

IL CONGEDO OBBLIGATORIO DI PATERNITÀ

Con il D.L.vo n. 105/2022 il congedo per paternità si fa ancora più ampio, atteso che riconosce dieci giorni di congedo per paternità obbligatori (poi, vedremo come va interpretata quest'ultima parola) fruibili nel periodo compreso tra i due mesi antecedenti la data presunta del parto della moglie, della fidanzata o della compagna ed i cinque mesi successivi all'evento, al quale si correla il divieto di licenziamento per tutto il periodo intercorrente dal primo giorno di congedo fino a quello del compimento di un anno di età del bambino. Tutto questo si inquadra nella valorizzazione del diritto alla genitorialità e ad una responsabilità condivisa nella cura della famiglia che va a crescere. Le stesse tutele e gli stessi diritti sono riconosciuti in caso di adozione o di affidamento. Se il parto, l'affidamento e l'adozione sono plurimi, il congedo fruibile viene fissato dal Legislatore in venti giorni complessivi.

Le nuove disposizioni non riguardano l'art. 28 del D.L.vo n. 151/2001 relativo alle tutele ed alla garanzie concernenti il congedo per paternità riconosciuto al padre in sostituzione della madre in presenza di situazioni particolarmente gravi (morte o grave malattia, abbandono del tetto coniugale, riconoscimento giudiziario di unico affidatario del bambino) che resta confermato, come resta confermato il congedo per paternità alternativo a quello della madre (con rinuncia della stessa) nei limiti di un giorno, peraltro poco utilizzato fino ad oggi.

Per ben comprendere le novità introdotte è necessario soffermarsi sui contenuti dell'art. 27-bis D.L.vo n. 151/2001, introdotto, nel "corpus" di quest'ultimo, dall'art. 2, comma 1, lettera c) del D.L.vo n. 105/2022, mentre per il divieto di licenziamento occorre rifarsi ad una modifica contenuta nel comma 7 dell'art. 54.

L'art. 27-bis parte con l'affermazione di un diritto che, tuttavia, per essere pieno, deve essere esercitato e, quindi, richiede un comportamento attivo del lavoratore.

Il dipendente, nel periodo compreso tra i due mesi antecedenti la data presunta del parto e fino ai cinque mesi successivi, si può astenere dal lavoro per un periodo di dieci giorni lavorativi, non frazionabili ad ore: essi possono essere utilizzati anche in via continuativa. La contrattazione collettiva, anche aziendale, può prevedere trattamenti di miglior favore. Il congedo è fruibile, nello stesso arco temporale, anche in caso di morte perinatale del figlio: tale periodo (esiste un chiarimento dell'INPS, intervenuto con la circolare n. 42/2021), parte dalla ventottesima settimana di gestazione ed arriva ai primi dieci giorni successivi alla nascita.

Alcuni chiarimenti si rendono, a questo punto necessari:

- a) Il diritto riguarda tutti i lavoratori subordinati, pubblici e privati, che si trovano nelle condizioni previste dalla norma, a prescindere dalla tipologia contrattuale di cui sono titolari (contratto a tempo indeterminato a tempo pieno o parziale, contratto a tempo determinato a tempo pieno o part-time, contratto di somministrazione, apprendistato professionalizzante, di primo livello o di alta formazione, contratto di lavoro intermittente, prestazioni occasionali accessorie ex art. 54-bis del D.L. n. 50/2017, rapporti in agricoltura e rapporti di lavoro domestico). L'art. 27-bis non trova applicazione nei confronti dei lavoratori con rapporto di collaborazione ex art. 2, comma 1, del D.L.vo n. 81/2015 o ex art. 409, numero 3, cpc, dei contratti d'opera ex art. 2222 c.c., dei titolari di rapporti di tirocinio, borse di studio, stage;
- b) Tutti i datori di lavoro sono obbligati a rispettare la disposizione;
- c) I giorni di congedo obbligatorio si calcolano interamente anche se in quella giornata è prevista una prestazione ad orario ridotto come, sovente accade nel settore pubblico ove vi sono giornate "corte" e giornate lavorative "lunghe" con rientri pomeridiani;

- d)** La norma si applica anche ai padri che fruiscono del congedo di paternità ex art. 28;
- e)** Il congedo si può fruire anche contemporaneamente a quello della madre lavoratrice.

Ma, quale iter deve seguire il dipendente per fruire del congedo di paternità?

Il diritto si attiva attraverso una comunicazione scritta inviata al datore di lavoro (nelle aziende medio grandi all'Ufficio del Personale), con un anticipo non inferiore ai cinque giorni (prima erano quindici), in relazione all'evento nascita e sulla base della data presunta del parto, con l'indicazione del giorno o dei giorni nei quali intende usufruire del congedo: la contrattazione collettiva può stabilire condizioni di miglior favore anche in relazione al tempo della richiesta. La richiesta scritta può essere sostituita dalla utilizzazione, ove presente in azienda, del sistema informativo per la richiesta e la gestione delle assenze.

La norma appena richiamata necessita di un chiarimento: cosa significa affermare che il congedo di paternità è obbligatorio (l'aggettivo si trova soltanto nella rubrica dell'articolo)?

Essa va interpretata nel senso che per il datore è impossibile negare il congedo a seguito della richiesta, fatto salvo, a mio avviso, il caso di forza maggiore (da documentare in caso di contenzioso) per il quale è possibile un breve rinvio. Tra l'altro il rispetto della disposizione è coperto anche da una sanzione di natura penale.

A differenza di ciò che accade con la lavoratrice, il datore potrebbe non essere a conoscenza della nascita del bambino (tra l'altro non necessariamente a seguito di matrimonio) e, comunque, per la fruizione del congedo occorre che l'interessato attivi, concretamente, il diritto e magari, in caso di fruizione nel periodo antecedente la nascita, con l'indicazione della data presunta del parto ricavabile da una certificazione medica relativa alla futura madre.

Per quel che riguarda il trattamento economico l'art. 29 del D.L.vo n. 151/201, ora riformato dal D.L.vo n. 105/2022, afferma che l'indennità giornaliera è pari al 100% della retribuzione e che sono applicabili tutte le regole previste per il congedo di maternità dall'art. 22, commi 2-7 e dall'art. 23.

Il congedo di paternità ha effetti anche sulla normativa relativa al divieto di licenziamento previsto dall'art. 54 che, infatti al comma 7 si è "arricchito" con il congedo obbligatorio per paternità.

Esso sussiste per la durata dello stesso (ossia a partire dal primo giorno di fruizione) e fino al compimento di un anno di età del bambino.

Ci sono, tuttavia, eccezioni al divieto di licenziamento che sono le stesse che riguardano la lavoratrice madre e che sono ben definite all'art. 54. La casistica è stata oggetto di interpretazione nel corso degli anni da parte della Magistratura ma, ovviamente, il riferimento è stato sempre la donna durante il "periodo protetto". Ora, riguarda anche il lavoratore padre e il tempo ci dirà se alcune decisioni, a suo tempo prese per le madri, varranno anche per i padri i quali "godono", sì, di un congedo obbligatorio, ma la cui durata è, temporalmente, più ridotta:

- a)** Colpa grave costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro: la dottrina e la giurisprudenza, con riferimento alla lavoratrice madre, hanno qualificato tale concetto come "una colpa soggettivamente più qualificata, della mera giusta causa, in relazione a situazioni più complesse non rapportabili a quelle previste dal CCNL";
- b)** Cessazione, per scadenza del termine, del contratto a tempo determinato o della prestazione per il quale il lavoratore è stato assunto. La disposizione riguarda non soltanto i contratti a termine, ma anche la somministrazione a tempo determinato, le prestazioni occasionali accessorie ed il lavoro intermittente a tempo determinato;
- c)** Cessazione dell'attività dell'azienda: si deve trattare di una cessazione totale e non della chiusura di una filiale o di un reparto. Se si verifica una chiusura parziale (reparto o filiale) il datore è obbligato a

trasferire il padre in altra unità rimasta attiva. Nel caso in cui si attui una cessione di azienda o ramo di essa, secondo la previsione contenuta nell'art. 2112 c.c., il rapporto continua, senza alcuna interruzione, con il cessionario;

- d) Esito negativo del patto di prova che è stato riformato in alcune parti dall'art. 7 del D.L.vo n. 104/2022. Vale la pena di ricordare come il congedo per paternità possa essere richiesto e fruito anche durante la prova la quale, per il principio di effettività, deve essere prorogata per i giorni di assenza dovuti a tale causale.

Durante il periodo di congedo è vietato sospendere il lavoratore (ma credo che, in tale definizione, non rientrino le sospensioni di natura disciplinare applicate secondo le regole stabilite dall'art 7 della legge n. 300/1970 e dal CCNL che possono essere irrogate, dopo il rientro in azienda del dipendente), fatto salvo il caso in cui ad essere sospesa sia l'attività dell'impresa o del reparto dotato di autonomia funzionale (quindi, con ricorso ad uno degli ammortizzatori sociali previsti dal D.L.vo n. 148/2015). Ciò significa che, in caso di integrazione salariale in un reparto od ufficio non dotato di autonomia funzionale, il lavoratore padre dovrebbe essere spostato in altro reparto od ufficio, anche con mansioni inferiori, con il mantenimento della retribuzione di provenienza. Del resto, se al padre in congedo vanno applicate le disposizioni che riguardano la madre, quest'ultima fin dal 1976 (art. 3, comma 5, del D.P.R. n. 1026) si applica alla lavoratrice madre.

Il licenziamento è adottato in tale periodo è nullo sia alla luce dell'art. 18 della legge n. 300/1970 che dell'art. 2 del D.L.vo n. 23/2015.

La norma genera anche altri interrogativi, senz'altro superabili, ma che, necessiterebbero, ai fini di un indirizzo il più possibile uniforme, di un chiaro intervento ministeriale:

- a) La norma è in vigore dal 13 agosto 2022: ciò significa che si applica anche laddove il lavoratore è divenuto papà da meno di cinque mesi e intende fruire dei giorni di congedo obbligatorio entro la data stabilita dal computo complessivo previsto dalla legge. Il divieto di licenziamento opera (con le eccezioni sopra indicate) fino al giorno del compimento di un anno di età del bambino;
- b) Il datore di lavoro a fronte di un lavoratore neo assunto (o da assumere) potrebbe chiedere al lavoratore, tra le varie informazioni, rispettando le norme di tutela della riservatezza, se è genitore e, in caso positivo, l'età del bambino e se ha già fruito, anche in misura parziale (magari nel precedente rapporto di lavoro) del congedo obbligatorio di paternità, in quanto, in presenza delle condizioni sopra dette, scatta la tutela in materia di licenziamento? E' un punto molto controverso, rispetto al quale i confini con le norme di tutela della privacy appaiono molto sottili;
- c) In caso di dimissioni, va seguita la procedura "rafforzata", con le stesse che vanno "confermate", entro un mese, avanti ad un funzionario dell'Ispettorato territoriale del Lavoro. Alla lavoratrice ed al padre che ha fruito del congedo di paternità ex art. 28 spettano le indennità previste da disposizioni di legge e contrattuale in caso di licenziamento (indennità di preavviso, NASPI) e non sono tenuti al preavviso. Queste indennità spettano anche al lavoratore che ha fruito del congedo ex art. 27-bis? Secondo l'Ispettorato Nazionale del Lavoro la risposta è positiva, alla luce di un indirizzo espresso in una nota del settembre scorso, ma da parte di alcune associazioni datoriali è stato espresso più di qualche dubbio atteso che il pagamento del periodo di preavviso ad un lavoratore che ha fruito di dieci giorni di congedo e che si dimette per una nuova occupazione (e non per stare accanto al bambino), suscita più di una perplessità, in un momento in cui l'INPS, ad esempio, non ha detto ancora nulla circa il pagamento della NASPI che resta fermo alla casistica dell'art. 28. In questo caso un intervento chiarificatore del Ministero del Lavoro appare assolutamente necessario.

Bologna, 20 novembre 2022

Eufrazio MASSI