

-5 DIC 2017

**29062.17****REPUBBLICA ITALIANA**Oggetto
[redacted]**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**

R.G.N. 26750/2015

SEZIONE LAVORO

Cron. 29062

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Rep.

Dott. VITTORIO NOBILE

- Presidente - Ud. 13/07/2017

Dott. GIUSEPPE BRONZINI

- Consigliere - PU

Dott. PAOLO NEGRI DELLA TORRE

- Consigliere -

Dott. FABRIZIA GARRI

- Consigliere -

Dott. FABRIZIO AMENDOLA

- Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 26750-2015 proposto da:

SF, rappresentato e difeso dall'avvocato ANGELO MANZI, domiciliato in ROMA PIAZZA CAOUR PRESSO LA CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, giusta delega in atti;

- **ricorrente** -

2017

contro

3259

S -

S.P.A.;

- **intimata** -

Nonché da:

S -

S.P.A., in

persona del legale rappresentante pro tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA CAVOUR, 19,
presso lo studio dell'avvocato RAFFAELE DE LUCA
TAMAJO, che la rappresenta e difende unitamente agli
avvocati MARIO OTTONE CAMMARATA, GIACINTO FAVALLI,
giusta delega in atti;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

SF

;

- intimato -

avverso la sentenza n. 963/2015 della CORTE D'APPELLO
di L'AQUILA, depositata il 25/09/2015 R.G.N. 543/15;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 13/07/2017 dal Consigliere Dott. FABRIZIO
AMENDOLA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. MARIO FRESA che ha concluso per
l'inammissibilità del ricorso principale,
inammissibilità o in subordine rigetto del ricorso
incidentale;

udito l'Avvocato ANGELO MANZI;

udito l'Avvocato TIZIANO FERIENI per delega verbale
Avvocato GIACINTO FAVALLI.

Fatti di causa

1. **FS**, dipendente della **S** Spa, trasferita la residenza da Lanciano a Gessopalena presso l'abitazione della madre affetta da grave disabilità, il 30 agosto 2012 presentò all'INPS domanda di congedo straordinario retribuito ai sensi dell'art. 42, co. 5, d.lgs. n. 151 del 2001 per assistere l'ammalata, beneficio cui venne ammesso per due anni.

In seguito ad indagine di società investigativa la datrice di lavoro contestò al **S** che, nel periodo 3-4-5-6 giugno 2013 e nel periodo 11-12-13-14 giugno 2013, durante il giorno non era stato visto nell'abitazione della madre in Gessopalena ma presso la casa di Lanciano, addebitando così la difformità dei suoi comportamenti "sia rispetto a quella necessità di un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale ... nei confronti della persona in condizione di handicap in situazione di gravità, sia in relazione al necessario requisito della convivenza con il soggetto disabile grave, così come invece previsto dalle disposizioni di legge e dall'Inps".

Il lavoratore si giustificò affermando di aver prestato assistenza notturna alla madre, risultando anche dalla certificazione medica specialistica che costei aveva tendenza alla fuga, insonnia notturna e tratti di ipersonnia diurna, per cui si poneva la necessità per il figlio di restare sveglio la notte per assistere il genitore insonne ed evitare possibili fughe già verificatesi in passato.

La **S** Spa il 4 luglio 2013 intimò il licenziamento disciplinare con preavviso.

All'esito del procedimento *ex lege* n. 92 del 2012, il Tribunale di Lanciano ha dichiarato l'illegittimità del licenziamento, con conseguente reintegrazione nel posto di lavoro oltre al risarcimento del danno, sul presupposto della insussistenza del fatto addebitato.

Interposto reclamo dalla società, la Corte di Appello di L'Aquila, con sentenza del 25 settembre 2015, pur confermando l'illegittimità del licenziamento, ha condiviso l'ordinanza resa in prime cure nella fase sommaria con cui, in punto di tutela applicabile, era stata esclusa la reintegrazione, condannando la datrice di lavoro al pagamento di 15 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

La Corte territoriale ha ritenuto che la **S** non era riuscita a provare che l'assistenza da parte del lavoratore alla propria madre non venisse effettivamente da lui svolta durante le ore notturne, alternandosi durante il giorno con altre persone, consentendo pertanto al **S** di fare ritorno a Lanciano; pur tuttavia ha considerato che "l'assistenza per essere adeguata avrebbe dovuto essere prestata in via principale e privilegiata da parte del **S** e solo in via residuale da altre persone"; ne ha tratto la conseguenza che, non potendo ritenersi "l'insussistenza del fatto addebitato" giustificante la tutela reintegratoria, il caso era riconducibile alle "altre ipotesi" di cui all'art. 18, co. 5, l. n. 300 del 1970, come modificato dalla l. n. 92 del 2012.

2. Per la cassazione di tale sentenza ricorre il 17 novembre 2015 **FS** con tre motivi. Resiste con controricorso la società, contestualmente formulando impugnazione incidentale affidata a tre motivi, il tutto illustrato da memoria ex art. 378 c.p.c..

Ragioni della decisione

1. I motivi del ricorso principale del lavoratore possono essere come di seguito sintetizzati.

Con il primo si denuncia, ai sensi dell'art. 360, co. 1, n. 3, c.p.c., violazione di norme di Costituzione, di legge e di CCNL dei metalmeccanici, per avere la sentenza impugnata, pur acclarata l'assistenza notturna del figlio alla madre disabile e quindi l'illegittimità del licenziamento, disconosciuto la tutela reintegratoria, pretendendo di qualificare l'assistenza dovuta dal lavoratore "quale principale e privilegiata, in assenza di qualsivoglia norma giuridica impositiva della prestazione"; si argomenta che l'art. 42, co. 5, d. lgs. n. 151 del 2001, anche a seguito della sentenza della Corte cost. n. 19 del 2009, prevede il diritto al congedo straordinario per il figlio convivente, in assenza di altri soggetti idonei a prendersi cura della persona in condizione di disabilità grave, senza imporre alcuna modalità "qualificata" di svolgimento della prestazione assistenziale, sicché si censura la sentenza impugnata nella parte in cui

rimprovera al lavoratore non di non avere assistito la madre, "ma per averla assistita meno di quanto ritenuto necessario".

Con il secondo motivo si denuncia violazione dell'art. 18, co. 4, l. n. 300 del 1970, come novellato, nonché dell'art. 3 della l. n. 604 del 1966 e dell'art. 2106 c.c., per avere la Corte di Appello omesso di valutare se il fatto contestato al lavoratore rientrasse tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi.

Con il terzo mezzo, in via gradata, si denuncia violazione dell'art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c., per l'apparente motivazione con cui la Corte abruzzese ha determinato in 15 mensilità l'ammontare della indennità risarcitoria.

2. Con il primo motivo del ricorso incidentale della società si denuncia violazione e falsa applicazione "della legge n. 104, dell'art. 24, legge n. 183 del 2010 e dell'art. 42 del d. Igs. n. 151 del 2001" per avere la sentenza impugnata ritenuto la legittimità del licenziamento, nonostante il **S** durante le giornate oggetto di accertamento investigativo si fosse dedicato ad attività di proprio personale interesse e non risultasse neanche dimostrato "che in questo lasso di tempo il ricorrente abbia effettivamente prestato assistenza alla madre disabile".

Con il secondo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2105, 2109, 1175 e 1375 c.c. laddove la sentenza di appello "ha ritenuto che la fattispecie *de qua* non giustificasse il recesso in tronco del rapporto di lavoro"; si lamenta che il comportamento del **S**, il quale, "in costanza di congedo straordinario, svolge tutt'altra attività che prestare assistenza alla madre, disabile grave, così sottraendosi agli obblighi discendenti dal di lui contratto di lavoro in essere con l'esponente", violerebbe gli obblighi di fedeltà e correttezza, tale da far venire meno irrimediabilmente il vincolo fiduciario, anche per l'abuso del diritto perpetrato.

Con il terzo mezzo si critica la sentenza d'appello a mente dell'art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c., per non avere "sufficientemente motivato la ragione per cui ha ritenuto di confermare la misura dell'indennità risarcitoria pari a 15 mensilità di retribuzione".

In subordine la società chiede alla Corte adita di ritenere giustificato il licenziamento, quanto meno sotto il profilo del giustificato motivo soggettivo ed inoltre eccepisce l' "*aliunde perceptum o percipiendum*".

Vale subito dire su queste ultime richieste che le stesse risultano palesemente inammissibili in quanto non articolate secondo uno dei paradigmi di critica vincolata tassativamente previsti dall'art. 360 c.p.c..

3. Per chiare ragioni di pregiudizialità logico-giuridica devono essere esaminati i primi due motivi del ricorso incidentale della società con cui si contesta la declaratoria di illegittimità del licenziamento così come affermata in entrambi i gradi di merito.

Le censure vanno disattese perché, nonostante la formale denuncia di violazioni di legge, muovono in realtà da una diversa ricostruzione del fatto storico: si sostiene cioè che il **S** non abbia prestato assistenza alla madre disabile, abusando del beneficio a lui concesso in base all'art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001, quando invece i giudici del merito hanno ritenuto, con accertamento insindacabile in questa sede di legittimità, che la prova acquisita abbia confermato la convivenza e l'assistenza notturna, anche sulla scorta di una certificazione medica specialistica che dimostrava come la disabile necessitasse di una persona che restasse sveglia di notte stante la tendenza dell'ammalata alla fuga ed all'insonnia.

Come noto, in seguito a plurime pronunce della Corte costituzionale (sent. nn. 233 del 2005; 158 del 2007; 19 del 2009) il legislatore è intervenuto nella materia dei congedi spettanti per l'assistenza a persone con disabilità grave, in sede di attuazione della delega contenuta nell'art. 23 della legge 4 novembre 2010, n. 183, mediante il decreto legislativo 18 luglio 2011, n. 119.

Il testo dell'art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001, come modificato dal d.lgs. n. 119 del 2011, ha inciso sia sugli aspetti economici dell'istituto sia ampliando la platea dei soggetti a cui il diritto è riconosciuto.

Come evidenziato dalla Corte costituzionale (sent. n. 203 del 2013), sotto il primo profilo, la disposizione delinea un beneficio che assicura al lavoratore una entrata per tutto il periodo in cui è esonerato dall'attività lavorativa; detta indennità è commisurata all'ultima retribuzione percepita, anche se non del tutto

coincidente con la stessa, entro un tetto massimo annuale e per una durata non superiore ai due anni nell'arco dell'intera vita lavorativa; d'altra parte, l'onere economico non resta totalmente a carico del datore di lavoro, in particolare di quello privato, il quale a sua volta lo deduce dagli oneri previdenziali. Il legislatore ha inteso, dunque, farsi carico della situazione della persona in stato di bisogno, predisponendo anche i necessari mezzi economici, attraverso il riconoscimento di un diritto al congedo in capo ad un suo coniunto, il quale ne fruirà a beneficio dell'assistito e nell'interesse generale. Il congedo straordinario è, dunque, espressione dello Stato sociale che si realizza, piuttosto che con i più noti strumenti dell'erogazione diretta di prestazioni assistenziali o di benefici economici, tramite facilitazioni e incentivi alle manifestazioni di solidarietà fra coniungi.

Sotto il secondo profilo - aggiunge la Corte costituzionale nella pronuncia citata - il congedo straordinario di cui si discute, benché fosse originariamente concepito come strumento di tutela rafforzata della maternità in caso di figli portatori di handicap grave e sia tuttora inserito in un testo normativo dedicato alla tutela e al sostegno della maternità e della paternità (come recita il titolo del d.lgs. n. 151 del 2001), ha assunto una portata più ampia. La progressiva estensione del complesso dei soggetti aventi titolo a richiedere il congedo, operata proprio dal giudice delle leggi, ne ha dilatato l'ambito di applicazione oltre i rapporti genitoriali, per ricoprendere anche le relazioni tra figli e genitori disabili, e ancora, in altra direzione, i rapporti tra coniugi o tra fratelli.

Nella sua formulazione attuale - conclude la Corte - il congedo straordinario, fruibile per l'assistenza delle persone portatrici di handicap grave, costituisce uno strumento di politica socio-assistenziale, basato sia sul riconoscimento della cura prestata dai coniungi sia sulla valorizzazione delle relazioni di solidarietà interpersonale e intergenerazionale, di cui la famiglia costituisce esperienza primaria, in attuazione degli artt. 2, 3, 29, 32 e 118, quarto comma, Cost., in linea con i principi affermati nella giurisprudenza costituzionale, la quale ha da tempo chiarito che la tutela della salute psico-fisica del disabile postula anche l'adozione di interventi economici integrativi di sostegno delle famiglie <<il cui ruolo resta fondamentale nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di

blu

handicap>> (sentenze n. 19 del 2009, n. 158 del 2007 e n. 233 del 2005), tra cui rientra anche il congedo in esame, sottolineando altresì l'essenziale ruolo della famiglia nell'assistenza e nella socializzazione del soggetto disabile (sent. n. 233 del 2005), che mette in rilievo come una tutela piena dei soggetti deboli richiede, oltre alle necessarie prestazioni sanitarie e di riabilitazione, anche la cura, l'inserimento sociale e, soprattutto, la continuità delle relazioni costitutive della personalità umana.

Pertanto la sentenza impugnata che, una volta accertato che la datrice di lavoro non era riuscita "a dare la prova della mancata assistenza della propria madre da parte del **S** , con abuso quindi del diritto al medesimo riconosciuto dall'ordinamento", ha escluso la legittimità del licenziamento, non merita le censure che sul punto le vengono mosse dalla ricorrente incidentale, tenuto altresì conto dei valori di rilievo costituzionale coinvolti dalla disciplina in esame, come innanzi ricordati, che postulano una peculiare e rafforzata tutela degli interessi regolati.

4. Respinti i primi due motivi di ricorso incidentale per le ragioni esposte, di conseguenza va accolto il primo mezzo dell'impugnazione principale che, oramai acclarata l'illegittimità del licenziamento, riguarda la tutela applicabile secondo le nuove articolazioni dell'art. 18 l. n. 300 del 1970, come modificato dalla l. n. 92 del 2012, denunciando in forma sufficientemente specifica ed ammissibile il mancato riconoscimento della reintegrazione prevista dal quarto comma della disposizione novellata.

Invero secondo tale comma "il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili", annulla il licenziamento e condanna il datore alla reintegrazione nel posto di lavoro ed al pagamento di una indennità risarcitoria dal giorno del recesso alla reintegrazione effettiva, comunque non superiore alle dodici mensilità, oltre al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali.

26/11
1

Secondo il successivo quinto comma del novellato art. 18 "il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro", dichiara risolto il rapporto di lavoro e condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità risarcitoria determinata tra 12 e 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, che è la minore tutela nella specie apprestata dalla Corte territoriale.

E' comune l'osservazione che la graduazione delle tutele introdotta dalla l. n. 92 del 2012 chiama il giudice ad una valutazione concettualmente e cronologicamente duplice, perché la prima verifica da compiere è quella relativa all'assenza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo, rispetto alla quale nulla è innovato ed operano i tradizionali insegnamenti, sicché vanno apprezzati tutti gli elementi oggettivi e soggettivi del caso concreto per valutarne la idoneità a ledere il vincolo fiduciario; la seconda, che costituisce un *posteriorius* eventuale cui si dà ingresso solo in caso di ritenuta mancanza di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, è quella della individuazione delle conseguenze da ricondurre alla accertata illegittimità del licenziamento.

In ordine a questo secondo aspetto la giurisprudenza di questa Corte, mitigando le contrapposizioni estreme che hanno polarizzato il dibattito dottrinale e sviluppando gli effetti applicativi di un primo deliberato (Cass. n. 23669 del 2014), ha chiarito che l'insussistenza del fatto contestato comprende anche l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità o rilevanza giuridica, e quindi il fatto sostanzialmente inapprezzabile sotto il profilo disciplinare, oltre che il fatto non imputabile al lavoratore (v. Cass. n. 20540 del 2015, Cass. n. 18418 del 2016, Cass. n. 10019 del 2016, Cass. n. 13383 del 2017, Cass. n. 13799 del 2017, nonché Cass. n. 20545 del 2015, secondo cui ogni qualvolta il fatto contestato presupponga anche un elemento non materiale (come la gravità del danno) allora tale elemento diventa anch'esso parte integrante del "fatto materiale" come tale soggetto ad accertamento, sicché anche in tale ipotesi l'eventuale carenza determina la tutela reintegratoria).

Precipuamente si è affermato che la nozione di insussistenza del fatto contestato "comprende non soltanto i casi in cui il fatto non si sia verificato nella sua materialità, ma anche tutte le ipotesi in cui il fatto, materialmente accaduto,

bem

non abbia rilievo disciplinare o quanto al profilo oggettivo ovvero quanto al profilo soggettivo della imputabilità della condotta al dipendente" (Cass. n. 10019/2016 cit.).

Per pervenire a dette conclusioni sono stati valorizzati, da un lato, il tenore letterale della norma, che fa riferimento al "fatto contestato", dall'altro, sotto il profilo logico, la assoluta sovrapponibilità "dei casi di condotta materialmente inesistente a quelli di condotta che non costituisca inadempimento degli obblighi contrattuali ovvero non sia imputabile al lavoratore stesso".

Una recente pronuncia (Cass. n. 13178 del 2017), descrivendo in termini di continuità il descritto percorso giurisprudenziale di questa S.C., ha poi stabilito che "la non proporzionalità della sanzione rispetto al fatto contestato ed accertato rientra nel comma 4 quando questa risulti dalle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, che stabiliscano per esso una sanzione conservativa, diversamente verificandosi <le altre ipotesi> di non ricorrenza del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa per le quali il comma 5 dell'art. 18 prevede la tutela indennitaria cd. forte", ribadendo così l'espunzione del criterio di proporzionalità dall'area della insussistenza del fatto - quanto alla tutela applicabile - e riservandolo all'apprezzamento della contrattazione collettiva (cfr. pure Cass., ord. VI, n. 15590 del 2017).

Ciò posto, in ordine alla controversia che ci occupa, accertato che il **S** prestava continuativa assistenza notturna alla disabile, alternandosi durante il giorno con altre persone, l'addebito, così come contestato, è da ritenere insussistente, proprio perché è stato smentito, secondo la ricostruzione intangibile degli stessi giudici del merito, che il figlio convivente non prestasse l'assistenza dovuta alla madre.

Né può ritenersi che l'assistenza che legittima il beneficio del congedo straordinario possa intendersi esclusiva al punto da impedire a chi la offre di dedicare spazi temporali adeguati alle personali esigenze di vita, quali la cura dei propri interessi personali e familiari, oltre alle ordinarie necessità di riposo e di recupero delle energie psico-fisiche, sempre che risultino complessivamente salvaguardati i connotati essenziali di un intervento assistenziale che deve avere

carattere permanente, continuativo e globale nella sfera individuale e di relazione del disabile.

In definitiva, pur risultando materialmente accaduto che il **S** si trovasse in talune giornate ~~d'~~giugno 2013 lontano dall'abitazione della madre ciò non è sufficiente a far ritenere sussistente il fatto contestato perché, una volta accertato che, ferma la convivenza, questi comunque prestava continuativa assistenza notturna alla disabile, alternandosi durante il giorno con altre persone, con modalità da considerarsi compatibili con le finalità dell'intervento assistenziale, tanto svuota di rilievo disciplinare la condotta tenuta.

Pertanto l'accoglimento del motivo scrutinato determina la cassazione della sentenza impugnata sul punto affinché il giudice del rinvio applichi alla fattispecie concreta il comma 4 dell'art. 18, l. n. 300 del 1970, come modificato dalla l. n. 92 del 2012.

Gli altri motivi del ricorso principale ed il terzo del ricorso incidentale restano assorbiti.

5. Conclusivamente, respinti i primi due motivi del ricorso incidentale, va accolto il primo motivo del ricorso principale e, in relazione ad esso, va cassata la sentenza impugnata, con rinvio alla Corte di Appello indicata in dispositivo che si uniformerà a quanto statuito e provvederà anche alla liquidazione delle spese; va dichiarato poi l'assorbimento del secondo e del terzo motivo del ricorso principale nonché del terzo motivo di quello incidentale.

Occorre dare atto infine della sussistenza per la società ricorrente incidentale dei presupposti di cui all'art. 13, co. 1 quater, d.P.R. n. 115 del 2002, come modificato dall'art. 1, co. 17, l. n. 228 del 2012.

P.Q.M.

La Corte, rigettati i primi due motivi del ricorso incidentale, accoglie il primo motivo del ricorso principale e, in relazione ad esso, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte di Appello di Campobasso che provvederà anche alla liquidazione delle spese; dichiara assorbiti il secondo e terzo motivo del ricorso principale nonché il terzo motivo del ricorso incidentale.

R.G. n. 26750/2015

Ai sensi dell'art. 13, co. 1 quater, d.P.R. n. 115 del 2002 dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso incidentale a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 13 luglio 2017

Il consigliere est.

Dott. Fabrizio Amendola

Il Presidente

Dott. Vittorio Nobile

Il Funzionario Giudiziario

Dott. Giovanni Russo

