

Civile Ord. Sez. L Num. 8310 Anno 2019

Presidente: BALESTRIERI FEDERICO

Relatore: PONTERIO CARLA

Data pubblicazione: 25/03/2019

ORDINANZA

sul ricorso 11176-2018 proposto da:

MOSCA DANIELE, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA
DEI CASTANI 15/C, presso lo studio dell'avvocato
FEDERICO GUIDONI, che lo rappresenta e difende;

- ricorrente -

contro

AMA S.P.A. - AZIENDA MUNICIPALE AMBIENTE P.IVA
05445891004, in persona del legale rappresentante pro
tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA
MARCELLO PRESTINARI 13, presso lo studio
dell'avvocato MASSIMO PALLINI, che la rappresenta e
difende;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 455/2018 della CORTE D'APPELLO
di ROMA, depositata il 01/02/2018, R.G.N. 2866/2017.

7B

Rilevato che:

1. con sentenza n. 455 pubblicata l'1.2.2018, la Corte d'appello di Roma ha respinto il reclamo proposto da Mosca Daniele confermando la pronuncia di primo grado di rigetto della domanda volta alla declaratoria di illegittimità del licenziamento intimato da AMA - Azienda Municipale Ambiente s.p.a., il 4.11.2015 per indebita fruizione dei permessi concessi al dipendente ai sensi dell'art. 33, L. n. 104 del 1992;

2. la Corte territoriale ha ritenuto, in base all'accertamento in fatto svolto in primo grado e non contestato dall'appellante, che per ben sei volte il sig. Mosca avesse utilizzato le ore di permesso di cui al citato art. 33 per finalità estranee all'assistenza del padre in condizione di handicap atteso che quest'ultimo, dipendente AMA al pari del figlio, nella fascia oraria oggetto dei permessi si trovava in servizio e che non era stata dedotta alcuna attività posta in essere nell'interesse del padre durante la fruizione dei permessi;

3. la Corte d'appello ha giudicato proporzionata la sanzione espulsiva in ragione della lesione della buona fede e del forte disvalore sociale della condotta posta in essere;

4. avverso tale sentenza il sig. Mosca ha proposto ricorso per cassazione, affidato a quattro motivi, cui ha resistito con controricorso AMA s.r.l.;

5. il pubblico ministero ha depositato conclusioni scritte ed entrambe le parti hanno depositato memoria, ai sensi dell'art. 380 bis.1. c.p.c..

Considerato che:

6. col primo motivo di ricorso è censurata la sentenza per erronea attribuzione al sig. Mosca di fatti e comportamenti asseritamente abusivi, illeciti o illegittimi nonché per violazione e falsa applicazione dell'art. 33, L. n. 104 del 1992; in subordine, per difetto di prova e violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c.;

7. col secondo motivo di ricorso è denunciata erronea valutazione della proporzionalità ed adeguatezza della sanzione espulsiva; violazione e falsa applicazione dell'art. 2106 c.c.;

8. col terzo motivo di ricorso si critica la sentenza per mancata ammissione delle prove articolate dal lavoratore ed omessa motivazione sul punto; si deduce inoltre nullità della sentenza o del procedimento ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c.;

9. col quarto motivo si denuncia erronea riconduzione della fattispecie oggetto di causa all'art. 18, L. n. 300 del 1970 e successive modificazioni;

10. il primo motivo di ricorso è infondato;

11. la Corte d'appello si è uniformata alla giurisprudenza di questa Corte (Cass. n. 17968 del 2016; n. 9217 del 2016; n. 8784 del 2015) che ha precisato come il permesso di cui all'art. 33, L. n. 104 del 1992 sia riconosciuto al lavoratore in ragione dell'assistenza al disabile e in relazione causale diretta con essa, senza che il dato testuale e la "ratio" della norma ne consentano l'utilizzo in funzione meramente compensativa delle energie impiegate dal dipendente per 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;

12. difatti, in base alla *ratio* dell'art. 33, comma 3, L. n. 104 del 1992, che attribuisce al "lavoratore dipendente ... che assiste persona con handicap in situazione di gravità..." il diritto di fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito, coperto da contribuzione figurativa, è necessario che l'assenza dal lavoro si ponga in relazione diretta con l'esigenza per il cui soddisfacimento il diritto stesso è riconosciuto, ossia l'assistenza al disabile; questa può essere prestata con modalità e forme diverse, anche attraverso lo svolgimento di incombenze amministrative, pratiche o di qualsiasi genere, purché nell'interesse del familiare assistito (cfr. Cass. Ord. n. 23891 del 2018);

13. secondo l'orientamento di questa Corte (per tutte Cass. n. 17968 del 2016), il comportamento del prestatore di lavoro subordinato che non si avvalga del permesso previsto dal citato art. 33 in coerenza con la funzione dello stesso, l'assistenza del familiare disabile, integra un abuso del diritto in quanto priva il datore di lavoro 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;

14. neppure è configurabile nel caso in esame la dedotta violazione dell'art. 2697 c.c. che, come più volte precisato da questa Corte (Cass. n. 11892 del 2016; n. 25029 del 2015; n. 25216 del 2014) presuppone che si invertano gli oneri di prova;

15. nel caso di specie, la Corte d'appello ha correttamente addossato al datore di lavoro l'onere di dimostrare l'assenza di nesso causale tra la fruizione dei permessi e l'assistenza al familiare disabile; ha ritenuto assolto tale onere avendo la società dimostrato come, per ben sei volte, il familiare disabile dell'attuale ricorrente si trovasse, in coincidenza con la durata dei permessi, impegnato in attività lavorativa, senza che, peraltro, il lavoratore avesse dedotto "quale attività avrebbe posto in essere in favore del padre durante il periodo di durata dei permessi in questione";

16. non possono trovare ingresso in queste sede le censure, oggetto del primo e del terzo motivo di ricorso, che investono la ammissione e la valutazione delle prove;

17. occorre considerare come trovi applicazione nella fattispecie in esame la previsione di cui all'art. 348 ter, comma 5, c.p.c., sulla c.d. doppia conforme (Cass. n. 4223 del 2016; n. 23021 del 2014), trattandosi di giudizio di reclamo introdotto con ricorso depositato dopo il giorno 11 settembre 2012 e che, inoltre, le censure non sono neanche riconducibili allo schema di cui al nuovo art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., come delineato dalle Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza n. 8053 del 2014;

18. parimenti infondato è il secondo motivo di ricorso;

19. questa Corte (Cass. n. 21214 del 2009; Cass. n. 8254 del 2004) ha ripetutamente affermato che la giusta causa di licenziamento, quale "fatto che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto" 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 modulo 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;

20. questa Corte ha analogamente precisato come l'operazione valutativa compiuta dal giudice di merito nell'applicare clausole generali come quella dell'art. 2119 c.c., che, in tema di licenziamento per giusta causa, detta una tipica "norma elastica", non sfugge ad una verifica in sede di giudizio di legittimità, sotto il profilo della correttezza del metodo seguito nell'applicazione della clausola generale, poiché l'operatività in concreto di norme di tale tipo deve rispettare criteri e principi desumibili dall'ordinamento generale, a cominciare dai principi costituzionali, e dalla disciplina particolare (anche collettiva) in cui la concreta fattispecie si colloca (cfr. Cass. n. 9266 del 2005; Cass. n. 5299 del 2000);

21. è solo l'integrazione giurisprudenziale, a livello generale ed astratto, della nozione di giusta causa che si colloca sul piano normativo e consente una censura per violazione di legge; mentre l'applicazione in concreto del più specifico canone integrativo, così ricostruito, rientra nella valutazione di fatto devoluta al giudice di merito e non è censurabile in sede di legittimità se non per vizio di motivazione, (cfr. Cass. n. 18715 del 2016; n. 6901 del 2016; n. 21214 del 2009; n. 7838 del 2005);

22. è stato altresì precisato come il giudizio di proporzionalità o adeguatezza della sanzione dell'illecito commesso - istituzionalmente rimesso al giudice di merito - si sostanzia nella valutazione di gravità dell'inadempimento imputato al lavoratore in relazione al concreto rapporto e a tutte le circostanze del caso, dovendo tenersi al riguardo in considerazione la circostanza che tale inadempimento deve essere valutato in senso accentuativo rispetto alla regola

generale della "non scarsa importanza" di cui all'art. 1455 c.c., sicché l'irrogazione della massima sanzione disciplinare risulta giustificata soltanto in presenza di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali (L. n. 604 del 1966, art. 3) ovvero addirittura tale da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto (art. 2119 c.c.), (cfr. Cass. 18715 del 2016; Cass. n. 21965 del 2007; Cass., n. 25743 del 2007);

23. la sentenza impugnata si è attenuta ai principi sopra richiamati ed ha motivatamente valutato la gravità dell'infrazione, in particolare sottolineando la lesione della buona fede, per avere il lavoratore ingiustamente privato il datore della prestazione per finalità diverse dal diritto di assistenza al familiare disabile, e il disvalore sociale di tale condotta rispetto all'importanza dei beni sottostanti al riconoscimento del diritto ai permessi di cui al citato art. 33, L. n. 104 del 1992;

24. le critiche mosse dal ricorrente, dirette a proporre un diverso apprezzamento dei dati fattuali facendo leva sull'assenza di frode nella condotta posta in essere, rimangono confinate nell'ambito del merito e non vanno al di là della deduzione di un vizio di motivazione della sentenza impugnata, il cui esame è nella specie precluso in ragione della disciplina c.d. della doppia conforme, di cui all'art. 348 ter, comma quinto, c.p.c. e, comunque, per difetto dei requisiti richiesti dal nuovo testo dell'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c.;

25. l'infondatezza dei primi tre motivi di ricorso porta a ritenere assorbito il quarto motivo, sul tipo di sanzione applicabile ove sia dichiarata l'illegittimità del licenziamento;

26. per le considerazioni svolte il ricorso deve essere respinto;

27. la regolazione delle spese del giudizio di legittimità segue il criterio di soccombenza, con liquidazione come in dispositivo;

28. si dà atto della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 13, comma 1 quater, del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, introdotto dall'art. 1, comma 17, della L. 24 dicembre 2012 n. 228.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità che liquida in euro 4.000,00 per compensi professionali, in euro 200,00 per esborsi, oltre spese forfettarie al 15% e accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, introdotto dall'art. 1, comma 17, della L. 24 dicembre 2012 n. 228, 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 del medesimo art. 13.

Così deciso in Roma nella Adunanza camerale del 6.2.2019.