

#### 10.4. L'art. 54, c. 3°, d.lgs. n. 151/2001: deroghe al divieto di licenziamento.

L'art. 54, c. 3°, d.lgs. n. 151/2001 prevede che il divieto di licenziamento ed il corrispondente diritto alla conservazione del posto di lavoro non sia «assoluto» giacché esistono delle ipotesi tassative per le quali il licenziamento è consentito<sup>241</sup>. Queste ipotesi si identificano nel caso di licenziamento per colpa grave della lavoratrice, per cessazione dell'attività aziendale, per scadenza del termine qualora si tratti di contratto a tempo determinato, ed infine per esito negativo del periodo di prova, fermo restando il divieto di discriminazione di cui alla l. 10 aprile 1991, n. 125.

##### 10.4.1. Il licenziamento per giusta causa

L'art. 54, c. 3° contenuto nel d.lgs. n. 151/2001, nel riportare alcune deroghe al divieto di licenziamento fa riferimento all'ipotesi di «colpa grave» della lavoratrice, la quale, secondo la giurisprudenza deve assumere aspetti tipici e caratteristici rispetto alla «giusta causa» in genere. In altre parole, la colpa grave in questa fattispecie deve connotarsi in termini molto soggettivi correlati allo stato psico-fisico delle donne in stato di gravidanza e sotto il punto di vista oggettivo deve presentare una situazione «palesamente complessa».

La Cassazione in merito definisce la colpa grave della lavoratrice in gravidanza «una colpa più qualificata dal punto di vista soggettivo in ragione delle specifiche condizioni psicofisiche in cui versa la donna madre e comprende dal punto di vista oggettivo situazioni più complesse rispetto ai comuni schemi previsti dal c.c. e dalla contrattazione collettiva come giusta causa di licenziamento»<sup>242</sup>.

Nella valutazione dell'intensità della colpa pertanto, il giudice dovrà tener conto ed operare una valutazione complessiva delle circostanze non essendo sufficiente che il contratto configuri astrattamente il comportamento quale giusta causa di licenziamento<sup>243</sup>. Seguendo questo criterio, la cui implicazione per ciò che attiene alla non vincolatività delle declaratorie contrattuali è divenuta patrimonio comune della giurisprudenza, si sono più volte ritenuti ingiustificati licenziamenti di lavoratrici che erano rese colpevoli di assenze ingiustificate al di là della soglia che per i contratti collettivi consente il licenziamento in tronco<sup>244</sup>.

<sup>241</sup> Nel merito v. anche Cass. 15 novembre 2001, n. 14219, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 260.

<sup>242</sup> Cfr. in merito Cass. 4 marzo 1996, n. 1667, in *Oss. giur. lav.*, 1996, p. 950; Cass. 9 settembre 1995, n. 9549, in *Not. giur. lav.*, 1995, p. 769; Cass. 20 gennaio 2000, n. 610, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 259; Cass. 21 settembre 2000, n. 12503 *ibidem*; Cass. 20 agosto 2004, n. 16060, in *Rep. giur. lav.*, 2005, p. 261.

<sup>243</sup> Cass. 18 febbraio 1993, n. 1973, in *Lav. prev. oggi*, 1994, p. 1039, conforme Cass. 20 ottobre 1987, n. 7747, in *Rass. giur. lav.*, 1988, II, p. 70.

<sup>244</sup> La prima sentenza della S.C. che ebbe a sostenere il principio di cui nel testo riguardava infatti la lavoratrice madre licenziata per assenza arbitraria dopo il periodo di astensione obbligatoria. Cfr. in merito Cass. 5 luglio 1975, n. 1973, in *Foro it.*, 1974, I, c. 3046.

#### 10.4.2. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: la cessazione dell'attività dell'azienda

Altro caso di deroga al divieto di licenziamento è costituita dalla cessazione dell'attività dell'azienda a cui la lavoratrice è addetta a condizioni che la cessazione sia effettiva e permanente. Anche la *ratio* di questa eccezione è lampante non essendo pensabile che il rapporto di lavoro della dipendente in maternità possa sopravvivere nel contesto di una entità aziendale ormai venuta meno.

Proprio per questo, peraltro, la giurisprudenza ha da sempre cercato di allargare lo spazio delle eccezioni, affermando che «non ne costituirebbe indefettibile presupposto la cessazione totale dell'attività aziendale»; secondo un orientamento giurisprudenziale infatti, «la cessazione può riferirsi anche ad un singolo ramo o reparto organizzato dell'impresa purché rispecchi il carattere dell'autonomia funzionale»<sup>245</sup>. Contro questo orientamento si pone la giurisprudenza che interpreta la deroga al divieto di licenziamento per cessata attività aziendale non in senso estensivo sino a ricomprendere nella sua previsione anche il caso di cessazione dell'attività di un singolo reparto dell'azienda, seppur dotato di autonomia funzionale, bensì configurabile soltanto in conseguenza dell'impossibilità definitiva della prestazione lavorativa per un evento verificatosi nella sfera giuridica dell'impresa, consistente nella cessazione dell'intera attività aziendale<sup>246</sup>. D'altronde la norma parla soltanto di «cessazione» – che per definizione «è totale» – dell'attività dell'azienda, e non sembra pertanto consentire una interpretazione che appare più analogica che estensiva.

Circa l'onere della prova, la giurisprudenza più recente ha fatto carico al datore di lavoro dell'onere di provare che la lavoratrice non era utilmente inseribile in un altro ramo dell'azienda (nella fattispecie di licenziamento per cessazione del ramo aziendale), la Corte di cassazione ha giudicato altresì che alla lavoratrice in permesso di maternità, licenziata per cessazione dell'attività aziendale, incombe soltanto di provare, ove si tratti di circostanze contestate, il licenziamento o lo stato di maternità<sup>247</sup>.

Da ultimo – per completezza in merito a tale argomento – è utile precisare che non rientra nella fattispecie della cessazione di attività il trasferimento dell'azienda, né il licenziamento collettivo<sup>248</sup>. Tale licenziamento infatti, presuppone la conti-

<sup>245</sup> Cass. 2 aprile 1993, n. 4034, in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 364; Cass. 1990, n. 3431, in *Mass. Giur. it.*, 1990; Cass. 8 settembre 1999, in *Orient. giur. lav.*, 1999, p. 722; Cass. 14 febbraio 2004, n. 16505, in *Rep. Giur. lav.*, 2005, p. 260.

<sup>246</sup> Cass. 7 febbraio 1992, n. 1334, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 1436.

<sup>247</sup> Cass. 5 giugno 1996, n. 5221, in *Mass. giur. lav.*, 1996, p. 566; nella specie la S.C. ha confermato la sentenza d'appello che, negando che l'azienda avesse fornito la prova della cessazione della sua attività, aveva affermato che detta cessazione o la messa in liquidazione della società gestrice costituiscono due distinti momenti non necessariamente coincidenti, a nulla rilevando il semplice dato della messa in liquidazione avvenuta il giorno precedente il licenziamento della lavoratrice madre.

<sup>248</sup> Pret. Firenze, 20 gennaio 1990, in *Toscana giur. lav.*, 1990, p. 84.

nuazione dell'attività dell'azienda e non può pertanto rientrare nell'ipotesi di ces-

<sup>249</sup>

#### 10.4.3. *Esito negativo del periodo di prova*

La questione del licenziamento per non superamento del periodo di prova del-

la lavoratrice in stato di gravidanza o di puerperio ha acceso un singolare dibattito tra la Corte di Cassazione e la Corte costituzionale.

La fattispecie del licenziamento in periodo di prova della lavoratrice gravida o in puerperio non è contemplata nella l. n. 1204/1971 mentre è stato disciplinato nel regolamento di attuazione della medesima - d.p.r. 25 novembre 1976, n. 1026 -

che consentiva il licenziamento della lavoratrice per esito negativo della prova.

Nel regolamento di attuazione su menzionato in materia di tutela della lavoratrice madre viene ammesso il licenziamento per esito negativo del periodo di prova; a tacitare di illegittimità tale norma è intervenuta però in un primo momento la Corte di Cassazione<sup>250</sup> sancendo che tale norma dovesse essere disapplicata dal Giudice ordinario ai sensi dell'art. 4, l. 20 marzo 1965, n. 2248 in quanto contrastante alle norme di tutela della lavoratrice madre di cui alla l. 30 dicembre 1971, n. 1204.

A fronte di tale intervento della Cassazione si è espressa poi la Corte costituzionale quale - in termini diversi rispetto all'orientamento della Cassazione - ha giudicata Costituzionalmente illegittimo l'art. 2, c. 3°, l. n. 1204/1971 nella parte in cui non viene previsto l'impugnabilità del divieto di licenziamento nel caso di ces-

so per esito negativo del periodo di prova<sup>251</sup>.

Questa pronuncia della Corte costituzionale ha definitivamente inciso i casi di deroga all'obbligo di conservazione del posto nei limiti di quanto disciplinato dalla legge. Pertanto i casi di deroga sono tassativi e come tali qualora si esca da queste ipotesi il licenziamento è illegittimo.

Tale principio è stato infine consacrato nel nuovo r.u. il quale all'art. 54, c. 5° dispone che «il licenziamento intimato alla lavoratrice in violazione delle disposizioni di cui ai cc. 1°, 2° e 3° è nullo».

#### 10.4.4. *Ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta e la risoluzione del rapporto di lavoro per scadenza del termine*

Tra le ipotesi di deroga al divieto di licenziamento si hanno i casi di «ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o di risoluzione del rapporto di lavoro per scadenza del termine».

Questa previsione riguarda tutti i tipi di rapporto a termine, ivi compresi i contratti a contenuto formativo<sup>252</sup>. Questa ultima fattispecie ha meritato però il degno

<sup>249</sup> Cass. 24 ottobre 1986 n. 6236, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 62.

<sup>250</sup> Cass. 22 aprile 1993, n. 4747, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 759.

<sup>251</sup> C. cost. 31 maggio 1996, n. 172, in *Dir. lav.*, 1996, II, p. 436.

<sup>252</sup> Nel senso che il contratto a contenuto formativo si estingue alla scadenza malgrado lo stato di

dissenso da parte della giurisprudenza secondo la quale il termine finale del contratto a contenuto formativo dovrebbe slittare in caso di sopravvenuta gravidanza-

<sup>253</sup>

Questa tesi sostenuta dalla giurisprudenza sulla *ratio* della finalità formative di

queste fattispecie contrattuali, è stata fatta oggetto di rilevanti considerazioni da parte delle parti collettive le quali, per porre rimedio alla lacuna normativa hanno previsto a livello interconfederale una correzione normativa<sup>254</sup>, che accoglie, solo parzialmente, il principio dell'effettività del periodo di formazione, e sempre parzialmente, a condizione che i competenti organi amministrativi accedano alla proroga del termine ai fini dei benefici contributivi che si accompagnano al contratto in questione.

Per quanto concerne invece l'ipotesi dell'«ultimazione della prestazione», essa non sembra avere uno spazio autonomo rispetto a quello della scadenza del contratto a termine (d.lgs. n. 186/2001), nella quale va ad esaurirsi, nel senso che gli unici casi di estinzione del rapporto per estinzione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta sono quelli contemplati dalla legislazione sul contratto a termine<sup>255</sup>. Ovviamente è necessario - al fine di intimare il licenziamento della lavoratrice madre per scadenza del termine contrattuale - che l'apposizione diretta o indiretta del termine sia valida, ossia occorre che il contratto abbia ad oggetto una mansione contemplata dall'art. 1, l. n. 280/1962 e che la durata determinata o determinabile del rapporto risulti per iscritto, o mediante l'indicazione della data di scadenza o mediante l'indicazione di tutti gli elementi idonei ad individuare l'opera o il servizio, per la cui esecuzione l'assunzione sia avvenuta, derivandone, in mancanza, la nullità della relativa partizione e quindi la sussistenza di una contrattazione a tempo determinato, risolubile solo in presenza di giusta causa o di giustificato motivo oggettivo.

In merito al contratto a termine ci si è posti la questione relativa al fatto che la lavoratrice debba informare o meno il datore di lavoro del suo stato di gravidanza preesistente alla stipula del contratto a termine. La giurisprudenza di legittimità ha

gravidanza della lavoratrice v. Pret. Firenze, 17 dicembre 1988, in *Toscana lav. giur.*, 1989, p. 3 conforme Trib. Firenze, 3 novembre 1989, in *Riv. dir. lav.*, 1990, II, p. 580. Nello stesso senso Pret. Macerata, 20 agosto 1987, in *Dir. lav. Marche*, 1987, p. 184.

<sup>253</sup> Nel senso dello slittamento del termine v. Pret. Soresina, 11 aprile 1989, in *Lav.*, 80, 1989, p. 1040.

<sup>254</sup> V. Accordo interconfederale 8 maggio 1986, il quale al punto 9 recita che «tenuto conto che il contratto a contenuto formativo è un contratto a tempo determinato e che il periodo di formazione deve essere completato prima della scadenza del rapporto a tempo determinato alla scadenza della proroga».

<sup>255</sup> Nello stesso senso v. Cass. 3 gennaio 1986, n. 24, in *Mass. giur. lav.*, 1986.

risolto la questione con esito negativo in quanto diversamente si porrebbe lo stato di gravidanza della donna quale elemento ostativo alla sua assunzione<sup>256</sup>.

### 10.5. Le dimissioni della lavoratrice madre

Diffronte ad un divieto di licenziamento della lavoratrice in stato di gravidanza o puerperio il problema che si posto in capo al legislatore è stato quello di evitare che questo divieto venisse aggirato tramite false dimissioni imposte dal datore di lavoro alla lavoratrice.

Questo aspetto è stato degno di attenzione già nelle precedenti elaborazioni normative. In primo luogo la l. n. 1204/1971 all'art. 12 nel vigore della l. n. 860/1950 sancisce che «in caso di dimissioni volontarie presentate durante il periodo per cui è previsto, a norma del precedente art. 2, il divieto di licenziamento, la lavoratrice ha diritto all'indennità prevista da disposizioni di legge e contrattuali per il caso di licenziamento».

Sempre nel vigore della l. n. 860 la giurisprudenza aveva altresì chiarito che fra le indennità previste in caso di licenziamento doveva essere ricompresa anche «l'indennità sostitutiva del preavviso»<sup>257</sup>.

Questa indennità spetta non perché di dimissioni per giusta causa si tratti, bensì di una semplice provvidenza economica, che corrisponde ad una frequente trasformazione funzionale del preavviso, e che comunque, oltre a fornire un ulteriore sostegno economico alla lavoratrice, serve a scoraggiare, se pure in piccola misura, il datore di lavoro all'indurre la lavoratrice alle dimissioni fittizie.

Data questa *ratio* della norma si deduce che il diritto all'indennità di preavviso non si riconduce al motivo del recesso bensì al mero fatto della presentazione delle dimissioni durante il periodo protetto<sup>258</sup>.

Tuttavia il legislatore del 1976 nel regolamento di esecuzione alla l. n. 1204/1971

<sup>256</sup> V. Cass. 6 luglio 2002, n. 9864, in *Giust. lav.*, 2002, 31, p. 12 nella quale la S.C. sancisce che «la condotta della lavoratrice gestante o puerpera, la quale – al momento dell'assunzione al lavoro con contratto a tempo determinato – non porta a conoscenza del suo stato il datore di lavoro, non può in alcuno caso concretizzare una giusta causa di risoluzione del rapporto di lavoro e, più specificatamente, la «colpa grave» prevista dall'art. 2, c. 3°, lett. a), l. n. 1204/1971, atteso che un siffatto obbligo di informazione – che, peraltro, non può essere desunto dai canoni generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. o da altri generali principi dell'ordinamento – finirebbe per rendere inefficace la tutela della lavoratrice madre ed ostacolerebbe la piena attuazione del principio di parità di trattamento, garantito costituzionalmente e riaffermato anche dalla normativa comunitaria (direttive CEE nn. 76/207 e 92/1985).

<sup>257</sup> Cfr. in merito C. app. Milano, 5 luglio 1974, in *Mon. trib.*, 1975, p. 27, e in dottrina v. A. LI-SERRE, *Dimissioni della lavoratrice madre e indennità sostitutiva del preavviso: un problema di esegesi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 886.

<sup>258</sup> Cfr. in merito R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 660 secondo il quale è necessario respingere la tesi sostenuta dal Pretore di Milano, nella sentenza del 27 marzo 1982 (in *Orient. giur. lav.*, 1982, p. 348), per cui non avrebbe diritto all'indennità la lavoratrice che si fosse dimessa non per dedicarsi alla gravidanza bensì perché deve passare ad un altro impiego.

non si è accontentato di questo deterrente; a tal fine ha infatti disposto all'art. 11 del citato testo normativo che «le dimissioni presentate durante il periodo per cui è previsto, a norma dell'art. 2 della legge, il divieto di licenziamento, devono essere comunicate dalla lavoratrice all'Ispettorato del lavoro (...) e che a detta convalida è condizionata la risoluzione del rapporto di lavoro»<sup>259</sup>.

Il modello preso a riferimento in questo contesto è sempre quello della l. n. 7/1963 ove è prevista la nullità delle dimissioni presentate nel periodo in cui opera il divieto di licenziamento, salvo che siano confermate entro un mese dalla lavoratrice all'Ufficio del lavoro.

Si può quindi concludere in tal merito con una valutazione che vede l'art. 11 del regolamento del 1976 ed il complesso normativo della l. n. 1204, come una norma *praeter legem*, vale a dire fra quelle norme di carattere integrativo che però non solo non si pongono in contrasto con lo spirito e la lettera della legge, ma che anzi contribuiscono a realizzare ancor più pienamente la finalità di rendere efficace la tutela della lavoratrice durante il periodo protetto della gravidanza e del puerperio.

### 10.6. Il divieto di impiego in lavori pregiudizievoli

La legge che si va commentando contiene una serie di norme dirette a tutelare la salute della lavoratrice e del bambino ne corso del rapporto. Esse si concretano in divieti ed obblighi attinenti alla modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, sino a che questa non sia divenuta assolutamente incompatibile con l'avanzato stato di gravidanza.

Il legislatore infatti oltre a garantire la tranquillità economica e psicologica della lavoratrice deve anche interessarsi di tutelare le sue condizioni fisiche nel periodo in cui ella presta la sua attività lavorativa pur essendo in stato di gravidanza o in puerperio.

A questo fine, il d.lgs. n. 151/2001 in virtù di quanto prima disposto dalla l. n. 1204/1971 raccoglie un'ulteriore ritaglio di protezione alla lavoratrice madre o in stato di gravidanza ed altresì alla lavoratrice che abbia ricevuto un bambino in adozione o affidamento sino al compimento di sette mesi di età, poiché è nota l'esigenza di sostenere la vita della madre in quel periodo e soprattutto quanto rischio ci sia per la madre di trasmettere al nascituro o al bambino nato le malattie da lei contratte nell'ambiente di lavoro.

Esiste quindi una fondata ragionevolezza nella tutela che nasce dalla particolare attenzione agli interessi del bambino<sup>260</sup>.

<sup>259</sup> Cfr. in tal senso R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 661 secondo il quale la «convalida» richiesta all'organo di pulizia del lavoro sembra presupporre una vera e propria indagine istruttoria, con eventuali audizioni di testi, tesa a verificare l'autenticità della volontà della lavoratrice di recedere, anche se priva, una volta che tale accertamento è stato effettuato, di margini di discrezionalità sia amministrativa che tecnica.

<sup>260</sup> Non è pertanto condivisibile l'interpretazione restrittiva di alcuni autori secondo cui i divieti in

Il d.lgs. n. 151/2001 all'art. 7 ripropone in tal merito quanto prima disciplinato dalla già richiamata l. n. 860/1950 la quale all'art. 3 prevedeva – a pena di sanzione penale – il divieto di «adibire al trasporto ed al sollevamento di pesi, nonché ai lavori faticosi ed insalubri le lavoratrici durante il periodo di gestazione e fino a sette mesi dopo il parto» e al successivo art. 5 elencava una serie di lavorazioni per definizione pericolose, insalubri, faticose e quindi «vietate» per i quali vige tutt'ora l'obbligo delle visite mediche preventive e periodiche.<sup>261</sup>

Tali divieti non esauriscono comunque la gamma delle protezioni, in quanto il datore di lavoro è altresì tenuto, nell'ambito dell'attività di prevenzione imposta dal d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, e segnatamente nel quadro della valutazione dei rischi di cui all'art. 4, c. 1°, ad effettuare una valutazione specifica dei rischi alla sicurezza ed alla salute delle lavoratrici, individuandone le misure di prevenzione e protezione da adottare (art. 11, c. 1°), nonché informando le lavoratrici dei risultati di tale valutazione e delle misure adottate (art. 11, c. 2°); in esito a tale comunicazione qualora essa rilevi l'esistenza di rischi, il datore di lavoro è tenuto ad adottare le misure necessarie affinché l'esposizione al rischio sia evitata, modificando temporaneamente le condizioni o l'orario di lavoro delle lavoratrici.

Per quanto concerne l'orario di lavoro inoltre, alla lavoratrice in stato di gravidanza e puerperio, fino ad un anno di età del bambino viene fatto divieto di svolgere lavoro notturno inteso come tale quello che viene svolto dalle ore ventiquattro alle sei ore del mattino. Anche ciò era stato prescritto a suo tempo, dall'art. 5, l. 5 dicembre 1977, n. 903, ed è stato ribadito all'art. 53, c. 1°, d.lgs. n. 151/2001, a sua volta richiamato nell'art. 11, c. 2°, d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66. La lavoratrice madre di un bambino di età inferiore ad un anno e non superiore a tre non può, inoltre essere obbligata dal datore di lavoro a svolgere lavoro notturno, restando in facoltà della donna di svolgerlo o meno.<sup>262</sup>

Da tale divieto ne deriva che la lavoratrice dovrebbe essere assegnata ad una posizione di lavoro diurno, ad altre mansioni equivalenti – se disponibili – o inferiori.

Al fine di usufruire dei divieti previsti occorre che la lavoratrice renda edotto il datore di lavoro del suo stato inviandogli il certificato di gravidanza. Tale certificato, dovrà essere presentato il più presto possibile, con una sollecitazione che sottintende l'interesse della lavoratrice ad attivarsi tempestivamente per la fruizione di un beneficio che, o sarà fruito al momento giusto, o non potrà esserlo più.

In tutti questi casi – ossia quando la lavoratrice sia addetta a mansioni vietate, o in tutti questi casi – sarà fruito al momento giusto, o non potrà esserlo più. In tutti questi casi – ossia quando la lavoratrice sia addetta a mansioni vietate, o in tutti questi casi – sarà fruito al momento giusto, o non potrà esserlo più. In tutti questi casi – ossia quando la lavoratrice sia addetta a mansioni vietate, o in tutti questi casi – sarà fruito al momento giusto, o non potrà esserlo più.

questione sarebbero applicabili nel solo caso della madre puerpera che abbia deciso di allattare personalmente il neonato.  
<sup>261</sup> Sono questi i lavori indicati nella tabella allegata al d.p.r. 19 marzo 1956, n. 303, quelli previsti nella tabella delle assicurazione contro le malattie professionali, quelli che comportano l'esposizione alle radiazioni ionizzanti di cui all'art. 65, d.p.r. 13 febbraio 1964, n. 185 più tutta una serie di altri lavori dettagliatamente indicati.  
<sup>262</sup> Cfr. in merito Trib. Milano, 2 marzo 2001, in *Giust. lav.*, n. 29, p. 49.

<sup>263</sup> Costi R. DEL PUNTA, *I congedi parentali*, inserto di *Dir. prat. lav.*, 2005, n. 23, p. IV.  
<sup>264</sup> Il coordinamento di tale norma con l'art. 7, c. 5°, d.lgs. n. 151/2001 ci induce a ritenere che l'impossibilità di adibizione ad altre mansioni, che rappresenta il presupposto di adozione del provvedimento in discorso, debba intendersi riferita alla disponibilità di mansioni non solo equivalenti ma anche inferiori. Ciò significa che se anche le mansioni inferiori fossero disponibili e la lavoratrice fosse in grado di svolgerle, ella dovrebbe esservi adibita e non dovrebbe darsi luogo ad una interdizione al lavoro. Più delicata diventa la questione se il diritto della lavoratrice al mutamento delle proprie mansioni si estende alle mansioni professionalmente e retribuitivamente superiori, e dunque se, ove esse siano disponibili, il servizio ispettivo possa rifiutarsi di disporre l'interdizione anticipata o posticipata dal lavoro. Questo obbligo imposto al datore di lavoro comporterebbe infatti un maggior onere in quanto l'eventuale adibizione a mansioni superiori per un arco di tempo maggiore a tre mesi farebbe nascere in capo alla lavoratrice il diritto all'assegnazione del superiore livello di inquadramento.

10.7. *Il diritto al rientro nello stesso posto di lavoro*  
Secondo quando disposto dall'art. 56, d.lgs. n. 151/2001, al termine del periodo in cui la lavoratrice viene coattivamente interdetta al lavoro, la lavoratrice ha diritto di rientrare nella stessa unità produttiva nella quale era occupata all'inizio del periodo di gravidanza o in un'altra unità ubicata nello stesso comune; tale diritto si correla al rispetto del diritto di essere adibita alle mansioni da ultimo svolte o a mansioni equivalenti.  
A fronte di tale dettato legislativo si è però posto il problema del conflitto tra il diritto della lavoratrice a mantenere lo stesso posto di lavoro ed il potere del datore di lavoro – conferitogli dall'art. 41 Cost. – di riorganizzare l'attività aziendale.

In tali circostanze, la lavoratrice vanta un vero e proprio diritto soggettivo allo spostamento di mansioni, anche qualora le nuove mansioni che le vengono attribuite siano inferiori rispetto alla professionalità acquisita e maturata dalla lavoratrice stessa. Tale eccezione si accentua ancor più giacché in tal caso, e sempre in virtù dell'art. 7, c. 5°, d.lgs. n. 151/2001, la lavoratrice ha comunque diritto a conservare la retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte, nonché la qualifica originaria. Si applica il normale regime di cui all'art. 2103 c.c. inv.<sup>265</sup> ce, nel caso in cui la lavoratrice venga adibita a mansioni equivalenti o superiori.  
Qualora la lavoratrice non possa essere adibita ad altre mansioni, il servizio ispettivo del Ministero del lavoro competente per territorio, può disporre l'interdizione dal lavoro per tutto il periodo di gravidanza e dopo il parto fino a sette mesi di vita del bambino.<sup>264</sup>  
Tale divieto riveste una rilevanza pubblicistica, finalizzata alla protezione del fetto e del bambino oltre che a tutelare la donna stessa, pertanto l'osservanza delle disposizioni esaminate è penalmente sanzionata, essendo punita con l'arresto sino a sei mesi.

Una parte della giurisprudenza – in tal merito – ha ritenuto che la tutela in questione non comporta la conservazione della posizione di lavoro e tempo indeterminato ed il datore di lavoro ha altresì il potere di organizzare al meglio la sua azienda; sarà la lavoratrice a dover dimostrare – al fine di far valere i suoi diritti – che il datore di lavoro ha adottato scelte aziendali pretestuose che celano un intento discriminatorio<sup>265</sup>. Ciò si spiega in quanto la norma che tutela la conservazione del posto di lavoro per le lavoratrici in maternità non appare comportare la conservazione a tempo indeterminato della posizione lavorativa, con divieto del datore di lavoro di intervenire con provvedimenti organizzativi verso una diversa distribuzione dei compiti lavorativi. L'obbligo datoriale consta infatti nell'attribuire alla lavoratrice un posto di lavoro che sia compatibile con il suo inquadramento ma non certo quello di attribuire lo stesso posto ricoperto in precedenza.

### 10.8. Il diritto alla retribuzione

I periodi di congedo per maternità deve essere computato nell'anzianità di servizio a tutti gli effetti, compresi quelli relative alla tredicesima mensilità o gratifica natalizia e alle ferie.

Essi debbono altresì essere considerati come periodi di attività lavorativa ai fini della progressione di carriera, salvo che i contratti collettivi non richiedano, allo scopo particolari requisiti<sup>266</sup>.

Per quanto concerne il sostegno economico della maternità, la base normativa da cui partire si sostanzia nell'art. 2110 c.c., c. 1°; in tema di gravidanza e puerperio esiste da tempo, essendosi sviluppata attraverso molteplici passaggi e perfezionamenti una forma di assicurazione previdenziale. Questa assicurazione soddisfa la condizione prevista dall'art. 2110 c.c., per la quale l'obbligo retributivo o indennitario del datore di lavoro non sorge nel caso in cui la legge o i contratti collettivi stabiliscano «forme equivalenti di assistenza e previdenza».

Così attualmente, in base a quanto disposto dall'art. 22, c. 1°, d.lgs. n. 151/2001, per tutto il periodo di congedo di maternità, la lavoratrice ha diritto ad una indennità pari all'80% della retribuzione, che è a carico dell'INPS.

Questa indennità spetta anche nel caso di aborto spontaneo o terapeutico verificatosi dopo il 180° giorno dall'inizio della gravidanza, che è assistito a tutti gli effetti come un parto.

Il datore di lavoro è quindi sollevato dall'obbligo contributivo dall'esistenza di forme equivalenti di previdenza; i contratti collettivi possono peraltro prevedere forme di integrazione dell'indennità previdenziale, a carico del datore di lavoro.

Per poter usufruire di una tale prestazione è indispensabile che all'inizio dell'astensione sussista – in capo alla lavoratrice – un rapporto di lavoro validamente

<sup>265</sup> Cfr. Trib. Torino, 4 giugno 2001, in *Giust. piem.*, 2002, p. 286.

<sup>266</sup> Cfr. Cass. 3 aprile 1993, n. 4022, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 383.

instaurato dal momento che non si richiedono la presenza di particolari requisiti contributivi.

La corresponsione dell'indennità avviene con le stesse modalità previste all'art. 1, d.l. 30 dicembre 1979, n. 663, convertito con modificazioni, dalla l. 29 febbraio 1980, n. 33 e con gli stessi criteri previsti per l'erogazione delle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie.

L'art. 23, d.lgs. n. 151/2001 detta una serie di criteri ai fini del calcolo dell'indennità prevista in caso di congedo, a cominciare da quello per cui si intende la retribuzione media globale giornaliera del periodo di paga quadrimestrale o mensile scaduto ed immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha avuto inizio il periodo di maternità.

In tal merito la Corte di giustizia ha statuito il principio della «parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici» il quale fa sì che nella determinazione della retribuzione, assunta a riferimento dell'indennità di maternità, debbono essere considerati anche gli ulteriori aumenti retributivi intervenuti tra l'inizio e la fine del congedo<sup>267</sup>.

L'art. 24 prevede inoltre una serie di casi in cui è prevista l'indennità di maternità, anche se il rapporto di lavoro versa in una condizione di quiescenza, ovvero sia stato persino risolto. Così, in base al testo di cui all'art. 24 l'indennità spetta altresì alla lavoratrice che sia stata licenziata nel periodo protetto dal divieto di licenziamento a causa della cessazione dell'attività aziendale o per ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta<sup>268</sup>.

Quanto al regime previdenziale, per i periodi di congedo di maternità in costanza di rapporto di lavoro, non è richiesta alcuna anzianità contributiva e vi è pieno accreditamento della contribuzione figurativa (art. 25, c. 1°).

### 11. (Segue) ... e della paternità

La riforma delle astensioni dal lavoro in relazione all'esigenza dei figli – come già ribadito nel corso di questo lavoro – ha inciso notevolmente sul previgente quadro normativo<sup>269</sup>. Con il d.lgs. n. 151/2001 definito «Testo Unico sulla tutela e sul sostegno della maternità e della paternità» attuativo della l. n. 53/2000, accanto ai diritti della madre lavoratrice, sono stati contemplati altresì i diritti del «padre

<sup>267</sup> V. C. giust. CE, 30 marzo 2004, C-147/02.

<sup>268</sup> In tali ipotesi è utile ricordare che la Corte costituzionale con sent. 3 dicembre 2001, n. 405 ha aggiunto – con dispositivo di illegittimità dell'art. 24, c. 11°, quella della lavoratrice licenziata per giusta causa, che era stata inizialmente esclusa per una ragione esclusivamente punitiva.

<sup>269</sup> Sulla legislazione previgente v. M. PERSIANI, *La disciplina del lavoro femminile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, c. 103 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, 1979; A. TOPO, *La tutela della maternità e la funzione parentale*, in C. CESTER (a cura di), vol. II, *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da F. Carinci, Torino, 1998, p. 579.

lavoratore»<sup>270</sup>; barrezzando così letteralmente la vecchia astensione obbligatoria con il nuovo congedo di «maternità» e di «paternità»<sup>271</sup>.

L'art. 28 t.u. – recependo e perfezionando la regola enunziata dalla Corte costituzionale<sup>272</sup> in riferimento alla disciplina previgente – stabilisce che in caso di morte o di grave infermità della madre, oppure di abbandono del bambino da parte sua, oppure in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre, quest'ultimo ha diritto di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che sarebbe spettata alla madre<sup>273</sup>.

In primo luogo la riforma si inserisce in un percorso di valorizzazione, all'interno di ciascun istituto, della finalità di tutela del bambino; in secondo luogo, porta a compimento un processo di coinvolgimento del padre lavoratore nella funzione parentale, fino alla sua equiparazione «quasi totale» con la madre, e si pone per tanto come esito di un percorso di maggior neutralizzazione possibile degli effetti disincentivanti e condizionanti che la normativa protettiva produceva sull'occupazione e sulle carriere femminili.

Da questo punto di vista la l. n. 53/2000 attuata con il d.lgs. n. 151/2001 tocca il tema della parità sostanziale di trattamento e di opportunità del lavoro della lavoratrice madre rispetto a quello del lavoratore padre, in un'ottica attrattiva dell'istanza di parità racchiusa nell'art. 37, c. 1°, Cost., letto a sua volta alla luce dell'art. 3, c. 2°, Cost. e dall'altro lato dell'art. 30, c. 1°, Cost., nel senso cioè che la politica familiare e lavorativa deve procedere in stretto collegamento verso l'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale<sup>274</sup>.

Nella precedente disciplina, il diritto del padre lavoratore si configurava come sussidiario rispetto a quello della madre; questo precetto normativo era giustificato dal fatto che il diritto compete alla madre, ed inoltre, che ciò che veniva garantito alla madre lavoratrice subordinata quando il padre non fosse un lavoratore subordinato non veniva reciprocamente assicurato al padre lavoratore subordinato quando la madre non fosse una lavoratrice subordinata.

Rispetto alla previgente legislazione, la riforma in esame rappresenta quindi un

<sup>270</sup> V. D. GOTTARDI, *I congedi parentali entrano nel nostro ordinamento*, in *Guida lav.*, 2000, n. 9, p. 12.

<sup>271</sup> V. D. GOTTARDI, *La disciplina del congedo di maternità e di paternità*, in *Guida lav.*, 2001, n. 19, p. 16.

<sup>272</sup> V. C. cost. 19 gennaio 1987, n. 1, in *Mass. giur. lav.*, 1987, p. 155, con nota di S. SAETTA, *Il padre lavoratore e la sentenza n. 1/1987 della Corte costituzionale*. Cfr. anche C. cost. 15 luglio 1991, n. 341, in *Not. giur. lav.*, 1991, p. 477; C. cost. 21 aprile 1993, n. 179, in *Arch. civ.*, p. 750, con nota di S. CAVALLIERE; C. cost. 21 aprile 1994, n. 150, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 382, con nota di F. LUNARDON.

<sup>273</sup> La disposizione di cui all'art. 29, d.lgs. n. 151/2001 prevede altresì a parificare il trattamento economico e normativo del padre lavoratore a quello spettante alla madre. Nel successivo art. 30 si esplicita inoltre il diritto del padre al medesimo trattamento previdenziale previsto per il congedo di maternità, pur in assenza di esplicita fonte normativa.

<sup>274</sup> V. D. GOTTARDI, *Lavoro di cura. Spunti di riflessione*, in *Lav. dir.*, 2001, p. 125.

«anello di congiunzione» da un lato della linea di politica del diritto tesa alla tutela della maternità, e dall'altro quella di ridefinizione dei ruoli familiari, secondo un percorso che valorizza la parità dei ruoli sia formale che sostanziale.

La l. n. 53/2000 coinvolge quindi l'attuazione dell'art. 30, c. 1°, Cost., secondo cui «dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio», sintetizzabile quindi nel senso che l'uguaglianza sostanziale deve qualificare la dimensione privata e personale dei rapporti familiari in virtù di quanto sancito dall'art. 29, c. 1°, Cost. e dall'art. 2 Cost. prefigurando così un modello di famiglia ordinato sul principio dei valori della persona.

Si può quindi affermare che la «riforma dei congedi parentali» di cui alla l. n. 53/2000 ha genesi negli artt. 2, 29 e 30 Cost., perché per loro tramite la direttiva di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. prende forma la funzione familiare della donna, individuata nell'art. 37 Cost. per poi consacrare la «funzione essenziale della famiglia» rivestita dalla madre ma anche dal padre; un corollario di principi questo, che trova la sua ratio nella valorizzazione del bambino come soggetto principale di tutela.

Il nuovo testo legislativo fondato quindi su questi pilastri Costituzionali, si muove su due logiche convergenti: quella della tutela e protezione della salute del-la gestante puerpera e del bambino neonato, da un lato, con quella della promozione della uguaglianza sostanziale di opportunità e di trattamento dei lavoratori e delle lavoratrici. Si tratta quindi di una legge segnata dal progresso sul versante della maternità ma soprattutto su principi costituzionali della famiglia e sulla parità formale e sostanziale.

## 12. I congedi parentali

Come già riferito sopra, la materia qui affrontata ha subito la pesante influenza del diritto comunitario. In particolare, il tema ampio dei congedi parentali è stato come noto affrontato globalmente dalla l. n. 53/2000, cui sono seguiti ulteriori interventi amministrativi e ancora legislativi, sui quali si soffermerà l'attenzione. Il testo unico contenuto nel d.lgs. n. 151/2001 raccoglie così le «disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità», e più precisamente, come espressamente confermato dall'art. 1 «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». Come è evidente, si tratta di un intervento ad ampio raggio, che ha inteso affrontare frontalmente e appunto globalmente la materia della maternità e gli istituti connessi.

### 12.1. Quadro normativo

Riprendendo quanto in parte già trattato nel «congedo di maternità», è utile soffermarsi sulla direttiva n. 96/34/CE la quale costituisce una tappa fondamentale

le nello sviluppo di quelle linee di tendenza già da tempo emerse nel disegno complessivo del legislatore comunitario in materia sociale che prevedono un incentivo alla redistribuzione del tempo di cura della prole all'interno della coppia genitoriale<sup>275</sup>.

Tale direttiva – come già detto *supra* – è stata recepita in Italia con la l. 8 marzo 2000, n. 53, i cui contenuti hanno trovato una sistematica ricollocazione all'interno del testo unico in materia di tutela e sostegno di maternità e paternità, emanato con il d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151. Il t.u. sulla tutela della maternità e della paternità non si limita a raccogliere e coordinare le disposizioni preesistenti, ma è innovativo in quanto prende atto delle riforme o delle abrogazioni già intervenute, adotta nuove terminologie e riformula largamente il testo delle norme sostituite<sup>276</sup>, in attuazione di specifiche direttive comunitarie e di principi affermati dalla Corte costituzionale.

Sembra che con questo intervento, il legislatore si sia preoccupato non solo di porre rimedio al fenomeno di genitori poco presenti negli anni più importanti dello sviluppo dei figli, ma anche «ad una sfera di disagio più ampia, che tocca le esistenze di ciascuno, i tempi e gli equilibri di vite spesso fagocitate dal lavoro. Il senso, insomma, di qualcosa che ci è sfuggito di mano, come se l'esaltazione produttivistica del lavoro come luogo centrale delle nostre vite, e dunque anche come strumento prevalente dell'autorealizzazione personale, ci avesse condotto in un *cul de sac*, e ci fosse bisogno di una consapevolezza più profonda, in ordine alla necessità di vivere la vita su più tavoli e più dimensioni»<sup>277</sup>.

Il termine «congedi parentali», già utilizzato dalla maggioranza dei Paesi dell'Unione Europea<sup>278</sup>, ha rappresentato invece una novità nel nostro ordinamento: in precedenza era prevista un'«astensione facoltativa» della durata di sei mesi da utilizzarsi, anche in modo frazionato, entro il primo anno di età del bambino, dalla madre lavoratrice subordinata<sup>279</sup>.

Originariamente, nella l. n. 903/1977, tale diritto veniva esteso al padre solamente nel caso in cui i figli fossero stati affidati allo stesso e previa comunque la presentazione di una dichiarazione di rinuncia da parte della madre; successivamente la Corte costituzionale è intervenuta più volte eliminando, o meglio limando, gli ostacoli che impedivano al padre di fruire dei diritti riconosciuti alla madre nel periodo successivo al parto.

Con la sent. 19 gennaio 1987, n. 1, la Corte aveva dichiarato illegittimo il detta-

<sup>275</sup> Cfr. D. GOTTARDI, *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in *Lav. dir.*, 1999, p. 507.

<sup>276</sup> Cfr. G. SUPPIES, *La tutela della maternità e della paternità nel Testo unico*, in *Guida lav.*, 2001, II, n. 19, p. 7.

<sup>277</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 150.

<sup>278</sup> Cfr. D. GOTTARDI, *I congedi parentali in Europa*, in *Lav. inf.*, 1996, n. 9, p. 15.

<sup>279</sup> Vi erano comunque alcune eccezioni in relazione alle lavoratrici a domicilio ed alle addette ai servizi domestici e familiari.

to normativo nella parte in cui non prevedeva che il diritto all'astensione dal lavoro ed al godimento dei permessi giornalieri fosse riconosciuto anche al padre lavoratore nel caso in cui la madre non avesse potuto prendersi cura del bambino perché gravemente malata o deceduta.

In seguito la sent. 15 luglio 1991, n. 341, aveva esteso al lavoratore affidatario di un bambino, in via provvisoria, il diritto di godere dell'astensione dal lavoro durante i primi tre mesi successivi all'ingresso del minore nella famiglia, stabilendo però che tale diritto potesse essere fruito in alternativa alla lavoratrice coaffidataria.

Da ultima la sent. 21 aprile 1993, n. 179, aveva esteso al padre lavoratore la possibilità di usufruire dei permessi giornalieri, mantenendo comunque la previsione che tale godimento avvenisse alternativamente alla madre lavoratrice.

Tuttavia anche a seguito di questi interventi della Corte costituzionale, il padre non godeva *iure proprio*<sup>280</sup> di questi diritti, perché continuava ad essere necessario il consenso della madre, la quale doveva rinunciare a godere dell'astensione facoltativa o dei riposi<sup>281</sup>. La direttiva ha invece assegnato al padre una serie di diritti che possono essere utilizzati indipendentemente dalle scelte materne.

Analizzando i contenuti della stessa direttiva, rinvenibili poi anche all'interno del t.u., ci si può soffermare su due elementi: in primo luogo la distinzione operata tra congedi di maternità, connessi all'evento della nascita e diretti alla tutela di madre e bambino, e congedi parentali, attribuiti ad entrambi i genitori e volti ad assicurare al bambino l'assistenza necessaria alla sua crescita, ed in secondo luogo la considerazione del congedo parentale come diritto individuale in linea di principio non trasferibile che deve essere attribuito a tutti i lavoratori siano essi uomini o donne<sup>282</sup>.

Il modello a cui si è passati comprende quindi una titolarità dei diritti, una possibilità di utilizzo congiunto degli stessi, un aumento della durata del periodo da utilizzare per la cura dei figli, in sostanza vi è un passaggio verso una concezione della prestazione di lavoro nella quale la persona ed i suoi legami diventano centrali.

Il t.u. emanato dal d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, ha voluto lanciare un messaggio culturale di piena parificazione dei ruoli all'interno della coppia di genitori per quanto riguarda la cura dei figli. Sono però evidenti le difficoltà tra la propagazio-

<sup>280</sup> La giurisprudenza riteneva che unica titolare del diritto fosse la madre mentre il padre poteva esserlo solo in via mediata, v. C. cost. 21 aprile 1994, n. 150, in *Famiglia e dir.*, 1994, p. 382. Il padre proprio per la non titolarità del diritto era costretto anche ad addossarsi l'onere di produrre una complessa documentazione.

<sup>281</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, in R. DEL PUNTA-L. LAZZERONI-M. VALLAURI, *I congedi parentali*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2000, p. 6.

<sup>282</sup> Cfr. M. MISCIONE, *I congedi parentali*, Milano, 2001, p. 17. La clausola n. 2.1 dell'accordo europeo prevede l'attribuzione ai lavoratori di ambo i sessi del «diritto individuale al congedo parentale per la nascita o l'adozione di un bambino, affinché possano averne cura per un periodo minimo di tre mesi fino ad un'età non superiore a otto anni determinato dagli stati membri e/o dalle parti sociali».

ne di questo messaggio e la sua traduzione nella realtà di tutti i giorni. Dai primi dati sembrerebbe che i padri ricorrono in rare occasioni all'utilizzo dei congedi parentali per una serie di fattori quali le resistenze culturali, gli ostacoli frapposti dalle imprese e le differenze di partenza dei livelli di reddito che fanno sì che sia il genitore meno pagato, solitamente la madre, ad utilizzare i periodi di congedo o i permessi per salvaguardare il reddito familiare.<sup>283</sup>

## 12.2. «Congedi parentali»

A norma dell'art. 32, d.lgs. n. 151/2001, per ogni figlio e fino al compimento dell'ottavo anno di vita, entrambe i genitori hanno diritto ad assentarsi dal lavoro per periodi complessivamente non superiori al limite di dieci mesi. Singolarmente tale diritto spetta alla madre, trascorso il periodo del congedo di maternità, e al padre, a partire dalla nascita del figlio, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi. Il limite complessivo dei congedi parentali può però essere elevato ad undici mesi qualora il padre eserciti il diritto stesso con un periodo di sospensione dalla prestazione non inferiore a tre mesi.<sup>284</sup> Il congedo parentale spetta al genitore richiedente anche se il suo coniuge non ne ha diritto. I genitori possono usufruire dei congedi parentali anche contemporaneamente, consentendo in tal modo una compresenza all'interno del nucleo familiare che può essere utile nei primi mesi di vita del bambino o successivamente in casi particolari.<sup>285</sup> Qualora vi sia un solo genitore il diritto all'astensione dal lavoro viene elevato a dieci mesi.<sup>286</sup>

Nel caso in cui si verifichi un parto gemellare ogni genitore ha diritto ad usufruire, per ogni nato, del numero di mesi previsti dall'art. 32 r.u.<sup>287</sup>

Il lavoratore interessato ha l'obbligo, salvo casi di oggettiva impossibilità, di avvisare il datore di lavoro della sospensione della prestazione secondo le modalità ed i criteri definiti dai contratti collettivi, e comunque con un preavviso non inferiore a quindici giorni. La legge non subordina la possibilità dei genitori di fruire dei congedi parentali alle esigenze organizzative dell'azienda,<sup>288</sup> ma consentendo che

<sup>283</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, *I congedi parentali*, in *Dir. pratt. lav.*, 2005, n. 23.

<sup>284</sup> La ratio di questa disposizione è quella di premiare quella copia di genitori che, discostandosi dal tradizionale modo di distribuzione dei compiti familiari, coinvolga nella cura della prole anche il padre in misura non trascurabile.

<sup>285</sup> La circolare n. 109/2000 dell'I.n.p.s. ha precisato proprio la possibilità di madre e padre di utilizzare l'astensione facoltativa contemporaneamente, stabilendo inoltre che il padre possa utilizzarla anche durante i tre mesi di astensione obbligatoria *post partum* della madre e durante i periodi di riposo nei quali la madre beneficia dei riposi orari previsti dalla legge.

<sup>286</sup> La condizione di unico genitore si può verificare nel caso di morte di un genitore, di abbandono del figlio da parte di uno dei due genitori o ancora nel caso di affidamento del figlio ad uno solo dei genitori risultante da provvedimento formale (cfr. circ. INPS n. 109/2000).

<sup>287</sup> Cfr. il messaggio dell'INPS n. 569/2001.

<sup>288</sup> Trib. Venezia, 3 luglio 2001, in *Lav. giur.*, 2001, p. 956; Trib. Venezia, 7 settembre 2001, *ibidem*, 2001, p. 1052.

le modalità ed i criteri per il godimento del diritto siano definiti dai contratti collettivi, rende legittima la clausola di un contratto collettivo che stabilisca un termine di preavviso maggiore e che preveda delle forme di contemporaneo tra le esigenze familiari e quelle organizzative dell'impresa.<sup>289</sup> Nel caso in cui non sia presente una causa di oggettiva impossibilità e il lavoratore non rispetti le regole sul preavviso, lo stesso non potrà usufruire del congedo parentale e se comunque lo farà ciò produrrà l'ingiustificata assenza dal lavoro.<sup>290</sup>

La dottrina ha posto l'attenzione su una disarmonia riguardante il periodo di preavviso: il termine di quindici giorni non si coordina bene con la possibilità, riconosciuta al datore di lavoro, di assumere lavoratori a termine in sostituzione con un mese di anticipo rispetto all'inizio del congedo.<sup>291</sup>

Per quanto riguarda invece il trattamento economico e previdenziale, fino al terzo anno di vita del bambino, i genitori hanno diritto a percepire il 30% della retribuzione per un periodo massimo complessivo di sei mesi e tale periodo è coperto da contribuzione figurativa. Per i permessi richiesti dopo il terzo anno di vita del bambino o dopo aver superato il limite dei sei mesi complessivi, i genitori non avranno diritto ad alcuna forma di indennità economica né alla contribuzione figurativa. L'unica eccezione si ha quando il lavoratore, che richiede il periodo di congedo, dispone di un reddito individuale, e non familiare, inferiore a 2,5 volte l'importo del trattamento minimo di pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria. In questo caso avrà diritto al 30% della retribuzione ed alla contribuzione figurativa parametrata al 200% del valore massimo dell'assegno sociale proporzionato al periodo di riferimento.

I periodi di congedo parentale sono computati nel'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie e alle mensilità aggiuntive.

Il legislatore non ha chiarito come dovessero essere considerati i periodi di congedo ai fini della progressione in carriera. Su tale problema si è invece pronunciata la Corte di Cassazione sia pure riferendosi all'astensione facoltativa prevista prima dell'entrata in vigore della l. n. 53/2000. La Corte, secondo la quale i periodi di astensione facoltativa dal lavoro devono essere computati nell'anzianità di servizio, afferma che «prevedendo la commutabilità nell'anzianità di servizio gli effetti e quindi anche ai fini della progressione automatica di carriera, argomenta la sua tesi affermando che «prevedendo la commutabilità nell'anzianità di servizio dei periodi di astensione sia obbligatoria che facoltativa, si stabilisce una perfetta equivalenza ai fini della progressione in carriera tra periodi di effettivo ser-

<sup>289</sup> Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. III, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI, Milano, 2003, p. 124.

<sup>290</sup> Visto l'infittirsi della trama dei congedi e al fine di un corretto funzionamento dell'istituto è necessario che vi siano delle condotte leali e corrette sia da parte del lavoratore che da parte datoriale, alla luce anche del generale principio di buona fede, cfr. R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, cit., p. 170.

<sup>291</sup> Cfr., R. DEL PUNTA, in R. DEL PUNTA-L. LAZZERONI-M. VALLAURI, *I congedi parentali*, cit., p. 28.



vizio e periodi di astensione dal lavoro per maternità, con la conseguenza che, se la contrattazione collettiva ricollega la promozione all'anzianità di servizio, in questa, anche se intesa come servizio effettivo, devono computarsi i periodi di astensione, tranne che la stessa contrattazione subordini la promozione a particolari requisiti; in altri termini, le norme consentono bensì alla disciplina collettiva di associare un determinato effetto giuridico a periodi di effettivo servizio, ma vietano che tale disciplina possa escludere la rilevanza (ai fini dell'anzianità di servizio) dei periodi di astensione obbligatoria e facoltativa o diversificare tali ipotesi di astensione, con conseguente nullità (nella parte in cui escludano la commutabilità dei periodi di astensione facoltativa) di clausole contrattuali che assegnino rilievo solo all'astensione obbligatoria»<sup>292</sup>.

### 12.3. Riposi giornalieri

L'istituto dei riposi giornalieri, seguendo una terminologia legata al passato, è anche conosciuto con il nome di «permessi per l'allattamento», tradendo però, questa terminologia, una visione ormai superata. Infatti essi vengono attribuiti alla lavoratrice indipendentemente dal fatto che il bambino venga allattato naturalmente o artificialmente, essendo tali riposi destinati a tutelare un'assistenza diretta da parte del genitore durante il primo anno di vita del figlio<sup>293</sup>. Elemento che avvalorava il fatto che i riposi giornalieri siano slegati dall'allattamento naturale è che gli stessi sono attribuibili in determinate circostanze anche al padre lavoratore.

L'istituto dei riposi giornalieri prevede che durante il primo anno di vita del bambino siano previsti due periodi di riposo, della durata di un'ora ciascuno (che si riducono ad uno se l'orario di lavoro è inferiore alle sei ore), che sono cumulabili durante la giornata. Nel caso in cui la lavoratrice richiedente tali riposi fruisca di un asilo nido o di un'altra struttura idonea, creati dal datore di lavoro nelle immediate vicinanze del luogo di lavoro, i periodi di riposo sono ridotti a mezz'ora ciascuno, e non danno alla lavoratrice il diritto ad allontanarsi. Tali periodi sono considerati come ore lavorative agli effetti della durata e della retribuzione del lavoro.

I riposi giornalieri sono riconosciuti al padre lavoratore solo quando i figli siano affidati esclusivamente alla sua custodia, quando la madre o non se ne avvalga o non ne abbia diritto in quanto lavoratrice autonoma ed infine in caso di morte o grave infermità della madre. Nel caso di un parto plurimo tali periodi di riposo sono raddoppiati senza individuare tetti diversi a seconda del numero di gemelli<sup>294</sup> e,

<sup>292</sup> Cass. 9 giugno 2000, n. 7929, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 1047; cfr. anche Cass. 3 aprile 1993, n. 4022, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 384.

<sup>293</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, in R. DEL PUNTA-C. LAZZARONI-M. VALLAURI, *I congedi parentali*, cit., p. 29.

<sup>294</sup> Questa soluzione è criticata da una parte della dottrina che riteneva opportuno prevedere un proporzionale aumento dei riposi per la madre di tre o più gemelli, anche per evitare una possibile ri-

solo in questo caso, le ore aggiuntive possono essere utilizzate liberamente anche dal padre<sup>295</sup>.

In questo istituto rimane quindi l'alternatività del diritto al suo utilizzo, prevedendo che il padre abbia solo un diritto derivato. Una parte della dottrina fa discendere da ciò l'impossibilità per il padre lavoratore di fruire dei riposi giornalieri qualora la madre si presuma svolgere, o comunque essere nelle condizioni di farlo, in quanto non occupata in altre attività, il lavoro di cura del bambino<sup>296</sup>.

Mentre nel passato la giurisprudenza era concorde nel negare il diritto dei genitori di usufruire contemporaneamente dei riposi giornalieri e dell'astensione facoltativa, la *ratio* della l. n. 53/2000 ha portato parte della dottrina, supportata poi dal parere espresso dall'INPS nella circolare n. 109/2000, a sostenere la cumulabilità dei congedi parentali con i permessi giornalieri, trattandosi di istituti diversi tra i quali non vi è «un'interferenza giuridica diretta»<sup>297</sup>.

Partendo dal presupposto che i permessi giornalieri devono garantire l'assistenza diretta della lavoratrice al bambino, la loro distribuzione deve essere concordata tra la madre stessa e il datore di lavoro, tenendo anche in considerazione le esigenze aziendali. Se tra le parti non si giunge ad un accordo, la distribuzione sarà determinata dall'ispettorato del lavoro.

### 12.4. Permessi per malattia del bambino

Questi permessi, come più volte precisato dalla Cassazione, riguardano non solo la fase acuta di alterazione patologica ma anche il periodo di convalescenza del

proposizione del contenzioso sul punto specifico, v. R. NUMIN, in *La direttiva 96/34/CE sui congedi parentali ed il suo recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Dir. lav.*, 2000, p. 215.

In giurisprudenza prima dell'intervento del legislatore era emerso un duplice orientamento: per alcuni giudici alla lavoratrice che avesse avuto un parto gemellare spettava il raddoppio dei permessi indipendentemente dal numero di gemelli, v. Pret. Venezia, 15 settembre 1998, in *Lav. giur.*, 1999, p. 50; Pret. Vallo Lucania, 20 gennaio 1999, in *Arch. civ.*, 1999, p. 343; per altri giudici alla lavoratrice spettava un'ora di permesso per ogni bambino oltre ad un'ora per lo spostamento, v. Pret. Campo basso, 2 febbraio 1999, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, p. 360; Trib. Bari, 2 aprile 1999, in *Not. giur. lav.*, 1999, p. 324.

<sup>295</sup> Il giudice amministrativo ha affermato che va riconosciuto a favore del padre il diritto a fruire del beneficio del riposo giornaliero per le ore aggiuntive, nel caso di parto gemellare, non solo quando la moglie si adetta ad un lavoro di tipo autonomo, ma anche qualora la stessa sia casalinga, v. TAI Toscana, sez. I, 25 novembre 2002, n. 2737, in *Foro amm.-TAR*, 2002, p. 3651.

<sup>296</sup> Cfr. D. GOTTARDI, in *Lavoro di cura. Spunti di riflessione*, in *Lav. dir.*, 2001, p. 132. L'autore fa notare come nel caso dei riposi giornalieri non si sia compiuta quell'operazione che invece è avvenuta con i congedi parentali, e cioè «il riconoscimento a ciascun figlio del diritto alla cura da parte di entrambi i genitori e la eliminazione della assimilazione tra non lavoro e lavoro di cura», riproponendone ingiustamente anche una visione tradizionale che porta a ritenere che «una madre casalinga, studentessa o disoccupata svolga quotidianamente, nei confronti del figlio fino al compimento di 1° anno di vita, lavoro di cura e di nutrizione e, soprattutto, non possa avere altre esigenze, come ad esempio quella di frequentare i corsi di studio o cercare occupazione».

<sup>297</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, in R. DEL PUNTA-L. LAZZARONI-M. VALLAURI, *I congedi parentali*, cit., p. 32.

bambino<sup>298</sup>, per garantire allo stesso la presenza di un genitore in un delicato momento di alterazione psicofisica.

Per questi permessi esisteva già, precedentemente alla l. n. 53/2000, un regime che permetteva alla lavoratrice, ed in via derivata al lavoratore, di richiedere di assentarsi dal lavoro, durante i periodi di malattia dei figli di età inferiore ai tre anni, dietro presentazione di certificato medico.

Oggi, in virtù dell'art. 47 r.u., entrambi i genitori, alternativamente, hanno diritto di astenersi dal lavoro durante le malattie di ciascun figlio di età non superiore ai tre anni dietro presentazione di un certificato rilasciato da un medico specialista che attesti la malattia del bambino. Il diritto riconosciuto al padre è un diritto spettante *ture proprio* che dovrà essere esercitato alternativamente alla madre. Ma il legislatore ha altresì esteso il periodo di godimento di tale diritto fino agli otto anni del bambino, con la precisazione però che se fino ai tre anni non vi sono limitazioni temporali, fra i tre e gli otto anni vi è un tetto massimo di cinque giorni lavorativi l'anno<sup>299</sup>.

La malattia del bambino che dia luogo ad un ricovero ospedaliero interrompe il decorso del periodo di ferie in godimento da parte del genitore qualora questi lo richieda.

Se intende fruire di questi permessi il lavoratore deve presentare una dichiarazione sostitutiva nella quale attesti che l'altro genitore non sia in congedo negli stessi giorni per il medesimo motivo.

I congedi in oggetto non danno diritto ad alcuna retribuzione ma devono essere computati nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie e alla tredicesima mensilità o gratifica natalizia, e danno diritto ad una contribuzione figurativa piena fino al terzo anno di età del bambino e parziale dal terzo all'ottavo anno di età.

## 12.5. Adozioni ed affidamenti

L'obiettivo dell'effettiva parificazione nei diritti e nei doveri di cura di figli naturali e di figli adottivi o affidatari, non è stato compiutamente realizzato dalla l. n. 53/2000, la quale conteneva sviste e creava delle difficoltà interpretative<sup>300</sup>.

In tal merito il d.lgs. n. 151/2001 ha operato una più chiara equiparazione, che riguarda le varie forme di astensione dal lavoro connesse alla nascita ed alla cura dei figli, affermando, all'art. 1, c. 1°, che le norme sono connesse «alla maternità e paternità di figli naturali, adottivi e in affidamento».

<sup>298</sup> Cass. 4 aprile 1997, n. 2953, in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 396; Cass. 6 febbraio 1988, n. 1293, in *Foro it.*, 1988, I, c. 784; in *Mass. giur. lav.*, 1988, p. 298.

<sup>299</sup> Il tetto dei cinque giorni scatta dal giorno successivo al compimento del terzo anno di età e si prolunga per i cinque anni successivi, valendo il compimento dell'ottavo anno quale soglia limite, cfr. M. PAVALEONI, *La riforma del part-time*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 35.

<sup>300</sup> Cfr. F. AMATO, in R. DEL PUNTA-D. GOTTARDI (a cura di), *I nuovi congedi*, Milano, 2001, p. 34.

Il legislatore fa riferimento all'ingresso nella famiglia come termine da utilizzare al fine della fruizione dei diversi diritti, modulando poi gli stessi alle diverse soglie di età del bambino<sup>301</sup>.

Il r.u. prevede che la lavoratrice che ha adottato o ottenuto in affidamento un bambino che non ha superato i sei anni di età, ha il diritto di avvalersi del congedo di maternità per i primi tre mesi successivi all'ingresso del minore nella famiglia adottiva o affidataria. I genitori adottivi o affidatari sono destinatari delle norme sul congedo parentale anche se l'altro genitore non ne ha diritto.

Per quanto riguarda le adozioni e gli affidamenti internazionali, vi sono due peculiarità: in primo luogo il congedo di tre mesi spetta fino al compimento del 18° anno di età del minore, ed in secondo luogo ha anche diritto di usufruire di un congedo, senza indennità né retribuzione, per tutto il tempo di permanenza nello straniero necessario ai fini dell'adozione o dell'affidamento.

Questi congedi, se non richiesti dalla lavoratrice, spettano, con le medesime modalità, anche al padre lavoratore<sup>302</sup>.

Il congedo parentale, previsto per i genitori naturali, spetta anche in caso di adozione o affidamento nazionale o internazionale di minori sino ai dodici anni di età. Fino a sei anni di età del bambino il congedo parentale può essere fruito nei primi tre anni dall'ingresso del minore nel nucleo familiare. Qualora al momento dell'adozione o dell'affidamento il minore abbia un'età compresa tra i sei e i dodici anni, il diritto può essere esercitato nei primi tre anni dall'ingresso del minore nel nucleo familiare.

Nelle adozioni e negli affidamenti si applicano anche le norme sui congedi per malattia del figlio, nonché quelle relative ai riposi e permessi. Riguardo ai primi, i genitori hanno diritto ad astenersi dal lavoro per i periodi corrispondenti alle malattie del bambino non solo fino al compimento del terzo anno di età dello stesso ma fino ai sei anni di età. Inoltre qualora il bambino abbia un'età compresa tra i sei e dodici anni al momento dell'adozione o affidamento, i congedi per malattia possono essere fruiti entro i primi tre anni dall'ingresso nella famiglia.

La Corte costituzionale, con sent. 1° aprile 2003, n. 104<sup>303</sup>, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 45, c. 1°, d.lgs. n. 151/2001, nella parte in cui prevede che i riposi e i permessi, di cui agli artt. 39, 40 e 41, si applichino, anziché entro il primo anno dall'ingresso del minore nella famiglia. La Corte manda alla discrezionalità del legislatore la possibilità di stabilire eventuali limiti alla fruizione dei riposi correlati all'età del minore adottato o affidato, in quanto nell'estendere gli istituti previsti per la filiazione naturale ai casi di ado-

<sup>301</sup> Cf. D. GOTTARDI, *Tutela civile del minore diritto sociale della famiglia*, a cura di L. LENTI, Milano, 2002, p. 561.

<sup>302</sup> Il congedo è dovuto al padre anche la madre è lavoratrice autonoma, v. Trib. Brindisi, 24 ottobre 2001, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 862.

<sup>303</sup> C. cost. 1° aprile 2003, n. 104, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 250.

zione ed affidamento, lo stesso ha sempre individuato una soglia di età del bambino.

Per effetto della sentenza della Corte costituzionale ed in attesa di un intervento legislativo, i riposi sono fruibili dai genitori adottivi o affidatari entro un anno dall'ingresso del minore nella famiglia e fino alla maggiore età<sup>304</sup>, essendo questa la soluzione più rispondente alla funzione che i riposi giornalieri svolgono<sup>305</sup>.

### 13. Il servizio militare

#### 13.1. Brevi premesse

Tra le ipotesi di sospensione e soprattutto di impossibilità della prestazione lavorativa viene tradizionalmente incluso il servizio militare, come specificato *expressis verbis* dall'art. 2111 c.c. Tale causa, tra l'altro, presenta il vantaggio di una estrema semplicità di inquadramento e disciplina, trattandosi di una ipotesi nella quale il lavoratore vede tutelato un proprio interesse (alla conservazione del lavoro) che cede, nello specifico e temporaneamente, ad altri interesse ritenuto prevalente e collidente<sup>306</sup>. In effetti, spiega la dottrina, in tale caso si evita che l'adempimento di un dovere posto, oramai in passato, a carico dei cittadini di sesso maschile e di una data età «comprometta il già avvenuto inserimento nella vita sociale e produttiva». In generale, dunque, l'istituto non presenta particolari difficoltà applicative ed identificative, sebbene sul piano del rapporto tra dovere e diritto ad un efficiente e rapido inserimento nel mondo del lavoro del giovane si ponga la tutela della posizione di lavoro sin dalla fase prodromica alla costituzione del rapporto di cui già all'art. 52, c. 2°, Cost. – resa solo successivamente più ampia dall'intervento del legislatore e, quindi, della giurisprudenza, anche costituzionale. Va da sé che tale istituto non solleva particolari questioni ricostruttive, ma d'altro canto introduce una disciplina al ribasso della tutela concessa, limitata per lo più alla mera conservazione del vincolo contrattuale.

#### 13.2. Le diverse fattispecie e l'evoluzione (o involuzione) nella tutela

La tutela apprestata per dar corso da un lato alla disposizione di cui all'art. 2112 c.c. e conseguentemente ai valori connessi alla norma stessa dalla Carta Costituzionale ha subito nel corso degli anni una significativa modifica, per quanto riguarda le fattispecie protette ed il loro grado di tutela.

Senza ripercorre puntualmente i diversi provvedimenti che, fin dalla sentita esi-

<sup>304</sup> Cfr. circ. INPS 26 maggio 2003, n. 91.

<sup>305</sup> Cfr. I. MILLANTI, *I riposi giornalieri in caso di adozione e affidamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 250.

<sup>306</sup> R. DEL PUNTA, *La sospensione*, cit., p. 759 ss.

genza dei periodi bellici e in particolare dal 1916, consentirono almeno ai richiamati alle armi di godere di una qualche forma di tutela<sup>307</sup>, va peraltro segnalato come per i casi in questione si tese a seguire una strada sostanzialmente analoga a quella seguita per la malattia: diritto alla conservazione del posto e al computo dell'anzianità di servizio, ma anche costituzione di una «cassa per il trattamento di richiamo alle armi degli impiegati privati», istituti confermati con la l. n. 653/1940 e poi estesi con accordo interconfederale agli operai dell'industria.

Di lì a poco il codice civile, con l'art. 2111, avrebbe esteso a tutti i lavoratori subordinati i principi della risoluzione del rapporto, salve diverse disposizioni collettive, in caso di adempimento degli obblighi di leva; della sospensione del rapporto e della corresponsione di un trattamento economico, ma anche del decorso dell'anzianità di servizio, in caso di richiamo alle armi. Tuttavia, a seguito di ulteriori interventi legislativi, che vanno considerati le reali ed effettive fonti di disciplina dell'istituto<sup>308</sup>, e di numerosi e significativi interventi della Corte costituzionale<sup>309</sup>.

Il portato di tale assetto è, in definitiva, costituito dalla fondamentale differenza tra le discipline del servizio di leva, oggi scomparso, ed il richiamo alle armi. E sul punto la stessa Corte costituzionale si è espressa ritenendo che l'ulteriore e migliorativo regime di garanzia economica previsto per i lavoratori richiamati alle armi si giustifica proprio per il suo muoversi al di sopra della tutela costituzionale di cui all'art. 52, garantita a entrambe le fattispecie<sup>310</sup>.

Il primo livello di tutela, direttamente derivante dall'art. 52 Cost., riguarda la «posizione di lavoro». In proposito la Corte costituzionale ha ritenuto che la posizione di lavoro non deve intendersi come equivalente a quello di posto di lavoro, ma va inteso in modo «molto più ampio, comprensivo del diritto all'indennità di anzianità», e dando dunque rilievo all'anzianità di servizio<sup>311</sup>. In altre parole al lavoratore spetterebbe, ex art. 52 Cost., tutto ciò cui avrebbe avuto diritto se il rapporto avesse avuto corso, «con esclusione soltanto di quanto, come la retribuzione, è di norma strettamente legato all'effettiva prestazione di lavoro»<sup>312</sup>.

<sup>307</sup> Cfr. *amplius* R. DEL PUNTA, *La sospensione*, cit., p. 762 ss. e *ivi* i riferimenti normativi.

<sup>308</sup> Così R. DEL PUNTA, *op. ult. cit.*, 766, che richiama la citata l. n. 653/1940 e quella n. 370/1955 sul richiamo alle armi, il decreto legislativo del capo provvisorio dello stato n. 303/1946 sul servizio di leva.

<sup>309</sup> C. cost. 2 febbraio 1990, n. 41, in *Giust. civ.*, I, p. 1184; 16 maggio 1984, n. 144, in *Mass. giur. lav.*, 1984, p. 236; 16 febbraio 1963, n. 8, in *Mass. giur. lav.*, 1963, p. 9.

<sup>310</sup> C. cost. n. 8/1963, cit. e 16 ottobre 1990, n. 457, in *Foro it.*, 1990, I, c. 3361.

<sup>311</sup> V. ad es. Cass. 19 novembre 2001, n. 14482, per la quale «in tutte le ipotesi (siano esse legali o contrattuali) in cui il passaggio ad un livello retributivo superiore e la stessa progressione in carriera del lavoratore avvengano per automatismo – nel senso che l'avanzamento dipende, nell'uno e nell'altro caso, dalla mera anzianità di servizio e non invece dalla instaurazione di procedure di selezione o comunque dalla effettiva e continua prestazione del servizio – il periodo trascorso in servizio militare di leva deve essere computato per l'accesso al più elevato inquadramento».

<sup>312</sup> Così i giudici di legittimità: v. ad es. Cass. n. 345/1987, e n. 5970/1984 entrambe in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, p. 475 e 1985, II, p. 735.

Ciò facendo resterebbero, e sono restati, esclusi i diritti che non risultano direttamente e corrispettivamente collegati alla controprestazione, come il diritto alla retribuzione e ad una prestazione previdenziale equivalente, stante il campo di applicazione più ridotto dell'art. 38 Cost.<sup>313</sup> È in questo senso che risulta efficace il termine *posizione* a fronte di quello *posto* di lavoro. La giurisprudenza ordinaria, a sua volta, si è mossa vieppiù in una logica di garanzia non tanto dell'esistenza giuridica del rapporto quanto della concreta posizione professionale del lavoratore all'interno della organizzazione aziendale acquisita prima della sospensione.<sup>314</sup>

### 13.2.1. Nozione di servizio militare e descrizione della fattispecie

Una volta chiarito che la nozione stessa di servizio militare, di volta in volta espressa dai testi legislativi, vada comunque funzionalmente connessa all'attuazione degli effetti dell'impossibilità della prestazione lavorativa a causa dell'adempimento di un dovere militare<sup>315</sup>, e in definitiva di un'impossibilità per *factum principis*, per definizione non imputabile *ex art.* 1218 c.c., e scontando le considerazioni su punti già affrontati, in passato, dalla giurisprudenza e sui quali si è soffermata la migliore dottrina (durata del «servizio», ferma di leva, computo della disenzione e delle licenze, ecc.)<sup>316</sup>, si tratta ora di verificare se e come si atteggi, oggi, la disciplina delle sospensioni del rapporto di lavoro comunque collegate allo svolgimento del servizio militare, latamente inteso.

In primo luogo va avvertito che con la l. 23 agosto 2004, n. 226, intitolata alla «sospensione anticipata del servizio obbligatorio di leva e disciplina dei volontari di truppa in ferma prefissata (...)», si è appunto provveduto ad eliminare del paragrafo giuridico, a far data dal 1° gennaio 2005, l'obbligo della leva militare. Con tale legge, come noto, si portò altresì a compimento il processo di «professionalizzazione» delle nostre forze armate come anticipato dalla precedente l. 8 maggio 2001, n. 215. Il problema del rapporto tra servizio militare e attività lavorativa su bordata, dunque, di fatto non si porrà più, se non con riguardo alle citate ipotesi di ferma prefissata ovvero di servizio permanente. D'altronde ben altri appaiono i presupposti di contesto di questa recente tornata legislativa rispetto a quelli di inizio secolo e pure del secondo dopoguerra, su cui interviene la Costituzione.<sup>317</sup>

In ogni caso, ci si deve chiedere cosa rimanga di quella, pur ridotta e data, ar-

<sup>313</sup> Così, sul piano previdenziale C. cost. 14 luglio 1988, n. 802, cit.; e quindi, ancor più ampiamente, C. cost. n. 457/1990, cit., circa il fatto che «la posizione di lavoro comprende non solo il posto di lavoro che è conservato, ma anche la retribuzione percepita». Più ampiamente R. DEL PUNTA, *op. cit.*, qui p. 772.

<sup>314</sup> Sul fatto che tali istanze, peraltro, trovino già tutela nell'art. 13 St. lav., v. R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 774, ove pure si menziona la tendenza della giurisprudenza ad estendere temporaneamente la tutela del lavoratore in servizio militare alla costituzione del rapporto di lavoro.

<sup>315</sup> Così, P. SANDULLI, *Servizio militare (trattamento dei lavoratori)*, in *Noviss. Dig. it., App., XVII*, Torino, 1970, p. 179.

<sup>316</sup> Per tutti R. DEL PUNTA, *La sospensione*, p. 777 ss.

<sup>317</sup> Sul punto si sofferma già M. DELL'OLIO, *Sospensione del rapporto*, cit., p. 40.

attività interpretativa in tema, una volta eliminata in radice buona parte della materia del contendere. Ebbene, dopo un lungo periodo durante il quale vigeva una chiara distinzione di trattamento tra chiamata di leva e richiamo alle armi quanto agli effetti degli stessi sul rapporto di lavoro preesistente. Per il primo caso si prevedeva la garanzia del posto di lavoro e del decorso dell'anzianità di servizio *sic et simpliciter*, per il secondo anche la garanzia del reddito, peraltro solo per gli impiegati giacché, nonostante la Corte costituzionale avesse ritenuto illegittimo il differente trattamento tra impiegati e operai<sup>318</sup>, a questi ultimi la garanzia retributiva doveva essere garantita dal datore di lavoro e nei limiti di quanto previsto dai contratti collettivi o secondo equità.

La manualistica, che si occupa ovviamente solo per inciso di tali argomenti<sup>319</sup>, si ferma qui: ovvero alla distinzione, semplicemente, tra le ipotesi classiche e con riguardo alla normativa previgente<sup>320</sup>. È il caso invece, seppure sinteticamente, di provare a verificare, ad oggi, cosa possa accadere nel caso gli istituti in discussione si incontrino e anzi si contrappongano.

Imanzitutto, il servizio di leva è equiparato, quanto agli effetti al *volontariato civile* nei paesi in via di sviluppo di cui alla l. n. 49/1987 nonché al *servizio civile* compiuto dagli obiettori di coscienza in sostituzione di quello militare, di cui alla l. n. 230/1998 e quindi la l. n. 64/2001. Se questo è vero si può anche sostenere che per questi casi, perduranti invero sino all'effettiva cessazione di casi di servizio militare «obbligatorio», valgono i principi affermati dalla giurisprudenza: in sintesi quello per cui il lavoratore in sospensione per tali motivi dal rapporto di lavoro non può essere licenziato se non per giusta causa o cessazione totale dell'attività aziendale e, nel caso di rientro al lavoro per un ulteriore periodo di tre mesi (v. l. n. 370/1975, cit.)<sup>321</sup>; quello per cui nei contratti di lavoro subordinato a termine la tutela non si estende oltre la durata predeterminata del contratto *de quo*, mentre per i contratti

<sup>318</sup> C. cost. 16 maggio 1984, n. 144, cit.

<sup>319</sup> Cfr. ad esempio F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro*, vol. II, Torino, 2003, p. 333; A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, vol. II, Padova, 2004, pp. 316-317.

<sup>320</sup> Va magari ricordata la previsione per la quale, al termine del servizio di leva o del richiamo alle armi il lavoratore deve riprendere servizio entro i brevi termini di cui alla legge, altrimenti risolvendosi il rapporto di lavoro o considerando il lavoratore medesimo dimissionario, salva la prova di un giustificato impedimento; v. ad es. C. app. Roma, 5 settembre 2000, per il quale, se al termine del servizio di leva il prestatore di lavoro non si pone a disposizione del datore di lavoro entro trenta giorni dal congedo, il rapporto di lavoro si considera risolto *per facta concludentia*.

<sup>321</sup> Sul «dover» del lavoratore in costanza di sospensione v. Cass., sez. lav., 28 luglio 2000, n. 9974, secondo la quale la sospensione del rapporto di lavoro in periodo di servizio di leva, con conseguente dispensa del lavoratore dal dovere, contrattualmente stabilito, di comunicare le variazioni del proprio indirizzo, presuppone la previa comunicazione da parte del lavoratore al datore dell'inizio del servizio militare, in mancanza della quale ritualmente il datore di lavoro comunica il licenziamento intempestivo al lavoratore in periodo di tale comunicazione - che, in quanto recettizia, si perfeziona in quest'ultimo indicato, e dalla data di tale comunicazione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c. - decorre il termine di sessanta giorni per impugnare il licenziamento.

di formazione e lavoro va valutata l'utilità di una proroga della formazione<sup>322</sup>; quello per cui l'avvenuto espletamento o esenzione del servizio di leva non possono essere imposti come condizione per l'assunzione; quello per cui la sospensione del rapporto per servizio di leva, pur utile ai fini del calcolo dell'anzianità di servizio in genere, non riverbera alcun effetto sul trattamento di fine rapporto<sup>323</sup>. Infine è il caso di ricordare come un decreto ministeriale abbia previsto un periodo transitorio, preliminare alla cessazione dell'obbligo di leva, durante il quale è possibile ottenere la dispensa dimostrando la concreta possibilità di un'assunzione che richieda, tuttavia, il già avvenuto adempimento dell'obbligo di leva<sup>324</sup>.

Posto che, come detto, nella realtà potranno verificarsi, *de futuro*, solo casi di *volontari in ferma prefissata* e *volontari in servizio permanente*, concretamente i problemi emersi in passato non sembrano potersi ripresentare. In effetti si è detto all'inizio che la peculiarità di questi casi di sospensione, come affermato anche da dottrina autorevole<sup>325</sup>, consiste nella sua dipendenza da un obbligo giuridico, come desumibile dall'art. 52 Cost.; al punto che si è parlato, come già riferito, di un caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa per *factum principis*. Ebbene oggi, per definizione, l'eventuale servizio militare dipende esclusivamente dalla volontà del cittadino ovvero del lavoratore, il quale si assume anticipatamente le responsabilità che questa scelta può svolgere sul proprio, se esistente, rapporto di lavoro. A dire il vero, si tratterebbe, piuttosto e più semplicemente, di un caso di cambiamento

<sup>322</sup> Sul trattamento contributivo nel rapporto di apprendistato v. Cass., sez. lav., 19 dicembre 2000, n. 15915, per cui non può tenersi conto del periodo corrispondente al tempo trascorso in servizio militare di leva, mentre deve tenersi conto del periodo di assenza per ferie (nella specie, la suprema corte ha cassato la sentenza impugnata che aveva affermato che dalla durata del rapporto di apprendistato vanno esclusi tutti i periodi in cui il lavoratore non è presente in azienda, considerando indifferente che la causa dell'assenza sia collegata a malattia, servizio militare o ferie). Sempre sull'apprendistato v. anche Trib. Forlì, 22 giugno 2000, per la quale la sospensione del rapporto di apprendistato e il differimento della scadenza si verificano ogni qualvolta specifiche circostanze, quali la malattia, l'infortunio, il servizio militare impediscano temporaneamente quell'addestramento professionale che ne costituisce la finalità essenziale; tale effetto interruttivo ricorre anche nell'ipotesi, che è quella del caso di specie, di sospensione consensuale del rapporto di apprendistato per inattività aziendale derivante da mancanza di commesse; pertanto ai fini del computo della durata complessiva del rapporto di apprendistato e dei relativi contributi assicurativi occorre detrarre i periodi di oggettivo impedimento all'addestramento professionale.

<sup>323</sup> Da ultimo C. cost. 11 giugno 1990, n. 5660, in *Mass. giur. lav.*, 1990, suppl., p. 95.

<sup>324</sup> Decr. Min. Difesa, 30 luglio 1001. V. sul punto Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2004, n. 3112, che, in materia di dispensa dal servizio militare di leva, ritiene che l'espressione «enti pubblici o privati» contenuta nel d.m. 16 ottobre 2000, come integrata dal d.m. 30 luglio 2001, includa – al pari di quella contenuta nel d.p.c.m. 9 febbraio 2001, riguardante gli obiettori di coscienza – anche le offerte di lavoro provenienti da ditta individuale; e Cons. Stato [ord. cautelare], sez. IV, 5 novembre 2002, n. 4818, per cui l'art. 9, c. 1°, l. n. 230/1998 e l'art. 2, c. 1°, d.p.c.m. 9 febbraio 2001 in combinato disposto – secondo cui è da concedere la dispensa all'obiettore di coscienza selezionato da enti pubblici e privati per l'assunzione ad un posto di lavoro per il quale è richiesto l'adempimento degli obblighi di leva – vanno interpretati nel senso che le offerte di lavoro possano provenire anche da imprese o esercizi professionali di cui siano titolari delle persone fisiche.

<sup>325</sup> M. DELL'OLIO, *Sospensione*, cit., p. 40.

del rapporto di lavoro, considerato che anche quello relativo alla ferma, sia essa prefissata o permanente, costituisce un rapporto di durata, assimilabile ad un rapporto di lavoro, o meglio di impiego secondo le indicazioni di cui al d.lgs. n. 165/2001<sup>326</sup>.

Scendendo più nel dettaglio, infine, è il caso di rammentare che la fattispecie della sospensione del rapporto per servizio militare è stata applicata, ai sensi della l. n. 230/1998, agli *obiettori di coscienza*, con una tutela, seppure demidiata, nei confronti di tali soggetti i quali, durante lo svolgimento del servizio «civile», non potevano precedentemente assumere impieghi o uffici pubblici o privati o iniziare attività professionali a pena di «reclusione». Gli obiettori, così individuati, hanno diritto alla stessa paga dei militari di leva ma soprattutto, ciò che più conta, al computo di tale periodo ai fini della anzianità lavorativa utile al trattamento previdenziale nel settore pubblico e privato.

Da quest'ultimo punto di vista giova ricordare come i periodi di servizio militare ed assimilati, obbligatori o volontari, purché effettivi, siano riconosciuti utili per le assicurazioni sociali e in particolar modo per quanto attiene il diritto e la misura delle pensioni (dirette e indirette) erogabili dal Fondo pensioni lavoratori dipendenti. Agisce qui l'ormai tradizionale meccanismo dell'accredito di contributi figurativi, salvo il caso di detenzione per rifiuto di prestare servizio militare<sup>327</sup>. Ciò purché i periodi *de quibus* non risultino coperti da altra contribuzione nell'assicurazione Ivs, sia stato versato almeno un contributo utile per la medesima assicurazione Ivs e che il servizio militare o il periodo di servizio equiparato non sia già computato per un trattamento pensionistico a carico dello Stato o di altri enti pubblici, o a carico di altra forma previdenziale costitutiva, esclusiva o esonerativa dell'assicurazione generale per Ivs<sup>328</sup>. Per quel che attiene il settore pubblico, tuttavia, si deve precisare che l'art. 1, l. n. 274/1992, in tema di trattamento di quiescenza a favore degli iscritti alle casse degli Istituti di previdenza presso il Ministero del tesoro, ha considerato i periodi di servizio militare di leva e quelli sostitutivi ed equiparati computabili, *a domanda*, a meno che quegli stessi servizi non siano già stati utilizzati ai fini della liquidazione di assegni di quiescenza a carico dello Stato o altri enti ovvero siano altrimenti utili a fini pensionistici<sup>329</sup>.

### 13.3. Sospensioni e lavoro pubblico: ancora delle peculiarità

Tale inciso ci introduce pressoché senza soluzioni di continuità, alla necessaria considerazione delle persistenti, e più generali, differenze tra il regime privato e

<sup>326</sup> In proposito A. TURSI, *L'ambito di applicazione della riforma: categorie ed amministrazioni escluse dalla privatizzazione del rapporto di lavoro*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, diretto da F. Carinci, vol. I, Torino, 2004, p. 37 ss.

<sup>327</sup> Così Mess. INPS, 21 febbraio 2005, n. 6033.

<sup>328</sup> Cfr. da ultimo, M. SQUAGLIA, *Sospensione della prestazione lavorativa e diritti dei lavoratori*, Torino, 2006, p. 217 ss.

<sup>329</sup> *Op. ult. cit.*, p. 218.

delle volte a margine di questioni più complesse, come gli ambiti ed i limiti di intervento della cassa integrazione guadagni, il concetto di impossibilità sopravvenuta e, come ovvio, gli spazi dell'autonomia contrattuale, collettiva e individuale, in tema.

Così, una volta chiarito che lo stesso termine «sospensione convenzionale o consensuale» deriva da non recente dottrina<sup>332</sup> e può essere ritenuta una vicenda modificativa del rapporto di lavoro, «non riconducibile a un evento per così dire esterno, individuato dal legislatore, bensì a una concorde volontà delle parti interessate», si tratta di verificare come, in giurisprudenza, tale istituto sia stato letto accanto a tematiche, si è già detto, parallele e rilevanti. Invero, oramai pacificamente in tema di integrazione salariale la giurisprudenza ritiene che l'obbligo retributivo del datore di lavoro resti sospeso solo a far tempo dalla data di decorrenza degli effetti del provvedimento amministrativo autorizzativo; nel medio periodo tra la richiesta e la effettiva concessione del trattamento integrativo, dunque, rimane ben vivo l'obbligo per l'imprenditore al pagamento della intera retribuzione, ovvero nella prassi dell'importo più ridotto sulla misura del futuro trattamento integrativo<sup>333</sup>.

Tale regola di «riemersione» delle regole codicistiche sembra incontrare solo due eccezioni, date dalla presenza di una vera e propria impossibilità sopravvenuta della prestazione non imputabile al datore di lavoro, ovvero dal fatto che le parti medesime abbiano convenuto una sospensione e della prestazione retribuita e della retribuzione corrispondente.

Anche sul punto, i giudici risultano orientati in modo deciso su due diversi piani, attirandosi tuttavia le critiche di parte della dottrina: da un lato, infatti, essi si utilizzano in proposito una nozione piuttosto rigida e rigorosa di impossibilità oggettiva sopravvenuta della prestazione; dall'altro gli stessi giudici approdano ad una nozione invece flessibile dei requisiti mediante i quali ritenere sussistente un accordo, sia esso collettivo o individuale, sul punto della sospensione della prestazione e, di conseguenza, dell'obbligo retributivo. Con il corollario, piuttosto ovvio, di una lettura altrettanto «degegera» del limite della indisponibilità dei diritti retributivi coinvolti da tali operazioni, pertanto non coperti dall'art. 1418 in primo luogo e dall'art. 2113 c.c. in seconda battuta<sup>334</sup>; e di una specifica col-

<sup>332</sup> L. RIVA SANSEVERINO, *Sospensione del rapporto di lavoro e computo dell'anzianità*, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 254.

<sup>333</sup> Costi Cass., Sez. Un., 20 giugno 2987, n. 5454, *Ciur. it.*, 1987, I, 1, c. 1, con nota di M. MISCIONE.

<sup>334</sup> V. la puntuale nota di M. BRICOLLO a Cass. n. 2801/1996, *La sospensione dell'obbligazione retribuita per fatto del datore fra impossibilità oggettiva e autonomia contrattuale*, in *Riv. giur. lav.*, 1996, II, p. 235; e ivi pure utili richiami giurisprudenziali e dottrinali, tra i quali ultimi occorre segnalare i classici, G. CHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965; E. GHERA-F. LISO, *Mora del creditore (diritto del lavoro)*, in *Enc. dir. lav.*, XXVI, Milano, 1976. Più di recente E. BALLETTI, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Padova, 1990; L. ZOPPOLA, *La mora del creditore nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991, p. 1992; V. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari, 1992. Sul piano più strettamente processuale va ricordato che la Cassazione (4 mag-

quello «pubblico» delle sospensioni del rapporto di lavoro, nonostante l'opera di «contrattualizzazione intervenuta dal 1993 ad oggi. In effetti nel lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche le fattispecie sospensive di cui si è detto non trovano la propria disciplina negli artt. 2110 e 2111 c.c. bensì nella normativa speciale e, in primo luogo, nel r.d.l. n. 1825/1924, successivamente sostituito dal d.p.r. n. 3/1957, ovvero il testo unico sull'impiego pubblico.

In tali normative si rinviene una disciplina fortemente pubblicizzata, come ovvio, anche degli eventi sospensivi della prestazione lavorativa, incentrata su un trattamento di tutela in caso di infortunio, malattia, gravidanza o puerperio con riguardo al periodo fertile, al periodo di preavviso, alla misura dell'indennità sostitutiva del preavviso e dell'indennità di anzianità in caso di cessazione del rapporto. Insomma, tutto ciò che, specularmente, viene assicurato al lavoratore del settore privato dalle norme codicistiche e dalle successive leggi speciali. Una disciplina, tuttavia, che sembra caratterizzarsi rispetto al lavoro privato prevalentemente con riguardo alla tutela (o copertura) previdenziale degli eventi qui analizzati, laddove nel settore pubblico a differenza di quello privato è stata ammessa dalla citata l. n. 274/1991 e quindi dal d.lgs. n. 564/1996 la contribuzione figurativa in soli tre casi: maternità, servizio militare di leva, aspettative non retribuite per cariche pubbliche elettive e sindacali.

Questa limitazione dell'ambito di tutela previdenziale trova giustificazione, di regola, nella natura dei soggetti chiamati al versamento di retribuzione e contribuzione, ovvero l'ente pubblico o l'amministrazione, senza alcun intervento dell'ente previdenziale<sup>330</sup>.

#### 14. Le aspettative per motivi sindacali (rinvio)

Sulle aspettative per motivi sindacali si rinvia alla trattazione in tema di *Diritti sindacali*, volume I, capitolo II, §§ 19 e 20.

#### 15. La sospensione consensuale

L'argomento della sospensione consensuale (o convenzionale) non è stato particolarmente sviscerato dalla recente dottrina, laddove esso, invece, è stato prevalentemente affrontato in sede giurisprudenziale, e pure non recentemente<sup>331</sup>, il più

<sup>330</sup> Costi, recentemente, M. SQUACIA, *Sospensione*, cit., p. 22.

<sup>331</sup> Se si eccettua Trib. Treviso, 1° giugno 2004, in *Riv. giur. lav. veneto*, 2005, 2, p. 109, secondo la quale, stante la validità del patto tra datore e lavoratore circa la sospensione concordata del lavoro, il diritto alla retribuzione permane in capo al lavoratore solo in caso di sospensione temporanea per motivi atinenti all'organizzazione produttiva, «ove il lavoratore abbia provveduto ad offrire ritualmente e tempestivamente la propria prestazione lavorativa», seguendo così la linea tracciata, dieci anni prima, dai giudici supremi.

locazione della *mora credendi* di origine civilistica nell'ambito del contratto di lavoro.

Quanto alla tipologia di accordi, legittimati come appena detto da un lato a derogare alle regole civilistiche in tema di impossibilità della prestazione, dall'altro a ribadire, evidentemente, quelle in tema di corresponsività del contratto di lavoro<sup>335</sup>, è opportuno precisare che può trattarsi di accordi in sede sindacale ovvero individuali, in ogni caso fondati sul principio dell'autonomia privata di cui all'art. 1322, c. 2°, c.c., ove tesa a soddisfare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, in primo luogo di carattere familiare ovvero, nella maggior parte dei casi, «integrativo» di tipiche ipotesi di sospensione<sup>336</sup>. Ciò che conta, tuttavia, è la partecipazione effettiva dei lavoratori coinvolti, sebbene in proposito, pur non soffermandosi la giurisprudenza sulla questione delicata del potere dispositivo del sindacato<sup>337</sup>, si debba precisare che non appare richiesta una forma scritta dell'accordo medesimo bensì solo una accettazione del medesimo in forma anche tacita da parte dei lavoratori; ferma restando la prioritaria via di una adesione formale e *uti singulus* di ciascun lavoratore al quale la sospensione della prestazione lavorativa (e del diritto alla retribuzione) trova applicazione<sup>338</sup>. Manifestazioni di volontà, dunque, non equivoche, tese a sospendere in una sola volta la prestazione lavorativa e il corrispondente obbligo retributivo, anche se rilasciate successivamente, per ratifica dell'operato delle organizzazioni sindacali in sede di contrattazione collettiva<sup>339</sup>.

gio 1990, n. 3698) ha ritenuto l'affermazione da parte dei lavoratori del carattere concordato della sospensione del rapporto, nelle more del procedimento di concessione della Cig, come «eccezione in senso stretto», posto che la sospensione medesima si atteggia quale «fatto impeditivo dell'esercizio del diritto alla pretesa retributiva». La stessa Cassazione (11 novembre 1996, n. 3370) ha deciso circa la riconoscibilità, in capo al lavoratore il cui rapporto è stato sospeso consensualmente della rivalutazione sulle somme corrisposte a titolo di integrazione retributiva, ma non degli interessi legali per tutto il periodo della sospensione, ex art. 429, c. 3°, c.p.c.

<sup>335</sup> Cfr. M. BROLLO, op. ult. cit., e in giurisprudenza Cass. 19 luglio 1994, n. 6723, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 571, con nota di A. PIZZOFERRATO. In proposito appare opportuno richiamare anche l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato che, in tema di intervalli lavorativi tra ripetute assunzioni a termine, da intendersi appunto come sospensione consensuale del rapporto, ritiene tali spazi temporali non computabili ai fini del calcolo dell'anzianità lavorativa e non implicano il diritto alla retribuzione: v. ad es. Cass. 19 luglio 1994, n. 6723.

<sup>336</sup> T. RENZI, *Le ipotesi tradizionali di sospensione*, in *Diritto del lavoro*, diretto da F. Carinci, vol. II, a cura di M. MISCIONE, Milano, 1998, p. 1137.

<sup>337</sup> Su cui per tutti G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva*, Milano, 1994, p. 167 ss.; V. LECCESE, *Transazioni collettive e disposizione dei diritti del lavoratore*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 223 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Padova, 1990; e pure G. ZILIO GRANDI, *La retribuzione. Fonti, struttura, funzioni*, Napoli, 1996, cap. II.

<sup>338</sup> V. alcuni utili riferimenti giurisprudenziali in M. BROLLO, op. cit.

<sup>339</sup> Cass. 28 marzo 1996, 2801, in *Dir. lav.*, 1996, II, e già Cass. 28 luglio 1995, n. 8269, *ivi*, cit.

## 16. Altre fattispecie di sospensione: cenni e rinvio

### 16.1. I congedi legati ai casi di disabilità

Come accennato, i casi e le fattispecie sospensive nelle quali il legislatore ha ritenuto di intervenire a tutela dei lavoratori sono aumentate a dismisura negli ultimi anni.

La tendenza è stata quella di far proliferare, in verità sin troppo come sostenuto da autorevole dottrina, i casi nei quali nel rapporto tra esigenze personali del lavoratore ed esigenze dell'impresa queste ultime cedono il passo alle prime. Questo, si è già detto, anche in virtù di una lettura ampia delle norme costituzionali rilevanti in materia e in primo luogo della «infiltrazione» nelle dinamiche del contratto di lavoro di sempre più intensi valori legati alla persona del lavoratore.

Così, è innegabile che in questa categoria di casi possa farsi rientrare la previsione legislativa per la quale da un lato è tutelato il lavoratore portatore di handicap, dall'altro il lavoratore *stricto sensu* chiamato ad accudire un congiunto a sua volta diversamente abile.

Nel primo caso vengono in rilievo norme peculiari in tema di permessi ad ore o a giorni, da utilizzare in via alternativa (art. 33, c. 6°, l. n. 104/1002 e ora art. 19, l. n. 53/2000), fermo restando il diritto «a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio». Inoltre, a differenza di una qualunque lavoratore subordinato, cui risulta applicabile *sic et simpliciter* l'art. 2103 c.c., al lavoratore portatore di handicap non può essere imposto un trasferimento di sede, che richiede invero sempre il suo consenso.

Va da sé che requisiti essenziali per il godimento di tali prerogative sono la presenza di un handicap grave come individuato dall'art. 3, c. 3°, l. n. 104/1992 e, ovviamente, che il soggetto non risulti ricoverato presso strutture ospedaliere o case di cura convenzionate o private.

Una tutela analoga è concessa al caso, simile, dei mutilati e invalidi civili ai quali il d.lgs. n. 309/1988 attribuisce oggi il diritto ad un congedo straordinario per cure, non superiore ai trenta giorni, su richiesta, per coloro che risultano ridotti del 50% della propria attitudine lavorativa<sup>340</sup>.

Venendo alla tutela assegnata dall'ordinamento al lavoratore che abbia per così dire «in carico» un congiunto (*rectius* un figlio o un convivente) portatore di handicap, vanno rapidamente menzionate le specifiche normative in tema di *riposi giornalieri e mensili*, il *prolungamento dell'astensione facoltativa*, il *congedo straordinario* e (di nuovo) il *diritto di scelta della sede di lavoro*.

Quanto ai *riposi orari giornalieri*, gli artt. 4 e 20 della l. n. 53/2000 prima e l'art. 42, d.lgs. n. 165/2001 poi prevedono il diritto a due ore di riposo giornaliero retribuito, laddove sussista una situazione di gravità e il bambino non abbia compiuto

<sup>340</sup> V. M. SQUAGLIA, *Sospensioni*, cit., p. 187 ss., che affronta anche il problema della disciplina e tutela previdenziale di tali ipotesi di sospensione della prestazione.

retribuzione annua di € 36.151,98; buona parte di tali diritti, poi, è assicurata solo in caso di datori di lavoro privati ed il congedo straordinario, stante anche il nome, si pone inoltre in una situazione di incompatibilità sia per il coniuge che ne usufruisce che dell'altro.

Infine, il diritto alla scelta della sede di lavoro opera indipendentemente dalla conoscenza che il datore di lavoro ha della situazione familiare del lavoratore e altresì del numero di persone che assistono il disabile; allo stesso modo non è di regola richiesto il requisito della convivenza, salvi in sporadici casi<sup>345</sup>. L'elemento centrale appare quello della «possibilità» per così dire oggettiva («ove possibile») per l'impresa di favorire tale soluzione, giacché ad esso la giurisprudenza concede un'interpretazione piuttosto rigorosa e restrittiva, specie laddove ciò comporti un pregiudizio per la collettività<sup>346</sup>. Va da sé che tale diritto spetterà tanto al momento della costituzione del rapporto quanto durante il suo svolgimento nel caso tramutandosi in un diritto al trasferimento di sede conseguente, una volta rilevata la disponibilità di posti di lavoro utili<sup>347</sup>. Mentre è apparso necessario prevedere che il medesimo diritto debba trovare fondamento in una reale necessità di assistenza continua ad un grave handicap, quantificata dalle norme in una disabilità superiore al 2/3 ovvero in minorazioni particolari<sup>348</sup>.

## 16.2. Il congedo matrimoniale

Come noto, una delle fattispecie più frequenti di incontro tra interesse dell'impresa e interessi dei lavoratori riguarda un evento particolare, costituito dal matrimonio del lavoratore subordinato. Ad esso l'ordinamento giuristavoristico, ma non la Carta costituzionale<sup>349</sup>, attribuisce un certo rilievo sia sul piano della tutela nei confronti delle dimissioni della lavoratrice che abbia contratto matrimonio, sia su quello, diverso ma rispondente ad analogo ratio, di una legittima causa di sospensione del rapporto di lavoro in corso per consentire al lavoratore medesimo il godimento di un congedo, appunto, matrimoniale<sup>350</sup>. Si parla, in proposito, di con-

<sup>345</sup> Cfr. Trib. Modica, 12 luglio 2000, in *Dir. lav.*, 2001, II, p. 48.

<sup>346</sup> Cass. 29 agosto 2002, n. 12692.

<sup>347</sup> Pret. Milano, 10 luglio 1995, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, p. 977.

<sup>348</sup> Sul punto C. cost. 18 luglio 1997, n. 246, in *Giust. civ.*, 1997, I, c. 2348; ulteriori riferimenti in M. Squaglia, *op. loc. cit.*

<sup>349</sup> Tuttavia si richiamano spesso quali principi significativi in materia gli artt. 29, c. 1° e 31, c. 1° Cost.

<sup>350</sup> Sulla nullità di una clausola collettiva che preveda il licenziamento della dipendente che abbia omesso di concordare con il datore il periodo del congedo matrimoniale v. Cass. 3 gennaio 1984, n. 10, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 1292. V. anche Trib. Padova, 9 maggio 2000, in *Dir. lav.*, II, p. 261, che conferma l'orientamento per il quale la tutela riguarda solo le lavoratrici e non i lavoratori di sesso maschile, in evidente connessione con le possibili ripercussioni aziendali di una successiva maternità (sici). Altrettanto nulle, come noto, debbono considerarsi le clausole c.d. di nubilato a carico delle lavoratrici.

tre anni<sup>341</sup>. Tale prerogativa si pone come alternativa tra i coniugi e altresì nei confronti del prolungamento del periodo di congedo parentale (su cui *supra*, § 11), mentre può assommarsi ai permessi richiesti in caso di malattia del bambino con meno di tre anni, e con le assenze dal lavoro per malattia di ogni figlio di età compresa fra tre e otto anni, nei limiti di cinque giorni annui.

La legge prevede anche dei *riposi di permesso mensile*, da utilizzare tra i tre e i dodici anni di età del minore portatore di handicap, parti a tre giorni e rispetto al congedo parentale; sebbene in giurisprudenza si diano dei casi non proprio positivi nei quali si è escluso il diritto nei confronti del coniuge che sia unico lavoratore subordinato nella copia<sup>342</sup>. E anche qui sono previsti i requisiti sopra menzionati. Una distinzione da rimarcare posta dalla legge riguarda infine i portatori di handicap con meno o più di diciotto anni di età, specie con riguardo ai familiari ammessi alla richiesta di tali permessi, con una evidente scelta estensiva. I giorni di cui si è detto sono no considerati utili ai fini della anzianità di servizio e, dunque, del computo delle ferie, del calcolo della tredicesima e di quello della quattordicesima mensilità.

Sul prolungamento dell'astensione facoltativa (o congedo parentale), basti, per il resto rinviare alla trattazione generale della materia (§ 11), riferire che la legge prevede la facoltà per il genitore di richiedere un prolungamento del suddetto periodo fino a tre anni<sup>343</sup>. Tale periodo decorrerà dal termine del periodo corrispondente alla durata massima del congedo parentale e comporterà la solita contribuzione figurativa piena con contestuale diritto ad una indennità pari al 30% della re-

tribuzione per l'intero periodo.

Il congedo straordinario è ora disciplinato dall'art. 42, c. 5° d.lgs. n. 151/2001, e consiste in un congedo non superiore a due anni, con l'unico requisito del riconoscimento della situazione di gravità da parte delle commissioni mediche costituite presso le Asl. Tale beneficio, che si distingue da quelli legati a gravi e documentati motivi familiari, si caratterizza rispetto a quelli anche per il fatto di non comportare il computo del periodo relativo ai fini dell'anzianità di servizio a fini previdenziali. La Corte costituzionale, intervenuta di recente in proposito<sup>344</sup>, ha ritenuto di estendere la tutela accordata anche agli ascendenti e ai fratelli o sorelle del soggetto portatore di handicap, nel caso di genitori deceduti, ai fratelli e sorelle nel caso di genitori invece totalmente invalidi e privi di autonomia.

Al soggetto cui è assicurata tale prerogativa spetterà, infine, di una indennità pari all'ultima retribuzione percepita nell'ultimo mese di lavoro, nei limiti di una

<sup>341</sup> Sul punto v. Cass. 17 agosto 1998, n. 8068, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 490, che ha ritenuto necessario l'intervento, ai fini del riconoscimento della situazione di gravità, delle commissioni mediche già previste e indicare nella l. n. 104/1992.

<sup>342</sup> Cfr. Pret. Bari, 7 giugno 1996, in *Lav. giur.*, 1997, p. 907. Per altro verso si è esclusa la necessità che il lavoratore sia l'unica persona in grado di assistere il minore (Trib. Parma, 17 maggio 2000).

<sup>343</sup> Cfr. art. 33, d.lgs. n. 151/2001.

<sup>344</sup> C. cost. 16 giugno 2005, n. 233.



gedo straordinario, non eccedente i quindici giorni, non a caso previsto originariamente solo a favore degli impiegati ed esteso alla categoria operaia solo nel 1941, con un contratto collettivo corporativo.

Il primo elemento da sottolineare è che i compensi garantiti al lavoratore a copertura del periodo di assenza dal lavoro sono posti a carico del datore di lavoro: una sorta, dunque, di permesso retribuito. Analogamente, nel lavoro privato ma anche in quello pubblico contrattualizzato sono ancor oggi i contratti collettivi ad occuparsi puntualmente della materia, a conferma del carattere peculiare dell'istituto<sup>351</sup>. Una ulteriore peculiarità è data dal fatto che il solo matrimonio religioso non consente il godimento di tale diritto, posto che è necessario un matrimonio civile ovvero concordatario.

### 16.3. L'aspettativa e i permessi per funzioni pubbliche elettive: cenni

L'art. 31 St. lav. riconosce al lavoratore che venga eletto al parlamento nazionale, ovvero a quello europeo, ad assemblee regionali, ovvero che sia chiamato ad altre funzioni pubbliche elettive la facoltà di richiedere il collocamento in aspettativa non retribuita, per l'intera durata del mandato. Tale beneficio è poi esteso anche ai lavoratori chiamati a ricoprire cariche sindacali provinciali e nazionali (*supra* § 14, e ivi il rinvio). Tale normativa, a seguito di modifiche successive, date in particolare dalle l. n. 816/1985 che regolamenta analoghe fattispecie relative a cariche elettive provinciali e comunali<sup>352</sup>, trova fondamento nell'art. 51, c. 3°, Cost. e invero già nel precedente c. 1° del medesimo articolo<sup>353</sup>. A tale stregua esso viene qualificato come diritto potestativo, e come tale esercitabile nel momento in cui il lavoratore ritiene utile farlo, senza alcun termine di decadenza.

Quanto all'ambito di applicazione della norma di cui all'art. 31 St. lav., evidentemente non limitata ai datori di lavoro «imprenditori», si è discusso molto, giungendosi poi alla soluzione più estensiva, circa l'applicazione del principio ai lavoratori dipendenti da enti pubblici economici; in particolare era posta, specie in dottrina, in dubbio l'applicazione del diritto alla retribuzione in costanza di aspettativa.

Altro tema di discussione è dato dalla sorte della anzianità di servizio durante i periodi di aspettativa, in assenza di specifiche regole contrattuali. In effetti a fronte di un orientamento per il quale, anche di recente, l'anzianità non dovrebbe esse-

<sup>351</sup> Per alcune note di dettaglio v. da ultimo M. SQUAGLIA, *op. cit.*, pp. 223-227.

<sup>352</sup> Ma v. anche il d.lgs. n. 29/1993, la l. n. 265/1999 e soprattutto il d.lgs. n. 267/2000. Ma già l'art. 32 St. lav., per il quale «i lavoratori eletti alla carica di consigliere comunale o provinciale che non chiedano di essere collocati in aspettativa, a loro richiesta, possono essere autorizzati ad assentarsi dal servizio per il tempo strettamente necessario all'espletamento del mandato, senza alcuna decurtazione della retribuzione». E ancora che «i lavoratori eletti alla carica di sindaco o di assessore comunale, ovvero di presidente di giunta provinciale o di assessore provinciale, hanno diritto anche a permessi non retribuiti per un minimo di trenta ore mensili».

<sup>353</sup> Così per tutti R. SANTUCCI, *Le cause*, cit., p. 228.

re sacrificata in tali ipotesi e a nessun fine, perdendosi così la sola retribuzione. Si deve menzionare anche quella prospettiva per la quale il lavoratore avrebbe perduto in tali periodi quantomeno il diritto agli scatti di anzianità, ma non, neppure per tale orientamento, il diritto di vedersi computare tale periodo agli altri fini, utilizzando in proposito, mediante il procedimento analogico, il principio generale in tema di sospensione del rapporto della persistenza di tutti i diritti non incompatibili con la temporanea cessazione dell'attività lavorativa<sup>354</sup>.

La rara, e datata, giurisprudenza occupatasi del tema ha confermato l'impossibilità di un trattamento diverso, anche se previsto a livello collettivo, tra impiegati e operai<sup>355</sup>; ha ritenuto non differibile il congedo matrimoniale rispetto alla data delle nozze<sup>356</sup> e, per altro verso, ha considerato legittima la fruizione del permesso in un momento diverso e precisamente alla data del successivo matrimonio religioso. Sempre la giurisprudenza si è espressa con riguardo alla data di decorrenza del congedo, di norma indicata nella stessa data, seppure festiva, di contrazione del matrimonio<sup>357</sup>; ed anche sul discusso rapporto tra congedo matrimoniale e malattia, nel senso dell'assenza di un diritto al prolungamento del congedo medesimo (così pure del diritto alla retribuzione relativa ai giorni di congedo non goduti)<sup>358</sup>. Infine si ritiene che in caso il lavoratore esaurisca *ante tempus* il periodo di congedo, ad esso spetti la retribuzione per il periodo residuo, trattandosi di rinuncia a godimento del congedo e non alla remunerazione dovuta<sup>359</sup>.

### 16.4. Riposi, permessi, carcerazione preventiva ed altro ancora

Altre fattispecie, nelle quali si può, seppure in modo diverso, parlare di sospensione della prestazione lavorativa sono quelle, invero residuali, sulle quali è solo il caso di porre un accenno.

Premesso che, come detto, la dottrina si occupa tradizionalmente delle ipotesi di cui agli artt. 2110 e 2111 c.c., esistono invero casi nei quali comunque si produce una sospensione della prestazione lavorativa e, talora, della stessa controprestazione retributiva, con esiti diversi in termini di diritti dei lavoratori coinvolti.

<sup>354</sup> Ancora R. SANTUCCI, *op. cit.*, p. 234. In giurisprudenza v. Cass. 7 luglio 1992, n. 8245, e Cass. 27 maggio 1987, n. 4748, che fanno salve le disposizioni contrattuali che colleghino gli scatti di anzianità alla effettiva prestazione o al semplice decorso del tempo.

<sup>355</sup> Pret. Milano, 10 luglio 1985, in *Lav.* '80, 1986, p. 80.

<sup>356</sup> Trib. Milano, 22 aprile 1974, in *Not. giur. lav.*, 1975, p. 57; conf. Pret. Trieste, 10 marzo 1976, in *Orient. giur. lav.*, 1976, p. 408. In entrambi i casi la motivazione è ruotata attorno alla ratio dell'istituto, collegato direttamente ad un dato e specifico evento.

<sup>357</sup> Pret. Torino, 17 giugno 1980, ined. a quanto consta; *contra* tuttavia Cass. 24 aprile 1985, n. 3756, in *Mass. Giur. it.*, 1985.

<sup>358</sup> Pret. Milano, 17 luglio 1986, in *Orient. giur. lav.*, 1986, p. 1036, a differenza di quanto normalmente accade per la malattia insorta durante il godimento delle ferie: trova così conferma quanto accennato con riguardo alla mancata previsione e tutela costituzionale dell'istituto.

<sup>359</sup> Cass. 23 febbraio 1991, n. 1935, in *Mass. giur. lav.*, 1991, p. 230.



È il caso della *testimonianza* ovvero dell'esercizio delle *funzioni di giurato* di cui agli artt. 255 c.p.c. e 144 c.p., nel qual caso occorrerà fare riferimento, ove esistenti, alle disposizioni collettive. In ogni caso le disposizioni specifiche di cui al d.lgs. n. 115/2002 prevedono una serie di indennità a favore di tali soggetti, che siano o meno lavoratori subordinati. Ma nel caso si tratti di lavoratori subordinati a tale disciplina deve aggiungersi quella, di evidente derivazione interpretativa, per la quale al dipendente privato e pubblico chiamato a tali obblighi (perché di questo si tratta) compete un permesso retribuito, con diritto dunque alla conservazione del posto e del reddito<sup>360</sup>.

Nel caso di partecipazione a riunioni delle *Commissioni per l'impiego* di cui all'art. 6, c. 2°, l. n. 56/1987, poi abrogate nel 2002, e della *Commissione per l'attuazione del principio di parità* di cui alla l. n. 125/1991, tuttora invece esistente, erano e sono ancora previsti appositi gettoni giornalieri di presenza, nel primo caso, e permessi non retribuiti, nel secondo.

Diversi ma nei fatti più significativi sono invece i *permessi brevi soggetti a recupero*, quelli *non retribuiti* e altri, residuali, *permessi retribuiti*, tutti caratterizzanti per la loro previsione in sede esclusivamente collettiva, e in particolare nel settore pubblico «contrattualizzato»<sup>361</sup>. Si tratta di permessi richiedibili per esigenze personali, retribuiti o meno a seconda delle previsioni del contratto collettivo, che consentono in sostanza uno stato di quiescenza dell'obbligo di svolgere l'attività lavorativa, e ai quali non può seguire altra conseguenza che la perdita della retribuzione, laddove si tratti di permessi non retribuiti. Pertanto durante tali periodi maturerà l'anzianità di servizio ma non le ferie, mentre la eventuale mancata retribuzione svolgerà i propri effetti sul piano delle mensilità aggiuntive e si ritiene anche del trattamento di fine rapporto.

Ancor più particolari, e regolati direttamente dal legislatore, sono i permessi concessi a *compenso delle festività soppresse* di cui alla l. n. 54/1977 e del d.p.r. n. 792/1985, nonché quelli stabiliti a titolo di *riduzione dell'orario di lavoro annuo*, da considerarsi nella logica di riduzione dell'orario di lavoro affermatasi prima del recente d.lgs. n. 66/2003.

Sullo stesso piano possono essere considerate le aspettative per motivi di famiglia o per esigenze personali, a loro volta non previste direttamente dalla legge se si eccettua la vecchia disposizione di cui agli artt. 66, 69 e 70, d.p.r. n. 3/1957, allora non computabile ai fini del trattamento di quiescenza in quanto priva dell'interesse pubblico che, in quel contesto, si riteneva invece necessario. A tale previsione hanno fatto seguito, come noto, le specifiche, ed eventuali, previsioni dei contratti collettivi di comparto, come ad esempio l'art. 5 del c.c.n.l. 14 febbraio 2001 per gli enti pubblici non economici, ove è prevista una apposita disciplina delle aspettative per esigenze personali o di famiglia.

<sup>360</sup> Da ultimo M. SQUAGLIA, *op. cit.*, p. 265.

<sup>361</sup> V. ad es. i c.c.n.l. per il comparto Ministeri e quello per il comparto Sanità; *amplius* M. SQUAGLIA, *op. cit.*, p. 266 ss.

Infine, vi sono altre ipotesi – identificate puntigliosamente dalla dottrina – nelle quali si verifica una sospensione della prestazione lavorativa. Esse non risultano regolate dalla legge e dalla contrattazione collettiva ma necessitano di una qualche, seppure ridotta, considerazione, per ragioni di completezza della trattazione.

Un primo gruppo di casi può collocarsi intorno all'esercizio di funzioni in ambito giudiziario. L'incarico di *giudice onorario* presso il Tribunale e presso la sezione di Corte d'appello per i minorenni, l'incarico di *componente esperto* presso il Tribunale di sorveglianza della Corte d'appello, la partecipazione alle sedute delle *Commissioni tributarie* provinciali e regionali, le funzioni di *giudice popolare* presso le Corti di assise e quelle di *magistrato onorario di Tribunale* e in qualità di *vice procuratore*, tutte queste ipotesi consistono evidentemente, ed in linea di principio, in una giustificata assenza del lavoratore. E tuttavia nel caso di partecipazione alle sedute delle *Commissioni tributarie* provinciali e regionali è la stessa legge a prevedere il diritto alla conservazione della normale retribuzione così come nei casi di cui all'art. 2110 c.c., mentre per le funzioni di giudice popolare occorre distinguere tra lavoro privato e «pubblico»<sup>362</sup>.

Infine, si debbono ricordare alcune fattispecie sospensive denominate «residuali» per particolari tipi di assenze, caratterizzati dal fatto di essere stati regolati da specifiche norme di legge, senza spazi ulteriori per la contrattazione collettiva.

È il caso dei riposi giornalieri attribuiti ai donatori di sangue dalla l. n. 584/1967, ai quali consegue il diritto dei lavoratori da un lato alla normale retribuzione per la giornata di riposo, determinata alla stregua di quanto avviene per le festività nazionali; dall'altro appunto a ventiquattro ore di riposo «a partire dal momento in cui il lavoratore si è assentato da lavoro». È evidente, in questo caso, l'equiparazione tra donatore e lavoratore malato<sup>363</sup>, anche se in verità il rimborso poi spettante ai datori di lavoro da parte dell'Istituto assicurativo vale anche nei casi in cui non è prevista una indennità in caso di malattia. Nel settore delle pubbliche amministrazioni la medesima assenza è considerata un riposo retribuito, dunque valida a tutti gli effetti giuridici e economici.

Considerazioni analoghe possono farsi con riguardo ai permessi retribuiti previsti a favore dei donatori di midollo osseo, ma solo a seguito della approvazione della l. n. 52/2001, con conseguente accredito figurativo dei contributi previdenziali, *ex art.* 8, l. n. 155/1981.

Diverso si presenta invece il caso della carcerazione preventiva sino alla sentenza definitiva, non considerata come noto dall'art. 2110 c.c. per questo motivo censurato sotto il profilo della legittimità costituzionale<sup>364</sup>. Ne è conseguita una interpretazione dei giudici di legittimità tesa a ritenere legittima la perdita, in tali casi,

<sup>362</sup> *Amplius* di recente M. SQUAGLIA, *op. cit.*, p. 281 ss.

<sup>363</sup> R. DEL PUNTA, *Cause di sospensione della prestazione lavorativa*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2000.

<sup>364</sup> Cfr. C. cost. 5 aprile 1984, n. 90, in *Giur. cost.*, 1984, I, p. 509, che peraltro esclude l'illegittimità della norma codicistica.



del diritto alla retribuzione, almeno nei casi di lavoro «privato» nei quali si potrà, al limite, giungere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo<sup>365</sup>.

Per altro verso per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni la materia è disciplinata *sub specie* di *sospensione cautelare obbligatoria*, ipotesi tesa ad allontanare il lavoratore dal servizio in funzione della regolarità e funzionamento degli uffici e del prestigio dell'amministrazione. Essa è facoltativa o obbligatoria, e deve comunque essere preceduta, ex art. 7, l. n. 241/1990, da apposita comunicazione dell'amministrazione di appartenenza. Con la l. n. 19/1990 si è prevista la revoca di diritto della sospensione, sia facoltativa che obbligatoria, una volta trascorsi cinque anni dal suo inizio, o più esattamente dal momento dell'adozione del provvedimento di sospensione, pur proseguendo il procedimento disciplinare<sup>366</sup>.

Infine con la l. n. 350/2003, cui è seguita la l. n. 66/2004, si è disciplinato il reintegro in servizio, nella funzione o nell'impiego del dipendente prosciolto in sede di procedimento penale perché *il fatto non sussiste* o perché *l'imputato non lo ha commesso* o perché *il fatto non costituisce reato* o *non è previsto dalla legge come reato*. A domanda dell'interessato, dunque, è assicurata una tutela in verità differenziata temporalmente a seconda che la sentenza sia stata pronunciata nel quinquennio anteriore al 1° gennaio 2004, nel qual caso il dipendente ha diritto di richiedere il prolungamento o il ripristino del rapporto di impiego per un periodo pari a quello della durata complessiva della sospensione ingiustamente subita e con il medesimo trattamento giuridico ed economico cui avrebbe avuto diritto, con previsione poi di una facoltà in tal senso dell'amministrazione di appartenenza anche legata alla sussistenza di responsabilità disciplinari o contabili e carico del lavoratore.

Vanno ricordati altresì il caso del lavoratore in stato di tossicodipendenza o con familiari tossicodipendenti, con previsione di un'aspettativa senza assegno degli impiegati civili dello Stato e situazioni equiparate e previsione di un periodo di compenso che può in questi casi subire un'estensione<sup>367</sup>; quello dell' dipendente pubblico cui sono concessi permessi orari laddove essi si trovino in particolari condizioni psico-fisiche, quali handicap, alcolismo cronico o grave debilitazione psico-fisica cui consegua un trattamento di recupero e di riabilitazione<sup>368</sup>.

Scontata, da quanto detto, una situazione di tendenziale maggior tutela attribuita ai lavoratori dipendenti da amministrazioni pubbliche rispetto ai datori di la-

<sup>365</sup> In proposito deve in ogni caso richiamarsi l'art. 102 *bis* delle norme di attuazione del codice penale, introdotto con la l. n. 332/1995, secondo il quale chiunque sia stato sottoposto a custodia cautelare o arresti domiciliari e perciò licenziato, in caso di sentenza di assoluzione, proscioglimento o non luogo a procedere, ovvero di archiviazione, «ha diritto di essere reintegrato nel posto di lavoro»; il tutto, si intende, a prescindere dalla legittimità o meno del licenziamento a suo tempo intimato e altresì dal numero dei lavoratori occupati dall'impresa.

<sup>366</sup> Così M. SQUEGLIA, *op. cit.*, p. 297 ss. e ivi riferimenti giurisprudenziali.

<sup>367</sup> V. art. 99, l. n. 162/1990; in dottrina P. ICHINO, *Sui lavoratori tossicodipendenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 542; R. SANTUCCI, *Le cause*, cit.

<sup>368</sup> Cfr. il d.p.r. n. 44/1990 ma anche i c.c.n.l. del 2001 dei comparti Ministeri, Enti pubblici non economici, Sanità.

voro privati, restano da segnalare ipotesi ancor più residuali, eppure ricordate da recente dottrina: permessi per la vaccinazione antitetanica obbligatoria<sup>369</sup>, attività di protezione civile e operazioni di soccorso alpino e speleologico<sup>370</sup>, l'aspettativa (temporanea) ai fini del ricongiungimento al coniuge chiamato a prestare servizio all'estero<sup>371</sup>, l'aspettativa per lo svolgimento di attività presso soggetti e organismi operanti in sede internazionale<sup>372</sup>.

<sup>369</sup> D.p.r. n. 1301/1965.

<sup>370</sup> L. n. 363/1984, art. 11, e quindi d.p.r. n. 613/1994 e l. n. 266/1991, art. 11; ma anche le l. n. 162/1992, sul soccorso alpino e il d.m. n. 379/1994, sulla stessa materia.

<sup>371</sup> Cfr. l. n. 26/1980 e l. n. 333/1985, oltre a molti c.c.n.l. del settore pubblico.

<sup>372</sup> V. art. 23 *bis*, d.lgs. n. 151/2001, per le carriere diplomatica e prefettizia, ma anche i magistrati ordinari, amministrativi e contabili e gli avvocati dello Stato, ed altre categorie ancora, sostanzialmente quelle cui non è riferibile l'opera di contrattualizzazione del lavoro pubblico di cui al già cit. d.lgs. n. 165/2001.

