

Civile Sent. Sez. L Num. 22928 Anno 2019

Presidente: NOBILE VITTORIO

Relatore: NEGRI DELLA TORRE PAOLO

Data pubblicazione: 13/09/2019

SENTENZA

sul ricorso 5666-2018 proposto da:

SPATARO SALVATORE, elettivamente domiciliato in ROMA,
VIA C. MIRABELLO 25, presso lo studio dell'avvocato
FULVIO NERI, rappresentato e difeso dagli avvocati
MARIA ANTONIETTA SACCO, GIUSEPPA CANNIZZARO;

- ricorrente -

2019

contro

1537

POSTE ITALIANE S.P.A. C.F. 97103880585, in persona del
legale rappresentante pro tempore elettivamente
domiciliata in ROMA, VIA DI SAN NICOLA DA TOLENTINO
67, presso lo studio Legance - Avvocati Associati,

rappresentata e difesa dall'avvocato TOMMASO LI BASSI;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 5770/2017 della CORTE D'APPELLO
di ROMA, depositata il 12/12/2017 R.G.N. 1855/2017;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 18/04/2019 dal Consigliere Dott. PAOLO
NEGRI DELLA TORRE;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. CARMELO CELENTANO che ha concluso per
il rigetto del ricorso;

udito l'Avvocato MARIA ANTONIETTA SACCO e l'Avvocato
GIUSEPPA CANNIZZARO;

udito l'Avvocato TOMMASO LI BASSI.

Fatti di causa

1. Con sentenza n. 5770/2017, depositata il 12 dicembre 2017, la Corte di appello di Roma, in riforma della decisione del Tribunale della medesima sede, ha respinto la domanda, con la quale Salvatore Spataro aveva chiesto che venisse accertata la illegittimità del licenziamento intimatogli il 18 marzo 2015 da Poste Italiane S.p.A. per intervenuto superamento del periodo di comporto (365 giorni), decorrente dal 10 marzo 2014.
2. La Corte ha osservato a sostegno della propria decisione come da tale periodo non potesse computarsi quello di congedo richiesto, ai sensi del d.lgs. n. 151/2001, per i giorni dal 2 al 27/12/2014, al fine di assistere un familiare portatore di grave disabilità, posto che tale congedo era stato autorizzato dall'I.N.P.S. ma la relativa istanza non era stata portata a conoscenza del datore di lavoro, in contrasto con le fonti regolatrici dell'istituto e, in particolare, con l'art. 4, comma 2, l. n. 53/2000 e con il Regolamento di attuazione emanato ai sensi del successivo comma 4 (decreto n. 278/2000 della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per gli Affari Sociali); né era configurabile la violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, non essendovi in atti la prova della spedizione alla società, e comunque che Poste Italiane ne fosse a conoscenza, della comunicazione I.N.P.S., in data 20/1/2015, di accoglimento della domanda, pervenuta al lavoratore nel marzo 2015 e da questo trasmessa alla società solo dopo la risoluzione del rapporto.
3. Ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza lo Spataro, affidandosi a tre motivi, assistiti da memoria, cui ha resistito la società con controricorso.

Ragioni della decisione

1. Con il primo motivo il ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 42, comma 5 e segg., d.lgs. n. 151/2001, dell'art. 4, comma 2, l. n. 53/2000, degli artt. 41 C.C.N.L. Poste Italiane e 3 D.M. n. 278/2000, nonché della Circolare I.N.P.S. n. 64/2001, in relazione agli artt. 1, 12 e 15 delle Disposizioni sulla legge in generale, per avere la Corte territoriale ritenuto che il lavoratore fosse obbligato a presentare al datore di lavoro l'istanza di congedo straordinario, trattandosi di requisito costitutivo per il suo stesso riconoscimento, sebbene non vi fosse alcuna norma di rango primario che prescrivesse tale obbligo.
2. Con il secondo motivo il ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 2110 cod. civ. e dell'art. 41, comma 1°, C.C.N.L. per i dipendenti di Poste Italiane S.p.A.,

in relazione all'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale e agli artt. 1175 e 1375 cod. civ., per avere la Corte erroneamente ritenuto che la fruizione del congedo fosse incompatibile con lo stato di malattia, pacificamente documentata in atti, in particolare rilevando come il congedo non fosse riconoscibile per periodi in cui non è prevista attività lavorativa, senza, tuttavia, che tale conclusione trovasse sostegno in alcuna norma di legge; per avere richiamato giurisprudenza di legittimità, in tema di mutamento del titolo dell'assenza del lavoratore, non pertinente alla fattispecie dedotta in giudizio; per avere in ogni caso trascurato di considerare che nel bilanciamento degli opposti interessi la giurisprudenza aveva attribuito prevalenza alla salvaguardia del posto di lavoro rispetto all'interesse datoriale a vedere tutelate le esigenze organizzative aziendali, interesse che comunque nel caso concreto non era stato neppure allegato da Poste Italiane.

3. Con il terzo motivo il ricorrente deduce la violazione dell'art. 2697 cod. civ. per avere la Corte escluso che la società avesse violato l'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto, sul rilievo della totale assenza di prova della spedizione a Poste Italiane S.p.A. della comunicazione I.N.P.S. di accoglimento della domanda di congedo, con ciò peraltro determinando l'effetto di trasferire al lavoratore l'assolvimento del relativo onere; deduce inoltre il vizio di cui all'art. 360 n. 5 cod. proc. civ. per omesso esame di fatto storico decisivo, nella specie costituito dall'invio a Poste Italiane, mediante raccomandata, del documento 20/1/2015 di riconoscimento del congedo straordinario, invio testualmente dichiarato dall'I.N.P.S. nella intestazione dello stesso documento.

4. Il primo e il secondo motivo, che possono essere trattati congiuntamente per la loro connessione, sono infondati.

5. Al riguardo si osserva che il lavoratore, che intenda fruirne, ha l'obbligo di presentare la richiesta di congedo straordinario al proprio datore di lavoro, secondo ciò che emerge chiaramente dalle previsioni del D.M. 21 luglio 2000, n. 278 - Regolamento recante disposizioni di attuazione dell'articolo 4 della legge 8 marzo 2000, n. 53, concernente congedi per eventi e cause particolari.

6. In particolare, l'art. 2, comma 4, prevede che "il datore di lavoro è tenuto, entro dieci giorni dalla richiesta del congedo, a esprimersi sulla stessa e a comunicarne l'esito al dipendente"; prevede inoltre che "l'eventuale diniego", come "la proposta di rinvio ad un periodo successivo e determinato" o "la concessione parziale del congedo", debbano essere motivati dal datore di lavoro (in relazione alle condizioni stabilite dal Regolamento e alle ragioni che non consentono la sostituzione del dipendente), il quale è tenuto a riesaminare la domanda "su richiesta del dipendente", nei successivi venti giorni, e ad assicurare "l'uniformità delle decisioni avuto riguardo alla prassi adottata e alla situazione organizzativa e produttiva dell'impresa o della pubblica amministrazione".

7. Si tratta di una esigenza di "contraddittorio tra il dipendente e il datore di lavoro", che permea l'intera normativa e che il Regolamento, al comma 3 dell'art. 2, pone quale limite

essenziale dell'autonomia collettiva, là dove prevede che i contratti collettivi possano disciplinare il procedimento per la richiesta e per la concessione, o il diniego del congedo.

8. Né rileva che tali previsioni, e con esse la configurazione di un obbligo per il lavoratore di richiedere il congedo straordinario al datore di lavoro, siano formulate in una fonte non primaria, posto che il D.M. n. 278/2000, contenendo un Regolamento, è comunque fonte del diritto oggettivo, ed inoltre esso costituisce attuazione dell'art. 4 l. 8 marzo 2000, n. 53, in tema di "congedi per eventi e cause particolari", là dove è delegata al Ministro per la solidarietà sociale, unitamente alla disciplina di altre materie, la "definizione dei criteri per la fruizione" degli stessi (comma 4).

9. Ed ancora non rileva che il decreto legislativo n. 151/2001, il quale all'art. 42, comma 5, come modificato a seguito della sentenza della Corte cost. n. 203/2013, prevede il tipo di congedo oggetto di controversia, sia successivo tanto alla l. n. 53/2000 come al D.M. n. 278/2000, posto che anch'esso si iscrive nell'ampia categoria dei congedi "per eventi e cause particolari" e di conseguenza risulta disciplinato dalla stessa regolamentazione attuativa dell'art. 4 citato.

10. D'altra parte, anche volendo trascurare i pur assorbenti rilievi che precedono, resta che già nell'art. 42 d.lgs. n. 151/2001 è contenuta la sostanziale previsione dell'obbligo di presentazione al datore di lavoro dell'istanza di congedo, solo che si consideri il comma 5-ter, là dove è stabilito che durante il periodo di congedo "il richiedente ha diritto a percepire un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione, con riferimento alle voci fisse e continuative del trattamento", che, pertanto, è solo il datore di lavoro - messo evidentemente a conoscenza della richiesta - a poter determinare; là dove è stabilito altresì che "l'indennità è corrisposta dal datore di lavoro secondo le modalità previste per la corresponsione dei trattamenti economici di maternità" e che "i datori di lavoro privati, nella denuncia contributiva, detraggono l'importo dell'indennità dall'ammontare dei contributi previdenziali dovuti all'ente previdenziale competente".

11. Ad analoga conclusione coerentemente inducono i successivi commi 5-quater e 5-quinquies, in tema di fruizione dei permessi non retribuiti e di determinazione delle ferie, della tredicesima mensilità e del trattamento di fine rapporto, presupponendo entrambi un ruolo attivo del datore di lavoro e, "a monte" dello stesso, la necessità logica che egli sia stato previamente destinatario della richiesta.

12. Deriva da quanto sopra che quest'ultima non solo deve essere trasmessa all'I.N.P.S. per le verifiche di competenza e in quanto soggetto che subisce l'onere finanziario del congedo, ma anche al datore di lavoro, per l'adozione delle misure organizzative che la richiesta dovesse rendere necessarie e comunque per il compimento, anche nell'interesse del dipendente, delle attività di cui alle disposizioni richiamate.

13. D'altra parte, pacifico essendo in giudizio che il lavoratore ha continuativamente "coperto" il periodo dal 2 al 27 dicembre 2014 con certificati di malattia, non vi è dubbio che un eventuale mutamento del titolo dell'assenza avrebbe richiesto un'istanza in tal

sensu rivolta al datore di lavoro, prima della scadenza del periodo di comporto e al fine di sospenderne il decorso, come recentemente precisato da Cass. n. 8834/2017 in un caso – sovrapponibile al presente – di mutamento del titolo dell'assenza da malattia a ferie.

14. Sotto diverso profilo, deve confermarsi l'orientamento, secondo il quale, in tema di licenziamento per superamento del periodo di comporto, devono essere inclusi nel calcolo del periodo, oltre ai giorni festivi, anche quelli di fatto non lavorati, che cadano durante il periodo di malattia indicato dal certificato medico, operando, in difetto di prova contraria (che è onere del lavoratore fornire), una presunzione di continuità, in quei giorni, dell'episodio morboso addotto dal lavoratore quale causa dell'assenza dal lavoro e del mancato adempimento della prestazione dovuta, con la precisazione che la prova idonea a smentire tale presunzione di continuità può essere costituita solo dalla dimostrazione dell'avvenuta ripresa dell'attività lavorativa (Cass. n. 13816/2000; conforme Cass. n. 21385/2004).

15. Il terzo motivo risulta inammissibile, nella parte in cui denuncia il vizio di cui all'art. 360 n. 5 cod. proc. civ.: sia perché la questione dell'invio alla società della comunicazione dell'I.N.P.S. in data 20/1/2015 ha formato espressamente oggetto di considerazione nella sentenza impugnata, là dove la Corte ha ritenuto che di tale spedizione mancasse in atti del tutto la prova (cfr. p. 8, ultimo capoverso); sia perché il fatto dell'invio, o meno, della comunicazione in questione difetta di "decisività", intesa quale attitudine a determinare un esito diverso della controversia (secondo Sez. U. n. 8053 e n. 8054/2014), per tutte le ragioni già espresse *sub* 5-12.

16. Quanto, poi, alla censura di violazione dell'art. 2697 cod. civ., se ne deve rilevare la palese infondatezza, atteso che la comunicazione del 20/1/2015 (riprodotta ex art. 366 n. 6 cod. proc. civ. a p. 18 del ricorso per cassazione) risulta semplicemente indirizzata, come da intestazione, e non "spedita", anche a Poste Italiane; con la conseguenza che di tale eventuale spedizione, siccome circostanza a sé favorevole, era proprio il lavoratore a dover dare la prova.

17. In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

18. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

p.q.m.

La Corte rigetta il ricorso; condanna il ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio, liquidate in euro 200,00 per esborsi e in euro 4.000,00 per compensi professionali, oltre rimborso spese generali al 15% e accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 *quater*, D.P.R. n. 115 del 2002 dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di

- contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 *bis* dello stesso articolo 13.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 18 aprile 2019.