



Poste Italiane S.p.a. • Sped. in A.P. • D.L. 353/2003 conv. in L. 46/2004, art. 1, c. 1 • DCB Roma

**Il danno differenziale
nel diritto del lavoro**

**La committenza esterna
nel rispetto dell'articolo 26
del D.Lgs. 81/2008**

**I nuovi assetti della
contrattazione collettiva**

**Licenziamento illegittimo e
cessazione dell'attività
aziendale: risarcimento del
danno da perdita di *chance***

**Finalità, limiti ed abuso
del congedo parentale**

**Processo del lavoro.
Profili d'incostituzionalità**

LAVORO E PREVIDENZA OGGI

anno XXXVI • aprile 2009

4

Nota a Corte di cassazione, sez. lav., sentenza 16 giugno 2008, n. 16207di **Federico Maresca***

SOMMARIO:

1. Premessa e cenni storici dell'istituto
2. I limiti di utilizzo del congedo parentale
3. La soluzione giurisprudenziale
4. Conclusioni

1. Premessa e cenni storici dell'istituto

L'istituto del congedo parentale *ex art. 32 e ss., D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151*, rappresenta una delle forme di tutela attraverso le quali il legislatore manifesta il suo *favor familiae*, dettando previsioni finalizzate al soddisfacimento dei bisogni dei membri della stessa.

Va premesso che l'istituto in esame si differenzia da quello, seppure affine, del "congedo per la malattia del figlio" *ex art. 47 e ss., D.Lgs 26 marzo 2001, n. 151*, il quale è previsto e regolamentato per il soddisfacimento di un interesse diverso, esplicitamente indicato dalla normativa in vigore.

Nemmeno ci si soffermerà sui limiti quantitativi di fruizione del congedo parentale, i quali si sono dimostrati sufficientemente chiari da non richiedere l'intervento di interpretazioni dottrinali o giurisprudenziali, né sulla misura della retribuzione spettante al lavoratore che si avvalga del beneficio in esame, sempre più esaurientemente ed articolatamente regolata *in melius* dalla contrattazione collettiva.

Oggetto della presente analisi sarà esclusivamente l'individuazione dei limiti all'utilizzo del congedo in esame, ovvero del profilo delle finalità per cui esso è lecitamente fruibile.

Il beneficio in analisi, infatti, prevede che "*per ogni bambino, nei primi suoi otto anni di vita, ciascun genitore ha diritto di astenersi dal lavoro*"; così enunciata, la norma sembrerebbe introdurre *prima facie* un diritto assoluto di tipo premiale.

Essa, infatti, non detta alcun obbligo di specificare previamente la condotta che si terrà durante la fruizione del congedo e, pertanto, esonera dalla giustificazione dell'astensione dal lavoro.

La formulazione della norma, che non può ritenersi introduttiva di un premio alla genitorialità, non può non rinviare all'interprete l'individuazione dei limiti di utilizzo del congedo parentale.

* Avvocato – Dottorando di ricerca presso l'Università di Roma "Tor Vergata".

Per meglio inquadrarne i contorni è opportuno un breve *excursus* storico sull'evoluzione avuta dall'istituto in analisi.

Nella sua forma originaria, introdotta dall'art. 7, c. 1, Legge 30 dicembre 1971, n. 1204, il congedo in esame era configurato come diritto di assentarsi dal lavoro al fine di accudire la prole¹: tale diritto era dettato in favore della sola lavoratrice madre.

Per tale conformazione, esso era definito come "astensione facoltativa" dal lavoro.

A breve distanza temporale dall'introduzione dell'astensione facoltativa, il diritto in parola venne esteso anche in favore del padre lavoratore: ciò avvenne grazie all'art. 7, Legge 9 dicembre 1977, n. 903², che innovò ulteriormente un settore che solo da poco tempo aveva conosciuto ipotesi di assenza dal lavoro finalizzate alla cura della prole.

L'intera materia dell'astensione facoltativa fu così regolata dalle disposizioni appena esaminate fino all'entrata in vigore della Legge 8 marzo 2000, n. 53: quest'ultima ampliò notevolmente i limiti e la portata dell'astensione facoltativa attraverso la modifica dei testi di legge previgenti che, dunque, rimasero in vigore nella forma risultante dalle modifiche introdotte dalla novella.

Anzitutto, la materia venne inquadrata non più tra i diritti dei lavoratori ma nel diverso *genus* dei "congedi dei genitori": non si può mancare di rilevare come il differente inquadramento della disciplina sia dovuto ad un mutamento di prospettiva da parte del legislatore, il quale non si preoccupò più di giustificare e regolamentare l'assenza del singolo lavoratore dal posto di lavoro, bensì di garantire alla prole il supporto necessario al soddisfacimento dei suoi bisogni affettivi attraverso l'istituzione di una disciplina *ad hoc*.

L'art. 7, Legge 1204/71, nella formulazione introdotta dall'art. 3 della Legge n. 53/00³, estese l'arco temporale durante il quale è possibile fruire del congedo parentale, portandolo dal limite di un anno di età del figlio minore fino al nuovo limite di otto anni di età dello stesso.

¹ L'articolo 7, c. 1, L. 1204/71, recita testualmente: "*La lavoratrice ha diritto di assentarsi dal lavoro, trascorso il periodo di astensione obbligatoria di cui alla lettera c) dell'articolo 4 della presente legge, per un periodo, entro il primo anno di vita del bambino, di sei mesi, durante il quale le sarà conservato il posto*".

² L'art. 7, c. 1, L. 903/77, dispone: "*Il diritto di assentarsi dal lavoro e il trattamento economico previsti rispettivamente dall'articolo 7 e dal secondo comma dell'articolo 15 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, sono riconosciuti anche al padre lavoratore, anche se adottivo o affidatario ai sensi dell'articolo 314/20 del codice civile, in alternativa alla madre lavoratrice ovvero quando i figli siano affidati al solo padre*".

³ L'art. 3 della Legge n. 53/2000 ha così sostituito l'art. 7, c. 1, L. 1204/71: "*Nei primi otto anni di vita del bambino ciascun genitore ha diritto di astenersi dal lavoro secondo le modalità stabilite dal presente articolo*".

L'istituto, infine, è ora regolato dagli artt. 32 e ss. del D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151⁴ ("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"), che ha abrogato tutte le disposizioni previgenti.

Pur senza negare l'indubbia portata innovatrice delle novelle del 2000 e del 2001, non si può evitare di osservare che esse omisero di chiarire i confini dell'utilizzo del beneficio e continuarono a lasciare all'interprete la valutazione della legittimità della fruizione del beneficio nel caso concreto.

Poiché al datore di lavoro è precluso qualsiasi controllo *ex ante* sulla concessione del beneficio in esame al lavoratore che ne faccia richiesta, tale valutazione interpretativa non poteva avere altra angolazione che quella *ex post*, eventualmente giudiziale.

Il diritto al congedo parentale nella sua formulazione odierna si configura come un diritto potestativo, sottomesso all'unico limite della previa richiesta di fruizione da inoltrare con un preavviso di almeno 15 giorni⁵.

2. I limiti di utilizzo del congedo parentale

Al fine di poter finalizzare la fruizione del beneficio al soddisfacimento delle esigenze per cui è stato introdotto dalla legge, occorre rinvenire la finalità della norma partendo dal dettato testuale che si limita a recitare: "per ogni bambino (...) ciascun genitore ha diritto di astenersi dal lavoro (...)".

Da un esame superficiale della legge si potrebbe desumere, come già accennato, che il congedo in esame abbia una funzione premiale della genitorialità, *sic et simpliciter*.

Tale conclusione, pur avvalorata dall'assenza di esplicite funzionalizzazioni dell'astensione dal lavoro, non può e non deve essere considerata degna di pregio, poiché rischierebbe di alterare in modo irreparabile il continuo contemperamento di interessi costituzionalmente rilevanti che è alla base della legislazione, specialmente di quella giuslavoristica.

Concludere nella direzione sopradescritta, infatti, equivarrebbe a considerare il genitore (lavoratore) *di per sé* degno di maggior tutela, sia nei confronti del datore di lavoro (chiamato a sopportare i disagi della sospensione

⁴ Il comma 1 dell'art. 32, D.Lgs. 151/01, dispone che "per ogni bambino, nei primi suoi otto anni di vita, ciascun genitore ha diritto di astenersi dal lavoro secondo le modalità stabilite dal presente articolo (omissis)".

⁵ Il comma 3 dell'art. 32, D.Lgs. 151/01, prevede che "ai fini dell'esercizio del diritto di cui al comma 1, 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 periodo di preavviso non inferiore a quindici giorni".

della prestazione lavorativa) sia nei confronti dell'ente previdenziale (chiamato a corrispondere un'indennità al lavoratore per il periodo di astensione dal lavoro).

La conclusione appena prospettata, però, non troverebbe alcun fondamento nella carta costituzionale che, viceversa, tutela anche l'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e gli istituti previdenziali statali (art. 38 Cost.).

La scienza giuridica, invero, impone all'interprete di ricercare la corrispondenza, tra il diritto potestativo (conferito nella specie al lavoratore) e l'esercizio dello stesso in concreto, anche alla luce del principio della buona fede nell'esecuzione del contratto ex art. 1375 c.c.

Per operare tale riscontro, però, è necessario individuare la *ratio* sottesa alla normativa che istituisce il diritto in esame: orbene, la finalità del congedo parentale, anche alla luce delle pronunce della Corte Costituzionale⁶, si rinviene unicamente nella tutela dell'armonico e sereno sviluppo della personalità del minore, certamente agevolato dalla conversione di ore di lavoro in ore di accudienza diretta della prole.

L'utilizzo del congedo parentale per un fine diverso da quello della diretta accudienza del figlio minore, dunque, deve essere qualificato come uso illegittimo, ovverosia come un abuso del diritto.

L'interpretazione appena formulata deve essere intesa come l'unica possibile.

La stessa appare saldamente ancorata a dati legali e giurisprudenziali e, per ciò stesso, non può essere estesa fino a ricomprendere (tra le finalità del congedo in esame) la prestazione di opere riconnesse ad esigenze del nucleo familiare in generale.

Ciò poiché la soddisfazione di esigenze dei membri della famiglia astrattamente considerati non coincide con la soddisfazione delle specifiche esigenze dei figli minori di 8 anni presenti all'interno di un nucleo familiare.

3. La soluzione giurisprudenziale

L'impostazione appena chiarita risulta confortata dalla giurisprudenza di legittimità, che ha recentemente avuto l'occasione di pronunciarsi sulle finalità e sui limiti del congedo in analisi.

Nella sentenza in commento, la Corte ha chiarito il principio di diritto in materia, intervenendo sulla legittimità della decisione presa dalla Corte d'Appello di Milano che, riformando la pronuncia di primo grado, aveva disposto la reintegrazione nel posto di lavoro di un genitore licenziato per giusta causa in seguito all'improprio utilizzo del periodo di congedo parentale.

⁶ *Ex plurimis*, C. Cost., sentenza 1 aprile 2003, n. 104.

In particolare, all'epoca del fatto era vigente la disciplina introdotta dalla L. 53/00 ed era stato accertato che il lavoratore durante la fruizione del congedo parentale aveva prestato attività lavorativa in favore della propria famiglia, anziché essersi dedicato alla cura della propria figlia minore.

Il Tribunale di prime cure aveva ritenuto che il comportamento del prestatore, che aveva utilizzato l'astensione facoltativa dal lavoro per fini estranei alla cura diretta della propria figliola, fosse idoneo a configurare una giusta causa di recesso datoriale sul rilievo che il beneficio non è finalizzato a garantire un'assenza dal lavoro ma esclusivamente un'assenza finalizzata all'accudienza della prole.

Nella sentenza del Tribunale di Monza si rinviene un'impostazione aderente a quella sopra formulata dallo scrivente, in particolare nel passaggio della sentenza che rileva come la norma "*non tutela ex se l'astensione dal lavoro*", quasi fosse una disciplina premiale della genitorialità.

In senso diametralmente opposto, invece, si è posta la pronuncia della Corte d'Appello di Milano, che ha incentrato la propria posizione sull'osservazione che "*unica condizione per l'esercizio del diritto al congedo parentale è il suo collegamento con le esigenze organizzative della famiglia nei primi anni di vita del bambino*".

Questa interpretazione si rivela fallace già ad una prima lettura, poiché forza in maniera evidente il dato letterale della norma applicata ed estende, in via analogica, la portata del beneficio ben oltre le intenzioni del legislatore.

Nella pronuncia del gravame, infatti, si afferma esistere un'analogia tra l'ipotesi del congedo parentale e quella del permesso sindacale, con l'effetto che a nulla rileva la condotta tenuta dal lavoratore purché rientri nell'ambito della cura della famiglia, nel primo caso, oppure dell'attività sindacale, nel secondo.

Senza dilungarsi troppo sull'errore di fondo in cui evidentemente sono incorsi i giudici dell'appello (consistente nell'adoperare una forma di interpretazione – quella per analogia – che l'art. 12, disp. prel. c.c., consente solo all'interno del ristretto ambito che residua all'interprete tra l'intenzione del legislatore ed i principi generali dell'ordinamento, qui ampiamente travalicato) ciò che va sottolineato è che la *ratio* della norma, come già chiarito, è il soddisfacimento dei bisogni della prole minore e non, come sostenuto dalla corte d'appello, il soddisfacimento di esigenze familiari in senso lato.

Rilevato l'errore, la Corte Suprema ha avuto modo di ribadire chiaramente il principio di diritto vigente in materia di finalità del congedo parentale, osservando che l'accertamento della mancata finalizzazione del congedo parentale alla diretta accudienza del figlio minore costituisce la prova di una condotta illegittima.

L'illegittimità dell'assenza a titolo di congedo parentale espone l'autore della condotta alle ovvie conseguenze di legge in tema di responsabilità civile.

Nel caso di specie, infatti, la condotta del lavoratore, che ha fruito del congedo senza soddisfare le finalità per cui lo stesso è concesso, si è rivelata contraria al principio di buona fede sia nei confronti del datore di lavoro, costretto a sopportare la sospensione dell'attività lavorativa, sia nei confronti dell'ente assistenziale, chiamato a corrispondergli un'indennità.

In nessun caso, dunque, il soddisfacimento di esigenze familiari, che influiscono in maniera soltanto indiretta sulla sfera del minore, può ritenersi idoneo alla funzione per cui è concesso il beneficio del congedo parentale.

La conclusione della Corte, pertanto, è stata quella di cassare la sentenza impugnata e rinviare la causa ad altro giudice d'appello, che sarà chiamato ad uniformarsi al principio di diritto enunciato in sentenza.

4. Conclusioni

Va osservato che l'applicazione del principio enunciato nella sentenza appena esaminata non conduce *ex se* alla conferma dell'illegittimità della condotta posta in essere dal lavoratore nel caso *de quo*.

Nulla esclude, infatti, che si verifichi il caso in cui le risultanze probatorie dimostrino che il fruitore del congedo parentale ha provveduto all'accudienza diretta della figlia per una parte rilevante della giornata in cui ha beneficiato dell'istituto.

In tale caso, dunque, a nulla rileverebbe la circostanza che egli, nella stessa giornata in cui ha fruito di congedo parentale, abbia posto in atto condotte non finalizzate al diretto accadimento della figlia minore.

La conversione delle ore di lavoro in ore di accudienza della prole, modalità con cui la legge persegue il suo fine, non deve essere finalizzata ad un'accudienza indiretta ma tantomeno deve essere rigidamente ancorata al dato temporale della prestazione lavorativa.

Sulla scorta del principio enunciato, infatti, la fruizione del congedo parentale finalizzata ad un'accudienza diretta della prole minore è la sola che giustifica la fruizione del beneficio in analisi: quanto appena affermato, però, deve essere ritenuto valido anche laddove le ore di accudienza diretta non siano rigidamente sovrapponibili all'orario lavorativo convertito.

In quest'ultima ipotesi, infatti, vi è piena coincidenza tra la condotta del lavoratore e la finalità per cui è concesso il beneficio.

Concludendo, è il caso di osservare come tale disposizione di legge, seppure avente una finalità degna delle migliori tutele, riveli una portata dirompente nella corretta gestione del personale aziendale, specialmente nei periodi festivi e durante i canonici periodi di ferie, durante i quali si registra un massiccio utilizzo del congedo parentale.

Quanto appena osservato è valido per tutti i datori di lavoro ma è particolarmente evidente nei casi di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione.

In quest'ultima ipotesi, peraltro, il perseguimento della finalità della legge si contrappone in maniera drammatica finanche al perseguimento dell'obiettivo del buon andamento dei pubblici uffici, anch'esso di rango costituzionale⁷.

Per garantire un equo contemperamento degli interessi contrapposti sembrerebbe opportuno, in chiave *de iure condendo*, introdurre dei correttivi alla fruizione del congedo parentale che tengano in considerazione anche le necessità gestionali dell'impresa in cui i genitori-lavoratori si trovano a prestare la propria attività lavorativa.

Ciò appare agevolmente realizzabile attraverso l'introduzione di un'aliquota massima di fruitori simultanei di congedo parentale all'interno della medesima unità produttiva: in tale modo le assenze dei dipendenti potrebbero essere preventivamente determinate dall'imprenditore o dal dirigente dell'ufficio pubblico.

Ciò consentirebbe di realizzare una corretta organizzazione aziendale e garantirebbe un migliore soddisfacimento di tutti gli interessi coinvolti.

⁷ Risulta, infatti, tutelato dall'art. 97, c. 1, Cost.