

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,
MARIELLA 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.



CEDAM

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2001

collocazione del comma in questione viene modificata: esso viene infatti scorporato dalla norma in cui è attualmente inserito e collocato più propriamente tra gli istituti finalizzati all'assistenza ai por-

tatori di *handicap*, che l'art. 42 prevede sotto la rubrica « Riposi e permessi per i figli con *handicap* grave ».

MARIA LUISA DE MARGHERITI

Art. 5.

Congedi per la formazione

1. *Ferme restando le vigenti di disposizioni relative al diritto allo studio di cui all'art. 10 della legge 20 maggio 1970, n. 300, i dipendenti di datori di lavoro pubblici o privati, che abbiano almeno cinque anni di anzianità di servizio presso la stessa azienda o amministrazione, possono richiedere una sospensione del rapporto di lavoro per congedi per la formazione per un periodo non superiore ad undici mesi, continuativo o frazionato, nell'arco dell'intera vita lavorativa.*

2. *Per « congedo per la formazione » si intende quello finalizzato al completamento della scuola dell'obbligo, al conseguimento del titolo di studio di secondo grado, del diploma universitario o di laurea, alla partecipazione ad attività formative diverse da quelle poste in essere o finanziate dal datore di lavoro.*

3. *Durante il periodo di congedo per la formazione il dipendente conserva il posto di lavoro e non ha diritto alla retribuzione. Tale periodo non è computabile nell'anzianità di servizio e non è cumulabile con le ferie, con la malattia e con altri congedi. Una grave e documentata infermità, individuata sulla base dei criteri stabiliti dal medesimo decreto di cui all'art. 4, comma 4, intervenuta durante il periodo di cui sia stata comunicazione scritta al datore di lavoro, dà luogo ad interruzione del congedo medesimo.*

4. *Il datore di lavoro può non accogliere la richiesta di congedo per la formazione ovvero può differirne l'accoglimento nel caso di comprovate esigenze organizzative. I contratti collettivi prevedono le modalità di fruizione del congedo stesso, individuano le percentuali massime dei lavoratori che possono avvalersene, disciplinano le ipotesi di differimento o di diniego all'esercizio di tale facoltà e fissano i termini del preavviso, che comunque non può essere inferiore a trenta giorni.*

5. *Il lavoratore può procedere al riscatto del periodo di cui al presente articolo, ovvero al versamento dei relativi contributi, calcolati secondo i criteri della prosecuzione volontaria.*

Art. 6.

Congedi per la formazione continua

1. *I lavoratori, occupati e non occupati, hanno diritto di proseguire i percorsi di formazione per tutto l'arco della vita, per accrescere conoscenze e competenze professionali. Lo Stato, le regioni e gli enti locali assicurano un'offerta formativa articolata sul territorio e, ove necessario, integrata, accreditata secondo le disposizioni dell'art. 17 della legge 24 giugno 1997, n. 196 e successive modificazioni, e del relativo regolamento di attuazione. L'offerta formativa deve consentire percorsi personalizzati, certificati e riconosciuti come crediti formativi in ambito nazionale ed europeo. La formazione può corrispondere ad autonoma scelta del lavoratore ovvero essere predisposta dall'azienda, attraverso i piani formativi aziendali o territoriali concordati tra le parti sociali in coerenza con quanto previsto dal citato art. 17 della legge n. 196 del 1997 e successive modificazioni.*

2. *La contrattazione collettiva di categoria, nazionale e decentrata, definisce il monte ore da desti-*

nare ai congedi di cui al presente articolo, i criteri per l'individuazione dei lavoratori e le modalità di orario e retribuzione connesse alla partecipazione ai percorsi di formazione.

3. Gli interventi formativi che rientrano nei piani aziendali o territoriali di cui al comma 1 possono essere finanziati attraverso il fondo interprofessionale per la formazione continua, di cui al regolamento di attuazione del citato art. 17 della legge n. 196 del 1997.

4. Le regioni possono finanziare progetti di formazione dei lavoratori che, sulla base di accordi contrattuali, prevedano quote di riduzione dell'orario di lavoro, nonché progetti di formazione presentati direttamente dai lavoratori. Per le finalità del presente comma è riservata una quota, pari a lire 30 miliardi annue, del Fondo per l'occupazione di cui all'art. 1, comma 7, del decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1993, n. 236. Il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, provvede annualmente, con proprio decreto, a ripartire fra le regioni la predetta quota, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano.

SOMMARIO (artt. 5-6): 1. Premessa. - 2. I congedi ad iniziativa del lavoratore. - 2.1. I requisiti richiesti per l'esercizio del diritto al congedo. - 2.2. Il diritto al congedo formativo. - 2.3. Gli effetti del congedo sul rapporto di lavoro. - 3. I congedi per la formazione continua (art. 6). - 3.1. Il riconoscimento del diritto alla formazione continua. - 3.2. I congedi individuali. - 3.3. I congedi ad iniziativa del datore di lavoro. - 3.4. Il ruolo della contrattazione collettiva.

1. - La disciplina dei congedi formativi, nelle due modalità di cui agli artt. 5 e 6 della legge in commento, era da tempo attesa, nel quadro della complessiva riforma del sistema di formazione professionale annunciata dalla l. n. 196/97. L'effettività del sistema, infatti, dipendeva dallo specifico riconoscimento della possibilità per i lavoratori occupati di usufruire di congedi nell'arco della vita lavorativa. Fino all'emanazione della l. n. 53/2000, in altre parole, non si poteva affermare che in Italia esistesse un sistema di formazione professionale continua⁽¹⁾, per l'assenza degli strumenti necessari a consentire ai lavoratori l'accrescimento delle proprie competenze professionali anche al di fuori delle azioni formative programmate e predisposte dalle imprese. Il modello delineato dal nostro legislatore è tributario, per molti aspetti, dell'esperienza maturata in altri ordinamenti, soprattutto quello francese, e delle sollecitazioni comunitarie verso la costruzione di un sistema di *lifelong learning*. Per questa ragione, non stupisce la collocazione delle previsioni degli artt. 5 e 6 all'interno di un provvedimento che è volto, da un lato, al recepimento della direttiva sui congedi parentali, e, dall'altro, alla riappropriazione dei tempi da dedicare alla cura e allo sviluppo degli interessi individuali della persona.

2. Il primo modello di congedo, delineato dal-

l'art. 5, può essere definito come « ad iniziativa del lavoratore », anche se tale definizione necessita di alcune precisazioni, e corrisponde al *congé individuel de formation*⁽²⁾ ben noto all'ordinamento francese, dal quale la norma in esame mutuava parzialmente la disciplina.

Il riferimento all'iniziativa del lavoratore dovrebbe servire a distinguere i congedi in parola da quelli previsti dall'art. 6 della legge; in realtà, la distinzione così fondata non è affatto chiara. In primo luogo, infatti, si può rilevare come anche l'art. 6 si preoccupi di fornire una disciplina anche al caso in cui la formazione corrisponda « ad autonoma scelta del lavoratore » (art. 6, comma 1°), prevedendo altresì la possibilità per le Regioni di finanziare « progetti di formazione presentati direttamente dai lavoratori ». La linea di confine, dunque, non passa attraverso l'iniziativa individuale del lavoratore, intesa come libera scelta della formazione da svolgere.

Un diverso profilo di differenziazione potrebbe, invero, essere rintracciato nella destinazione del congedo di cui all'art. 5 alla soddisfazione di interessi di accrescimento « culturale » lato *sensu* del lavoratore. L'art. 6, infatti, garantisce una tutela di gran lunga più favorevole alla formazione che sia

⁽¹⁾ In questi termini TORELLI, *Lo sviluppo della formazione continua in Italia*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, p. 198.

⁽²⁾ Art. L. 931-2 *Code du travail*. Per una ricognizione del sistema formativo francese si v. Bilan et perspectives de la formation continue en France, a cura del Ministero del lavoro francese, reperibile sul sito dello stesso ministero (www.social.gouv.fr/). Si v. anche il classico studio di J. M. LUTTRINGER, *Le droit de la formation continue*, Parigi, Dalloz, 1986.

rivolta all'accrescimento di « conoscenze e competenze professionali », limitando così il suo campo d'azione agli interventi formativi che siano legati alla posizione professionale del lavoratore⁽³⁾. Da questo punto di vista, è senz'altro vero che l'art. 5 apre « una via di fuga »⁽⁴⁾ – anche se irta di ostacoli (v. *infra*) – consentendo al lavoratore di usufruire di spazi per coltivare interessi anche totalmente slegati dalla sua attività lavorativa, ma è anche vero che proprio l'ampiezza della dizione di cui all'art. 5 consente l'accesso, tra l'altro, alla formazione professionalizzante in senso stretto. Oltre alle ipotesi espressamente indicate in cui il congedo è finalizzato al completamento della scuola dell'obbligo, al conseguimento del titolo di studio di secondo grado, ecc., l'art. 5 si limita a prevedere che il congedo possa essere utilizzato per la partecipazione ad attività formative « diverse da quelle poste in essere o finanziate dal datore di lavoro ». Al di là dei casi in cui la formazione non può, per definizione, rientrare nell'iniziativa del datore di lavoro, la linea di demarcazione è rappresentata proprio dall'impossibilità per il lavoratore di fruire della formazione da lui scelta all'interno delle azioni formative adottate dal datore di lavoro.

Una distinzione fondata sul contenuto, professionale o meno, della formazione impartita non serve, dunque, a distinguere le due ipotesi, perché, in linea generale, non è ben definita la linea di confine tra competenze professionali e non. I nuovi sistemi di classificazione del personale basati sul modello delle competenze, infatti, fanno riferimento non solo alla capacità di svolgere una certa attività, ma anche a qualità come il saper risolvere i problemi, la capacità organizzativa, ecc.⁽⁵⁾ Da questo punto di vista, non sembra possibile escludere, ad esempio, che un corso di automotivazione o di orientamento possa essere inserito nella lista di quelli volti a dotare il lavoratore di competenze professionali. Il criterio di distinzione, insomma, sembra risiedere esclusivamente nella libertà del lavoratore di scegliere un percorso formativo al di fuori di quelli organizzati o finanziati dal datore di lavoro⁽⁶⁾, ovvero al di fuori di quelli organizzati o finanziati dalla Regione, ai sensi dell'art. 6, commi 1° e 3° (v. *infra*).

Si può ritenere, allora, che quando la formazione ha ad oggetto l'acquisizione o l'accrescimento di competenze o conoscenze professionali, il lavoratore abbia due possibilità: il ricorso all'art. 5, quando il percorso formativo non rientri in quelli previsti dai piani formativi aziendali o non abbia ottenuto l'approvazione della Regione, il ricorso all'art. 6 negli altri casi. Un criterio distintivo, allora, può essere rintracciato nell'interesse al cui soddisfacimento è finalizzato il congedo. La l. n. 53/2000 riserva in-

fatti la più favorevole disciplina di cui all'art. 6 alle ipotesi in cui la formazione corrisponda anche, se non prevalentemente, all'interesse del datore di lavoro.

Nelle ipotesi del completamento della scuola dell'obbligo, del conseguimento del titolo di studio di secondo grado ovvero del diploma universitario o di laurea, la l. n. 53/2000, al contrario, prevede esclusivamente il ricorso al congedo formativo di cui all'art. 5. Ciò non significa, tuttavia, che l'istruzione così ricevuta non rientri nel concetto di formazione professionale, secondo l'interpretazione datane dalla Corte di giustizia comunitaria. La Corte ha infatti chiarito da tempo che l'istruzione superiore e quella universitaria possono essere considerate « formazione professionale » ai sensi del diritto comunitario quando i relativi corsi « preparano ad un titolo per una professione, mestiere o attività specifica, o attribuiscono l'idoneità particolare ad esercitare una professione, mestiere o attività »⁽⁷⁾. L'ordinamento italiano, in questi ultimi tempi, pur mantenendo ferma la distinzione tra istruzione scolastica e formazione professionale, principalmente ai fini della ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni⁽⁸⁾, sta andando nella direzione dell'integrazione dei due sistemi, superando addirittura il più blando concetto di « coerenza » tra sistema

⁽³⁾ ARRIGO, *I congedi formativi nella L. n. 53/2000*, in *Lav. inf.*, 2000, nn. 15-16, p. 14.

⁽⁴⁾ DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 178.

⁽⁵⁾ Su tutti questi aspetti si v. GUARRIELLO, *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, Napoli, 2000, p. 39 ss. Si v. anche BIAGI, *Formazione e qualità: note per una strategia comunitaria dell'occupazione*, in *Dir. rel. ind.*, 1996, p. 73 ss. La definizione di « competenze professionali » indicata nel testo è stata fra l'altro recentemente adottata nell'Accordo tra Governo, regioni, province, comuni e comunità montane sulla formazione permanente degli adulti, in *G.U.* n. 147, del 26 febbraio 2000 (punto 2 dell'accordo).

⁽⁶⁾ In tal senso DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 177.

⁽⁷⁾ Corte giust. CE, 2 febbraio 1988, C. 24/86, *Blaizot*, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 421 ss., per l'insegnamento universitario; Corte giust. CE, 13 febbraio 1985, C. 293/83, *Gravier*, *ibidem*, c. 423 ss., per l'insegnamento impartito in istituti superiori. Per il programma *Erasmus* si v. Corte giust. CE, 30 maggio 1989, C. 242/87, *Commissione vs. Consiglio*, in *Foro it.*, 1989, IV, c. 369. In *Blaizot* la Corte precisa inoltre che l'insegnamento universitario rientra nella nozione di formazione professionale « non solo quando l'esame finale conferisce il titolo immediato per l'esercizio di una professione, mestiere o attività determinata che presuppone detto titolo, ma anche nel caso in cui detti studi conferiscano un'idoneità particolare, vale a dire nei casi in cui lo studente ha bisogno di cognizioni acquisite per l'esercizio di una professione, mestiere o attività, anche se l'acquisto di dette cognizioni non è prescritto per tale esercizio da disposizioni di leggi, di regolamenti o amministrative ».

⁽⁸⁾ Si v., ad esempio, gli artt. 135-144 del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 112, in *G.U.*, n. 92, suppl. ord. n. 77, del 21 aprile 1998.

formativo e sistema scolastico adottato dalla l. n. 845/78⁽⁹⁾.

Nelle ipotesi previste espressamente dall'art. 5, in ogni caso, il lavoratore ha la possibilità di usufruire dei permessi disciplinati dall'art. 10 Stat. lav., e cioè della « storica » esperienza contrattuale delle « 150 ore »⁽¹⁰⁾, non solo in alternativa, ma anche in aggiunta ad eventuali periodi di congedo. La conclusione si ricava pianamente dalla dizione di apertura dell'art. 5, là dove vengono fatte salve le disposizioni in materia di diritto allo studio. Si può ritenere, anzi, che la richiesta di usufruire dei permessi *ex art. 10 Stat. lav.* sarà senz'altro preferita, non foss'altro che perché si tratta, in quel caso, di permessi *retribuiti*. Il ricorso al congedo formativo di cui all'art. 5, insomma, sarà considerato una sorta di *extrema ratio*, da utilizzare solo in assenza di altre possibilità.

L'impressione che si ricava dalla disciplina dei congedi per la formazione è che il legislatore abbia reso eccessivamente difficoltoso il loro utilizzo. Il ricorso al congedo individuale di formazione risulta infatti complicato non solo dall'assenza di retribuzione, problema che può essere parzialmente ovviato tramite l'anticipazione del t.f.r. (si v. il commento di M. Corti), ma soprattutto dalla rigidità dei requisiti richiesti per il suo ottenimento, come si avrà modo di rilevare *infra*. L'auspicio è che la contrattazione collettiva, alla quale sono demandati rilevanti poteri di integrazione del precetto legale, sappia costruire un sistema più attento alle esigenze del lavoratore. Il modello potrebbe, ancora una volta, essere quello francese, ma non pare affatto trascurabile proprio l'esperienza italiana delle 150 ore, o quella degli enti bilaterali. Si potrebbero prevedere, ad esempio, forme di sostegno al reddito dei lavoratori in congedo, attraverso il ricorso a borse di formazione, ovvero all'utilizzazione della « banca ore », prevista dai contratti collettivi, per finanziare una parte del congedo, secondo le indicazioni del « Patto di Natale » del 1998⁽¹¹⁾.

2.1. – Il diritto al congedo formativo è subordinato alla sussistenza di alcuni requisiti, legati principalmente all'anzianità del lavoratore. Anzitutto, la legge precisa che il diritto spetta sia ai dipendenti da datori di lavoro pubblici che ai dipendenti da datori di lavoro privati; nessuna distinzione, pertanto, deriva dalla natura del rapporto, né, poiché la legge non ne fa menzione, dalle dimensioni del datore di lavoro.

I lavoratori possono accedere al congedo formativo quando vantano almeno cinque anni di anzianità di servizio presso la stessa azienda o amministrazione. Si tratta, come si è accennato in precedenza, di una disposizione estremamente limitativa, sia perché il periodo richiesto è eccessivamente lun-

go, sia perché l'attività lavorativa deve essere stata svolta presso lo stesso datore di lavoro⁽¹²⁾. La previsione del periodo di cinque anni è molto più elevata rispetto a quanto stabilito, ad esempio, nell'ordinamento francese, dove il lavoratore può accedere ad un congedo formativo quando abbia un'anzianità lavorativa di soli due anni, ottenuta anche sommando periodi di lavoro svolti presso diversi datori di lavoro. In Spagna, invece, è richiesta un'anzianità di un solo anno presso lo stesso datore di lavoro⁽¹³⁾. La norma dell'art. 5, in altre parole, sembra decisamente sbilanciata a favore delle esigenze organizzative delle imprese, poiché risente del pregiudizio secondo cui i congedi *de quibus* rispondono esclusivamente ad un interesse personale del lavoratore. Neppure la constatazione secondo cui, comunque, il lavoratore può usufruire anche dei permessi *ex art. 10 Stat. lav.* può giustificare una simile limitazione: è importante sottolineare, infatti, che il congedo di cui alla norma in esame è praticamente a costo zero per il datore di lavoro, non essendo dovuta la retribuzione, né i contributi.

Altrettanto limitativo risulta anche il riferimento all'anzianità di servizio, che è tradizionalmente calcolata in relazione ad ogni singolo rapporto di lavoro, anche nell'ipotesi in cui il lavoratore venga assunto, licenziato e riassunto dallo stesso datore di lavoro. Un'interpretazione rigorosa della norma in esame dovrebbe far concludere per l'impossibilità di sommare diversi periodi di attività lavorativa, svolti presso lo stesso datore di lavoro. La conclusione porterebbe, evidentemente, a risultati para-

⁽⁹⁾ Sul significato del termine « coerenza » nella legge-quadro n. 845/78 si v. NAPOLI, *La legge quadro in materia di formazione professionale*, in ID., *Occupazione e politica del lavoro in Italia*, Milano, 1984, p. 211. Sulla necessità dell'integrazione tra istruzione e formazione professionale si v. COLASANTO, *Formazione obbligatoria e formazione necessaria*, in *Vita e pensiero*, 1999, p. 146 ss.; TREU, 1997: *un anno di politiche del lavoro*, in *Lav. dir.*, 1998, p. 336 ss.; BETTINI, *Ruolo e sviluppo della formazione professionale nella realtà italiana e nella politica comunitaria*, in *Dir. lav.*, 1995, I, p. 238 ss., qui p. 281.

⁽¹⁰⁾ Sulla quale si v. VARESI, *Il diritto allo studio*, in ID. (a cura di), *I diritti dei lavoratori*, II, Milano, 1976, p. 136 ss.

⁽¹¹⁾ Patto sociale per lo sviluppo e l'occupazione, sottoscritto il 22 dicembre 1998, allegato 3, punto 7 (Formazione e riduzione di orario).

⁽¹²⁾ Secondo GUARRIELLO, *op. cit.*, p. 259, n. 121, il requisito selettivo in parola « potrebbe impedire l'accesso ad opportunità formative proprio a coloro che sul mercato del lavoro si trovano in situazioni di maggiore debolezza in ragione del mancato raggiungimento del requisito minimo di anzianità prescritto ».

⁽¹³⁾ Si v. l'art. 12, comma 2°, lett. a) del *III Acuerdo Nacional de Formación Continua*, sottoscritto il 19 dicembre 2000, in www.unicz.it/lavoro/ES_ANFC_III.htm. In dottrina, si v. MARTÍN PUEBLA, *Formación profesional y contrato de trabajo*, Madrid, La Ley, 1998, p. 179 ss.

dossali: un lavoratore licenziato dopo 4 anni e 11 mesi e riassunto in seguito dal medesimo datore di lavoro perderebbe il beneficio dell'anzianità acquisita nel precedente rapporto di lavoro anche ai fini della fruizione del congedo. Ad una diversa soluzione si può forse giungere in via interpretativa, considerando la *ratio* della normativa, in modo da permettere la sommatoria di diversi periodi di attività svolti presso lo stesso datore di lavoro.

Non sembra superabile, al contrario, proprio il requisito dell'identità del datore di lavoro, espresso dalla precisazione secondo cui il periodo di cinque anni deve essere svolto « presso la stessa azienda o amministrazione ». Nonostante l'imprecisa formulazione della norma⁽¹⁴⁾, non c'è alcun dubbio che il riferimento sia al medesimo datore di lavoro, pubblico o privato.

A questo punto, si pone la questione se il congedo debba anche essere utilizzato nei confronti del datore di lavoro presso il quale è maturato il requisito dell'anzianità di servizio, poiché, così come configurato dalla norma, il congedo sembra una sorta di « premio fedeltà ». La precisazione secondo la quale il congedo può essere fruito « nell'arco dell'intera vita lavorativa » e la *ratio* del riconoscimento del diritto alla formazione dovrebbero far concludere per la possibilità di ricorrere al congedo anche presso un datore di lavoro diverso. Una simile soluzione, tuttavia, rende ancora più incomprensibile il requisito della maturazione dell'anzianità di servizio presso il medesimo datore di lavoro.

2.2. – Una volta perfezionato il requisito dell'anzianità di servizio, il lavoratore può richiedere il congedo per un periodo, continuativo o frazionato, non superiore a undici mesi. La dottrina ha immediatamente segnalato che non si tratterebbe di un vero e proprio diritto potestativo, bensì di un più debole « diritto ad una decisione corretta »⁽¹⁵⁾, ovvero « a ricevere una risposta motivata »⁽¹⁶⁾ da parte del datore di lavoro.

Secondo l'interpretazione surriportata, la « debolezza »⁽¹⁷⁾ del diritto in questione deriverebbe dal potere riconosciuto al datore di lavoro di non accogliere o differire il congedo qualora sussistano « comprovate esigenze organizzative », il che lascerebbe ampi margini alla discrezione del datore di lavoro »⁽¹⁸⁾.

Una simile svalutazione della portata del diritto al congedo non può essere condivisa. In primo luogo, se così fosse, non si comprenderebbe la necessità di costruire un impianto così complesso, con la previsione di rigidi requisiti di accesso; il diritto al congedo, stando all'interpretazione in esame, verrebbe ad essere equiparato alla possibilità del lavoratore di chiedere una sospensione del rapporto,

senza retribuzione e senza decorso dell'anzianità: una sorta di aspettativa, insomma.

In secondo luogo, non si riesce a comprendere perché il fatto di subordinare l'esercizio di un diritto alla sussistenza di dati presupposti e all'inesistenza di condizioni ostative debba incidere sulla configurazione del diritto medesimo⁽¹⁹⁾. La dottrina francese, a fronte di una norma in tutto simile all'art. 5 in esame, ha avuto molte meno difficoltà a riconoscere l'esistenza di un vero e proprio diritto soggettivo alla formazione, azionabile nei confronti del datore di lavoro⁽²⁰⁾.

Il riconoscimento del diritto alla formazione come diritto della persona⁽²¹⁾, contenuto in numerosi atti internazionali e comunitari⁽²²⁾, dovrebbe condurre l'interprete a valorizzare, anziché sminuire, la portata dell'art. 5. Per l'ordinamento italiano, poi, il Patto per il lavoro del 1996 ha espressamente affermato « un diritto del cittadino alla qualificazione e all'arricchimento della propria professionalità in relazione ad un percorso professionalizzante che

⁽¹⁴⁾ Il termine « azienda », infatti, non viene mai utilizzato nel diritto del lavoro per individuare il datore di lavoro. In questa ipotesi, inoltre, non può essere neppure inteso come sinonimo di « impresa », poiché la disciplina dell'art. 5 è rivolta a tutti i datori di lavoro, imprenditori e non.

⁽¹⁵⁾ DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 178.

⁽¹⁶⁾ ARRIGO, *op. cit.*, p. 10.

⁽¹⁷⁾ Parlano di diritto « impalpabile » DEL PUNTA, LAZZERONI e VALLAURI, *I congedi parentali. Commento alla legge 8 marzo 2000, n. 53*, Milano, 2000, p. 92.

⁽¹⁸⁾ ARRIGO, *op. loc. cit.*

⁽¹⁹⁾ « Avere un diritto soggettivo nei confronti di un altro soggetto significa poter pretendere da questo soggetto un dato comportamento: è questo il contenuto del diritto soggettivo »: GUASTINI, *Diritti*, in ID., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, p. 148. Non c'è dubbio che oggetto della pretesa possa essere anche un comportamento omissivo: si v. NINO, *Introduzione all'analisi del diritto*, Torino, 1996. L'unico requisito richiesto dagli autori citati è che il diritto sia contenuto in una norma, che può dunque prevederne le condizioni di esercizio.

⁽²⁰⁾ Si v. LUTTRINGER, *op. cit.*, p. 230 ss.; JEAMMAUD, *La place du salarié individu dans le droit français du travail*, in *Le droit collectif du travail. Etudes en hommage à M.me Le Prof. Hélène Smay*, Frankfurt, P. Lang, 1994, p. 347 ss.; VERDIER, *En guise de manifeste: le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme*, in *Les orientations du droit contemporain. Ecrits en l'honneur de J. Savatier*, Paris, PUF, 1992, p. 427 ss.; ETIENNOT, *Formation professionnelle et contrat de travail*, in *Dr. Soc.*, 1998, p. 149 ss.

⁽²¹⁾ Secondo la ricostruzione di GUARRIELLO, *op. cit.*, p. 264. Si v. anche PEDRAJAS MORENO, *Formación y derechos individuales*, in *Actualidad laboral*, 1999, p. 503 ss.

⁽²²⁾ Si v., ad esempio, la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 (art. 15) e la carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 14). Sulle politiche comunitarie in materia di formazione si v. ROCCELLA e TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 1995, p. 188 ss.; BETTINI, *op. cit.*, p. 283 ss.; TORELLI, *op. cit.*, p. 193 ss. Sui congedi formativi cfr. la Convenzione O.I.L. n. 140 del 1970, non ratificata dall'Italia.

non dipenda necessariamente o esclusivamente da esigenze aziendali⁽²³⁾. D'altra parte, un'interpretazione riduttiva del diritto alla formazione non è confortata neppure dal testo della norma in esame, là dove vincola il potere di differimento o diniego del datore di lavoro alla sussistenza di « comprovate esigenze organizzative ». La dizione utilizzata dal legislatore, che riecheggia quella dell'art. 2103 c.c., segnala che il datore di lavoro non solo è tenuto a motivare il diniego o il differimento, ma anche a provare le ragioni che lo giustificano. A tale fine, non può ritenersi sufficiente allegare generiche esigenze relative all'organizzazione del lavoro, ma occorrerà dimostrare l'impossibilità di sostituire il lavoratore.

È pertanto del tutto condivisibile l'opinione di chi ritiene che, in definitiva, il diniego può essere opposto « solo allorché il lavoratore che avanza la richiesta non abbia la prescritta anzianità di servizio, ovvero faccia richiesta per ragioni non contemplate dalla legge o dai contratti, o ancora ecceda le percentuali massime previste dalla legge, o non abbia rispettato il termine di preavviso »⁽²⁴⁾. Sembra opportuno sottolineare, a tal proposito, che l'eventuale diniego del congedo non impedisce la riproposizione della domanda da parte del lavoratore, una volta cessate le esigenze organizzative fatte valere dal datore di lavoro o perfezionatisi i requisiti richiesti dalla legge. Da questo angolo visuale, non pare infatti esistere una radicale differenza tra differimento e diniego, se non che nel primo caso il datore di lavoro è in grado di determinare il periodo decorso il quale l'assenza del lavoratore potrà essere « tollerata » dall'impresa.

Per quanto attiene alle conseguenze del rifiuto ingiustificato del congedo da parte del datore di lavoro, appare evidente che il giudice possa sindacare le giustificazioni addotte dal datore di lavoro ai fini del riconoscimento del diritto del lavoratore alla fruizione del congedo, ovvero ai fini del risarcimento del danno nell'ipotesi in cui, a causa dell'immotivato rifiuto, il lavoratore non abbia potuto fruire della formazione prescelta.

Si può altresì fondatamente ritenere, sulla scorta della giurisprudenza francese, che il lavoratore che si assenti dal posto di lavoro per usufruire di un congedo immotivatamente negato dal datore di lavoro non possa essere considerato inadempiente e pertanto non sia soggetto a sanzioni disciplinari né, tantomeno, al licenziamento⁽²⁵⁾. La conclusione deriva dalla ricostruzione del congedo come diritto del lavoratore, che la dottrina ha ritenuto immediatamente azionabile, essendone i presupposti « sufficientemente specificati », « anche in mancanza di normazione contrattuale »⁽²⁶⁾. Se è così, allora, l'assenza per la fruizione del congedo costi-

tuisce esercizio di un diritto e comporta semplicemente la perdita della retribuzione, come nel caso dell'esercizio del diritto di sciopero, e le ulteriori conseguenze previste dalla legge (si v. *infra*, par. 2.3.).

Un ruolo rilevante ai fini della garanzia dell'effettività del diritto alla formazione è attribuito alla contrattazione collettiva, in omaggio alla linea di tendenza che considera la formazione come « terreno ideale per il dialogo sociale e le relazioni collettive di tipo partecipativo »⁽²⁷⁾. Secondo l'art. 5, comma 4°, infatti, i contratti collettivi « prevedono le modalità di fruizione del congedo (...), individuano le percentuali massime dei lavoratori che possono avvalersene, disciplinano le ipotesi di differimento e diniego all'esercizio di tale facoltà e fissano i termini del preavviso ».

Una prima considerazione di ordine generale riguarda i soggetti ai quali la legge attribuisce il potere di specificare le modalità di esercizio del diritto. Non vi è, in tal caso, il rinvio ai contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi⁽²⁸⁾, ormai consueto nella legislazione lavoristica più recente (si v., ad es., la disciplina del *part-time* e del lavoro temporaneo). La ragione risiede probabilmente nel fatto che nell'ipotesi del congedo non si tratta di « devolvere specifiche competenze regolative in materia di flessibilità »⁽²⁹⁾, ma, più semplicemente, di definire le modalità concrete di fruizione di un diritto del lavoratore i cui presupposti sono già compiutamente delineati dalla legge. L'intervento della contrattazione

⁽²³⁾ Così TORELLI, *Lo sviluppo...*, cit., p. 197.

⁽²⁴⁾ GUARRIELLO, *op. cit.*, p. 264, n. 128.

⁽²⁵⁾ Si v. Cass., Ch. Soc., 7 novembre 1989, in *Bull. Civ.*, V, n. 649.

⁽²⁶⁾ Così DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 178.

⁽²⁷⁾ Così NAPOLI, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, in *Riv. giur. lav.*, 1997, p. 265; nello stesso senso TREU, *Sviluppare la competitività e la giustizia sociale: le relazioni tra istituzioni e parti sociali*, in *Dir. rel. ind.*, 1998, p. 424 ss.; DELFINO, *Contratti formativi e concertazione*, in *Diritto del Lavoro on line: www.unizc.it/lavoro/DELFINO.htm*.

⁽²⁸⁾ Sul sindacato comparativamente più rappresentativo si v. SILVAGNA, *Il sindacato comparativamente più rappresentativo*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, p. 211 ss. Sull'analoga nozione di sindacato maggiormente rappresentativo e sulla sua funzione selettiva si v. NAPOLI, *I sindacati maggiormente rappresentativi: rigidità del modello legislativo e tendenze della prassi applicativa*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1989, p. 7 ss.

⁽²⁹⁾ Così, in riferimento al *part-time*, LO FARO, *Occupazione « adattabile » e autonomia negoziale privata nella riforma del part-time*, di prossima pubblicazione, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001; si v. anche PINTO, *Disciplina del part-time e autonomia collettiva*, in *Lav. inf.*, 2000, n. 19, p. 5 ss. Più in generale, sul ruolo della contrattazione collettiva nei contratti di lavoro atipici, D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 529 ss.

collettiva, in altre parole, non è destinato ad ampliare un potere del datore di lavoro altrimenti limitato, contemperando gli interessi del lavoratore con quelli del datore di lavoro: il bilanciamento degli interessi in parola è già stato operato dal legislatore, attraverso la previsione dei requisiti di accesso al congedo e della possibilità di differimento o diniego. Il contratto collettivo, in altre parole, non potrà modificare *in pejus* la disciplina legale, ad esempio richiedendo un'anzianità di servizio maggiore o attribuendo al datore di lavoro un potere di diniego incondizionato: l'art. 5, da questo punto di vista, non fa che riproporre il classico rapporto tra legge e autonomia collettiva.

L'individuazione dei contratti collettivi senza ulteriori specificazioni ha anche il significato di permettere a qualunque livello di contrattazione di intervenire nella materia in esame. La scelta è senz'altro opportuna, perché è proprio al livello dell'impresa o della singola amministrazione che possono essere valutate le esigenze organizzative concrete, quali ad esempio il numero massimo di assenze « tollerabili ». La stessa considerazione vale per il livello territoriale, pure abilitato, che dovrebbe anzi risultare il più efficace; secondo l'Accordo sulla formazione permanente sancito dalla Conferenza Stato-Regioni il 2 marzo 2000, invero, la sede privilegiata per la programmazione concertata delle azioni formative per gli adulti è quella locale⁽³⁰⁾.

Quanto alle materie oggetto dell'intervento della contrattazione collettiva, il riferimento alle modalità di fruizione del congedo apre lo spazio per la previsione di strumenti volti a facilitare il ricorso al congedo medesimo, alla luce dell'esperienza del diritto allo studio. Si può pensare, ad esempio, alla possibilità di trasformare il rapporto di lavoro a tempo pieno in tempo parziale, con diritto alla reversibilità al termine del congedo, in modo da garantire il mantenimento di una quota della retribuzione. In tal caso, la durata del congedo potrebbe essere proporzionalmente aumentata, poiché sembra di potersi sostenere che il legislatore, nel fissare in 11 mesi la durata massima, abbia fatto riferimento all'ipotesi di sospensione totale della prestazione.

A questo punto occorre domandarsi se il criterio suddetto debba essere utilizzato anche nell'ipotesi in cui il rapporto di lavoro sia *ab origine* a tempo parziale, se cioè la durata del congedo debba ritenersi proporzionata all'orario svolto dal lavoratore. La risposta deve essere negativa, oltre che sulla base della lettera dell'art. 5, che non opera alcuna distinzione, anche sulla scorta del principio di parità di trattamento per i lavoratori *part-time stabilito* dall'art. 4 d. lgs. n. 61/2000⁽³¹⁾. A ben vedere, infatti, il congedo non viene attribuito sulla base dell'orario di lavoro svolto, bensì in base all'anzianità

di servizio, che deve essere calcolata allo stesso modo sia per i *part-timers* che per i *full-timers*. In tal senso, infatti, è orientata la Corte di giustizia, che ha più volte affermato la contrarietà al diritto comunitario, ed in particolare alla dir. n. 76/207/CE, della normativa nazionale che preveda un diverso criterio di calcolo dell'anzianità di servizio per i lavoratori *part-time* ai fini della progressione in carriera⁽³²⁾.

La conclusione, poi, deriva dall'espressa previsione dell'art. 4 d. lgs. n. 61/2000, a mente del quale l'applicazione del principio di non discriminazione comporta che il lavoratore *part-time* benefici dei medesimi diritti di un lavoratore a tempo pieno, fra l'altro, per quanto riguarda l'accesso alla formazione professionale⁽³³⁾.

Il contratto collettivo, dunque, non potrà prevedere un riproporzionamento della durata del congedo per i lavoratori a tempo parziale, calcolato in ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa.

È importante sottolineare che, in ogni caso, l'accesso dei *part-timers* ad iniziative formative è agevolato anche dalla previsione dell'art. 3, comma 10°, d. lgs. n. 61/2000, che attribuisce al lavoratore che abbia stipulato un patto di variabilità la possibilità di esercitare il diritto di ripensamento, cioè di tornare al *part-time* ad orario « rigido », qualora sussistano « esigenze di studio o di formazione », secondo i criteri e le modalità definiti dalla contrattazione collettiva⁽³⁴⁾.

⁽³⁰⁾ Conferenza unificata Stato-Regioni e Stato-Città e Autonomie locali, Provvedimento 2 marzo 2000, in *G.U.*, n. 147, del 26 giugno 2000 (punto 7.4).

⁽³¹⁾ Sul significato del principio di parità di trattamento si v. ALAIMO, *Principio di non discriminazione e criterio del riproporzionamento dei trattamenti*, in BROLLO (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale. D. Lgs. n. 61/2000*, Milano, 2001, p. 100 ss.

⁽³²⁾ Si v. Corte giust. CE, 2 ottobre 1997, C-1/95, *Gerster*, in *www.lex.unict.it/eurolabor/cortegiust/causa 1-95.htm*; ma già Corte giust. CE, 7 febbraio 1991, C-184/89, *Nimz*, in *Racc.*, 1991, p. I-319; in relazione al contratto di *job sharing* si v. Corte giust. CE, 17 giugno 1998, C-243/95, *Hill*, in *Dir. prat. lav.*, 1998, p. 2846 ss., con commento di ROCCELLA, *Job sharing e discriminazioni indirette: la prima pronuncia della Corte di Giustizia*. Si rinvia altresì a ALESSI, *Lavoro a tempo parziale, job sharing e discriminazioni indirette*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, spec. p. 238 ss.

⁽³³⁾ Sul punto si v., più diffusamente, ALAIMO, *op. cit.*, p. 106 ss., che ricava dalla norma la regola della eguale applicazione dei trattamenti normativi, ammettendo però la possibilità per la contrattazione collettiva di riproporzionare alcuni degli elementi previsti dalla lett. a) dell'art. 4 « quando ciò possa realizzare un equo contemperamento degli interessi in gioco ». Non sembra questo il caso, tenuto conto che, come si è detto, nell'ipotesi dei congedi formativi il bilanciamento degli interessi è stato operato « a monte » dal legislatore.

⁽³⁴⁾ Si v. ALESSI, *La flessibilità della prestazione: clausole elastiche, lavoro supplementare, lavoro straordinario*, in BROLLO (a cura

2.3. – L'impressione circa la scarsa volontà legislativa di incentivare il ricorso al congedo formativo risulta confermata anche dalla disciplina attinente agli effetti del congedo sul rapporto di lavoro.

Durante la fruizione del congedo, infatti, il rapporto di lavoro rimane sospeso, con diritto alla conservazione del posto di lavoro, ma non è dovuta la retribuzione, né altra provvidenza economica, e non decorre l'anzianità di servizio, il che ha indotto la dottrina a segnalare l'inesattezza dell'espressione « sospensione » con riferimento a tale ipotesi⁽³⁵⁾. Quale che sia l'esatta qualificazione giuridica, non c'è dubbio che il legislatore preveda, analogamente a quanto avviene per i casi di sospensione ex artt. 2110-2111 c.c., la garanzia della conservazione del posto di lavoro, con la conseguenza che, durante la fruizione del congedo, il lavoratore potrà essere licenziato esclusivamente per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c.

Si pone, a tal proposito, la questione del licenziamento per motivi economici, sia esso individuale o collettivo, la cui causa di giustificazione sia insorta nel periodo in cui il rapporto di lavoro è sospeso per il congedo. Si può ritenere che nelle suddette ipotesi il licenziamento potrà essere intimato solo al rientro del lavoratore, purché ne permangano i presupposti, trattandosi di una sospensione tutelata, al pari di quanto avviene nel caso della lavoratrice in maternità o nell'anno dal matrimonio⁽³⁶⁾.

Durante il periodo di congedo, poiché il rapporto di lavoro rimane in essere, sia pure ai limitati fini di cui all'art. 5, permangono in capo al lavoratore gli obblighi c.d. accessori, di cui agli artt. 2014-2105 c.c. In particolare, il lavoratore sarà tenuto al rispetto del divieto di concorrenza e dell'obbligo di riservatezza, la cui violazione può aprire la strada ad un licenziamento per giusta causa. Quanto all'obbligo di diligenza, ci si può chiedere se il datore di lavoro abbia il potere di verificare il corretto utilizzo del congedo da parte del dipendente. La risposta dev'essere positiva, poiché il diritto al congedo può essere esercitato, oltre che nella ricorrenza dei requisiti di anzianità prescritti, solo se è finalizzato alla partecipazione ad uno dei percorsi formativi individuati al comma 2° dell'art. 5, che fungono dunque da presupposti giustificativi del diritto medesimo. Al lavoratore potrà, di conseguenza, essere richiesta la documentazione attestante la sua partecipazione al corso di formazione prescelto; in mancanza l'assenza dal lavoro non può considerarsi giustificata.

Deve ritenersi ammissibile il ricorso al contratto a termine per la sostituzione del lavoratore in congedo, sulla base dell'art. 1, comma 2°, lett. b), l. n. 230/62, che fa riferimento all'ipotesi di sostituzione di un lavoratore assente con diritto alla conserva-

zione del posto di lavoro. Lo stesso vale anche per l'assunzione di un lavoratore con il contratto di lavoro temporaneo, ammessa appunto per la sostituzione di un lavoratore assente, anche qualora non sussista il diritto alla conservazione del posto di lavoro⁽³⁷⁾. Si può segnalare, fra l'altro, che anche in questo caso il legislatore ha perso un'occasione per facilitare il ricorso al congedo ex art. 5, prevedendo, al pari di quanto avviene per la sostituzione delle lavoratrici e dei lavoratori che usufruiscono dei congedi parentali, la possibilità di anticipare di un mese l'assunzione del sostituto e, per le piccole imprese, uno sgravio contributivo (si rinvia al commento all'art. 10, di chi scrive).

Secondo l'art. 5, comma 3°, il congedo non è cumulabile con le ferie, con la malattia o con altri congedi. La disposizione, giustamente criticata⁽³⁸⁾, impedirebbe di « agganciare »⁽³⁹⁾ al congedo formativo altre ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro. Si può ritenere, invero, che il significato della disposizione, non certo chiarissima, sia quello di impedire che vengano considerati nel computo degli 11 mesi di congedo periodi di sospensione aventi una diversa finalità (e una diversa disciplina). Non si riesce infatti a comprendere perché il lavoratore non possa utilizzare le ferie già maturate per prolungare il periodo di congedo⁽⁴⁰⁾, una volta raggiunto un accordo in tal senso con il datore di lavoro.

Una disciplina particolare riceve l'ipotesi della malattia insorta durante il congedo formativo. Il principio di fondo è quello per cui la malattia non sospende il congedo, salvo che si tratti di una « grave e documentata infermità », individuata ai sensi dell'art. 4, comma 4°⁽⁴¹⁾. In tal caso la malattia, « di

di), *Il lavoro a tempo parziale*. D. Lgs. n. 61/2000, Milano, 2001, p. 80.

⁽³⁵⁾ DEL PUNTA, *La nuova disciplina...*, cit., p. 178; parla di « quiescenza del rapporto » anche ARRIGO, *op. cit.*, p. 13.

⁽³⁶⁾ Risulta pertanto escluso unicamente il caso della cessazione totale dell'attività del datore di lavoro, secondo quanto dispone l'art. 54, comma 3°, lett. b), del t.u. delle disposizioni sulla maternità e paternità.

⁽³⁷⁾ Si v. MAGNANI, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in NAPOLI (a cura di), *Il « pacchetto Treu »*. Commentario sistematico alla L. n. 196/97, in questa Rivista, 1998, p. 1182.

⁽³⁸⁾ Si v. ARRIGO, *op. cit.*, p. 12, che parla di « pignoleria amministrativa ».

⁽³⁹⁾ L'espressione è di DEL PUNTA, *La nuova disciplina...*, cit., p. 178.

⁽⁴⁰⁾ Si v. ARRIGO, *op. cit.*, p. 12.

⁽⁴¹⁾ La norma citata prevede che l'individuazione delle patologie per le quali può essere richiesto un congedo « per eventi o cause particolari » avvenga attraverso un decreto del Ministro per la solidarietà sociale, di concerto con i Ministri della sanità, del lavoro e per le pari opportunità. Si v. il commento di DE MARGHERITI.

cui sia data comunicazione per iscritto al datore di lavoro, dà luogo ad interruzione del congedo ».

Occorre osservare, in primo luogo, che l'assimilazione delle patologie che comportano la sospensione del congedo ⁽⁴²⁾ a quelle che consentono di accedere ai congedi per eventi e cause particolari di cui all'art. 4, non tiene conto delle differenze esistenti tra le due ipotesi. Dalla lettura del regolamento ⁽⁴³⁾ emanato ai sensi dell'art. 4, comma 4°, emerge infatti con tutta evidenza che le patologie ivi individuate sono particolarmente gravi, tali cioè da comportare la perdita totale o parziale di autonomia e da richiedere pertanto l'assistenza continua al malato. Se una simile limitazione è comprensibile nell'ottica dell'art. 4, in cui i congedi sono concessi per la malattia di una persona estranea al rapporto di lavoro, lo diventa meno nella prospettiva dell'art. 5. Nel caso del congedo formativo, il criterio da utilizzare avrebbe dovuto essere quello dell'impossibilità per il lavoratore, a causa della malattia, di completare la formazione cui la concessione del medesimo congedo è preordinata.

La giurisprudenza, tuttavia, ben potrebbe ampliare la nozione di « grave infermità », estendendola anche al di fuori delle ipotesi espressamente individuate, ogni volta che la malattia impedisca il conseguimento della finalità del congedo. Del resto, una simile operazione interpretativa è stata svolta in materia di sospensione delle ferie per malattia: la giurisprudenza si è ormai assestata sulla posizione secondo la quale la malattia è idonea a sospendere il decorso delle ferie qualora sia incompatibile « con l'essenziale funzione di riposo, recupero delle energie psicofisiche e ricreazione, propria delle ferie » ⁽⁴⁴⁾ medesime. Analoga soluzione, peraltro, è stata adottata in materia di proroga del contratto di formazione e lavoro, nell'ipotesi in cui la malattia (ma anche la gravidanza, il puerperio e il servizio di leva) abbia impedito il conseguimento della finalità formativa del contratto ⁽⁴⁵⁾.

L'art. 5 prevede inoltre che la « grave infermità » sia « documentata » e che di essa sia data comunicazione scritta al datore di lavoro.

La documentazione richiesta non può che essere quella normalmente da presentarsi nel caso di malattia insorta durante il rapporto di lavoro. È opportuno sottolineare che l'utilizzazione del termine « documentata » induce a concludere che, in caso di contestazione circa la sussistenza della patologia dichiarata o circa l'inidoneità della suddetta patologia a sospendere la fruizione del congedo, l'onere della prova spetti al datore di lavoro. La stessa terminologia, del resto, è impiegata nell'art. 3, comma 10°, d. lgs. n. 61/2000, là dove vengono individuate le ragioni che possono giustificare la denuncia del patto di variabilità ⁽⁴⁶⁾.

La finalità della comunicazione scritta è invece quella di determinare il *dies a quo* della sospensione del congedo formativo per malattia, come avviene nel caso della malattia insorta durante il periodo feriale ⁽⁴⁷⁾. Dal momento della comunicazione da parte del lavoratore, nel concorso delle due ipotesi sospensive dovrà darsi prevalenza alla malattia, con conseguente applicazione della disciplina per essa prevista. In particolare, il lavoratore avrà diritto alla corresponsione dell'indennità di malattia ed a vedersi riconoscere l'anzianità di servizio per tutto il periodo protetto, ai sensi dell'art. 2110, comma 3°, c.c.

Nulla è previsto per la maternità come causa di sospensione del congedo formativo. L'omissione è inspiegabile, oltre che per l'ovvia ragione che la legge in esame si occupa principalmente di congedi parentali, anche perché in tal modo si apre la strada, con tutta probabilità, ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 5, ex art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede che la maternità (ma anche il servizio di leva) sospenda il congedo formativo. Lo spunto potrebbe essere trovato proprio nella sentenza della Corte costituzionale in materia di proroga del contratto di formazione e lavoro, là dove la Corte aveva segnalato che in presenza di fatti oggettivamente impeditivi del conseguimento

⁽⁴²⁾ Sembra più corretto l'utilizzo del termine « sospensione » in luogo di « interruzione », contenuto invece nel testo di legge. Di « sospensione della sospensione » parla infatti DEL PUNTA, *La nuova disciplina...*, cit., p. 178.

⁽⁴³⁾ « Regolamento di attuazione dell'art. 4 della L. n. 53/2000 », emanato con decreto interministeriale 21 luglio 2000, n. 278, in *G.U.* n. 238, dell'11 ottobre 2000.

⁽⁴⁴⁾ Così Cass., sez. un., 23 febbraio 1998, n. 1947, in *Riv. giur. lav.*, 1999, II, p. 17 ss., con nota di BELLINI, *Ferie e malattia: la questione innanzi alle SS.UU. della Cassazione*. La sentenza, nel risolvere il contrasto interpretativo formatosi in seguito alla pronuncia della Corte costituzionale del 1987 (Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 616, in *Riv. giur. lav.*, 1987, II, p. 345) ha rilevato come il « principio dell'effetto sospensivo » della malattia insorta durante le ferie « non ha valore assoluto, ma tollera eccezioni », appunto quando la malattia non abbia la caratteristica dell'incompatibilità con l'essenziale funzione delle ferie. L'onere della prova dell'incompatibilità sembra dunque essere posto a carico del datore di lavoro. In tal senso BELLINI, *op. cit.*, spec. p. 28. Su tutta la questione si v. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro, in Il codice civile. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1992, p. 90 ss.

⁽⁴⁵⁾ In tal senso Corte cost., 8 aprile 1993, n. 149, in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 148 ss., con nota di GRAGNOLI, *Il contratto di formazione e lavoro e la sospensione del rapporto di lavoro per l'assolvimento del servizio militare di leva*; Cass., 7 novembre 1995, n. 11578, *ibidem*, 1995, p. 706 ss. Cfr. anche ALESSI, *Termine e contratti formativi*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2000, p. 67 ss.

⁽⁴⁶⁾ Sul significato del termine « documentate » in quel contesto si v. ALESSI, *La flessibilità della prestazione...*, cit., p. 79.

⁽⁴⁷⁾ In tal senso, infatti, Cass., Sez. un., 23 febbraio 1998, n. 1947, *cit.*, in motivazione.

della formazione professionale, come gli obblighi di leva, la malattia, la gravidanza e il puerperio, si deve ammettere la proroga del CFL per un periodo pari alla sospensione⁽⁴⁸⁾. La stessa conclusione, *mutatis mutandis*, potrebbe essere raggiunta anche nell'ipotesi del congedo formativo, tanto più che per una delle cause sospensive citate esiste una disciplina espressa, che rende difficilmente giustificabile una disparità di trattamento.

In ogni caso, la sospensione del congedo formativo nel caso di maternità può ricavarsi dall'art. 22, comma 6°, del t.u. in materia di maternità e paternità⁽⁴⁹⁾, in base al quale « le ferie e le assenze eventualmente spettanti alla lavoratrice ad altro titolo non vanno godute contemporaneamente ai periodi di congedo di maternità ». Lo stesso vale per il congedo parentale di cui all'art. 32 del t.u., poiché l'art. 34, comma 6°, richiama la disposizione dell'art. 22 sopra citata. Tra le « assenze » spettanti « ad altro titolo » possono senza dubbio farsi rientrare anche i congedi formativi di cui alla norma in commento. La possibilità di sospendere il congedo formativo dev'essere riconosciuta anche al padre lavoratore, sia che decida di usufruire del congedo parentale ai sensi dell'art. 32 t.u., sia che abbia diritto al congedo di maternità, qualora ricorra una delle ipotesi previste dall'art. 28 t.u.⁽⁵⁰⁾ (su tutti questi aspetti si v. il commento di A. Occhino).

A questo punto, l'unica causa di sospensione del congedo per la quale non esiste una disposizione espressa risulta essere quella del servizio di leva, poiché il caso dell'infortunio (evidentemente non sul lavoro) può essere ricondotto alla disciplina della malattia, essendo ad essa assimilato. La questione, evidentemente, si porrà solo fino alla completa trasformazione del corpo militare in professionale⁽⁵¹⁾, con conseguente abolizione della leva obbligatoria, e cioè, stando alle previsioni del d. lgs. recentemente emanato in materia⁽⁵²⁾, fino al 1° gennaio 2007. Nel frattempo, non c'è dubbio, in base alle considerazioni già svolte, che il servizio di leva, così come il servizio civile sostitutivo, costituiscono eventi idonei alla sospensione del congedo formativo. Piuttosto, appare scarsamente probabile, proprio in ragione del requisito di anzianità richiesto, oltre che del limite di età previsto per l'ammissione al lavoro subordinato, che si verifichi la situazione in parola. Semmai, è opportuno ricordare che anche durante il periodo di leva, come per la malattia e la maternità, decorre l'anzianità di servizio, e pertanto tale periodo dovrà essere considerato ai fini del computo dei « fatidici » cinque anni.

Per quanto attiene, infine, al trattamento contributivo, l'art. 5, comma 5°, prevede che il lavoratore potrà procedere al riscatto del periodo di congedo ovvero al versamento dei relativi contributi, calcola-

ti secondo il criterio della prosecuzione volontaria. La previsione costituisce un ulteriore disincentivo per il ricorso al congedo, solo parzialmente attenuato dalla possibilità, prevista dall'art. 8 (si v. il commento di M. Corti), di prolungare il rapporto di lavoro oltre l'età del pensionamento obbligatorio, per un periodo corrispondente al congedo medesimo. Se è comprensibile la scelta di non addossare l'onere contributivo al datore di lavoro, non si comprende per quale ragione non sia stata riconosciuta neppure la contribuzione figurativa. Probabilmente sulla soluzione adottata ha pesato molto la considerazione del diritto alla formazione di cui all'art. 5 come un diritto di « serie B », in quanto legato esclusivamente agli interessi del lavoratore. Anche in questa ipotesi, tuttavia, un ruolo importante per porre rimedio alle lacune della legge può essere giocato dalla contrattazione collettiva, ad esempio attraverso la previsione di borse di formazione a favore dei lavoratori in congedo; in effetti, lo strumento del sostegno finanziario alla formazione è previsto sia dall'Accordo del 24 settembre 1996 che dal Patto di Natale del 1998. Si potrebbe anche pensare alla destinazione di una quota dei Fondi interprofessionali per la formazione continua, istituiti dall'art. 118 l. n. 388/2000, alle iniziative formative individuali dei lavoratori. È vero che la norma ora citata prevede espressamente il finanziamento di « piani formativi aziendali, territoriali o settoriali concordati dalle parti sociali », sulla scorta delle indicazioni dell'art. 17 l. n. 196/97⁽⁵³⁾, ma non sembra di potersi negare l'intervento anche al di fuori di quelle ipotesi; del resto, la prassi ap-

⁽⁴⁸⁾ Corte cost., 8 aprile 1993, n. 149, *cit.*, in motivazione.

⁽⁴⁹⁾ D. lgs. 26 marzo 2001, n. 151, « Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53 », in *G.U.* n. 96, suppl. ord. n. 93 del 26 aprile 2001.

⁽⁵⁰⁾ L'art. 28 t.u. stabilisce che il padre lavoratore può usufruire del congedo di maternità, in tutto o in parte, in caso di morte o grave infermità della madre, in caso di abbandono, ovvero in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre. Il successivo art. 29 prevede l'applicazione del trattamento economico e normativo di cui agli artt. 22 e 23.

⁽⁵¹⁾ Che le disposizioni in materia di sospensione del rapporto di lavoro valgano esclusivamente per la leva obbligatoria è segnalato già da DEL PUNTA, *La sospensione*, *cit.*, p. 725.

⁽⁵²⁾ D. lgs. avente ad oggetto « Disposizioni per disciplinare la trasformazione progressiva dello strumento militare in professionale, a norma dell'art. 3, comma 1, della legge 14 dicembre 2000, n. 331 », approvato nella riunione del Consiglio dei ministri del 4 aprile 2001, non ancora pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale*.

⁽⁵³⁾ Sul quale si v. VARESI, *Il riordino della formazione continua*, in NAPOLI (a cura di), *Il « pacchetto Treu »*. *Commentario sistematico alla L. n. 196/97*, in questa *Rivista*, 1998, p. 1349 ss.; VENEZIANI, *La formazione dei lavoratori dalla concertazione triangolare al « pacchetto Treu »*, in *Lav. giur.*, 1998, p. 5 ss.

plicativa della l. n. 236/93 aveva ammesso la possibilità di finanziare progetti individuali di formazione, al di fuori delle iniziative promosse dalle imprese⁽⁵⁴⁾. Insomma, alla contrattazione collettiva è affidato il compito di garantire l'effettività del diritto alla formazione, poiché senza un sostegno specifico l'art. 5, a dispetto della sua riconosciuta immediata operatività, rischia di restare lettera morta.

3.1. – L'art. 6 si apre con il riconoscimento del diritto alla formazione professionale continua, in maniera decisamente più netta rispetto alla timida dizione dell'art. 5. Si tratta di un'affermazione che ha il sapore di una vera e propria rivoluzione, perché per la prima volta il diritto alla formazione fa il suo ingresso nel contenuto obbligatorio del contratto di lavoro *tout court*⁽⁵⁵⁾, al di là cioè delle ipotesi dei contratti formativi⁽⁵⁶⁾. Si tratta, tuttavia, di una rivoluzione da tempo annunciata, sia perché la legge-quadro conteneva già in sé le premesse per l'edificazione di un « compiuto sistema di formazione professionale permanente »⁽⁵⁷⁾, sia perché nella legislazione degli ultimi anni il modello è stato sperimentato per il contratto di lavoro temporaneo, in cui la disciplina della formazione professionale costituiva un primo abbozzo del progetto di riforma del sistema formativo⁽⁵⁸⁾, sulla scorta delle indicazioni dell'art. 17 l. n. 196/97.

Anche nel caso dell'art. 6 in commento, tuttavia, si registra una tendenza alla svalutazione della portata del riconoscimento del diritto alla formazione. Se può in qualche modo accettarsi, per le ragioni che si illustreranno *infra*, l'affermazione secondo cui la legge « non delinea una posizione soggettiva compiuta »⁽⁵⁹⁾, non sembra di potersi far derivare detta incompiutezza dal fatto che al diritto del lavoratore « non corrisponde un obbligo del datore di lavoro a predisporre delle attività formative »⁽⁶⁰⁾. Il contenuto del diritto del lavoratore, come delineato nell'esperienza francese, risiede nella possibilità di seguire percorsi formativi per tutto l'arco della vita; a detta posizione corrisponde l'obbligo del datore di lavoro di consentire l'esercizio del diritto medesimo, cioè di « non impedire l'eventuale partecipazione all'offerta formativa predisposta dalle istituzioni competenti »⁽⁶¹⁾. Nulla più e nulla meno. La struttura, in altre parole, è quella tipica dei diritti potestativi, cui corrisponde dal lato passivo una soggezione, non un obbligo di *facere*⁽⁶²⁾.

Neppure può obiettarsi che il diritto risulta affievolito dal fatto che ne sono titolari anche soggetti non occupati, come prevede espressamente lo stesso art. 6. In quel caso il diritto alla formazione ha come destinatari esclusivi lo Stato, le Regioni e gli enti locali, ai quali spetta il compito di assicurare « un'offerta formativa articolata sul territorio ». La

norma in esame, infatti, può essere idealmente divisa in due parti: nella prima viene riaffermato il diritto alla formazione nella sua portata generale, secondo l'ormai tradizionale interpretazione dell'art. 35 Cost., nella seconda si riconosce il diritto dei lavoratori, in questo caso occupati, a godere di congedi formativi durante il rapporto di lavoro. La precisazione permette insomma di cogliere l'ambivalenza del diritto alla formazione, in quanto idoneo a fondare una pretesa nei confronti sia dello Stato e degli enti pubblici, sia del datore di lavoro. Un diritto di cittadinanza⁽⁶³⁾, dunque, che si arricchisce di nuove posizioni soggettive quando è in corso un rapporto di lavoro.

Di rilievo generale, in quest'ottica, è l'affermazione secondo cui « lo Stato, le regioni e gli enti locali assicurano un'offerta formativa articolata sul territorio »; la norma costituisce una specificazione delle modalità attraverso le quali la Repubblica deve adempiere al solenne impegno contenuto nell'art. 35 Cost. Non c'è dubbio, infatti, che l'uso del

⁽⁵⁴⁾ Sul punto si v. GUARRIELLO, *op. cit.*, p. 125 ss.

⁽⁵⁵⁾ « ... la formazione continua porta il paradigma formativo all'interno del rapporto di lavoro, colorandone la causa di scambio alla luce del nuovo valore assunto dai processi acquisitivi di nuove conoscenze e competenze per l'intero arco della vita »: così GUARRIELLO, *op. cit.*, p. 299.

⁽⁵⁶⁾ È opinione comune che di diritto alla formazione si possa parlare solo in presenza di un'espressa previsione legislativa, come avviene appunto per l'apprendistato e il CFL. Si v. LOY, *Formazione e rapporto di lavoro*, Milano, 1988, p. 225 ss.; NAPOLI, *Il contratto di formazione e lavoro*, cit., p. 848; SALA CHIRI, *Il tirocinio*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1992, p. 176 ss. nella legislazione più recente, secondo parte della dottrina, si assisterebbe addirittura ad una svalutazione dell'elemento formativo anche all'interno dei suddetti contratti, quantomeno con riferimento ai CFL di tipo « B ». In tal senso DEL PUNTA, *I contratti di formazione e lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, p. 230; ZOPPOLI, *I contratti di formazione e lavoro da strumento pseudo formativo a tecnica « debole » di governo della precarietà*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, IV, Milano, 1998, p. 863.

⁽⁵⁷⁾ NAPOLI, *La legge quadro...*, cit., p. 207.

⁽⁵⁸⁾ Il riferimento è all'art. 5 della l. n. 196/97, sulla formazione professionale dei lavoratori temporanei. Si v. ALESSI, *La formazione professionale*, in NAPOLI (a cura di), *Il « pacchetto Treu »*. *Commentario sistematico alla L. n. 196/97*, cit., 1998, p. 1225 ss.

⁽⁵⁹⁾ ARRIGO, *op. cit.*, p. 14.

⁽⁶⁰⁾ TORELLI, *I congedi formativi e il diritto alla formazione continua e permanente*, di prossima pubblicazione in DEL PUNTA e GOTTARDI (a cura di), *Commentario alla l. 8 marzo 2000, n. 53*, Milano, 2001, p. 13 datt.

⁽⁶¹⁾ Così, correttamente, TORELLI, *I congedi formativi*, cit., *ibidem*.

⁽⁶²⁾ Si v., per tutti, CARPINO, voce « Diritti potestativi », in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989.

⁽⁶³⁾ Secondo il Patto per il lavoro del 1996 « la qualità del sistema di istruzione e formazione è una leva fondamentale (...) per costruire un modello sociale equilibrato fondato sull'attuazione del pieno diritto di cittadinanza ». Di cittadinanza sociale parla TREU, *Sviluppare la competitività...*, cit., p. 424.

presente indicativo (« assicurano ») serve a sottolineare l'imposizione, in capo ai soggetti ivi individuati, un obbligo di attivarsi per l'edificazione di un sistema formativo integrato⁽⁶⁴⁾, di cui l'art. 6, comma 1°, traccia anche le linee direttrici.

Il compito delle istituzioni, in primo luogo, è quello di prevedere percorsi formativi « personalizzati, certificati e riconosciuti come crediti formativi in ambito nazionale ed europeo ». La prima direttrice, dunque, è nel senso della predisposizione di un sistema in grado di adeguarsi alle esigenze dei singoli utenti, per la valorizzazione delle quali si può pensare a strumenti come l'orientamento e il bilancio di competenze, ben noti all'esperienza francese⁽⁶⁵⁾. La seconda direttrice riguarda invece la validazione dei risultati acquisiti dal lavoratore, attraverso il sistema del riconoscimento dei crediti formativi. Si tratta del sistema che si sta edificando in Italia da qualche anno, non solo nel settore della formazione professionale, che permette di « costruire » la professionalità del lavoratore attraverso la capitalizzazione di singoli segmenti di sapere acquisiti non solo con la partecipazione ad appositi corsi, ma anche « sul campo ». I crediti, inoltre, devono essere riconosciuti sia nel circuito formativo e educativo nazionale che in quello europeo. La previsione sottolinea ancora una volta la necessità dell'integrazione tra sistema formativo e sistema scolastico; non a caso, lo stesso art. 6 precisa che l'offerta formativa dev'essere « ove necessario, integrata e accreditata » ai sensi dell'art. 17 l. n. 196/97. Il riferimento alla dimensione europea, infine, impone di tener conto, nell'edificazione del sistema, della politica comunitaria in materia di formazione professionale, ed in particolare dell'attività volta a favorire il reciproco riconoscimento, all'interno degli Stati membri, dei diplomi e delle qualifiche, come strumento dal quale « dipende la portata effettiva del principio di libera circolazione dei lavoratori »⁽⁶⁶⁾.

3.2. – Alla solenne proclamazione iniziale del diritto alla formazione per tutti i lavoratori, occupati e non, infatti, segue poi una disciplina dedicata interamente alla formazione continua⁽⁶⁷⁾, cioè a quella svolta in costanza di rapporto di lavoro. La limitazione deriva dalla stessa intitolazione dell'art. 6, là dove si riferisce ai congedi, che non avrebbe alcun senso se riferita ai lavoratori non occupati.

La norma in commento precisa che la formazione « può corrispondere ad autonoma scelta del lavoratore » e che la Regione può finanziare « progetti di formazione presentati direttamente dai lavoratori ». La previsione è volta a ribadire la libertà di scelta del percorso formativo, anche al di fuori dei piani formativi predisposti dall'impresa o con-

cordati contrattualmente. L'ipotesi in parola presenta alcuni profili di contatto con l'art. 5, là dove si riferisce all'iniziativa individuale del lavoratore (si v. *supra*, § 2); nel caso del congedo *ex art.* 6, tuttavia, la formazione deve essere finalizzata esclusivamente ad « accrescere conoscenze e competenze professionali »⁽⁶⁸⁾, secondo quanto si ricava dal primo comma. Si può altresì ritenere, sulla scorta della formulazione della norma, che il percorso formativo debba rientrare tra quelli predisposti dallo Stato, dalle Regioni e dagli Enti locali in osservanza dei criteri sopra illustrati (§ 3.1.).

Il trattamento ben più favorevole riservato ai congedi *ex art.* 6 si può forse spiegare con il fatto che, nell'ottica legislativa, i congedi *de quibus* corrispondono anche all'interesse del datore di lavoro al miglioramento delle competenze professionali dei suoi dipendenti: il riferimento all'*accrescimento* della professionalità del lavoratore fa pensare, infatti, alla valorizzazione di competenze utilizzate nell'ambito del rapporto di lavoro.

Il riconoscimento del diritto del lavoratore ad una formazione che sia frutto di autonoma scelta comporta alcune rilevanti conseguenze. In primo luogo, ricorrendone i presupposti, il lavoratore ha diritto di partecipare ai corsi prescelti, con relativo esonero dall'obbligo di prestare la propria attività lavorativa ed il mantenimento della retribuzione, secondo le modalità stabilite dai contratti collettivi (art. 6, comma 2°). Il diritto in parola, fra l'altro, non risulta subordinato all'inesistenza di condizioni ostative, come avviene nel caso del congedo di cui all'art. 5, là dove, come si è visto, il datore di lavoro può rifiutare o differire l'utilizzo del congedo medesimo qualora sussistano « comprovate esigenze organizzative ». La previsione di fattispecie impeditive rispetto all'e-

⁽⁶⁴⁾ Del resto, lo stesso art. 35, comma 2°, Cost., deve essere collocato tra le « norme generatrici di obblighi sociali »: così NAPOLI, *Commento all'art. 35, 2° comma*, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti economici*, I, Bologna-Roma, 1979, p. 21. Si v. anche DE CRISTOFARO, voce « Formazione professionale. II) Diritto del lavoro », in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989; LOY, *Formazione e rapporto di lavoro*, cit., p. 17 ss.

⁽⁶⁵⁾ Il *Code du travail* prevede espressamente la possibilità del lavoratore di usufruire di un congedo per il bilancio di competenze. Si v. l'art. L. 900-2 e gli artt. L. 931 ss.

⁽⁶⁶⁾ ROCCELLA e TREU, *op. cit.*, p. 200.

⁽⁶⁷⁾ Il significato dei termini « formazione continua » e « formazione permanente » è controverso. Si v. BETTINI, *op. cit.*, p. 248 ss. Secondo LUTTRINGER, *op. cit.*, *Introduzione*, la formazione continua sarebbe esclusivamente quella rivolta agli occupati, mentre la formazione permanente comprenderebbe anche la formazione iniziale. Per il significato dei suddetti termini si v. ANGIELLO, *La formazione*, in GALANTINO (a cura di), *Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione*, Milano, 1998, p. 373 ss.

⁽⁶⁸⁾ ARRIGO, *op. cit.*, p. 14.

esercizio del diritto al congedo non sembra neppure affidata alla contrattazione collettiva, alla quale spetta semplicemente l'individuazione del monte ore, dei criteri di selezione dei lavoratori, nonché delle modalità di orario e di retribuzione connesse ai congedi (si v. più diffusamente *infra*, § 3.4). In effetti, i contratti collettivi più recenti hanno distinto, sotto questo profilo, i congedi di cui all'art. 5 e all'art. 6, prevedendo che i primi possano essere differiti per « oggettive esigenze tecnico-organizzative », mentre l'unico limite di utilizzo dei secondi risiede nel numero massimo di lavoratori che possono usufruirne contemporaneamente ⁽⁶⁹⁾.

Alla pienezza del diritto al congedo non consegue, tuttavia, un corrispondente diritto al riconoscimento, all'interno del rapporto di lavoro, dell'eventuale superiore qualificazione acquisita dal lavoratore. La conclusione, assolutamente pacifica nell'ordinamento francese, deriva dal fatto che il *congé individuel de formation*, equivalente funzionale del congedo *ex art. 6*, corrisponde ad una scelta totalmente libera del lavoratore, sulla quale il datore di lavoro non ha nessuna possibilità di incidere ⁽⁷⁰⁾. Nel nostro ordinamento, la medesima soluzione si ricava dall'ormai tradizionale (ed unanime) riconoscimento dell'irrelevanza della qualifica soggettiva nel contratto di lavoro ⁽⁷¹⁾. A conclusioni parzialmente diverse, tuttavia, può giungersi nell'ipotesi in cui la formazione del lavoratore avvenga nel quadro di un programma concordato con il datore di lavoro, sulla base di « codici condivisi di riconoscimento dei saperi professionali » ⁽⁷²⁾, ovvero nel caso in cui il congedo sia svolto ad iniziativa del datore di lavoro, nel quadro delle iniziative formative dallo stesso programmate e predisposte.

Si è detto che l'esercizio del diritto al congedo comporta la sospensione del rapporto di lavoro, con mantenimento della retribuzione, secondo le modalità stabilite dalla contrattazione collettiva. Si deve ammettere, pertanto, l'esistenza di un potere di controllo del datore di lavoro circa l'effettiva partecipazione del lavoratore ad uno dei corsi di cui all'art. 6, comma 1° ⁽⁷³⁾, trattandosi appunto di una sospensione subordinata alla sussistenza dei presupposti stabiliti dalla legge.

I primi contratti collettivi che si sono occupati dei congedi in parola hanno, infatti, previsto l'obbligo dei lavoratori di fornire la documentazione necessaria a comprovare i requisiti dell'istituto che eroga la formazione, le caratteristiche del corso e l'iscrizione allo stesso del lavoratore. È altresì previsto che il lavoratore fornisca al datore di lavoro il certificato di frequenza con l'indicazione delle ore di lezione, proprio perché vengono retribuite le sole ore coincidenti con l'orario di lavoro (nonché il tempo necessario per recarsi presso l'istituto forma-

tivo e per rientrare, sempre nell'ipotesi di coincidenza con l'orario di lavoro) ⁽⁷⁴⁾.

Al di là delle particolarità segnalate, la disciplina del rapporto di lavoro non subisce ulteriori deviazioni durante il periodo di svolgimento del congedo. Si può, ad esempio, ritenere che un evento come la malattia, l'infortunio, la gravidanza, ecc., sia idoneo a sospendere l'utilizzazione del congedo. Con riferimento alla malattia, in particolare, la legge non richiede neppure, ai fini della sospensione, la particolare gravità della patologia, prevista invece per il congedo *ex art. 5* (si v. *supra*, § 2.3). Occorre precisare inoltre che durante il congedo per la formazione continua decorre, a tutti gli effetti, l'anzianità di servizio, sia perché l'art. 6 nulla dice in proposito, sia perché non è prevista la possibilità di prolungare l'età pensionabile, che è volta a permettere il recupero, ai fini pensionistici, del periodo di lavoro perso durante il congedo *ex art. 5* (si v. il commento di M. Corti all'art. 8). La ragione risiede da un lato nel fatto che, nell'ottica del legislatore, il congedo per la formazione continua non comporta una sospensione totale del rapporto di lavoro: la legge, infatti, affida alla contrattazione collettiva l'individuazione delle « modalità di orario » connesse all'esercizio del diritto al congedo. Ancora una volta, insomma, è il modello delle 150 ore ad influenzare la disciplina in esame. Dall'altro lato, il decorso dell'anzianità di servizio può essere spiegato anche in ragione della finalizzazione del congedo all'accrescimento delle competenze professionali del lavoratore, di competenze cioè spendibili nel-

⁽⁶⁹⁾ CCNL per le piccole e medie industrie del settore manifatturiero delle pelli e del cuoio e dei rispettivi succedanei, siglato il 19 maggio 2000, artt. 50 e 51; CCNL per le piccole e medie industrie del settore calzaturiero, siglato il 19 maggio 2000, artt. 52 e 53. Al contrario, l'ipotesi di CCNL integrativo del CCNL del comparto Sanità, sottoscritto il 7 giugno 2001 (reperibile nel sito *Diritto del lavoro on line*, all'indirizzo [www.unicz.it/lavoro/CCNL_SAN_INTR_7-6\(01\).zip](http://www.unicz.it/lavoro/CCNL_SAN_INTR_7-6(01).zip)), accomuna, sotto questo profilo, i congedi previsti dagli artt. 5 e 6 (si v. l'art. 23, comma 1°, del CCNL). Le disposizioni contrattuali in materia di formazione continua, tuttavia, sono ancora piuttosto scarse, limitandosi in alcuni casi a riportare pedissequamente il contenuto delle norme in commento. Sul punto si v. le osservazioni di CALAFÀ, *I congedi formativi*, in *Il sole24ore, Contratti e contrattazione collettiva*, n. 4/2001, p. 54 ss.

⁽⁷⁰⁾ Si v. LUTTRINGER, *Entreprise et formation professionnelle*, in *Les transformations du contrat de travail - Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, p. 371; ARBANT, *Le capital de temps de formation*, in *Dr. Soc.*, 1994, p. 201.

⁽⁷¹⁾ Secondo la classica ricostruzione di GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963.

⁽⁷²⁾ Così GUARRIELLO, *op. cit.*, p. 267 ss.

⁽⁷³⁾ Nello stesso senso TORELLI, *I congedi formativi...*, *cit.*, p. 10 datt.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. il CCNL per le piccole e medie industrie del settore calzaturiero del 19 maggio 2000, art. 52.

l'ambito del rapporto di lavoro. Da questo angolo visuale, può dirsi che lo svolgimento del congedo costituisce esecuzione del contratto di lavoro, il che giustifica l'assimilazione, a diversi fini, del periodo formativo alla normale prestazione di attività lavorativa.

Il *favor* legislativo per la formazione continua è, dunque, nettissimo: si pensi anche al fatto che, sebbene il lavoratore mantenga la retribuzione, è concessa l'anticipazione del t.f.r. « ai fini delle spese da sostenere durante il periodo di fruizione » del congedo e che la Regione può finanziare progetti di formazione presentati direttamente dai lavoratori. Viene da chiedersi se le risorse non potessero essere distribuite in maniera più equilibrata, in modo da non costringere la previsione dell'art. 5 ad un prematuro, quanto immeritato, tramonto.

3.3. – Accanto alla possibilità che la formazione sia frutto di un'autonoma scelta del lavoratore, l'art. 6 prevede che la formazione possa essere « predisposta dall'azienda, attraverso i piani formativi aziendali o territoriali concordati tra le parti sociali ». La norma apre problemi di grande rilievo, con riguardo in particolare alla sussistenza di un diritto in capo al datore di lavoro di richiedere al lavoratore lo svolgimento di un percorso formativo, ai fini dell'accrescimento delle sue competenze professionali. La questione non è di poco conto, poiché si tratta di stabilire se l'invio del lavoratore in formazione rientri nel potere direttivo del datore di lavoro, con la conseguente considerazione dell'eventuale rifiuto del lavoratore come inadempimento contrattuale. Sul punto la lettera dell'art. 6 non offre elementi decisivi, limitandosi a prevedere che la formazione possa essere *predisposta* dal datore di lavoro. Qualche spunto può ricavarsi dall'esperienza francese e da quella spagnola, proprio perché l'ipotesi in esame ricalca, per molti aspetti, i casi della formazione svolta nel quadro del « *plan de formation de l'entreprise* »⁽⁷⁵⁾ o del « *plan de formación de empresa* »⁽⁷⁶⁾. In entrambi gli ordinamenti considerati la dottrina, sia pure con alcune sfumature, sottolinea come lo svolgimento di un congedo formativo nell'ambito delle iniziative previste dall'impresa costituisca esecuzione del contratto di lavoro e, pertanto, sia oggetto di un obbligo contrattuale del lavoratore, quando la formazione possa considerarsi necessaria al mantenimento dell'attitudine professionale del lavoratore (*id est* della capacità di adempiere)⁽⁷⁷⁾ e si svolga durante l'orario di lavoro. Simili suggestioni sono presenti anche nella dottrina italiana più recente, nella quale il ripensamento della struttura del contratto di lavoro alla luce dei nuovi modelli organizzativi delle imprese ha portato all'emersione di un « diritto/dovere di for-

mazione in costanza di rapporto di lavoro »⁽⁷⁸⁾. L'inserimento dell'obbligo formativo nel contratto di lavoro, insomma, determina una « complicazione » della struttura del contratto medesimo, ovvero un arricchimento del suo contenuto obbligatorio. Si tratta di una prospettiva alla quale, in questa sede, si può solo accennare, ma che presenta profili di grande rilievo. Ad esempio, al riconoscimento dell'esistenza di un obbligo, oltre che di un diritto, alla formazione del lavoratore viene generalmente affiancato il diritto al riconoscimento dell'eventuale superiore qualificazione acquisita, così come in capo al datore di lavoro è posto il dovere di assicurare al lavoratore l'adeguamento della sua capacità professionale alle modifiche dell'organizzazione del lavoro⁽⁷⁹⁾.

3.4. – Nella costruzione in concreto del diritto alla formazione continua, molto dipenderà dall'intervento della contrattazione collettiva, alla quale è affidato il ruolo di riempire di contenuto le previsioni dell'art. 6. La norma in parola, infatti, a differenza di quanto avviene nel caso dell'art. 5, non delinea né i presupposti né i limiti di ricorso ai congedi ivi previsti, rinviando alle determinazioni dell'autonomia collettiva⁽⁸⁰⁾. Per questa ragione si può dire che il diritto alla formazione non è « compiuto », perché per la sua operatività è necessario l'intervento contrattuale⁽⁸¹⁾.

La legge rinvia anzitutto al livello nazionale e decentrato per quanto attiene al monte ore da destinare ai congedi, ai criteri di scelta dei lavoratori da inviare in formazione e alle modalità di orario e di retribuzione connesse alla partecipazione ai corsi.

⁽⁷⁵⁾ Art. L. 932-2 *Code du travail*.

⁽⁷⁶⁾ Art. 8. III *Acuerdo nacional de formación continua*, *cit.*

⁽⁷⁷⁾ LUTTRINGER, *Le droit de la formation*, *cit.*, p. 228; ETIENNOT, *Formation professionnelle et contrat de travail*, in *Dr. Soc.*, 1998, p. 153; MARTIN PUEBLA, *op. cit.*, p. 178.

⁽⁷⁸⁾ GUARRIELLO, *op. cit.*, p. 282; GALANTINO, *Lavoro atipico, formazione professionale e tutela dinamica della professionalità del lavoratore*, in *Dir. rel. ind.*, 1998, p. 319; NAPOLI, *Disciplina del mercato del lavoro...*, *cit.*, parla di « diritto alla formazione come effetto legale naturale del contratto di lavoro » (p. 270).

⁽⁷⁹⁾ Si tratta del « *devoir d'assurer l'adaptation du travailleur à l'évolution de son emploi* », ben noto all'esperienza francese. Si v., per tutti, SIMMONNEAU e DESPLAY, *Licenciement économique*, in *Liason sociales*, suppl. al n. 12430 del 30 maggio 1997, spec. p. 22 ss.; *Droit social*, n° spécial, *Nouvelles technologies et contrat de travail*, 1992, in particolare il contributo di LYON-CAEN.

⁽⁸⁰⁾ Nel caso del congedo *ex art. 6* risulta dunque « più rilevante (rispetto al primo tipo di congedi formativi) il ruolo assegnato alla contrattazione collettiva ». Così ARRIGO, *op. cit.*, p. 14.

⁽⁸¹⁾ In questo senso DEL PUNTA, *La nuova disciplina...*, secondo il quale la legge « si limita all'enunciazione del principio del diritto alla formazione », rinviando per la disciplina di dettaglio all'autonomia collettiva. Analogamente, ARRIGO, *op. loc. ultt. citt.*

Anche in questo caso, come nell'art. 5, non vi è alcuna specificazione circa i soggetti « autorizzati » ad integrare il precetto legale, per i congedi *ex art.* 6, tuttavia, l'attribuzione senza filtri di tale potere è meno giustificata (si v. *supra*, § 2.2), perché dall'intervento contrattuale dipende la piena effettività del diritto in parola, soprattutto per quanto attiene al congedo ad iniziativa del lavoratore. La preoccupazione circa la possibilità di contratti collettivi « al ribasso » può essere parzialmente attenuata dalla considerazione dell'interesse del datore di lavoro all'accrescimento della professionalità dei propri dipendenti, cui è finalizzata la disciplina della formazione continua. In effetti le (poche) previsioni contrattuali finora emanate hanno stabilito tetti piuttosto alti, affiancandoli alle tradizionali « 150 ore ». Si può ritenere, peraltro, che il monte ore stabilito dalla contrattazione collettiva debba essere destinato esclusivamente al congedo ad iniziativa individuale⁽⁸²⁾, anche se l'art. 6 non opera alcuna distinzione. Non c'è dubbio, infatti, che solo nel caso dell'iniziativa individuale si pone un problema di contemperamento del diritto del lavoratore con le esigenze dell'impresa, contemperamento realizzato appunto attraverso la previsione del numero massimo di ore di permesso e della percentuale di lavoratori che possono usufruirne contemporaneamente.

Piuttosto, il rinvio legale alla definizione del « monte ore », in luogo del « periodo », da destinare alla formazione continua scolpisce un'ulteriore differenza rispetto ai congedi *ex art.* 5, cui si è già accennato: nell'ottica del legislatore, il congedo per la formazione continua non comporta una sospensione « totale » dell'attività lavorativa, il che risulta confermato dal fatto che alla contrattazione collettiva spetta anche di definire le « modalità di orario » connesse all'esercizio del diritto al congedo.

A questo proposito, si può osservare che il riferimento legale fa pensare in primo luogo alla previsione di orari che agevolino la partecipazione ai corsi: ad esempio, l'esonero del lavoratore in formazione dallo svolgimento di lavoro straordinario o l'esclusione da turni di lavoro particolarmente gravosi (come quelli notturni). È opportuno ricordare, a questo proposito, che per i lavoratori *part-time* il d. lgs. n. 61/2000 rinvia alla contrattazione collettiva per l'individuazione di criteri e modalità per la denuncia del patto di variabilità nel caso di esigenze di studio o di formazione⁽⁸³⁾. In secondo luogo, la contrattazione collettiva potrebbe sperimentare progetti di riduzione dell'orario di lavoro per i dipendenti in formazione, sempre al fine di agevolare la partecipazione ai corsi. Un'indicazione in tal senso si ricava dal comma 4°, là dove prevede che la Regione possa finanziare progetti che prevedano la riduzione dell'orario di lavoro. In tale ipo-

tesi, tuttavia, dovrebbe ritenersi più idoneo il livello di contrattazione aziendale, perché viene necessariamente in considerazione un problema organizzativo; nulla vieta, però, che il contratto nazionale preveda la possibilità di riduzione dell'orario, affidandone la determinazione delle concrete modalità alla contrattazione di livello inferiore.

Alla contrattazione nazionale e decentrata viene affidato anche il compito di definire le modalità di retribuzione connesse all'esercizio del congedo, con ciò affermandosi il principio per cui le ore di formazione debbano essere necessariamente retribuite, sia nell'ipotesi del congedo « individuale », sia per quello ad iniziativa del datore di lavoro. Per la verità, per quest'ultimo la questione non avrebbe neppure dovuto porsi, se si accetta la ricostruzione che vede nello svolgimento del congedo una modalità di esecuzione del contratto di lavoro. In ogni caso, il riferimento legale ha il senso di consentire al contratto collettivo di modulare la retribuzione in ragione della peculiarità del congedo formativo, ad esempio escludendo la corresponsione di indennità strettamente legate all'esecuzione dell'attività lavorativa.

Quanto ai criteri di individuazione dei lavoratori da inviare in congedo, è quasi scontato sottolineare che si deve trattare di criteri non discriminatori; si può aggiungere, però, che potrebbero essere previsti criteri volti a privilegiare le donne, considerato che mediamente il livello di qualificazione delle lavoratrici risulta più basso di quello degli uomini. Non a caso la l. n. 125/91 inserisce tra le azioni positive quelle volte a favorire la formazione delle donne e l'accesso a qualifiche nelle quali esse risultino sottorappresentate. Le misure a favore delle donne per quanto attiene alla formazione, in particolare diretta all'accesso a posti di lavoro tradizionalmente maschili, sono, fra l'altro, contenute nei Piani di azione nazionali per l'occupazione⁽⁸⁴⁾, predisposti in attuazione delle *guidelines* comunitarie⁽⁸⁵⁾. A fronte di tali indicazioni, le Regioni potrebbero dare priorità nel finanziamento ai progetti

⁽⁸²⁾ In questo senso TORELLI, *I congedi formativi*, cit., p. 14 datt.

⁽⁸³⁾ Cfr. ALESSI, *La flessibilità...*, cit., p. 80.

⁽⁸⁴⁾ Si v., ad es., oltre al Piano nazionale per l'occupazione italiano, i Piani per l'occupazione svedese e belga, tutti reperibili all'indirizzo internet: www.europa.eu.int/comm/employment_social/news/2001/may/naps2001_en.html.

⁽⁸⁵⁾ Gli orientamenti per l'occupazione per il 2001 prevedono l'impegno degli Stati membri ad « assicurare le condizioni per garantire l'accesso delle donne alla formazione lungo tutto l'arco della vita, in particolare alla formazione in materia di tecnologie dell'informazione ». Si v. la Decisione del Consiglio del 19 gennaio 2001 relativa a orientamenti per le politiche degli Stati mem-

che contengano azioni indirizzate al riequilibrio delle differenze di genere.

Alla contrattazione territoriale o aziendale è invece affidata la definizione dei piani formativi, che possono essere finanziati attraverso il fondo interprofessionale per la formazione continua, ai sensi del comma 3° dell'art. 6. La disposizione conferma la necessità di programmare gli interventi formativi al livello della singola area geografica, se non a quello dell'azienda, là dove è possibile valutare gli effettivi fabbisogni di professionalità in relazione alle caratteristiche del tessuto produttivo. I piani formativi devono inoltre rispettare il vincolo della coe-

renza con le previsioni dell'art. 17, l. n. 196/97⁽⁸⁶⁾ e possono essere finanziati attraverso il fondo interprofessionale per la formazione continua.

CRISTINA ALESSI

bri a favore dell'occupazione per il 2001, 2001/63/CE, in G.U.C.E. L 22/18, del 24 gennaio 2001.

⁽⁸⁶⁾ Sui criteri contenuti nell'art. 17 l. n. 196/97, si v. VARESI, *Il riordino della formazione continua*, cit., spec. p. 1355 ss.; ANGIELLO, *op. cit.*, p. 426 ss.

Art. 7.

Anticipazione del trattamento di fine rapporto

1. *Oltre che nelle ipotesi di cui all'art. 2120, ottavo comma, del codice civile, il trattamento di fine rapporto può essere anticipato ai fini delle spese da sostenere durante i periodi di fruizione dei congedi di cui all'art. 7, comma 1, della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, come sostituito dall'art. 3, comma 2, della presente legge, e di cui agli articoli 5 e 6 della presente legge. L'anticipazione è corrisposta unitamente alla retribuzione relativa al mese che precede la data di inizio del congedo. Le medesime disposizioni si applicano anche alle domande di anticipazioni per indennità equipollenti al trattamento di fine rapporto, comunque denominate, spettanti a lavoratori dipendenti di datori di lavoro pubblici e privati.*

2. *Gli statuti delle forme pensionistiche complementari di cui al decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124 e successive modificazioni, possono prevedere la possibilità di conseguire, ai sensi dell'art. 7, comma 4, del citato decreto legislativo n. 124 del 1993, un'anticipazione delle prestazioni per le spese da sostenere durante i periodi di fruizione dei congedi di cui agli articoli 5 e 6 della presente legge.*

3. *Con decreto del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, del lavoro e della previdenza sociale e per la solidarietà sociale, sono definite le modalità applicative delle disposizioni del comma 1 in riferimento ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni.*

SOMMARIO. 1. La *ratio* delle nuove ipotesi di anticipazione e gli obiettivi della legge. - 2. Le nuove causali di anticipazione del TFR e l'applicabilità dei commi 6°, 7° e 9° dell'art. 2120 c.c. - 3. I lavoratori aventi diritto all'anticipazione del TFR per le nuove causali. - 4. I requisiti soggettivi per ottenere l'anticipazione del TFR per le nuove causali. - 5. ... e quelli oggettivi. - 6. L'entità dell'anticipazione ottenibile. - 7. ... per i congedi parentali. - 8. ... e per i congedi formativi. - 9. Le modalità di richiesta delle nuove ipotesi di anticipazione. - 10. L'accoglimento della richiesta di congedo e il rigetto di quella di anticipazione: conseguenze. - 11. I criteri di accoglimento delle domande di anticipazione per le nuove causali. - 12. La necessità di regolazione da parte della contrattazione collettiva. - 13. Le nuove ipotesi di anticipazione delle prestazioni dei fondi pensione: applicabilità della disciplina generale dell'art. 7, comma 4°, d. lgs. n. 124/93. - 14. I lavoratori aventi diritto alle anticipazioni delle prestazioni dei fondi pensione per le nuove cau-

sali. - 15. Il requisito degli otto anni di iscrizione a forme pensionistiche complementari. - 16. L'entità delle anticipazioni per le nuove causali. - 17. ... e il cumulo con l'eventuale anticipazione del TFR. - 18. La reintegrazione della posizione nel fondo. - 19. L'inesistenza di un diritto soggettivo perfetto all'anticipazione per le nuove causali. - 20. ... e i suoi riflessi sistematici. - 21. Il decreto interministeriale per l'estensione al P. I. delle nuove ipotesi di anticipazione del TFR. - 22. La disciplina del TFR nel P. I. - 23. L'inapplicabilità della disciplina delle anticipazioni sul TFR al P. I. - 24. L'applicabilità della disciplina delle anticipazioni delle prestazioni dei fondi pensione alle forme di previdenza complementare del P. I. - 25. Una riflessione conclusiva: la necessità in prospettiva di una separazione tra le risorse destinate alla previdenza pensionistica e quelle utilizzabili per il sostegno economico dei congedi. - 26. ... anche alla luce di qualche considerazione comparata: Francia, Germania, Gran Bretagna.