

Civile Sent. Sez. L Num. 22925 Anno 2017

Presidente: BRONZINI GIUSEPPE

Relatore: PAGETTA ANTONELLA

Data pubblicazione: 29/09/2017



Fatti di causa

1. La Corte di appello di Trento, pronunciando sull'appello dell'INPS e sull'appello di Poste Italiane s.p.a., ha confermato la decisione di primo grado che aveva accertato il diritto di S. B., dipendente di Poste Italiane s.p.a., a fruire, anche dopo la trasformazione del rapporto di lavoro in rapporto part-time verticale - trasformazione comportante una prestazione lavorativa articolata su quattro giorni a settimana in luogo di sei -, dei tre giorni di permesso mensile di cui all'art. 33, comma 3, L. 5 febbraio 1992 n. 104 e condannato la società datrice al risarcimento del danno non patrimoniale per effetto dell'illegittimo riproporzionamento dei giorni di permesso, concessi nella misura di due mensili.

1.1. Il giudice d'appello, per quel che ancora rileva, ribadita la legittimazione passiva di Poste per essere la domanda azionata intesa a far valere un obbligo su questa gravante quale parte datoriale, ha ritenuto che, correttamente, in assenza di specifica previsione regolante la fruizione dei permessi *ex lege* n. 104/1992 per l'ipotesi di part time verticale, il giudice di prime cure aveva fatto riferimento al principio di non discriminazione di cui all'art. 4 d. lgs 25 febbraio 2000 n. 61. Ha, inoltre, osservato che la disciplina dei permessi volta ad agevolare il genitore nell'assistenza del figlio minore con handicap grave risponde ad esigenze di assistenza e di educazione delle persone inabili e alla tutela della famiglia, espressione di valori costituzionali; la condanna al risarcimento del danno non patrimoniale, risultava, coerente con l'insegnamento del giudice di legittimità, essendo innegabile il pregiudizio subito dal E. il quale non aveva potuto accudire personalmente la figlia minore disabile, privandola di un aspetto relativo allo svolgimento della propria personalità in ambito familiare e sociale.

1.2. Ha, quindi, ritenuto l'appello dell'INPS inammissibile per difetto di interesse ad impugnare la statuizione con la quale il giudice di primo grado aveva affermato il difetto di legittimazione passiva dell'ente previdenziale posto che la domanda del investiva il solo profilo inerente il rapporto di lavoro e non anche quello previdenziale.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

2. Per la cassazione della decisione ha proposto ricorso Poste Italiane s.p.a.

Sulla base di due motivi .

3. L'INPS ha resistito con tempestivo controricorso e proposto, in via condizionata ed adesiva, ricorso incidentale, affidato ad un unico motivo.

4. S. B. al quale sono stati notificati sia il ricorso principale che il ricorso incidentale, ha resistito con controricorso solo in relazione al ricorso di Poste ed ha depositato memoria ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ. .

Ragioni della decisione

1. Con il primo motivo di ricorso Poste Italiane s.p.a. deduce violazione ed errata interpretazione dell'art. 20, comma 2, d.l. 25 giugno 2008 n. 112 convertito con modificazioni nella Legge 6 agosto 2008 n. 133, censurando la decisione per avere respinto la propria eccezione di difetto di legittimazione passiva. Premesso che la disposizione richiamata aveva profondamente innovato il quadro normativo in tema di "contribuzione per maternità", con la conseguenza che a partire dal 1.1.2009 la parte datoriale era tenuta a versare all'INPS la predetta contribuzione per tutto il personale dipendente, ha richiamato la circolare INPS n. 114 del 2008 con la quale l'istituto aveva chiarito che avrebbe erogato le indennità per i permessi *ex lege* n. 104 /1992 a tutti i lavoratori dipendenti delle imprese anche privatizzate ed a capitale misto e puntualizzato, in risposta a specifico quesito di Poste, che in caso di part time verticale il numero di fruizione dei permessi doveva essere riproporzionato. Nello specifico, poiché la prestazione lavorativa del B. corrispondeva a 2/3 dell'orario di lavoro a tempo pieno, al lavoratore spettavano, proporzionalmente solo due giorni di permesso ex art. 33 L. 104/1992. Sulla base di tali considerazioni ha sostenuto la sussistenza in capo all'INPS della piena competenza relativa alla determinazione delle giornate di permesso retribuito.

2. Con il secondo motivo ha dedotto violazione e falsa applicazione dell'art. 33, comma 3, L. 104 /1992 per avere la sentenza impugnata erroneamente ritenuto applicabile il principio di non discriminazione di cui all'art. 4 d. lgs n. 61 del 25 febbraio 2000. Ha evidenziato, nel silenzio delle fonti normative sul punto - disciplinando l'art. 60 T.U. d. lgs n. 151 del 2001 la durata dei congedi

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

parentali e non il numero dei permessi fruibili, che sia l'INPS che l'INPDAP con proprie circolari avevano previsto, in caso di part time verticale, la proporzionale riduzione del numero dei permessi al fine dell'erogazione della relativa indennità. Ha rimarcato, inoltre, che il comma 2 dell'art. 4 d. lgs n. 61 del 2000 non include i permessi in oggetto fra gli istituti esclusi dal riproporzionamento in applicazione del principio di non discriminazione, sottolineando che l'esigenza di assicurare l'assistenza del portatore di handicap è rapportata al protrarsi dei periodi di lontananza del lavoratore di talchè, in ipotesi di part time verticale, non sarebbe configurabile un pregiudizio di tale esigenza; diversamente si arriverebbe all'assurda conseguenza, in caso di part time verticale con prestazione lavorativa stabilita per alcuni mesi, del riconoscimento del diritto alla fruizione dei permessi in oggetto anche nei mesi in cui non è prestata alcuna attività di lavoro.

3. Con il motivo di ricorso incidentale l'INPS ha dedotto violazione e falsa applicazione dell'art. 33 comma 3 L. n. 104 /1992 e 4 commi 2 e 3 d. lgs n. 61 del 2000 sostenendo che la decisione impugnata si poneva in contrasto con l'interpretazione dell'art. 4 d. l. n. 60 del 2000 e con la *ratio* dell'istituto dei permessi di cui all'art. 33 comma 3 e che non potrebbe operare il principio di non discriminazione, in quanto finalizzato ad evitare trattamenti difformi rispetto a situazioni oggettivamente comparabili (v. Cass. 30/12/2009 n. 27762 in tema di periodo di comporta e anche Cass. 14/12/1999 n. 14065.)

4. Il primo motivo di ricorso è infondato. Premesso che non è contestata l'affermazione del giudice di appello secondo la quale la domanda azionata dal lavoratore investiva il solo profilo inerente il rapporto di lavoro e non anche quello previdenziale, si ritiene di dare continuità a precedente di questa Corte con il quale è stato chiarito che, come espressamente previsto dell'art. 33 della legge n. 104 del 1992, è il datore di lavoro, e non l'ente previdenziale, il soggetto destinatario dell'obbligo della concessione di tre giorni di permesso mensile retribuito a favore del lavoratore che assiste una persona con handicap grave o parente o affine entro il terzo grado e convivente (Cass. 15/01/2005 n. 175). A tanto consegue la legittimazione passiva della parte datrice anche in ordine alla pretesa risarcitoria scaturente dalla dedotta violazione dell'obbligo

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

di concessione dei permessi in questione. Su tale legittimazione non può incidere il disposto dell'art. 20 comma 2 d.l. 25 giugno 2008 n. 112 convertito con modificazioni nella Legge 6 agosto 2008 n. 133, che investe il diverso profilo dell'obbligo contributivo per maternità posto a carico delle imprese dello Stato, degli enti pubblici e degli enti locali privatizzate e a capitale misto a decorrere dal 1 gennaio 2009; tanto meno sul contenuto normativo di una fonte di rango primario può incidere, come sembra adombrare parte ricorrente, la diversa interpretazione in merito all'obbligo di concessione dei permessi in oggetto, contenuta nelle richiamate circolari degli enti previdenziali.

5. In base alle considerazioni che precedono deve essere respinto anche il ricorso incidentale adesivo dell'INPS.

6. Il secondo motivo del ricorso principale è anch'esso infondato.

6.1. Occorre premettere che il permesso mensile retribuito di cui all'art. 33, comma 3, L. 104/1992 costituisce espressione dello Stato sociale che eroga una provvidenza in forma indiretta, tramite facilitazioni e incentivi ai congiunti che si fanno carico dell'assistenza di un parente disabile grave.

6.2. Come evidenziato da Corte cost. n. 213 del 2016, trattasi di uno strumento di politica socio-assistenziale, che, come quello del congedo straordinario di cui all'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001, è basato sul riconoscimento della cura alle persone con handicap in situazione di gravità prestata dai congiunti e sulla valorizzazione delle relazioni di solidarietà interpersonale ed intergenerazionale. La tutela della salute psico-fisica del disabile, costituente la finalità perseguita dalla legge n. 104 del 1992, postula anche l'adozione di interventi economici integrativi di sostegno alle famiglie «il cui ruolo resta fondamentale nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap» (sentenze n. 203 del 2013; n. 19 del 2009; n. 158 del 2007 e n. 233 del 2005). In questa prospettiva è innegabile che la *ratio legis* dell'istituto in esame consiste nel favorire l'assistenza alla persona affetta da handicap grave in ambito familiare. «...Risulta, pertanto, evidente che l'interesse primario cui è preposta la norma in questione - come già affermato da questa Corte con riferimento al congedo straordinario di cui all'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001 - è quello di «assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure

e nell'assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare, indipendentemente dall'età e dalla condizione di figlio dell'assistito» (sentenze n. 19 del 2009 e n. 158 del 2007)» (Corte cost. n. 213 del 2016) .

6.3. Si tratta, in definitiva, di una misura destinata alla tutela della salute psico-fisica del disabile quale diritto fondamentale dell'individuo tutelato dall'art. 32 Cost., che rientra tra i diritti inviolabili che la Repubblica riconosce e garantisce all'uomo, sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2 Cost.).

6.4. La considerazione della finalità dell'istituto e la pregnanza degli interessi di rilievo costituzionale, attinenti ai diritti fondamentali dell'individuo, che esso è destinato a garantire, impone quindi all'interprete, in assenza di specifica disciplina, di ricercare tra le possibili opzioni offerte dal dato normativo quella maggiormente aderente al rilievo degli interessi in gioco ed alla sottese esigenze di effettività di tutela, in coerenza con le indicazioni comunitarie;

6.5. Nello specifico, la disciplina alla quale occorre fare riferimento è quella dettata dal d. lgs 25 febbraio 2000 n. 61 (Provvedimento abrogato dal d. lgs 15 giugno 2015 n. 81) di attuazione della direttiva 97/81/CE relativa all'accordo-quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES.. Tale disciplina, nel ribadire i divieti di discriminazione diretta e indiretta previsti dalla legislazione vigente, ha puntualizzato le implicazioni del divieto di discriminazione tra lavoratori a tempo pieno e lavoratori a tempo parziale, con particolare riferimento all'ambito di operatività del riproporzionamento in ragione della ridotta entità della prestazione di lavoro .

6.6. In particolare, il comma 2 dell'art. 4 distingue, raggruppandole rispettivamente nella lettera *a*) e nella lettera *b*), le ipotesi in cui, in base al principio di non discriminazione, è esclusa la compressione o riduzione di una serie di diritti facenti capo al lavoratore, per effetto della riduzione della prestazione lavorativa (lett. *a*) e quelle in cui è consentita, invece, una proporzionale riduzione (lett. *b*.) Nella prima categoria sono annoverati, "l'importo della retribuzione oraria; la durata del periodo di prova e delle ferie

annuali; la durata del periodo di astensione obbligatoria e facoltativa per maternità; la durata del periodo di conservazione del posto di lavoro a fronte di malattia; infortuni sul lavoro, malattie professionali; l'applicazione delle norme di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro; l'accesso ad iniziative di formazione professionale organizzate dal datore di lavoro; l'accesso ai servizi sociali aziendali; i criteri di calcolo delle competenze indirette e differite previsti dai contratti collettivi di lavoro; i diritti sindacali, "ivi compresi quelli di cui al titolo III della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni" con la precisazione che "I contratti collettivi di cui all'articolo 1, comma 3, possono provvedere a modulare la durata del periodo di prova e quella del periodo di conservazione del posto di lavoro in caso di malattia qualora l'assunzione avvenga con contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale". Nella seconda categoria si prevede il riproporzionamento in ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa, in particolare per quanto riguarda l'importo della retribuzione globale e delle singole componenti di essa, l'importo della retribuzione feriale, l'importo dei trattamenti economici per malattia, infortunio sul lavoro, malattia professionale e maternità. Resta ferma la facoltà per il contratto individuale di lavoro e per i contratti collettivi, di cui all'articolo 1, comma 3, di prevedere che la corresponsione ai lavoratori a tempo parziale di emolumenti retributivi, in particolare a carattere variabile, sia effettuata in misura più che proporzionale.

6.7. L'indicazione di carattere generale che si trae dalla richiamata disciplina è che il legislatore, in dichiarata attuazione del principio di non discriminazione, espressione specifica del principio generale di uguaglianza, che rappresenta uno dei principi fondamentali del diritto dell'Unione / sentenza 12 ottobre 2004, causa C-313 /20012 Wippel), ha inteso distinguere fra quegli istituti che hanno una connotazione patrimoniale e che si pongono in stretta corrispettività con la durata prestazione lavorativa, istituti rispetto ai quali è stato ammesso il riproporzionamento del trattamento del lavoratore, addirittura, sia pure con la mediazione delle parti collettive, in misura più che proporzionale alla minore entità della prestazione, ed istituti riconducibili ad un ambito di diritti a connotazione non strettamente patrimoniale, che si è inteso

salvaguardare da qualsiasi riduzione connessa alla minore entità della durata della prestazione lavorativa.

6.8. Tra questi, assumono particolare rilievo, a fini ricostruttivi della disciplina in concreto applicabile al caso di specie, la espressa esclusione dal riproporzionamento, della durata del periodo di astensione, obbligatoria e facoltativa, ed anche dei diritti sindacali ecc., perché nel primo caso il mancato riproporzionamento è connesso a peculiari esigenze di tutela della salute della madre e del nascituro, nel secondo perché il legislatore ha voluto conservare l'integrità della tutela sindacale laddove ben sarebbe stato tecnicamente possibile prevedere una riduzione del numero ad es. di permessi sindacali fruibili dal lavoratore part-time. Inoltre, come reso palese dal tenore letterale delle espressioni utilizzate "L'applicazione del principio di non discriminazione comporta che: a) il lavoratore a tempo parziale benefici dei medesimi diritti di un lavoratore a tempo pieno comparabile *in particolare* ...", la elencazione delle ipotesi di esclusione del riproporzionamento in funzione del principio di non discriminazione non vuole essere tassativa. Infine, quale espressione della *voluntas legis* di tendenziale assimilazione, della disciplina in tema di part time verticale con quella del part time orizzontale, è significativo che solo attraverso la mediazione delle parti collettive sia prevista, in relazione al rapporto di lavoro part time la possibilità di modulare la durata del periodo di prova e quella del periodo di conservazione del posto di lavoro in caso di malattia.

6.9. In base alle considerazioni che precedono, quindi, si impone un'interpretazione della disciplina di attuazione della Direttiva 97/81/CE, nel senso che la stessa non si configura quale ostacolo alla esclusione dal riproporzionamento del part time verticale in ordine ai permessi mensili di cui all'art. 33, comma 3, L. 5 febbraio 1992 n. 104, interpretazione che risulta avvalorata dal rilievo che la tutela della disabilità assume nell'ambito comunitario (artt. 26, Carta di Nizza) e nell'ambito delle fonti internazionali (in particolare, artt. 5 e 7[^] Convenzione di New York del 13 dicembre 2006, ratificata dall'Italia con gli artt. 1 e 2 della legge 3 marzo 2009, n. 18).

6.10. Ciò posto si pone la necessità, ben evidenziata dal ricorrente, di evitare che le particolari modalità di articolazione della prestazione lavorativa

nel caso di part time verticale si traducano, quanto alla fruizione dei permessi in oggetto, in un irragionevole sacrificio per la parte datoriale.

6.11. Ritiene il Collegio che tale nodo possa essere risolto tenendo conto che dal complesso delle fonti richiamate emerge la necessità, comunque, di una valutazione comparativa delle esigenze dei datori di lavoro e dei lavoratori, anche alla luce del principio di flessibilità concorrente con quello di non discriminazione, e della esigenza di promozione, su base volontaria, del lavoro a tempo parziale, dichiarato nell'Accordo quadro, alla base della Direttiva (v. in particolare clausola 1 lett. b) nella quale si evidenzia che scopo dell'Accordo è quello di "di facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale su base volontaria e di contribuire all'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro in modo da tener conto dei bisogni degli imprenditori e dei lavoratori.").

6.12. Il criterio che può ragionevolmente desumersi da tale indicazioni è quello di una distribuzione in misura paritaria degli oneri e dei sacrifici connessi all'adozione del rapporto di lavoro part time e, nello specifico, del rapporto part time verticale. In coerenza con tale criterio, valutate le opposte esigenze, appare ragionevole distinguere l'ipotesi in cui la prestazione di lavoro part time sia articolata sulla base di un orario settimanale che comporti una prestazione per un numero di giornate superiore al 50% di quello ordinario, da quello in cui comporti una prestazione per un numero di giornate di lavoro inferiori, o addirittura limitata solo ad alcuni periodi nell'anno e riconoscere, solo nel primo caso, stante la pregnanza degli interessi coinvolti e l'esigenza di effettività di tutela del disabile, il diritto alla integrale fruizione dei permessi in oggetto.

6.13. In applicazione di tale criterio, rilevato che non è contestato che la prestazione del B. è stata articolata sulla base di un orario lavorativo settimanale pari a quattro giorni su sei, corrispondente ad un part time verticale al 67 %, la sentenza impugnata deve essere confermata.

6.14. La novità delle questioni e la loro complessità giustifica la compensazione delle spese di lite tra tutte le parti .

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso principale e il ricorso incidentale.
Compensa le spese del giudizio tra tutte le parti.

Roma, 7 giugno 2017

Il Consigliere est.



Il Presidente



IL CANCELLIERE
Maria Pia Cicco