

Contributo di Eleonora Stenico

Dottore di ricerca in diritto comunitario e comparato del lavoro - Consigliera di Parità della Provincia Autonoma di Trento nell'ambito della Tematica: “Analisi di genere della riforma del mercato del lavoro, dell'orario di lavoro, dei contratti “precari” e dei riflessi sull'accesso al welfare”

Il decreto legislativo 276/03, c.d. “legge Biagi – di riforma del mercato del lavoro”, ha incrementato in modo notevole, per non dire eccessivo, le flessibilità in entrata nel rapporto di lavoro, moltiplicando i tipi di rapporto utili per l'accesso; al contempo, prevedendo che tutte le nuove tipologie contrattuali siano “a termine”, ha facilitato anche la flessibilità in uscita, con ciò comportando un indubbio incremento della precarizzazione dell'occupazione, ed in particolare di quella femminile, che viene assunta con contratti a tempo determinato in percentuale maggiore di quella maschile.

La moltiplicazione delle forme di lavoro flessibile e temporaneo ha rappresentato di frequente, per il datore di lavoro, una valida via di fuga dal modello tradizionale del “lavoro subordinato a tempo indeterminato” (*alias* stabile), e dall'osservanza delle tutele ad esso connesse, in favore di quello *flessibile* (*rectius* precario) ed *a termine*: ciò è particolarmente visibile nella tutela della maternità, nei livelli salariali -che in taluni casi sono stati ridotti sotto forma di retribuzione di ingresso e/o coniugati con la formazione al lavoro-, nelle garanzie di cessazione del rapporto di lavoro, e così via.

La riduzione e la differenziazione delle tutele tocca tutti i nuovi contratti atipici: basti pensare ad esempio che, in forza delle previsioni del d. lgs. 276, lavoratrici che svolgono lavori simili dal punto di vista del contenuto professionale, possono godere di un differente (e comunque ridotto) sistema di tutele della maternità, connesso al diverso tipo di contratto che regola il rapporto.

Nel caso del **contratto di collaborazione a progetto**, ad esempio, il più basso costo contributivo a cui è tenuto il datore di lavoro, e la significativa riduzione delle tutele, in particolare quella della maternità, hanno generato un abuso della tipologia, che ha determinato un aumento ulteriore della precarizzazione dei rapporti. E la correzione degli

abusi non può certo ottenersi solo con una diversa definizione del contratto, quale realizzata dal decreto n. 276, con l'introduzione del requisito della “specificazione del progetto” e l'apposizione del termine al rapporto. E' necessario invece il superamento degli indebiti vantaggi contributivi e sostanziali che offre tale rapporto rispetto a quello di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Invero, per quanto attiene specificamente alla tutela della maternità, l'iscrizione obbligatoria alla c.d. “Gestione Separata Inps” comporta il diritto della lavoratrice in maternità ad ottenere un'indennità per i soli 2 mesi antecedenti il parto ed i tre successivi, pari all'80% del reddito derivante dalla propria professione prodotto nei dodici mesi precedenti l'astensione per maternità, purchè abbia maturato, in tale arco temporale, almeno tre mensilità di contribuzione.

Inoltre, la legge statuisce, altresì, che la gravidanza della collaboratrice non determina l'estinzione del rapporto contrattuale, bensì la sua sospensione, ma senza corrispettivo; a sua volta, la Circolare n. 1/2004 del Ministero del lavoro ha ulteriormente precisato che “la durata del rapporto è prorogata per un periodo di 180 giorni, salva più favorevole disposizione del contratto individuale”.

E' manifesto, dunque, che permangono diverse criticità, costituite dal fatto che la proroga non è in alcun modo retribuita, né, tantomeno, sono previste forme di tutela ulteriori, quali i riposi per allattamento, i congedi per malattia del figlio o i permessi per i controlli prenatali.

Il contratto di lavoro c.d. “intermittente”, a sua volta, è disciplinato in modo tale da rendere non effettivo il godimento dei diritti fondamentali della lavoratrice-madre; e ciò, sebbene l'ordinamento nazionale espressamente attribuisca alle lavoratrici intermittenti la protezione antidiscriminatoria delle lavoratrici a tempo pieno comparabili (art. 38, primo comma, d.lgs. n. 276/2003), nonché il principio del *pro rata temporis* sul riproporzionamento di alcuni trattamenti economici e normativi (art. 38, secondo comma), secondo uno schema pressochè identico a quello della lavoratrice a tempo parziale (ex art. 4 D.lgs. n. 61/2000).

E, quel che è più grave, non si tratta di violazione di norme di legge da parte del datore di lavoro, ma della sostanziale elusione di alcuni diritti delle dipendenti praticata mediante la legittima applicazione del contratto di lavoro intermittente!

In altri termini, se è vero che l'art. 38 sancisce perentoriamente il principio di non discriminazione della lavoratrice intermittente, la scissione fra prestazione di lavoro effettivo e messa in disponibilità della lavoratrice nei periodi di non-lavoro, con la connessa attribuzione al datore di lavoro del potere di decidere l'alternanza fra l'una e l'altra condizione, producono l'inevitabile elusione di alcuni fondamentali diritti della lavoratrice-madre.

Si tratta evidentemente di una discriminazione effettiva, patita dalle lavoratrici intermittenti sia rispetto alle lavoratrici a tempo pieno e indeterminato sia, paradossalmente, rispetto anche alle altre lavoratrici atipiche: infatti, nel caso di una lavoratrice intermittente in stato di gravidanza, nulla impedisce al datore di lavoro di lasciarla in disponibilità – ossia di non “chiamarla” mai – nel momento in cui ella decidesse di esercitare il diritto all'astensione obbligatoria o facoltativa: la collocazione in “disponibilità” impedirebbe alla lavoratrice, *ex lege* (!), di godere dei diritti della maternità.

Un discorso analogo, di sostanziale elusione delle tutele, può essere fatto in caso di licenziamento.

Durante lo svolgimento della prestazione di lavoro, infatti, la lavoratrice potrà essere licenziata solo in presenza di giusta causa o giustificato motivo; ma durante la sua “disponibilità”, il rapporto è soggetto alla semplice “risoluzione” (art. 36, sesto comma, d.lgs. n. 276/2003) come regolata dal codice civile. Orbene: poiché nulla impedisce al datore di lavoro di collocare in disponibilità una lavoratrice/(tore) e poi risolvere il contratto, appare evidente che il limite sostanziale della giustificazione del licenziamento (giusta causa o giustificato motivo) sarebbe eluso attraverso la legittima esecuzione del contratto di lavoro intermittente.

Qualche riflessione merita anche la tipologia del c.d. “**contratto a termine**” nel settore privato, così come disciplinato dal d. lgs. 368/2001.

L'apposizione di un termine al contratto è consentita “*a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*” (art. 1, co. I, D. lgs. 368/2001).

Procedendo ad una comparazione fra contratto a tempo indeterminato e contratto a termine, per quanto in questa sede di rilievo, pare che problematiche significative in ottica di genere emergano sotto il profilo, ancora una volta, della tutela della maternità in correlazione alla scadenza del contratto a termine, alla sua proroga o al suo rinnovo.

Infatti, mentre nel contratto a tempo indeterminato sussiste un generale divieto di licenziamento della lavoratrice in gravidanza che si estende fino al compimento del primo anno di vita del bambino, nel caso del contratto a termine, invece, una volta scaduto il termine l'imprenditore può decidere di non prorogare il contratto, né di rinnovarlo.

Quindi la lavoratrice in gravidanza in codesto caso vedrà cessato il proprio rapporto di lavoro, e potrà ottenere soltanto l'indennità di maternità per il periodo di congedo obbligatorio dall'Istituto Previdenziale.

Nel contratto a termine, dunque, il divieto di licenziamento previsto in generale per la lavoratrice madre subisce una “deroga” (o eccezione), proprio in ragione dell'apposizione del termine, il quale comporta di fatto una sostanziale riduzione delle tutele.

Ciò impone una re-interpretazione delle tecniche di protezione della maternità in tale tipologia contrattuale, qualora si condivida il pensiero che anche in codesto caso la maternità debba prevalere sulle ragioni produttive, il che non è scontato, atteso che il termine viene apposto proprio per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo.

A parere di chi scrive, comunque, detta prevalenza dovrebbe essere automatica in presenza di un atto discriminatorio della lavoratrice.

Il deficit di tutela che subisce la lavoratrice in gravidanza nel contratto a termine potrebbe allora essere colmato attraverso la possibilità di invocare la tutela anti-discriminatoria prevista dal vigente “Codice delle Pari Opportunità”, tutte le volte in cui essa non vedesse prorogato o rinnovato il proprio contratto a causa del suo stato particolare.

Ed il mancato rinnovo frustra non solo la continuità del suo lavoro e del suo guadagno, ma anche la sua aspirazione a vedere trasformato in prospettiva il suo contratto in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, e perciò “stabile”.

A tal fine, è appena il caso di citare la recente riproposizione, sia da parte della legge (art. 1, comma 40, lettera b, legge 247/2007) sia della Corte costituzionale (con sentenza 25 febbraio 2008, n. 44), del principio, precedentemente abrogato dal d.lgs. 368/2001, che prevede un diritto di preferenza nelle assunzioni a tempo indeterminato a favore delle lavoratrici e dei lavoratori a termine.

La problematica in esame impone dunque di soffermarsi sull'intreccio fra maternità e termine contrattuale, ed induce ad interrogarsi sulla possibilità effettiva di provare la

discriminazione proprio allorché la gravidanza della lavoratrice e la fine del contratto di lavoro si sovrappongono.

E se nell'intenzione del legislatore i vincoli giuridici relativi alla successione dei contratti a termine sono rivolti a limitare la proroga ed il rinnovo (artt. 4 e 5 d. lgs. 368/2001) per tutelare la lavoratrice/(tore) a termine di fronte alla perenne instabilità o precarietà del suo rapporto, nel caso che ci occupa la *ratio legis* dovrebbe mutare qualora la lavoratrice madre subisse una discriminazione a causa del suo stato, in un contesto lavorativo già di per sé precario.

La configurazione della cessazione del contratto a termine e del suo mancato rinnovo come discriminatoria a motivo della gravidanza (in quanto il datore di lavoro non procede alla proroga o al rinnovo del contratto a causa di tale stato, contrariamente a quanto faceva in precedenza) permetterebbe, insomma, di constatare l'esistenza di una discriminazione anche rispetto alle condotte imprenditoriali apparentemente conformi alla legalità, come il mancato rinnovo del contratto a tempo determinato: ciò potrebbe avvenire mediante l'estensione di tutti gli strumenti presenti nella tutela antidiscriminatoria, tra i quali, in primo luogo, la parziale inversione dell'onere della prova, nel caso in cui ci siano elementi di fatto idonei a fondare l'esistenza di comportamenti discriminatori quali, ad esempio, il rinnovo o la proroga del contratto di tutti gli altri lavoratori/trici tranne che di quello della lavoratrice in gravidanza; l'aver quest'ultima visto in precedenza prorogare e/o rinnovare il proprio contratto di lavoro più volte, ecc.. In secondo luogo, si potrebbe "recuperare" dal diritto antidiscriminatorio anche la previsione della condanna del datore di lavoro da parte del giudice, una volta accertata la discriminazione, alla rimozione degli effetti, il che potrebbe significare il risarcimento del danno, ma anche l'assunzione della dipendente: questo è un ulteriore profilo di riflessione su cui si potrà maggiormente indagare.

Tuttavia, far valere in giudizio l'intreccio fra maternità e termine del contratto, dimostrando che il contratto a termine non è stato prorogato o rinnovato alla dipendente a motivo della sua gravidanza, come anticipato è tutt'altro che agevole.

Un tentativo di dimostrare la connessione tra stato di gravidanza e mancato rinnovo del contratto è stato infatti respinto da una sentenza di merito del Tribunale di Napoli del 29 novembre 2006.

In questo caso si trattava di una lavoratrice del Comune di San Giorgio a Cremano, già

assunta una volta con un contratto a tempo determinato di durata annuale, successivamente prorogato, e poi nuovamente assunta con un nuovo contratto a tempo determinato. Dopo aver comunicato al sindaco di trovarsi in stato di gravidanza, con diverse delibere della Giunta comunale erano stati confermati gli incarichi a tempo determinato conferiti a tutto il restante personale in servizio a termine, fatta eccezione per la donna in questione e nonostante la “eventuale proroga” fosse stata inserita nell'ordine del giorno dell'assemblea della Giunta..

La capacità e la competenza della lavoratrice, confermata sia dalle graduatorie sia dagli encomi ricevuti durante l'espletamento delle funzioni, la mancata discussione da parte della Giunta dell'ipotesi di rinnovo del suo contratto posto all'ordine del giorno, nonché il rinnovo di tutti gli altri contratti a termine in scadenza contemporaneamente, rappresentano senz'altro degli elementi di fatto idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori ai sensi dell'art. 40 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (*Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*).

Il Tribunale di Napoli considera, invece, infondata la domanda per diverse ragioni: in primo luogo, il mancato rinnovo sarebbe giustificabile attraverso ragioni di contenimento della spesa pubblica; in secondo luogo, la domanda avanzata dalla ricorrente di rinnovo del contratto scaduto non consentiva di individuare alcuna posizione giuridica qualificata ma semplicemente una mera aspettativa di fatto; in terzo luogo, dovevano essere considerati anche gli amplissimi margini di discrezionalità della Amministrazione nella assegnazione di ciascun incarico, anche temporaneo.

In questo modo, il giudice conclude per la legittimità del mancato rinnovo, richiamando proprio l'art. 54, comma 3, lettera c) come norma applicabile al caso concreto.

Nonostante il caso descritto abbia parzialmente perduto di attualità giuridica a seguito della riforma dell'art. 36 del d.lgs 30 marzo 2001, n. 165 da parte della legge 24 dicembre 2007 n. 244 che, al comma 2, prevede che “in nessun caso è ammesso il rinnovo del contratto o l'utilizzo del medesimo lavoratore con altra tipologia contrattuale”, la sentenza di merito qui riportata interessa come ragionamento di principio rispetto alle difficoltà di qualificare il non rinnovo del contratto come atto o comportamento discriminatorio.

Di contro, tuttavia, rilevano alcune importantissime sentenze della Corte di Giustizia Europea (*Tele-Danmark* e *Melgar*, 2001) e della Corte costituzionale spagnola (sent. n. 17

dd. 30.01.2003, e n. 175 dd. 04.07.2005), che ritengono la fine del contratto a termine *contraria* alla tutela della lavoratrice madre se viene provato il suo carattere discriminatorio.

Le considerazioni esposte evidenziano come la tutela della lavoratrice madre non trovi nel quadro legale di riferimento una risposta soddisfacente qualora la conclusione del rapporto a tempo determinato si configuri come discriminatoria con riferimento alla stessa apposizione del termine, alla mancata proroga o, infine, al mancato rinnovo, e portano a ritenere che anche nei confronti di questa tipologia contrattuale la disciplina debba essere rivista, integrandola con una tutela più aperta e flessibile come è quella offerta dal diritto antidiscriminatorio: si dovrebbe cercare, insomma, come insegna la Corte di Giustizia, di assicurare in ogni caso il risultato antidiscriminatorio.

L'insieme di queste riflessioni induce a far dubitare che la scelta fatta dal legislatore con il D. lgs. 276 possa sortire effetti positivi sull'occupazione, specialmente femminile: per questo sarebbe utile un monitoraggio attento dell'applicazione legislativa, per trarne conseguenze coerenti al fine della necessaria correzione della disciplina.

Eleonora Stenico