strasburgo dal 6 al 9 ottobre 2008.

"With regard to this ground of non conformity I' like to say that legislation has not been modified since the last report. Legislative decree n 151/2001, provides for paid breaks for mothers breastfeeding until one year's baby , with the faculty to leave the workplace.

To this regard it is firstly necessary to say that both domestic and home workers are entitled to have protection of maternity provided by the sub mentioned law.

However due to the particular kind of the working relationship their right about paid breaks are different.

For home workers due to the place where they carry out their activity paid breaks are not provided because of the nature of the break that is necessary to leave the workplace.

For domestic workers, due to the way of carrying out the activity, instead, it is possible a mutual agreement between domestic workers and employer to arrange the breaks, and also to remunerate them.

Legislative decree establish that if the mother do not use this faculty it is possible for the father alternatively to make use of the breaks".

Al riguardo si conferma quanto detto e ad oggi non sono intervenute ulteriori novità.

§. 4 Regolamentazione del lavoro notturno

In relazione alla regolamentazione del lavoro notturno delle lavoratrici madri si precisa quanto segue.

Ai sensi dell'art. 53 del T.U. e dell'art. 11 del D.lgs. n. 66/2003, una volta accertato lo stato di gravidanza, è vietato adibire le donne al lavoro dalle ore 24 alle ore 6, fino al compimento di un anno di età del bambino.

Con riferimento alla richiesta del Comitato europeo dei diritti sociali, contenuta nelle Conclusioni 2007, con la quale si chiede se tale divieto può essere derogato, si fa presente quanto segue.

Il divieto di cui trattasi è inderogabile, sia dalla contrattazione collettiva sia da pattuizioni individuali, e scatta automaticamente al verificarsi delle condizioni di legge.

In caso di prestazione lavorativa soggetta al divieto di lavoro notturno, se le circostanze lo consentono, la lavoratrice madre viene chiamata a svolgere la prestazione medesima in una fascia oraria diversa da quella vietata, altrimenti viene posta anticipatamente a riposo e fruisce di un'indennità economica pari all'80% della retribuzione.

Dopo il primo anno di vita del bambino, il citato divieto (sin qui assoluto), si trasforma nella facoltà di essere esonerati dal lavoro notturno.

Infatti, ai sensi dell'art. 53 del T.U. e ai sensi dell'art. 11, comma 2, del D.lgs. 66/2003, "non sono inoltre obbligati a prestare lavoro notturno:

- a) la lavoratrice madre di un figlio di età inferiore a tre anni o, in alternativa, il lavoratore padre convivente con la stessa;
- b) la lavoratrice o il lavoratore che sia l'unico genitore affidatario di un figlio convivente di età inferiore a dodici anni;
- c) la lavoratrice o il lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n.104, e successive modificazioni".

La lavoratrice (o il lavoratore⁷) che intende fruire dell'esenzione dal lavoro notturno deve darne comunicazione scritta al datore di lavoro, entro le ventiquattro ore precedenti al previsto inizio della prestazione lavorativa.

La richiesta del lavoratore deve essere accettata; in caso contrario il datore di lavoro, ai sensi dell'art. 18-bis del D.lgs. n. 66/2003 (aggiunto dall'art. 1, D.lgs. 19 luglio 2004, n.213), incorre in un comportamento sanzionabile con l'arresto da due a quattro mesi o con l'ammenda da 516 euro a 2.582 euro.

A tal proposito, il Ministero del Lavoro con la Circolare 3 marzo 2005, n.8 ha messo in evidenza che, "per la violazione della previsione normativa, è necessaria la piena consapevolezza, da parte del datore di lavoro, dello status della lavoratrice che presuppone una comunicazione in tal senso da parte della stessa, ovvero la conoscenza aliunde da parte del datore di lavoro della condizione soggettiva che fa scattare il divieto". Nella medesima Circolare al punto n.19, il Ministero spiega che si tratta di "un vero e proprio diritto potestativo in capo al lavoratore, il quale è titolare di un diritto di resistenza all'impiego durante la fascia di orario notturna".

⁷ Il diritto del padre è solo "alternativo", egli può esercitarlo solo qualora la madre sia titolare dello stesso diritto e rinunci ad esercitarlo, con la conseguenza che quello del padre costituisce un diritto derivato.

In caso di inosservanza del divieto assoluto o della richiesta diesonero, può essere instaurata la procedura di cui all'art. 38 (modificato dal D.lgs. 25 gennaio 2010, n.5) del Decreto Legislativo 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità).

Secondo detto articolo su ricorso del lavoratore o per sua delega delle organizzazioni sindacali o della consigliera o del consigliere di parità provinciale o regionale territorialmente competente, il tribunale in funzione di giudice del lavoro del luogo ove è avvenuto il comportamento denunciato, nei due giorni successivi, convocate le parti e assunte sommarie informazioni, se ritiene sussistente la violazione di cui al ricorso, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita, ordina all'autore del comportamento denunciato, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti.

Inoltre, è stato fornito, dal Ministero del Lavoro, un chiarimento con la risposta ad interpello dell'8 agosto 2008 n. 29. In detto atto si precisa che nel caso in cui (lettera b dell'art.53 T.U.) il bambino di età inferiore ai 12 anni sia affidato a periodi alterni ad entrambi i genitori (separati o divorziati), questi ultimi potranno beneficiare alternativamente tra di loro del diritto di astenersi dal lavoro notturno, nel periodo in cui dimostrino al proprio datore di lavoro di convivere con il minore (esibendo copia del dispositivo della sentenza di affidamento congiunto al datore di lavoro).

§. 5 *Divieto dei lavori pericolosi, insalubri e faticosi*

Il quadro normativo di riferimento è rimasto invariato.

Il Capo II del T.U., oltre a regolare la materia della tutela della sicurezza e della salute delle lavoratrici madri durante il periodo di gravidanza e fino a sette mesi di età del figlio (comprese le lavoratrici che hanno ricevuto bambini in adozione o in affidamento), estende tale tutela individuando gli obblighi datoriali previsti dal D.lgs. 81/2008 ("Testo Unico sulla salute e sicurezza sul lavoro") in materia di prevenzione della sicurezza della lavoratrice madre.

Come indicato nel precedente rapporto, durante il citato periodo è vietato adibire le lavoratrici al trasporto, sia a braccia che a spalle, sia con carretti a ruote su strade o su guida, e al sollevamento dei pesi, compreso il carico e scarico e ogni altra operazione connessa.

E' inoltre vietato adibire le lavoratrici ai lavori pericolosi, faticosi o insalubri.

Il datore di lavoro ha l'obbligo di individuare mansioni temporanee alternative per la lavoratrice che opera nelle condizioni definite negli artt. 7 e 8 citato decreto, nonché nelle condizioni di cui agli allegati A⁸, B⁹ e C¹⁰.

Si precisa che, ai sensi dell'art. 7, comma 5, del medesimo decreto, *"la lavoratrice adibita a mansioni inferiori a quelle abituali conserva la retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte, nonché la qualifica originale"*.

In presenza di rischi per la lavoratrice in stato di gravidanza, non eliminabili da parte del datore di lavoro né mediante misure preventive né con l'assegnazione dell'interessata a mansioni differenti, i servizi ispettivi del Ministero del Lavoro possono disporre l'interdizione dal lavoro.

⁸ Elenco dei lavori faticosi, pericolosi e insalubri di cui all'art.7.

⁹ Elenco non esauriente di agenti e condizioni di lavoro di cui all'art.7.

¹⁰ Elenco non esauriente di agenti processi e condizioni di lavoro di cui all'art.11.