

MATERNITA' - IL DIVIETO E I LIMITI AL LAVORO NOTTURNO

di Laura Marino – Content manager di www.dottorlex.it

Con la risposta all'interpello del 4 febbraio 2009, n. 1 il Ministero del Lavoro rivede il proprio precedente orientamento e ritiene ora che il divieto e i limiti al lavoro notturno previsti dall'art. 53 del T.U. sulla maternità non si applichino al personale di volo nell'aviazione civile.

La soluzione prospettata ha un rilevante impatto pratico nel settore del trasporto aereo, dove le ipotesi effettive di esonero dal lavoro notturno "per maternità" sono destinate a ridursi notevolmente.

La nuova posizione assunta dal Ministero, però, è d'interesse anche al di là dell'area cui è destinata ad incidere direttamente (comparto volo), perché tiene conto dei rilievi che la Commissione europea ha mosso alla nostra normativa in materia di maternità e limitazioni dell'orario di lavoro, rilievi che riguardano la disciplina in sé e non l'ambito soggettivo di applicazione della stessa.

In altre parole: il divieto previsto garantisce effettivamente le esigenze connesse all'evento maternità oppure finisce con creare una discriminazione proprio a danno delle donne?

La Commissione europea sostiene che la disciplina italiana è in contrasto con la normativa comunitaria e il Ministero del Lavoro si "adegua", creando un precedente che potrebbe essere significativo.

Ma qual è la normativa italiana?¹

Il divieto e i limiti posti dalla legge italiana

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

¹ Una analisi complessiva della disciplina giuridica sulla maternità nei rapporti di lavoro viene svolta, con taglio pratico - operativo nel libro, a cura di dottor Lex, "Maternità - Le norme per i genitori che lavorano", edito nel 2009 dalla Buffetti. Nello *Speciale Maternità*, pubblicato su www.dottorlex.it, sono disponibili - tra l'altro - le più recenti novità normative sull'argomento.

bambino (v. art. 53 del D.Lgs. n. 151/2001 e art. 11 del D.Lgs. n. 66/2003).

Si tratta di una norma dal contenuto forte, perché il divieto è inderogabile e scatta automaticamente al verificarsi delle condizioni cui è ancorato. È pertanto sufficiente essere gestanti o lavoratrici madri con figli di età inferiore all'anno per non poter svolgere lavoro notturno e nessun tipo di rilievo o valutazione personale, eventualmente supportata anche da documentazione esterna (ad esempio certificato medico che attesti l'idoneità al lavoro della donna in gravidanza) permette di sottrarsi al divieto.

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

L'inosservanza del divieto è sanzionata penalmente.

Il datore di lavoro che adibisce al lavoro notturno la gestante o la madre di un bambino inferiore all'anno è punito con l'arresto da due a quattro mesi o con un'ammenda da 516 euro a 2.582 euro (v. l'articolo 18 bis del Decreto Legislativo n. 66/2003).²

Per potersi confrontare con una normativa meno categorica, occorre che sia passato il

² Al riguardo, il Ministero del Lavoro con la circolare 3 marzo 2005, n. 8 ha evidenziato 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".

primo anno di vita del bambino. Solo da questo momento, infatti, il divieto assoluto si trasforma nella facoltà di essere esonerati dal lavoro notturno. Facoltà – questa - che può essere esercitata anche dal padre lavoratore, in alternativa alla madre. Si legge, infatti, nell'articolo 53 del Testo Unico sulla maternità e nell'articolo 11 del Decreto Legislativo n. 66/2003 che non sono 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;³
- 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.

Nei casi sopra indicati, la lavoratrice (o il lavoratore) 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 presentazione tardiva della comunicazione legittima il rifiuto del datore di lavoro, ma al di fuori di questa ipotesi, la richiesta formulata dal lavoratore deve essere accettata, altrimenti il datore di lavoro incorre in un comportamento sanzionabile con l'arresto da due a quattro mesi o con l'ammenda da 516 euro a 2.582 euro (v. l'articolo 18 bis del Decreto Legislativo n. 66/2003).

Il campo di applicazione della normativa ed il settore volo

Ci sono dei settori in cui non si applica la disciplina limitativa del lavoro notturno in caso di maternità⁴?

³ Con la risposta ad interpello dell'8 agosto 2008, n. 29 il Ministero del Lavoro ha precisato che i genitori separati o divorziati che abbiano i figli in affidamento congiunto, possono fruire alternativamente tra di loro del diritto di astenersi dal lavoro notturno per assistere il figlio di età inferiore ai 12 anni; ovviamente, il periodo di astensione deve coincidere con quello di convivenza con il minore (La sintesi del documento normativo è disponibile sul sito www.dottorlex.it, nella sezione dedicata alla Rassegna delle News sulla normativa in materia di lavoro).

La questione si pone perché il Decreto Legislativo n. 66 del 2003, dopo aver recepito in pieno nell'articolo 11 i limiti e i divieti posti dall'articolo 53 del T.U. sulla maternità (D.Lgs. n. 151/2001), nel successivo articolo 19 abroga tutte le disposizioni normative pregresse in materia di orario di lavoro, ad eccezione di quelle espressamente richiamate. Pertanto, mentre è certo che la disciplina limitativa del lavoro notturno sopra esaminata abbia per destinatari coloro che rientrano nel campo di applicazione del D.Lgs. n. 66/2003 (che sono la stragrande maggioranza dei casi) si possono svolgere considerazioni di segno opposto nell'ambito dei settori esclusi dalla disciplina generale dell'orario di lavoro.⁵

Se a ciò si uniscono i risvolti pratici della questione si capisce perché l'Assoaereo abbia ripetutamente chiesto chiarimenti in merito alla disciplina dell'esonero dal lavoro notturno per il personale navigante delle aziende di trasporto aereo, per il quale l'orario di lavoro è disciplinato dal D.Lgs. n. 185/2005.

Nella risposta ad interpello del 16 novembre 2007, n. 33, il Ministero del Lavoro aveva però ritenuto che al personale di volo si applicasse anche l'art. 53 del D.Lgs. n. 151/2001 sostenendo che tale norma era in vigore per il personale navigante, dato che allo stesso non si applica il D.Lgs. n. 66 che ne contiene l'abrogazione.

Ben diverso è invece ora l'orientamento manifestato nella risposta ad interpello del 4 febbraio 2009, n. 1. Infatti, i rilievi mossi a livello europeo hanno indotto il "il Ministero a una riconsiderazione complessiva dell'intera questione secondo una lettura sistematica che tenga in maggior conto, oltre alle particolari

⁴ Il quesito in esame fa parte della Raccolta di FAQ Giuridiche in materia di lavoro e previdenza disponibili sul sito www.dottorlex.it

⁵ L'art. 2 del D.Lgs. n. 66/2003 statuisce che: "le disposizioni contenute nel presente decreto si applicano a tutti i settori di attività pubblici e privati con le uniche eccezioni del lavoro della gente di mare di cui alla direttiva 1999/63/CE, del personale di volo nella aviazione civile di cui alla direttiva 2000/79/CE e dei lavoratori mobili per quanto attiene ai profili di cui alla direttiva 2002/15/CE."

modalità di svolgimento della prestazione lavorativa da parte del personale di volo, la inopportunità di meccanismi automatici di esonero della prestazione lavorativa”. Da questa premessa discende l’applicabilità del solo D.Lgs. n. 185/2005 “al quale occorre necessariamente ed esclusivamente riferirsi per verificare la sussistenza di eventuali limitazioni al tempo della prestazione lavorativa resa dal personale navigante.” In particolare va fatto riferimento all’articolo 7 che, ribadisce in generale il diritto a un livello di tutela e di sicurezza adeguato alla natura dell’attività svolta e riconosce al personale di volo che abbia problemi di salute aventi nesso riconosciuto con il fatto che presta anche lavoro notturno il diritto ad essere assegnato ad un lavoro diurno in volo o a terra per cui è idoneo.

Ma quali sono state le valutazioni espresse sulla normativa italiana?

I rilievi mossi a livello europeo

La lettera del 29 gennaio 2009 emanata dalla Commissione europea ha integrato e completamento della costituzione in mora dell’Italia riaccendendo il dibattito, ma – com’è evidente - la questione era ben nota già da tempo. Ed infatti la Commissione aveva costituito in mora l’Italia con la lettera del 4 luglio 2006 e successivamente, con il parere motivato del 25 gennaio 2007, aveva ulteriormente ribadito il contrasto dell’articolo 53, comma 1 del D Lgs. n. 151/2001 con il diritto comunitario.

Ai rilievi mossi dalla Commissione europea lo Stato italiano aveva replicato con la lettera del 23 marzo 2007, sostenendo che:

- l’art. 53 del T.U. sulla maternità ha lo scopo primario di proteggere la salute e la sicurezza delle lavoratrici gestanti o puerpere. Si tratta di lavoratrici che, per il loro stato, devono essere considerate sotto molti punti di vista come un “gruppo esposto a rischi specifici” e ciò – sempre secondo le autorità italiane – giustifica l’adozione di misure “proporzionalmente più severe rispetto a quelle generali. Inoltre l’indennità speciale cui ha diritto la categoria di lavoratrici in questione, e che è pari all’80% della loro retribuzione, costituisce un’indennità adeguata”;

- oltre ai diritti connessi al rientro al lavoro, in caso di turnazioni, la lavoratrice madre ha diritto “di continuare a svolgere la propria attività lavorativa nelle ore non rientranti nella fascia che

va dalle ore 24 alle 6 e di concordare con il proprio datore di lavoro lo spostamento dei turni rientranti in detta fascia in altri orari”;

- sono proprio le direttive comunitarie che in diverse occasioni pongono l’accento sulla necessità di conciliare la vita professionale con quella familiare.

Le argomentazioni svolte dal governo italiano non hanno affatto convinto la Commissione europea che le confuta nella lettera di costituzione in mora complementare (emanata lo scorso 29 gennaio) nella quale si sostiene che l’esonero delle lavoratrici madri dal lavoro notturno, lungi dall’essere in linea con la normativa comunitaria, crea discriminazione che danneggia le lavoratrici stesse. La Commissione sottolinea, infatti, che le direttive europee esonerano sì le lavoratrici madre dal lavoro notturno, ma solo quando ciò va a detrimento della loro salute e dietro presentazione della documentazione medica. La normativa italiana, invece, impone un esonero automatico dal lavoro notturno che va al di là della protezione accordata in ambito comunitario, superando ampiamente anche i limiti delle “possibili misure che prevedono una maggiore protezione”, che gli Stati membri possono adottare in base all’articolo 137, par 5 del trattato CE. Inoltre, le madri che, pur trovandosi nella condizione adeguata per svolgere la prestazione lavorativa, di fatto non lavorano in applicazione dell’automatismo previsto dall’articolo 53, subiscono una discriminazione anche in ragione della inevitabile perdita di retribuzione legata all’esonero.

Le valutazioni critiche della Commissione europea riguardano, quindi, la disciplina in sé: l’automatismo e l’inderogabilità del divieto. La circostanza che il Ministero del Lavoro ne abbia tenuto conto e abbia dato una diversa interpretazione operativa dei limiti e divieti al lavoro notturno nell’ambito dell’aviazione civile porta ad attribuire alla risposta ad interpello n. 1/2009 un interesse che va oltre il suo specifico ambito di applicazione.