

# SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE

## SEZIONE LAVORO

**Sentenza 2 febbraio - 4 maggio 2012, n. 6742**

*(Presidente Lamorgese – Relatore Di Cerbo)*

### **Svolgimento del processo**

M.Q. e M.P., quest'ultima nella qualità di consigliere di parità della provincia di Verona, esponevano, con ricorso al tribunale di Verona in funzione di giudice del lavoro, che la Q., dipendente dell'istituto di credito Banca [omissis], a seguito del parto avvenuto il 25 settembre 2004, aveva usufruito, a decorrere dal gennaio 2005, del congedo parentale previsto dall'art. 32 del d.lgs. n. 151 del 2001. Su richiesta della lavoratrice il suddetto congedo parentale era stato goduto in modo frazionato, e, più precisamente, dal lunedì al giovedì con rientro al lavoro il venerdì ovvero in altro giorno precedente una festività. Ciò premesso deducevano che l'istituto di credito aveva erroneamente conteggiato, quali giorni lavorativi, solo il venerdì o i giorni lavorati prefestivi avendo ricompreso nel periodo di congedo i giorni del sabato e della domenica ovvero le festività infrasettimanali successive al giorno lavorativo. Con la conseguenza, ad avviso delle ricorrenti, che il datore di lavoro aveva ingiustamente sottratto almeno due giorni di congedo parentale per ciascuna settimana.

Nel costituirsi in giudizio l'istituto di credito affermava la correttezza della propria interpretazione del citato art. 32 sottolineando che l'accoglimento della tesi di controparte avrebbe determinato una disparità di trattamento della lavoratrice ricorrente rispetto alle lavoratrici che avessero scelto un giorno diverso dal venerdì per riprendere il lavoro. Sotto altro profilo eccepiva il difetto di legittimazione della P. ad essere parte nel giudizio *de quo*.

Il giudice adito, nel confermare il provvedimento in precedenza adottato ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ., dichiarava il diritto di R.C. al ricalcolo delle giornate di congedo parentale fruite e al riconoscimento delle ulteriori giornate alla stessa spettanti con conseguente pagamento delle relative differenze retributive. Non si pronunciava sull'eccezione di difetto di legittimazione attiva della P.

In particolare il giudice, premesso che nel caso di specie non erano in discussione le modalità di fruizione del congedo e quindi il diritto della lavoratrice di rientrare al lavoro solo una volta alla settimana nella giornata di venerdì, e che quindi l'unica questione oggetto del giudizio era quella di stabilire se i giorni del sabato e della domenica dovessero essere comprese nel computo del periodo di congedo parentale, osservava, concordando sul punto con la posizione affermata dall'INPS, che nel caso di settimana corta il sabato e le festività devono essere considerate nel periodo di congedo solo nel caso in cui non vi sia stata subito prima o subito dopo una ripresa effettiva lavoro.

Con sentenza in data 24 settembre 2009 la Corte d'appello di Venezia rigettava il gravame avverso la sentenza di prime cure proposto da Banca [omissis]. Ribadiva in buona sostanza la validità delle argomentazioni svolte dal giudice di prime cure.

Per la cassazione della suddetta sentenza propone ricorso Banca [omissis] affidato ad un unico, complesso, motivo. Le ricorrenti in primo grado resistono con controricorso.

## Motivi della decisione

1. Preliminarmente deve osservarsi che sul problema della legittimazione attiva, nel presente giudizio, di M.P., consiglia di parità della Provincia di Verona, si è formato il giudicato interno e pertanto esso non può essere esaminato, neanche d'ufficio, in assenza di un motivo di censura, da questa Corte di legittimità. È infatti noto che, secondo l'insegnamento di questa Corte di legittimità (cfr., ad esempio, Cass. 11 novembre 2011 n. 23568) il difetto di legittimazione attiva (o passiva) è questione che è rilevabile d'ufficio anche in sede di legittimità a condizione che non si sia formato il giudicato interno sulla sua esistenza, il che, come precisato da Cass. 21 dicembre 2011 n. 28078, si verifica anche nell'ipotesi in cui tale carenza sia stata appositamente denunciata e, quindi, sia stata espressamente negata dal giudice di merito ovvero sia rimasta senza esplicita risposta e tale omessa pronuncia non sia stata poi oggetto di impugnazione. Nel caso di specie l'eccezione di difetto di legittimazione passiva della P. è stata ritualmente proposta in primo grado e, avverso l'omessa pronuncia su tale eccezione da parte del primo giudice, non è stato proposto un motivo di appello. Il suddetto profilo non è stato oggetto neanche di censura in cassazione.

2. Con l'unico motivo di ricorso l'istituto di credito denuncia violazione dell'art. 32, primo comma, del d.lgs. n. 151 del 2001 (TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità) nella parte in cui la sentenza impugnata ha affermato la non computabilità nel periodo di congedo parentale delle giornate di sabato, di domenica e festive infrasettimanali che seguono una giornata di lavoro effettivo che ha interrotto il precedente periodo di congedo. Sottolinea l'irrazionalità della soluzione adottata dalla Corte territoriale che vanificherebbe la regola generale del computo, nel periodo di congedo, dei giorni festivi e non lavorativi che ricadono nel periodo stesso, non computabilità basata su una circostanza (interruzione del congedo nella giornata di venerdì, anziché in altra giornata lavorativa della settimana) del tutto "estrinseca ed occasionale". Rileva che, accogliendo la tesi fatta propria dalla sentenza impugnata, a una lavoratrice che fruisca del congedo frazionato e rientri al lavoro solo nella giornata di giovedì vengono computati 27 giorni di congedo parentale, mentre alla stessa lavoratrice che rientri al lavoro nella sola giornata di venerdì verrebbero computati solo 19 giorni di congedo parentale. Deduce che, nel silenzio della legge, l'interpretazione della fattispecie è vincolata ai principi di razionalità, costituzionalità e parità di trattamento.

3. Il ricorso è infondato e deve essere pertanto rigettato.

4. Come correttamente osservato dalla Corte di merito, nel caso in esame non è controverso il diritto della lavoratrice di usufruire del congedo parentale di cui all'art. 32, primo comma, del d.lgs. n. 151 del 2001 in modo frazionato o in singoli giorni, né quello di scegliere il giorno in cui rientrare al lavoro, l'unico punto controverso tra le parti è quello di stabilire se, qualora la lavoratrice rientri al lavoro, interrompendo così la fruizione del congedo parentale, nelle giornate di venerdì ovvero in qualsiasi giorno che preceda immediatamente una festività infrasettimanale, i giorni di sabato o di domenica o comunque i giorni festivi successivi al giorno di rientro al lavoro debbano essere computati, o meno, ai fini del congedo parentale.

5. Deve premettersi che, secondo il costante insegnamento di questa Corte di legittimità (cfr., ad esempio, Cass. n. 17984 del 2010; Cass. n. 16207 del 2008), il congedo parentale 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.

6. In base alla struttura del congedo parentale frazionato, previsto esplicitamente dall'art. 32, primo comma, del d.lgs. n. 151 del 2001, è evidente - e non è contestato da parte ricorrente - che la

fruizione del congedo parentale si interrompe allorché la lavoratrice rientra al lavoro e ricomincia a decorrere dal momento in cui la stessa riprende il periodo di astensione. Da ciò discende altresì che i giorni festivi che ricadono interamente nel periodo di fruizione del congedo parentale vengono computati nell'ambito dei giorni di congedo.

7. Sviluppo logico del ragionamento fin qui seguito, fatto proprio dalla sentenza impugnata è la conclusione, speculare alla precedente, secondo cui i giorni festivi che non ricadono nel periodo di congedo parentale non sono computabili come giorni di fruizione del congedo stesso.

8. Applicando la suddetta conclusione al caso di specie - che si caratterizza per il fatto che, in base ad una precisa scelta della lavoratrice, che esercita, come si è prima accennato, un diritto potestativo, l'interruzione del congedo parentale (predeterminato in quattro giorni settimanali) si realizza con il rientro al lavoro nel quinto giorno della settimana (il venerdì), e con la ripresa della fruizione del congedo a partire dal lunedì successivo - appare evidente che il sabato e la domenica sono esclusi dal periodo di congedo parentale in quanto non ricompresi in una frazione di congedo parentale unitariamente fruita. Alle stesse conclusioni deve ovviamente pervenirsi, *mutatis mutandis*, nell'ipotesi di interruzione del congedo nel giorno prefestivo nel caso di festività infrasettimanali.

9. L'opposta tesi, fatta propria dall'Istituto ricorrente, sostiene che il calcolo dei giorni di congedo parentale debba ricominciare dal sabato e cioè da una giornata già considerata festiva in base alla contrattazione collettiva pacificamente applicabile al rapporto de quo; essa non appare tuttavia condivisibile in quanto si basa su un presupposto illogico e contraddittorio rispetto alle finalità dell'istituto del congedo parentale.

10. Secondo l'insegnamento di questa Corte di legittimità (cfr., in particolare, Cass. 16 giugno 2008 n. 16207), il diritto al congedo parentale può essere esercitato dal genitore-lavoratore al fine di garantire con la propria presenza il soddisfacimento dei bisogni affettivi del bambino e della sua esigenza di un pieno inserimento nella famiglia. Poiché, ai sensi dell'art. 32, comma 1, del d.lgs. n. 151 del 2001 esso si configura come un diritto (potestativo) di astenersi da una prestazione lavorativa che sarebbe altrimenti dovuta, è evidente che esso non può riferirsi a giornate in cui tale prestazione non è comunque dovuta (tranne l'ipotesi, alla quale si è in precedenza accennato, in cui la giornata festiva sia interamente compresa nel periodo di congedo parentale).

11. Non appare, infine, condivisibile la tesi di parte ricorrente secondo cui la soluzione adottata dalla sentenza impugnata comporterebbe una violazione dei principi costituzionali di eguaglianza e di parità di trattamento.

12. Se è vero, infatti, che la scelta del lavoratore di fruire del congedo parentale frazionato in modo da rientrare (quale unico giorno lavorato settimanale) in un giorno diverso dal venerdì ovvero in un giorno comunque non seguito da una festività, comporta un trattamento sicuramente peggiorativo rispetto a quello al quale ha diritto, secondo la tesi accolta, la lavoratrice parte del presente giudizio, è anche vero che, come correttamente osservato da giudici del merito, il diverso computo dei giorni di congedo è strettamente correlato a modalità di fruizione dello stesso liberamente e consapevolmente scelte dal prestatore di lavoro.

13. Deve aggiungersi, inoltre, che la soluzione accolta appare conforme alla Costituzione che, nel dettare (artt. 30 e 31) norme a tutela della famiglia e nel fissare il diritto/dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, impone una applicazione non restrittiva dell'istituto in esame.

14. Il ricorso deve essere in definitiva rigettato con conseguente condanna dell'istituto di credito ricorrente, in applicazione del criterio della soccombenza, al pagamento delle spese del giudizio di cassazione liquidate in dispositivo.

**P.Q.M.**

Rigetta il ricorso; condanna parte ricorrente al pagamento delle spese processuali liquidate in Euro 60 per esborsi, Euro 4.000 per onorari e oltre spese generali, IVA e CPA.