

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 09/09/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35386-lavoro-domestico-tutela-della-maternita>

Autore: Viceconte Massimo

Lavoro domestico, tutela della maternita'

Viceconte Massimo

(*m.viceconte1@virgilio.it*)

LAVORO DOMESTICO –TUTELA DELLA MATERNITA’

Tribunale di Genova 6 dicembre 2012, n.1977

Giud. Scotto;Ric. XX;Res-YY1 e YY2 ,contumace

Lavoro domestico –Tutela della maternità –Divieto di licenziamento-Norma contrattuale – Condizioni di applicabilità-Motivo del recesso-Irrilevanza-Pagamento di retribuzioni e emolumenti retributivi successivi alla data di effettiva cessazione del rapporto-Decorrenza dell’obbligo dalla presentazione al datore di lavoro della certificazione dello stato di gravidanza e dalla offerta da parte della lavoratrice della prestazione personale (*mora credendi*)

Atteso che la disposizione contrattuale (art.24 CCNL di categoria) , che prevede il divieto di licenziamento della lavoratrice in stato di gravidanza ,è applicabile, sulla base del suo tenore testuale, alla sola condizione che sussista la gravidanza e che questa sia intervenuta nel corso del rapporto di lavoro,nessun altro elemento di natura soggettiva essendo richiesto dalla norma, né è consentito introdurre, nella concreta applicazione di una disposizione attributiva di un diritto, condizioni e limiti che non risultino neppure implicitamente dal testo della disposizione,tale disciplina operando in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza, così come previsto anche dall’art. 54 T.U. n 151/2001, pur non direttamente applicabile al lavoro domestico (art. 62 T.U. n. 151/2001) , nè del resto è irragionevole che la pattuizione collettiva non attribuisca alcun rilievo al motivo del recesso, non subordinando la tutela della lavoratrice all'esito di accertamenti che possono rivelarsi di estrema difficoltà.Con riguardo poi alla disciplina *de qua* , deve infine rilevarsi che, ancorché, come già detto, la tutela della lavoratrice operi in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza, il diritto del pagamento delle retribuzioni successive alla data di effettiva cessazione del rapporto matura, però, soltanto a decorrere dalla presentazione della certificazione attestante lo stato di gravidanza,principio questo stabilito dall’art. 4 D.P.R. n. 1026 del 1976, che, pur se non direttamente applicabile al lavoro domestico, deve intendersi espressione di un principio di carattere generale, in quanto la *mora credendi* del datore di lavoro può sorgere soltanto quando la lavoratrice, documentando il proprio stato di gravidanza e facendo valere l’illegittimità del recesso, offra nuovamente la propria prestazione.

TESTO DELLA SENTENZA

Il Giudice Monocratico - Sezione del Lavoro in persona della dott. ssa Maria Ida SCOTTO ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa promossa da XX ,ricorrente

CONTRO YY 2 e YY 1 ,contumace ,convenuti

Conclusioni delle parti: come da rispettivi atti introduttivi del giudizio

MOTIVI DELLA DECISIONE

[*la fattispecie*]

Con ricorso depositato in data 1 luglio 2011 la sig.ra XX ricorrente esponeva:

- di aver lavorato alle dipendenze dei sig. YY 1 e YY 2 dal 1 maggio 2010 al 10 agosto 2010 come badante di livello C super;
- che il rapporto era stato regolarizzato soltanto a decorrere dal 1 luglio 2010 e soltanto con un orario di 25 ore settimanali,
- di avere in realtà lavorato dal lunedì al sabato per 9 ore al giorno fino al 30 giugno e poi dal 1 luglio 2010, dopo il trasferimento dei coniugi convenuti nella casa estiva, in regime di convivenza, dal lunedì al sabato, con riposo esclusivamente alla domenica;
- di essere stata licenziata verbalmente il 10 agosto 2010 dalla sig.ra YY 2, quando quest'ultima aveva appreso che la lavoratrice era incinta.

La ricorrente conveniva pertanto in giudizio i coniugi YY1 e YY2 per sentirli condannare, in solido tra loro, al pagamento della somma di euro 2.665,72 per retribuzioni omesse, differenze retributive, lavoro straordinario non pagato, 13° mensilità e ferie non godute.

Chiedeva altresì dichiararsi la persistenza del rapporto, stante il divieto di licenziamento previsto dall'art. 24 C.C.N.L. lavoratori domestici durante il periodo di gravidanza della lavoratrice, con conseguente condanna dei convenuti, in solido tra loro, al pagamento della somma di euro 10.802,48 a titolo di retribuzione maturate fino al termine del periodo di congedo per maternità, oltre a euro 225,61 a titolo di indennità sostitutiva del preavviso e a euro 316,86 a titolo di TFR. Il sig. YY1, pur se ritualmente citato in giudizio, non si costituiva e veniva pertanto dichiarato contumace.

Si costituiva, invece, ritualmente in giudizio la sig.ra YY 2 contestando la fondatezza delle domande e chiedendone pertanto la reiezione.

Sosteneva in particolare la convenuta:

- che la ricorrente prima del 1 luglio 2010 aveva lavorato occasionalmente ed era stata regolarmente retribuita per le poche ore prestate;
- che la lavoratrice non aveva mai comunicato di essere incinta ed anzi era impossibile che all'epoca della risoluzione del rapporto già sapesse di essere incinta;
- che in ogni caso la ricorrente non era stata licenziata, ma al contrario aveva fatto rientro da Pontinvrea a Genova il 10 agosto 2010, senza più presentarsi al lavoro;
- che in effetti la ricorrente era ancora creditrice del TFR, ma tale credito doveva essere compensato con l'indennità di mancato preavviso spettante alla convenuta in ragione delle dimissioni in tronco della ricorrente.

La convenuta proponeva pertanto domanda riconvenzionale al fine di sentir condannare la ricorrente al pagamento in suo favore della somma di euro 225,61 a titolo di indennità di mancato preavviso.

La ricorrente contestava la fondatezza della riconvenzionale, chiedendone la reiezione.

All'udienza di discussione le parti si riportavano alle conclusioni di cui ai rispettivi atti, conclusioni da intendersi pertanto qui richiamate.

Le domande della ricorrente attengono, in estrema sintesi:

- a differenze retributive relative al periodo dal 1 maggio 2010 al 30 giugno 2010, asseritamente lavorato prima della regolarizzazione del rapporto;
- a preteso lavoro straordinario prestato a Pontinvrea, in regime di convivenza, nel periodo dal 1 luglio 2010 al 10 agosto 2010;
- all'asserito licenziamento intimato alla lavoratrice a causa della gravidanza.

[la domanda principale]

Iniziando da quest'ultima domanda, che costituisce anche quella di maggior peso economico, deve premettersi che è pacifico tra le parti che la ricorrente martedì 10 agosto 2010 abbia fatto rientro a Genova da Pontinvrea (dove lavorava come badante alle dipendenze dei convenuti) perché l'11 agosto 2010 doveva recarsi in Questura per il rilascio del permesso di soggiorno.

E' altresì pacifico che dopo tale data la prestazione lavorativa di fatto non sia più ripresa.

Secondo la ricorrente la cessazione delle prestazioni lavorative sarebbe dipesa dal licenziamento verbale intimatole dalla convenuta, una volta appresa la notizia della sua gravidanza, mentre secondo la convenuta sarebbe stata la lavoratrice che, ottenuto il permesso di soggiorno, non si sarebbe più presentata al lavoro, non essendo più interessata alla prosecuzione del rapporto. Ritiene il giudicante che possa senz'altro escludersi che la risoluzione del rapporto sia avvenuta a seguito di licenziamento intimato a causa della gravidanza.

Infatti, la certificazione medica prodotta dalla lavoratrice (che indica quale data dell'ultima mestruazione precedente alla gravidanza il 28 luglio 2010) priva di ogni credibilità le deposizioni dei testimoni che hanno riferito che la ricorrente avrebbe accertato di essere incinta già venerdì 6 agosto 2010 (teste , suocera della ricorrente), ovvero sabato 7 agosto 2010 (teste , marito della ricorrente).

Può, invero, tranquillamente escludersi che dopo soli 9 o 10 giorni dall'ultima mestruazione e/o comunque dal concepimento sia possibile riscontrare l'inizio di una gravidanza e tantomeno tramite uno dei test reperibili in farmacia (e tale elementare considerazione medico legale, peraltro finalizzata alla sola valutazione di attendibilità dei testimoni, non richiede alcuna consulenza specialistica: cfr. Cass., 26 giugno 2007, n. 14759; Cass., 18 novembre 1997 n. 11440).

Il rilievo è dirimente per affermare la sicura inattendibilità dei due testimoni , i quali hanno riferito che la lavoratrice già nell'ultimo fine settimana prima della cessazione delle prestazioni lavorative avrebbe constatato la propria gravidanza tramite un test comprato in farmacia, avrebbe poi immediatamente comunicato il fatto alla propria datrice di lavoro e sarebbe stata quindi licenziata da questa a causa della gravidanza.

[omissis]

Non risulta dunque in alcun modo dimostrato che la ricorrente sia stata licenziata a causa della gravidanza.

Non risulta, invero, neppure dimostrato che i datori di lavoro siano stati informati della gravidanza della lavoratrice prima della lettera del 21 gennaio 2011 (pervenuta il 27 gennaio 2011): non è stato, infatti, né dedotto né tantomeno provato che dopo l'11 agosto 2011 – e fino alla lettera di impugnazione del licenziamento del 21 gennaio 2010 - la lavoratrice abbia mai contattato i convenuti.

Tanto premesso, deve peraltro aggiungersi che la risoluzione del rapporto – sia essa da imputarsi a licenziamento, sia, ancor più, se da imputarsi a dimissioni – deve ritenersi intervenuta in costanza di gravidanza della lavoratrice.

Per quanto riguarda le pretese dimissioni – che si sarebbero perfezionate per comportamento concludente, per non essersi la lavoratrice più ripresentata al lavoro – non rileva ,ai fini del decidere, stabilire dopo quanto tempo la prolungata assenza di un dipendente possa essere qualificata come dimissioni, essendo in ogni caso certo che perché un'assenza possa manifestare inequivocabilmente l'intento di un lavoratore di recedere dal rapporto tale assenza deve essersi protratta per almeno diversi giorni, dovendo l'indagine in proposito essere rigorosa (Cass., 11 novembre 2010, n. 22901; Cass. 27 agosto 2003, n. 12549).

Nella specie, pertanto, dovendo la ricorrente riprendere il lavoro la sera di mercoledì 11 agosto, le dimissioni non potrebbero certamente ritenersi perfezionate prima dell'inizio della settimana successiva e verrebbero dunque, in ogni caso, a collocarsi a meno di 8 mesi e mezzo prima della nascita della figlia della ricorrente (nata il 27 aprile 2011) e quindi, conseguentemente, in periodo in cui, non presentando la gravidanza della ricorrente alcun elemento di anomalia (come da documentazione medica in atti), la ricorrente doveva presumersi già incinta.

Ritiene in realtà il giudicante che si debba presumere che la ricorrente fosse già incinta anche quando l'11 agosto 2010, secondo altra teste, madre della ricorrente, sarebbe stata licenziata dalla convenuta, la quale, dopo aver saputo che la lavoratrice doveva fermarsi ancora un giorno a Genova

per il permesso di soggiorno, avrebbe detto alla madre “che se doveva andare avanti così era meglio lasciar perdere” .

Anche tale licenziamento si collocherebbe, infatti, in un periodo in cui - sia con riferimento alla data dell'ultima mestruazione (14° giorno successivo), sia con riferimento alla data del parto (37 settimane prima del parto) - deve presumersi che, non presentando la gravidanza della ricorrente, come detto, elementi di anomalia, la lavoratrice fosse già incinta (mentre, come già sopra evidenziato, deve escludersi che la stessa potesse avere contezza della propria gravidanza).

Si aggiunga che, pur non essendo direttamente applicabile alla lavoratrice domestica la presunzione prevista dall'art. 4 D.P.R. n. 1026/1976 (per cui, ai fini della tutela prevista in caso di licenziamento intimato in costanza di gravidanza dalla legge n. 1204/1971 ed oggi dal T.U. n. 151/2001, per la determinazione dell'inizio del periodo di gravidanza si presume che il concepimento sia avvenuto 300 giorni prima della data del parto), tale disposizione giustifica peraltro quantomeno il ricorso a presunzioni basate sul normale periodo di durata della gestazione ai fini della prova dell'inizio della gravidanza.

Tanto premesso in fatto, deve poi rilevarsi, in diritto che, come è noto, al rapporto di lavoro domestico, non è applicabile il divieto di licenziamento stabilito dall'art. 2 legge n. 1204/1971 ed oggi dall'art. 54 d. lgs. n. 151/2001.

Il rapporto di lavoro domestico è, infatti, tradizionalmente considerato un rapporto "speciale", sia perché ha ad oggetto prestazioni richieste non a fini produttivi ma per necessità personali o familiari, sia perché comporta l'inserimento del lavoratore nella sfera privata, domestica e familiare del datore, con conseguente carattere ancora più spiccatamente fiduciario del rapporto.

In mancanza di una normativa che determini le modalità temporali del divieto di licenziamento ed i diritti e gli obblighi delle parti durante il periodo di congedo obbligatorio, modulandoli in ragione delle particolari caratteristiche del rapporto di lavoro domestico, la Corte di Cassazione ha affermato che *“attesa l'applicabilità al rapporto di lavoro domestico della tutela della maternità prevista dall'art. 2110 cod. civ., anche per tale rapporto di lavoro, in occasione della maternità, deve ritenersi sussistente il divieto di licenziamento per un periodo che, non essendo applicabile né la legge n. 1204 del 1971 (non estensibile in toto allo speciale rapporto delle collaboratrici familiari in quanto presupponente un'organizzazione del lavoro capace di consentire la sostituzione per lunghi periodi della lavoratrice in gravidanza e puerperio), né le convenzioni internazionali in materia (non direttamente operanti atteso il rinvio, in esse contenuto, a interventi complementari del legislatore nazionale), dovrà essere individuato dal giudice che, in mancanza di usi normativi e in caso di non applicabilità del contratto collettivo di categoria, determinerà equitativamente le modalità temporali del divieto di licenziamento della lavoratrice domestica in maternità, definendo i diritti e gli obblighi delle parti durante il periodo in cui tale divieto sia ritenuto operante; legittimo parametro di riferimento di tale giudizio equitativo, per la sua coerenza con le norme della legge n. 1204 del 1971 applicabili anche alle lavoratrici domestiche, può essere individuato in quel periodo (due mesi prima e tre mesi dopo il parto) in cui è vietato adibire al lavoro tutte le lavoratrici dipendenti, riconoscendo alle stesse una indennità giornaliera adeguata alla retribuzione, indennità corrisposta, nel caso delle collaboratrici familiari, direttamente dall'INPS”* (Cass., 22 giugno 1998 n. 6199).

[la normativa di riferimento]

L'art. 24 del C.C.N.L. del rapporto di lavoro domestico (C.C.N.L. pacificamente applicabile al rapporto di lavoro per cui è causa, in quanto espressamente richiamato nel contratto di soggiorno sottoscritto dalle parti) ha dato attuazione a tali principi stabilendo che:

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:
 - a) 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 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 verificano 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.”

Ritiene il giudicante che la disposizione contrattuale sia applicabile, sulla base del suo tenore testuale, alla sola condizione che sussista la gravidanza e che questa sia intervenuta nel corso del rapporto di lavoro.

Nessun altro elemento di natura soggettiva è, infatti, richiesto dalla norma, né è consentito introdurre, nella concreta applicazione di una disposizione attributiva di un diritto, condizioni e limiti che non risultino neppure implicitamente dal testo della disposizione.

La disciplina prevista dall'art. 24 C.C.N.L. opera pertanto in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza, così come previsto anche dall'art. 54 T.U. n. 151/2001, pur non direttamente applicabile al lavoro domestico (art. 62 T.U. n. 151/2001).

Non è del resto irragionevole che la pattuizione collettiva non attribuisca alcun rilievo al motivo del recesso, non subordinando la tutela della lavoratrice all'esito di accertamenti che possono rivelarsi di estrema difficoltà.

Per concludere l'esame della disciplina applicabile alla fattispecie per cui è causa, deve infine rilevarsi che, ancorché, come già detto, la tutela della lavoratrice operi in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza, il diritto del pagamento delle retribuzioni successive alla data di effettiva cessazione del rapporto matura, però, soltanto a decorrere dalla presentazione della certificazione attestante lo stato di gravidanza.

Il principio è stabilito dall'art. 4 D.P.R. n. 1026 del 1976, che, pur se non direttamente applicabile al lavoro domestico, deve intendersi espressione di un principio di carattere generale, in quanto la mora credendi del datore di lavoro può sorgere soltanto quando la lavoratrice, documentando il proprio stato di gravidanza e facendo valere l'illegittimità del recesso, offra nuovamente la propria prestazione.

Nella specie, la certificazione medica è stata presentata per la prima volta con il deposito del ricorso introduttivo del giudizio e dunque in data ben successiva a quella in cui la stessa lavoratrice, con la scadenza del periodo di congedo di maternità, individua il termine del rapporto di lavoro e del diritto al pagamento delle retribuzioni (in tal senso precisando le proprie conclusioni).

Sia che il rapporto si sia risolto per dimissioni, sia che si sia risolto a seguito di licenziamento, nessun credito ha dunque maturato la ricorrente a titolo di retribuzioni e di emolumenti retributivi in genere nel periodo dalla cessazione del rapporto fino alla scadenza del periodo di congedo per maternità (26 luglio 2011), data in cui – conformemente alle domande della ricorrente - deve ritenersi effettivamente risolto il rapporto di lavoro.

Essendo peraltro pacifico che il rapporto per cui è causa si sia risolto senza alcun preavviso, l'accertamento dell'imputabilità della cessazione delle prestazioni lavorative a licenziamento o a dimissioni conserva rilievo al limitato fine del preavviso, che spetta alla lavoratrice soltanto in caso di licenziamento (mentre, ai sensi del già citato art. 24, la lavoratrice che si dimetta durante il periodo di gravidanza non è tenuta al preavviso, dal che l'infondatezza in ogni caso della domanda riconvenzionale).

[risultanze istruttorie]

Orbene, nella lettura delle deposizioni testimoniali acquisite nel corso dell'istruttoria deve tenersi conto in primo luogo dell'inattendibilità dei testimoni ,rispettivamente marito e suocera della ricorrente, di cui già si è detto, ed in secondo luogo del fatto che è pacifico, in quanto ammesso dalla convenuta nel libero interrogatorio, che dopo il rientro a Genova della ricorrente la convenuta abbia cercato di mettersi in contatto telefonico con la lavoratrice, riuscendo quantomeno a contattare la madre, secondo quanto riferito dalla teste Reina D. B. C..

Ritiene pertanto il giudicante che, poiché i testi G. e G., rispettivamente sorella e cognato del convenuto contumace, non possono affermare per conoscenza diretta né che non vi siano stati più contatti telefonici tra le parti dopo il rientro a Genova della ricorrente, né quale sia stato il contenuto di eventuali colloqui telefonici, le dichiarazioni di detti testimoni in merito al fatto che la lavoratrice non abbia più ripreso il lavoro a Pontinvrea non sono sufficienti a dimostrare che la mancata ripresa dell'attività lavorativa sia da imputarsi ad una scelta della lavoratrice piuttosto che ad una decisione della convenuta.

[omissis]

Resta la teste Reina D. B. C., che, pur essendo la madre della ricorrente, non può ritenersi teste compiacente, sia perché risulta avere in generale rapporti problematici con la figlia, sia perché, nello specifico, ha cercato in tutti i modi di scoraggiare la figlia dall'instaurare la presente controversia ed è venuta a deporre soltanto perché accompagnata coattivamente.

La testimone ha in particolare riferito di aver parlato telefonicamente con la sig.ra YY 2 per conto della figlia e che la sig.ra YY 2, una volta saputo che la ricorrente l'11 agosto doveva fermarsi a Genova ancora un giorno per terminare gli adempimenti necessari al rilascio del permesso di soggiorno, poiché già una volta la ricorrente era stata assente dal lavoro perché aveva perso il treno, disse alla testimone che "se doveva andare avanti così era meglio lasciar perdere".

Se la teste è attendibile (e non vi è motivo di ritenere che non lo sia) il rapporto di lavoro intercorso tra le parti risulta pertanto risolto a seguito di licenziamento.

Alla stessa conclusione si perviene peraltro anche volendo prescindere dalla deposizione della teste Reina D. B. C., posto che secondo il consolidato orientamento della Corte di Cassazione – "nell'affrontare il problema dell'onere della prova allorquando il lavoratore deduca di essere stato licenziato oralmente e faccia valere in giudizio la inefficacia o invalidità di tale licenziamento, mentre il datore di lavoro deduca la sussistenza invece di dimissioni del lavoratore - ... il materiale probatorio deve essere raccolto, da parte del giudice di merito, tenendo conto che, nel quadro della normativa limitativa dei licenziamenti, la prova gravante sul lavoratore è limitata alla sua estromissione dal rapporto, mentre la controdeduzione del datore di lavoro assume la valenza di un'eccezione in senso stretto, il cui onere probatorio ricade sull'eccepiente ai sensi dell'art. 2697 c.c., comma 2 (tra le tante, Cass. n. 4760/2000, Cass. n. 6132/01) " (Cass., 19 ottobre 2011, n. 21684). Nella specie è indubbia l'estromissione della lavoratrice dal rapporto, mentre non sono state provate le pretese dimissioni.

La ricorrente ha dunque diritto all'indennità sostitutiva del preavviso (pari a 15 giorni lavorativi, ex art. 38 C.C.N.L., essendo l'orario di lavoro da ultimo pacificamente non inferiore a 25 ore settimanali).

omissis

P.Q.M.

Il Giudice, definitivamente pronunciando, respinta ogni contraria eccezione, deduzione e conclusione, dichiara tenuti e pertanto condanna YY 2 eYY1, in solido tra loro, a corrispondere alla ricorrente per il rapporto di lavoro domestico intercorso tra le parti tra il 1 maggio 2010 e il 26 giugno 2011, euro 191,29 a titolo di retribuzione di agosto 2010, euro 390,48 a titolo di indennità di mancato preavviso, euro 185,98 a titolo di tredicesima ed euro 179,09 a titolo di TFR, oltre interessi e rivalutazione (controllare)