

INTRODUZIONE*

LA TUTELA DEI GENITORI LAVORATORI: UN PERCORSO DI RICERCA

La scelta di utilizzare, nel titolo di questo studio, il termine “genitorialità”, abbinandolo al lemma “lavoro”, non è casuale. Non si tratta di un mero espediente linguistico per riferirsi, in modo sintetico, alla madre-lavoratrice e/o al padre-lavoratore, e tantomeno il termine genitorialità deve essere considerato come contenutisticamente coincidente con l’espressione “genitori biologici”.

Esso richiama un concetto complesso, che supera l’etimo della parola, ed è riferito alla condizione individuale di chi si prende cura, in vario modo, dei propri figli, siano essi biologici, adottivi o affidatari, sino al limite di comprendere la condizione di chi svolge la funzione genitoriale in via di fatto, senza essere giuridicamente genitore.

La genitorialità, così definita, è una funzione che può essere esercitata in modo differente da ogni genitore, o, addirittura, può non essere esercitata.

La genitorialità dipende, infatti, come si è detto, non dal dato biologico o giuridico di essere padre o madre, ma dalla costruzione di una personale relazione, da parte di ogni genitore, con il proprio figlio. Questa relazione può essere caratterizzata, in modo molto variabile da rapporto a rapporto, da una presenza più o meno intensa, da una cura più o meno assidua, da un sostegno affettivo e materiale espresso secondo combinazioni assai differenti da caso a caso.

Lo specifico modello di genitorialità adottato dal singolo genitore può dipendere, in parte, dalle preferenze del genitore stesso, ma sovente può derivare da compromessi raggiunti all’interno della coppia genitoriale: “patti”, impliciti o espliciti, talvolta concordemente stabiliti, talaltra semplicemente subiti dalla parte più debole all’interno della relazione tra i genitori.

Non è tutto: le modalità di esercizio della genitorialità dipendono inevitabilmente da fattori esogeni rispetto alla personalità (e alle preferenze) del singolo genitore, e agli equilibri interni alla coppia genitoriale: la società, i suoi stereotipi, i

* Unicamente per semplificare la lettura del testo si assume la convenzione semantica in base alla quale l’utilizzo del termine maschile include il riferimento al femminile.

suoi valori, i suoi giudizi e suoi pregiudizi possono incidere sulla relazione genitoriale, costringendo o inducendo all'adozione di uno o di un altro modello di relazione genitoriale.

Il lavoro, in particolare, è uno dei fattori esogeni che più incide sulla "genitorialità" nel significato qui accolto.

Il mercato del lavoro, le sue regole, i suoi vincoli, le tutele, più o meno intense, di cui beneficiano lavoratori e lavoratrici (in termini ad esempio, di stabilità del rapporto di lavoro) sono in grado di conformare, in molte circostanze, le scelte relative alla genitorialità, e ovviamente, in modo simmetrico, quelle relative al lavoro. Ciò avviene sia perché le logiche del mercato del lavoro (e talvolta anche le regole del lavoro) possono direttamente ostacolare la personalissima vocazione di ciascun genitore a un certo tipo di genitorialità, sia perché possono incentivare il modello di genitorialità di un solo soggetto della coppia, a discapito degli interessi dell'altro, sia perché, direttamente o indirettamente, possono contribuire ad assegnare ai singoli soggetti della coppia una funzione genitoriale a contenuto "predefinito", senza tenere conto delle preferenze dei soggetti che tale funzione devono poi esercitare.

Se, dunque, si colloca al centro del ragionamento il concetto di genitorialità, e se, quindi, si passa dal considerare soltanto l'"essere genitori" in senso biologico o giuridico al "fare i genitori", occorre prendere atto della complicazione, dell'arricchimento e dell'intreccio, talvolta inestricabile, degli interessi coinvolti in qualsiasi intervento regolativo che stabilisca regole, assegni tutele, imponga divieti sul piano del rapporto di lavoro in nome della genitorialità.

Sino a che ci si limita a considerare il fatto dell'"essere genitore" ci si può, probabilmente, accontentare di sostenere che l'interesse primario coinvolto è quello della salute, inteso in senso lato con riferimento sia alla madre che al figlio (nato e nascituro); un interesse che travalica la dimensione individuale per assurgere alla dimensione di interesse generale. Sin dai tempi della prima legislazione sociale, infatti, proprio la tutela dell'interesse alla salute pubblica ha portato all'adozione di discipline che sanzionassero sul piano pubblicistico i comportamenti del datore di lavoro che non riconoscesse i diritti della lavoratrice puerpera e madre.

Ma quando si travalica la considerazione della mera sfera dell'"essere genitori", per entrare nella sfera del "fare i genitori", l'intervento regolativo diviene assai più difficile da realizzare, dovendosi prendere in considerazione interessi variegati e non necessariamente convergenti (del singolo genitore, della coppia genitoriale, del figlio), oltre che tenere in considerazione gli effetti che le diverse misure producono sull'occupabilità delle persone protette.

Senza contare che neppure in questa materia possono essere del tutto obliterati gli interessi di cui è portatore il datore di lavoro, e più in generale il sistema produttivo: al di là della necessaria tutela di interessi e di beni primari (su tutti, quello alla salute), la tutela della genitorialità deve fare i conti anche con il doveroso

bilanciamento con gli interessi di carattere economico-produttivo di cui all'art. 41 co. 1 Cost.

Un quadro di riferimento così complesso esige un'opera di individuazione analitica degli interessi protetti, al fine di potere valutare, nelle dimensioni *de iure condito* e *de iure condendo*, quali siano le più opportune tecniche giuridiche approntabili in vista del raggiungimento degli obiettivi di tutela della genitorialità anche in termini di effettività e di concreta applicazione delle relative norme.

Per compiere tale opera è indispensabile svolgere, per quanto possa apparire di primo acchito pedante, un'attività d'interpretazione puntuale degli abbondanti e dettagliati dati giuridici a disposizione, onde poter giungere alla ricostruzione sistematica dei vari istituti rilevanti senza il rischio di compiere indebite semplificazioni e tradirne il significato effettivo.

È quel che si cerca di fare nella ricerca che segue, nell'intento di fornire, in chiave diacronica, elementi utili a cogliere l'evoluzione del dato legale e delle dottrine giuridiche.

Si tratta di un lavoro umile, focalizzato sul solo lavoro subordinato dove è più fitto l'intreccio di interessi, che tuttavia trova ampia ricompensa nella consapevolezza della rilevanza sociale della materia e del suo impatto sulla vita delle persone.

CAPITOLO I

INTERESSI E TECNICHE NELL'EVOLUZIONE
DELLA NORMATIVA GIUSLAVORISTICA
A TUTELA DELLA GENITORIALITÀ

SOMMARIO: 1. Le origini della disciplina. – 2. Dalla Convenzione OIL n. 3 del 1919 al Codice civile del 1942: la protezione della madre lavoratrice subordinata in epoca fascista. – 3. La tutela della lavoratrice durante la gravidanza e il puerperio nell'art. 2110 c.c.: fattispecie ed effetti. – 4. L'avvento della Costituzione repubblicana: dalla tutela della madre lavoratrice alla tutela della lavoratrice madre. – 5. L'apporto del diritto dell'Unione europea. – 6. L'ulteriore evoluzione della disciplina interna alla luce del diritto dell'Unione europea e le prospettive del suo sviluppo: il riconoscimento del diritto alla conciliazione fra tempi di vita e tempi di lavoro e (la spinta a) il coinvolgimento del padre (lavoratore) nelle responsabilità parentali.

1. Le origini della disciplina

Occorre attendere il 1902 perché il Regno d'Italia si doti di una prima legislazione a protezione delle donne lavoratrici.

Nell'ultimo scorcio del XIX secolo, in un contesto produttivo ancora molto arretrato, nel quale si va consumando la sostituzione della fabbrica alla manifattura, è la classe degli industriali ad opporsi all'introduzione di forme di tutela del lavoro femminile, forte elemento di competitività per il basso costo e la particolare docilità¹.

Il lavoro delle donne, infatti, benché essenziale per la sussistenza delle famiglie, viene retribuito meno, in quanto considerato complementare a quello maschile e

¹ Per un quadro del lavoro manifatturiero femminile in epoca postunitaria cfr. PESCAROLO A., *I lavoro delle donne nell'Italia contemporanea*, Roma, Viella, 2019, in particolare capp. 3 e 4. Per una ricostruzione del dibattito che precedette l'approvazione della legge Carcano, della quale si dirà a breve, v. STRINATI V., *Origini e istituzione della Casa di maternità (1875-1910)*, in *SS*, 2004, p. 509 ss. V. anche la ricostruzione storica di MORELLO M., *La maternità al centro delle prime forme di tutela della salute e della sicurezza delle lavoratrici*, in *I Working Papers di Olympus* – 15/2012 – <http://olympus.uniurb.it> e STOLZI I., *La parità ineguale. Il lavoro delle donne in Italia fra storia e diritto*, in *SS*, 2019, p. 253.

capace di un minor rendimento². Inoltre, il ruolo che alle donne è assegnato nel contesto sociale e familiare³ rende i loro comportamenti poco litigiosi, più disciplinati, controllabili e remissivi⁴.

La preferenza così accordata al lavoro femminile consegue il risultato niente affatto irrilevante di mantenere divisa una massa operaia ancora priva di una coscienza di classe e perciò debole, con l'effetto di ritardare l'emergere nel nostro paese della questione sociale⁵.

L'emergere delle istanze di protezione si deve all'iniziativa del partito socialista, sulla scia dell'affermarsi del movimento per l'emancipazione delle donne e delle prime lotte operaie⁶.

² BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II, Milano, Giuffrè, 1917, p. 27.

³ Si consideri che il Codice civile del 1865, benché avesse ammesso nell'asse ereditario anche le figlie, accrescendo le risorse economiche delle donne e rendendole soggetti di diritti civili, aveva al contempo riaffermato l'impostazione di tradizione romanistica per cui alla base del matrimonio risiede lo scambio fra protezione e deferenza e non la parità dei coniugi. L'art. 134, infatti, aveva (re)introdotta l'istituto dell'autorità maritale per il compimento di atti di straordinaria amministrazione, disponendo che «1. La moglie non può donare, alienare beni immobili, sottoporli a ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, né transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti, senza l'autorizzazione del marito. 2. Il marito può con atto pubblico dare alla moglie l'autorizzazione in genere per tutti o per alcuni dei detti atti, salvo a lui il diritto di revocarla». Il Codice non prevedeva che fosse soggetta ad autorizzazione maritale la stipula di un contratto di lavoro da parte della donna. Nella prima edizione de *Il contratto di lavoro* Barassi, tuttavia, affermava che un consenso era comunque necessario per «costatare che la moglie non viene meno a' suoi doveri di moglie e di madre» (BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II, Milano, Giuffrè, 1901), posizione peraltro stemperata nella seconda edizione (BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., 1917, p. 30).

⁴ Cfr. BALLESTRERO M.V., *La protezione concessa e l'eguaglianza negata: il lavoro femminile nella legislazione italiana*, in GROPPI A. (a cura di), *Storia delle donne in Italia. Il lavoro delle donne*, Bari, Laterza, 1996, p. 445.

⁵ Cfr. BALLESTRERO M.V., *Dalla tutela alla parità*, Bologna, Il Mulino, 1979, p. 11 ss. Il disegno di legge socialista presentato alla Camera da Filippo Turati il 24 maggio 1902 (su cui v. KULSCIOFF A., TURATI F., *Pel lavoro delle donne e dei minorenni: un buon sintomo*, in CS, 1901, p. 177) tracciava uno scenario di tutele più evoluto, comprensivo di un'astensione obbligatoria dal lavoro nelle ultime sei settimane prima del parto e nelle sei successive, nonché della Cassa di maternità, funzionale all'erogazione di un'indennità nel periodo d'inattività finanziata dallo Stato per il tramite di un'assicurazione obbligatoria a carico del datore di lavoro e con il contributo della lavoratrice. V. in proposito STRINATI V., *Origini e istituzione della Cassa di maternità*, cit., p. 511; BIANCHETTI F., *La legislazione sociale in età giolittiana. La legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli*, in LCLS, 2004, p. 188.

⁶ Cfr. BALLESTRERO M.V., *Dalla tutela alla parità*, cit., p. 19; BALLESTRERO M.V., *Maternità* (voce), *Dig. disc. prov., sez. comm.*, 1993, Torino, UTET; BALLESTRERO M.V., *La legge Carcano sul lavoro delle donne e dei fanciulli*, in PASSANITI P. (a cura di) *Lavoro e cittadinanza femminile*, Milano, FrancoAngeli, 2016, p. 44; BALLESTRERO M.V., *Anna Kuliscioff, il lavoro e la cittadinanza delle donne. Uno sguardo dal presente*, in LD, 2017, p. 187; STRINATI V., *Origini e istituzione della Cassa*

La prima regolazione, tuttavia, si deve al governo di Giolitti ed è contenuta nella legge Carcano del 19 giugno 1902, n. 242, che introduce il divieto per le donne di svolgere lavori sotterranei, limita a dodici ore giornaliere l'orario massimo di lavoro, introduce un divieto di lavoro notturno dapprima per le sole minorenni e poi per tutte le lavoratrici⁷.

Essa prevede, poi, per quanto qui più interessa, un divieto di adibire le donne al lavoro nelle quattro settimane successive al parto⁸. La portata di questo primo congedo di maternità risulta, tuttavia, fortemente limitata dalla previsione della possibilità di derogarvi in casi eccezionali, nonché dalla definizione del relativo ambito di applicazione, dal quale rimangono escluse le lavoratrici a domicilio e le lavoratrici occupate nel settore agricolo, nonché, secondo la precisazione introdotta dal Regolamento di attuazione del 29 luglio 1903, le lavoratrici degli opifici "non industriali", che verranno meglio definiti dalla giurisprudenza di legittimità formatasi sul punto negli anni immediatamente successivi⁹.

di maternità, cit., p. 525 ss. La posizione assunta dal partito socialista fu quella presentata da Anna Kuliscioff nel corso del congresso del partito tenutosi a Roma nel settembre del 1900, che confluì in una proposta di legge frutto dell'accesso dibattito fra i/le componenti del partito e le organizzazioni nazionali del movimento operaio, uniti nella convinzione di affermare il principio della stretta correlazione tra lavoro ed emancipazione femminile, ma non altrettanto compatti nel giudicare funzioni e finalità di una disciplina protettiva. Su questo tema, in particolare, si confrontarono due voci del femminismo emancipazionista, quella di Anna Kuliscioff e quella di Anna Maria Mozzoni. Secondo quest'ultima, l'introduzione di una legislazione protettiva portava con sé il rischio di scoraggiare l'impiego delle donne relegandole a casa «come una gallina nel suo pollaio, a covare le sue uova nella solitudine e nel silenzio» (la citazione è tratta da BALLESTRERO M.V., *Anna Kuliscioff, il lavoro e la cittadinanza delle donne. Uno sguardo dal presente*, cit., p. 209); assegnare una speciale tutela protettiva significava, perciò, sancire definitivamente la disegualianza fra uomini e donne e perpetuare l'esclusione di queste ultime dalla piena cittadinanza. Sulla scia delle considerazioni di Anna Maria Mozzoni, un'altra protagonista del dibattito, Paolina Schiff, apriva al ricorso alla sola tutela mutualistica/assistenzialistica, soluzione che poi avrebbe incontrato il favore di Zanardelli. Anna Kuliscioff, dal canto suo, muoveva dall'opposto assunto che le donne fossero diverse dagli uomini, ma che avessero diritto di essere trattate in modo equivalente. In quest'ottica, la protezione della donna appariva strumentale ad affermare la valenza etica e sociale della maternità e a sancire una condizione di giustizia sostanziale in cui la donna, affrancata dalla tirannia dell'officina, poteva non solo attendere al lavoro domestico, ma anche, e soprattutto, partecipare alla lotta del proletariato. Le due voci sono ancora oggi rintracciabili nelle differenti sensibilità femministe e nei diversi approcci all'eguaglianza, mentre la questione del bilanciamento fra protezione e parità è ancora al centro del dibattito giuridico e politico e su di essa si tornerà in seguito.

⁷ Cfr. BALLESTRERO M.V., *La legge Carcano sul lavoro delle donne e dei fanciulli*, cit., p. 44.

⁸ Perché la fruizione del congedo sia accompagnata dall'erogazione di un'indennità sostitutiva della retribuzione occorre attendere la legge 17 luglio 1910, n. 520, istitutiva delle casse di maternità. Cfr. BALLESTRERO M.V., *Dalla tutela alla parità*, cit., p. 25; DEL PUNTA R., *La sospensione del rapporto di lavoro*, in SCHLESINGER P. (diretto da), *Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 573.

⁹ BALLESTRERO M.V., *Dalla tutela alla parità*, cit., p. 20 ss.; BALLESTRERO M.V., *Anna Kuli-*

Il contenimento della portata delle novità contenute nella legge Carcano si deve in larga parte al ceto industriale, determinato nel non perdere uno strategico e vantaggioso fattore della produzione e in ciò supportato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, orientata ad esasperare il carattere minimale della disciplina, da intendersi come strumento volto esclusivamente a limitare l'eccesso di sfruttamento¹⁰.

La *ratio* di questa regolazione, del resto, consiste nella volontà di garantire minime condizioni igienico-sanitarie alle lavoratrici (oltre che ai minori), funzionali per un verso a preservare la capacità di procreare delle prime e l'integrità fisica delle nuove generazioni¹¹, per altro verso a non disincentivarne l'occupazione extradomestica¹², ma senza mettere in discussione l'assetto basato sul preminente ruolo familiare della donna in un contesto di piena subalternità e dipendenza dall'uomo.

Un simile esito acuì la delusione delle organizzazioni operaie e del movimento socialista, che avevano sperato in un risultato di maggior garanzia, capace di ricomporre il rapporto lavoro-famiglia¹³. La campagna condotta, tuttavia, produsse una maggiore unità d'intenti e forza d'azione nell'affermare il valore del lavoro come strumento di emancipazione della donna¹⁴.

scioff, il lavoro e la cittadinanza delle donne, cit., p. 207, la quale ricorda che Angiolo Cabrini definì la legge «rachitica». Lo aveva evidenziato già all'indomani dell'approvazione della legge il cattolico CANTONO A. (*Il lavoro delle donne e dei fanciulli*, in *RISSDA*, 1902, p. 561).

¹⁰ Dagli atti parlamentari si evince, infatti, che la tutela della salute delle lavoratrici è pur sempre garantita tenendo conto delle condizioni dell'industria per non ostacolarne lo svolgimento con restrizioni eccessive. Cfr. BALLESTRERO M.V., *Dalla tutela alla parità*, cit., p. 22; BALLESTRERO M.V., *Il lavoro delle donne secondo L. Barassi*, in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. "Il contratto di lavoro" di Ludovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Milano, Vita e Pensiero, 2003, p. 529.

¹¹ Nel corso dei lavori parlamentari, il deputato radicale Angelo Celli, medico di fama internazionale, sostenne l'esigenza di allestire un sistema di protezione della maternità per preservare la salute delle giovani generazioni, adducendo a fondamento delle proprie affermazioni i dati relativi al crescente numero di riformati nelle visite di leva. Cfr. ancora quanto riportato da STRINATI V., *Origini e istituzione della Cassa di maternità*, cit., p. 513.

¹² Cfr. ancora BALLESTRERO M.V., *Dalla tutela alla parità*, cit., p. 22, che riporta alcuni efficaci passaggi tratti dagli atti parlamentari, dai quali si evince con chiarezza la volontà di predisporre condizioni di lavoro funzionali a escludere che le donne minori si «infiacchiscano e diano al paese generazioni deboli e infelici» perché «la donna debole procrea uomini deboli».

¹³ La proposta di legge del partito socialista prevedeva l'estensione dell'ambito di applicazione della tutela a tutte le lavoratrici impiegate in ogni settore, il diritto al 50% della retribuzione durante il congedo di maternità, nonché un orario settimanale tale da garantire un effettivo riposo al netto delle incombenze domestiche.

¹⁴ Si rinvia a BALLESTRERO M.V., *Dalla tutela alla parità*, cit., p. 24 per un inquadramento dei rapporti fra movimenti operai, partito socialista e istanze del primo femminismo di Anna Kuliscioff. In particolare, sulla figura di Anna Kuliscioff, si veda il bel saggio della stessa A. (BALLE-

La legge 7 luglio 1907, n. 416, e poi il Testo unico 10 novembre 1907, n. 818, non introdussero particolari novità sotto il profilo della tutela della lavoratrice madre, confermando l'impianto di un "congedo di maternità" privo di un sostegno economico.

Fu però previsto all'art. 84 co. 2 il diritto per le madri di allattare i figli «senza che possa il tempo stesso detrarsi nel computo delle ore di lavoro», con la conseguente conservazione della retribuzione. E furono introdotti altri limiti all'impiego delle donne, a partire dal divieto di lavoro notturno, che aprirono la strada al contenimento dell'impiego femminile, peraltro in una stagione economica e produttiva meno favorevole, che si protrasse, non solo in Italia, fino allo scoppio della Prima guerra mondiale.

Il conflitto portò a stemperare divieti e protezioni¹⁵ onde consentire l'impiego massiccio e altamente precario delle donne nell'industria bellica, a dispetto della funzione materna e muliebre. Le pesanti condizioni di lavoro e la scarsa remunerazione determinarono, tuttavia, l'intensificarsi della partecipazione sindacale e politica delle donne.

Ciò che preme mettere in evidenza di questa prima stagione della tutela della lavoratrice madre è il paradigma di protezione che viene allestito: la tutela predisposta si caratterizza per la natura quasi esclusivamente pubblicistica.

L'art. 6 della legge Carcano, infatti, prevede (solo) un divieto di impiego delle operaie dell'industria nel periodo prossimo all'evento del parto¹⁶, la cui violazione viene qualificata in termini di contravvenzione e sanzionata con un'ammenda¹⁷.

Al datore di lavoro, pertanto, è ascrivibile una responsabilità penale quando abbia adibito la donna al lavoro nel periodo protetto conoscendone la condizione gravidica o di puerpera, dunque con colpa o con dolo.

Non è, viceversa, prevista alcuna responsabilità sul piano del contratto che lega la lavoratrice al datore di lavoro, dal quale pertanto quest'ultimo rimane libero di

STRERO M.V., *Anna Kuliscioff, il lavoro e la cittadinanza delle donne. Uno sguardo dal presente*, in *LD*, 2017, p. 187).

¹⁵ Si veda quanto disposto, in proposito, dal R.D. 14 agosto 1914, n. 925.

¹⁶ Art. 6 legge n. 242/1902: «Le puerpere non possono essere impiegate a lavoro se non dopo trascorso un mese da quello del parto, e in via eccezionale anche prima di questo termine, ma in ogni caso dopo tre settimane almeno quando risulti da un certificato dell'ufficio sanitario del comune di loro dimora abituale, che le condizioni di salute permettono loro di compiere, senza pregiudizio, il lavoro nel quale intendono occuparsi». Dello stesso tenore è l'art. 82 r.d. 1° agosto 1907, n. 636 che vieta che le lavoratrici impiegate nei lavori di mondatura in risaia siano adibite al lavoro nell'ultimo mese di gravidanza e nel primo mese dopo il parto.

¹⁷ Art. 13 legge n. 242/1902: «Chiunque, essendo tenuto all'osservanza delle disposizioni contenute nei primi nove articoli della presente legge, vi contravviene, è punito con ammenda sino a 50 lire, per ciascuna delle persone impiegate nel lavoro e alle quali si riferisce la contravvenzione, senza che mai possa sorpassarsi la somma complessiva di lire 5.000 (...)».

recedere, fatte salve alcune garanzie previste a fronte della malattia della lavoratrice che la dottrina riesce a estendere alla maternità. Ci si riferisce al tentativo di prevedere un periodo durante il quale il datore di lavoro è tenuto a tollerare l'assenza della lavoratrice a causa della maternità, in analogia a quanto previsto per il caso dell'impossibilità sopravvenuta disciplinata agli artt. 1225 e 1226 del Codice civile del 1865¹⁸, e all'applicazione della regola del preavviso quando il rapporto di lavoro è a tempo indeterminato¹⁹.

La tutela, dunque, si radica nel rapporto di lavoro e rimane esterna al contratto, ha una funzione dissuasiva di comportamenti lesivi della salute della lavoratrice in gravidanza e puerpera, ma non fornisce ancora alcuna certezza in termini di conservazione del posto di lavoro.

La tutela del reddito, poi, come si è accennato, arriverà solo in un momento successivo, grazie all'istituzione delle Casse di maternità nel 1910, con la legge n. 520²⁰, e dunque in una logica assistenziale di matrice, di nuovo, pubblicistica, esterna al contratto²¹. Nel frattempo, l'unica forma di sostegno economico sul quale le lavoratrici possono contare è quella che deriva dall'intervento delle società di mutuo soccorso, in un contesto di forte radicamento delle opere di beneficenza liberali e volontarie²².

¹⁸ BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., 1901, p. 691: «L'interruzione del lavoro può anche essere involontaria: ad esempio, l'operaio è richiamato sotto le armi, o cade ammalato, ecc. In tal caso si applicano le regole circa l'impossibilità: manca naturalmente la responsabilità per danni tranne se si tratti di prestazione fungibile e l'operaio non abbia provveduto alla supplenza; il principale ha il diritto sempre di licenziarlo, ma il recesso sarebbe giustificato e cioè esonererebbe il principale dal risarcimento dei danni solo allorché il periodo di astensione forzata raggiungesse una certa durata: oltrepassato il limite di tolleranza, si può dire che esista motivo serio per il licenziamento». Sulla scarsa attenzione riservata alle lavoratrici da Barassi nelle diverse edizioni del suo *Il contratto di lavoro* cfr. BALLESTRERO M.V., *Il lavoro delle donne secondo L. Barassi*, in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. "Il contratto di lavoro" di Ludovico Barassi cent'anni dopo*, cit., p. 525.

¹⁹ BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., 1917, p. 879, richiamato da DEL PUNTA R., *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit., p. 609, nt. 115.

²⁰ Che non aveva risposto alle aspettative di chi l'aveva proposta: così BALLESTRERO M.V., *Anna Kuliscioff, il lavoro e la cittadinanza delle donne*, cit., p. 208.

²¹ Sull'istituzione della Cassa di maternità v. STRINATI V., *Origini e istituzione della Cassa di maternità*, cit., p. 509 ss. Ivi si ricorda (p. 512) che il presidente del Consiglio Zanardelli, chiamato a dirimere la contrapposizione che in materia si era formata fra le forze politiche presenti nella Camera dei deputati, riconobbe pubblicamente, nella seduta del 24 giugno 1901, il valore della tutela previdenziale della maternità quale forma elevata di assistenza sociale e strumento di effettività del divieto legale di lavoro delle puerpere, ma aggiunse subito dopo che si trattava di una soluzione impraticabile per la sua insostenibilità economica da parte dello Stato, ma anche da parte degli imprenditori, i quali, se gravati del costo della relativa contribuzione, avrebbero rischiato di doversi privare della forza lavoro femminile, per molti aspetti – come abbiamo già rilevato – conveniente ed efficiente.

²² Cfr. STRINATI V., *Origini e istituzione della Cassa di maternità*, cit., pp. 522-523, per le diver-

Emerge con chiarezza, come fin da subito il riconoscimento delle tutele alle lavoratrici sia stato avvertito dagli industriali prima di tutto come un onere, perciò capace di disincentivare l'impiego di manodopera femminile.

2. Dalla Convenzione OIL n. 3 del 1919 al Codice civile del 1942: la protezione della madre lavoratrice subordinata in epoca fascista

Un cambio di passo nella protezione della lavoratrice madre è segnato dalla Convenzione OIL n. 3 del 1919 (poi perfezionata dalla Convenzione OIL n. 103 del 1952 e più di recente rivista con la *Maternity Protection Convention* n. 183 del 2000)²³, che all'art. 4 dispone un divieto di licenziamento della lavoratrice madre durante i periodi di assenza dal lavoro²⁴, così estendendo la tutela sul piano del contratto di lavoro²⁵.

se posizioni assunte dai prefetti al volgere del XIX secolo. La prima Cassa di assistenza per la maternità fu fondata a Torino nel 1898 per tutelare un numero esiguo di lavoratrici e fu alimentata inizialmente più da elargizioni, che non da contributi datoriali. Proprio la constatazione dell'incapacità del sistema mutualistico di sostenere adeguatamente le lavoratrici madri condusse a valorizzare il progetto di un sistema pubblico di stampo previdenziale e a concentrare l'attenzione sulle modalità del suo finanziamento, assicurando una solida base attuariale.

²³ In tema cfr. ADDATI L., *Extending Maternity Protection to All Women: Trends, Challenges and Opportunities*, in *ISSR*, vol. 68, 2015, p. 69.

²⁴ Art. 4: «*Where a woman is absent from her work in accordance with paragraph (a) or (b) of Article 3 of this Convention, or remains absent from her work for a longer period as a result of illness medically certified to arise out of pregnancy or confinement and rendering her unfit for work, it shall not be lawful, until her absence shall have exceeded a maximum period to be fixed by the competent authority in each country, for her employer to give her notice of dismissal during such absence, nor to give her notice of dismissal at such a time that the notice would expire during such absence.*».

²⁵ Nel corso degli anni la regolazione da parte dell'OIL si è sviluppata nel senso di assicurare che la salute della donna, in gravidanza e madre, e del figlio non sia pregiudicata dallo svolgimento di un'attività lavorativa, e che la maternità non comprometta la stabilità del reddito e dell'impiego della lavoratrice o possa divenire motivo di discriminazione, in un'ottica promozionale della parità di genere nel lavoro e nelle relazioni familiari. La protezione della maternità e dell'infanzia è stata inserita, inoltre, nel catalogo dei diritti fondamentali contenuto nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, il cui art. 25 co. 2 stabilisce che «La maternità e l'infanzia hanno diritto a speciali cure ed assistenza». L'art. 10 co. 2 della *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* del 1966 prevede che «*Special protection should be accorded to mothers during a reasonable period before and after childbirth. During such period working mothers should be accorded paid leave or leave with adequate social security benefits.*». La *Convention on the Elimination of All Forms of Discriminations against Women (CEDAW)* del 1979 invita all'adozione di speciali misure a garanzia della protezione della maternità, intesa come diritto essenziale, trasversale ai diversi aspetti lì regolati. La disciplina ha visto, inoltre, estendersi il proprio ambito di applicazione dal lavoro subordinato nel settore pubblico e privato dell'industria e del commercio, a ogni forma di lavoro, anche non retribuito. Cfr. il Rapporto ILO 2014 (ADDATI L., CASSIRER N., GILCHRIST K. (a cura di),

Nel nostro Paese occorrerà, tuttavia, attendere gli anni Venti perché questo passaggio si realizzi completamente²⁶.

Il primo intervento è rappresentato dal r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825, il cui art. 6 co. 8 sancisce il diritto dell'impiegata alla conservazione del posto di lavoro in caso di gravidanza e puerperio.

Ivi si prevede, infatti, che «[p]er i casi d'interruzione del servizio per gravidanza o puerperio il principale conserverà all'impiegata il posto per il periodo di tre mesi», aggiungendo a quest'obbligo quello di corrisponderle «la retribuzione per il primo mese e la metà per gli altri due».

La tutela riconosciuta alle impiegate si dispiega, così, solo sul versante del contratto. Manca, infatti, la previsione di un divieto penalmente sanzionato per il datore di lavoro di adibire la lavoratrice al lavoro nel periodo protetto, posto che l'ambito di applicazione della legge Carcano, allora ancora in vigore, non si estendeva fino a comprendere il lavoro impiegatizio²⁷.

Il paradigma protettivo di queste lavoratrici è dunque diverso.

L'impiegata ha diritto alla conservazione del posto di lavoro nel periodo indicato, e dunque a non essere licenziata, ma la tutela manca di forza dissuasiva, non essendo accompagnata da un divieto per il datore, sanzionato penalmente, di adibire la stessa al lavoro durante la gravidanza e il puerperio.

La tenuta della protezione passa, infatti, dalla sola (scarsa) capacità della lavoratrice di resistere al mancato adempimento all'obbligo di fonte legale e di reagire all'eventuale recesso datoriale per ottenere il risarcimento del danno subito dalla perdita del posto di lavoro.

Si aggiunge, però, il riconoscimento del diritto della lavoratrice impiegata di ottenere dal datore di lavoro la corresponsione della retribuzione nei due mesi a cavallo dell'evento del parto.

La convergenza dell'anima pubblicistica e di quella privatistica si realizza pochi anni dopo con il r.d.l. 13 maggio 1929, n. 850, avente a oggetto la tutela delle operaie e delle impiegate in stato di gravidanza e puerperio.

Rispetto a entrambe le categorie di lavoratrici, e con riferimento al periodo di astensione obbligatoria, si prescrive al datore un divieto di adibirle al lavoro – accompagnato da sanzione penale – a garanzia della salvaguardia della salute, e un divieto di licenziamento a garanzia della conservazione del posto di lavoro nel periodo protetto.

Maternity and Paternity at Work: Law and Practice Across the World, Geneva, ILO, 2014) per avere un quadro sulla protezione delle maternità a livello mondiale.

²⁶ Ricorda, tuttavia, DEL PUNTA R. (*La sospensione del rapporto di lavoro*, cit., p. 609) il timido tentativo di allargare la tutela contenuto nel d.l. 9 febbraio 1919, n. 112, il quale aveva disposto il diritto alla conservazione del posto della lavoratrice che si fosse assentata dal lavoro per una malattia o un infortunio connessi alla gravidanza o al puerperio.

²⁷ DEL PUNTA R., *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit., p. 610.

Il regolamento di attuazione della suddetta legge (r.d. 28 agosto 1930, n. 1358), peraltro andando oltre quanto consentitogli²⁸, avvia un percorso di combinazione delle due tutele, la cui espansione temporale, tuttavia, comincia a divergere con un moto crescente e irreversibile.

Mentre, infatti, il divieto di adibire la lavoratrice al lavoro rimane confinato al periodo di astensione obbligatoria, il periodo coperto dal divieto di licenziamento è anticipato al momento in cui essa viene a conoscenza dello stato di gravidanza (e poi esteso al periodo di astensione facoltativa, previsto *ex novo*, proprio dal regolamento n. 1358/1930, a partire dalla sesta settimana antecedente il parto).

A queste tutele si accompagna quella economica, da principio di stampo pubblicistico-previdenziale²⁹, che concorre anch'essa all'effettività della protezione.

Si tratta di un nuovo paradigma di tutela, il terzo, che incrocia tre tecniche funzionali a salvaguardare interessi diversi (la salute della madre, da un lato, e l'occupazione della lavoratrice, dall'altro) e che riceve conferma nel successivo r.d.l. 22 marzo 1934, n. 654 (conv. con legge 5 luglio 1934, n. 1347). Qui trovano spazio il divieto di lavoro nel periodo di astensione obbligatoria, il divieto di licenziamento, progressivamente dilatato fino a comprendere il periodo che va dalla presentazione del certificato di gravidanza al parto, e i periodi di astensione, obbligatoria o facoltativa, dal lavoro.

È stato giustamente evidenziato che al momento della sua nascita il nostro Codice civile risultava in questa parte già parzialmente superato proprio dalla presenza del r.d.l. n. 654/1934. Quest'ultimo testo, infatti, per un verso ne ha rappresentato il primo riferimento normativo di attuazione, con l'effetto di neutralizzare subito il rinvio alla contrattazione collettiva per la fissazione della durata del contratto, e per altro verso ha mantenuto spostata in avanti la frontiera della tutela della lavoratrice, con l'estensione del divieto di licenziamento oltre i periodi di astensione obbligatoria dal lavoro³⁰.

L'art. 2110 c.c., infatti, assimilando negli effetti l'assenza per gravidanza e puerperio all'assenza per malattia e infortunio, si limita a disporre le conseguenze del verificarsi di questi eventi sul contratto di lavoro, vale a dire l'obbligo per il datore di lavoro di conservare il posto di lavoro per il periodo stabilito dalla legge.

La *ratio* sottesa alla previsione, collocata all'interno di un Codice di stampo liberale che considera pari ordinate le parti del contratto di lavoro e perciò libere di

²⁸ Ancora, DEL PUNTA R., *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit., p. 610, che sottolinea come l'anomalia sia stata superata dal r.d.l. 22 marzo 1934, n. 654, che ha confermato tale previsione.

²⁹ È da segnalare che nella Carta del lavoro del 1927 la tutela della lavoratrice madre è prevista solo nella parte dedicata alle misure di previdenza e assistenza, dove si dice che «Lo stato fascista si propone: (...) b) il miglioramento e l'estensione dell'assicurazione maternità (...)», mentre con riguardo al contratto di lavoro si menziona solo la malattia quale evento sospensivo del medesimo.

³⁰ DEL PUNTA R., *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit., p. 614.

recedere dal vincolo con l'unico obbligo del preavviso, è quella di introdurre alcune deroghe alle regole generali del contratto altrimenti applicabili, per salvaguardare la posizione del contraente dotato (*rectius* della contraente dotata) nei fatti di minor forza contrattuale, al contempo calibrando il sacrificio imposto al datore di lavoro.

La disposizione codicistica, tuttavia, compie un passo in avanti nella definizione della tutela. Da un lato, generalizzando quanto previsto dalla legge sull'impiego privato, conduce dentro al contratto la tutela economica della lavoratrice e accolla al datore di lavoro l'obbligo di corrispondere la retribuzione – nella misura e per il tempo determinato dalle leggi speciali – quando non sia prevista una tutela di natura previdenziale o assistenziale; dall'altro lato, dispone la decorrenza dell'anzianità di servizio durante il periodo di sospensione della prestazione, rendendo così il rapporto insensibile all'evento della maternità.

3. La tutela della lavoratrice durante la gravidanza e il puerperio nell'art. 2110 c.c.: fattispecie ed effetti

La subalternità dell'art. 2110 c.c. nei confronti di una robusta legislazione speciale, capace di relegare in un angolo la stessa contrattazione collettiva, è un tratto distintivo della materia destinato a durare nel tempo, riconducibile, come è stato condivisibilmente scritto, alla matrice pubblicistica della prima regolazione protettiva³¹ e rimarcato dai riferimenti solo sporadici all'evento della maternità da parte dei primi commentatori, concentrati per lo più a verificare le ricadute della disposizione sugli eventi della malattia e dell'infortunio.

Questo carattere subalterno, tuttavia, nulla toglie alla rilevanza a livello sistematico della suddetta previsione, che riconduce in via generale all'interno del contratto la tutela di interessi del lavoratore e della lavoratrice, quali la salute e la maternità, ritenuti prevalenti rispetto a quello del datore di lavoro al puntuale adempimento della prestazione.

Al ricorrere di determinate condizioni inerenti alla persona del prestatore, infatti, il Codice civile fa arretrare nel contratto la posizione del creditore/datore di lavoro, limitando per il tempo prescritto il suo diritto di recesso a fronte del temporaneo inadempimento della prestazione attesa, garantendo così al lavoratore e alla lavoratrice subordinati la stabilità del rapporto e la conservazione (almeno parziale) del trattamento economico.

Il rischio del verificarsi di eventi quali la malattia, l'infortunio e la maternità, da cui dipende la difficoltà o l'impossibilità di adempiere temporaneamente l'obbligazione lavorativa, viene così accollato al datore di lavoro, che vede compresso

³¹ DEL PUNTA R., *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit., p. 595.

il proprio potere di recesso e confermato l'obbligo di corrispondere, in tutto o in parte, la retribuzione durante la sospensione della controprestazione lavorativa³².

L'art. 2110 c.c. si atteggia, pertanto, a previsione speciale, che, in funzione della salvaguardia di interessi la cui valenza sovraordinata sarà consacrata di lì a breve dalla Costituzione repubblicana, deroga alle regole, contestualmente poste e contenute negli artt. 2118 e 2119 c.c., che stabiliscono la libera recedibilità delle parti dal contratto di lavoro³³.

Seguendo, poi, l'inquadramento offerto alla fattispecie negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del Codice civile da parte della dottrina e della giurisprudenza, influenzate dalla pregressa riconduzione degli effetti prodotti dagli eventi indicati nell'art. 2110 c.c. a quelli tipici dell'impossibilità sopravvenuta³⁴, tale previsione è stata messa in relazione anche con le relative disposizioni codicistiche, rispetto alle quali si ipotizzava una deviazione in ragione del consolidarsi di un principio generale di conservazione del contratto di lavoro³⁵.

L'incertezza³⁶, scaturita dalla circostanza che il contratto di lavoro è un con-

³²Cfr. ICHINO P., *Il contratto di lavoro. Vol. III*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 49, che inquadra l'istituto nel contesto della teoria della funzione assicurativa del contratto di lavoro, per cui l'impresa sarebbe in grado di sopportare la sospensione della prestazione di un lavoratore o di una lavoratrice, in quanto il "costo" dell'assenza sarebbe coperto dalla stessa retribuzione, il cui ammontare inferiore al valore del lavoro svolto includerebbe un "premio assicurativo" per la sicurezza del rapporto. L'obbligatorietà di questo contenuto assicurativo si spiegherebbe anche in termini di efficienza economica rispetto alle asimmetrie informative che caratterizzano il mercato del lavoro.

³³SMURAGLIA C., *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 220, precisa, infatti, che si tratta di eventi che determinerebbero l'estinzione del rapporto di lavoro. In questo senso anche MAZZOTTA O., *Accertamenti sanitari, eccessiva morbilità e contratto di lavoro*, in *GDLRI*, 1983, p. 1 ss.

³⁴Ancora SMURAGLIA C., *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 220.

³⁵BRANCA G., *La sospensione nelle vicende del rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 1971, che fa risalire il suddetto principio alla legge sull'impiego privato del 1924 e richiama la posizione di MOSSA A. (*Studi sul diritto del lavoro*, Pisa, 1929, p. 132) e poi quella di MAZZONI G. (*Manuale di diritto del lavoro*, Firenze, Istituto di studi sindacali e del lavoro, 1958, p. 32), che parla di continuità dei contratti di lavoro «oltre il diritto comune»; RIVA SANSEVERINO L., *Sospensione del rapporto di lavoro e computo dell'anzianità*, cit., p. 140 ss. Ma v. anche MENGONI L. (*La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, in AA.VV., *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Lussemburgo, Servizio pubblicazioni delle Comunità europee, 1958, pp. 223 ss.), che inquadra queste previsioni in una complessiva reazione vigorosa alla fragilità del lavoratore nella relazione contrattuale; LAVAGNINI G., *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit., p. 32, che sottolinea come il diritto del lavoro tenda a distaccare la posizione giuridica del lavoratore, in quanto contraente debole, dal sinallagma funzionale per ristabilire un'uguaglianza fra i contraenti; SMURAGLIA C., *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 219, che con riguardo al contratto di lavoro parla di «particolare esigenza di stabilità».

³⁶Ne parla così, in generale, MENGONI L. (*Note sull'inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro*, in *RTDPC*, 1950, p. 270), che paventa il rischio di arbitarietà delle soluzioni avvanza-

tratto di durata, si rifletteva in particolare sugli effetti collegati all'impossibilità, e principalmente sul regime di estinzione del rapporto³⁷.

Per taluni, infatti, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa per causa non imputabile al lavoratore doveva essere ricondotta all'impossibilità definitiva o temporanea dell'obbligazione disciplinata dall'art. 1256 c.c., con la conseguenza che il suo verificarsi avrebbe determinato la risoluzione *ipso iure* dell'obbligazione³⁸.

Secondo l'opinione più diffusa, invece, la fattispecie doveva ricondursi a quella dell'impossibilità sopravvenuta parziale disciplinata dall'art. 1464 c.c., atteggiandosi a impossibilità parziale *ratione temporis*, sul presupposto della irrecuperabilità delle opere non eseguite con conseguente riduzione della prestazione esigibile e con l'effetto di legittimare il recesso del creditore solo al venire meno di un apprezzabile interesse all'adempimento³⁹.

La questione definitoria ha perso gran parte della sua rilevanza con riguardo agli eventi elencati nell'art. 2110 c.c. in quanto destinatari di una regolazione *ad hoc*, né essa si è riproposta per tutti gli eventi che nel tempo sono stati ricondotti dal legislatore allo schema di regolazione offerto da tale previsione, dal momento che, con l'espreso richiamo dell'art. 2118 c.c., esso risolve l'incertezza riguardo agli effetti, stabilendo il regime da applicare al recesso disposto dal datore di lavoro alla scadenza del periodo di compimento⁴⁰.

Il problema dell'inquadramento della fattispecie, invece, ha mantenuto una qualche rilevanza con riguardo alla sorte da assegnare ai rapporti di lavoro colpiti

te dalla dottrina e dalla giurisprudenza che si inerpichino in quella che viene definita dall'A. con le parole di HENLE R. (*Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, II, Rostock, 1934, p. 431) «la zona alpina del diritto delle obbligazioni».

³⁷ Ripercorrono il dibattito DEL PUNTA R., *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit., p. 38 ss.; NOGLER L., *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *GDLRI*, 2007, p. 593; BALLESTRERO M.V., *La stabilità nel diritto vivente. Saggi sui licenziamenti e dintorni*, Torino, Giappichelli, p. 96; SCHIAVONE T., *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa*, in *RIDL*, I, 2010, p. 153.

³⁸ MENGONI L., *Note sull'inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro*, cit., p. 282. Secondo l'A. il nostro ordinamento assume il concetto di impossibilità parziale in un significato stretto e tecnico, che presuppone una prestazione divisibile, e consiste nella riduzione della quantità oggettiva della prestazione. L'impossibilità temporanea, invece, determina un ritardo dell'adempimento della prestazione, senza comportare una perdita del valore della stessa se non in relazione all'interesse soggettivo del creditore. Da ciò discende una diversa rilevanza giuridica del venir meno dell'interesse del creditore della prestazione divenuta temporaneamente o parzialmente impossibile.

³⁹ TORRENTE A., *Appunti sull'impossibilità temporanea del lavoratore*, in *RGL*, I, 1950, p. 112 ss., seguito successivamente da LAVAGNINI G., *La sospensione del rapporto di lavoro*, Milano, Feltrinelli, 1961, p. 57; MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1962; VACCARO M.J., *La sospensione del rapporto di lavoro*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1983, p. 7 ss.

⁴⁰ LAVAGNINI G., *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit., p. 58 ss.

da eventi impeditivi della prestazione lavorativa non considerati dalla legge⁴¹, ma ciò solo fino all'avvento della legislazione limitativa del potere di recesso del datore di lavoro, che li ha fatti confluire nella categoria del giustificato motivo oggettivo, sì come interpretato da giurisprudenza e dottrina⁴².

La distanza creatasi rispetto alla categoria dell'impossibilità sopravvenuta ha indotto una parte della dottrina a trovare alla fattispecie una diversa collocazione all'interno del sistema.

Si è perciò fatto strada, non senza incontrare resistenze, il ricorso alla categoria di matrice tedesca della "inesigibilità", costruita sul concetto del "limite di sacrificio" che può essere imposto al debitore nell'adempiere in buona fede alla propria prestazione e su quello dell'equa ripartizione dei rischi fra le parti del contratto a prestazioni corrispettive, perciò capace di stabilire un limite al diritto del creditore di perseguire il proprio interesse consistente nel suo contenuto funzionale⁴³.

⁴¹ La dottrina è stata, infatti, concorde nel ritenere l'art. 2110 c.c. una norma derogatoria al sistema ordinario e perciò non suscettibile di estensione in via analogica. Cfr. LAVAGNINI G., *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit., p. 34; SMURAGLIA C., *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 221; RIVA SANSEVERINO L., *Sospensione del rapporto di lavoro e computo dell'anzianità*, in *MGL*, 1980, p. 254.

⁴² Si pensi, ad esempio, alla carcerazione preventiva o alla detenzione del lavoratore per condanne relative a fatti estranei al rapporto di lavoro, che la giurisprudenza è solita considerare come un fatto oggettivo che determina una sopravvenuta temporanea impossibilità della prestazione e che può giustificare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (fra le altre v. Cass. 9 settembre 2011, n. 18528, in *De Jure*). Fra le ulteriori circostanze relative alla persona del lavoratore che rendono oggettivamente impossibile, per quest'ultimo, la prestazione dell'attività lavorativa, e che vengono ricondotte dalla giurisprudenza alla nozione di giustificato motivo oggettivo, rientrano l'inidoneità – fisica o psichica – sopravvenuta (fra le altre, Cass. 5 ottobre 2017, n. 23226, in *De Jure*) e il venir meno di licenze, patenti o comunque di titoli necessari al lavoro: il riferimento è, ad esempio, alla licenza di guardia giurata (Cass. 25 luglio 2006, n. 16924, in *De Jure*), alla patente di guida per un lavoratore con mansioni di autista (Cass. 19 dicembre 1998, n. 12719, in *De Jure*), al porto d'armi (Cass. 10 giugno 2015, n. 1272, in *De Jure*). In dottrina cfr. VACCARO M.J., *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit., p. 123, che conclude per l'inapplicabilità delle regole di diritto comune in materia di impossibilità sopravvenuta della prestazione, prima ancora che per ragioni di incompatibilità tecnico-formale, «per ragioni di incompatibilità funzionale nei confronti della ratio ispiratrice di tutta la legislazione lavoristica e del favor verso il lavoratore». Va ricordato, che il legislatore ha fatto ricorso in modo esplicito alla categoria dell'impossibilità sopravvenuta nel disciplinare il lavoro ripartito. In particolare, l'art. 41 co. 3 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, oggi abrogato e non riproposto nel d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, disponeva che «salve diverse intese tra le parti contraenti o accordi collettivi, i lavoratori hanno facoltà di determinare discrezionalmente e in qualsiasi momento sostituzioni tra di loro, nonché di modificare consensualmente la collocazione temporale dell'orario di lavoro, nel qual caso il rischio dell'impossibilità della prestazione per fatti attinenti a uno dei coobbligati è posto a capo dell'altro obbligato», mentre il co. 6 della medesima disposizione richiamava espressamente l'art. 1256 c.c. nel disciplinare il caso dell'impedimento sopravvenuto di entrambi i lavoratori ad adempiere la prestazione.

⁴³ SMURAGLIA C., *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 238 ss., cui si rinvia sia

Se è vero che si tratta di una categoria lontana dalla tradizione della nostra dottrina, poco avveza a fare ricorso al principio di buona fede per fissare limiti all'esercizio dei diritti in ragione della sua genericità e indeterminatezza⁴⁴, è altrettanto vero che essa consente di far affiorare all'interno della relazione contrattuale interessi del prestatore di lavoro meritevoli di tutela, la cui soddisfazione richiede al creditore/datore di lavoro un "sacrificio" in termini di rinuncia parziale/temporanea alla prestazione lavorativa⁴⁵.

La prestazione diviene inesigibile quando per svolgerla il debitore debba impiegare mezzi "anormali" rispetto al lavoro atteso⁴⁶, con la conseguenza che l'eventuale inadempimento non può essere imputato al lavoratore per definire la disciplina del recesso.

Ma che utilità ha qualificare come inesigibile la prestazione quando gli effetti che discendono dal verificarsi degli eventi protetti sono stabiliti dalla legge (o dal contratto collettivo)⁴⁷?

per i riferimenti alla letteratura tedesca in materia, che per la ricostruzione del dibattito che si è sviluppato intorno a questa categoria a livello nazionale.

⁴⁴ Sull'impiego delle clausole generali con riguardo agli obblighi del lavoratore cfr. CAMPANELLA P., *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in *Clausole generali e diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Roma 29-30 maggio 2014, Milano, Giuffrè, 2014, p. 203.

⁴⁵ ICHINO P., *Malattia, assenteismo e giustificato motivo di licenziamento*, in *RGL*, 1976, I, 259; *ID.*, *Il contratto di lavoro.*, cit., p. 50.

⁴⁶ MENGONI L., *Note sull'inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro*, cit., p. 271 ss., accenna alla categoria della inesigibilità, muovendo dalla constatazione della incapacità della nozione di impossibilità sopravvenuta di abbracciare le particolari esigenze che discendono dalla necessità di tutelare la «personalità una e indivisibile» del lavoratore. L'A. avverte la necessità di «una umanizzazione del freddo criterio naturalistico dell'art. 1218 c.c. in modo da esonerare da responsabilità il prestatore inadempiente anche in situazioni che, pur incidendo gravemente sulla sua personalità, non si riflettono [...] in una impossibilità oggettiva e assoluta della prestazione», portando l'esempio dell'attrice che non si presenta in teatro la sera della rappresentazione perché ha perso il figlio poche ore prima. Ritiene, tuttavia, insuperabile il dato normativo, per cui le regole delle obbligazioni e dei contratti devono essere espressamente derogate da norme speciali perché possa prevalere l'interesse di una parte su quello dell'altra. V. anche MENGONI L., *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, cit., p. 474.

⁴⁷ DEL PUNTA R. (*La sospensione del rapporto di lavoro*, cit., p. 42 ss.), richiamando le posizioni di VISINTINI G. (*Inadempimento e mora del debitore*, in SCHLESINGER P. (diretto da), *Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 323) e di MENGONI L. (*Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (studio critico)*, in *RDC*, 1954, p. 283) con riguardo all'evento della malattia e dell'infortunio, preferisce mantenere l'ancoraggio della fattispecie sospensiva alla categoria dell'impossibilità, che ritiene però di dover integrare con il canone della buona fede, capace di riequilibrare la posizione delle parti nel contratto ed escludere l'esigibilità della prestazione anche quando il suo adempimento determini un carico eccessivo per il debitore. Con riguardo, però, alla maternità l'A. finisce anch'egli per transitare dalla categoria della prestazione divenuta impossibile a quella della prestazione divenuta inesigibile perché pregiudizievole, prescindendo dalla valutazione in concreto della effettiva «incapacità al lavoro» (pp. 592 e 597).