

19. Rientro al lavoro in serenità e diritti dei genitori

Elena Pasqualetto

Introduzione

La gestione della relazione lavorativa al rientro al lavoro, e cioè dopo che la lavoratrice o il lavoratore hanno usufruito dei diritti connessi alla genitorialità, è ad altissimo rischio di discriminazioni. Per questo motivo la normativa (di fonte sia legale che contrattuale collettiva) riconosce alcune specifiche tutele ai genitori, in un'ottica che potremmo definire anticipatoria, cioè di prevenzione, ma anche in vista di eventuali reazioni e interventi repressivi.

La serenità con cui specialmente la madre deve poter godere di quella delicata fase della sua vita che è connessa alla nascita di un figlio (con le evidenti ripercussioni sulla sua salute psicofisica) dipende invero direttamente dalle garanzie che l'ordinamento è in grado di fornire circa il fatto che tale evento non si traduca in un secondo momento in modifiche sostanziali e peggiorative del proprio ruolo nell'organizzazione lavorativa. Il riconoscimento del diritto della madre lavoratrice a vivere in modo sereno la maternità ha avuto peraltro un non più recente ma autorevolissimo riconoscimento nella nota sentenza dell'8 febbraio 1991, n. 61, con la quale la Corte costituzionale ha stabilito che il licenziamento della donna nel periodo di protezione non è semplicemente inefficace (e quindi sostanzialmente "sospeso"), ma radicalmente nullo. Solo in tal modo infatti, per la Corte, si evitano comportamenti datoriali "che possano turbare ingiustificatamente la condizione della donna ed alterare il suo equilibrio psicofisico, con serie ripercussioni sulla gestazione o, successivamente, sullo sviluppo del bambino".

Ciò premesso, per quanto riguarda le posizioni giuridiche collegate alla ripresa dell'attività lavorativa, si può iniziare ricordando come fra queste spicchi quello

che viene sinteticamente definito il "diritto al rientro", ma che è in realtà una fattispecie dai multiformi contenuti. Esso non costituisce inoltre, come accennato, l'unico nucleo di tutele. Altre importanti garanzie sono quelle che scaturiscono dalle norme sui lavori che sono preclusi alla lavoratrice che rientra dalla maternità e su quelli che non possono essere imposti ad entrambi i genitori con figli molto piccoli. Alcune previsioni riconoscono poi ai genitori (o a volte solo alla madre) il diritto di ottenere o di manifestare una preferenza per modalità lavorative ispirate a un'idea di *work-life balance*, come il *part-time* (magari combinato con il congedo parentale) e il lavoro agile. Il cerchio si chiude con le regole sui divieti di licenziamento connessi alla maternità e con la disciplina delle dimissioni rassegnabili nel corso del c.d. "periodo di protezione". Si tratta, per la maggior parte dei casi, di diritti scaturiti da regole di fonte legale, ma ad essi se ne possono affiancare alcuni di derivazione contrattuale collettiva, alcuni dei quali peraltro, come si vedrà, in parte assorbiti dalla normativa di legge.

Le regole in materia, dunque, non mancano, anche se è notorio che esse soffrono di un cronico difetto di effettività e non sono riuscite quindi, negli anni, a soffocare prassi abusive e/o discriminatorie, che non sempre peraltro sfociano in vere e proprie cause di lavoro. La giurisprudenza sul tema è dunque piuttosto scarsa, specie se messa in relazione con la narrazione diffusa che vede le donne che tornano al lavoro dopo la maternità fortemente penalizzate, sotto molteplici punti di vista. Il problema non sembra invece quasi sussistere per i genitori di sesso maschile, forse anche per la (anche in questo caso notoria) scarsa propensione degli stessi ad avvalersi delle forme di sospensione previste nel sistema giuslavoristico e ciò anche nei casi in cui, come si vedrà, la legge pone un obbligo a loro carico.

Il diritto al rientro

Come premesso, la normativa giuslavoristica, con riferimento al c.d. diritto al rientro al lavoro dopo la sospensione del rapporto dovuta alla genitorialità, si sforza di tutelare entrambi i genitori. Se infatti in prima linea c'è la madre (per innegabili ragioni biologiche legate alla gravidanza e alla maternità, intesa quest'ultima come evento che può incidere sulla sua salute*), anche il padre, in quanto titolare

* Il che non esclude che le tutele siano giustamente attribuite anche in caso di genitorialità non biologica, ed infatti il quarto comma dell'art. 56 del d.lgs. n. 151/2001 (che ora si analizzerà) prevede che le disposizioni ivi contemplate si applicano anche in caso di adozione e di affidamento. Il limite temporale diviene in tal caso quello dell'anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare.

di una serie di diritti legati al suo ruolo di genitore, è preso in adeguata considerazione per l'ipotesi in cui si sia avvalso di una delle diverse forme di sospensione dal lavoro che la normativa gli riconosce.

L'articolo di riferimento è quello di cui all'art. 56 del c.d. Testo Unico genitorialità (d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151), * rubricato "Diritto al rientro e alla conservazione del posto".** Il primo comma è dedicato alle lavoratrici, alle quali riconosce una sequenza di tutele che devono farsi valere, appunto, alla ripresa dell'attività lavorativa e che ruotano attorno a questo delicato momento, integrandosi e completandosi reciprocamente, sino a sintetizzarsi nella formula evocativa del "diritto al rientro".

Peraltro, dal momento che tali tutele sorgono "al termine dei periodi di divieto di lavoro previsti dal Capo II e III", va preliminarmente chiarito quali siano i divieti di cui si tratta. Essi consistono, *in primis*, nel divieto di adibire la lavoratrice a lavori faticosi, pericolosi e insalubri (Capo II, art. 7), ipotesi nella quale essa viene preferibilmente assegnata ad altre mansioni ma, ove ciò non sia possibile, può scattare l'interdizione dal lavoro disposta dall'Ispettorato del lavoro.

Altri divieti più specifici sono previsti in caso di esposizione a radiazioni ionizzanti (art. 8) e per il personale di particolari settori (Polizia di Stato, penitenziaria e municipale). Nel Capo III, negli artt. 16-27, è poi regolata la fattispecie più importante, il congedo di maternità, con il connesso divieto di adibire le donne al lavoro nei cinque mesi "a cavallo" della data presunta del parto.

Ciò premesso, la dotazione di diritti spettanti alle neomamme comprende innanzitutto quello di conservare il posto di lavoro, che viene subito meglio specificato come diritto di mantenere il *medesimo* posto già occupato prima della sospensione. Il legislatore precisa infatti che le lavoratrici, a meno che non vi rinunciino espressamente, hanno diritto "di rientrare nella stessa unità produttiva ove erano occupate all'inizio del periodo di gravidanza o in altra ubicata nel medesimo comune".

* La denominazione esatta è Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53.

** In argomento, cfr. Del Punta R, Lazzeroni L, Vallauri ML, *I congedi parentali*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2000, pp. 43 e ss.

A ciò si aggiunge il diritto di permanere in tale unità produttiva "fino al compimento di un anno di età del bambino".* Al fine di chiarire che deve trattarsi proprio del medesimo posto, oltre agli aspetti logistici sono presi in considerazione anche quelli inerenti al contenuto specifico delle mansioni. Ed invero la norma prosegue precisando che le prestatrici hanno "altresì diritto di essere adibite alle mansioni da ultimo svolte o a mansioni equivalenti".**

In questo modo vengono poste importanti limitazioni all'esercizio di alcuni fra i più tipici poteri datoriali, e cioè quello di modificare le mansioni e quello di trasferire il prestatore da un'unità produttiva all'altra, entrambi previsti (con alcune cautele, che tuttavia non ne scalfiscono l'unilateralità), dall'art. 2013 c.c. In altre parole, se uno di questi poteri dovesse essere esercitato nel periodo considerato, e cioè tra il rientro in servizio e l'anno dalla nascita del bambino, si tratterebbe di un atto illegittimo, più specificamente colpito da nullità per violazione di una norma imperativa, sanzione che si attaglia perfettamente ad un atto in evidente "odore" di discriminazione. Non va infatti dimenticato che sia il TU genitorialità, all'art. 3, sia il Codice delle pari opportunità (d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, di seguito CPO), all'art. 25, comma 2-bis,*** enumerano tra i fattori di discriminazione vietati, oltre allo stato di gravidanza, quello di maternità o di paternità e anche la titolarità o l'esercizio dei relativi diritti. Il secondo articolo citato è stato peraltro assai di recente integrato,**** di modo che oggi il comma 2-bis stabilisce che costituisce discriminazione ogni trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro che, in ragione del sesso, dell'età anagrafica, delle esigenze di cura personale o familiare, dello stato di gravidanza nonché di maternità o paternità (anche adottive), ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti, pone o può porre il lavoratore in una posizione di svantaggio

* Nonostante il riferimento al compleanno del bambino, la giurisprudenza ha ritenuto applicabile questa regola anche nel caso in cui la gravidanza si sia conclusa con la morte del bambino: così Trib. Milano, 6 luglio 2002, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 957. Il giudice ha ritenuto, giustamente, che si debba tenere conto più della *ratio* che della lettera della legge: l'art. 56 infatti intende garantire la maternità nel suo significato più ampio, evitando che al rientro la lavoratrice trovi modificate le precedenti condizioni di lavoro. Si potrebbe aggiungere che in una situazione luttuosa come quella considerata a maggior ragione il diritto al rientro deve essere assicurato.

** La previsione riprende, perfezionandola, quella di cui al par. 5 della Clausola n. 2 dell'Accordo quadro sui congedi parentali del 14 dicembre 1995, recepito nella Direttiva CE 1996/34. La regola è stata poi riproposta nella Direttiva UE 2019/1158.

*** Inserito con il d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5.

**** Con l'art. 2, comma 1, lett. a), della legge 5 novembre 2021, n. 162, che non si è però (colpevolmente) preoccupato di intervenire anche sull'art. 3 del TU genitorialità, creando così un disallineamento tra le due definizioni, che si rivela fonte di difficoltà interpretative e applicative.

rispetto alla generalità degli altri lavoratori, o ne limita le opportunità di partecipazione alla vita o alle scelte aziendali, oppure ancora ne riduce l'accesso ai meccanismi di avanzamento e di progressione nella carriera.

In perfetta consonanza con quest'ultimo riferimento, l'art. 56 TU genitorialità, completando il disegno del diritto al rientro per le madri lavoratrici, riconosce loro il diritto di "beneficiare di eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro, previsti dai contratti collettivi ovvero in via legislativa o regolamentare, che sarebbero loro spettati durante l'assenza".* Si tratta di un'aggiunta importante, che mette l'accento sulla necessità che alla lavoratrice sia assicurata una tutela non solo di tipo statico, bensì anche dinamico, che si proietta nel futuro della relazione. Il datore non può cioè approfittare dell'assenza della donna per escluderla da quei miglioramenti delle condizioni di lavoro, tra cui rientrano senza dubbio le opportunità di carriera, che sono destinati a influire in modo positivo sul proseguo della relazione.

I diversi profili del diritto al rientro sin qui considerati sono riconosciuti, in maniera integrale, anche al padre lavoratore, questa volta però solo in connessione con la ripresa dell'attività lavorativa che si verifica "al rientro al lavoro dopo la fruizione del congedo di paternità". Va precisato a questo proposito che qui la normativa si riferisce evidentemente al congedo di paternità classico (art. 28 TU genitorialità), che spetta al genitore in una serie di sfortunate situazioni nelle quali la madre non è in grado di occuparsi del neonato.**

Ci si potrebbe chiedere tuttavia se le tutele *de quibus* possano essere estese all'ipotesi in cui il prestatore usufruisca di una delle nuove forme di congedo per i padri lavoratori introdotte dalla riforma Fornero del 2012. Fra queste ve ne è invero una che è stata espressamente qualificata come obbligatoria e che pone quindi, a carico del neopapà, un vero e proprio divieto di lavorare. Si tratta del c.d. congedo obbligatorio, disciplinato dall'art. 4, comma 24, lett. a), della legge n. 92/2012, nato come strumento sperimentale ma poi riconfermato (e rinforzato dal punto di vista quantitativo) negli anni. Da ultimo la legge 30 dicembre 2021, n. 234, l'ha

* Questa parte è stata aggiunta con l'art. 8-quater della legge 6 giugno 2008, n. 101, di conversione del d.l. 8 aprile 2008, n. 59.

** E ciò a causa della sua morte o di una grave infermità, ovvero in caso di abbandono o di affidamento esclusivo del bambino al padre.

stabilizzato e reso strutturale e dunque dal 2021 i padri lavoratori hanno il *dovere* di astenersi dal lavoro per dieci giorni entro i cinque mesi dalla nascita del figlio.*

Ciò premesso, non sembra che ci siano particolari impedimenti alla predetta interpretazione di tipo estensivo,** anche in funzione di un'armonica ricostruzione dell'istituto del diritto al rientro che, nella sua versione rafforzata (cioè comprensiva di tutta la serie di tutele che si sono viste), è stato evidentemente concepito come correlato agli obblighi di astenersi dall'attività lavorativa. Si può per contro rilevare come la breve (anche se non più brevissima***) durata di questa astensione non dovrebbe sottoporre nei fatti il padre al rischio di subire spostamenti del luogo di lavoro o modifiche delle mansioni, rendendo auspicabilmente superflua la previsione normativa.

Se, in ogni caso, la tutela del genitore è molto forte nelle ipotesi in cui il rientro si colleghi ad uno specifico divieto di lavorare, ai sensi del terzo comma dell'art. 56 TU genitorialità, negli altri casi di congedo, di permesso o di riposo disciplinati dal TU medesimo la lavoratrice e il lavoratore hanno diritto solo ad alcuni dei profili che compongono il diritto al rientro rafforzato, e cioè al diritto alla conservazione del posto di lavoro, al diritto al rientro nella stessa unità produttiva o in un'altra ubicata nello stesso comune (anche in questo caso salvo che espressamente vi rinunci) e al diritto di essere adibiti alle mansioni da ultimo svolte o a mansioni equivalenti. Manca quindi una specifica indicazione circa il limite temporale entro il quale gli spostamenti sono vietati ma, soprattutto, manca il riferimento al diritto di beneficiare di eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro, diritto che dovrà pertanto essere "recuperato" dalla normativa antidiscriminatoria, posto che una disparità di trattamento legata al godimento di una sospensione rappresenterebbe sicuramente una discriminazione, a maggior ragione dopo la precisazione operata con la legge n. 162/2021 sul testo dell'art.

* In realtà, al di là della formula che fa riferimento all'obbligatorietà della sospensione, è evidente che di fatto un vero e proprio obbligo sorge solo a carico del datore di lavoro, che non può respingere la richiesta del padre, il quale non è tuttavia in alcun modo sanzionato qualora non chieda di avvalersi della sospensione. Come precisato peraltro dalla circolare INPS n. 1 del 3 gennaio 2022, il congedo obbligatorio si configura come un diritto autonomo del padre e, pertanto, esso è aggiuntivo e indipendente dal diritto della madre al congedo obbligatorio. I giorni di congedo obbligatorio, inoltre, sono riconosciuti anche al padre che fruitore del congedo di paternità "classico", ex art. 28 TU genitorialità, e spettano anche in caso di morte perinatale del figlio.

** Di diversa opinione è però Vallauri ML, *Genitorialità e lavoro*. Interessi protetti e tecniche di tutela, Torino, Giappichelli, 2020, p. 131.

*** Si ricorda come al suo esordio, nel 2012, questo congedo fosse previsto per un solo giorno.

25 CPO, che oggi parla esplicitamente di limitazioni all'accesso ai meccanismi di avanzamento e di progressione nella carriera.

Il diritto al rientro nell'interpretazione ministeriale e giurisprudenziale

Non mancano sul tema in esame interpretazioni ministeriali e giurisprudenziali, che contribuiscono a chiarire alcuni aspetti delicati, uno dei quali attiene allo stretto collegamento che intercorre tra diritto al rientro, potere di trasferimento e licenziamento. È frequente infatti che la lavoratrice, rientrata dopo la sospensione per maternità, contesti lo spostamento di sede e subisca per questo ritorsioni e, nel peggiore dei casi, il licenziamento, presentato dal datore come fondato su ragioni disciplinari. Se però l'assenza della donna è dovuta proprio al fatto che il datore di lavoro ha trasferito la lavoratrice in violazione dell'art. 56 TU genitorialità, essa è legittima (in applicazione del principio per cui *inadimplenti non est adimplendum*) ed è, a cascata, illegittimo il recesso datoriale.*

Il vero problema resta dunque quello che attiene all'individuazione dei confini del potere di trasferimento. Da un lato, è la norma stessa che ammette che la donna possa espressamente rinunciare a non essere spostata di sede e ciò indebolisce non poco l'argine posto a protezione da possibili abusi. Sarebbe stato opportuno imporre l'effettuazione della rinuncia in una sede protetta, adottando una soluzione che, come si vedrà a proposito delle dimissioni, non è inedita in quest'ambito.** Dall'altro lato, si è detto pragmaticamente – ma inevitabilmente – che il diritto al rientro nella stessa unità produttiva trova un limite nell'ipotesi in cui la ricollocazione presso la sede originaria sia impossibile, per ragioni effettive e non pretestuose,*** quali la chiusura dell'unità stessa, ipotesi alla quale possono essere assimilate quelle della soppressione della funzione o del reparto cui la lavoratrice era addetta prima dell'astensione. In questi casi, secondo un Interpello del Ministero del lavoro,**** il datore può concludere con la lavoratrice (mancando la

* In questo senso Cass., sez. lav., 30 giugno 2016, n. 13455.

** Di contrario avviso sembra Vallauri ML, *Genitorialità e lavoro*. Interessi protetti e tecniche di tutela, cit., p. 129, che parla di "logica di rivalutazione dell'autonomia individuale".

*** Cass., sez. lav., 19 giugno 2018, n. 16147. Nel caso di specie, la sede di lavoro era stata soppressa e la lavoratrice aveva rifiutato il trasferimento in una diversa città. Per la Corte ne era derivata la legittimità della decisione aziendale di sospendere la lavoratrice dal lavoro e dalla retribuzione.

**** Interpello n. 39 del 21 settembre 2011, antecedente quindi alla riscrittura dell'art. 2013 c.c., avvenuta con l'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015.

possibilità di adibirla a mansioni equivalenti a quelle originarie*) un patto di demansionamento, se ciò costituisca l'*extrema ratio* per salvare il posto di lavoro. Per il Ministero non può tuttavia essere ridotta la retribuzione della donna, almeno finché dura il divieto di licenziamento (e cioè entro l'anno dalla nascita del bambino) "in quanto tale soluzione appare in contrasto con la finalità della norma, che comunque preclude il recesso datoriale anche nelle ipotesi di soppressione del posto (a meno che non si verifichi la cessazione dell'attività dell'azienda)".

Alla luce dell'attuale testo dell'art. 2103 c.c. la questione deve tuttavia essere rivista. Si potrebbero invece verificare due ipotesi, nel senso che se vi è stata una modifica degli assetti organizzativi aziendali (commi 2 e 5) che abbia inciso sulla posizione della lavoratrice, il datore potrà demansionare la lavoratrice con (formale) conservazione del livello di inquadramento originario e mantenimento della stessa retribuzione. Ma (ed ecco la seconda ipotesi) potrebbe applicarsi anche il sesto comma del nuovo art. 2103 c.c. e dunque, attraverso un accordo stipulato in una sede protetta, si potrebbe arrivare a ridimensionare sia le mansioni, sia la categoria legale, sia il livello di inquadramento contrattuale e quindi la retribuzione della dipendente. Sembra infatti che l'ipotesi *de qua* appartenga a quelle nelle quali l'accordo viene stipulato "nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione".

In alcuni casi poi la giurisprudenza mette opportunamente in collegamento la disposizione di cui all'art. 56 con la normativa antidiscriminatoria. Ad esempio, App. Torino, sez. lav., 29 giugno 2010,** afferma che il disconoscimento del diritto della lavoratrice-madre a mantenere, al rientro dal periodo di congedo per maternità, lo stesso posto di lavoro con il medesimo inquadramento, il demansionamento e l'ingiustificato trasferimento ad altra sede più disagiata comportano la violazione della disciplina antidiscriminatoria.*** In effetti è evidente che la norma *de qua*, nel momento in cui riconosce ai genitori alcuni specifici diritti, rende più agevole prevenire e, casomai, colpire, una serie di condotte datoriali che la prassi rivela essere piuttosto diffuse, evitando di dover fare necessariamente ricorso alle regole generali in materia di discriminazione. Tali regole non perdono

* Va dunque verificato in modo attento che non vi siano alternative per la salvaguardia del posto.

** In *Giur. merito*, 2011, 11, p. 2633, con nota di Enrichens A., Manassero C., *Discriminazione per sesso vs. diritto della lavoratrice-madre alla conservazione del posto di lavoro e delle proprie mansioni al rientro dalla maternità. Una fattispecie ancora aperta.*

*** E si tratta, nel caso di specie, di discriminazione diretta, in quanto la condotta è volta esplicitamente contro la lavoratrice per la sua condizione di madre e in diretta connessione con la sua richiesta di usufruire di alcune riduzioni di orario spettanti per legge al momento della ripresa del lavoro.

tuttavia la loro utilità quando il comportamento che realizza una violazione diretta dell'art. 56 sia comunque inscrivibile all'interno di un più ampio disegno, tale da disvelare l'intento discriminatorio datoriale, in quanto ciò finisce per "colorare" in modo peculiare alcune delle condotte "collaterali", magari di per sé non rientranti esattamente nella fattispecie dell'art. 56. Ad esempio, proprio nella vicenda analizzata dalla Corte piemontese il datore aveva ad un certo punto addirittura promosso la lavoratrice, assegnandole mansioni più elevate e prestigiose, tali però da mettere in grave difficoltà la donna, intenzionata ad avvalersi della riduzione di orario, prevista dalla normativa ma evidentemente non compatibile con il diverso ruolo da ricoprire nell'organizzazione aziendale.* Ed ancora, discriminatorio (o ritorsivo) può rivelarsi il licenziamento, atto con il quale spesso si concludono vicende analoghe a quella qui esaminata, ciò che consente appunto di applicare i meccanismi e le tutele del diritto antidiscriminatorio.

In linea con questo ragionamento è anche Cass., sez. lav., 26 luglio 2016, n. 15435. Nel caso di specie la Cassazione ha condiviso la decisione della Corte d'Appello, che aveva ritenuto discriminatorio il licenziamento disposto nei confronti di una lavoratrice che, al rientro della maternità, aveva rifiutato il trasferimento a 150 km di distanza dalla sede di lavoro. Più precisamente, il datore di lavoro aveva atteso il decorso del periodo (di un anno dopo la nascita del bambino) entro il quale opera il divieto di cui all'art. 56 e dopo appena tre giorni da tale scadenza aveva trasferito la dipendente, la quale, eccependo l'inadempimento datoriale, si era rifiutata di cambiare sede ed era stata quindi licenziata disciplinatamente. In questo caso, dunque, il malcelato tentativo datoriale di aggirare il divieto di cui all'art. 56 ha tradito la volontà dell'azienda, rendendo applicabili le più corpose tutele desumibili proprio dalla normativa antidiscriminatoria.

I lavori vietati alla madre o che non possono esserle imposti al rientro

Un diverso complesso di tutele è quello che riguarda le attività che la lavoratrice madre non può assolutamente svolgere al rientro dalla maternità e quelle che non possono esserle imposte. Nella prima categoria rientra il lavoro notturno, giusta

* Anche Enrichens A., Manassero C., *Discriminazione per sesso vs. diritto umano della lavoratrice-madre alla conservazione del posto di lavoro*, cit., p. 2655, mettono in evidenza come la pretesa datoriale al compimento di mansioni particolarmente impegnative sia in evidente contrasto con il diritto a vivere serenamente la maternità.

quanto stabilisce l'art. 53, primo comma, del TU genitorialità, che pone un radicale e inderogabile divieto di adibire le donne al lavoro, dalle ore 24 alle ore 6, nel periodo che va dall'accertamento dello stato di gravidanza* fino al compimento di un anno di età del bambino.

Meno drastica è la soluzione prevista al secondo comma del medesimo articolo, dal quale si desume che il lavoro notturno può essere svolto ma *non può essere imposto* a tutta una serie di soggetti, tra cui, per quanto qui interessa, vi sono la lavoratrice che abbia un figlio di età inferiore ai tre anni e, in alternativa, il padre lavoratore convivente con la stessa.** Si tratta, come è noto, di una regola che segna la fine di una lunga diatriba che ha visto contrapposto il nostro Paese e l'Unione europea, che (giustamente) contestava il divieto (pur se derogabile dalla contrattazione collettiva), che era previsto per le lavoratrici dipendenti da aziende manifatturiere, anche artigianali,*** di prestare lavoro notturno a prescindere dalla maternità. La norma attuale, depurata da elementi di discriminarietà, è ispirata ad istanze di garanzia della salute della donna, di tutela del rapporto mamma-bambino, in una logica di *work-life balance*. Essa può dunque contribuire ad una serena gestione della vita familiare nei primi tempi successivi alla nascita del figlio, in linea con le misure che si sono viste e con quelle che si esamineranno.

In attuazione di tale regola la Sezione Lavoro della Cassazione**** ha confermato la decisione dei giudici di merito che avevano dichiarato illegittimo il licenziamento di una lavoratrice, madre di un bambino di età inferiore ai tre anni, che si era rifiutata di eseguire le proprie mansioni in orario notturno.

* In questo caso, ragionevolmente, è necessario che il datore di lavoro sia al corrente dello stato di gravidanza della donna, altrimenti potrebbe assegnarla al lavoro notturno "in buona fede".

** Le altre categorie di soggetti tutelati sono la lavoratrice o il lavoratore che sia l'unico genitore affidatario di un figlio convivente di età inferiore a 12 anni e la lavoratrice madre adottiva o affidataria di un minore, nei primi tre anni dall'ingresso del minore in famiglia, e comunque non oltre il dodicesimo anno di età o, in alternativa e alle stesse condizioni, il lavoratore padre adottivo o affidatario convivente con la stessa. Non possono essere altresì obbligati a prestare lavoro notturno i genitori che abbiano a carico un soggetto disabile ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104.

*** Così l'art. 5 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, nel testo originario, che faceva eccezione solo per le donne con mansioni direttive e per quelle addette ai servizi sanitari aziendali. La modifica nel senso odierno si è realizzata con la legge 5 febbraio 1999, n. 25, per dare attuazione a quanto imposto all'Italia dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 4 dicembre 1997, C-207/96. La regola è poi stata trasfusa nell'art. 53 sopra citato.

**** Cass., sez. lav., 14 novembre 2011, n. 23807. L'azienda aveva fatto leva su di un preteso giustificato motivo oggettivo e non aveva tentato di assegnare la lavoratrice a mansioni diverse.

Il rientro graduale al lavoro: permessi giornalieri, *part-time* e lavoro agile

Il rientro al lavoro dopo le astensioni legate alla maternità può risultare senz'altro più agevole se la lavoratrice può farlo in maniera graduale. In questo modo infatti la scelta di riprendere il proprio posto all'interno dell'organizzazione può anche essere anticipata, evitando così che il prolungarsi dell'assenza scateni dinamiche irreversibili nei rapporti con la parte datoriale, con i superiori e con i colleghi, al di là delle garanzie con cui, come si è visto, la normativa tenta di circondare il momento del rientro.

Un primo, datato ma ancora attuale, strumento che la normativa mette a disposizione della donna in questo senso è rappresentato da quelli che sono tradizionalmente definiti "permessi per l'allattamento",* ma che hanno da gran tempo perduto lo stretto legame con questa fisiologica (ma non necessaria) funzione materna.** L'esatta denominazione dell'istituto, disciplinato dall'art. 39 del TU genitorialità,*** è infatti quella di "riposi giornalieri della madre". Tramite esso in sostanza si impone al datore di lavoro di concedere alla lavoratrice madre che lo richieda, entro il primo anno di vita del bambino, due periodi di riposo di un'ora ciascuno, anche cumulabili nella giornata,**** periodi che sono considerati ore lavorative agli effetti della durata e del diritto alla retribuzione. Nella prassi i riposi sono spesso goduti in modo consecutivo dalla lavoratrice, che riesce in tal modo a iniziare il lavoro un paio d'ore dopo o a terminarlo prima, usufruendo così fino all'anno di vita del figlio di una sorta di surrettizio *part-time*, affiancato da una prestazione previdenziale per le ore di lavoro non svolte.

La normativa più recente ha tuttavia combinato in modo ancor più articolato la disciplina del lavoro a tempo parziale con quella del congedo parentale, ampliando le possibilità di scelta della madre ed anche del padre, in funzione di quel rientro graduale al lavoro di cui si diceva. Due sono gli strumenti messi a disposizione dei genitori. Ed è importante sottolineare subito che si tratta, in entrambi i casi, di veri e propri diritti potestativi, ai quali quindi il datore non può opporre con-

* In argomento Vallauri ML, *Genitorialità e lavoro. Interessi protetti e tecniche di tutela*, cit., p. 122 e ss.

** A conferma di ciò, i riposi giornalieri sono riconosciuti anche al padre negli stessi casi in cui egli usufruisce del congedo di paternità "classico".

*** Regole particolari valgono per il parto gemellare: in tal caso, ai sensi dell'art. 41, i riposi sono raddoppiati.

**** Il riposo è di un'ora sola se l'orario giornaliero è inferiore a sei ore. L'ente previdenziale eroga per le ore di permesso una prestazione che corrisponde al 100% della retribuzione.

trarie esigenze di funzionalità aziendale, al fine di ridimensionarne o rimodularne l'utilizzo.

Il primo è previsto dall'art. 32, comma 1-bis, TU genitorialità,* e consiste nella fruizione del congedo parentale su base oraria. Nella versione originaria, risalente al 2012, la legge affidava alla contrattazione collettiva di settore il compito di stabilire le modalità di fruizione del congedo su base oraria, definendo anche i criteri di calcolo della base oraria e l'equiparazione di un determinato monte ore alla singola giornata lavorativa.** In mancanza di disciplina collettiva sul punto l'istituto restava dunque inutilizzabile.

Successivamente si è aggiunto il comma 1-ter,** per cui anche nell'ipotesi di mancata regolamentazione, da parte della contrattazione collettiva (anche di livello aziendale), delle modalità di fruizione del congedo parentale su base oraria, ciascun genitore può scegliere tra la fruizione giornaliera e quella oraria. La fruizione su base oraria è consentita in misura pari alla metà dell'orario medio giornaliero svolto dal prestatore nel periodo immediatamente precedente l'inizio del congedo parentale. Optando per questa modalità, dunque, la madre o il padre possono alternare nella stessa giornata momenti dedicati al lavoro e momenti dedicati al bambino e alle sue cure,**** riprendendo contatto con il mondo del lavoro in modo meno traumatico rispetto a quanto avviene quando l'alternativa tra congedo e ripresa dell'attività lavorativa è drastica.

Il secondo strumento, un po' diverso e quasi "in concorrenza" con il primo, è quello della trasformazione del congedo parentale in *part-time*. Il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, all'art. 8, comma 7, prevede che il lavoratore può chiedere, per una sola volta, in luogo del congedo parentale, o entro i limiti del congedo ancora

* Inserito dall'art. 1, comma 339, lett. a), della legge 24 dicembre 2012, n. 228, in attuazione della direttiva UE 2010/18 dell'8 marzo 2010, sul congedo parentale, attuativa a sua volta dell'Accordo quadro tra le parti sociali europee del 18 giugno 2009, la cui clausola 3 prevede che gli Stati membri possano stabilire che il congedo parentale sia accordato a tempo pieno, a tempo parziale, in modo frammentato o nella forma di un credito di tempo, tenendo conto delle esigenze dei datori di lavoro e dei lavoratori.

** Con la possibilità di prevedere regole particolari (e cioè specifiche e diverse modalità di fruizione e di differimento del congedo) per il personale del comparto sicurezza e difesa, di quello dei vigili del fuoco e soccorso pubblico, e ciò al fine di tenere conto delle peculiari esigenze di funzionalità connesse all'espletamento dei relativi servizi istituzionali.

*** Inserito dall'art. 7, comma 1, lettera b), del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 80.

**** Fenoglio A, *Nuove modalità di fruizione del congedo parentale: un modello di "flessibilità buona"*, in Gottardi D (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 71.

spettante se ne ha già usufruito in parte, la trasformazione del rapporto a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, purché la riduzione d'orario non sia superiore al 50%. Il datore di lavoro è tenuto a dar corso alla trasformazione entro 15 giorni dalla richiesta.

A prima vista non è chiara la differenza tra i due strumenti ma, tenuto conto anche delle numerose circolari INPS in argomento,* sembra potersi dire che nel primo caso il lavoratore, parcellizzando il godimento del congedo, ottiene il risultato di "spalmare" le relative ore in un arco di tempo più lungo di quello ordinariamente previsto. Per un periodo che potrebbe essere quindi anche consistente il genitore combina ore di lavoro e ore di congedo, con trattamenti economici assai diversi per le une e per le altre.**

Nel secondo caso invece la scelta del *part-time* comporta una sorta di rinuncia al congedo, o ad una parte di esso. Per le ore non lavorate pertanto non ci sarà alcun trattamento economico, il che fa apparire questa seconda opzione assai meno appetibile della prima, quantomeno nei casi in cui le ore di congedo sarebbero invece (almeno parzialmente) coperte dal trattamento economico previdenziale.

La previsione legale della trasformazione del congedo parentale in *part-time* per altro verso si sovrappone parzialmente con quanto tradizionalmente previsto in alcuni settori dalla contrattazione collettiva, che concede alle lavoratrici al rientro dalla maternità il diritto o una priorità per un orario di lavoro ridotto rispetto a quello normale. La disciplina di fonte collettiva dell'istituto, ove ancora vigente o riproposta, dovrà ovviamente combinarsi con quella legale, potendo solo prevedere condizioni migliorative, come ad esempio quelle relative all'estensione dell'arco temporale in cui il lavoratore genitore ha diritto di veder accolta la sua domanda.***

* Tra cui le circolari n. 152 del 18 agosto 2015 e n. 230 del 29 dicembre 2016.

** Si ricorda infatti che, ai sensi dell'art. 34 TU genitorialità, il congedo parentale è "coperto" da un trattamento previdenziale a carico dell'INPS, la cui misura varia a seconda del momento in cui il genitore sceglie di usufruirne e della situazione reddituale della famiglia.

*** Ad esempio l'art. 100 del CCNL per i dipendenti da aziende del terziario della distribuzione e dei servizi del 30 luglio 2019 impone alle aziende di accogliere temporaneamente le richieste provenienti da genitori (assunti a tempo pieno e indeterminato) con figli fino a tre anni, nell'ambito del 3% degli occupati nell'unità produttiva. Il datore di lavoro deve soddisfare le domande in funzione della funzionalità dei lavoratori interessati e in base al criterio della priorità cronologica della presentazione delle stesse. La richiesta di passaggio al *part-time* temporaneo va presentata con un preavviso di 60 giorni, deve indicare il periodo di riduzione dell'orario e può avere effetto solo successivamente alla completa fruizione delle ferie e dei permessi retribuiti residui.

Una modalità ancor più nuova in grado di consentire una sorta di rientro agevolato al lavoro dalla maternità è costituita dal lavoro agile, regolato dalla legge 22 maggio 2017, n. 81. Come è noto, il c.d. *smart-working* permette al prestatore che ne usufruisce di svolgere una parte dell'attività lavorativa in locali diversi da quelli aziendali (e quindi anche nella propria abitazione) e senza specifici vincoli di orario, con l'utilizzo di strumenti tecnologici che garantiscono i collegamenti con l'organizzazione datoriale. La legge del 2017 peraltro ha espressamente riconosciuto (all'art. 18) che tra le finalità perseguibili attraverso l'inserimento nel contratto di lavoro del patto di lavoro agile vi sia quella di "agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro". Seguendo questa logica, con un'aggiunta risalente al 2018* si è poi precisato che i datori di lavoro, sia pubblici che privati, sono tenuti in ogni caso a riconoscere priorità alle richieste di lavoro agile formulate dalle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del congedo di maternità.** La tiepida formula della priorità, in luogo del riconoscimento di un vero e proprio diritto, fa sbiadire in parte il senso della novità normativa, ma non si può escludere che effetti virtuosi si producano in conseguenza della combinazione della regola legale con le previsioni dei contratti collettivi che, sulla falsariga di quanto accade per il *part-time*, impongono al datore di lavoro di concedere il lavoro agile ad una percentuale minima di dipendenti. In tal caso, infatti, fra i richiedenti dovranno essere preferite le donne che rientrano dalla maternità, in un arco di tempo peraltro non troppo breve. La norma è stata, per altro verso, assai criticata dalla dottrina, nella misura in cui, riferendosi solo alle madri, insiste nel trasmettere il messaggio obsoleto per cui la conciliazione vita-lavoro dopo la nascita di un figlio è un problema esclusivamente femminile.***

Diversa questione (che qui può essere solo accennata) è evidentemente quella relativa alla concreta possibilità, per la neomamma, di utilizzare lo *smart-working* quale misura di *work-life balance*, posto che le ore svolte in modalità agile sono a tutti gli effetti ore di lavoro e non possono essere dedicate di per sé a seguire il figlio. L'equivoco è apparso assai evidente nel periodo emergenziale, quando la normativa ha posto in reciproca alternativa, per i lavoratori genitori con figli a casa (per effetto dell'introduzione della DAD), il lavoro agile e i congedi straordinari covid, dando l'impressione di ritenere che le due misure siano equivalenti in

* Nuovo comma 3-bis dell'art. 18, inserito dalla legge 30 dicembre 2018, n. 145.

** La priorità è riconosciuta anche ai lavoratori con figli in condizioni di disabilità ex art. 3, comma 3, legge n. 104/1992.

*** Miltello M, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 190.

quanto strumenti che consentono l'accudimento della prole.* È vero però anche che la libertà di scelta della lavoratrice agile in ordine alla distribuzione delle ore di lavoro nella giornata (con i soli limiti di durata massima e con quelli, non dichiarati ma ovvi, derivanti dalla necessità di coordinarsi con l'organizzazione datoriale, anche in termini di tempistiche) può veramente contribuire ad un rientro *soft* dalla maternità, quanto meno in termini di netto risparmio sui tempi degli spostamenti casa-lavoro.

La garanzia del diritto effettivo al rientro attraverso il divieto di licenziamento

Nella parte iniziale di questo contributo si è parlato del diritto al rientro. Come si è visto, la disciplina relativa a tale composita fattispecie si concentra sulle caratteristiche che deve avere il rientro del neogenitore, nel senso che esso deve avvenire nella stessa unità produttiva e con l'adibizione alle stesse mansioni o a mansioni equivalenti a quelle svolte prima della pausa lavorativa. Tutto ciò dà per scontato che un rientro al lavoro ci sia effettivamente, cosa che invece potrebbe non verificarsi qualora il datore licenziasse la madre o il padre, oppure ancora quando fossero questi ultimi a decidere di dimettersi. Il diritto del lavoro si occupa pertanto anche di queste due eventualità e ciò con una serie di precetti che dovrebbero servire a scongiurarle.

Come peraltro subito si vedrà, le regole di cui si tratta non riguardano esclusivamente il genitore che è appena rientrato al lavoro o è in procinto per farlo, dato che i "periodi di protezione" sono più ampi, avendo come *dies a quo* in alcuni casi già l'inizio della gravidanza. Questo non esclude però che le tutele di cui subito si dirà siano in grado di proiettare la loro lunga ombra anche e proprio sul periodo che qui interessa, che è appunto quello della ripresa dell'attività lavorativa dopo una sospensione legata alla nascita di un figlio.** Compiuta questa premessa, è opportuno tenere distinte le due vicende ora menzionate, e cioè da una parte il

* Sia consentito rinviare a Pasqualetto E, *Le sospensioni dal lavoro per i lavoratori genitori nelle tre ondate di normativa emergenziale*, in *Lav. giur.*, 2021, p. 785.

** Lo stesso si può dire per un altro tipo di protezione previsto per la madre dal TU genitorialità, anch'esso confinato temporalmente dall'inizio della gravidanza al compimento di un anno del bambino. Si tratta del divieto, ex art. 54, comma 4, di sospendere la lavoratrice dal lavoro, salvo sia sospesa l'attività dell'azienda o del reparto cui essa è addetta, qualora quest'ultimo abbia autonomia funzionale. A tale divieto si aggiunge quello del collocamento in mobilità, cui si fa eccezione in ipotesi di cessazione dell'attività dell'azienda.

licenziamento, dall'altra le dimissioni, alle quali può essere affiancata la risoluzione consensuale del rapporto.

Per quanto riguarda il licenziamento le tutele sono assai incisive, posto che l'art. 54 del TU genitorialità stabilisce il divieto di licenziare i genitori (o futuri tali) in periodi o in relazione a vicende variamente collegate alla nascita del figlio. In primo luogo, per quanto riguarda la sola lavoratrice madre, il divieto di recesso datoriale opera sin dall'inizio del periodo di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino (art. 54, primo comma), quindi in un arco di tempo ampio, che eccede e non coincide con quello delle necessarie e/o eventuali sospensioni dal lavoro. Si tratta, oltretutto, di un divieto che sussiste "in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza", quindi a prescindere dalla conoscenza che di tale stato abbiano avuto il datore di lavoro o la lavoratrice stessa, e che soffre di alcune limitatissime eccezioni.*

Analogo divieto opera, questa volta per i genitori di entrambi i sessi, per il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale o dei permessi per la malattia del bambino. Se poi il padre ha usufruito del congedo di paternità di cui all'art. 28,** il divieto si estende fino al compimento di un anno di età del bambino.

Completa il quadro delle tutele la già menzionata previsione di cui all'art. 3 TU genitorialità, che considera discriminazione per ragioni connesse al sesso ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o di paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità o dell'esercizio dei relativi diritti.***

Questo significa che un licenziamento il quale, anche al di fuori delle ipotesi specifiche ora ricordate, risultasse in qualche modo collegato con una di queste condizioni (con onere della prova a carico del lavoratore) potrebbe essere considerato discriminatorio e quindi vietato. Ciò consente di colpire prassi poco trasparenti, come ad esempio quella del datore che aspetti la scadenza del periodo

* Il licenziamento invero è legittimo solo nei casi di colpa grave della lavoratrice costituente giusta causa, di cessazione dell'attività dell'azienda o di ultimazione della prestazione cui la donna è addetta, di esito negativo della prova.

** Quindi il congedo "classico", non quello obbligatorio introdotto con la riforma Fornero.

*** E si tratta, per la giurisprudenza, di una discriminazione diretta, per la quale non sono quindi ammesse giustificazioni.

di protezione e, solo a distanza di qualche giorno, comunicati al dipendente la cessazione del rapporto, magari con una motivazione poco credibile.*

In tutte le ipotesi elencate, peraltro, l'eventuale licenziamento disposto in violazione dei divieti è radicalmente nullo e quindi il genitore usufruirà delle tutele più forti che la normativa giuslavoristica contempla: ai sensi dell'art. 18, primi tre commi, dello Statuto dei lavoratori oppure ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, gli spetteranno la reintegrazione nel posto di lavoro e il risarcimento dei danni subiti a causa dell'ingiusto recesso. Nel caso, peraltro, in cui sia il lavoratore a non voler riprendere servizio, gli è consentito di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione, pari a 15 mensilità della retribuzione.

Le dimissioni al rientro al lavoro

Le regole che vietano il licenziamento disposto nei confronti della lavoratrice (o del lavoratore) al rientro dalla maternità e dalla paternità rappresentano senz'altro un importantissimo baluardo contro comportamenti datoriali in rotta di collisione con il rispetto che è invece dovuto alla scelta di diventare genitori, anche e soprattutto nel mondo del lavoro.

Esistono tuttavia da sempre prassi fraudolente, o comunque poco limpide, che si sostanziano in un utilizzo scorretto di istituti quali le dimissioni o la risoluzione consensuale del rapporto, che la lavoratrice viene indotta a sottoscrivere proprio in connessione con il suo stato di gravidanza/maternità o in coincidenza con il rientro al lavoro.

Una pratica purtroppo consolidata (specie in passato) è quella delle dimissioni "in bianco", che la dipendente è spinta a firmare al momento dell'assunzione: il documento - con la data, appunto, "in bianco" - viene completato dal datore di lavoro nel momento in cui costui, spesso proprio per essere venuto a cono-

* Per App. Roma, sez. lav., 16 novembre 2019, n. 4185 "qualora emerga dagli atti processuali che la lavoratrice sia licenziata il primo giorno successivo al termine del congedo parentale e dopo un periodo di assenza dal lavoro di oltre due anni, dovuto, quasi interamente, alle gravidanze e maternità, e risulti del pari incontestata la circostanza che alla lavoratrice non sia stata formulata la stessa proposta effettuata ai suoi colleghi e, cioè, la risoluzione per dimissioni del rapporto di lavoro in cambio della formale assunzione da parte di altro soggetto per lo svolgimento della medesima attività precedentemente svolta, tali circostanze fanno ritenere la natura discriminatoria del licenziamento della lavoratrice poiché adottato in ragione della sua condizione di lavoratrice madre".

scenza della gravidanza, decide di por fine al rapporto, cercando in tal modo di fare apparire che si tratti di una scelta della lavoratrice. Analoga "tecnica" può essere utilizzata facendo leva sulla risoluzione consensuale.

Questa odiosa prassi è tuttavia combattuta dalla normativa con le regole sulle modalità del tutto peculiari con le quali devono essere rassegnate le dimissioni (comprese quelle per giusta causa) o va stipulata la risoluzione consensuale qualora tali atti ricadano in un ampio periodo di protezione, che inizia con la gravidanza e termina con il compimento dei tre anni di vita del bambino, con la precisazione che per la madre la tutela di cui si dirà copre tutto il periodo così indicato mentre per il padre, ovviamente, rilevano solo i tre anni dopo la nascita del figlio. L'art. 55, comma 4, del TU genitorialità prevede dunque che entrambi gli atti, per essere efficaci, debbano essere convalidati dal Servizio ispettivo del Ministero del lavoro. Questo significa che se il genitore non si reca personalmente* presso l'Ispettorato del lavoro per dichiarare di aver scelto liberamente di chiudere la relazione lavorativa, le dimissioni e/o la risoluzione consensuale non producono effetto, e quindi il rapporto prosegue, se non di fatto, almeno giuridicamente. Questa regola prevale, per la sua specificità, sulla disciplina generale in materia di dimissioni e risoluzione consensuale,** la quale richiede comunque l'attivazione di una procedura telematica che dovrebbe evitare taluni comportamenti datoriali fraudolenti. L'Ispettorato nazionale del lavoro ha di recente individuato alcune opzioni possibili ai fini della verifica della spontaneità della decisione della lavoratrice o del lavoratore genitore, ammettendo cioè che essa venga convalidata se fondata su motivazioni di carattere aziendale, di tipo logistico/personale o, ancora, inerenti alla difficoltà di conciliazione tra lavoro e cura.***

Quella sinteticamente esposta non è però l'unica regola peculiare in materia di dimissioni che può interessare la vicenda del rientro al lavoro. Il primo comma del citato art. 55 prevede infatti che in caso di dimissioni volontarie presentate durante il periodo nel quale opera, a norma dell'art. 54, il divieto di licenziamen-

* Regole peculiari sono state introdotte nel periodo della pandemia da coronavirus, per tener conto dell'impossibilità o della difficoltà della donna di recarsi fisicamente alla sede territoriale dell'Ispettorato del lavoro.

** Si tratta dell'art. 26 del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151.

*** Si veda il modulo online da compilare per presentare dimissioni volontarie in tempo di covid-19: <https://www.ispettorato.gov.it/it-notizie/Pagine/CONVALIDA-DI-DIMMISSIONI-RISOLUZIONI-CONSENSUALI-DI-LAVORATRICE-MADRE-LAVORATORI-PADRE12032020.aspx>

to,* la dipendente** ha diritto alle indennità previste da disposizioni di legge e contrattuali per il caso di licenziamento.*** Secondo la giurisprudenza, peraltro, tale tutela spetta indipendentemente dal motivo delle dimissioni e quindi anche quando queste risultino preordinate al reperimento di altra occupazione.**** Inoltre, la lavoratrice che si dimette nel predetto periodo non è tenuta al preavviso, potendo quindi far cessare il rapporto con effetto istantaneo, pur in mancanza di una giusta causa.

L'art. 55, primo comma, prevede che tali regole valgano anche per il padre lavoratore e il secondo comma specifica che si tratta del dipendente che abbia "fruito del congedo di paternità". Non sembra dunque che il solo fatto di essere diventato papà da poco sia sufficiente a godere delle predette tutele: occorre che il padre abbia effettivamente usufruito del congedo di paternità.***** La spiegazione di questa impostazione si trova in una decisione della Cassazione del 2012,***** per la quale il requisito è dovuto al fatto che è proprio il godimento del congedo che rende conoscibile al datore di lavoro la condizione di neopaternità del dipendente. La Cassazione mette dunque in collegamento la regola *de qua* sia con quella (sopra ricordata) di cui all'art. 54, comma 7, che vieta il licenziamento del lavoratore nel caso in cui costui goda del congedo di paternità (dilatando in tal caso il divieto fino al momento in cui il figlio abbia compiuto un anno di età), sia con quella di cui all'art. 56, che, come si è visto, estende la fattispecie complessa del "diritto al rientro" al padre che torni al lavoro dopo la fruizione del congedo di paternità.

* E quindi dall'inizio della gravidanza sino ad un anno dalla nascita del bambino.

** Ma anche al padre lavoratore, qualora abbia fruito del congedo di paternità. La disposizione opera anche nel caso di adozione e di affidamento, entro un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare.

*** In particolare avrà diritto alla NASPI, e cioè in sostanza al trattamento previdenziale (posto a carico del TINPS) per la disoccupazione, trattamento che è invece di regola precluso a chi, anziché subire un licenziamento, receda volontariamente dal rapporto.

**** Così Cass., sez. lav., 17 giugno 2019, n. 16176, che spiega che il beneficio è dovuto per il solo fatto della nascita o dell'adozione, non potendo l'Amministrazione effettuare valutazioni sulla vantaggiosità della scelta della lavoratrice, salvo dimostrare che sussistano gli estremi per un abuso del diritto. Conforme è Cass., sez. lav., 3 marzo 2014, n. 4919 (in Riv. it. dir. lav., 2014, II, p. 770; in Foro it., 2014, I, p. 1530), che precisa come fra le indennità di cui parla la norma sia compresa l'indennità sostitutiva del preavviso.

***** Con il solito problema di capire se possa assimilarsi al congedo di paternità "classico" il nuovo congedo obbligatorio introdotto dalla riforma Fornero.

***** Cass., sez. lav., 11 luglio 2012, n. 11676.

Contro questa lettura, considerata evidentemente riduttiva, è tuttavia una recente giurisprudenza di merito: per Trib. Monza, 18 febbraio 2020, “il lavoratore padre ha diritto di dare le dimissioni senza preavviso, durante il periodo di divieto di licenziamento della lavoratrice madre, anche se non abbia fruito del congedo di paternità, indipendentemente dai motivi delle dimissioni”.

Dai due nuclei di regole ora sintetizzati emerge dunque che la normativa non esclude (e certo non potrebbe farlo, pena la violazione dell'art. 4 Cost., che garantisce a tutti la libertà prima ancora che il diritto al lavoro) che la lavoratrice possa decidere di non rientrare al lavoro dopo un periodo di sospensione legato alla maternità ma, da un lato, si preoccupa di verificare la genuinità della scelta e, dall'altro, dando quasi per scontato che si tratta di una scelta “sofferta”, vuole in qualche misura indennizzare la lavoratrice, prevedendo una sorta di risarcimento forfettizzato, corrispondente appunto all'indennità di mancato preavviso, oltre al diritto di godere delle prestazioni previdenziali connesse allo stato di disoccupazione, qualora ne sussistano ovviamente tutte le altre condizioni.

Novità normative sul rientro al lavoro della madre e brevi considerazioni conclusive

Su di un altro fronte, evidentemente allo scopo di indurre la lavoratrice a rientrare al lavoro, evitando di dimettersi, la legge di bilancio per il 2022 (legge 30 dicembre 2021, n. 234), all'art. 1, comma 137, ha riconosciuto in via sperimentale, per l'anno 2022, nella misura del 50%, l'esonero per un anno dal versamento dei contributi previdenziali a carico delle lavoratrici madri dipendenti del settore privato, a decorrere dalla data del rientro nel posto di lavoro dopo la fruizione del congedo obbligatorio di maternità e per un periodo massimo di un anno a decorrere dalla data del predetto rientro.* In questo modo si rende più sostanziosa (anche se non in misura rilevante) la busta paga della dipendente che rientra al lavoro dopo la nascita di un figlio, dato che lo sconto si applica alla quota di contributi a suo carico.**

Il prezzo da pagare per la donna sembra essere tuttavia la rinuncia ad usufruire del congedo parentale. Ci si potrebbe chiedere, in realtà, se dopo il rientro (magari di breve durata), con conseguente acquisizione del diritto allo sconto, la lavoratrice

* Resta invece ferma l'aliquota di computo delle prestazioni pensionistiche.

** Tale quota varia, in relazione ai settori, dal 9,19% al 9,45% della retribuzione lorda.

possa scegliere di usufruire del congedo parentale. L'*escamotage* non appare tuttavia coerente con quella che sembra essere la *ratio* della norma, che sostituisce in qualche misura i *voucher* per l'acquisto di servizi di *baby-sitting* o di servizi per l'infanzia, che erano stati introdotti dalla legge Fornero nel 2012 (e che non sono più operativi dal 2019). Anche in quel caso, infatti, le neomadri dovevano rinunciare all'astensione facoltativa.

In sostanza il legislatore mette in campo diverse misure volte ad agevolare in ogni caso le lavoratrici madri, in questo caso in particolare quando scelgono di rientrare subito al lavoro, preferendo tale soluzione ad altre (come appunto il congedo parentale, ed in specie quello “a ore”) che incentivano invece il prolungamento dell'assenza. La neomamma dovrebbe, in ogni caso, poter cumulare questa misura con altre che si sono analizzate in precedenza, come il *part-time* in luogo del congedo parentale o il lavoro agile. Si può quindi concludere nel senso che ad essere spalleggiata dalla normativa è in ogni caso la scelta autonoma della donna (che può anche essere differita nel tempo) di non rientrare o rientrare al lavoro, ed in questo secondo caso di farlo in modo graduale.

Un fugace accenno va fatto, infine, alla circostanza che l'applicazione delle regole così analizzate ha subito un inevitabile contraccolpo per effetto della crisi pandemica, sanitaria, sociale e lavorativa che ha investito il nostro Paese nell'ultimo biennio. Non è possibile soffermarci in questa sede su questo profilo, ma è sufficiente ricordare un dato che, fra i tanti, emerge dalla Relazione annuale sulle convalde delle dimissioni e risoluzioni consensuali delle lavoratrici madri e dei lavoratori padri elaborata dall'Ispettorato nazionale del lavoro nel 2020 (l'ultima edita).*

Se si considerano infatti le cessazioni dei rapporti di lavoro nel biennio 2019-2020, si vede che in generale esse riguardano più gli uomini che le donne, ma se ci si ferma ad analizzare la condizione di genitorialità, si scopre che, con riferimento alle dimissioni e alle risoluzioni consensuali nel periodo di protezione, la proporzione si inverte: i provvedimenti di convalida hanno invero interessato molto di più le madri che i padri, e precisamente il 72,9% dei casi nel 2019 e il 77,4% dei casi nel 2020. Se ne deduce che l'allontanamento (anche solo provvisorio) maschile dal mercato del lavoro legato alla genitorialità, già di regola meno frequente di

* Essa si sofferma, tra le altre cose, sulla “valutazione del costo opportunità per le donne della prosecuzione del rapporto di lavoro, tenuto conto del ruolo svolto dalle stesse nell'esercizio della cura e assistenza di bambini e anziani”.

quello femminile, si è contratto ulteriormente nell'ultimo periodo e, soprattutto, si è contratto in modo molto più intenso di quello femminile.

Si tratta ora di capire se l'auspicato ritorno a una situazione di normalità, sul fronte pandemico e quindi dell'occupazione, possa rimettere in moto in modo efficace il sistema delle tutele a favore dei genitori che rientrano al lavoro, che, come si è visto, non difetta certo di regole ma piuttosto di effettività, anche per ragioni culturali sulle quali la legge può incidere solo in parte e nel lungo periodo.