

Civile Sent. Sez. L Num. 19580 Anno 2019

Presidente: DI CERBO VINCENZO

Relatore: AMENDOLA FABRIZIO

Data pubblicazione: 19/07/2019

SENTENZA

sul ricorso 12978-2018 proposto da:

MILANO RISTORAZIONE S.P.A., in persona del legale
rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata
in ROMA, VIA VIRGILIO, 8, presso lo studio
dell'avvocato ANDREA MUSTI, che la rappresenta e
difende unitamente all'avvocato SERGIO PASSERINI;

- *ricorrente* -

2019

contro

1792

AGNUSDEI TEODORO, elettivamente domiciliato in ROMA,
VIA AGR1 1, presso lo studio dell'avvocato PASQUALE

NAPPI, che lo rappresenta e difende unitamente
all'avvocato LUCA GIUSEPPE PIZZIGONI;

- *controricorrente* -

avverso la sentenza n. 1700/2017 della CORTE D'APPELLO
DI MILANO, depositata il 02/11/2017 R.G.N. 50/2017;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 14/05/2019 dal Consigliere Dott. FABRIZIO
AMENDOLA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. CARMELO CELENTANO che ha concluso per
il rigetto del ricorso;

udito l'Avvocato ANDREA MUSTI.

(du

Fatti di causa

1. Con sentenza del 2 novembre 2017, la Corte di Appello di Milano, in parziale riforma della pronuncia di primo grado, ha ritenuto privo di giusta causa il licenziamento intimato in data 17 settembre 2015 da Milano Ristorazione Spa nei confronti del dirigente Teodoro Agnusdei, condannando la società al pagamento della somma di euro 79.354,41 a titolo di indennità sostitutiva del preavviso; ha invece ritenuto sussistente un giustificato motivo di recesso, negando dunque l'indennità supplementare pure richiesta dal dipendente.

2. Per quanto qui ancora rileva la Corte ha premesso che, ai fini del congedo straordinario ex art. 42 del d. lgs. n. 151 del 2001 concesso al dirigente dal 1° febbraio 2015 al 25 gennaio 2017 per assistere il padre disabile, "non è richiesta una assistenza personale, continuativa ed ininterrotta per tutta la giornata e per tutti i giorni del congedo in favore del familiare disabile"; in tale prospettiva ha considerato che "la partecipazione di un solo giorno alle gite in bicicletta, come contestato, non comporta il tradimento del fine sotteso al congedo" e che parimenti "non si ravvisa la violazione della *ratio* dell'istituto del congedo straordinario nell'assenza di dieci giorni consecutivi dell'appellante".

Pertanto, "esclusa una giusta causa legittimante un recesso con effetto immediato", la Corte di Appello ha riconosciuto al dirigente l'indennità sostitutiva del preavviso pari ad otto mensilità.

3. Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso la società con 2 motivi, illustrati anche da memoria ex art. 378 c.p.c.; Teodoro Agnusdei ha resistito con controricorso.

Ragioni della decisione

1. Con il primo motivo si denuncia "violazione o falsa applicazione dell'art. 42, commi 5 e 5 bis del d. lgs. n. 151 del 2001" per avere la sentenza impugnata - secondo l'istante società - ritenuto che l'assistenza in funzione della quale è concesso il congedo straordinario previsto da detta disposizione non debba essere "personale" e "continuativa"; deduce la ricorrente che utilizzare detto



congedo "per andare in ferie", come rivendicato dall'Agnusdei nel corso del giudizio, rappresenta un abuso, ai danni della datrice di lavoro e della collettività; si eccepisce, a fronte della considerazione della Corte di appello che aveva giudicato "impensabile" che il dirigente non potesse mai andare in vacanza per i due anni di congedo straordinario, che quest'ultimo avrebbe potuto essere chiesto e fruito in maniera frazionata.

Si rileva in fatto che per i giudici di merito è incontestato che l'Agnusdei "si è allontanato dalla sua abitazione e dal padre disabile che avrebbe dovuto assistere: ininterrottamente dal 31 maggio 2015 al 12 giugno 2015, quando egli si è recato in bicicletta in Puglia, a molte centinaia di chilometri di distanza dalla sua abitazione in provincia di Bergamo, nonché nel corso di una nutrita serie di altre giornate concentrate in un breve periodo di osservazione nella stessa estate (20 giugno, 27 giugno, 3 luglio, 8 luglio, 13 luglio, 19 luglio, 25 luglio, 30 luglio, 3 agosto)".

2. Il secondo motivo denuncia "violazione e falsa applicazione dell'art. 2119 c.c., anche in relazione agli artt. 2104, 2106, 1175 e 1375 c.c. nonché agli artt. 1 e 11 del CCNL applicato (dirigenti terziario)"; si sostiene che la Corte territoriale avrebbe errato a non sussumere nella nozione generale di recesso per giusta causa la condotta dell'Agnusdei che, all'interno del più ampio periodo di congedo straordinario, si è ripetutamente allontanato – per pure e dichiarate finalità ricreative – dal familiare disabile da assistere per varie singole giornate e anche per un viaggio di più giorni a centinaia di chilometri di distanza.

3. Il primo motivo di ricorso è fondato nei sensi espressi dalla motivazione che segue.

3.1. Opportuna una preliminare ricognizione del quadro normativo di riferimento, anche alla luce dei plurimi interventi della Corte costituzionale (da ultimo, Corte cost. n. 232 del 2018).

Per l'assistenza a persona disabile il legislatore prevede l'istituto del congedo straordinario, circoscritto a ipotesi tassative e contraddistinto da presupposti rigorosi.



Il congedo spetta solo per l'assistenza a persona in condizioni di disabilità grave, debitamente accertata, che si ravvisa solo in presenza di una minorazione, «singola o plurima», che «abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione» (art. 3, comma 3, l. n. 104 del 1992).

Il legislatore predetermina i limiti temporali del congedo, che «non può superare la durata complessiva di due anni per ciascuna persona portatrice di handicap e nell'arco della vita lavorativa» (art. 42, comma 5-bis, del d.lgs. n. 151 del 2001), e definisce la misura del trattamento economico spettante al lavoratore.

Il congedo straordinario è retribuito con «un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione, con riferimento alle voci fisse e continuative del trattamento» e si configura come un periodo di sospensione del rapporto di lavoro, coperto da contribuzione figurativa; 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 congiunto, 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 congiunti (v. Corte cost. n. 203 del 2013).

Quest'ultima pronuncia del Giudice delle leggi sottolinea poi come 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 ricomprendere anche le relazioni tra figli e genitori disabili, e ancora, in altra direzione, i rapporti tra coniugi o tra fratelli.

Sul versante soggettivo, infatti, il legislatore stabilisce che il congedo straordinario non possa essere riconosciuto a più di un lavoratore per l'assistenza alla stessa persona (art. 42, comma 5-bis, terzo periodo, del d.lgs. n. 151 del 2001) e delinea una precisa gerarchia dei beneficiari (art. 42, comma 5). Il congedo spetta, in primo luogo, al coniuge convivente, che è legittimato a goderne «entro sessanta giorni della richiesta». In caso di mancanza, di decesso o di patologie invalidanti del coniuge convivente, subentrano «il padre o la madre anche adottivi». La mancanza, il decesso o le patologie invalidanti dei genitori conferiscono a uno dei figli conviventi il diritto di richiedere il congedo straordinario, che è poi riconosciuto in favore di uno dei fratelli o delle sorelle conviventi quando anche i figli conviventi manchino, siano deceduti o soffrano di patologie invalidanti.

Con la sentenza n. 203 del 2013 già citata la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001, nella parte in cui non annoverava tra i beneficiari del congedo straordinario anche i parenti o gli affini entro il terzo grado conviventi, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti degli altri soggetti individuati dalla disposizione censurata.

La medesima Corte, con la sentenza n. 232 del 2018 pure citata, ha altresì dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001, nella parte in cui non annovera tra i beneficiari del congedo straordinario ivi previsto, e alle condizioni stabilite dalla legge, il figlio che, al momento della presentazione della richiesta, ancora non conviva con il genitore in situazione di disabilità grave, ma che tale convivenza successivamente instauri, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti degli altri legittimati a richiedere il beneficio in via prioritaria secondo l'ordine determinato dalla legge.

3.2. Così sinteticamente premesso il quadro normativo di riferimento erra in diritto la Corte territoriale laddove afferma che, ai fini del congedo straordinario



in discorso, "non è richiesta una assistenza personale, continuativa ed ininterrotta" in favore del familiare disabile.

Solo ai diversi fini del godimento dei permessi di cui all'art. 33 della l. n. 104 del 1992 il legislatore, dopo aver eliminato il requisito della convivenza (art. 19 l. n. 53 del 2000), ha anche eliminato i requisiti della "continuità" e della "esclusività" dell'assistenza prestata al disabile (art. 24, comma 1, l. n. 183 del 2010, successivamente modificato ex art. 6, d. lgs. n. 119 del 2011).

Tale specifica disciplina non è applicabile al diverso istituto del congedo straordinario per il quale non solo è prevista la necessità della convivenza ma anche, conformemente al dettato prescritto dall'art. 3, comma 3, l. n. 104 del 1992, che si realizzi «un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione» in favore del disabile.

In tal senso recentemente la Corte costituzionale (sent. n. 232/2018 cit.) non solo ha valorizzato la convivenza, che "non si esaurisce in un dato meramente formale e anagrafico, ma esprime, nella quotidiana condivisione dei bisogni e del percorso di vita, una relazione di affetto e di cura", ma, al fine di estendere la possibilità di fruire del congedo straordinario al figlio originariamente non convivente, lo obbliga, ove gli sia concesso il beneficio, ad "instaurare una convivenza che garantisca al genitore disabile un'assistenza permanente e continuativa": quindi necessità di un'assistenza permanente e continuativa che realizzi, nella quotidiana condivisione dei bisogni, una costante relazione di affetto e di cura.

3.3. L'erronea ascrizione di significato alla fattispecie normativa astratta è idonea ad inficiare il giudizio della Corte territoriale sulla fattispecie concreta: invero la non corretta interpretazione della norma applicabile pregiudica il procedimento di esatta sussunzione del caso concreto, falsando inevitabilmente, per errata individuazione della premessa maggiore, la qualificazione giuridica dei fatti sottoposti alla valutazione dei giudici del merito.

Si impone, dunque, la cassazione della sentenza impugnata, affinché, in conformità all'interpretazione della disciplina applicabile nei sensi innanzi chiariti, proceda a rinnovato scrutinio del caso di specie, anche tenendo conto degli arresti di questa Corte in tema di condotte abusive di lavoratori che



fruiscono di sospensioni autorizzate del rapporto per l'assistenza o la cura di soggetti protetti.

Ad esempio, in materia di congedi parentali ex d. lgs. n. 151 del 2001, è stata ammessa la verifica delle modalità dell'esercizio del diritto potestativo nel suo momento funzionale, per mezzo di accertamenti probatori consentiti dall'ordinamento, ai fini della qualificazione del comportamento del lavoratore nell'ambito sia del rapporto negoziale che del rapporto assistenziale: tale verifica trova giustificazione, sul piano sistematico, nella considerazione che anche la titolarità di un diritto potestativo non determina mera discrezionalità e arbitrio nell'esercizio di esso e non esclude la sindacabilità e il controllo degli atti - mediante i quali la prerogativa viene esercitata - da parte del giudice. Sicché rileva la condotta contraria alla buona fede, o comunque lesiva della buona fede altrui, nei confronti del datore di lavoro, che in presenza di un abuso del diritto di congedo si vede privato ingiustamente della prestazione lavorativa del dipendente e sopporta comunque una lesione (la cui gravità va valutata in concreto) dell'affidamento da lui riposto nel medesimo, mentre rileva l'indebita percezione dell'indennità e lo sviamento dell'intervento assistenziale nei confronti dell'ente di previdenza erogatore del trattamento economico (Cass. n. 16207 del 2008; successiva conf. Cass. n. 509 del 2018).

Analoghi percorsi argomentativi sono stati tracciati da questa Corte nel contiguo campo -anche se non sovrapponibile- della possibilità che costituisca giusta causa di licenziamento l'utilizzo da parte del lavoratore che fruisca di permessi *ex lege* n. 104 del 1992 per attività diverse dall'assistenza al familiare disabile, violando la finalità per la quale il beneficio è concesso (Cass. n. 4984 del 2014; Cass. n. 8784 del 2015; Cass. n. 5574 del 2016; Cass. n. 9749 del 2016). In coerenza con la *ratio* del beneficio, 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. 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 (cfr. Cass. n. 17968 del 2016), o, secondo altra prospettiva, di una grave violazione dei doveri di correttezza e buona fede sia nei confronti del datore di lavoro (che sopporta modifiche organizzative per esigenze di ordine generale) che dell'Ente assicurativo (v. Cass. n. 9217 del 2016).

Proprio con riferimento all'istituto del congedo straordinario che qui ci occupa questa Corte, infine, pur ammettendo che l'assistenza che legittima il beneficio non può intendersi esclusiva al punto da impedire a chi la offre di dedicare spazi temporali adeguati alle personali esigenze di vita, ha sottolineato come sia comunque indispensabile 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 termini: Cass. n. 29062 del 2017).

Pertanto, una volta rimosso il pregiudiziale errore di interpretazione compiuto dalla Corte territoriale in riferimento alla disciplina applicabile, competerà al giudice del rinvio verificare in concreto - sulla base dell'accertamento in fatto della condotta tenuta dal lavoratore in costanza di un beneficio volontariamente richiesto per due anni consecutivi, senza frazionamenti pure possibili - se vi sia stato o meno esercizio con modalità abusive difformi da quelle postulate dalla natura e dalla finalità per cui il congedo straordinario è consentito; in particolare se l'allontanamento dal disabile, per un lasso temporale significativo, al fine di soggiornare a centinaia di chilometri di distanza, abbia comunque preservato le finalità primarie e prevalenti dell'intervento assistenziale che deve avere carattere permanente, continuativo e globale nella sfera individuale e di relazione del disabile.

In caso di accertamento dell'illecito, competerà sempre al giudice del merito (v. ancora Cass. n. 509/18 in motivazione) in sede di rinvio valutare poi se tale condotta integri la giusta causa di recesso nell'ambito del rapporto di lavoro con il dirigente ai fini del riconoscimento dell'indennità sostitutiva del preavviso.



4. Conclusivamente il primo motivo di ricorso deve essere accolto, con assorbimento del secondo mezzo successivo in ordine logico-giuridico; la sentenza impugnata deve essere cassata in relazione alla censura accolta, con rinvio alla Corte indicata in dispositivo, che si uniformerà a quanto statuito, provvedendo altresì alla liquidazione delle spese.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso, assorbito il secondo, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia alla Corte di Appello di Milano, in diversa composizione, anche per le spese.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 14 maggio 2019