

*Cass. Civ., Sez. Lavoro, 13/07/2018 n. 18744 – Rel. Cons. Marotta*

---

### FATTO

1. La Corte d'appello di Trieste, con sentenza del 24/11/2014, confermava la decisione del Tribunale di Udine che aveva accolto la domanda avanzata da An. Ma. - dipendente di Poste Italiane S.p.A. con mansioni di addetta alla corrispondenza presso il CPD di Latisana - intesa ad ottenere la declaratoria di illegittimità del licenziamento in tronco intimatole in data 22/1/2009.

A fondamento del licenziamento la società aveva posto -la circostanza che la Ma. aveva usufruito di n. 6 giorni di permesso ai sensi della legge n. 104/92 nei giorni 23, 24, 27, 29, 30 e 31 dicembre del 2008 per assistere la madre e la zia, entrambe portatrici di handicap, mentre in realtà, in data 30 dicembre del 2008, si era trovata a Playa de Amadores - Gran Canaria da dove aveva spedito una cartolina indirizzata al responsabile del proprio ufficio ed ai colleghi.

Rilevava la Corte territoriale, convenendo sul punto con la ricostruzione fattuale del giudice di primo grado, che: - la Ma. aveva chiesto di usufruire di un periodo di ferie (dal 23 al 31 dicembre 2008) e solo a ridosso del già prenotato viaggio tali ferie non le erano state concesse; - aveva inutilmente provato a disdire il viaggio presso l'agenzia e quindi aveva chiesto di beneficiare dei permessi ai sensi della L. n. 104/1992; - aveva inviato al suo stesso superiore e ad altri colleghi varie cartoline dalla Spagna; - la vicenda del viaggio alle Canarie era emersa perché con una busta anonima era stata recapitata al responsabile regionale della struttura di recapito una di tali cartoline.

Riteneva, quanto all'assunto della lavoratrice secondo cui il comportamento posto in essere le era stato suggerito dal suo direttore (cui la medesima si era rivolta per rappresentare che non era possibile disdire il viaggio e per insistere nella richiesta di concessione delle ferie, come del resto avvenuto con altre colleghe), che detto direttore, escusso in qualità di testimone, a distanza di poco tempo dall'accadimento dei fatti, si fosse significativamente trincerato dietro frasi del tipo 'non ricordo' o 'non sono in grado di ricordare'.

Riteneva che i fatti fossero connotati da un profilo soggettivo che mal si adattava ad una 'dolosa adibizione a ferie di un periodo di permesso'; in ogni caso evidenziava che il c.c.n.l. prevedeva il licenziamento con preavviso nell'ipotesi di 10 giorni consecutivi di assenza arbitraria e quello senza preavviso per un'assenza superiore a sessanta giorni e che nella specie vi era stata sicuramente un'assenza arbitraria ma di soli sei giorni.

2. Avverso la sentenza propone ricorso per cassazione la società sulla base di due motivi.

3. An. Ma. resiste con controricorso.

4. Attivato il procedimento camerale ai sensi dell'art. 380 bis, co. 1, cod. proc. civ., introdotto, a decorrere dal 30 ottobre 2016, dall'art. 1 bis, co. 1, lett. f), D.L. 31 agosto 2016, n. 168, convertito, con modificazioni, dalla L. 25 ottobre 2016, n. 197 (applicabile al ricorso in oggetto ai sensi dell'art. 1 - bis, co. 2, del medesimo D.L. n. 168/2016), la causa è stata, quindi, rimessa in pubblica udienza.

5. La società ricorrente ha depositato memoria.

### RAGIONI DELLA DECISIONE

1.1. Con il primo motivo la società denuncia omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio (art. 360, n. 5, cod. proc. civ.). Censura la sentenza impugnata che non avrebbe affrontato la circostanza che in realtà non vi era stata alcuna richiesta di ferie poi negata avendo la Ma. chiesto sin dall'inizio, verso la fine di novembre del 2008, ed in concomitanza con la prenotazione del viaggio, direttamente sei giorni di permesso ai sensi della L. n. 104/1992. Evidenzia che nemmeno nelle giustificazioni in risposta alle contestazioni la dipendente aveva fatto cenno alla richiesta di ferie.

1.2. Il motivo presenta profili di inammissibilità ed è comunque infondato.

Va ricordato che, ai sensi dell'art. 54, co. 2, D.L. n. 83/2012, conv. in L. n. 134/12, le regole sulla pronuncia cd. doppia conforme in facto (fondata sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della decisione impugnata) di cui all'art. 348 ter, co. 4 e 5, cod. proc. civ., si applicano ai giudizi di appello introdotti con ricorso depositato o con citazione di cui sia stata richiesta la notificazione dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione del citato decreto (id est, ai giudizi di appello introdotti dal giorno 11 settembre 2012). Ai sensi dell'art. 54, co. 3, del medesimo d.l. la riformulazione dell'art. 360, n. 5, cod. proc. civ., si applica alle sentenze pubblicate dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione del decreto (id est, alle sentenze pubblicate dal giorno 11 settembre 2012).

Questa Corte ha già affermato il principio, che questo collegio condivide, secondo il quale, nell'ipotesi di 'doppia conforme' prevista dall'art. 348 ter, co. 5, cod. proc. civ., il ricorrente in cassazione, per evitare l'inammissibilità del motivo di cui al n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ., deve indicare le ragioni di fatto poste a base della decisione di primo grado e quelle poste a base della sentenza di rigetto dell'appello, dimostrando che esse sono tra loro diverse (Cass. 10 marzo 2014, n. 5528; Cass. 22 dicembre 2016, n. 26774).

Tale adempimento, nella specie, non è stato svolto avendo anzi il ricorrente rimarcato che la Corte di appello sarebbe incorsa nel medesimo errore di valutazione del compendio probatorio commesso dal giudice di primo grado.

In ogni caso il motivo, nonostante il formale richiamo al vizio di omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, si risolve nella critica della sufficienza del ragionamento logico posto dal giudice di appello a base dell'interpretazione degli elementi probatori del processo e, in sostanza, nella richiesta di una diversa valutazione degli stessi, ipotesi integrante un vizio motivazionale non più proponibile in seguito alla modifica dell'art. 360, co. 1, n. 5 cod. proc. civ. apportata dall'art. 54 D.L. n. 83/2012, conv. in L. n. 134/2012.

Con l'arresto espresso da Cass., Sez. U., 7 aprile 2014, n. 8053, questa Corte, dopo aver chiarito i limiti del controllo sulla motivazione da parte del giudice di legittimità, ha evidenziato che l'omesso esame deve riguardare un fatto (inteso nella sua accezione storico-fenomenica e, quindi, non un punto o un profilo giuridico) principale o primario (ossia costitutivo, impeditivo, estintivo o modificativo del diritto azionato) o secondario (cioè dedotto in funzione probatoria).

Ma il riferimento al fatto secondario non implica che possa denunciarsi ex art. 360, co. 1, n. 5 cod. proc. civ. anche l'omesso esame di determinati elementi probatori: basta che il fatto sia stato esaminato, ancorché - in astratta ipotesi - in modo errato o poco convincente, senza che sia necessario che il giudice abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie emerse all'esito dell'istruttoria come astrattamente rilevanti.

A sua volta deve trattarsi di un fatto (processualmente) esistente, per esso intendendosi non un fatto storicamente accertato, ma un fatto che in sede di merito sia stato allegato dalle parti: tale allegazione può risultare già soltanto dal testo della sentenza impugnata (e allora si parlerà di rilevanza del dato testuale) o dagli atti processuali (rilevanza del dato extra-testuale).

Sempre le S.U. hanno precisato gli oneri di allegazione e produzione a carico del ricorrente ai sensi degli artt. 366, co. 1, n. 6 e 369, co. 2, n. 4 cod. proc. civ.: il ricorso deve indicare chiaramente non solo il fatto storico del cui mancato esame ci si duole, ma anche il dato testuale (emergente dalla sentenza) o extra-testuale (emergente dagli atti processuali) da cui risulti la sua esistenza, nonché il 'come' e il 'quando' tale fatto sia stato oggetto di discussione tra le parti e spiegarne, infine, la decisività.

L'omesso esame del fatto decisivo si pone, dunque, nell'ottica della sentenza n. 8053/14, come il 'tassello mancante' (così si esprimono le S.U.) alla plausibilità delle conclusioni cui è pervenuta la sentenza rispetto a premesse date nel quadro del sillogismo giudiziario.

Invece, il mezzo in oggetto non risponde ai requisiti prescritti dalla citata sentenza delle S.U., perché in sostanza cerca di avvalorare come omesso esame di fatti decisivi oggetto di discussione fra le parti la difforme loro valutazione ad opera della sentenza impugnata, che - contrariamente a quanto sostenuto in ricorso - ha espressamente esaminato tutte le circostanze concrete della vicenda per cui è causa, sia pur pervenendo ad un esito non condiviso dall'odierno ricorrente.

Né può dirsi che l'impugnata sentenza abbia omesso di esaminare i fatti decisivi come sopra intesi, avendo - anzi - correttamente ricostruito l'intera vicenda per cui è processo.

Va al riguardo precisato che nella decisione impugnata non si fa riferimento ad alcuna richiesta formale di ferie e ad un altrettanto formale diniego ma ad una 'convinzione' della dipendente di poter usufruire delle ferie e di un inaspettata non inclusione della medesima tra coloro che avrebbero potuto usufruire delle ferie nel periodo natalizio del 2008.

Quanto alla richiesta dei giorni di permesso ex legge n. 104/1992 che si assume avvenuta in data 26/11/2008 e la dedotta anteriorità della stessa rispetto ai contatti della dipendente con l'agenzia di viaggio per la prenotazione del viaggio, la circostanza non è neppure così rilevante come la ricorrente pretenderebbe atteso che è la stessa società a riferire (pagg. 4, 8 e 9 del ricorso) che la lavoratrice aveva ammesso di aver presentato tale richiesta quando ancora non aveva certezze circa la sua sostituzione da parte di altri familiari nei compiti di assistenza alla madre ed alla zia e circa la possibilità di partire per un periodo di vacanza.

La sequenza temporale degli accadimenti come ritenuta in sentenza risulta, del resto, confermata da quanto riportato dalla stessa ricorrente (pag. 11) circa il contenuto delle dichiarazioni dell'agente di viaggio Mo. in merito ad una prima richiesta di prenotazione (con scadenza) del viaggio a novembre seguita da una successiva agli inizi di dicembre per l'emissione dei biglietti (alla scadenza della prenotazione) ed una ancora successiva richiesta

di cancellazione della prenotazione verso il 18-20 dicembre oltre che da quanto riportato dalla controricorrente a pag. 9 con riferimento alle dichiarazioni rese dal direttore Se. ("confermo di aver ricevuto dalla sig.ra Ma....delle richieste informali di ferie relative al periodo natalizio del 2008....la programmazione delle ferie è stata effettuata qualche giorno prima di Natale, in effetti la sig.ra Ma. non rientrava in questa programmazione...") e a pag. 10 con riferimento alle dichiarazioni rese dalla teste Mo. ("...era in attesa di avere la conferma delle ferie venne in agenzia a comunicare che non c'erano problemi, perché il direttore le avrebbe concesso le ferie...intorno al 18-20 dicembre, la sig.ra Ma. venne a chiedermi se si potevano cancellare i biglietti o modificarne l'intestazione cosa che però non era possibile....").

Ciò, evidentemente, rende del tutto plausibili le conclusioni cui i giudici di appello sono pervenuti e la circostanza di cui al rilievo priva di quella valenza di 'tassello mancante' di cui sopra si è detto.

2.1. Con il secondo motivo la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 2104, 2105, 2106, 2119 cod. civ. in combinato disposto con l'art. 56, punto VI, lett. c), k) del c.c.n.l. Poste del luglio 2007 (art. 360, n. 3, cod. proc. civ.). Assume che la Corte territoriale, sulla base dell'erroneo presupposto della richiesta di ferie (negate) in realtà mai avvenuta, abbia concluso per l'insussistenza di una dolosa adibizione a ferie di un periodo di permesso. Rileva che i giudici di appello, qualificando la condotta della Ma. quale semplice 'assenza sicuramente arbitraria per motivi non autorizzati', avrebbero frainteso la reale portata di una condotta posta in essere con il preciso fine di aggirare il datore di lavoro ed avallato un comportamento intrinsecamente contrario alla disciplina invoca dalla lavoratrice che aveva beneficiato dei permessi ex L. n. 104/1992 per scopi estranei alle precise finalità assistenziali cui gli stessi sono preordinati.

2.2. Il motivo è infondato.

Oltre a richiamarsi quanto evidenziato con riguardo al primo motivo di ricorso, va osservato che la società non ha addotto alcuna ragione per superare la previsione specifica di cui al c.c.n.l. che prevede la massima sanzione espulsiva solo per le assenze non giustificate di una certa entità (art. 56, punto V, del c.c.n.l. dell'11 luglio 2007 lett. f) 'assenza arbitraria dal servizio superiore ai dieci giorni lavorativi consecutivi' e art. 56, punto VI, I) 'assenza arbitraria dal servizio superiore ai sessanta giorni lavorativi consecutivi, salvo casi di comprovata forza maggiore').

Non risulta, del resto, che fossa stata contestata la commissione di reati o un comportamento fraudolento e preordinato posto in essere con particolari raggiri o ovvero anche solo l'esistenza di altri addebiti specifici più confacenti alla condotta e la prospettata generica ipotesi di inosservanza di leggi o regolamenti o obblighi di servizio non può prevalere sulle previsioni contrattuali che quella mancanza espressamente contemplano.

E' jus receptum che l'interpretazione dell'atto di licenziamento, ai fini della determinazione della contestazione mossa al lavoratore e la valutazione - sotto il profilo oggettivo e soggettivo del comportamento del lavoratore stesso, al fine di stabilire se esso sia di entità tale da integrare giusta causa o giustificato motivo di recesso del datore di lavoro, integrano accertamenti di fatto riservati al giudice del merito e non incensurabili in sede di legittimità se sostenuti da adeguata e corretta motivazione (cfr. Cass. 13 giugno 1984, n. 3522).

Inoltre, la contestazione dell'addebito deve soddisfare i requisiti di specificità (Cass. 17 maggio 2005, n. 10292) e di immutabilità relativamente ai fatti contestati (cfr. Cass. 23 marzo 2006, n. 6454): ciò perché rappresenta un essenziale elemento di garanzia per il lavoratore (cfr. Cass. 23 agosto 2006, n. 18377).

Orbene, in applicazione delle succitate regole la Corte territoriale, interpretando la contestazione formulata nella sua complessiva portata, ha sottolineato che la condotta addebitata fosse stata quella di essersi la dipendente arbitrariamente assentata per motivi non autorizzati e che tale comportamento non rientrasse tra le ipotesi previste dal c.c.n.l. con preavviso ovvero senza preavviso.

Nell'opzione interpretativa dei giudici di secondo grado non si ravvisa allora alcun fraintendimento, risultando la stessa ancorata al contenuto della contestazione riferito, nella sua chiara rappresentazione, ad una precisa situazione di fatto.

La soluzione prescelta è anche sorretta da una logica adeguata perché, una volta accertata l'impossibilità di sussumere il caso concreto nelle disposizioni contrattuali che prevedevano l'applicazione del licenziamento con o senza preavviso, è stata confermata la non proporzionalità della sanzione irrogata come già ritenuta dal giudice di prime cure.

3. Conclusivamente il ricorso va rigettato.

4. La regolamentazione delle spese segue la soccombenza.

5. Va dato atto dell'applicabilità dell'art. 13, co. 1 quater, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nel testo introdotto dall'art. 1, co. 17, legge 24 dicembre 2012, n. 228.

### **P.Q.M.**

La Corte rigetta il ricorso; condanna la ricorrente al pagamento, in favore della controricorrente, delle spese del presente giudizio di legittimità che liquida in Euro 200,00 per esborsi ed Euro 4.000,00 per compensi professionali, oltre accessori come per legge e rimborso forfetario in misura del 15%.

Ai sensi dell'art. 13, co. 1 quater, del D.P.R. n. 115 del 2002, dà 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, dello stesso articolo 13.