

# **L'obbligo di preavviso nella richiesta di fruizione del congedo parentale**

di Raffaele Merlo

## **Il caso**

Il tema di questo numero può essere rappresentato dal caso di un lavoratore che ha presentato la comunicazione per fruire del diritto al congedo parentale con un preavviso di soli due giorni rispetto alla data in cui avrebbe voluto iniziare un periodo di astensione facoltativa dal lavoro.

Il datore di lavoro fa riferimento alla norma ed al contratto collettivo e, stabilito che la comunicazione doveva essere presentata con un preavviso minimo di cinque giorni, nega il proprio assenso.

## **La questione giuridica**

Il caso in esame permette di definire la finalità dell'obbligo di preavviso in ambito di congedo parentale e gli eventuali limiti della soggezione al datore di lavoro nel vincolo di subordinazione, pacifico ed incontestabile che, nei limiti del rispetto della legge e dei contratti, le scelte datoriali in ambito di organizzazione aziendale e quindi dei tempi di lavoro sono insindacabili.

L'analisi della fattispecie potrà restituire una soluzione che rappresenta un bilanciamento fra l'interesse del lavoratore e le ragioni organizzative aziendali, di modo che si possa avere una idea di politiche di conciliazione dei tempi della famiglia con il lavoro non a senso unico, visto che alla legittima assenza del lavoratore il datore di lavoro dovrà rispondere con una riprogrammazione dei turni di lavoro.

Il costante orientamento giurisprudenziale eleva il congedo parentale quale diritto potestativo del lavoratore non subordinato ad alcuna approvazione da parte del datore di lavoro, ma d'altra parte non può essere trascurato il fatto che la tutela delle scelte organizzative dell'imprenditore possa anche passare dall'obbligo di rispettare il termine di preavviso e se il rispetto del preavviso è l'unica condizione per garantire il diritto alla fruizione del periodo di congedo parentale.

## **I riferimenti normativi**

Il diritto alla conciliazione fra vita e lavoro è presidiato dal decreto legislativo n. 151 del 2001, il “*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità*”, il quale è il compendio delle disposizioni introdotte per migliorare la conciliazione tra attività lavorativa e vita privata per i genitori e i prestatori di assistenza, al fine di conseguire la condivisione delle responsabilità di cura tra uomini e donne e la parità di genere in ambito lavorativo e familiare.

Per quanto riguarda il tema oggetto di questo intervento, si è interessati alle parti di norma che descrivono il diritto/obbligo di astenersi dal lavoro.

Le ipotesi vengono descritte nei capi dal III al V del testo unico e riguardano l’astensione obbligatoria con congedo di maternità (capo III, che comprende gli articoli da 16 a 27) e paternità (capo IV, che comprende gli articoli da 27-bis a 31-bis, entrambi di recente introduzione con il decreto legislativo n. 105 del 2022), ambedue connessi al periodo precedente e successivo alla nascita dei figli o alla data del loro ingresso nel nucleo familiare in caso di adozione o affido e per questo contenenti disposizioni relative all’astensione obbligatoria dal lavoro.

Recentissima è, come già accennato, l’introduzione dell’articolo 27-bis che ha introdotto l’obbligo di astensione dal lavoro per il padre, che ne può usufruire anche simultaneamente alla madre, fino a 10 giorni, aumentando il limite prescritto dalla precedente normativa.

Il congedo obbligatorio retribuito per i padri lavoratori dipendenti (congedo di paternità) era stato istituito dalla legge Fornero del 2012, per un solo giorno e poi portato a due giorni dalla legge di stabilità 2015 per il 2016 e 2017. La finalità della norma era contribuire alla promozione di una “*cultura di maggiore condivisione dei compiti di cura dei figli all’interno della coppia e per favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro*”.

La stessa legge aveva anche istituito il congedo facoltativo, in alternativa a uno dei giorni di congedo materno, su libera scelta dei genitori. Dal 2021 il congedo obbligatorio è passato a 10 giorni retribuiti. Con la legge di stabilità 2022 (la numero 234 del 2021) la norma è passata a regime quindi non ha più scadenza.

Nel capo V (che comprende gli articoli da 32 a 38) sono prescritte le norma sul congedo parentale.

Congedo per maternità e paternità e congedo parentale si distinguono innanzitutto per il fatto che il primo è obbligatorio, in quanto connesso alle esigenze del parto dei figli naturali o all’ingresso in famiglia dei figli adottati o dei minori in affido.

Il congedo parentale invece si traduce in periodo di astensione facoltativo dal lavoro concesso ai genitori per prendersi cura del bambino nei suoi primi anni di vita e soddisfare i suoi bisogni affettivi e relazionali.

Vi è un’altra rilevante differenza che distingue da una parte il congedo per maternità e dall’altra il congedo per paternità ed il congedo parentale, poiché alla fruizione del primo si accede al momento della presentazione della documentazione sanitaria e dell’adempimento degli oneri burocratici

presso i patronati e quindi, praticamente, in tempo reale, mentre negli altri due casi la fruizione è subordinata all'onere di comunicare il periodo di cui si intende fruire con un preavviso minimo al datore di lavoro (così gli articoli 27-bis, comma 6 e 32, comma 3 del testo unico).

Riguardo a tutti e tre i tipi di congedo, la tecnica di redazione della legge è tale da rendere evidente che è esclusa la subordinazione all'assenso del datore di lavoro o degli enti previdenziali. Le norme in questione, in particolare quello riguardante il congedo per maternità, prescrivono la sola condizione della presentazione della documentazione sanitaria e degli adempimenti presso i patronati, mentre nel caso del congedo di paternità e dei congedi parentali le norme prevedono il solo onere di comunicare al datore di lavoro i giorni di congedo con un preavviso minimo, senza che siano prescritte ulteriori condizioni, se non gli adempimenti presso i patronati.

Il passaggio delle norme sul preavviso previsto dagli articoli 27-bis e 32 del testo unico introduce un raccordo diretto con le disposizioni dei contratti collettivi viste le previsioni del termine di preavviso minimo, rispettivamente *“fatte salve le condizioni di miglior favore dei contratti collettivi”* o *“secondo le modalità e i criteri definiti dai contratti collettivi”*.

### **La possibile soluzione**

Per descrivere le possibili soluzioni si prende spunto da una sentenza del Tribunale di Firenze che fa emergere la necessità di equilibrio fra il diritto al congedo parentale ed il diritto dell'azienda alla corretta programmazione delle proprie attività in caso di assenza dei propri addetti.

L'articolo 32, comma 3 del TU della paternità e maternità prevede che *“il genitore è tenuto, salvo casi di oggettiva impossibilità, a preavvisare il datore di lavoro secondo le modalità e i criteri definiti dai contratti collettivi e, comunque, con un termine di preavviso non inferiore a cinque giorni indicando l'inizio e la fine del periodo di congedo”*. Dal tenore letterale della norma in questione, risulta evidente che il congedo parentale sia un diritto potestativo del lavoratore sottoposto ad un unico limite costituito dall'obbligo in capo al lavoratore di comunicare al datore di lavoro il calendario delle proprie legittime assenze entro un termine non inferiore a 5 giorni.

La norma ha quindi creato un sistema di contrappesi volto a bilanciare l'interesse del lavoratore con l'interesse della società, cosicché il diritto del lavoratore non è subordinato ad una “accettazione” da parte del datore di lavoro, ma non vengono nemmeno mortificate le ragioni organizzative aziendali; si pone quindi l'obbligo del preavviso in capo al lavoratore, a meno che, ovviamente, non vi siano ragioni di oggettiva impossibilità (neanche dedotte nel caso di specie). Ragioni evidentemente sussistenti nel caso di congedo da fruirsi subito dopo la nascita del figlio, ciò che si rileva in replica alle deduzioni di parte ricorrente circa il fatto che l'osservanza del termine non sarebbe vincolante.

Tuttavia, come si desume dal principio sopra enunciato, il diritto del lavoratore al congedo parentale non è subordinato all'assenso del datore di lavoro, al quale quindi è vietato opporre diniego anche in caso di mancato o parziale preavviso.

Il datore di lavoro ha invece pieno titolo per opporre la decorrenza del periodo di congedo in misura conforme e quindi può accettare che il lavoratore inizi ad assentarsi dal lavoro solo in corrispondenza all'esaurimento dei giorni di preavviso minimo; può quindi disporre un rinvio dell'inizio del periodo di congedo in corrispondenza del predetto termine di preavviso.

Poiché tale rinvio è disposto, o consigliato, in maniera del tutto conforme alle previsioni di legge, il lavoratore è tenuto ad astenersi dal lavoro in conformità di tali termini, conseguendo che il lavoratore che si assenterà prima della scadenza del termine minimo di preavviso potrà essere considerato assente ingiustificato e potrà subire le conseguenti sanzioni disciplinari, fino al licenziamento per giusta causa qualora l'assenza non giustificata si sia protratta oltre il termine massimo previsto dai contratti collettivi ed oltre i quali il datore di lavoro può comminare la massima sanzione espulsiva.

Non deve essere trascurato che, come invocato nella sentenza del Tribunale di Firenze, sezione lavoro n. 562 del 14 giugno 2016, secondo *“un orientamento giurisprudenziale, il mancato rispetto del termine previsto ex art. 32 D.Lgs. n. 151 del 2001 non potrebbe consentire all'azienda la negazione della fruizione del congedo, essendo quest'ultimo un diritto potestativo del lavoratore non subordinato ad alcuna approvazione da parte del datore di lavoro. L'assenza dal lavoro, perciò, non potrebbe dirsi ingiustificata poiché sempre finalizzata all'esigenza di accudire la prole, e quindi semmai poteva essere sanzionata la mera mancanza del preavviso - che però non sarebbe stata contestata dal datore di lavoro se non nella sola lettera di licenziamento - fatto che comunque rientrerebbe, al massimo, nelle ipotesi punibili con sanzione conservativa.”*

Tuttavia, trattandosi pur sempre di una inosservanza di una norma di legge, il lavoratore che non rispetta il termine non può essere scusato qualora gli fosse concesso, con un rinvio, di rispettare il termine di preavviso.

La sentenza in commento ha infatti riguardato il caso di un licenziamento intimato per giusta causa al lavoratore rimasto assente in spregio del termine di preavviso, nonostante il datore di lavoro non avesse negato il congedo, ma si fosse limitato a rinviare la data di decorrenza del congedo al fine di recuperare i giorni di mancato preavviso. Il Tribunale, tenuto conto del fatto che il rinvio della decorrenza del periodo di fruizione del congedo, debitamente comunicata dal datore di lavoro, fosse compatibile alla prescrizione della norma in termini di preavviso minimo, ha considerato l'indifferenza del datore di lavoro come violazione dell'obbligo di buona fede e correttezza ed ha accertato che l'assenza, nonostante il suo fine di cura familiare, fosse da considerare priva di giustificazione e meritevole della sanzione espulsiva.