

Corte di Cassazione Sezione Lavoro

Ordinanza 17 gennaio 2025 n. 1227

REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO CIVILE

composta dagli ill.mi sigg.ri Magistrati:

Dott. PATTI Adriano Piergiovanni - Presidente

Dott. RIVERSO Roberto - Consigliere

Dott.ssa PONTERIO Carla - Consigliere

Dott.PANARIELLO Francescopaolo - Consigliere rel.

Dott. CINQUE Guglielmo - Consigliere

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 26827/2022 r.g., proposto da

■■■■■ elett. dom.to presso la Cancelleria di questa Corte, rappresentato e difeso dall'avv. ■■■■■

ricorrente

contro

■■■ Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, elett. dom.to in Via ■■■■ Roma, rappresentato e difeso dall'avv. ■■■■■

controricorrente

avverso la sentenza della Corte d'Appello di Roma n. 3747/2022 pubblicata in data 11/10/2022, n.r.g. 1397/2022.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del giorno 05/12/2024 dal Consigliere dott. Francescopaolo Panariello.

RILEVATO CHE

1.- ■■■■ era stato dipendente di ■■■■ Spa fino al 30/12/2019, quando era stato licenziato per giusta causa (opinamento di destituzione) in seguito alla contestazione disciplinare di un uso distorto dei permessi giornalieri per assistenza al familiare (suocero) disabile ex lege n. 104/1992.

Il dipendente impugnava il licenziamento per vari motivi, fra cui l'insussistenza del fatto addebitato.

2.- Costitutosi il contraddittorio, il Tribunale, all'esito della fase c.d. sommaria di cui al rito introdotto dalla legge n. 92/2012, accoglieva la domanda di annullamento del licenziamento e di reintegrazione nel posto di lavoro e condannava altresì la società al pagamento dell'indennità risarcitoria nel limite massimo di dodici mensilità.

A seguito di opposizione della società, il Tribunale confermava l'annullamento e la reintegrazione, ma limitava la condanna risarcitoria disponendo la detrazione dell'assegno alimentare percepito.

3.- Con la sentenza indicata in epigrafe la Corte d'Appello accoglieva il gravame interposto da ■■■■ Spa.

Per quanto ancora rileva in questa sede, a sostegno della sua decisione la Corte territoriale affermava:

a) la contestazione disciplinare si riferisce ai permessi fruiti nei giorni 4, 11, 16 ottobre 2019, 6 e 23 novembre 2019 e addebita al lavoratore di aver dedicato al suocero soltanto un'ora al giorno, impiegando tutto il resto della giornata in attività personali insieme alla moglie;

b) la difesa del lavoratore è nel senso che occorre considerare anche le incombenze esterne come l'acquisto di medicinali e di altri generi di prima necessità e che comunque era rimasto presso l'abitazione del suocero anche dopo le ore 17,00, quando l'attività investigativa era terminata;

c) secondo il Tribunale occorre tenere conto anche delle attività strumentali ed accessorie rispetto all'assistenza vera e propria, nonché del tempo impiegato dal lavoratore per recarsi presso l'abitazione dell'assistito e del tempo di rientro presso la propria abitazione, tutti integranti la nozione di "assistenza";

d) all'esito di determinati calcoli il Tribunale ha accertato che il tempo complessivamente dedicato al familiare disabile era stato pari ad ore 16 o 17 in cinque giorni, quindi pari al 40/42% del totale ed ha ritenuto che sommando a questa percentuale il tempo impiegato in attività strumentali comunque finalizzate all'assistenza, non erano stati violati dal dipendente gli obblighi di buona fede e correttezza, sicché la condotta da lui tenuta non poteva dirsi illecita, in quanto di valenza solo marginale, senza efficacia interruttiva del nesso di causalità diretta tra la fruizione del permesso e l'assistenza al disabile;

e) fondato è il secondo motivo di gravame, con cui la società lamenta l'erroneità di questo giudizio;

f) va infatti considerato che secondo la Suprema Corte di Cassazione (Cass. n. 9217/2016) la mancata assistenza per due terzi o per almeno la metà del tempo dovuto integra una grave violazione dei doveri di correttezza e di buona fede;

g) nel caso in esame, pur volendo seguire il calcolo del Tribunale, si perviene ad un'assistenza (comprensiva delle attività strumentali ed accessorie) pari al 42,5/45% del tempo totale, che è inferiore alla metà;

h) pertanto deve ritenersi spezzato il nesso causale fra quei permessi e l'assistenza al familiare disabile;

i) in ogni caso il comportamento rientra nelle ipotesi contemplate dall'art. 45, punti 2 e 4, del regolamento all. A al r.d. n. 148/1931, fra cui rientra l'avvalersi "della propria condizione ... per procurarsi ... premi, compensi o vantaggi indebiti, ancorché non ne siano derivati inconvenienti di servizio".

4.- Avverso tale sentenza ■■■■■ ha proposto ricorso per cassazione, affidato a due motivi.

5.- ■■■■■ Spa ha resistito con controricorso.

6.- Il Consigliere delegato dal Presidente ha formulato ai sensi dell'art. 380 bis c.p.c. una proposta di definizione accelerata di decisione, ravvisando la manifesta infondatezza del ricorso a causa dell'esistenza di plurimi precedenti di questa Corte, ai quali è stata ritenuta conforme la sentenza impugnata.

7.- Il difensore del ricorrente ha proposto tempestiva istanza di decisione.

8.- Entrambe le parti hanno depositato memoria.

9.- Il collegio si è riservata la motivazione nei termini di legge.

CONSIDERATO CHE

1.- Il ricorrente premette che, a seguito dell'art. 24 L. n. 183/2010, sono venuti meno i requisiti della continuità e dell'esclusività dell'assistenza al disabile e che, a seguito dell'art. 6 D.Lgs. n. 119/2011, l'assistenza non deve essere necessariamente prestata in coincidenza con le ore in cui il lavoratore avrebbe dovuto svolgere la propria attività lavorativa.

2.- Ciò posto, con il primo motivo, proposto ai sensi dell'art. 360, co. 1, n. 5), c.p.c. il ricorrente lamenta l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione fra le parti, ossia che egli aveva prestato assistenza tutti i giorni di assenza dal lavoro, anche se in misura ritenuta insufficiente dalla Corte territoriale.

Il motivo è infondato, poiché - come riconosce lo stesso ricorrente - l'omissione denunciata non sussiste, avendo la Corte espressamente considerato quella circostanza e valutata nella sua portata quantitativa, ritenuta tuttavia insufficiente ai fini del nesso causale fra l'assenza dal lavoro e l'assistenza al disabile.

3.- Con il secondo motivo, proposto ai sensi dell'art. 360, co. 1, n. 3), c.p.c. il ricorrente lamenta "violazione e falsa applicazione" degli artt. 115 e 116 c.p.c., nonché 33, co. 3, L. n. 104/1992, per avere la Corte ritenuto necessario che l'assistenza sia prestata in coincidenza con le ore in cui il dipendente avrebbe dovuto svolgere attività lavorativa, o comunque per avere ritenuto necessaria una percentuale minima della giornata da dedicare all'assistenza al familiare disabile.

Il motivo è fondato per quanto di ragione.

3.1.- Ai fini dell'interpretazione dell'art. 33, co. 3, L. n. 104/1992 va evidenziato che, contrariamente all'assunto della Corte d'Appello, la nozione di diritto al permesso per assistenza a familiare disabile (e quella correlativa di "uso distorto" o "abuso del diritto" al permesso) implica un profilo non soltanto quantitativo, bensì anche - e soprattutto - qualitativo.

Sotto il primo profilo va tenuto conto non soltanto delle prestazioni di assistenza diretta alla persona disabile, ma anche di tutte le attività complementari ed accessorie, comunque necessarie per rendere l'assistenza fruttuosa ed utile, nel prevalente interesse del disabile avuto di mira dal legislatore. In questo senso rileveranno le attività (e i relativi tempi necessari) finalizzate ad esempio all'acquisto di medicinali, al conseguimento delle relative prescrizioni dal medico di famiglia, all'acquisto di generi alimentari e di altri prodotti per l'igiene, la cura della persona e il decoro della vita del disabile, o infine alla possibile partecipazione di quest'ultimo ad eventi di relazione sociale, sportiva, religiosa etc.

Sotto il secondo profilo vanno valutate portata e finalità dell'intervento assistenziale (da parte del dipendente) in favore del familiare disabile, tenuto conto del complessivo contesto, anche relazionale, rispetto ad eventuali strutture sanitarie, pubbliche o private, presso le quali sia necessario espletare accertamenti o effettuare ricoveri.

Posta questa nozione, costituita dalle due componenti (quantitativa e qualitativa), soltanto qualora sia evincibile un abuso - nel senso tecnico-giuridico di "abuso del diritto" - potrà configurarsi un "uso distorto" dei predetti permessi.

3.2.- A tal fine occorre allora valutare i due elementi costitutivi della fattispecie abusiva illecita.

Sul piano oggettivo il concetto di "abuso del diritto" implica un esercizio del diritto per scopi diversi da quelli per i quali il diritto stesso è riconosciuto dall'ordinamento (c.d. sviamento funzionale). Questa è la nozione di abuso tradizionalmente tratta dall'art. 833 c.c. (relativo agli atti emulativi del proprietario), per il quale ciò che rileva è l'assenza di utilità per il proprietario e la destinazione esclusiva dell'atto a pregiudicare terzi.

In materia tributaria il concetto di "abuso del diritto" ha trovato una più precisa connotazione nell'art. 10 bis L. n. 212/2000, secondo cui ciò che rileva è il compimento di "una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente

vantaggi fiscali indebiti" (su tale nozione v. da ultimo Cass. n. 22072/2024; Cass. ord. n. 14674/2024). In questa materia, dunque, il concetto di "abuso del diritto" implica la creazione di un'apparentia iuris, alla quale non corrisponde la realtà di alcuna operazione economica. È questo anche il caso della c.d. società schermo, ritenuta da questa Corte una costruzione di puro artificio, diretta, nel settore tributario, al raggiungimento di un mero beneficio fiscale indebito, attraverso la creazione di catene di società prive di effettività economica o di no genuine economic activity (Cass. n. 10305/2024). Anche in tal caso, dunque, la connotazione propria dell'abuso è il pregiudizio all'interesse pubblico all'integrità delle entrate tributarie.

Nozione analoga di "abuso del diritto" è quella elaborata in materia di immigrazione. In particolare questa Corte ha affermato che il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari al cittadino extracomunitario coniuge di cittadino italiano, disciplinato dal D.Lgs. n. 30/2007, non presuppone la convivenza effettiva dei coniugi e neppure il pregresso regolare soggiorno del richiedente. E tuttavia, ai sensi dell'art. 30, co. 1 bis, D.Lgs. n. 286/1998, deve essere negato ove il matrimonio risulti fittizio o di convenienza, assumendo a tal fine rilievo le "linee guida" elaborate dalla Commissione europea, contenenti una serie di criteri valutativi che inducono ad escludere l'abuso dei diritti comunitari, e il "manuale" redatto dalla stessa Commissione, recante, invece, l'indicazione degli elementi che fanno presumere tale abuso (Cass. ord. n. 13189/2024; Cass. n. 6747/2021). Anche in tal caso, dunque, ciò che rileva è la creazione di un'apparentia iuris, priva di effettiva consistenza relazionale fra le due persone unite formalmente in matrimonio, volto a pregiudicare l'interesse pubblico al controllo e al contingentamento della presenza di stranieri sul territorio nazionale.

In materia di locazione questa Corte ha ravvisato un "abuso del diritto" del locatore, in termini di comportamento contrario a buona fede e correttezza, soltanto nel caso in cui il ritardo nell'esercizio delle proprie prerogative non risponda ad alcun interesse del suo titolare e si traduca in un danno per il conduttore (Cass. ord. n. 11219/2024). Anche in tal caso, dunque, ciò che rileva è il compimento di un atto privo di qualunque funzione per il suo autore e idoneo ad arrecare un pregiudizio all'altra parte.

In materia societaria questa Corte ha ravvisato un "abuso del diritto" in termini di "abuso di maggioranza" (con conseguente annullabilità della delibera assembleare che ne costituisca attuazione) nel caso in cui il voto espresso non trovi alcuna giustificazione nel perseguimento dell'interesse della società, poiché volto a perseguire un interesse personale antitetico a quello sociale, oppure sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci di maggioranza, diretta a ledere i diritti partecipativi o gli altri diritti patrimoniali dei soci di minoranza, in violazione del canone della buona fede oggettiva nell'esecuzione del contratto (Cass. n. 4034/2024). Anche in tal caso la nozione di "abuso del diritto" implica un atto o un comportamento privo di qualunque efficacia funzionale, destinato unicamente a pregiudicare diritti o interessi di terzi.

In materia fallimentare questa Corte ha affermato che il giudizio di omologazione del concordato fallimentare è limitato alla verifica della regolarità formale della procedura e dell'esito della votazione, restando escluso ogni controllo sul merito, giacché la valutazione del contenuto della proposta concordataria, riguardando il profilo della convenienza, è devoluta ai creditori, sulla base del parere inerente ai presumibili risultati della liquidazione formulato dal curatore e dal comitato dei creditori. Tuttavia si è precisato che resta pur sempre salva l'indagine sull'eventuale abuso del diritto, ravvisabile nel caso in cui, in presenza di una proposta concordataria avanzata da un terzo, si riscontri un ingiustificato sacrificio per le ragioni del debitore, che, non essendo parte dell'accordo intervenuto tra il proponente e i creditori, si veda sottrarre i suoi beni sulla base di una valutazione che, pur idonea a soddisfare i crediti in misura ritenuta conveniente dalla maggioranza dei creditori, risulti

palesamente insufficiente rispetto al valore reale dell'attivo fallimentare. In tal caso, infatti, l'istituto concordatario finirebbe per essere impiegato per procurare a chi l'utilizza un vantaggio ulteriore rispetto alla tutela del diritto presidiato dallo strumento e a chi lo subisce un danno maggiore rispetto a quello strettamente necessario per la realizzazione del diritto dell'agente (Cass. ord. n. 30703/2023, che richiama sul punto Cass. n. 3274/2011).

Dunque, sul piano sistematico e ordinamentale può dirsi che, sotto il profilo oggettivo, il concetto di "abuso del diritto" implichi l'assenza di funzione, ossia un esercizio del diritto solo apparente, privo di qualunque legame ed utilità rispetto allo scopo per il quale quel diritto è riconosciuto dal legislatore.

Sul piano soggettivo è necessario un elemento psicologico, di natura intenzionale o dolosa, che parimenti deve essere accertato, sia pure mediante presunzioni semplici, dalle quali sia possibile individuare la finalità di pregiudicare interessi altrui. Nel caso del diritto al permesso per assistere un familiare disabile, queste presunzioni possono essere fondate ad esempio sul tempo "irrisorio" o comunque molto limitato dedicato nella singola giornata all'assistenza al disabile, ovvero sulle particolari connotazioni dell'elemento oggettivo.

Entrambi gli elementi sono necessari, sicché l'assenza (o il mancato accertamento) di uno dei due impedisce la configurabilità di un "abuso del diritto".

3.3.- Orbene, a prescindere da calcoli più o meno esatti - che si traducano in determinate percentuali riferite al tempo totale pari alla somma del tempo di ciascuna giornata in cui il dipendente ha fruito dei permessi - la prossimità del tempo dedicato all'assistenza almeno alla metà di quello totale, specie se a quella quantità di tempo si aggiungono i tempi necessari di percorrenza dalla propria abitazione a quella del disabile, si è in presenza di un esercizio del diritto che può essere sussunto nella nozione legale di assistenza al familiare disabile. In tal caso va quindi esclusa la sussistenza di una condotta di "abuso del diritto", contraria ai principi di buona fede e correttezza.

La Corte territoriale è dunque incorsa in un errore di sussunzione, poiché non si è attenuta alla predetta nozione di assistenza al disabile, ma si è affidata unicamente ad un calcolo aritmetico relativo ai tempi, rivelatisi prossimi alla metà di quello totale di assenza dal lavoro, senza verificare se nella fattispecie sussistessero tutti gli altri elementi necessari per sussumere la fattispecie concreta in quella astratta del diritto ai permessi.

Questa Corte ha più volte affermato che ricorre un errore di sussunzione quando, in relazione al fatto accertato, la norma non sia stata applicata quando doveva esserlo, ovvero che lo sia stata quando non doveva esserlo, ovvero che sia stata male applicata (Cass. n. 26307/2014; Cass. n. 22348/2007). Del resto, il controllo di legittimità non si esaurisce in una verifica di correttezza dell'attività ermeneutica diretta a ricostruire la portata precettiva della norma, ma è esteso alla sussunzione del fatto, accertato dal giudice di merito, nell'ipotesi normativa (Cass. ord. n. 1537/2022; Cass. n. 21772/2019; Cass. n. 24756/2007).

3.4.- La necessità che il nesso causale fra l'assenza dal lavoro e l'assistenza al disabile sia valutato non soltanto in termini quantitativi, ma anche qualitativi e complessivamente in modo relativo, ossia tenendo conto del contesto e di tutte le circostanze del caso concreto, è stata da tempo affermata da questa Corte in materia di congedo straordinario retribuito ai sensi dell'art. 42, co. 5, D.Lgs. n. 151/2001 (Cass. n. 29062/2017; Cass. n. 13383/2017) e ha indotto a ritenere che il c.d. abuso del diritto sussista soltanto se quel nesso causale venga a mancare "del tutto" (Cass. n. 19580/2019).

Questa Corte ha infatti ritenuto che solo a tale condizione potrebbe rimproverarsi al lavoratore di aver tenuto un comportamento contrario a buona fede e correttezza (Cass. n. 4984/2014). Va dunque ribadito che "... Ove l'esercizio del diritto soggettivo non si ricollegi alla attuazione di un potere assoluto e imprescindibile, ma presupponga un'autonomia comunque collegata alla cura di interessi, soprattutto ove si tratti - come nella specie - di interessi familiari tutelati nel contempo nell'ambito del rapporto privato e nell'ambito del rapporto con l'ente pubblico di previdenza, il non esercizio o l'esercizio secondo criteri diversi da quelli richiesti dalla natura della funzione può considerarsi abuso in ordine a quel potere pure riconosciuto dall'ordinamento. L'abuso del diritto, così inteso, può dunque avvenire sotto forme diverse ... In base al descritto criterio della funzione, deve ritenersi verificato un abuso del diritto potestativo allorché il diritto venga esercitato ... non per l'assistenza al familiare, bensì per attendere ad altra attività ..." (Cass. n. 4984 cit., in motivazione).

3.5.- Dunque il giudice di merito deve accertare se la condotta contestata in via disciplinare al lavoratore abbia comunque preservato le finalità primarie dell'intervento assistenziale voluto dal legislatore, perché in tal caso il fatto contestato in termini di "uso distorto" o di "abuso del diritto" si rivelerebbe insussistente.

Nell'ambito di questa imprescindibile verifica non sono sufficienti meri dati quantitativi, ma occorre compiere una valutazione complessiva, sia quantitativa che qualitativa, della condotta tenuta dal lavoratore, tenendo altresì conto del contesto in cui quella condotta è stata tenuta.

Ne consegue che il c.d. abuso del diritto potrà configurarsi soltanto quando l'assistenza al disabile sia mancata del tutto, oppure sia avvenuta per tempi così irrisori oppure con modalità talmente insignificanti, da far ritenere vanificate le finalità primarie dell'intervento assistenziale voluto dal legislatore (id est la salvaguardia degli interessi del disabile), in vista delle quali viene sacrificato il diritto del datore di lavoro ad ottenere l'adempimento della prestazione lavorativa.

Di tale relatività del giudizio la Corte territoriale non ha tenuto conto, essendosi limitata e fermata ad un accertamento meramente quantitativo in termini di percentuale del tempo giornaliero dedicato all'assistenza al disabile, sulla base di una nozione errata di assistenza cui è collegato il diritto al permesso ex lege n. 104/1992.

Resta in ogni caso fermo che il datore di lavoro, salvo diverso accordo tra le parti sociali, non può sindacare la scelta dei giorni in cui fruire di tali permessi, rimessa esclusivamente al lavoratore e soggetta solo ad obbligo di comunicazione, né può contestare la prestazione dell'assistenza in orari non integralmente coincidenti con il turno di lavoro, la quale pertanto non costituisce "abuso del diritto" (Cass. ord. n. 26417/2024).

In conclusione, i giudici del reclamo non si sono attenuti alla sopra indicata nozione legale di assistenza al familiare disabile e a quella correlata di "abuso del diritto" al permesso per tale assistenza, sicché va cassata affinché venga compiuto un nuovo esame di tutte le circostanze del caso concreto e ne sia garantita l'esatta sussunzione in quella nozione legale.

P.Q.M.

La Corte accoglie il secondo motivo del ricorso, rigetta il primo; cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'Appello di Roma, in diversa composizione, in relazione al motivo accolto, anche per la regolamentazione delle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della sezione lavoro, in data 5 dicembre 2024.

Depositato in Cancelleria il 17 gennaio 2025.