

# *Centro Studi Cafasso*

*del Dr. Nino Carmine Cafasso*

*Consulenza Amministrativa del Lavoro*

*80122 Napoli – Viale A. Gramsci, 15*

*Tel. 081/2461068 - Fax 081/2404444 - Email info@cafassoefigli.it*

*Napoli, li 11 giugno 2010*

## *Circolare informativa n° 27/2010*

**A tutte le Aziende Assistite  
LORO SEDI**

### *Approfondimento*

#### **IL LICENZIAMENTO DELLA LAVORATRICE MADRE**

La Legge cerca di tutelare la donna nell'ambiente di lavoro in considerazione della sua funzione sociale e familiare cercando di evitare tutte le forme discriminatorie nei riguardi della lavoratrice che intenda contrarre matrimonio e nei riguardi della lavoratrice nel delicato momento della gravidanza.

Data l'importanza delle argomentazioni poste in essere e le problematiche che possano scaturirne, riteniamo di particolare interesse elaborare un approfondimento che possa evidenziare quali sono le tutele previste dal nostro ordinamento e le possibili eccezioni al divieto contemplate dalla legislazione.

#### **Il licenziamento in caso di gravidanza**

L'art.54 del D.Lgs. n.151/2001 "Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità" così dispone "Le lavoratrici non possono essere licenziate dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino.

*Il divieto opera in connessione allo stato oggettivo della gravidanza e la lavoratrice licenziata nel corso del periodo nel quale vige il divieto, è tenuta a presentare al datore di lavoro idonea certificazione dalla quale risulti l'esistenza all'epoca del licenziamento, delle condizioni che lo vietavano".*

**Altresi, la Corte di Giustizia Europea ha stabilito che, nel periodo tutelato è proibito al datore di lavoro adottare misure preparatorie ad un eventuale e futuro licenziamento.**

Per quanto concerne l'operatività del divieto, la norma deve essere interpretata considerando quale dato oggettivo lo *stato di gravidanza*, a prescindere dalla conoscenza che ne abbia il datore al momento dell'intimazione del licenziamento.

Nessun rilevanza giuridica riveste la buona fede del datore, in quanto laddove egli non fosse a conoscenza dello stato di gravidanza della lavoratrice il divieto sarebbe in ogni caso operativo, per effetto della presentazione del certificato comprovante la gestazione.

Nessun termine temporale viene fissato dal legislatore circa la presentazione della documentazione, pertanto anche la presentazione tardiva non influenza l'operatività del divieto.

### **Le eccezioni previste dal legislatore al divieto di licenziamento**

Il nostro ordinamento prevede delle ipotesi in cui il divieto di licenziamento non trova applicazione.

L'art.54 del D.Lgs. n.151/2001 al comma 3 dispone esplicitamente che, *“il divieto di licenziamento non trova applicazione:*

- *Per colpa grave della lavoratrice costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro;*
- *Per cessazione dell'attività aziendale in cui è addetta;*
- *Per ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta ovvero, di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine;*
- *Per esito negativo della prova, fermo restando il divieto di discriminazione previsto dall'art.4 della Legge n.125/1991 “Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna”.*

#### ***Colpa grave della lavoratrice***

In tale ipotesi, la colpa grave della lavoratrice tale da legittimare la risoluzione del rapporto di lavoro deve essere intesa come una responsabilità più ampia e complessa di quella necessaria a comprovare il licenziamento per giusta causa.

Secondo la Giurisprudenza maggioritaria la colpa grave della lavoratrice non deve essere analizzata esclusivamente alla luce delle ipotesi previste dalla contrattazione collettiva, bensì occorre verificare anche lo stato psicofisico della gestante connesso alla gravidanza.

Le condizioni psicofisiche rivestono particolare importanza e comportano il venir meno della *“gravità della condotta”* laddove siano elementi causali di un particolare atteggiamento o comportamento della lavoratrice.

#### ***Cessazione dell'attività aziendale***

La Giurisprudenza riconosce a tale ipotesi un'interpretazione più ampia riferendola sia al caso di cessazione totale di qualsivoglia attività dell'impresa che al caso di cessazione del ramo aziendale ove opera la lavoratrice.

Sul datore di lavoro grava l'onere di dimostrare non solo che il ramo cessato è completamente autonomo rispetto all'intero complesso aziendale, ma anche l'impossibilità di adibire la lavoratrice ad altro comparto aziendale.

Come precisato, l'impossibilità del ricollocamento aziendale grava sul datore, in difetto andrà dichiarata la nullità del licenziamento ed il diritto della lavoratrice ad ottenere la corresponsione delle retribuzioni.

#### ***Ultimazione della prestazione e risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine***

L'ipotesi in esame non presenta problemi di interpretazione in quanto ha ad oggetto dei rapporti a termine.

L'unica differenza è che, nel primo caso la scadenza è data dalla conclusione della prestazione mentre nella seconda ipotesi viene fissata dalle parti.

#### ***Esito negativo della prova***

In quest'ultima ipotesi, il legislatore salva le disposizioni contenute nell'art.4 della Legge n.125/91 circa il divieto di discriminazione.

Pertanto, la lavoratrice dovrà dimostrare non solo che il licenziamento è avvenuto nel periodo di vigenza del divieto, bensì dovrà anche dimostrare la sussistenza di elementi di discriminazione.

Il datore dovrà fornire la prova contraria e cioè la correttezza del licenziamento e l'insussistenza di qualsivoglia discriminazione.

### **Le conseguenze derivanti dalla nullità del recesso**

Gli effetti conseguenti alla dichiarazione di nullità del licenziamento nei riguardi della lavoratrice madre si distinguono a seconda che il provvedimento sia stato accolto nell'ambito della tutela reale o della tutela obbligatoria.

Con una breve sintesi ricordiamo che, la **tutela reale** trova la sua fonte nella Legge n.300/1970 "Statuto dei Lavoratori" art.18 "Reintegra nel posto di lavoro".

La tutela in esame si applica alle aziende con più di 15 dipendenti in ciascuna unità produttiva, ovvero con più di 15 dipendenti nello stesso Comune anche in unità produttive più piccole, ovvero con più di 60 dipendenti ovunque siano ubicate le singole unità produttive, ed ai datori di lavoro agricoli con più di 5 dipendenti per ciascuna unità produttiva.

***La tutela reale prevede, (diversamente dalla tutela obbligatoria) la reintegra nel posto di lavoro laddove il giudice accerti l'illegittimità del licenziamento.***

***Al datore di lavoro non viene riconosciuta alcuna alternativa circa il pagamento ovvero la riassunzione.***

Pertanto, la dichiarazione di illegittimità del licenziamento comporta:

- L'ordine di reintegrazione del lavoratore nel posto ed alle mansioni occupate ovvero, in altra mansione sempreché sia rispettato quanto disposto all'art.2103 del c.c. "Mansioni del lavoratore";
- La condanna al risarcimento del danno pari alla retribuzione globale di fatto che il lavoratore non ha percepito dalla data del licenziamento a quella di effettiva reintegrazione. Ad ogni modo il licenziamento non deve essere inferiore a cinque mensilità;
- L'obbligo di versare i contributi non pagati per lo stesso periodo.

Alla luce di tali considerazioni, la disciplina di cui all'art.18 dello Statuto trova pienamente rispondenza all'ipotesi del licenziamento della lavoratrice madre.

Tale tesi è sostenuta dalla stessa Giurisprudenza in uno alla delicata natura dell'argomento trattato ed alla mancanza di una specifica regolamentazione normativa dello stesso.

Ebbene, ***nell'ambito della tutela reale*** ed in considerazione dei principi generali del diritto che governano il nostro sistema, ***la nullità del licenziamento da una parte comporta che il recesso non ha alcun effetto risolutorio e dall'altro il creditore ha diritto al risarcimento del danno*** alla luce dell'art.1223 del c.c. "Risarcimento del danno".

Per quanto concerne la **tutela obbligatoria** precisiamo che la stessa interessa i datori di lavoro imprenditori e non, i quali occupano fino a 15 dipendenti (5 se agricoli) in ciascuna unità produttiva, ovvero fino a 60 complessivi se nell'unità produttiva principale sono occupati meno di 16 dipendenti.

***Laddove il Giudice accerti l'illegittimità del licenziamento posto in essere dal datore, questi dovrà scegliere fra un obbligo primario quale la riassunzione, e un obbligo secondario di natura economica consistente nel pagamento di un'indennità.***

Ritornando al caso in esame va chiarito che, ***nel regime di tutela obbligatoria troveranno applicazione i principi generali del diritto in tema di inadempimento delle obbligazioni, con conseguente diritto della lavoratrice madre al risarcimento del danno ed alla continuazione del rapporto di lavoro.***

**Il licenziamento per causa di matrimonio: cenni**

La Legge n.7/1963 “Divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio” all’art.1 dispone “*Le clausole di qualsiasi genere contenute nei contratti individuali e collettivi o, in regolamenti che prevedono comunque la risoluzione del rapporto di lavoro delle lavoratrici in conseguenza del matrimonio sono nulle e si hanno per non apposte.*

*Del pari sono nulli i licenziamenti attuati a causa di matrimonio.*

*Si presume che, il licenziamento della dipendente nel periodo intercorrente dal giorno della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio, in quanto segue la celebrazione, a un anno dopo la celebrazione della stessa, sia stato disposto per causa di matrimonio”.*

Anche in tal caso, il divieto di licenziamento non trova applicazione laddove il datore di lavoro dimostri la sussistenza di una delle ipotesi di cui all’art.54 co.3, del D.Lgs.151/2001.

***Per quanto concerne gli effetti derivanti dal licenziamento illegittimo va sottolineato che, a prescindere dal regime di tutela reale o obbligatoria, la nullità comporta l’obbligo di riammissione in servizio della lavoratrice ed il pagamento della retribuzione globale di fatto fino al giorno della riammissione.***

L’auspicio è che i contributi che Vi forniamo, possano chiarire eventuali aspetti del mondo del lavoro.

Come sempre, i nostri uffici restano a disposizione per gli eventuali approfondimenti che fossero ritenuti di interesse aziendale.

Cordiali saluti

*Centro Studi Cafasso*