



Procura Generale della Corte di Cassazione

N. 8806/16 R.G.

Udienza 6/2/2019
Camera di Consiglio
Sez. Lav. Aula A - n. 18

IL PUBBLICO MINISTERO

Letti gli atti;

PREMESSO

che con sentenza n. 338/15, depositata il 26 novembre 2015, la Corte d'appello di Ancona, in riforma della sentenza impugnata, ha accolto parzialmente la domanda della sig.ra XXX nei confronti della YYY e ZZZ diretta a far dichiarare la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato e a condannare la società YYY alle differenze retributive dovute;

che la Corte marchigiana - per quel che in questa sede rileva - ha ritenuto l'uso illegittimo del permesso di assistenza al padre in quanto il lavoratore, per ben sei volte, *"stante l'impegno lavorativo della persona assistita coincidente con la durata dei permessi"* e la mancata deduzione di *"quale attività egli avrebbe posto in essere in favore del padre durante il periodo di durata dei permessi in questione"*;

che XXX ha proposto ricorso per cassazione sulla base di quattro motivi di diritto:

- 1) con il primo motivo ha denunciato la violazione dell'art. 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, 2697 c.c., in relazione alla erronea attribuzione di comportamenti abusivi e/o illegittimi;
- 2) con il secondo motivo ha denunciato la violazione dell'art. 2016 c.c., in relazione alla proporzionalità e adeguatezza della sanzione espulsiva;
- 3) con il terzo motivo ha denunciato l'omesso esame del fatto controverso e decisivo, in relazione alla mancata ammissione delle prove articolate;
- 4) con il quarto motivo ha denunciato la violazione dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, in relazione alla mancata reintegrazione nel posto di lavoro.

che la società YYY si è costituita con controricorso e ha chiesto il rigetto del ricorso;

OSSERVA

1. Il primo motivo è inammissibile nella parte in cui il ricorrente si duole della ritenuta mancata prova della realizzazione dello scopo del permesso di assistenza al padre per tutta la sua durata.

Invero, è noto che la violazione del precetto di cui all'art. 2697 c.c., censurabile per cassazione ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., è configurabile soltanto nell'ipotesi in cui il giudice abbia attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella che ne era onerata secondo le regole di scomposizione delle fattispecie basate sulla differenza tra fatti costitutivi ed eccezioni e non invece laddove oggetto di censura - come nel caso di specie - sia la valutazione che il giudice abbia svolto delle prove proposte dalle parti, sindacabile, quest'ultima, in sede di legittimità, entro i ristretti limiti del "nuovo" art. 360 n. 5 c.p.c. (da ultimo, Cass., sez. terza, 29 maggio 2018, n. 13395).

2. Con riferimento alla denunciata violazione dell'art. 33 l. 104/92, la doglianza appare infondata in quanto la questione di diritto è stata più volte affrontata dalla Corte di legittimità, con orientamento consolidato.

L'art. 33, comma 3, L. 104/92, come sostituito dall'art. 24, comma 1, lett. a) della Legge 4 novembre 2010, n. 183, anche a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. 18 luglio 2011, n. 119, per la parte che interessa, così detta: *"A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità...(.)"*.

L'art. 24 della L. n. 183/2010, al comma 1, lett. c), ha aggiunto, all'art. 33 della L. 104/92, il seguente comma 7 - bis: *"Ferma restando la verifica dei presupposti per l'accertamento della responsabilità disciplinare, il lavoratore di cui al comma 3 decade dai diritti di cui al presente articolo, qualora il datore di lavoro o l'INPS accerti l'insussistenza o il venir meno delle condizioni richieste per la legittima fruizione dei medesimi diritti. Dall'attuazione delle disposizioni di cui al presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica"*.

La giurisprudenza di legittimità ha individuato la *ratio* delle menzionate norme nella tutela del diritto all'assistenza del portatore di *handicap*: l'assenza dal lavoro per la fruizione del permesso deve porsi in relazione diretta con l'esigenza per il cui soddisfacimento il diritto stesso è riconosciuto, ossia l'assistenza al disabile.

Nessun elemento testuale o logico consente di attribuire al beneficio una funzione meramente compensativa o di ristoro delle energie impiegate dal dipendente per l'assistenza prestata al disabile. Tanto meno la norma consente di utilizzare il permesso per esigenze diverse da quelle proprie della funzione cui la norma è preordinata: il beneficio comporta un sacrificio organizzativo per il datore di lavoro, giustificabile solo in presenza di esigenze riconosciute dal legislatore (e dalla coscienza sociale) come meritevoli di superiore tutela. Ove il nesso causale tra assenza dal lavoro ed assistenza al disabile manchi del tutto, non può riconoscersi un uso del diritto coerente con la sua funzione e dunque si è in presenza di un uso improprio ovvero di un abuso del diritto.

Per questo profilo, rilevano in particolare, oltre le sentenze di legittimità richiamate nella impugnata sentenza, Cass., sez. lav., 13 settembre 2016, n. 17968, secondo cui *"Il permesso ex art. 33 della l. n. 104 del 1992 è riconosciuto al lavoratore in ragione dell'assistenza al disabile, rispetto alla quale l'assenza dal lavoro deve porsi in relazione causale diretta, senza che il dato testuale e la "ratio" della norma ne consentano l'utilizzo in funzione meramente compensativa delle energie impiegate dal dipendente per la detta assistenza. Ne consegue che il comportamento del dipendente che si avvalga di tale beneficio per attendere ad esigenze diverse integra l'abuso del diritto e viola i principi di correttezza e buona fede, sia nei confronti del datore di lavoro che dell'Ente assicurativo, con rilevanza anche ai fini disciplinari"* e Cass., sez. lav., 4 marzo 2014, n. 4984, secondo cui *"Il comportamento del prestatore di lavoro subordinato che, in relazione al*

permesso ex art. 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, si avvalga dello stesso non per l'assistenza al familiare, bensì per attendere ad altra attività, integra l'ipotesi di abuso del diritto, giacché tale condotta si palesa, nei confronti del datore di lavoro, come lesiva della buona fede, privandolo ingiustamente della prestazione lavorativa in violazione dell'affidamento riposto nel dipendente, ed integra, nei confronti dell'ente di previdenza erogatore del trattamento economico, un'indebita percezione dell'indennità ed uno sviamento dell'intervento assistenziale” (si cfr. anche Cass., sez. lav., 6 maggio 2016, n. 9217 e Cass., sez. lav., 12 maggio 2016 n. 9749, non massimate).

Nel caso di specie, la particolarità è dovuta dal fatto che, in orari coperti dai permessi di durata giornaliera era il padre assistito a lavorare, ma ciò non comporta una diversità di conclusioni in termini di abuso del diritto e di lesione della buona fede del datore di lavoro. In effetti, si rinviene anche nel caso di specie il difetto del nesso causale diretto tra assenza dal lavoro e prestazione di assistenza, con la conseguenza che devono ritenersi violati i principi di correttezza e buona fede nei confronti del datore di lavoro, che sopporta modifiche organizzative per esigenze di ordine generale.

3. Con riferimento al secondo motivo di ricorso ed alla contestata proporzionalità e adeguatezza della sanzione espulsiva, deve richiamarsi l'indirizzo consolidato di legittimità, secondo cui la giusta causa è una nozione che la legge, allo scopo di un adeguamento delle norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo, configura con una disposizione (ascrivibile alla tipologia delle c.d. clausole generali) di limitato contenuto, delineante un modello generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama. Tali specificazioni del parametro normativo hanno natura giuridica e la loro disapplicazione è quindi deducibile in sede di legittimità come violazione di legge, mentre l'accertamento della concreta ricorrenza, nel fatto dedotto in giudizio, degli elementi che integrano il parametro normativo e le sue specificazioni, e della loro concreta attitudine a costituire giusta causa di licenziamento, si pone sul diverso piano del giudizio di fatto, demandato al giudice di merito e incensurabile in cassazione se privo di errori logici o giuridici (Cass., sez. lav., 29 aprile 2004, n. 8254; Cass., sez. lav., 2 marzo 2011, n. 5095 e, da ultimo, Cass., sez. lav., 26 aprile 2012, n. 6498). L'attività di integrazione del precetto normativo di cui all'art. 2119 c.c. (norma c.d. elastica), compiuta dal giudice di merito - ai fini della individuazione della giusta causa di licenziamento - mediante riferimento alla *"coscienza generale"*, è sindacabile in cassazione a condizione che la contestazione del giudizio valutativo operato in sede di merito non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga, invece, una specifica denuncia di non coerenza del predetto giudizio rispetto agli *"standards"*, conformi ai valori dell'ordinamento esistenti nella realtà sociale (Cass., sez. lav., 4 maggio 2005, n. 9266; v. anche Cass., sez. lav., n. 4984/2014, cit.).

Al riguardo, la Corte di appello ha fatto corretta applicazione di tali regole di giudizio. Nella sentenza impugnata ha dato conto delle ragioni poste a fondamento della decisione, sottolineando in particolare che *“la lesione della buona fede, con privazione ingiusta della prestazione lavorativa in violazione dell'affidamento riposto nel dipendente, oltre al forte disvalore sociale insito nella illegittima condotta del lavoratore (...) consente di ritenere del tutto proporzionato il recesso per giusta causa adottato dalla datrice di lavoro”*.

4. Con riferimento al terzo motivo di ricorso ed al denunciato omesso esame del fatto controverso e decisivo, in relazione alla mancata ammissione delle prove articolate, sembra appena il caso di rilevare che la censura è sempre stata ritenuta inammissibile ogni qualvolta con essa il ricorrente - come nel caso di specie - si dolga della valutazione rimessa al giudice del merito, quale è quella di non pertinenza della denunciata mancata ammissione della prova orale rispetto ai fondamenti della decisione, senza allegare le ragioni che avrebbero dovuto indurre ad ammettere tale prova, né adempiere agli oneri di allegazione necessari a individuare non soltanto la decisività

del mezzo istruttorio richiesto, ma anche la tempestività e ritualità della relativa istanza di ammissione (Cass., sez. sesta, ord. 4 aprile 2018, n. 8204).

5. Con riferimento al quarto motivo, infine, si dà atto che la doglianza non attiene alla contestazione di un capo di sentenza, ma attiene al merito della controversia, nell'ipotesi in cui venga accolta l'impugnativa di legittimità, chiedendosi il riconoscimento della tutela reintegratoria.

Come tale, il motivo di ricorso è inammissibile.

Ne consegue da queste argomentazioni l'infondatezza del ricorso.

P.Q.M.

il pubblico ministero

visto l'art. 380 *bis.1* c.p.c. chiede che la Corte di Cassazione, in camera di consiglio, rigetti il ricorso.

Roma, 7 gennaio 2019

Il sostituto Procuratore generale
Mario Fresa

CONFORME CASS. 13646 DEL 2019