

ESTRATTO DA:

LE NUOVE LEGGI CIVILI COMMENTATE

Anno XXIV

N. 6 - Novembre-Dicembre 2001

CONGEDI PARENTALI, FORMATIVI E TEMPI DELLE CITTÀ

(l. 8 marzo 2000, n. 53 - Disposizioni per il sostegno della maternità e paternità, ecc. nella formulazione risultante a seguito dell'emanazione del d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151 - Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, ecc., pubblicati rispettivamente in *Gazzetta Ufficiale* n. 60, del 13 marzo 2000 e n. 96, suppl. ord. n. 93/L, del 26 aprile 2001)

Commentario a cura di MARIO NAPOLI,
professore nell'Università Cattolica del S. Cuore di Milano,
MARELLA MAGNANI, professore nell'Università di Pavia,
ENZO BALBONI, professore nell'Università Cattolica del S. Cuore di Milano

Con la collaborazione di: CRISTINA ALESSI, dell'Univ. di Brescia; MARZIA BARBERA, prof. nell'Univ. di Brescia; ANDREA BOCCANI, dell'Univ. di Pavia; CAMILLA BUZZACCHI, dottore di ricerca nell'Univ. Cattolica del S. Cuore di Milano; MATTEO CORTI, dottorando nell'Univ. Cattolica del S. Cuore di Milano; MARIA LUISA DE MARGHERITI, dottoranda nell'Univ. di Pavia; VINCENZO FERRANTE, dell'Univ. Cattolica del S. Cuore di Piacenza; BIBIANA GRANATA, dottore di ricerca nell'Univ. di Pavia; FRANCESCA MALZANI, dottoranda nell'Univ. di Brescia; MASSIMILIANO NAPOLI, avvocato in Milano; ANTONELLA OCCHINO, dell'Univ. Cattolica del S. Cuore di Milano; PIO RINALDI, dottorando nell'Univ. Cattolica del S. Cuore di Milano; PAOLO SABBIONI, prof. nell'Univ. Cattolica del S. Cuore di Piacenza.



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2001

perare le esigenze familiari con quelle del lavoro⁽⁷²⁾.

Per questa via appare possibile superare le difficoltà, che si frappongono alla trasposizione delle tutele lavoristiche al di fuori dell'ambito segnato dalla nozione di cui all'art. 2094 c.c., realizzando una forma di protezione indifferenziata che trascende non solo la tradizionale distinzione fra lavoro autonomo e subordinato ma, ancor più a monte, quella fra lavoro e « non lavoro ». Una politica di questo tipo, peraltro, può trovare consensi sia in ambienti liberisti, dove non si mancherà di rilevare come si faciliti in questo modo la coesistenza di responsabilità familiari e lavorative, scaricando sulla collettività costi (in buona misura) altrimenti gravanti sulle imprese, sia presso quanti sostengono la necessità di una redistribuzione delle tutele, secondo il modello di un nuovo *welfare*, legato al concetto della cittadinanza più che al rapporto di lavoro⁽⁷³⁾, sia, infine, da parte di quanti (ma chi scrive non è fra questi) appaiono scettici sul riequilibrio delle funzioni di cura all'interno della coppia.

E certo, se volesse riscoprirsi il senso di alcune disposizioni costituzionali prima che queste vengano riformulate, bisognerà riconoscere che, almeno in questo specifico campo, devono superarsi le perplessità di chi teme che incamminandosi lungo la strada dei « diritti di cittadinanza » si giunga alfine al riemergere dell'assistenzialismo, seppur camuffa-

to sotto nuove spoglie⁽⁷⁴⁾, giacché la creazione di servizi di cura ai minori (o di assistenza alla quarta età) si pone, in rapporto agli obiettivi posti dal legislatore costituzionale, non già come una deformazione dell'interventismo dello stato sociale, ma come l'adempimento di una antica promessa, rimasta senza seguito per troppi anni.

VINCENZO FERRANTE

⁽⁷²⁾ È interessante notare come nello stesso senso del testo si rivolgono anche le osservazioni presentate dai rappresentanti dei sindacati baschi (ELA) e galiziani (CIG) nel corso della valutazione resa dal Consiglio economico e sociale spagnolo, in merito alla legge di quel paese (in *Rev. Min. Trabajo, cit.*, pp. 199-200). Alcune sperimentazioni in questo senso sono state finanziate ai sensi della l. 125/90, come nel caso di un progetto per la custodia dei figli sui luoghi di lavoro presentato dal SIULP di Palermo nel 1998 (notizia tratta dal sito del Min. del lavoro e delle pol. soc.).

⁽⁷³⁾ ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio di eguaglianza*, in NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, 1998, p. 41 ed *ivi* ult. riff. ad altre opere dello stesso a.; BALANDI, *Non lavoro e protezione sociale*, in *Lav. dir.*, 1995, p. 5 ss.; nella letteratura economica cfr. BOSI e ONOFRI, *Consenso sociale, cit.*, 27. Per una critica a queste posizioni cfr. TREU, *Il diritto del lavoro, cit.*; BARBERA, *Dopo Amsterdam, cit.*, p. 6 ss.

⁽⁷⁴⁾ Paventano questo rischio DE SIMONE, *Problemi di identità: il cittadino lavoratore e l'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 1995, p. 28 ss.; nonché adesivamente ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel prisma, cit.*, 39; TREU, *Il diritto del lavoro, cit.*, p. 510.

Capo IV

ULTERIORI DISPOSIZIONI A SOSTEGNO DELLA MATERNITÀ E DELLA PATERNITÀ

Art. 10.

Sostituzione di lavoratori in astensione

1. *L'assunzione di lavoratori a tempo determinato in sostituzione di lavoratori in astensione obbligatoria o facoltativa dal lavoro ai sensi della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, come modificata dalla presente legge, può avvenire anche con anticipo fino ad un mese rispetto al periodo di inizio dell'astensione, salvo periodi superiori previsti dalla contrattazione collettiva.*

2. *Nelle aziende con meno di venti dipendenti, per i contributi a carico del datore di lavoro che assume lavoratori con contratto a tempo determinato in sostituzione di lavoratori in astensione ai sensi degli articoli 4, 5 e 7 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, come modificati dalla presente legge, è concesso uno sgravio contributivo del 50 per cento. Le disposizioni del presente comma trovano applicazione fino al compimento di un anno di età del figlio della lavoratrice o del lavoratore in astensione e per un anno dall'accoglienza del minore adottato o in affidamento.*

3. *Nelle aziende in cui operano lavoratrici autonome di cui alla legge 29 dicembre 1987, n. 546, è possibile procedere, in caso di maternità delle suddette lavoratrici, e comunque entro il primo anno di età del bambino o nel primo anno di accoglienza del minore adottato o in affidamento, all'assun-*

zione di un lavoratore a tempo determinato, per un periodo massimo di dodici mesi, con le medesime agevolazioni di cui al comma 2 (*).

SOMMARIO: 1. La sostituzione delle lavoratrici e dei lavoratori assenti. - 2. La sostituzione anticipata. - 3. Le agevolazioni per le piccole imprese. - 4. La sostituzione delle lavoratrici autonome.

1. - La breve storia dell'art. 10 è tuttavia segnata da uno strano destino. Espressamente abrogato dall'art. 86, comma 2°, lett. c), del t.u. in materia di maternità e paternità⁽¹⁾, per essere stato il suo contenuto integralmente riprodotto nel corpo dell'art. 4 del medesimo t.u., è stato poi « resuscitato » dal recente schema di decreto legislativo in materia di contratti a termine⁽²⁾, che all'art. 10, comma 6°, stabilisce espressamente la sopravvivenza, tra l'altro, della norma in commento. Nell'esame delle disposizioni in essa contenute, dunque, è necessario tener conto, da un lato, della formulazione risultante dal t.u., e, dall'altro, della riforma *in itinere* del contratto a tempo determinato ovvero, secondo la terminologia impropriamente utilizzata dal Governo, del contratto di lavoro europeo⁽³⁾.

L'art. 4 del t.u. si apre con la previsione della possibilità di ricorrere al contratto di lavoro a tempo determinato e a quello di lavoro temporaneo per la sostituzione delle lavoratrici e dei lavoratori « assenti dal lavoro in virtù delle disposizioni del presente testo unico ». Rispetto all'art. 11, l. n. 1204/71, si deve rilevare l'aggiunta del ricorso al contratto di lavoro temporaneo, che per ragioni cronologiche non era menzionato nella norma ora citata e che rende inesatta l'espressione « il datore di lavoro può assumere » poiché, com'è noto, il lavoratore temporaneo viene assunto dall'impresa fornitrice⁽⁴⁾; al di là dell'imprecisione terminologica, tuttavia, non c'è dubbio che il ricorso al lavoro temporaneo dovesse ritenersi ammissibile anche in assenza di disposizione espressa, stante l'ampia dizione dell'art. 1, comma 2°, lett. c), l. n. 196/97⁽⁵⁾. Con riguardo al contratto a termine, poi, il riferimento all'art. 1, comma 2°, lett. b), della l. n. 230/62 dovrà intendersi all'art. 1, comma 1°, del decreto legislativo recentemente approvato, che consente l'apposizione del termine al contratto di lavoro, genericamente, « a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo »⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ D. lgs. 26 marzo 2001, n. 151. Testo unico delle disposizioni

legislative in materia di tutela e di sostegno della maternità e della paternità. Il testo del decreto e un primo commento si possono leggere in *Guida lav.*, n. 19/2001, ove i contributi di Suppiej, Ogri-seg, Gottardi, Enrico e Minale, Papaleoni, Basenghi, Vallebona, Tartaglione, Bonati. L'art. 4, nell'inserimento nel t.u., ha subito alcune modifiche, di cui si darà conto nel commento. In ogni caso, per comodità del lettore, si riporta il testo del citato art. 4.

Art. 4. - Sostituzione di lavoratrici e lavoratori in congedo (Legge 30 dicembre 1971, n. 1204, art. 11; Legge 8 marzo 2000, n. 53, art. 10)

1. In sostituzione delle lavoratrici e dei lavoratori assenti dal lavoro, in virtù delle disposizioni del presente testo unico, il datore di lavoro può assumere personale con contratto a tempo determinato o temporaneo, ai sensi, rispettivamente, dell'articolo 1, secondo comma, lettera b), della legge 18 aprile 1962, n. 230, e dell'articolo 1, comma 2, lettera c), della legge 24 giugno 1997, n. 196, e con l'osservanza delle disposizioni delle leggi medesime.

2. L'assunzione di personale a tempo determinato e di personale temporaneo, in sostituzione di lavoratrici e lavoratori in congedo ai sensi del presente testo unico può avvenire anche con anticipo fino ad un mese rispetto al periodo di inizio del congedo, salvo periodi superiori previsti dalla contrattazione collettiva.

3. Nelle aziende con meno di venti dipendenti, per i contributi a carico del datore di lavoro che assume personale con contratto a tempo determinato in sostituzione di lavoratrici e lavoratori in congedo, è concesso uno sgravio contributivo del 50 per cento. Quando la sostituzione avviene con contratto di lavoro temporaneo, l'impresa utilizzatrice recupera dalla società di fornitura le somme corrispondenti allo sgravio da questa ottenuto.

4. Le disposizioni del comma 3 trovano applicazione fino al compimento di un anno di età del figlio della lavoratrice o del lavoratore in congedo o per un anno dall'accoglienza del minore adottato o in affidamento.

5. Nelle aziende in cui operano lavoratrici autonome di cui al Capo XI, è possibile procedere, in caso di maternità delle suddette lavoratrici, e comunque entro il primo anno di età del bambino o nel primo anno di accoglienza del minore adottato o in affidamento, all'assunzione di personale a tempo determinato e di personale temporaneo, per un periodo massimo di dodici mesi, con le medesime agevolazioni di cui al comma 3.

⁽²⁾ Lo schema di d. lgs. recante « Attuazione della direttiva 99/70/CE relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato » è stata approvato nel Consiglio dei Ministri del 28 giugno 2001, ed è, al momento in cui si scrive, all'esame delle competenti commissioni parlamentari. Il testo dell'articolo e la relativa relazione di accompagnamento sono reperibili nel sito internet della Presidenza del Consiglio, all'indirizzo www.governo.it.

⁽³⁾ Così è intitolato il link presente sul sito internet della Presidenza del Consiglio.

⁽⁴⁾ L'imprecisione è sottolineata da VALLEBONA, *Le disposizioni speciali per particolari rapporti*, in *Guida lav.*, n. 19/2001, p. 47, in riferimento all'art. 57 (Rapporti di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni).

⁽⁵⁾ Si v. il commento di MAGNANI, *Il contratto di fornitura di lavoro temporaneo*, in NAPOLI (a cura di), *Il « pacchetto Treu »*. Commentario sistematico alla legge 24 giugno 1997, n. 196, in questa *Rivista*, 1998, p. 1178 ss., qui p. 1182.

⁽⁶⁾ Il d. lgs. citato, infatti, all'art. 11, abroga espressamente la l. 18 aprile 1962, n. 230.

(*) V. art. 4 d. lgs. n. 151/01, il cui testo è riportato alla nr. 1 del seguente commento.

La novità, tuttavia, risiede altrove, ovvero nell'inciso secondo il quale il datore di lavoro può utilizzare i predetti contratti per sostituire lavoratrici e lavoratori « assenti dal lavoro, in virtù delle disposizioni del presente testo unico ». La previsione è riferibile a tutte le assenze dal lavoro disciplinate dal t.u., comprese quelle per l'assistenza ai disabili di cui agli artt. 19 e 20 della l. n. 53, ora riprodotti negli artt. 33 e 42 del medesimo t.u. La precisazione aveva, nell'ottica del legislatore, lo scopo di consentire l'assunzione con contratto a tempo determinato anche per la sostituzione di lavoratori assenti che non avessero tecnicamente « diritto alla conservazione del posto di lavoro » (7), per i quali, dunque, avrebbe potuto dubitarsi dell'applicabilità dell'art. 1, comma 2°, lett. c), della l. n. 230/62 (8). La questione non ha ormai ragione di porsi, alla luce del disposto dell'art. 1 del citato schema di decreto legislativo, che ammette, del tutto genericamente, la stipulazione del contratto a tempo determinato per ragioni di carattere sostitutivo. Il decreto in parola, per la verità, sembra addirittura ammettere il ricorso al lavoro a termine senza alcuna limitazione di carattere sostanziale, sollevando così fondati dubbi di costituzionalità e di conformità al diritto comunitario (9).

Nessun problema pone invece il ricorso al contratto di lavoro temporaneo, proprio per l'ampiezza della dizione dell'art. 1, comma 2°, lett. c), della l. n. 196/97, idonea a ricomprendere tutte le ipotesi di assenza dal lavoro, a prescindere dal correlato diritto al mantenimento del posto.

Si deve ritenere, infine, che tra le assenze di cui all'art. 4, comma 1°, t.u., rientrano anche i riposi giornalieri (10) e i permessi ora disciplinati dal capo VI del medesimo t.u. Per i riposi giornalieri, che possono arrivare a quattro ore nel caso di parto plurimo (art. 41 t.u.), è infatti ipotizzabile la sostituzione con un lavoratore *part-time* a tempo determinato (11).

2. - La generale previsione del comma 1° dell'art. 4 t.u. risulta più circoscritta nel comma 2°, che riproduce, con una significativa variazione, il comma 1° dell'art. 10 in commento. La norma è riferita alla sostituzione delle lavoratrici e dei lavoratori « in congedo ai sensi del presente testo unico » e permette di anticipare di un mese la sostituzione medesima. La precisazione circa il titolo dell'assenza esclude perciò le assenze dei lavoratori non dovute all'utilizzo di un congedo.

La prima osservazione da svolgere è che la norma del t.u. sembra essere più ampia dell'originaria previsione dell'art. 10, che riguardava i soggetti « in astensione obbligatoria o facoltativa ». Da un lato, la correzione è volta ad adeguare la terminologia al contenuto della nuova disciplina, secondo le indicazioni comunitarie (12), mentre, dall'altro, serve a ri-

comprendere tutte le tipologie di congedo di cui al t.u., ad esempio quelli per l'assistenza ai disabili (13). Per il congedo ora previsto dall'art. 33 t.u., invero, alla soluzione in parola si poteva giungere in via interpretativa, poiché l'art. 33, comma 1°, della l. n. 104/92, richiamato dall'art. 20 della l. n. 53/2000, attribuiva alla madre o al padre di un minore con *handicap* grave il diritto al prolungamento dell'*astensione facoltativa* (14). Diversa, invece, è la situazione rispetto al congedo di cui all'art. 4, comma 2°, l. n. 53/2000, richiamato dall'art. 42, comma 5°, t.u., che non può ricondursi all'*astensione facoltativa*, essendo un congedo distinto da quelli previsti in relazione alla maternità e alla paternità e, perciò, non rientrando nell'originaria previsione dell'art. 10 in commento. Tra l'altro, poiché l'art. 42, comma 5°, t.u., riproduce il testo dell'art. 4, comma 4°-bis, l. n. 53/2000, sembra che la sostituzione anticipata sia consentita solo nelle ipotesi ivi previste (15) e non, invece, per il congedo « generale » per gravi motivi familiari di

(7) Tale, infatti, è la situazione della lavoratrice che richiede il congedo oltre il primo anno di vita del bambino, o quella del lavoratore padre anche durante il primo anno (salvo che usufruisca del congedo di paternità). Su tutti questi aspetti si rinvia al contributo di OCCHINO, in questo *Commentario*. Si v. altresì DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, p. 173 ss.; BASENGHI, *Licenziamento, dimissioni, diritto al rientro e lavoro notturno*, in *Guida lav.*, n. 19/2001, p. 37 ss.

(8) Secondo SUPPIEJ, *La tutela della paternità e della maternità nel Testo Unico*, in *Guida lav.*, n. 19/2001, p. 7 ss., al contrario, « la norma non introduce in realtà alcuna novità sostanziale », poiché la sostituzione con lavoratori a termine doveva considerarsi già « desumibile dall'art. 1, comma 2°, lett. c), della l. n. 230/62 » (p. 11).

(9) La questione non può essere approfondita in questa sede. Si vedano, sul punto, ROCCELLA, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, e ANGIOLINI, *Sullo « schema » di decreto legislativo in materia di lavoro a tempo determinato (nel testo conosciuto al 6 luglio 2001)*, entrambi reperibili nel sito della CGIL, all'indirizzo www.cgil.it/giuridico.

(10) I riposi giornalieri, infatti, « comportano il diritto della donna ad uscire dall'azienda » (art. 39, comma 2°, t.u.). Si v. PAPAIONE, *Riposi giornalieri, permessi e congedi per la malattia del figlio*, in *Guida lav.*, n. 19/2001, p. 30 ss.

(11) La possibilità di stipulare contratti *part-time* a tempo determinato, ammessa anche nel vigore dell'art. 5, l. n. 863/84, è confermata dall'art. 1, comma 4°, del d. lgs. n. 61/2000. Sul punto si v. il commento di BAVARO, *Il rapporto di lavoro a tempo parziale*, in BROLLO a cura di, *Il lavoro a tempo parziale*. D. Lgs. n. 61/2000, Milano, 2001, p. 28 ss.

(12) Rileva come i termini « maternità, gravidanza e puerperio, astensione obbligatoria » fossero diventati « clamorosamente imprecisi » GOTTARDI, *La disciplina del congedo di maternità e di paternità*, in *Guida lav.*, n. 19/2001, p. 16. Si v. anche il contributo di OCCHINO, in questo *Commentario*, spec. par. 1.1.

(13) Si tratta dei congedi previsti dagli artt. 19 e 20 della l. n. 53, ora disciplinati dagli artt. 33 e 42 del t.u. Si v. il contributo di MALZANI, in questo *Commentario*.

(14) E ora del congedo parentale: si v. PAPAIONE, *op. cit.*, p. 31.

(15) Si tratta del congedo attribuito alla lavoratrice madre o, in

cui al comma 2° del medesimo art. 4. Il congedo in parola, infatti, non rientra tra quelli disciplinati dal testo unico ⁽¹⁶⁾, né poteva, a maggior ragione, ritenersi ad esso applicabile il precedente testo dell'art. 10 in esame.

Le considerazioni ora svolte permettono di concludere che, comunque, le sostituzioni anticipate possono essere utilizzate in un ventaglio di casi più ampio rispetto alle previsioni dell'art. 10. Per questo aspetto, il t.u. apporta un'innovazione che, tuttavia, non sembra tale da comportare il rischio di una declaratoria di illegittimità costituzionale ⁽¹⁷⁾, sia perché la modifica appare necessaria « per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa » (art. 15, comma 1°, lett. c), sia perché, in generale, i testi unici sono abilitati ad introdurre modifiche e innovazioni rispetto alle norme precedenti, purché non travolgano « indiscriminatamente i principi della legislazione da coordinare » ⁽¹⁸⁾.

Sotto diverso profilo, la norma dell'art. 4, comma 2°, t.u., risulta più restrittiva di quella contenuta nel primo comma del medesimo articolo che, come si è accennato, ammette la sostituzione con lavoratori a termine o temporanei in tutte le ipotesi di assenza dal lavoro previste dal t.u., mentre l'anticipazione è consentita esclusivamente quando si tratti di sostituire lavoratrici e lavoratori « in congedo ». La ragione risiede, probabilmente, nel fatto che solo per i congedi è possibile predeterminare sia la data di inizio dell'astensione che la durata della stessa, cosa che non avviene, per ovvi motivi, nei casi di permesso per malattia dei figli ⁽¹⁹⁾. Se questo è vero, come sembra, appare discutibile la scelta del legislatore di riservare, nell'art. 10 della l. n. 53, il beneficio dell'anticipazione dell'assunzione alle sole ipotesi di sostituzione delle lavoratrici e dei lavoratori in astensione obbligatoria o facoltativa, escludendo così i congedi per la formazione di cui all'art. 5 e quelli per gravi motivi familiari, di cui all'art. 4, comma 2°, parimenti programmabili ⁽²⁰⁾.

L'anticipazione della sostituzione è finalizzata a permettere l'addestramento, necessario al proficuo inserimento del sostituto nell'organizzazione produttiva, da parte del soggetto che ha richiesto il congedo, in modo che l'assenza sia il più possibile « indolore » per il datore di lavoro ⁽²¹⁾. Nella stessa ottica si pone la previsione della possibilità per la contrattazione collettiva di elevare (ma non di ridurre) il termine massimo di un mese stabilito dall'art. 10, comma 1° (ora art. 4, comma 2°, t.u.). Si può rilevare, a questo punto, il mancato coordinamento tra il termine di preavviso per l'esercizio del diritto al congedo parentale ⁽²²⁾ ed il periodo di possibile anticipazione della sostituzione; si tratta, comunque, di una materia devoluta alla contrattazione collettiva, che potrebbe prevedere la medesima durata per

i due periodi, fermi restando i casi di oggettiva impossibilità del preavviso. Un problema ulteriore deriva dalla flessibilità del congedo di maternità (art. 20 t.u.), poiché per l'esercizio della facoltà attribuita alla lavoratrice non è previsto alcun termine di preavviso a favore del datore di lavoro, al fine di garantire la massima libertà di scelta della donna circa il momento di inizio dell'astensione. Si può ipotizzare, allora, che il termine previsto per la sostituzione anticipata decorra in ogni caso dall'inizio del periodo « ordinario » del congedo di maternità.

3. – Il comma 2° dell'art. 10 (ora commi 3° e 4° dell'art. 4 t.u.) prevede un forte incentivo per le imprese di piccole dimensioni, consistente nello sgravio del 50% sui contributi dovuti per i lavoratori assunti in sostituzione delle lavoratrici e dei lavoratori in congedo. La previsione risponde alle indicazioni della direttiva CE circa la necessità di evitare di porre ostacoli alla creazione e allo sviluppo delle piccole e medie imprese ⁽²³⁾.

Quanto al campo di applicazione del beneficio, occorre precisare, in primo luogo, che il riferimento alle « aziende », ripreso anche dall'art. 4, comma 3°, t.u., non dev'essere inteso in senso tecnico, ma come comprensivo di tutti i datori di lavoro, imprenditori e non ⁽²⁴⁾.

alternativa, al lavoratore padre ovvero, dopo la loro scomparsa, a uno dei fratelli o delle sorelle conviventi di un soggetto con *handicap grave*. Si v. il commento di DE MARGHERITI.

⁽¹⁶⁾ L'art. 4, comma 2°, non è riprodotto all'interno delle disposizioni del t.u., trattandosi di materia slegata dalla maternità e dalla paternità.

⁽¹⁷⁾ Sottolinea il rischio derivante dall'introduzione di « modifiche sostanziali » SUPPIEJ, *op. cit.*, p. 8.

⁽¹⁸⁾ Così ANGIOLINI, voce « Testo Unico », in *Enc. del dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 529. Nello stesso senso (ma è opinione consolidata) CHELI, voce, « Testo Unico », in *Novissimo Digesto it.*, XIX, Torino, 1973, spec. p. 309 ss.; MALO, voce « Testo Unico », in *Digesto-IV ed.*, *Disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, spec. p. 297 ss.

⁽¹⁹⁾ Resta il dubbio per i riposi giornalieri, che, come si è sostenuto *supra*, permettono la sostituzione con un lavoratore *part-time* a tempo determinato.

⁽²⁰⁾ In entrambi i casi citati la fruizione del congedo è infatti subordinata alla richiesta, che presuppone un periodo di preavviso. Per i congedi formativi il preavviso minimo è stabilito dallo stesso art. 5 in 30 giorni. Si v. il commento all'art. 5, di chi scrive. La critica circa la mancata estensione ai congedi formativi del beneficio dello sgravio è svolta anche da DEL PUNTA, LAZZERONI e VALLAURI, *I congedi parentali. Commento alla legge 8 marzo 2000, n. 53*, Milano, 2000, p. 101.

⁽²¹⁾ Cfr. DEL PUNTA, LAZZERONI e VALLAURI, *op. cit.*, p. 49.

⁽²²⁾ Non inferiore a 15 giorni, ai sensi dell'art. 32, comma 3°, t.u.

⁽²³⁾ Si v. il punto 12 delle considerazioni generali contenute nel Preambolo all'Accordo quadro sul congedo parentale, allegato alla direttiva 96/34/CE.

⁽²⁴⁾ Così si esprime la circolare INPS n. 136 del 10 luglio

La previsione di un requisito dimensionale apre, poi, la questione dei criteri di computo dei dipendenti. Sono senza dubbio da escludere i lavoratori assunti con CFL e contratto di apprendistato, in forza della generale previsione, rispettivamente, dell'art. 3, comma 10°, l. n. 863/84, e dell'art. 21, l. n. 56/87. I lavoratori a tempo parziale sono computati in proporzione all'orario svolto, con arrotondamento all'unità della frazione di orario superiore a quello pieno, secondo quanto stabilito dall'art. 6, d. lgs. n. 61/2000, come modificato dal d. lgs. n. 100/2001⁽²⁵⁾. Per quanto attiene al computo dei lavoratori a tempo determinato, la giurisprudenza è orientata a ritenere che essi debbano rientrare nel calcolo del numero dei dipendenti quando possano essere considerati facenti parte del « normale organico » dell'impresa⁽²⁶⁾. Oggi detta soluzione deve essere rivista alla luce della recente riforma del contratto a tempo determinato, che lo rende del tutto alternativo al lavoro a tempo indeterminato⁽²⁷⁾, sì da poterlo considerare ormai uno strumento ordinario di reclutamento della manodopera⁽²⁸⁾. Lo schema di decreto legislativo approvato dal consiglio dei Ministri prevede, all'art. 8, che i lavoratori a tempo determinato siano computabili nell'organico dell'impresa quando il contratto abbia durata superiore a 9 mesi, ma ciò ai soli fini di cui all'art. 35 Stat. Lav., per cui la questione rimane aperta. Non sembra neppure possibile invocare l'analogia con i lavoratori temporanei, sicuramente esclusi dal computo dell'organico dell'impresa utilizzatrice in virtù dell'art. 6, comma 5°, l. n. 196/97, in quel caso, infatti, l'esclusione trova la sua giustificazione sia nel fatto che detti lavoratori sono formalmente dipendenti dell'impresa fornitrice⁽²⁹⁾, sia nel fatto che il ricorso al lavoro temporaneo deve considerarsi ancora eccezionale, legato cioè ad un fabbisogno transitorio di personale⁽³⁰⁾.

Nessun limite dimensionale è invece previsto per le aziende nelle quali operano lavoratrici autonome (si v. *infra*, par. 4), per la sostituzione delle quali si applica dunque il beneficio contributivo in esame qualunque sia la consistenza dell'organico.

Nel passaggio dalla l. n. 53/2000 al t.u., la norma in commento si è arricchita della previsione secondo la quale « quando la sostituzione avviene con contratto di lavoro temporaneo, l'impresa utilizzatrice recupera dalla società di fornitura le somme corrispondenti allo sgravio da questa ottenuto ». La novità della previsione riportata non risiede tanto nel suo contenuto esplicito⁽³¹⁾, quanto nell'estensione (implicita) dello sgravio contributivo alle imprese fornitrici, quando la fornitura di lavoro temporaneo avvenga per sostituire lavoratori in congedo⁽³²⁾. La conclusione non poteva affatto pacificamente ricavarsi dal testo dell'art. 10, che faceva ri-

ferimento al « datore di lavoro che assume lavoratori a tempo determinato in sostituzione di lavoratori in astensione ». In altre parole, se il ricorso al contratto di fornitura per la sostituzione dei lavoratori in astensione era sicuramente ammissibile, in forza (non dell'art. 10 ma) della generale previsione dell'art. 1, comma 2°, lett. c), l. n. 196/97, non altrettanto agevole risultava l'estensione del beneficio contributivo, proprio in ragione della precisa dizione dell'art. 10.

L'agevolazione in esame permette alle piccole imprese di alleviare l'onere economico derivante dalla sostituzione dei lavoratori in congedo, che nel

2001, in *Guida lav.*, n. 29/2001, p. 34, secondo la quale « tenuto conto dello spirito della legge, che tende a favorire il ricorso all'istituto del congedo, il beneficio trova applicazione nei confronti della generalità dei datori di lavoro, aventi o meno la qualifica di imprenditori ».

⁽²⁵⁾ Il d. lgs. n. 100/2001 ha precisato che « l'arrotondamento opera per le frazioni di orario eccedenti la somma degli orari individuati a tempo parziale, corrispondenti a unità intere di orario a tempo pieno », recependo così il prevalente orientamento dottrinale in materia. Sul punto si v. ALAIMO, *Il computo dei lavoratori a tempo parziale*, in BROLO (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale. D. Lgs. n. 61/2000*, Milano, 2001, p. 173 ss. e BROLO, *Le disposizioni integrative e correttive del 2001*, *ibidem*, p. 516 ss.

⁽²⁶⁾ Si v., per i limiti dimensionali dell'impresa agricola, Cass. 26 luglio 1995, n. 8129, in *Mass. giust. civ.*, 1995, p. 1428.

⁽²⁷⁾ Risultano pertanto profetiche le osservazioni di MONTUSCHI, *L'evoluzione del contratto a termine. Dalla subaltermità all'alternatività: un modello per il lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 23/2000, p. 9 ss.

⁽²⁸⁾ La conclusione si ricava dall'art. 1 dello schema di d. lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri, là dove consente l'apposizione di un termine al contratto di lavoro « a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, senza alcun riferimento alla loro eccezionalità o transitorietà, che neppure può desumersi dalla (indiretta) fissazione della durata massima in tre anni, contenuta nell'art. 4 dello schema. Del resto, è la stessa relazione di accompagnamento a sottolineare che « i due tipi di contratto di lavoro - a tempo indeterminato, a tempo determinato - avranno d'ora in poi parità di status giuridico (...) » (punto 3 della relazione).

⁽²⁹⁾ Lo sottolinea LUNARDON, *Gli obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in NAPOLI (a cura di), *Il « pacchetto Treu »*. *Commentario sistematico alla legge 24 giugno 1997*, n. 196, in questa *Rivista*, 1998, spec. p. 1247 ss.

⁽³⁰⁾ In tal senso ROCCELLA, *I rapporti di lavoro atipici in Italia dall'accordo tripartito del 23 luglio 1993 alla l. 196/97*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, I, p. 3 ss., qui p. 5; PELLACANI, *Il lavoro temporaneo: nozione e struttura del rapporto. L'attività di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo. La struttura del contratto; l'ambito di applicazione della tipologia; i soggetti*, in GALANTINO (a cura di), *Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione*, Milano, 1998, p. 54.

⁽³¹⁾ Rileva SUPPIEJ, *op. cit.*, p. 11, che « sarebbe stato certamente così anche senza la precisazione, perché sempre l'impresa utilizzatrice è obbligata a rimborsare all'impresa fornitrice solo gli « oneri retributivi e previdenziali da questa effettivamente sostenuti » (art. 1, comma 5°, lett. f), l. n. 196/97) ».

⁽³²⁾ In tal senso, correttamente, BIANCHI, *Congedi di maternità, assunzioni interinali e sgravi contributivi*, in *Guida lav.*, n. 29/2001, p. 33.

caso di ricorso al contratto di fornitura è aggravato dal compenso dovuto all'impresa fornitrice. La consistenza occupazionale necessaria ai fini dell'applicazione del beneficio andrà perciò valutata con riguardo all'impresa utilizzatrice⁽³³⁾.

Mentre la possibilità di anticipare la sostituzione è ammessa in ogni caso, lo sgravio contributivo soffre di una limitazione temporale, poiché trova applicazione fino al compimento di un anno di vita del figlio, ovvero per un anno dall'accoglienza del minore adottato o in affidamento. Tale limite esclude *de facto* dall'accesso al beneficio i congedi concessi ai familiari di handicappati gravi⁽³⁴⁾ che, in forza dell'interpretazione proposta (cfr. *supra*, par. 2), rientrano tra quelli per i quali è ammessa l'anticipazione della sostituzione.

4. - Lo sgravio contributivo del 50% è concesso altresì nell'ipotesi di sostituzione della lavoratrice autonoma in maternità, come riflesso dell'estensione (parziale) a tale categoria delle tutele previste per il lavoro subordinato.

Destinatari della norma incentivante sono le aziende nelle quali operano le lavoratrici di cui al capo XI del t.u., cioè quelle individuate dalla l. n. 546/87⁽³⁵⁾, secondo la previsione dell'art. 10 in commento, con l'aggiunta delle imprenditrici agricole a titolo principale, in ossequio alla sentenza n. 361/2000 della Corte costituzionale⁽³⁶⁾. La previsione, resa necessaria dalla pronuncia suddetta, è ora contenuta nel comma 5° dell'art. 4 t.u. Restano escluse le libere professioniste e le collaboratrici coordinate e continuative, che pure sono destinatarie dell'indennità di maternità, ai sensi, rispettivamente, dell'art. 70 e dell'art. 64 t.u. Se per le prime la *ratio* può forse rinvenirsi nella mancata estensione nei loro confronti del congedo parentale, che tuttavia non appare un argomento decisivo, per le seconde occorre ricordare che, in base all'art. 64, comma 2°, t.u., la tutela della maternità « avviene nelle forme e con le modalità previste per il lavoro dipendente ». Si potrebbe ritenere, allora, che debba trovare applicazione nei loro confronti anche l'art. 4 t.u., in tal modo, fra l'altro, verrebbe incentivato un istituto già previsto dalla contrattazione collettiva⁽³⁷⁾. La conclusione è confermata dall'osservazione secondo cui proprio l'art. 64 t.u. potrebbe « provocare qualche perplessità in ordine all'applicazione dell'art. 9 »⁽³⁸⁾, con la conseguenza che le collaboratrici coordinate e continuative sarebbero escluse sia dalle azioni positive per la flessibilità, sia dalle sostituzioni incentivate⁽³⁹⁾.

Per quanto attiene, poi, ai presupposti di attribuzione dello sgravio, occorre rilevare alcune particolarità. In primo luogo, come si è accennato, il beneficio è concesso qualunque sia la dimensione del-

l'impresa. Il comma 3° dell'art. 10 (oggi comma 5° dell'art. 4 t.u.) richiama infatti il comma 2° (oggi comma 3°, art. 4 t.u.) esclusivamente per le agevolazioni, e non per le condizioni in esso previste. In secondo luogo, la sostituzione agevolata, come l'indennità di maternità per le lavoratrici autonome⁽⁴⁰⁾, sembra svincolata dall'effettiva astensione da lavoro. La conclusione si ricava dalla sfasatura temporale tra la durata del congedo previsto dall'art. 68 t.u. (3 mesi entro il primo anno di vita del bambino o entro l'anno dall'ingresso nella famiglia adottiva o affidataria) e la durata massima della sostituzione (12 mesi, nel medesimo periodo). La previsione sconta, da un lato, le difficoltà legate alla verifica dell'effettività dell'assenza della lavoratrice autonoma, ma, dall'altro, è certamente rivolta ad incentivarne l'astensione anche al di fuori dei (ristretti) limiti temporali di cui al citato art. 68 t.u., in ragione della possibilità di autogestione del tempo di lavoro di cui godono i lavoratori autonomi⁽⁴¹⁾. In altre parole, la garanzia del mantenimento parziale del reddito, unita alla possibilità di sostituzione, dovrebbero, nell'ottica del legislatore, permettere alla donna di valutare liberamente come e quanto dedicarsi a compiti di cura. Quel che colpisce,

⁽³³⁾ Così, infatti, la circolare INPS n. 136/2001, *cit.*

⁽³⁴⁾ Ciò per la ragione che la gravità dell'*handicap* deve risultare accertata da almeno 5 anni. Si v. il commento di DE MARGHERITI all'art. 4.

⁽³⁵⁾ Si tratta delle « lavoratrici autonome, coltivatrici dirette, mezzadre e colone, artigiane ed esercenti attività commerciali » (art. 1, l. 29 dicembre 1987, n. 546).

⁽³⁶⁾ Corte cost. 26 luglio 2000, n. 361, in *G.U.*, 1ª serie speciale, 2 agosto 2000, p. 109.

⁽³⁷⁾ L'art. 15 del CCNL per le collaborazioni coordinate e continuative, siglato l'8 aprile 1998, prevede che durante il periodo di maternità la collaboratrice possa essere sostituita di sua iniziativa (con il consenso del datore di lavoro) o, in mancanza, ad iniziativa dell'azienda.

⁽³⁸⁾ Così CALAFA, *La conciliazione tra incentivi e azioni positive. Commento all'art. 9, L. n. 53/2000*, in DEL PUNTA e GOTTARDI (a cura di), *I nuovi congedi*, Milano, in corso di pubblicazione, e nel sito www.unicz.it/lavoro.

⁽³⁹⁾ A differenza di altre lavoratrici autonome, per la sostituzione delle quali può farsi ricorso all'uno e all'altro beneficio. Sul punto di rinvia al contributo di FERRANTE, in questo *Commentario*.

⁽⁴⁰⁾ DEL PUNTA, *La nuova disciplina...*, *cit.*, p. 169; OCCHINO, in questo *Commentario*, § 2.8, ritiene invece ragionevole che l'indennità spetti « solo se la lavoratrice si astiene effettivamente dal lavoro ». In quest'ultimo senso si v. la circolare INPS n. 177 del 19 ottobre 2000, in *Guida lav.*, n. 42/2000, p. 26. Si v. anche TARTAGLIONE, *La maternità delle lavoratrici autonome e delle libere professioniste*, in *Guida lav.*, n. 19/2001, p. 55. In giurisprudenza, per l'affermazione secondo la quale dalla corresponsione dell'indennità non può farsi derivare un obbligo della lavoratrice autonoma di astenersi dal lavoro si v., da ultimo, Cass. 12 gennaio 2000, n. 289, in *Guida lav.*, n. 8/2000, p. 40.

⁽⁴¹⁾ In questo senso DEL PUNTA, LAZZERONI e VALLAURI, *op. cit.*, p. 15.

allora, in una legge tutta tesa a favorire una migliore ripartizione dei ruoli familiari ⁽⁴²⁾, è la limitazione del beneficio in parola, così come di tutti quelli legati alla maternità nel lavoro autonomo, alle sole lavoratrici madri, anche adottive o affidatarie, escludendo i lavoratori padri ⁽⁴³⁾.

Un cenno conclusivo merita la questione dei rapporti tra l'art. 10 (ora inserito nell'art. 4 t.u.) e l'art. 9, comma 1°, lett. c), dedicato alle azioni positive rivolte alla sostituzione del titolare d'impresa o del lavoratore autonomo che benefici del periodo di astensione obbligatoria o del congedo parentale con altro imprenditore o lavoratore autonomo. A prescindere dalla considerazione per cui nel primo caso la sostituzione avviene con un lavoratore subordinato, sia esso a tempo determinato o temporaneo ⁽⁴⁴⁾, sembra che sia diverso lo stesso campo di applicazione delle due norme. L'art. 9, comma 2°, lett. c) fa infatti riferimento, genericamente, al « titolare d'impresa » e al « lavoratore autonomo », consentendo così di includervi non solo le

lavoratrici autonome non considerate dall'art. 10 (si v. *supra*), ma anche i lavoratori autonomi padri. L'obiettivo di realizzare « una maggiore condivisione dei ruoli familiari », non raggiungibile, come si è visto, attraverso l'art. 10, può forse essere ottenuto tramite le azioni positive di cui all'art. 9, come auspicato in dottrina ⁽⁴⁵⁾.

CRISTINA ALESSI

⁽⁴²⁾ DEL PUNTA, *La nuova disciplina...*, cit., p. 162 ss.; GOT-TARDI, *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in *Lav. dir.*, 1999, spec. p. 512 ss.

⁽⁴³⁾ Secondo OCCHINO, in questo *Commentario*, par. 2.8, la disciplina dell'astensione facoltativa delle lavoratrici autonome « rappresenta una deroga alla tendenziale omologazione dei ruoli parentali ».

⁽⁴⁴⁾ Cfr. FERRANTE, in questo *Commentario*; CALAFA, *op. cit.*, p. 15 del datt. pubblicato in *www.unicz.it/lavoro*.

⁽⁴⁵⁾ Le parole riportate tra virgolette e l'auspicio sono di CALAFA, *op. cit.*, p. 28 datt.

Art. 11.

Parti prematuri

1. All'art. 4 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, sono aggiunti, in fine, i seguenti commi:
« Qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta, i giorni non goduti di astensione obbligatoria prima del parto vengono aggiunti al periodo di astensione obbligatoria dopo il parto.

La lavoratrice è tenuta a presentare, entro trenta giorni, il certificato attestante la data del parto ».

Art. 12.

Flessibilità dell'astensione obbligatoria

1. Dopo l'art. 4 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, è inserito il seguente:

« Art. 4-bis. – 1. Ferma restando la durata complessiva dell'astensione dal lavoro, le lavoratrici hanno la facoltà di astenersi dal lavoro a partire dal mese precedente la data presunta del parto e nei quattro mesi successivi al parto, a condizione che il medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro ».

2. Il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con i Ministri della sanità e per la solidarietà sociale, sentite le parti sociali, definisce, con proprio decreto da emanare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, l'elenco dei lavori ai quali non si applicano le disposizioni dell'art. 4-bis della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, introdotto dal comma 1 del presente articolo.

3. Il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con i Ministri della sanità e per la solidarietà sociale, provvede, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, ad