

**Corte di Cassazione, Sezione Lavoro civile**  
**Ordinanza 2 ottobre 2018, n. 23891**

**Massima redazionale**

**Lavoro - Licenziamento - Dipendente Rds - Permessi - L. 104 del 1992 - Assistenza di parenti disabili - Acquisti per conto loro - Illegittimità**

No al licenziamento dipendente Rds trovato a fare la spesa ed altri acquisti mentre era in permesso per assistere i parenti disabili; non è necessaria la presenza fisica se si stanno svolgendo commissioni per loro conto.

**Integrale**

**Lavoro - No al licenziamento del dipendente di una radio trovato a fare la spesa ed altri acquisti mentre era in permesso per assistere i parenti disabili; non è necessaria la presenza fisica se si stanno svolgendo commissioni per loro conto.**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. BRONZINI Giuseppe - Presidente

Dott. PAGETTA Antonella - Consigliere

Dott. PONTERIO Carla - rel. Consigliere

Dott. LEO Giuseppina - Consigliere

Dott. MARCHESE Gabriella - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 28628-2016 proposto da:

(OMISSIS) S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che lo rappresenta e difende, giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

(OMISSIS), elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che lo rappresenta e difende giusta delega in atti;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 4761/2016 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 12/10/2016 R.G.N. 2914/2016.

## FATTO E DIRITTO

Rilevato:

1. che con sentenza n. 4761 pubblicata il 12.10.2016, la Corte d'appello di Roma ha respinto il reclamo della societa' datoriale avverso la sentenza di primo grado, di rigetto dell'opposizione avverso l'ordinanza con cui era stata dichiarata l'illegittimita' del licenziamento per giusta causa intimato il 24.10.14 al sig. (OMISSIS);
2. che la Corte territoriale ha premesso come il lavoratore avesse diritto ad usufruire dei permessi di cui alla L. n. 104 del 1992, articolo 33, comma 3, per assistere la madre e la sorella entrambe in condizioni di handicap grave;
3. che la societa' datoriale aveva contestato al predetto l'utilizzo dei permessi di cui al citato articolo 33, concessigli nei giorni 16, 30 settembre e 3 ottobre del 2014, per fini estranei all'assistenza dei parenti disabili;
4. che secondo la Corte di merito, l'assistenza prevista dalla disposizione in esame e a cui sono finalizzati i permessi non puo' essere intesa riduttivamente come mera assistenza personale al soggetto disabile presso la sua abitazione, ma deve necessariamente comprendere lo svolgimento di tutte le attivita' che il predetto non sia in condizioni di compiere autonomamente, dovendosi configurare l'abuso del diritto ove il lavoratore utilizzi i permessi per fini diversi dall'assistenza, da intendere in senso ampio, in favore del familiare;
5. che in base all'istruttoria svolta non risultavano dimostrati gli addebiti mossi con la lettera di contestazione in quanto il 16.9.14, nell'orario di fruizione del permesso (dalle 18.00 alle 20.00), il (OMISSIS) si era recato a fare la spesa che, dopo una sosta presso la propria abitazione, aveva portato a casa della madre, convivente con la sorella, come confermato. dalla teste (OMISSIS), moglie del (OMISSIS) e non smentito dalla deposizione dell'agente investigatore;
6. che il 30.9.14, nell'orario di fruizione del permesso (dalle 12.00 alle 13.15), il (OMISSIS) si era recato presso uno sportello Postamat e poi dal tabaccaio, e che la documentazione dal medesimo prodotta aveva

confermato l'esistenza di libretti di risparmio postale intestati alla madre e alla sorella e, quindi, la plausibilita' di operazioni svolte in favore delle stesse;

7. che, infine, il 3.10.14 il (OMISSIS), in permesso dalle 17.45 alle 24.00, aveva svolto attivita' in favore dei parenti disabili recandosi a fare la spesa per essi in norcineria e presso il supermercato, come confermato dalla teste (OMISSIS), ed aveva poi incontrato alle ore 21.00 il suo amico geom. (OMISSIS), unitamente all'arch. (OMISSIS), per discutere della perizia tecnica da quest'ultima redatta in relazione al ricorso ai sensi dell'articolo 700 c.p.c. presentato nell'interesse della madre per problemi di infiltrazione nell'appartamento, circostanze confermate dal teste (OMISSIS) e dalla perizia tecnica depositata in atti unitamente al ricorso d'urgenza;

8. che peraltro, ha evidenziato la Corte, il procedimento penale a carico del (OMISSIS), instaurato su querela della societa', era stato archiviato per assenza di specifici profili di responsabilita';

9. che avverso tale sentenza la societa' datoriale ha proposto ricorso per cassazione, affidato a quattro motivi, cui ha resistito con controricorso il lavoratore;

10. che entrambe le parti hanno depositato memoria, ai sensi dell'articolo 380 bis c.p.c., comma 1.

11. che col primo motivo di ricorso la societa' ha dedotto, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5, omesso esame di fatti decisivi per il giudizio che sono stati oggetto di discussione tra le parti;

12. che, in particolare, ha censurato come inesistente o meramente apparente la motivazione adottata nella sentenza impugnata che, in relazione al giorno 16.9.14, ha fatto leva sulla "complessiva istruttoria svolta", senza indicare elementi di prova specifici da cui potesse desumersi la veridicit  della deposizione rese dalla sig.ra (OMISSIS), moglie del (OMISSIS);

13. che ha sottolineato come la documentazione prodotta dal lavoratore non supportasse ed anzi smentisse l'assunto del medesimo sulla finalita' delle operazioni svolte presso lo sportello Postamat nell'interesse dei familiari disabili;

14. che, riguardo al giorno 30.9.14, gli elementi di prova raccolti (deposizione degli agenti investigatori) smentivano l'assunto secondo cui la madre del (OMISSIS) si sarebbe trovata presso l'abitazione del medesimo con la conseguenza che l'intero orario di permesso sarebbe risultato occupato da altre incombenze (accompagnamento del figlio, spesa, vista alla suocera), risultando del tutto apparente la motivazione sulla avvenuta assistenza fornita in quella giornata, nelle ore di permesso, alla madre e alla sorella;

15. che le medesime censure sono state riproposte dalla societa' ricorrente, col secondo motivo di ricorso formulato ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, per violazione e falsa applicazione degli articoli 2697, 2729, 2730 c.c. e degli articoli 115 e 116 c.p.c.;

16. che col terzo motivo di ricorso la societa' ha dedotto, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e falsa applicazione degli articoli 2697, 2729 e 2730 c.c. e degli articoli 115, 116 e 230 c.p.c., per l'erronea valutazione di attendibilita' dei testimoni (OMISSIS) e (OMISSIS), rispettivamente moglie e amico del (OMISSIS);

17. che col quarto motivo la società ha dedotto, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e falsa applicazione della L. n. 104 del 1992, articolo 33, degli articoli 2697, 2729 e 2730 c.c. e degli articoli 115, 116 e 230 c.p.c.;

18. che ha sostenuto l'erronea applicazione della disposizione in materia di permessi e dei criteri di prova presuntiva ed ha argomentato come, pur dilatando il concetto di assistenza, non potesse considerarsi tale quella posta in essere dal (OMISSIS) che, nei tre giorni esaminati, ha di fatto dedicato alla madre e alla sorella disabili una percentuale del tempo di permesso pari a zero;

19. che ha ritenuto non ammissibile che, in relazione all'attività svolta nell'interesse del disabile e che non richieda presenza fisica accanto al medesimo, si addossi a parte datoriale l'onere di provare che quelle attività esulino dalle finalità di cura e assistenza, risultando cioè contrario al principio di vicinanza della prova come sancito dalle Sezioni Unite con sentenze n. 13533 del 2001 e n. 10744 del 2009;

20. che sul primo motivo di ricorso occorre premettere come trovi applicazione alla fattispecie in esame la previsione di cui all'articolo 348 ter c.p.c., comma 5, sulla c.d. doppia conforme, trattandosi di giudizio di appello (la medesima regola deve ritenersi operante per il reclamo) introdotto con ricorso depositato dopo il giorno 11 settembre 2012;

21. che pertanto il ricorrente in cassazione, per evitare l'inammissibilità del motivo di cui all'articolo 360 c.p.c., n. 5, nel testo riformulato dal Decreto Legge n. 83 del 2012, articolo 54, comma 3, convertito in L. n. 134 del 2012, applicabile alle sentenze pubblicate dal giorno 11 settembre 2012, deve indicare le ragioni di fatto poste a base, rispettivamente, della decisione di primo grado e della sentenza di rigetto dell'appello, dimostrando che esse sono tra loro diverse, (Cass. n. 26774 del 2016; Cass. n. 5528 del 2014);

22. che nel caso di specie tale allegazione manca del tutto sicché risulta inammissibile il motivo formulato ai sensi del citato articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5;

23. che neanche appare configurabile un vizio di carenza assoluta di motivazione tale da integrare la violazione dell'articolo 132 n. 4; le Sezioni Unite di questa Corte (sentenza n. 8053 del 2014) hanno precisato che "la riformulazione dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5, disposta dal Decreto Legge 22 giugno 2012, n. 83, articolo 54, convertito in L. 7 agosto 2012, n. 134, deve essere interpretata, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'articolo 12 preleggi, come riduzione al  $\text{€}$  minimo costituzionale del sindacato di legittimità sulla motivazione. Pertanto, è denunciabile in cassazione solo l'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in se', purché il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali. Tale anomalia si esaurisce nella mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico, nella motivazione apparente, nel contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili e nella motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile, esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di sufficienza della motivazione";

24. che, come di recente stabilito dalle Sezioni Unite di questa Corte (n. 22232 del 2016), "la motivazione è solo apparente, e la sentenza è nulla perché affetta da error in procedendo, quando, benché graficamente esistente, non renda, tuttavia, percepibile il fondamento della decisione, perché recante argomentazioni obiettivamente inidonee a far conoscere il ragionamento seguito dal giudice per la formazione del proprio convincimento, non potendosi lasciare all'interprete il compito di integrarla con le più varie, ipotetiche congetture", (cfr. anche Cass. n. 12351 del 2017);

25. che tali difetti non sono in alcun modo rinvenibili nella decisione impugnata che ha dato conto della insussistenza dell'addebito contestato al lavoratore attraverso la ricostruzione delle incombenze svolte dal predetto in coincidenza con i permessi goduti e riferibili all'assistenza in favore dei congiunti disabili, assistenza intesa in una accezione ampia, comprensiva del disbrigo di incombenze e pratiche di vario contenuto;

26. che sul secondo motivo di ricorso occorre considerare che, in base all'insegnamento di questa Corte, "il vizio di violazione o falsa applicazione di norma di diritto, ex articolo 360 c.p.c., n. 3, ricorre o non ricorre a prescindere dalla motivazione posta dal giudice a fondamento della decisione (id est: del processo di sussunzione), rilevando solo che, in relazione al fatto accertato, la norma non sia stata applicata quando doveva esserlo, ovvero che lo sia stata quando non si doveva applicarla, ovvero che sia stata male applicata, cioè applicata a fattispecie non esattamente comprensibile nella norma (Cass. n. 26307 del 2014; Cass. n. 22348 del 2007). Sicché il processo di sussunzione, nell'ambito del sindacato sulla violazione o falsa applicazione di una norma di diritto, presuppone la mediazione di una ricostruzione del fatto incontestata; al contrario del sindacato ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5, che invece postula un fatto ancora oggetto di contestazione tra le parti, (Cass. n. 9217 del 2016);

27. che nel caso di specie, la società ricorrente non ha prospettato l'erronea interpretazione di una norma da parte del giudice che ha emesso la sentenza impugnata ma ha mosso censure tutte incentrate sull'errata valutazione delle prove e, in particolare, sulla inidoneità delle deposizioni testimoniali raccolte a dimostrare la finalizzazione dell'attività svolta dal lavoratore nelle ore in cui era in permesso, ai sensi della L. n. 104 del 1992, articolo 33, in favore della madre e della sorella disabili;

28. che tali censure attengono con evidenza alla motivazione della sentenza e non sono neanche formulate secondo lo schema legale richiesto dal nuovo testo dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5, sicché risultano inammissibili;

29. che ad analoga conclusione deve giungersi quanto al terzo motivo di ricorso che, sebbene formulato come violazione di legge, contiene censure che non sarebbero state ammissibili neanche in base al vecchio testo dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5;

30. che secondo principi consolidati, l'esame delle risultanze della prova testimoniale, il giudizio sulla attendibilità dei testi e sulla credibilità di alcuni invece che di altri, come la scelta, tra le varie risultanze probatorie, di quelle ritenute più idonee a sorreggere la motivazione, involgono apprezzamenti di fatto riservati al giudice del merito, il quale, nel porre a fondamento della propria decisione una fonte di prova, con esclusione di altre, non incontra altro limite che quello di indicare le ragioni del proprio convincimento, senza essere tenuto a discutere ogni singolo elemento o a confutare tutte le deduzioni difensive, (Cass. n. 17097 del 2010, n. 27464 del 2006, n. 1554 del 2004, n. 11933 del 2003, n. 13910 del 2001);

31. che neppure è fondata la censura di violazione degli articoli 115, 116 c.p.c., che presuppone, come più volte precisato da questa Corte (cfr. Cass. n. 11892 del 2016; Cass. n. 25029 del 2015; Cass. n. 25216 del 2014), il mancato rispetto )-1 delle regole di formazione della prova ed è rinvenibile nell'ipotesi in cui il giudice utilizzi prove non acquisite in atti (articolo 115 c.p.c.) o valuti le prove secondo un criterio diverso da quello indicato dall'articolo 116 c.p.c., cioè una prova legale secondo prudente apprezzamento o un elemento di prova liberamente valutabile come prova legale o inverta gli oneri di prova;

32. che nessuna di tali situazioni e' rappresentata nel motivo di ricorso in esame ove non risulta neanche specificata la dedotta violazione dell'articolo 230 c.p.c.;

33. che, in particolare, la Corte d'appello ha addossato al lavoratore l'onere di dimostrare il collegamento delle incombenze svolte durante i permessi con l'assistenza ai parenti disabili ed ha ritenuto assolto tale onere;

34. che neppure puo' trovare accoglimento il quarto motivo di ricorso atteso che la Corte territoriale non ha interpretato e applicato la L. n. 104 del 1992, articolo 33, in difformita' rispetto ai principi affermati nella giurisprudenza di legittimita';

35. che secondo l'orientamento di questa Corte, che si condivide e a cui si intende dare continuita', il comportamento del lavoratore subordinato che si avvalga del permesso di cui alla L. n. 104 del 1992, articolo 33, non per l'assistenza al familiare, bensì per attendere ad altra attivita', integra l'ipotesi di abuso di diritto, giacche' 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'indennita' ed uno sviamento dell'intervento assistenziale (Cass. n. 9217 del 2016; Cass. n. 4984 del 2014);

36. che e' stato parimenti sottolineato il disvalore sociale della condotta del lavoratore che usufruisce, anche solo in parte, di permessi per l'assistenza a portatori di handicap al fine di soddisfare proprie esigenze personali "scaricando il costo di tali esigenze sulla intera collettivita'", stante che i permessi sono retribuiti in via anticipata dal datore di lavoro, il quale poi viene sollevato dall'ente previdenziale del relativo onere anche ai fini contributivi e costringe il datore di lavoro ad organizzare ad ogni permesso diversamente il lavoro in azienda ed i propri compagni di lavoro, che lo devono sostituire, ad una maggiore penosita' della prestazione lavorativa", (Cass. n. 8784 del 2015);

37. che nel caso di specie la Corte territoriale, con valutazione in fatto non censurabile in questa sede di legittimita', ha escluso la finalizzazione a scopi personali delle ore di permesso di cui il sig. (OMISSIS) ha usufruito avendo ricollegato, in base alle prove raccolte, le attivita' poste in essere dal predetto, come il fare la spesa, l'usare lo sportello Postamat, incontrare il geometra e l'architetto, a specifici interessi ed utilita' dei congiunti in tal modo assistiti;

38. che in base a tali premesse, il ricorso risulta inammissibile;

39. che al rigetto del ricorso segue la condanna della societa' ricorrente, secondo il criterio di soccombenza, alla rifusione delle spese del giudizio di legittimita', liquidate come in dispositivo;

40. che ricorrono i presupposti di cui al Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002 n. 115, articolo 13, comma 1 quater, introdotto dalla L. 24 dicembre 2012 n. 228, articolo 1, comma 17.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso.

Condanna la 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 nella misura del 15% ed accessori di legge.

Ai sensi del Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, articolo 13, comma 1 quater, introdotto dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, articolo 1, comma 17, da' atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 bis del medesimo articolo 13.