

Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., (data ud. 27/05/2008) 16/06/2008, n. 16207*LAVORO SUBORDINATO (RAPPORTO DI) › Licenziamento**PROVA IN GENERE IN MATERIA CIVILE › Onere della prova***Intestazione**

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. DE LUCA Michele - Presidente

Dott. FIGURELLI Donato - Consigliere

Dott. AMOROSO Giovanni - Consigliere

Dott. MORCAVALLO Ulpiano - Consigliere

Dott. BALLETTI Bruno - rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

E.H.P. ITALY S.P.A., (già E. Z. S.P.A.), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA LUNGOTERE MICHELANGELO 9, presso lo studio dell'avvocato TRIFIRO' SALVATORE, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati FAVALLI GIACINTO, ZUCCHINALI PAOLO, giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

M.G., già elettivamente domiciliato in ROMA LUNGOTEVERE MICHELANGELO 9, presso lo studio dell'avvocato BOLOGNA GIULIANO, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato PETRINO ALDO VITTORIO, giusta delega in atti e da ultimo d'ufficio presso la CANCELLERIA DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 580/04 della Corte d'Appello di MILANO, depositata il 30/08/04 R.G.N. 1136/03;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 27/05/08 dal Consigliere Dott. Bruno BALLETTI;

udito l'Avvocato PIERFRANCESCO BRUNO per delega TRIFIRO', FAVALLI, ZUCCHINALI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. RIELLO Luigi che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

Con sentenza depositata il 25 febbraio 2003, il Tribunale di Monza, in funzione di giudice del lavoro, respingeva il ricorso di M. G. inteso ad impugnare il licenziamento per giusta causa intimatogli dalla datrice di lavoro s.p.a. E. Z. per avere fatto uso improprio del periodo di astensione facoltativa dal lavoro, di cui alla [L. n. 53 del 2000](#). In particolare, il Tribunale rilevava che era rimasto provato che il M. avesse utilizzato l'astensione facoltativa per occuparsi della pizzeria con asporto appena acquistata dalla moglie, e non per accudire la propria figliola, e riteneva che tale circostanza valesse a configurare la giusta causa di recesso, sul presupposto che la legge non tutela ex se l'astensione dal lavoro, cioè a prescindere dall'uso che ne faccia il lavoratore.

Tale decisione veniva impugnata dal M., il quale contestava la valutazione delle prove operata dal Tribunale e sosteneva che, comunque, non v'era alcun divieto di svolgere attività di lavoro nel periodo di congedo; deduceva, in subordine, che la sanzione espulsiva non era proporzionata rispetto al fatto contestato.

Costituitasi la società datrice di lavoro, che resisteva al gravame, la Corte d'appello di Milano, con sentenza depositata il 30 agosto 2004, in riforma della sentenza di primo grado annullava il licenziamento e ordinava la reintegrazione del M. nel posto di lavoro, condannando la E. a corrispondere al medesimo le retribuzioni arretrate e compensando fra le parti le spese di giudizio.

I giudici d'appello osservavano 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, dovendosi considerare, al riguardo, la diversità della situazione in esame aspetto all'ipotesi del lavoratore assente per malattia che presti attività lavorativa in favore di terzi e, al contrario, la sua analogia con la ipotesi del lavoratore in permesso sindacale, caratterizzata semplicemente dalla connessione del permesso con l'attività sindacale. Con questi presupposti, era del tutto irrilevante accertare se il lavoratore si fosse occupato anche della cura della figlia e se l'attività da lui svolta nell'azienda intestata alla moglie fosse non continuativa, essendo comunque tale attività finalizzata a soddisfare un'esigenza della famiglia, si da integrare, per ciò solo, il legittimo esercizio del congedo; il licenziamento, pertanto, si rivelava privo di giusta causa e meritevole di annullamento.

Di questa sentenza la società E.H.P. Italy s.p.a.

(già E. Z. s.p.a.) domanda la cassazione con ricorso affidato a sei motivi, illustrati anche con memoria ai sensi dell'[art. 378](#) c.p.c.

Il M. resiste con controricorso.

Motivi della decisione

1. Il ricorso contiene sei motivi di impugnazione.

1.1. Il primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione della [L. n. 53 del 2000](#), [art. 1](#) e ss. e del [D.Lgs. n. 115 del 2003](#), [artt. 1](#) ss. e 32 ss. erronea interpretazione della Legge ex [art. 12](#) preleggi e difetto di motivazione. Si lamenta che la Corte d'appello abbia male interpretato la normativa sul congedo parentale, ritenendo erroneamente che quest'ultimo debba essere concesso in un caso non contemplato dalla legge e non giustificato da alcuna ragione, e si sostiene che, in base alla stessa direttiva europea che ha promosso l'intervento del legislatore nazionale ([direttiva 96/34/CE](#)) nonché alla stregua dell'intervento della Corte costituzionale (in particolare, con la sentenza n. 104 del 2003), l'attribuzione del diritto all'astensione facoltativa anche al padre lavoratore è condizionata all'effettivo perseguimento della finalità di sviluppare in modo armonico la personalità del bambino favorendone l'inserimento nella famiglia e nella società, mentre la sentenza impugnata - a dire della ricorrente - ha individuato una ratio legis, cioè l'esigenza di aiutare l'organizzazione familiare, del tutto assente nella normativa in esame, che, al contrario, e soprattutto con riferimento alla disciplina di cui al [D.Lgs. n. 151 del 2001](#) applicabile nella controversia in esame, intende tutelare, piuttosto, la paternità assicurando al

padre un sostegno economico per l'accudimento diretto della prole.

1.2. Il secondo motivo denuncia violazione e falsa applicazione degli [artt. 437](#) e 112 c.p.c. e dell'[art. 2697](#) c.c., nonché vizio di motivazione. Si deduce che il lavoratore aveva in primo grado sostenuto esclusivamente di avere utilizzato il congedo per assistere la propria bambina e solo in appello, a seguito delle sfavorevoli acquisizioni istruttorie al riguardo, aveva dedotto di avere comunque contribuito alle esigenze familiari, così operando una inammissibile modifica della domanda, che erroneamente - secondo la ricorrente - non è stata rilevata dal giudice d'appello, in violazione del divieto di proposizione di nuove domande e del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato; il medesimo giudice, peraltro, è incorso anche nella violazione dell'[art. 2697](#) c.c., avendo mancato di rilevare che nessuna prova il lavoratore aveva offerto in ordine alla sussistenza delle dedotte esigenze familiari, soprattutto in relazione al ruolo e alla presenza della moglie all'interno della famiglia.

1.3. Il terzo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'[art. 2104](#) c.c. e vizio di motivazione, lamentandosi che la Corte di merito abbia erroneamente ritenuto che la richiesta di congedo escluda di per sé ogni possibile controllo in ordine alla corrispondenza causale fra ragioni dell'assenza dal lavoro e attività da lui svolta.

1.4. Il quarto motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'[art. 2106](#) c.c. e vizio di motivazione, deducendosi che la illiceità del comportamento del M. ha integrato una giusta causa di licenziamento, avendo determinato il venir meno della fiducia datoriale e il pericolo di disincentivazione degli altri dipendenti.

1.5. Il quinto motivo denuncia violazione della [L. n. 604 del 1966](#) e difetto di motivazione, per non avere i giudici di merito esaminato - anche d'ufficio - la sussistenza, almeno, di un giustificato motivo di licenziamento, sotto il profilo della gravità dell'inadempimento del contratto di lavoro.

1.6. Il sesto motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'[art. 1227](#) c.c. e vizio di motivazione, lamentandosi, in subordine, che la Corte territoriale nella determinazione del risarcimento non abbia tenuto conto di compensi e retribuzioni percepiti dal M. prima e dopo del licenziamento.

2. Per ordine logico deve esaminarsi dapprima il secondo motivo, che involge la stessa ammissibilità in appello delle questioni decise dalla Corte di merito.

Il motivo non è fondato.

La sentenza impugnata, nell'accogliere l'appello del M., ha ritenuto che questi avesse legittimamente esercitato il diritto al congedo parentale, alla stregua di un'interpretazione della relativa disciplina normativa che riconnette tale diritto esclusivamente ad un'esigenza di organizzazione familiare. Così ritenendo, i giudici d'appello hanno conseguentemente escluso la sussistenza della giusta causa di licenziamento - identificata appunto, secondo la contestazione datoriale, nella illecita utilizzazione di tale congedo - a prescindere da ogni accertamento relativo alla durata, all'orario e alle modalità dell'attività svolta dal lavoratore, nel periodo di congedo, presso la pizzeria intestata alla moglie. Tale interpretazione è stata dunque ammissibilmente operata dal giudice d'appello nell'ambito del principio *jura novit curia* e, perciò, prescindendo dalla tempestività e novità della relativa allegazione della parte interessata; e, peraltro, nessuna violazione del principio dell'onere della prova risulta verificata, poiché la controversia è stata decisa solo in punto di diritto, con assorbimento delle questioni riguardanti la valutazione delle prove in ordine alla presenza del M. e della moglie presso l'azienda di quest'ultima.

3. Il primo e il terzo motivo, congiuntamente esaminati perché intimamente connessi, sono invece fondati non potendosi condividere la predetta interpretazione fornita dalla Corte territoriale.

3.1. Una sommaria ricognizione del contesto normativo riguardante le prestazioni previdenziali e assistenziali connesse alla protezione sociale della famiglia consente di rilevare, anzitutto, che la giurisprudenza costituzionale ha affermato, fin dagli anni ottanta, l'operatività della garanzia costituzionale - precipuamente riferita all'[art. 31](#) Cost. - anche in situazioni indipendenti dall'evento

della maternità naturale, riferibili anche alla paternità, sul presupposto che la tutela assolve anche alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della personalità del bambino (e che vanno soddisfatte anche nel caso dell'affidamento, garantendo una paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura ed educazione della prole, senza distinzione o separazione dei ruoli fra uomo e donna) (cfr. [Corte cost. n. 1 del 1987](#); [n. 179 del 1993](#)).

La successiva evoluzione del quadro normativo, secondo le linee indicate da questa giurisprudenza, ha portato - in base alla delega contenuta nella [L. 8 marzo 2000, n. 53](#) - alla introduzione del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al [D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151](#).

La [L. n. 53 del 2000, art. 1](#), lett. a), prevede l'istituzione dei congedi dei genitori in relazione alla generale finalità di promuovere il sostegno della maternità e della paternità.

Il [D.Lgs. n. 151 del 2001, art. 32](#) prevede i congedi parentali e dispone che per ogni bambino, nei suoi primi otto anni di vita, ciascun genitore ha diritto di astenersi dal lavoro; tale diritto compete: alla madre lavoratrice, trascorso il periodo di congedo di maternità, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi (comma 1, lett. a); al padre lavoratore, dalla nascita del figlio, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi (comma 1, lett. b). Il congedo parentale spetta al genitore richiedente anche qualora l'altro genitore non ne abbia diritto (comma 4); ai fini dell'esercizio del diritto il genitore è tenuto, salvi i casi di oggettiva impossibilità, a preavvisare il datore di lavoro secondo modalità e criteri definiti dai contratti collettivi, e comunque con un periodo di preavviso non inferiore a quindici giorni (comma 3). Per i periodi di congedo parentale alle lavoratrici e ai lavoratori, è dovuta un'indennità, calcolata in misura percentuale sulla retribuzione secondo le modalità previste per il congedo di maternità (art. 34, commi 1 e 4).

Alla stregua di tale disciplina, il congedo parentale - nella specie, spettante al padre lavoratore - si configura come un diritto potestativo costituito dal comportamento con cui il titolare realizza da solo l'interesse tutelato e a cui fa riscontro, nell'altra parte, una mera soggezione alle conseguenze della dichiarazione di volontà.

Tale diritto, in particolare, viene esercitato, con il solo onere del preavviso, sia nei confronti del datore di lavoro, nell'ambito del contratto di lavoro subordinato, con la conseguente sospensione della prestazione del dipendente, sia nei confronti dell'ente previdenziale, nell'ambito del rapporto assistenziale che si costituisce ex lege per il periodo di congedo, con il conseguente obbligo del medesimo ente di corrispondere l'indennità.

3.2. Come riconoscono gli stessi giudici di appello, la configurazione di tale diritto non esclude la verifica delle modalità del suo esercizio, per mezzo di accertamenti probatori consentiti dall'ordinamento, ai fini della qualificazione del comportamento del lavoratore negli ambiti suddetti (quello del rapporto negoziale e quello del rapporto assistenziale). Tale verifica, che nella fattispecie è stata compiuta soprattutto in base alle stesse dichiarazioni del lavoratore e secondo acquisizioni la cui validità non è in contestazione fra le parti, trova giustificazione, sul piano sistematico, nella considerazione che - precipuamente nella materia in esame - anche la titolarità di un diritto potestativo non determina mera discrezionalità e arbitrio nell'esercizio di esso e non esclude la sindacabilità e il controllo degli atti - mediante i quali la prerogativa viene esercitata - da parte del giudice, il cui accertamento può condurre alla declaratoria di illegittimità dell'atto e alla responsabilità civile dell'autore, con incidenza anche sul rapporto contrattuale. La configurazione e i limiti di questo controllo giudiziale sono stati oggetto di una precisa evoluzione nella giurisprudenza di questa Corte, che, in virtù della crescente valorizzazione dei principi di correttezza e buona fede e della operatività di essi in sinergia con il valore costituzionale della solidarietà (in particolare con riferimento ai rapporti di credito e debito nascenti dal negozio: cfr. [Cass. n. 10511 del 1999](#) e [Cass., sez. un., n. 18128 del 2005](#), in materia di determinazione e riduzione della clausola penale), ha anche segnato limiti e criteri

dell'esercizio del diritto nell'ambito del processo, identificando forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che l'ordinamento riconosce al titolare del diritto e che costituisce la ragione dell'attribuzione al medesimo titolare della potestas agendi (cfr. [Cass., sez. un., n. 23726 del 2007](#), in materia di frazionamento della domanda di adempimento di un'unica pretesa creditoria).

3.3. Ma, più in generale, si deve osservare che l'individuazione, sempre più frequente nel c.d. diritto applicato, di singole fattispecie riconducibili a tale sviamento, derivanti dallo sviluppo del quadro normativo e dalla complessità delle tutele riconosciute ai soggetti, anche in relazione all'attuazione di principi costituzionali e all'incidenza di norme e criteri di diritto internazionale che interagiscono con l'ordinamento interno, richiede - come la dottrina non ha mancato di rilevare - una concezione dei diritti soggettivi, e di tutte le prerogative che sono oggetto di riconoscimento normativo, fondata ormai sulla precisa identificazione delle sostanziali funzioni che la norma positiva attribuisce al diritto soggettivo e delle conseguenze, non meramente risarcitorie, che ricadono sul rapporto giuridico per effetto della deviazione da tali funzioni, secondo una costruzione ben diversa da quella tradizionalmente adottata, che colloca invece il predetto sviamento fuori dall'ambito del diritto soggettivo e finisce per qualificarlo come un normale illecito, in quanto integrante un eccesso dal diritto.

Orbene, si deve ritenere in generale che quante volte esista un diritto soggettivo si configura necessariamente una corrispondenza oggettiva fra il potere di autonomia conferito al soggetto e l'atto di esercizio di quel potere, secondo un legame che è ben evidente nella c.d. autonomia funzionale i cui poteri sono positivamente esercitati in funzione della cura di interessi determinati, come avviene normalmente nell'autonomia pubblica ma come avviene anche, sempre più diffusamente, nell'autonomia privata, ove l'esercizio del diritto soggettivo non si ricollega più alla attuazione di un potere assoluto e imprescindibile ma presuppone un'autonomia, libera, comunque collegata alla cura di interessi, soprattutto ove si tratti - come nella specie - di interessi familiari tutelati nel contempo nell'ambito del rapporto privato e nell'ambito del rapporto con l'ente pubblico di previdenza, sì che il non esercizio o l'esercizio secondo criteri diversi da quelli richiesti dalla natura della funzione può considerarsi abuso in ordine a quel potere pure riconosciuto dall'ordinamento. E ben s'intende come la immanenza di una siffatta funzione in ogni diritto, e massimamente in quelli che corrispondono a interessi, non meramente economici, costituzionalmente protetti, non richiede una previsione specifica, con una positiva regolamentazione: e ciò spiega perché, in via eccezionale, tale specificità sia stata invece richiesta, con il divieto di atti emulativi previsto dall'[art. 833](#) del codice civile, in relazione alla ampiezza e al contenuto del diritto di proprietà e alla correlativa esigenza di riconoscere un limite funzionale a un potere tradizionalmente illimitato, imprescrittibile e comprensivo dello jus abutendi, sino alla costituzionalizzazione della sua funzione sociale ([art 42 Cost.](#)).

L'abuso del diritto, così inteso, può dunque avvenire sotto forme diverse, a seconda del rapporto cui esso inerisce, sicché, con riferimento al caso di specie, rileva la condotta contraria alla buona fede, o comunque lesiva della buona fede altrui, nei confronti del datore di lavoro, che in presenza di un abuso del diritto di congedo si vede privato ingiustamente della prestazione lavorativa del dipendente e sopporta comunque una lesione (la cui gravità va valutata in concreto) dell'affidamento da lui riposto nel medesimo, mentre rileva l'indebita percezione dell'indennità e lo sviamento dell'intervento assistenziale nei confronti dell'ente di previdenza erogatore del trattamento economico.

3.4. In base al descritto criterio della funzione, deve ritenersi verificato un abuso del diritto potestativo di congedo parentale, di cui al D.Lgs. n. 115 del 2001, art. 32, comma 1, lett. b), allorché il diritto venga esercitato non per la cura diretta del bambino, bensì per attendere ad altra attività di lavoro, ancorché incidente positivamente sulla organizzazione economica e sociale della famiglia.

Anche per tale congedo, infatti, si configura una ratio del tutto analoga a quella delineata dalla Corte costituzionale nelle pronunce che, come s'è visto, hanno storicamente influenzato le scelte del legislatore nella emanazione della Legge delega del 2000 e del successivo testo unico del 2001: in

particolare, con le sentenze n. 104 del 2003, n. 371 del 2003 e n. 385 del 2005 i giudici costituzionali hanno ribadito come la tutela della paternità si risolva in misure volte a garantire il rapporto del padre con la prole in modo da soddisfare i bisogni affettivi e relazionali del bambino al fine dell'armonico e sereno sviluppo della sua personalità e del suo inserimento nella famiglia; tutte esigenze che, richiedendo evidentemente la presenza del padre accanto al bambino, sono impedito dallo svolgimento dell'attività lavorativa e impongono pertanto la sospensione di questa, affinché il padre dedichi alla cura del figlio il tempo che avrebbe invece dovuto dedicare al lavoro. Si comprende, allora, che una siffatta conversione delle ore di lavoro, se pure non deve essere intesa alla stregua di una rigida sovrapposibilità temporale, non può però ammettere un'accudienza soltanto indiretta, per interposta persona, mediante il solo contributo ad una migliore organizzazione della vita familiare, poiché quest'ultima esigenza può essere assicurata da altri istituti (contrattuali o legali) che solo indirettamente influiscono sulla vita del bambino e che, in ogni caso, mirano al soddisfacimento di necessità diverse da quella tutelata con il congedo parentale, il quale non attiene ad esigenze puramente fisiologiche del minore ma, specificamente, intende appagare i suoi bisogni affettivi e relazionali onde realizzare il pieno sviluppo della sua personalità sin dal momento dell'ingresso nella famiglia.

Con questi presupposti, si rivela insostenibile, nella controversia in esame, la tesi della realizzazione di tali esigenze della figlia minore attraverso lo svolgimento di attività lavorativa, da parte del padre in congedo, nella pizzeria della moglie. Al contrario, esclusa tale possibilità e considerato che il legittimo esercizio del congedo postula la presenza del padre accanto alla propria bambina, sarebbe stato necessario valutare le risultanze istruttorie acquisite in giudizio onde accertare se e con quali modalità tale presenza si sia realizzata e come siano state utilizzate, in concreto, le ore della giornata rese disponibili per effetto del congedo.

3.5. Devono accogliersi, perciò, le censure della società ricorrente contenute nel primo e nel terzo motivo, mentre restano assorbite le censure di cui ai motivi quarto, quinto e sesto.

3.6. La sentenza impugnata va dunque cassata in relazione ai motivi accolti e la causa va rinviata ad altro giudice d'appello, designato nella Corte d'appello di Brescia, il quale procederà a nuovo esame della controversia attenendosi al seguente principio di diritto:

"Il [D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151](#), art. 32, comma 1, lett. b), nel prevedere - in attuazione della [Legge-delega 8 marzo 2000, n. 53](#) - che il lavoratore possa astenersi dal lavoro nei primi otto anni di vita del figlio, percependo dall'ente previdenziale un'indennità commisurata ad una parte della retribuzione, configura un diritto potestativo che il padre-lavoratore può esercitare nei confronti del datore di lavoro, nonché dell'ente tenuto all'erogazione dell'indennità, onde garantire con la propria presenza il soddisfacimento dei bisogni affettivi del bambino e della sua esigenza di un pieno inserimento nella famiglia; pertanto, ove si accerti che il periodo di congedo viene invece utilizzato dal padre per svolgere una diversa attività lavorativa, si configura un abuso per sviamento dalla funzione propria del diritto, idoneo ad essere valutato dal giudice ai fini della sussistenza di una giusta causa di licenziamento, non assumendo rilievo che lo svolgimento di tale attività (nella specie, presso una pizzeria di proprietà della moglie) contribuisca ad una migliore organizzazione della famiglia".

Il medesimo giudice di rinvio pronuncerà altresì sulle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo e il terzo motivo di ricorso, rigetta il secondo e dichiara assorbiti gli altri; cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia alla Corte d'appello di Brescia anche per le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 27 maggio 2008.

Depositato in Cancelleria il 16 giugno 2008

