il PUNTO
Il Sole 24 ORE
GUIDA al LAVORO

Maternità e paternità dopo la riforma Fornero

- *Congedi: disciplina e trattamento economico*
- *Interdizione anticipata per lavoro a rischio*
- *Riposi e permessi*
- *Divieto di licenziamento*
- *Dimissioni*

di ***Rossella Schiavone***

Supplemento al numero odierno di Guida al Lavoro - Poste Italiane S.p.A. - Sped. in A.P. - D.L. 353/2003, conv. L. 46/2004, art. 1, c. 1 - DCB Roma

Il congedo di maternità

Ai sensi dell'art. 16 del Testo unico sulla maternità e paternità è assolutamente vietato adibire le donne al lavoro:
a) durante i due mesi precedenti la data presunta del parto;
b) ove il parto avvenga oltre tale data, per il periodo intercorrente tra la data presunta e la data effettiva del parto;
c) durante i tre mesi dopo il parto;
d) durante gli ulteriori giorni non goduti prima del parto, qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta. Tali giorni sono aggiunti al periodo di congedo di maternità dopo il parto.
Da sottolineare che il giorno del parto costituisce il *dies a quo* per calcolare a ritroso i 2 mesi precedenti il parto ed i 3 successivi a cui la donna ha diritto a titolo di congedo di maternità ed a tal proposito si rammenta che la madre è tenuta a presentare il certificato di nascita del bambino o a rilasciare apposita autocertificazione entro 30 giorni dalla nascita del bambino.

La sentenza della Corte costituzionale n. 116/2011

Con sentenza n. 116/2011, la Corte costituzionale ha posto fine ad una questione abbastanza «scottante» a seguito di diverse sentenze di alcuni Tribunali che riconoscevano il diritto alla madre a fruire del congedo di maternità non già dalla nascita del bambino, avvenuta in questi casi molto prematuramente, ma dall'ingresso del bambino in famiglia.
In particolare, laddove alla nascita prematura seguiva il ricovero dei bambini in terapia intensiva, il Tribunale riconosceva la decorrenza del congedo di maternità dalle dimissioni dall'ospedale e conseguente rientro nella famiglia.
Nella sentenza n. 116/2011, la Corte costituzionale ha affermato che il *dies a quo* da cui deve decorrere il congedo di maternità in caso di parto prematuro va legato all'ingresso del neonato nella casa familiare, ovvero al momento idoneo a stabilire la comunione di vita tra madre e figlio che l'immediato ricovero del neonato nella struttura ospedaliera non aveva consentito al momento della nascita.
In definitiva il giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 16, lettera *c)*, Dlgs n. 151/2001, nella parte in cui non consente, nell'ipotesi di parto prematuro con ricovero del neonato in una struttura sanitaria pubblica o privata, che la madre lavoratrice possa fruire, a sua richiesta e compatibilmente con le sue condizioni di salute attestate da documentazione medica, del congedo obbligatorio che le spetta, o di parte di esso, a far tempo dalla data d'ingresso del bambino nella casa familiare.
L'Inps, in merito (msg. n. 14448/2011), ha riconosciuto la possibilità per la madre, in caso di parto prematuro con conseguente ricovero del neonato in struttura ospedaliera, di fruire del congedo di maternità spettante dopo il parto dalla data di ingresso del neonato nella casa familiare, previa offerta al datore di lavoro della propria prestazione lavorativa.
Tuttavia, l'Istituto ha specificato che il differimento del congedo di maternità non può essere richiesto se il ricovero del bambino non sia dovuto alla prematurità ma ad altri motivi.
Comunque, per poter fruire del differimento in questione la puerpera deve:
- farsi rilasciare dalla struttura presso cui è ricoverato il neonato una certificazione dalla quale emerga il rapporto causa-effetto esistente tra la nascita prematura e l'immediato ricovero (la stessa struttura dovrà successivamente attestare le dimissioni del neonato);
- farsi certificare la propria idoneità al lavoro dal medico specialista del Ssn (o con esso convenzionato) e dal medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro, ove previsto (art. 20, Dlgs n. 151/2001).

L'interruzione di gravidanza dopo il 180° giorno di gestazione

In passato, ai sensi dell'art. 12, comma 2, Dpr n. 1026/1976, l'interruzione della gravidanza spontanea o terapeutica, avvenuta dopo il 180° giorno dall'inizio della gestazione, era considerata parto per cui alla lavoratrice spettavano obbligatoriamente il congedo di maternità *post partum* per 3

mesi. L'articolo 2 del decreto legislativo n. 119/2011, ha aggiunto il comma 1-*bis* all'articolo16, Dlgs n. 151/2001 per cui, attualmente, in caso di interruzione spontanea o terapeutica della gravidanza successiva al 180° giorno dall'inizio della gestazione (l'Inps riconosce il diritto anche nel caso in cui l'interruzione avvenga in coincidenza del 180° giorno) ed in caso di decesso del bambino alla nascita o durante il congedo di maternità, le lavoratrici possono di riprendere l'attività lavorativa.
Tuttavia è richiesto che il medico specialista del Ssn o con esso convenzionato, e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro, attestino che il rientro in servizio non arrechi pregiudizio alla salute della lavoratrice la quale è, comunque, tenuta a dare un preavviso di 10 giorni al proprio datore di lavoro.
In conclusione, poiché la lavoratrice nel caso di specie rinuncia di fatto a parte del congedo di maternità, non avendo diritto alla relativa indennità deve dichiarare all'Inps, sotto la propria responsabilità, sia di aver presentato al datore di lavoro le attestazioni mediche previste dalla norma, sia la data di ripresa dell'attività lavorativa.

La flessibilità del congedo di maternità

Ai sensi dell'art. 20 del Tu sulla maternità e paternità, fermo restando la durata complessiva del congedo di maternità, le lavoratrici gestanti possono posticipare l'inizio del congedo di maternità ad un mese prima della data presunta del parto, facendo slittare la fine dello stesso a 4 mesi dopo il parto.
Per poter, però, fruire di tale possibilità, è necessario che la lavoratrice abbia una certificazione attestante che lo svolgimento dell'attività lavorativa durante l'8° mese di gravidanza non arrechi pregiudizio alla sua salute ed a quella del nascituro rilasciata da parte:
1. del medico specialista (ginecologo) del Ssn o con esso convenzionato;
2. del medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro, nel caso in cui sussista l'obbligo di sorveglianza sanitaria (Ministero del lavoro, circ. n. 43/2000).

Il congedo di maternità in caso di adozione ed affidamento

Il congedo di maternità spetta per un periodo massimo di 5 mesi anche alle lavoratrici che abbiano adottato un minore, a prescindere dall'età del bambino e, in caso di adozione nazionale, il congedo va usufruito entro i 5 mesi successivi all'effettivo ingresso in famiglia del bambino.
I cinque mesi di congedo spettano per intero anche qualora l'adottato raggiunga la maggiore età durante la fruizione della madre adottiva del congedo (Inps, circ. n. 16/2008) e, inoltre, per analogia con le madri biologiche, il giorno di ingresso in famiglia va aggiunto ai 5 mesi spettanti.
In caso di adozione internazionale, il congedo di maternità può essere usufruito entro i 5 mesi successivi all'ingresso del minore nel nostro Paese e, fermo restando la durata complessiva del congedo, questo può essere utilizzato, anche solo in parte, prima dell'ingresso del minore in Italia, durante il periodo di permanenza all'estero richiesto per permettere l'incontro con il minore e per gli adempimenti relativi alla procedura di adozione.
Anche in questo caso, la madre adottiva ha diritto all'astensione dal lavoro a prescindere dall'età del minore all'atto dell'adozione ed il diritto spetta per l'intero periodo anche nel caso in cui il minore raggiunga la maggiore età durante la fruizione del congedo e, inoltre, al congedo di maternità successivo all'ingresso in Italia, va aggiunto il giorno di ingresso in Italia del minore.
Ad ogni buon conto, per l'adozione internazionale, la lavoratrice durante la permanenza all'estero può fruire anche di periodi di congedo non indennizzati, né retribuiti.
In caso di affidamento di minore, il congedo di maternità può essere fruito, in modo continuativo o frazionato, per massimo 3 mesi ed entro 5 mesi dall'affidamento.

Il trattamento economico

Come stabilisce l'art. 22, Dlgs n. 151/2001, durante il congedo di maternità (anticipazione e proroga compresa) la lavoratrice ha diritto ad un'indennità giornaliera pari all'80% della retribuzione media globale giornaliera (Rmg) percepita nel periodo di paga quadrisettimanale o mensile scaduto ed immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha inizio il congedo di maternità.
A quanto sopra va aggiunto il rateo giornaliero relativo alla tredicesima mensilità ed altri premi o mensilità o trattamenti accessori eventualmente erogati alla lavoratrice (si ricorda che ai sensi dell'art. 23, Dlgs n. 151/2001, concorrono a formare la retribuzione gli stessi elementi che vengono considerati agli effetti della determinazione delle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria per le indennità economiche di malattia).
Il trattamento economico viene anticipato dal datore di lavoro che deve porre successivamente le somme a conguaglio con i contributi mensilmente dovuti all'Istituto previdenziale anche se, a volte, i

Ccnl prevedono un'integrazione a carico dello stesso datore di lavoro fino al raggiungimento del 100% della retribuzione.
In caso di mancata anticipazione datoriale, l'Inps (msg. n. 28997/2010), ha ammesso che l'indennità possa essere erogata dall'Istituto stesso in presenza delle seguenti situazioni:
1. nel caso in cui il datore di lavoro sia stato sottoposto a procedura concorsuale;
2. qualora l'Inps stia effettuando il pagamento diretto del trattamento di Cig, anche in deroga;
3. quando la Dtl, accertato l'inadempimento datoriale, abbia disposto il pagamento diretto della prestazione da parte dell'Istituto;
4. nei casi in cui l'omessa anticipazione riguardi eventi indennizzabili insorti nel corso dell'attività di un'azienda successivamente cessata;
5. in presenza di aziende ancora attive che, però, si rifiutino espressamente di anticipare l'indennità.
È comunque il caso di sottolineare che l'indennità di maternità è erogata direttamente dall'Inps alle lavoratrici a tempo determinato, a quelle in disoccupazione o sospese ed alle collaboratrici familiari.
Il diritto all'indennità di maternità spetta pur in presenza di una risoluzione del rapporto di lavoro purché dovuta a:
- cessazione dell'attività aziendale cui la lavoratrice è addetta (art. 24, Dlgs n. 151/2001);
- ultimazione della prestazione per cui la lavoratrice è stata assunta (art. 24, Dlgs n. 151/2001);
- scadenza del contratto a termine (art. 24, Dlgs n. 151/2001);
- colpa grave della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro (Corte costituzionale, sent. n. 405/2001).
Infine, si ricorda che, ai sensi dell'art. 24 del Tu, sono ammesse al godimento dell'indennità di maternità anche le lavoratrici che, all'inizio del congedo di maternità siano sospese, assenti dal lavoro senza retribuzione o disoccupate, purché tra l'inizio della sospensione, dell'assenza o della disoccupazione e l'inizio del congedo di maternità, non siano trascorsi più di 60 giorni.
Per espressa previsione legislativa, ai fini del computo dei predetti 60 giorni, non si tiene conto delle assenze dovute a malattia o ad infortunio sul lavoro, accertate e riconosciute dagli enti gestori delle relative assicurazioni sociali, né del periodo di congedo parentale o di congedo per la malattia del figlio fruito per una precedente maternità, né del periodo di assenza fruito per accudire minori in affidamento, né del periodo di mancata prestazione lavorativa prevista dal contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale.
Qualora il congedo di maternità abbia inizio trascorsi 60 giorni dalla risoluzione del rapporto di lavoro e la lavoratrice si trovi, all'inizio del periodo di congedo stesso, disoccupata e in godimento dell'indennità di disoccupazione, ha diritto all'indennità giornaliera di maternità anziché all'indennità ordinaria di disoccupazione.
La lavoratrice che sia disoccupata all'inizio del periodo di congedo di maternità ma non sia in godimento dell'indennità di disoccupazione, ha diritto all'indennità giornaliera di maternità, purché al momento dell'inizio del congedo di maternità non siano trascorsi più di 180 giorni dalla data di risoluzione del rapporto e, nell'ultimo biennio che precede il suddetto periodo, risultino a suo favore, nell'assicurazione obbligatoria per le indennità di maternità, 26 contributi settimanali
Inoltre, sempre ai sensi del citato art. 24, la lavoratrice che, nel caso di congedo di maternità iniziato dopo 60 giorni dalla data di sospensione dal lavoro, si trovi, all'inizio del congedo stesso, sospesa e in godimento del trattamento di integrazione salariale a carico della Cig, ha diritto, in luogo di tale trattamento, all'indennità giornaliera di maternità.
Le disposizioni dell'art. 24, Dlgs n. 151/2001, si applicano anche ai casi di fruizione dell'indennità di mobilità.

Il trattamento normativo e previdenziale

Sempre ai sensi dell'art. 22, Dlgs n. 151/2001, i periodi di congedo di maternità vanno computati nell'anzianità di servizio a tutti gli effetti, compresi quelli relativi alla tredicesima mensilità ed alle ferie.
Le ferie e le assenze eventualmente spettanti alla lavoratrice ad altro titolo non vanno godute contemporaneamente ai periodi di congedo di maternità.
Il comma 3 dello stesso art. 22, prevede che i periodi di congedo di maternità non si computino ai fini del raggiungimento dei limiti di permanenza nelle liste di mobilità di cui all'art. 7 della legge n. 223/1991, fermi restando i limiti temporali di fruizione dell'indennità di mobilità, ma si computano per il calcolo dei sei mesi di lavoro effettivamente prestato al fine della maturazione del diritto alla relativa indennità.
Per quanto concerne il trattamento previdenziale, l'art. 25, Dlgs n. 151/2001, stabilisce che le lavoratrici, durante i periodi di congedo di maternità, hanno diritto all'accreditamento dei contributi figurativi per il diritto alla pensione purché siano in costanza di rapporto di lavoro e indipendentemente dall'anzianità contributiva pregressa.

Il congedo di paternità

Ai sensi dell'art. 28 del Tu, il padre lavoratore ha diritto di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice in caso di: morte della madre (occorre presentare il certificato di morte o apposita autocertificazione); infermità della madre (occorre la certificazione medica rilasciata dal Ssn attestante la grave infermità); abbandono del bambino da parte della madre (occorre l'autocertificazione relativa all'abbandono del bambino); affidamento esclusivo del bambino al padre (occorre il provvedimento giudiziale che attesti l'affidamento esclusivo al padre).
Nonostante la norma parli di madre lavoratrice, è stato chiarito (Inps, circ. 8/2003) che il padre lavoratore ha un diritto autonomo a fruire del congedo di paternità che dipende dalla madre lavoratrice solo ed esclusivamente con riferimento alla durata del periodo, nel senso che, qualora la madre abbia fruito del congedo di maternità per un certo periodo, allora il padre avrà diritto a fruire del congedo solo per il restante periodo che sarebbe alla stessa spettato. Da notare che, come chiarito dall'Inps (msg. 14448/2011), a seguito della sentenza della Consulta 116/2011, in caso di parto prematuro con conseguente ricovero del neonato in struttura ospedaliera, anche il lavoratore padre - in caso di decesso o grave infermità della madre, abbandono del neonato da parte della madre o affidamento esclusivo del neonato al padre - può iniziare a fruire del congedo di paternità dalla data di ingresso del neonato nella casa familiare, presentando la certificazione sanitaria dalla quale possa rilevarsi il rapporto di causa-effetto esistente tra la nascita prematura del neonato e l'immediato ricovero dello stesso, nonché la data di dimissione dal ricovero.

Il congedo di paternità dopo la riforma

La legge n. 92/2012 (riforma Fornero), con l'art. 4, comma 24, ha introdotto in via sperimentale per gli anni 2013-2015: un giorno di congedo di paternità obbligatorio da fruirsi entro 5 mesi dalla nascita del figlio; due giorni di congedo da usufruire facoltativamente, entro i 5 mesi dalla nascita del figlio, in sostituzione della madre e previo accordo con la stessa. Per il giorno di congedo di paternità obbligatorio è riconosciuta al padre un'indennità pari al 100% della retribuzione, mentre per i 2 giorni da godere facoltativamente in sostituzione della madre, la legge riconosce al padre un'indennità, a carico dell'Inps, pari al 100% della retribuzione. Dato il tenore letterale della norma, sembrerebbe che il primo giorno obbligatorio sia a carico del datore anche se il termine utilizzato dal legislatore («indennità») lascerebbe pensare il contrario. Comunque, dovrà essere emanato dal Ministero del lavoro un decreto di natura non regolamentare, che stabilirà i criteri di accesso e le modalità di utilizzo del congedo di paternità *ex lege* n. 92/2012. Ad ogni modo, per poter fruire sia del giorno di congedo obbligatorio che di quelli facoltativi, il padre lavoratore è tenuto a dare preventiva comunicazione al proprio datore - almeno 15 giorni prima - dei giorni prescelti per astenersi da lavoro.

Adozione ed affidamento

L'art. 31, Dlgs n. 151/2001, concede al padre lavoratore dipendente adottivo ed affidatario il diritto al congedo di paternità per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua in caso di decesso o grave infermità della madre, abbandono, affidamento esclusivo, ma anche in alternativa alla madre lavoratrice dipendente che vi rinunci anche solo parzialmente, alle stesse condizioni previste per la madre avente diritto. In pratica, il padre adottivo ed affidatario, a differenza del padre naturale, può decidere di usufruire del congedo di paternità anche qualora non sussista alcuna condizione particolare, ma solo sulla base di una libera scelta fatta con l'altro genitore.

Trattamento economico e previdenziale

Eccetto che per il giorno di congedo obbligatorio e per i 2 giorni facoltativi stabiliti dalla riforma, per cui spetta il 100% della retribuzione, il padre lavoratore in congedo di paternità ha diritto allo stesso trattamento economico, normativo e previdenziale spettante alla madre lavoratrice; l'unica differenza è che al congedo di paternità non si applicano le disposizioni relative al prolungamento del diritto alla corresponsione del trattamento economico.

Il congedo parentale

Per ogni bambino, ciascun genitore ha diritto ad astenersi dal lavoro nei primi 8 anni di vita dello stesso secondo le modalità di seguito specificate ma, complessivamente l'astensione non può superare il limite di 10 mesi. Poiché il diritto spetta per ogni bambino, va da sé che in caso di parto gemellare o plurigemellare, ciascun genitore ha diritto a fruire, per ogni nato, del numero di mesi di congedo parentale previsti dalla legge (Inps, circ. n. 8/2003), e, quindi, anche il limite massimo dei mesi fruibile deve essere moltiplicato per il numero di gemelli nati. Nell'ambito del citato limite di 10 mesi, il diritto di astenersi dal lavoro compete:
a) alla madre lavoratrice, trascorso il periodo di congedo di maternità, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a 6 mesi;
b) al padre lavoratore, dalla nascita del figlio, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a 6 mesi, elevabile a 7 nel caso in cui eserciti il diritto per un periodo non inferiore a 3 mesi;
c) qualora vi sia un solo genitore, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a 10 mesi.
Nel caso in cui il padre lavoratore eserciti il diritto di astenersi dal lavoro per un periodo continuativo o frazionato non inferiore a 3 mesi, il limite complessivo dei congedi parentali dei genitori è elevato a 11 mesi.
La norma è indubbiamente di non facile comprensione, pertanto proponiamo lo schema di seguito riportato.
Il congedo parentale spetta al genitore richiedente anche qualora l'altro non ne abbia diritto e quindi è un diritto personale spettante a ciascun genitore; inoltre occorre tenere presente che entrambi i genitori ne possono usufruire contemporaneamente ed il padre ne può usufruirne anche quando la madre è in congedo di maternità o gode dei riposi giornalieri previsti durante il primo anno di vita del bambino. Il genitore che intende fruire del congedo parentale è tenuto, salvo il caso di oggettiva impossibilità, a preavvisare il proprio datore di lavoro secondo le modalità ed i criteri definiti dai contratti collettivi e, comunque, con un periodo di preavviso non inferiore a 15 giorni (art. 32, Dlgs n. 151/2001).

Congedo parentale fruito della madre	Congedo parentale fruibile dal padre	Totale
1 mese	7 mesi	8 mesi
2 mesi	7 mesi	9 mesi
3 mesi	7 mesi	10 mesi
4 mesi	7 mesi	11 mesi
5 mesi	6 mesi	11 mesi
6 mesi	5 mesi	11 mesi
Congedo parentale fruito del padre	**Congedo parentale fruibile dalla madre**	**Totale**
1 mese	6 mesi	7 mesi
2 mesi	6 mesi	8 mesi
3 mesi	6 mesi	9 mesi
4 mesi	6 mesi	10 mesi
5 mesi	6 mesi	11 mesi
6 mesi	5 mesi	11 mesi
7 mesi	4 mesi	11 mesi

Il genitore «solo»

Poiché, qualora vi sia un solo genitore, lo stesso ha diritto ad un periodo continuativo o frazionato di congedo parentale non superiore a 10 mesi, occorre chiarire che si intende «genitore solo» il genitore in caso di: *a)* morte dell'altro genitore; *b)* abbandono del figlio da parte di un genitore; *c)* affidamento esclusivo del figlio ad un solo genitore; *d)* non riconoscimento del figlio da parte di un genitore; *e)* altro genitore colpito da grave infermità anche temporanea (il venir meno dell'infermità temporanea interrompe la maggior fruizione del congedo parentale concesso al genitore solo, ed il maggior periodo già fruito, determina la riduzione del periodo di congedo parentale spettante all'altro genitore). In merito occorre segnalare che la situazione di «genitore single» non realizza di per sé la condizione di «genitore solo», mentre, in caso di separazione, per essere «genitore solo» è necessario che nella sentenza di separazione risulti che il figlio sia affidato esclusivamente ad uno solo dei genitori.

L'uso frazionato del congedo parentale

In caso di fruizione del congedo parentale in modo frazionato è necessaria la ripresa effettiva del lavoro tra una frazione e l'altra, ma tale ripresa non è non

rinvenibile nella fruizione di un periodo di ferie (Inps, circ. n. 82/2001). Quindi, se i periodi frazionati si susseguono in modo continuativo oppure sono intervallati da ferie, i giorni festivi (ed i sabati in caso di settimana corta) sono conteggiati come giorni di congedo parentale. Qualora, invece il genitore, a seguito di un periodo di congedo parentale, fruisca, immediatamente dopo, di giorni di ferie o malattia, riprendendo quindi l'attività lavorativa, le giornate festive (ed i sabati in caso di settimana corta) cadenti tra il periodo di congedo parentale e le ferie o la malattia non vanno computate nel congedo parentale.

L'abuso del congedo parentale

L'Inps (circ. n. 62/2010) sostiene che il genitore in congedo parentale non possa intraprendere una nuova attività lavorativa perché, in caso contrario, finirebbe col sottrarsi dalla responsabilità di occuparsi della cura del bambino. Il padre lavoratore che durante la fruizione del congedo parentale intraprenda una nuova attività, non ha, quindi, diritto a percepire l'indennità che gli spetta per legge ed, eventualmente, sarà tenuto a rimborsare all'Istituto quanto già indebitamente percepito (l'incompatibilità sussiste anche nei casi in cui il congedo non sia indennizzabile per superamento dei limiti temporali e reddituali di legge). Qualora, invece, il lavoratore sia titolare di più rapporti di lavoro part time, può fruire del congedo parentale relativamente ad un solo rapporto di lavoro e proseguire l'attività nell'altra attività.

I voucher della riforma Fornero

La legge n. 92/2012 ha introdotto in via sperimentale, per gli anni 2013-2015, la possibilità per la madre lavoratrice, al termine del periodo di congedo di maternità, per gli 11 mesi successivi e in alternativa al congedo parentale, di fruire di voucher per l'acquisto di servizi di baby-sitting, ovvero per fare fronte agli oneri della rete pubblica dei servizi per l'infanzia, o dei servizi privati accreditati, da richiedere al datore. Anche per questa misura occorrerà attendere un decreto di natura non regolamentare del Ministero del lavoro di concerto con il Ministero dell'economia, che dovrà stabilire il numero e l'importo dei voucher, tenuto anche conto dell'indicatore della situazione economica equivalente del nucleo familiare.

Il prolungamento del congedo parentale

Per i genitori di bambini portatori di handicap grave, il Tu ammette la possibilità di prolungare il congedo parentale per massimo 3 anni, compresi i periodi di congedo parentale ordinario da utilizzare entro il compimento dell'8° anno di vita del minore. Il prolungamento del congedo parentale può essere fruito in maniera continuativa o frazionata, per ogni minore con handicap grave e purché il bambino non sia ricoverato a tempo pieno in istituti specializzati, salvo il caso in cui, pur in presenza di ricovero, la presenza dei genitori sia richiesta dai sanitari.

Trattamento economico e previdenziale

L'art. 34, Dlgs n. 151/2001 specifica che, per i periodi di congedo parentale, ai genitori spetta, fino al 3° anno di vita del bambino, un'indennità pari al 30% della retribuzione, per un periodo massimo complessivo tra i genitori di 6 mesi. Anche l'indennità per il congedo parentale deve essere anticipata dal datore il quale provvede successivamente ad effettuare il conguaglio con l'Inps. La retribuzione di riferimento è la stessa utilizzata per l'indennità spettante durante la fruizione del congedo di maternità, eccezione fatta per il rateo di tredicesima e gli altri premi o mensilità o trattamenti accessori, eventualmente erogati al genitore. Per i periodi di congedo parentale successivi ai primi 6 mesi complessivi tra madre e padre, l'indennità spetta solo se il reddito individuale dell'interessato sia inferiore a 2,5 volte l'importo del trattamento minimo di pensione a carico dell'Ago (per il 2012 il congedo parentale fruito successivamente ai primi 6 mesi spetta se il reddito del genitore è inferiore a 15.617,22 euro). Per quanto concerne il trattamento normativo, i periodi di congedo parentale sono computati nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi a ferie e tredicesima mensilità; i periodi di congedo parentale non si computano ai fini del raggiungimento dei limiti di permanenza nelle liste di mobilità ex art. 7, legge n. 223/1991, fermi restando i limiti temporali di fruizione dell'indennità di mobilità, ma si computano per il calcolo dei 6 mesi di lavoro effettivamente prestato al fine di aver diritto alla relativa indennità. I primi 6 mesi di congedo parentale, complessivi tra i 2 genitori e fruiti entro i primi 3 anni del bambino, sono coperti da contribuzione figurativa per il diritto alla pensione; i restanti periodi di congedo parentale, sono coperti da contribuzione figurativa ridotta, calcolata attribuendo come valore retributivo, per tale periodo, il 200% del valore massimo dell'assegno sociale, proporzionato ai periodi di congedo.

Adozione e affidamento

In caso di adozione ed affidamento i genitori possono fruire del congedo parentale, indipendentemente dall'età del bambino e non oltre il compimento della maggiore età ma entro i primi 8 anni dall'ingresso del minore nel nucleo familiare. Il trattamento economico - pari al 30% della retribuzione - spetta per un periodo massimo complessivo di 6 mesi tra i 2 genitori entro i 3 anni dall'ingresso del minore in famiglia.

L'anticipazione del congedo di maternità per gravidanza a rischio

La tutela della maternità è sempre stata importante nel nostro ordinamento tanto che la Costituzione, all'art. 31, assicura la protezione della maternità favorendo gli istituti necessari allo scopo, mentre, all'art. 37, si preoccupa che le condizioni di lavoro consentano l'adempimento dell'essenziale funzione familiare della donna lavoratrice e assicuri alla madre e al bambino una speciale e adeguata protezione.
E la tutela della maternità inizia fin dal concepimento, tanto che la gestante ha diritto a permessi retribuiti a carico del datore di lavoro, ex art. 14, Dlgs n. 151/2001, nel caso in cui debba eseguire esami prenatali, accertamenti clinici e visite specialistiche in orario di lavoro.

L'anticipazione del congedo di maternità

La gestante ha diritto ad anticipare il congedo di maternità:
a) nel caso di gravi complicanze della gravidanza o di persistenti forme morbose che si presume possano essere aggravate dallo stato di gravidanza;
b) quando le condizioni di lavoro o ambientali siano ritenute pregiudizievoli alla salute della donna e del bambino;
c) quando la lavoratrice non possa essere spostata ad altre mansioni.
Nonostante l'art. 17, comma 1, Dlgs n. 151/2001, a tutt'oggi non è stato emanato alcun decreto che indichi i lavori gravosi o pregiudizievoli che dovrebbero dare diritto ad anticipare il congedo di maternità a 3 mesi dalla data presunta del parto per cui è ammessa l'anticipazione del congedo di maternità solo per motivi connessi alla gravidanza a rischio o alle condizioni di lavoro pregiudizievoli che vengono concessi rispettivamente dalle Aziende sanitarie competenti e dalle Direzioni territoriali del lavoro.

L'interdizione per gravidanza a rischio

Dall'1.4.2012, la competenza ad emettere i provvedimenti di interdizione per gravidanza a rischio, o in presenza di persistenti forme morbose che si presume possano essere aggravate dallo stato di gravidanza, è passata alle Aziende sanitarie locali.
Le Aa.Ss.Ll. dovrebbero emettere tali provvedimenti con modalità definite con accordo sancito in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, secondo le risultanze dell'accertamento medico ivi previsto.
Ancora, però, non è stato sancito alcun accordo in Conferenza Stato-Regioni per cui alcune Regioni si sono organizzate e provvedono direttamente ad emettere i provvedimenti interdittivi in questione, mentre in altre Regioni - sulla scorta della nota prot. n. 7247/2012 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali - sono state attivate forme di collaborazione fra le Dtl e le Asl, al fine di evitare l'interruzione dell'emissione dei provvedimenti.
Conseguentemente al momento sul territorio nazionale vi sono situazioni molto differenti per cui le donne devono rivolgersi per ottenere l'anticipazione del congedo di maternità per gravidanza a rischio - a seconda di dove risiedono - alle Asl competenti o, ancora alle Direzioni territoriali del lavoro.
Per quanto concerne le Direzioni territoriali del lavoro che, per accordi presi con le Asl, continuano ad occuparsi della materia, le stesse continuano con le vecchie modalità per cui, la competenza è degli uffici della Provincia ove la lavoratrice risiede o è domiciliata.
La donna che presenta rischi per la gravidanza deve quindi presentarsi presso la Dtl competente presentando apposita richiesta con allegata la certificazione rilasciata da un medico specialista (ginecologo) che attesti il rischio.
La Dtl deve emanare il provvedimento interdittivo entro 7 giorni dalla ricezione della documentazione completa e, ai sensi dell'art. 18 del Dpr n. 1026/1976 - che è il regolamento di esecuzione della legge n. 1204/1971, e che tutt'ora, non essendo stato abrogato, è ancora valido e regolamenta le norme che sono state riproposte nel Dlgs n. 151/2001 - deve rilasciare apposita ricevuta in duplice copia, una delle quali va prodotta al datore di lavoro a cura della lavoratrice stessa.
Alla ricezione della documentazione completa, nel caso in cui il certificato medico sia stato rilasciato dal Ssn, le Dtl emettono direttamente il provvedimento interdittivo, altrimenti, inviano la lavoratrice ad accertamento presso la Asl che è tenuta a confermare o meno la diagnosi e quindi la sussistenza dei requi-

siti che giustificano un'interdizione anticipata.
In quest'ultimo caso è obiettivamente difficile che il provvedimento di interdizione sia emanato dagli uffici entro i previsti 7 giorni ma, qualora il termine non venga rispettato, la domanda si considera accolta e gli uffici sono comunque tenuti ad emanarlo anche oltre il settimo giorno, perché occorre determinare la durata dell'astensione dal lavoro.
Qualora il provvedimento non sia ancora intervenuto, la lavoratrice è tenuta a riprendere il lavoro alla scadenza del termine indicato nel certificato medico prodotto, ma il provvedimento, quando viene rilasciato, decorre comunque dalla data di inizio dell'astensione dal lavoro (art. 18, Dpr n. 1026/1976).
In merito alla necessità della presentazione della richiesta alla Dtl, da parte della lavoratrice (ma il concetto dovrebbe adesso comunque valere anche per la richiesta alla Asl) per poter usufruire dell'astensione anticipata per gravi complicanze della gestazione, si segnala la sentenza della Corte di cassazione n. 603/2000, in cui è stato escluso che la prestatrice di lavoro possa beneficiare dello speciale regime di protezione previsto per le lavoratrici in gravidanza e, quindi, possa aver diritto all'astensione anticipata, solo presentando una «semplice denuncia di malattia», ritenendo, al contrario, necessario che alla sussistenza dei rischi per la gravidanza sia associato il rilascio di un provvedimento di interdizione degli uffici del lavoro che «costituisce un fatto di legittimazione ed una *condicio iuris* della riconducibilità dell'assenza dal lavoro allo stato di gravidanza».
Sempre la Suprema Corte, con sentenza n. 2466/2000, ha sottolineato che, poiché l'anticipazione del congedo di maternità per gravidanza a rischio è giustificata da uno stato morboso, nel periodo di interdizione concesso alla gestante, alla stessa non è permesso svolgere altre attività al fine di evitare un peggioramento del proprio stato di salute o ritardare la possibile guarigione; in caso contrario si avrebbe violazione dell'obbligo di diligenza ex art. 2104 c.c. nonché del dovere di eseguire il contratto in buona fede ex art. 1375 c.c.

La decorrenza

Come chiarito dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali con la risposta all'interpello prot. n. 6584/2006, l'interdizione anticipata per gravidanza a rischio deve coincidere con il primo giorno di assenza dal lavoro, risultante dal Lul al fine di evitare che possa determinarsi un periodo di assenza ingiustificata intercorrente fra il primo giorno di allontanamento dal lavoro imposto dal medico e la data di presentazione dell'istanza alla Dtl.
Quindi, la data di effettivo inizio dell'assenza va dichiarata dalla lavoratrice all'atto della presentazione della domanda ed è ammessa la possibilità di eventuale rettifica in caso di inesattezza riscontrabile sulla base delle registrazioni aziendali.
Ad ogni modo, il provvedimento interdittivo decorre:
- dalla data del 1° giorno di assenza dal lavoro, nel caso in cui il certificato attestante la gravidanza a rischio sia rilasciato in data antecedente o nella medesima data;
- dalla data di rilascio del certificato medico, qualora il 1° giorno di assenza dal lavoro sia antecedente (situazione comune quando la visita dal ginecologo sia preceduta da un periodo di malattia della gestante).
In merito la Cassazione (sent. n. 1640/2004), ha escluso che l'interdizione anticipata possa invocarsi a notevole distanza di tempo dal giorno in cui è sorta la complicanza, eccetto nel caso in cui il ritardo sia dovuto alle condizioni di salute della gestante che vanno provate dalla stessa.
D'altra parte lo stesso Ministero del lavoro, nella citata risposta all'interpello prot. n. 6584/2006, ha evidenziato che «esiste un limite invalicabile alla possibilità di disporre l'interdizione dal lavoro per un periodo antecedente alla domanda, in quanto l'interdizione dal lavoro deve essere comunque adottata sulla base degli accertamenti svolti dal Servizio sanitario nazionale (...) e pertanto le domande corredate dalla certificazione medica di un ginecologo privato devono essere presentate in tempo utile, fintanto che perdurino le complicanze nella gestazione, per consentire il successivo accertamento da parte del medico pubblico».

L'assunzione di una gestante in astensione anticipata

Per la Cassazione (sent. n. 8971/1995), lo stato di gravidanza non osta all'assunzione anche qualora la lavoratrice sia in astensione anticipata per complicanze della gestazione.
Per gli Ermellini, la norma che assicura alle lavoratrici il diritto ad un'indennità giornaliera, nel periodo di interdizione di cui all'art. 17, comma 2, lett. *a)*, Dlgs n. 151/2001, è finalizzata ad evitare che la gestante subisca svantaggi per il suo stato e, per questo, il diritto all'indennità spetta anche nel caso in cui non vi sia di fatto alcuna prestazione lavorativa perché l'inizio del rapporto intervenga quando vi sia in atto un'astensione anticipata autorizzata dalla Dtl.

Lavoro part time

Il presupposto dell'interdizione anticipata per gravidanza a rischio consiste in uno stato di salute che non può consentire la prosecuzione dell'attività e, a tal proposito, il Ministero del lavoro con la risposta

all'interpello prot. n. 6584/2006, non ha ritenuto configurabile un provvedimento di interdizione dal lavoro a carattere solo parziale.
Quindi, qualora la lavoratrice in gravidanza abbia in essere più contratti di lavoro part time presso diversi datori di lavoro, deve dichiararlo e l'ufficio deve adottare più provvedimenti di interdizione, uno per ogni rapporto di lavoro part time in essere.
Analogamente, per chi scrive, si dovranno adottare più provvedimenti anche qualora la gestante abbia in essere più contratti di lavoro intermittente o contratti di collaborazione coordinata e continuativa a progetto o di associazione in partecipazione.
A tal proposito si rammenta che il Dm 12.7.2007 ha esteso il diritto all'interdizione anticipata per gravidanza a rischio anche alle lavoratrici a progetto ed alle associate in partecipazione iscritte alla Gestione separata Inps.

La cessazione del rapporto di lavoro e lo stato di disoccupazione

L'Inps, con msg. n. 343/2003, ha chiarito che l'interdizione anticipata è assimilabile, ai fini del riconoscimento del diritto all'indennità di maternità, alla normale astensione obbligatoria prima del parto, per cui, anche qualora l'anticipazione del congedo di maternità per gravidanza a rischio intervenga quando la lavoratrice sia assente dal lavoro senza retribuzione o disoccupata, la stessa avrà diritto all'indennità di maternità purché non siano trascorsi più di 60 giorni tra l'inizio della sospensione, assenza o disoccupazione, e l'inizio dell'interdizione.
In merito si è pronunciato anche il Consiglio di Stato con il parere n. 460/2003, in cui è stato ribadito il principio generale secondo cui la tutela della maternità non può venir meno in caso di risoluzione del rapporto di lavoro; ancora più in particolare, nel citato parere è stato affermato che l'esistenza di gravi complicanze della gestazione non è connessa con lo svolgimento della prestazione lavorativa e può quindi prescindere dall'esistenza di un rapporto di lavoro in corso.
Per il Consiglio di Stato, il divieto di adibire al lavoro le donne in caso di sussistenza di rischi della gravidanza ricomprende anche le ipotesi di lavoro «potenziale», per cui, in presenza dei rischi in questione, è vietato adibire le donne al lavoro anche se in stato di disoccupazione perché le stesse potrebbero in tale periodo trovare lavoro, con conseguente erogazione dei benefici che la legge prevede per il periodo coperto dal divieto assoluto.
Anche il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con circolare n. 70/2004, ha precisato che può essere concesso il prolungamento dell'interdizione anticipata e della correlata indennità economica pur in carenza di un sottostante rapporto di lavoro.
A sua volta, l'Inps, con circolare n. 50/2005, si è pronunciata in tal senso ed ha sottolineato che, qualora l'interdizione anticipata non sia concessa con un unico provvedimento, ovvero per un periodo ininterrotto fino a 2 mesi prima del parto, ma sia autorizzata grazie a vari provvedimenti e con soluzione di continuità, anche di un solo giorno, tra un provvedimento e l'altro, occorre verificare, ai fini del diritto all'indennità di maternità, che non siano trascorsi più di 60 giorni dalla data di sospensione o cessazione del rapporto di lavoro, non solo rispetto al primo provvedimento, ma anche rispetto ai provvedimenti (o proroghe) successivi, nonché, ovviamente, rispetto all'inizio dell'astensione obbligatoria.
Nel caso in cui risulti il superamento dei 60 giorni, è ininfluente la circostanza che non siano trascorsi più di 60 giorni tra un provvedimento e l'altro di interdizione anticipata.

L'interruzione della gravidanza prima del 180° giorno di gestazione

Per l'art. 12, Dpr n. 1026/1976, l'interruzione spontanea o terapeutica della gravidanza che si verifica prima del 180° giorno dall'inizio della gestazione, si considera aborto e, ai sensi dell'art. 19, Dlgs n. 151/2001, è considerata a tutti gli effetti come malattia.
L'Inps, per quanto di sua competenza, con circ. n. 139/2002 ha qualificato l'interruzione di gravidanza come malattia ed ha riconosciuto implicitamente che l'interruzione di gravidanza sia qualificabile come malattia determinata da gravidanza.
Tale circostanza è stata confermata dal Ministero del lavoro, con la risposta all'interpello n. 32/2008, il quale ha affermato che in caso di interruzione di gravidanza entro il 180° giorno dall'inizio della gestazione trova applicazione la speciale tutela di cui all'art. 20, Dpr n. 1026/1976, ovvero la non computabilità agli effetti della durata prevista da leggi, da regolamenti o da contratti collettivi, per il trattamento normale di malattia, dei periodi di assistenza sanitaria per malattia determinata da gravidanza.
Ai fini della prova della morbosità determinata da gravidanza, il Ministero del lavoro ha, inoltre, riconosciuto la validità di un certificato rilasciato da un medico di base convenzionato.
Anche l'Inail, con le circolari n. 48/1993 e n. 51/2001, ha riconosciuto che le assenze per interruzione di gravidanza avvenute entro il 180° giorno dall'inizio della gestazione, non sono computabili nel periodo massimo previsto dalla normativa contrattuale per la conservazione del posto di lavoro (cd. periodo di comporto).

L'interdizione anticipata per lavoro a rischio e la proroga del congedo

Ai sensi dell'art. 7, Dlgs n. 151/2001, è vietato adibire le donne in gravidanza al trasporto e sollevamento dei pesi, nonché ai lavori pericolosi, faticosi ed insalubri indicati negli allegati A e B al Testo unico sulla maternità. Fermo restando quanto sopra, il datore di lavoro è tenuto ad effettuare il Documento di valutazione dei rischi (Dvr) specifico per le lavoratrici gestanti e puerpere (art. 11, Dlgs n. 151/2001 e art. 28, Dlgs n. 81/2008), valutando, in particolare, i rischi di esposizione ad agenti fisici, chimici o biologici, processi o condizioni di lavoro di cui all'allegato C del Dlgs n. 151/2001, nel rispetto delle linee direttrici elaborate dalla Commissione dell'Unione europea, individuando le misure di prevenzione e protezione da adottare. Nel caso in cui la gestante sia adibita a mansioni che rientrano nei rischi individuati nei citati allegati A e B o nel Dvr specifico elaborato dal datore di lavoro, la stessa dovrà essere adibita ad altre mansioni per il periodo per il quale è previsto il divieto.

In questo caso è ammesso dal legislatore anche il demansionamento della donna in gravidanza ma la stessa conserva la sua retribuzione e la sua qualifica precedente.

Nel caso in cui le condizioni di lavoro o ambientali siano ritenute pregiudizievoli alla salute della donna e del bambino e la lavoratrice non possa essere spostata ad altre mansioni, la stessa ha diritto all'interdizione anticipata cd. «per lavoro a rischio» che viene disposta dalle Dtl.

L'interdizione in questione può essere disposta su richiesta del datore di lavoro o della lavoratrice gestante, ma è ammessa anche la possibilità che sia disposta d'ufficio, qualora nel corso dell'attività di vigilanza emergano le condizioni che danno diritto all'astensione anticipata.

La Dtl competente è quella sita nella provincia ove la gestante è occupata e la richiesta va accompagnata da un certificato medico attestante la gravidanza in atto. Anche in questo caso l'ufficio ha 7 giorni di tempo, decorrenti dalla presentazione della documentazione completa, per adottare il provvedimento, così come specificato dall'art. 18, Dpr n. 1026/1976 e confermato dal Ministero del lavoro con la risposta all'interpello prot. n. 97/2006.

La decorrenza

Ai sensi del citato art. 18, Dpr n. 1026/1976 e come, peraltro, ricordato dal Ministero del lavoro con la risposta agli interpelli prot. n. 97/2006 e prot. n. 6584/2006, poiché l'emanazione del provvedimento è condizione essenziale per l'astensione dal lavoro, questa dovrà decorrere dalla data del provvedimento stesso, non potendo essere retroattiva o avere decorrenza a far data dalla presentazione della domanda. Tuttavia, per accelerare l'emanazione del provvedimento interdittivo per «lavoro a rischio», ferma restando la facoltà di successivi accertamenti, la Dtl può disporre immediatamente l'astensione dal lavoro allorquando il datore di lavoro produca una dichiarazione nella quale risulti in modo chiaro, sulla base di elementi tecnici attinenti all'organizzazione aziendale, l'impossibilità di adibire la lavoratrice ad altre mansioni. Sull'argomento, il Ministero del lavoro, con nota prot. n. 4534/2009, ha specificato che nelle more dell'emanazione del provvedimento interdittivo per mansioni a rischio, il datore di lavoro deve adottare tutte le misure previste dal Dvr, con particolare riferimento alla parte concernente i rischi delle gestanti e puerpere. Tuttavia, nel caso in cui l'azienda, nelle more dell'emanazione del provvedimento interdittivo, dovesse decidere di disporre la sospensione cautelativa della gestante, dovrebbe comunque retribuirla.

L'adibizione ad altre mansioni

Con la risposta all'interpello prot. n. 6584/2006, il Ministero del lavoro ha ritenuto inammissibile un provvedimento di interdizione dal lavoro a rischio solo parziale, in quanto la norma «prevede l'interdizione dal lavoro solo qualora sia accertata l'impossibilità di reperire altre mansioni confacenti e non richiede l'esatta equivalenza delle nuove mansioni, addossando di fatto al datore di lavoro l'onere di garantire comunque alla lavoratrice l'intera retribuzione, anche qualora le nuove mansioni fossero inferiori o meno impegnative delle precedenti in termini di durata dell'orario di lavoro». Una tale interpretazione letterale va, però contemperata con il principio generale di correttezza reciproca fra le parti contraenti (art. 1175 c.c.), per cui - continua la risposta

ministeriale - si deve ritenere inesigibile anche una prestazione lavorativa tanto ridotta da diventare inutilmente gravosa per la lavoratrice, costretta ad affrontare il disagio di recarsi sul posto di lavoro, per restare oziosa o rendere una prestazione lavorativa di minima utilità per il datore di lavoro. In definitiva, il presupposto dell'impossibilità non va intesa in senso assoluto in quanto è possibile adottare il provvedimento di interdizione:
- quando non sussista in assoluto alcuna mansione alternativa cui spostare la lavoratrice;
- quando la mansione alternativa astrattamente reperibile, risulti in concreto così poco impegnativa, da potersi considerare effettivamente inesigibile.

Lavoro part time

In generale, sempre ai sensi della risposta all'interpello prot. n. 6584/2006, è inammissibile un provvedimento di interdizione parziale per una parte soltanto dell'orario di lavoro, ma nel caso in cui la gestante sia occupata con più contratti di lavoro part time, è possibile che l'ufficio adotti distinti provvedimenti qualora l'accertamento sulla pericolosità delle mansioni svolte e la possibilità di reperire altre mansioni confacenti porti ad esiti diversi in relazione ai diversi rapporti di lavoro. Per cui, per esempio, la lavoratrice potrebbe ottenere un provvedimento interdittivo per un solo rapporto di lavoro perché l'unico a rischio o perché l'unico in cui il datore di lavoro non sia in grado di adibirla a mansioni confacenti con la gravidanza.

Lo spostamento presso altre unità produttive

A seguito di richiesta di interpello, il Ministero del lavoro, con la nota prot. n. 1865/2006, si è occupato della possibilità di adibire ad altre mansioni la lavoratrice in stato di gravidanza ed in presenza delle condizioni di cui all'art. 17, comma 2, Dlgs n. 151/2001, anche con riferimento ad altre unità produttive della stessa azienda situate ad una distanza ragionevole. La Direzione generale per l'attività ispettiva ha ritenuto che il temporaneo spostamento della lavoratrice a mansioni non vietate possa avvenire anche al di fuori dell'unità produttiva in cui la stessa sia inserita, ma con alcune limitazioni; in particolare, per il Ministero, applicando analogicamente le disposizioni stabilite dall'art. 56, Dlgs n. 151/2001, in materia di rientro al lavoro dopo i congedi per maternità e paternità, la lavoratrice può essere spostata ad altra sede di lavoro in cui vi siano condizioni ambientali compatibili, purché ubicata nello stesso comune e, comunque, previo consenso dell'interessata.

La cessazione del rapporto di lavoro

Elemento essenziale per aver diritto all'interdizione anticipata per lavoro a rischio è la sussistenza di un'effettiva prestazione lavorativa (così come confermato dal Consiglio di Stato nel parere n. 460/2003 e riportato dal Ministero del lavoro nella circolare n. 70/2004), per cui non è possibile l'emissione di un provvedimento di interdizione per condizioni di lavoro o ambientali pregiudizievoli quando la lavoratrice gestante sia disoccupata, in Cig a zero ore, o sospesa. Analogamente:
- in caso di rapporto a tempo determinato, il provvedimento deve avere una scadenza coincidente con la scadenza del contratto di lavoro;
- in caso di cessazione di rapporto di lavoro le Dtl, su richiesta dell'Inps, dovrebbero rettificare i provvedimenti già emessi avente una scadenza successiva (Inps, circ. n. 50/2005).

La proroga del congedo di maternità

Le Dtl possono disporre la proroga del congedo di maternità fino a 7 mesi di età del bambino in caso di: - sussistenza di condizioni di lavoro o ambientali pregiudizievoli alla salute della donna e del bambino; - impossibilità di adibire la lavoratrice ad altre mansioni. Chiaramente si deve trattare di particolari rischi che giustificano tale proroga, elencati negli allegati B e C al Dlgs n. 151/2001 e nell'allegato C, purché siano indicati nel Dvr specifico. Nel caso di specie, la domanda va fatta alla Dtl territorialmente competente che coincide con la provincia ove la lavoratrice presta la propria attività e può essere presentata sia dalla madre che dal datore di lavoro. Alla domanda va allegata autocertificazione della data di nascita del bambino fatta dalla madre o certificato di nascita. Anche in questo caso, la proroga può essere immediatamente disposta qualora il datore di lavoro, anche tramite la lavoratrice, produca una dichiarazione di quest'ultimo nella quale risulti in modo chiaro, sulla base di elementi tecnici attinenti all'organizzazione aziendale, l'impossibilità di adibirla ad altre mansioni. Come per l'interdizione anticipata per «lavoro a rischio», anche per ottenere la proroga del congedo di maternità è necessario che vi sia un'effettiva prestazione lavorativa. Infine, si evidenzia che l'Inps (circ. n. 62/2010), ha modificato il suo precedente orientamento per cui attualmente, in caso di parto prematuro ed in presenza di un provvedimento di proroga del congedo di maternità fino a 7 mesi del bambino, i giorni non goduti prima del parto vanno aggiunti al termine del periodo di proroga, «con conseguente riconoscimento di un periodo di congedo *post partum* complessivamente di maggior durata».

Riposi, permessi e congedi per handicap e malattia del bambino

I riposi giornalieri

Ai sensi dell'art. 39, Tu, il datore di lavoro deve consentire alle lavoratrici madri, durante il primo anno di vita del bambino, due periodi di riposo della durata di un'ora ciascuno, anche cumulabili durante la giornata.

Il riposo è uno solo quando l'orario giornaliero di lavoro è inferiore a 6 ore ed i periodi di riposo diventano pari a mezz'ora ciascuno quando la lavoratrice fruisca di asilo nido o altra struttura idonea, istituiti dal datore di lavoro nell'unità produttiva o nelle sue immediate vicinanze.

I periodi di riposi, comunemente noti come ore di allattamento, sono considerati ore lavorative agli effetti della durata e della retribuzione del lavoro e comportano il diritto della madre ad uscire dall'azienda.

Come stabilito dall'art. 10, Dpr n. 1026/1976, la distribuzione dei riposi giornalieri durante l'orario di lavoro deve essere concordata tra la lavoratrice madre ed il datore di lavoro, tenendo anche conto delle esigenze del servizio; in caso di mancato accordo, la distribuzione dei riposi va determinata dal Servizio ispezione lavoro della Dtl competente per territorio.

Sull'argomento chi scrive ritiene utile rammentare una vecchia nota del Ministero del lavoro (prot. n. 4256/1204/10 del 16.5.1988) in cui è stato chiarito che:

- in caso di sciopero che comporti l'astensione dal lavoro per l'intera giornata, non spettano alla lavoratrice né i riposi giornalieri né la relativa indennità;
- in caso di sciopero parziale al quale partecipi la lavoratrice e che comprenda un orario in cui siano inclusi i periodi di riposo in precedenza fissati, gli stessi non spettano così come non spetta neanche la relativa indennità;
- in caso di sciopero parziale che si svolga in un orario non coincidente con quello fissato per il godimento dei riposi, la lavoratrice ha diritto ad usufruire dei riposi medesimi e della relativa indennità;
- in caso di sciopero parziale, concernente un orario che coincida parzialmente con quello fissato per il godimento dei riposi, la lavoratrice ha diritto ad usufruire ad uno solo dei riposi ed alla relativa indennità.

La stessa nota ritiene applicabili i suddetti orientamenti anche in tutti gli altri casi per i quali si verifichi la sospensione temporanea (totale o parziale) della prestazione lavorativa e della retribuzione.

Dal canto suo, l'Inps (circ. n. 95-*bis*/2006), ha affermato che:

- in riferimento alla cumulabilità delle ore accantonate in «banca ore» con i riposi giornalieri, le ore di permesso giornaliere, ex art. 39, spettano anche nel caso in cui la lavoratrice usufruisca per le restanti ore di recupero e, quindi, anche in assenza di qualsiasi prestazione lavorativa, questo perché va preso a riferimento l'orario giornaliero contrattuale normale e non quello effettivamente prestato;
- qualora a seguito di part time orizzontale una lavoratrice debba effettuare in una determinata giornata una sola ora di prestazione lavorativa, avrà comunque diritto al riposo per cui, per quella giornata, la lavoratrice avrà diritto ad astenersi dall'attività lavorativa.

In caso di parto plurimo, i periodi di riposo sono raddoppiati (e non moltiplicati per il numero dei bambini nati) e le ore aggiuntive possono essere utilizzate anche dal padre, posto che le ore aggiuntive usufruibili dal padre sono 2 nel caso in cui l'orario di lavoro giornaliero normale del padre sia pari o superiore alle 6 ore, ma diventano una sola se l'orario di lavoro giornaliero è inferiore a 6 ore.

I riposi giornalieri spettano al padre:

a) nel caso di figli affidati al solo padre;

b) in alternativa alla madre lavoratrice dipendente che non se ne avvalga;

c) nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente (compreso il caso in cui la madre sia casalinga o disoccupata);

d) in caso di morte o di grave infermità della madre.

Nel caso in cui il padre fruisca dei riposi in luogo della madre lavoratrice che decida di non avvalersi del diritto che gli spetta, può chiederli al proprio datore di lavoro allegando la rinuncia della madre

o apposita autodichiarazione. In caso di adozione ed affidamento l'art. 45 del Tu prevede che i riposi giornalieri, vanno fruiti entro il primo anno dall'ingresso del minore in famiglia.
Inoltre, qualora il bambino sia portatore di handicap grave, i genitori hanno diritto al prolungamento dei riposi giornalieri fino al compimento del 3° anno di vita del bambino ma in alternativa al prolungamento del periodo di congedo parentale.
Ad ogni buon conto si evidenzia che, in presenza di handicap grave, i genitori possono anche decidere di optare, invece che per il prolungamento del congedo parentale o dei riposi giornalieri, per i 3 giorni di permesso mensile retribuito, ex art. 33, comma 3, legge n. 104/1992.

Il congedo straordinario biennale

I genitori di portatori di handicap grave possono fruire, altresì, del congedo straordinario biennale entro 60 giorni dalla richiesta.
Il congedo straordinario biennale regolamentato dall'art. 42, Dlgs n. 151/2001:
- non può superare la durata complessiva di 2 anni per ciascun figlio portatore di handicap e nell'arco della vita lavorativa;
- è accordato a condizione che il figlio da assistere non sia ricoverato a tempo pieno, salvo che, in tal caso, sia richiesta dai sanitari la presenza del genitore che presta assistenza;
- per l'assistenza allo stesso figlio, i diritti al congedo straordinario biennale ed ai permessi mensili sono riconosciuti ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente, ma negli stessi giorni l'altro genitore non può fruire dei 3 giorni di permesso mensile e del prolungamento del congedo parentale.

Durante il periodo di congedo ex art. 42, commi 5 e ss., Dlgs n. 151/2001, il genitore ha diritto a percepire un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione, con riferimento alle voci fisse e continuative del trattamento, e il periodo è coperto da contribuzione figurativa.
La retribuzione annua concedibile riferita al congedo straordinario biennale non può eccedere, per l'anno 2012, l'importo pari a 45.472,00 euro.

Il congedo per la malattia del bambino

Ai sensi dell'art. 47, Tu, entrambi i genitori, alternativamente, possono astenersi dal lavoro durante i periodi di malattia dei figli, tuttavia, mentre fino ai 3 anni (compreso il giorno del compimento del 3° anno di età) il congedo per la malattia del figlio non ha limiti, fra i 3 e gli 8 anni (compreso il giorno del compimento dell'8° anno di età), lo stesso è limitato a 5 giorni lavorativi all'anno per ciascun genitore.
Per poter fruire del congedo per la malattia del figlio, il genitore interessato deve presentare il certificato di malattia rilasciato dal medico specialista del Ssn o con esso convenzionato e deve autocertificare che l'altro genitore non sia in congedo negli stessi giorni per il medesimo motivo.
Il comma 4 del citato art. 47 stabilisce che la malattia del bambino che dia luogo a ricovero ospedaliero interrompe, a richiesta del genitore, il decorso delle ferie in godimento.
A quanto sopra, occorre aggiungere che al congedo in questione non si applicano le disposizioni sul controllo della malattia del lavoratore e che lo stesso spetta al genitore richiedente anche qualora l'altro genitore non ne abbia diritto.
I periodi di congedo per la malattia del figlio:
- sono computati nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie e alla tredicesima mensilità;
- non si computano ai fini del raggiungimento dei limiti di permanenza nelle liste di mobilità ma si computano per il calcolo dei 6 mesi di lavoro effettivamente prestato al fine di aver diritto alla relativa indennità.

Per quanto concerne il trattamento economico, per le assenze a causa della malattia del proprio figlio non è prevista alcuna indennità o retribuzione, fatte salve condizioni di miglior favore previste dai contratti collettivi di qualsiasi livello.
Inoltre, per il periodo di congedo per la malattia del figlio è dovuta la contribuzione figurativa fino al compimento del 3° anno di età, mentre, dal 3° anno di età e fino al compimento dell'8° anno, spetta la contribuzione figurativa ridotta, attribuendo come valore retributivo per tale periodo il 200% del valore massimo dell'assegno sociale, proporzionato ai periodi di riferimento.
In caso di adozione ed affidamento, si ha diritto al congedo per la malattia del bambino ed i genitori adottivi ed affidatari possono assentarsi dal lavoro alternativamente:
- in maniera illimitata per la malattia di ogni bambino adottato o in affido fino al compimento dei 6 anni di età;
- per 5 giorni all'anno per la malattia del bambino adottato o in affido dal 6° anno e fino al compimento dell'8° anno di età.

Qualora l'adozione o l'affidamento sono relativi ad un minore di età compresa fra i 6 ed i 12 anni, il congedo in questione è pari a 5 giorni all'anno è può essere fruito nei primi 3 anni dall'ingresso del minore nel nucleo familiare.

Divieto di licenziamento e dimissioni

A tutela della maternità, nel nostro ordinamento sussiste il divieto di licenziamento della lavoratrice dall'inizio della gravidanza e fino all'anno del bambino. Tale divieto opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza per cui la lavoratrice licenziata nel corso del periodo in cui opera il veto, è tenuta a presentare entro 90 giorni - decorrenti dal giorno successivo al licenziamento - un certificato al proprio datore di lavoro da cui risulti che la gravidanza era già in atto al momento del licenziamento.
Tuttavia la mancata prestazione di lavoro durante il periodo di tempo intercorrente tra la data di cessazione del rapporto di lavoro e la presentazione della certificazione non dà diritto a retribuzione, ma il periodo stesso va computato nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie e alla tredicesima mensilità.
Il licenziamento intimato in barba al divieto è nullo.
Poiché il nostro ordinamento tutela anche la paternità, l'art. 54, Dlgs n. 151/2001, stabilisce anche il divieto di licenziamento per il padre lavoratore che usufruisca del congedo di paternità, per tutta la durata del congedo stesso e fino al compimento di un anno di età del bambino. Inoltre, la legge prevede, altresì, anche la nullità del licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore.
In caso di adozione ed affidamento sussiste ugualmente il divieto di licenziamento in caso di fruizione del congedo di maternità e paternità, e si applica fino ad un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare. In caso di adozione internazionale, il divieto opera dal momento della comunicazione della proposta di incontro con il minore adottando, ovvero della comunicazione dell'invito a recarsi all'estero per ricevere la proposta di abbinamento.

I limiti al divieto

Per espressa previsione legislativa, il divieto di licenziamento non si applica in caso di: *a)* colpa grave da parte della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro; *b)* cessazione dell'attività dell'azienda cui la stessa è addetta; *c)* ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta; *d)* risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine; *e)* esito negativo della prova, fermo restando il divieto di discriminazione.
Quanto alla colpa grave della lavoratrice, si deve sottolineare l'orientamento della Corte di cassazione (*ex plurimis* Cass. n. 610/2000 e n. 9405/2003) per cui, di fatto, non è sufficiente accertare la sussistenza di un giustificato motivo soggettivo o il verificarsi di situazione contemplata dalla contrattazione collettiva quale giusta causa idonea a legittimare il licenziamento, ma è necessario verificare la sussistenza di una diversa «colpa» caratterizzata da una particolare gravità valutata anche con riferimento alle condizioni psico-fisiche della donna.
Quanto poi alla cessazione dell'attività aziendale, sempre la Corte di cassazione ha equiparato a tale situazione anche la soppressione di un ramo dell'azienda o di un suo reparto organizzato, purché lo stesso abbia un'autonomia funzionale e la lavoratrice ad esso addetta non sia utilmente collocabile in un reparto diverso (il datore di lavoro deve comunque assolvere l'onere probatorio dell'impossibilità di répéchage).
L'eccezione non è applicabile in caso di cessione dell'azienda, poiché nella cessione si ha la prosecuzione del rapporto di lavoro con l'acquirente. In fine, con riferimento all'esito negativo della prova, per giurisprudenza, spetta al datore di lavoro l'onere di provare che il licenziamento non sia causato dalla maternità della lavoratrice e che il mancato superamento della prova non sia stato dovuto alla particolare situazione psico-fisica in cui si trova la donna in gravidanza o in allattamento.
Da notare che, durante il periodo nel quale opera il divieto di licenziamento, la lavoratrice non può essere sospesa dal lavoro, salvo il caso che sia sospesa l'attività dell'azienda o del reparto cui la stessa è addetta e sempreché il reparto stesso abbia autonomia funzionale.
La lavoratrice non può essere neanche collocata in mobilità a seguito di licenziamento collettivo ai sensi della legge n. 223/1991, eccetto il caso in cui il collocamento in mobilità non sia dovuto a cessazione dell'attività dell'azienda.

Dimissioni e risoluzioni consensuali

Qualora durante il periodo in cui vige il divieto di licenziamento, la lavoratrice si dimetta volontariamente, la stessa ha diritto alle indennità previste da disposizioni di legge e contrattuali per il caso di licenziamento, al Tfr ed all'indennità di disoccupazione, sempre se ne possiede i requisiti. Gli stessi diritti spettano anche al padre lavoratore che ha usufruito del congedo di paternità, nonché in caso di adozione ed affidamento, entro un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare. Tuttavia, nel caso di specie, vi è l'ulteriore diritto a non dover rispettare il periodo di preavviso contrattualmente previsto, per cui la lavoratrice o il lavoratore possono dimettersi senza dare alcun preavviso al proprio datore di lavoro e mantenere il diritto alla relativa indennità sostitutiva. La legge n. 92/2012 (riforma Fornero) ha modificato la normativa relativa alla convalida delle dimissioni e delle risoluzioni consensuali per cui, adesso, in caso di risoluzione consensuale del rapporto o presentazione di dimissioni della lavoratrice, durante il periodo di gravidanza, e dalla lavoratrice o dal lavoratore durante i primi 3 anni di vita del bambino o nei primi 3 anni di accoglienza del minore adottato o in affidamento, o, in caso di adozione internazionale, nei primi 3 anni decorrenti dalla comunicazione della proposta di incontro con il minore adottando, ovvero della comunicazione dell'invito a recarsi all'estero per ricevere la proposta di abbinamento, le dimissioni e le risoluzioni consensuali devono essere convalidate dal servizio ispettivo della Dtl competente per territorio. Alla convalida è sospensivamente condizionata l'efficacia della risoluzione del rapporto di lavoro. Tuttavia, chi scrive, ritiene - conformemente a parte della dottrina - che la norma presenti ancora alcune lacune che il legislatore farebbe bene a colmare in quanto non è stabilito il termine entro cui la convalida va effettuata.

Gli altri diritti

Al rientro dal congedo di maternità e di paternità, le lavoratrici ed i lavoratori hanno diritto a conservare il posto di lavoro e, salvo espressa rinuncia, a rientrare nella stessa unità produttiva dove erano occupati in precedenza o in altra ubicata nel medesimo comune, e di permanervi fino al compimento di un anno di età del bambino. Gli stessi hanno, inoltre, diritto ad essere adibiti alle mansioni da ultimo svolte o a mansioni equivalenti e 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. In caso di fruizione del congedo parentale, dei permessi e dei riposi, disciplinati dal Tu, i genitori hanno gli stessi diritti sopra illustrati, eccezione fatta per l'ultimo, ovvero del diritto a 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.

Gli stessi diritti spettano ai genitori anche in caso di adozione e di affidamento fino ad un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare.

GUIDA al LAVORO

www.guidaallavoro.ilsole24ore.com
www.facebook.com/GuidaalLavoro

Direttore responsabile
PAOLO POGGI

Coordinamento editoriale
Claudio Pagliara (02/3022.3686)

Redazione
Angela Grassi (02/3022.3315)
Margherita Mangioni (02/3022.3695)
Marzio Nava (02/3022.3097)
Antonio Pesaresi (02/3022.4540)

GRUPPO 24 ORE

Proprietario ed Editore: Il Sole 24 ORE S.p.A.
Presidente: GIANCARLO CERUTTI
Amministratore delegato: DONATELLA TREU

Registrazione Trib. di Milano n. 468 del 7.8.1997
Sede legale, amministrazione: Via Monte Rosa 91 - 20149 Milano.
Direzione, redazione: Via Pisacane 1 - 20016 Pero Milano.

Il Sole 24 ORE S.p.A. Tutti i diritti sono riservati. Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, legge n. 633/1941. Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana n. 108, 20122 Milano, segreteria@aidro.org, www.aidro.org

Servizio clienti periodici: Il Sole 24 ORE S.p.A. Via Tiburtina Valeria (S.S. n. 5) km 68,700 - 67061 Carsoli (AQ). Tel. 3022.5680 (prefisso 02 oppure 06); Fax 3022.5400 (prefisso 02 oppure 06); e-mail *servizioclienti.periodici@ilsole24ore.com*

Nuovi abbonati - Abbonamento annuale (Italia): Guida al Lavoro € 319,00.

Rinnovo dell'abbonamento: Guida al Lavoro € 319,00.
Gli abbonamenti possono essere sottoscritti telefonando direttamente al servizio clienti periodici oppure inviando una fotocopia della ricevuta di pagamento sul c.c.p. n. 31481203 a: Il Sole 24 ORE S.p.a. Via Tiburtina Valeria (S.S. n. 5), Km 68,700 - 67061 Carsoli (AQ). La ricevuta di pagamento tramite c.c.p. può essere inviata anche via fax allo 06/3022.5406 oppure 02/3022.5406.

Arretrati e numeri singoli: € 11,00 comprensivi di spese di spedizione. Per le richieste di arretrati e numeri singoli inviare anticipatamente l'importo seguendo le stesse modalità di cui sopra. I numeri non pervenuti potranno essere richiesti via fax al n. 02-06/3022.5402-06 o via e-mail a *servizioclienti.periodici@ilsole24ore.com* entro 2 mesi dall'uscita del numero stesso.

Concessionaria esclusiva di pubblicità: Focus Media Advertising «FME Advertising Srl di Elena Anna Rossi & C.» Sede legale: P.zza A. de Gasperi n. 15 - Gerenzano (VA). Direzione e Uffici: Via Canova n. 19 - 20145 Milano. Tel. 02.3453.8183 - fax 02.3453.8184 - email *info@focusmedia.it.*

Stampa: Il Sole 24 ORE S.p.A. - Via Tiburtina Valeria (S.S. n. 5) Km 68,700 - 67061 Carsoli (AQ).

Questo fascicolo de Il Punto di Guida al Lavoro è stato chiuso in redazione il 17 ottobre 2012