

## Tutele della genitorialità: la convalida delle dimissioni durante il periodo di prova

di Guglielmo Anastasio - funzionario ispettivo presso la DTL di Reggio Emilia\*

*Anche se è indubbio che la convalida delle dimissioni della lavoratrice madre costituisca una misura volta a rendere effettivo il divieto di licenziamento fino all'anno di vita della prole, occorre valutare se le due tutele siano concepite in modo così speculare da condizionare i rispettivi ambiti d'applicazione e in particolare il regime delle dimissioni durante il periodo di prova.*

### Le tutele della genitorialità nella fase estintiva del rapporto di lavoro

La misura della convalida delle dimissioni dei dipendenti/genitori s'inserisce all'interno di un *corpus* normativo volto a tutelare tali soggetti nella fase estintiva del rapporto di lavoro. La *ratio* di questo complesso di garanzie risiede non solo nell'esigenza di evitare comportamenti coercitivi e discriminatori del datore di lavoro, ma anche (e più semplicemente) di alleggerire la libera scelta di lasciare il posto di lavoro per motivi familiari. Ciò premesso, appare indubbio che la misura più incisiva in materia sia quella prevista dall'art.54, D.Lgs. n.151/01, incentrato sul divieto di licenziamento:

- della madre, dall'inizio della gravidanza fino al compimento del primo anno del bambino;
- del padre, per tutto il periodo di congedo *ex art.28, D.Lgs. n.151/01*, e fino al compimento del primo anno del bambino.

Anche se il divieto in parola è connesso allo stato oggettivo di gravidanza, è sempre consigliabile che la lavoratrice o il lavoratore renda edotto il datore di lavoro della circostanza. In altre parole, anche nell'ipotesi in cui la lavoratrice non osservi l'obbligo informativo, il licenziamento sarà sempre affetto da nullità. Tuttavia, se non riesce a dimostrare che il datore di lavoro fosse a conoscenza dello stato di gravidanza, il risarcimento che potrà invocare sarà pari alle sole retribuzioni maturate nel periodo intercorrente dal momento dell'avvenuta comunicazione (anche se fatta in sede di ricorso giudiziale) sino all'effettiva reintegra<sup>1</sup>.

\* Le considerazioni espresse nel presente articolo sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non vincolano in alcun modo l'amministrazione d'appartenenza.

<sup>1</sup> In tema di rapporto di lavoro, la lavoratrice in stato di gravidanza o puerperio licenziata illegittimamente ha diritto alle retribuzioni successive alla data di effettiva cessazione del rapporto indipendentemente dalla trasmissione al datore di lavoro della relativa certificazione medica ove la lavoratrice provi che il datore di lavoro fosse a conoscenza del suo stato all'atto di recesso. A tale conclusione si deve pervenire, a maggior

Riguardo ai padri, invece, il divieto di licenziamento opera solo nell'ipotesi di fruizione del congedo *ex art.28, D.Lgs. n.151/01*, ovvero in caso di morte, grave infermità della madre ovvero di abbandono nonché affidamento esclusivo del bambino al padre. Il divieto in parola, tuttavia, non opera nelle ipotesi di:

**1. colpa grave da parte della lavoratrice:** si sottolinea come in tali casi non sia sufficiente un mero inadempimento disciplinare sanzionato con un provvedimento espulsivo, ma sarà necessaria una colpa qualificata che tenga in debito conto la situazione psico-fisica della lavoratrice. A titolo esemplificativo, non viene considerata foriera di colpa grave una serie ripetuta di ritardi della lavoratrice<sup>2</sup>. Integra, invece, giusta causa di licenziamento l'ipotesi in cui la dipendente non si presenti al lavoro dopo il periodo di astensione<sup>3</sup>;

**2. cessazione dell'attività aziendale:** tale ipotesi deve essere interpretata tassativamente e non può pertanto essere estesa alle differenti fattispecie di cessazione del contratto di appalto o del ramo d'azienda. D'altro canto la giurisprudenza di legittimità<sup>4</sup> riconosce che l'ipotesi della cessazione dell'attività

*"può ricoprendere anche la chiusura del reparto cui era addetta la dipendente, ma solo a condizione che la singola unità produttiva sia formalmente e strutturalmente autonoma e che*

ragione, qualora si versi in un'ipotesi di rapporto di lavoro irregolare nel quale la lavoratrice che si trova nella peculiare condizione di un rapporto mai formalizzato può ritenere di non dover assolvere alcun onere di documentazione a cagione dell'irregolarità che lo caratterizza (Cass. n.12693/12). Il divieto di licenziamento di cui all'art.2, L. n.1204/71, opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza o puerperio e, pertanto, il licenziamento intimato nonostante il divieto comporta, anche in mancanza di tempestiva richiesta di ripristino del rapporto, il pagamento delle retribuzioni successive alla data di effettiva cessazione del rapporto, le quali maturano a decorrere dalla presentazione del certificato attestante lo stato di gravidanza.

<sup>2</sup> Così Pret. Pistoia 12/12/94.

<sup>3</sup> Cassazione, sez. lav., sent. n.14905/12.

<sup>4</sup> Cassazione n.3620/07.

# GESTIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

*non sussista nessuna possibilità di riutilizzare la lavoratrice presso un diverso reparto o una diversa struttura aziendale. La prova di siffatta impossibilità di ricollocamento ricade sul datore di lavoro, sicché in difetto va dichiarata la nullità del licenziamento”;*

## **3. ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o scadenza del termine.**

Tale ipotesi riguarda solo il contratto a termine, il quale, come noto, può essere espresso o essere ricavato da altri elementi come, ad esempio, il riferimento a un evento certo nell'*an* ma non sul quando. Quest'ultima ipotesi viene integrata nei contratti finalizzati alla sostituzione di dipendenti in maternità ovvero al compimento di una determinata opera o servizio;

## **4. esito negativo della prova:** la recidibilità *ad nutum*, tipica del periodo di prova, risulta limitata dall'esigenza di tutelare efficacemente la lavoratrice in maternità. Pertanto:

*“è onere del datore di lavoro spiegare motivatamente le ragioni del mancato superamento della prova, in modo da escludere che esso sia stato determinato dalla maternità in atto, fornendo quindi prova delle ragioni addotte a giustificazione del licenziamento”<sup>5</sup>.*

Oltre al licenziamento, anche il regime delle dimissioni rassegnate durante il periodo “protetto” presenta delle particolarità. Al di là della convalida, sulla quale torneremo nel seguito della trattazione, le dimissioni rassegnate durante la gravidanza e fino a un anno di vita della prole<sup>6</sup> consentono, a prescindere dalle motivazioni, l'accesso alla NASPI (Nuovo assegno sociale per l'impiego). Inoltre, sempre nel predetto periodo, il lavoratore sarà libero di rassegnare le dimissioni senza dover rispettare l'obbligo di preavviso previsto per la generalità dei lavoratori<sup>7</sup>. Maggiori dubbi presenta il diritto alla percezione dell'indennità sostitutiva del preavviso: parte della giurisprudenza<sup>8</sup> propende per un suo riconoscimento incondizionato; altra parte<sup>9</sup>, invece, sostiene il mancato riconoscimento dell'indennità qualora il

<sup>5</sup> Corte Cost., sent. n.172/96.

<sup>6</sup> Anche l'interpello n.6/13 del Ministero del Lavoro collega, ai fini della fruizione dell'ASPI, l'irrilevanza delle motivazioni delle dimissioni al periodo di vigenza del divieto di licenziamento.

<sup>7</sup> Anche in quest'ipotesi il Ministero del Lavoro, con l'interpello n.28/14, collega il periodo delle dimissioni senza preavviso a quello previsto dal divieto di licenziamento.

<sup>8</sup> Cass., sent. n.11164/91.

<sup>9</sup> Cass., sent. n.10994/00.

datore di lavoro dimostri che l'ex dipendente abbia iniziato un'altra attività subito dopo le dimissioni, a meno che non sia meno vantaggiosa della precedente, con una valutazione che tenga conto non soltanto degli aspetti retributivi, ma anche di elementi di natura non patrimoniale (distanza dall'abitazione, mansioni, etc.).

## **La convalida delle dimissioni**

Già prima della c.d. *riforma Fornero*, la lavoratrice madre doveva, nel periodo di gravidanza e fino a un anno di età della prole, convalidare le proprie dimissioni, a pena d'inefficacia delle stesse, innanzi ai servizi ispettivi delle Direzioni Territoriali del Lavoro. La misura, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, riguardava anche i padri che avessero usufruito del congedo obbligatorio (ex art.28, D.Lgs. n.151/01) in sostituzione della madre. Con la modifica dell'art.55, D.Lgs. n.151/01 (scandita dalla suddetta riforma), la misura della convalida delle dimissioni, oltre al periodo di gravidanza della madre, è stata estesa:

- alla lavoratrice o al lavoratore durante i primi 3 anni di vita del bambino;
- alla lavoratrice o al lavoratore nei primi 3 anni di accoglienza del minore adottato o in affidamento;
- alle ipotesi di adozione internazionale, nei primi 3 anni decorrenti dalla comunicazione della proposta di incontro con il minore adottato;
- alle ipotesi di risoluzione consensuale del rapporto di lavoro fino a tre anni di vita della prole.

Definito l'ambito di applicazione, la convalida delle dimissioni non è altro che un atto amministrativo con cui i funzionari della Direzione Territoriale del Lavoro accertano la reale volontà della madre/del padre di lasciare il proprio posto di lavoro.

Tale accertamento si fonda quasi esclusivamente sulle dichiarazioni, o meglio, sul colloquio con il funzionario, che dovrà informare la lavoratrice/lavoratore sui principali diritti riguardanti la genitorialità, per poi sincerarsi della genuinità delle dimissioni. A tal fine, il funzionario dovrà capire se la lavoratrice abbia ricevuto degli “incentivi all'esodo” o dinieghi, da parte del datore di lavoro, di orari flessibili o *part-time* ovvero se le dimissioni siano conseguenza del passaggio in altra azienda. Inoltre, la modulistica impone<sup>10</sup> di acquisire precise indicazioni sull'azienda (ad esempio numeri di occupati e settore d'appartenenza).

<sup>10</sup> Il riferimento è alla lettera circolare del Ministero del Lavoro n.37/13.

# GESTIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

nenza) e sul nucleo familiare, come ad esempio l'età dei figli, possibilità di cura della prole attraverso asili nido.

Occorre evidenziare che, a differenza dall'omologo istituto della convalida delle dimissioni riferite alla generalità dei lavoratori, non esiste un preciso *iter* procedimentale. L'art.4, co.17, L. n.92/12 (riguardante la generalità dei lavoratori), infatti, prevede:

- un termine di 30 giorni entro il quale il datore deve invitare il lavoratore alla convalida, a pena d'inefficacia delle dimissioni;
- un termine di 7 giorni (a decorrere dall'invito) entro il quale il lavoratore potrà revocare le dimissioni (*ius poenitendi*) o rimanere inerte, determinando così la piena efficacia delle stesse.

Riguardo alla diversa convalida delle dimissioni durante il periodo "protetto", invece, l'inerzia del lavoratore determina in ogni caso la sospensione dell'efficacia delle dimissioni nonché la possibilità (almeno sulla carta) di revocarle fino al perfezionamento della convalida. Per far fronte a questa situazione d'incertezza, al datore di lavoro non rimane che invitare la lavoratrice a presentarsi innanzi ai servizi ispettivi della DTL competente per territorio, ovvero richiamarla in servizio. Solo il rifiuto o la perpetrante inerzia del lavoratore/lavoratrice potrà determinare la definitiva estinzione del rapporto contrattuale.

## La convalida delle dimissioni durante il periodo di prova

Come già esposto in premessa, è indubbio che la convalida delle dimissioni dei lavoratori/genitori sia una misura intimamente connessa al divieto di licenziamento. Non era certo un caso che, prima della riforma Fornero, le due tutele si rivolgessero ai medesimi soggetti e riguardassero lo stesso arco temporale. La stessa Cassazione<sup>11</sup> (in epoca pre-Fornero) legava l'operatività della convalida delle dimissioni del lavoratore-padre all'esistenza, in concreto, del divieto di licenziamento, a sua volta, condizionato dalla fruizione del congedo ex art.28, D.Lgs. n.151/01. Se si dovesse seguire il ragionamento, si addiverrebbe alla conclusione secondo cui anche le dimissioni rassegnate durante il periodo di prova, caratterizzato dalla libera recidibilità, non sarebbero da convalidare. Se questa conclusione, a parere dello scrivente, poteva avere un senso prima del luglio 2012, oggi

sembrerebbe superata dalle modifiche apportate in materia dalla c.d. *riforma Fornero*.

Come già detto, la novella ha determinato un cambio di marcia rispetto al divieto di licenziamento: non solo l'allungamento del periodo della convalida da 1 a 3 anni di età del figlio, ma anche una tutela incondizionata del padre che avrà accesso alla misura, a prescindere dalla fruizione del congedo ex art.28.

La divaricazione tra le due discipline dimostra che la convalida delle dimissioni trova una propria dignità giuridica a prescindere dal divieto di licenziamento; in particolare, nell'esigenza di tutela dei lavoratori, nei primi anni di vita della prole (quelli a maggior rischio congedi), da possibili comportamenti vessatori e discriminatori o, più semplicemente, coercitivi del datore di lavoro.

Sono questi i comportamenti che il Legislatore vuole combattere, a prescindere dalle intenzioni del datore di lavoro di eludere talune garanzie di legge, come il divieto di licenziamento.

Appare evidente che in questo scenario non possa avere molto seguito un orientamento volto a negare la necessità della convalida delle dimissioni rassegnate durante il periodo di prova; è vero che il datore di lavoro non avrebbe gli stessi "stimoli" ad incentivare o forzare delle dimissioni, ma è altrettanto indubbio che ancora oggi questi trovano nuova linfa, anche nel periodo di prova, allorquando il datore venga a conoscenza della gravidanza, a prescindere da ogni questione di opportunità sulla facilità di licenziamento.

Sempre a proposito di stimoli datoriali a forzare le dimissioni, non può sottovalutarsi la circostanza che durante il periodo di prova non c'è, come nella generalità dei casi, un regime di recesso *ad nutum*, poiché il datore di lavoro dovrà comunque motivare le ragioni del mancato superamento della prova, in modo da escludere che esso sia stato determinato dalla maternità in atto.

In ultimo, appare opportuno evidenziare che il Legislatore, quando ha voluto legare l'operatività del divieto di licenziamento al regime delle dimissioni (come previsto in tema di esonero dall'obbligo di preavviso o di diritto alla NASPI), lo ha fatto più o meno esplicitamente; pertanto, alla luce di quanto sopra esposto, la convalida delle dimissioni sarà necessaria anche laddove il divieto di licenziamento non trovi concreta applicazione, come nelle ipotesi di dimissioni del padre o di dimissioni dei genitori durante il periodo di prova.

<sup>11</sup> Cassazione n.11676/12.