



17538.14 ASD 2014

SENTE REGISTRAZIONE SENTE PVAI SENTE DOTTI

REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

[Empty box]

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

R.G.N. 11778/2012

SEZIONE LAVORO

Cron. 17538

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Rep.

- Dott. PAOLO STILE - Presidente - Ud. 07/05/2014
- Dott. PIETRO VENUTI - Consigliere - PU
- Dott. GIANFRANCO BANDINI - Consigliere -
- Dott. GIULIO MAISANO - Consigliere -
- Dott. ENRICA D'ANTONIO - Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 11778-2012 proposto da:

P S.P.A. in persona
 del legale rappresentante pro tempore, elettivamente
 domiciliata in ROMA, VIA PO 25/B, presso lo studio
 dell'avvocato PESSI ROBERTO, che la rappresenta e
 difende giusta delega in atti;

- *ricorrente* -

contro

M G

elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA SANTIAGO
 DEL CILE 8, presso lo studio dell'avvocato MARCO

2014

1599

BATTAGLIA, che la rappresenta e difende unitamente
all'avvocato RONCONI PAOLO, giusta delega in atti;

- *controricorrente* -

avverso la sentenza n. 388/2011 della CORTE D'APPELLO
di ANCONA, depositata il 05/05/2011 R.G.N. 1161/2007;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 07/05/2014 dal Consigliere Dott. ENRICA
D'ANTONIO;

udito l'Avvocato BUTTAFOCO ANNA PER DELEGA PESSI
ROBERTO;

udito l'Avvocato BATTAGLIA MARCO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. GIANFRANCO SERVELLO che ha concluso
per l'accoglimento del ricorso

CASSAZIONE.NET

RG n 11778/2012

Svolgimento del processo

Con sentenza del 5 maggio 2011 la Corte d'appello di Ancona ha confermato la sentenza del Tribunale di Pesaro di illegittimità del licenziamento intimato il 28/7/03 da P alla dipendente G M per superamento del periodo di comporta.

La Corte territoriale ha rilevato che la dipendente sia per la gravità delle patologie da cui era affetta sia per l'ampio arco temporale interessato dalle assenze, poteva aver avuto difficoltà a computare e valutare la durata complessiva delle sue assenze ed il conseguente superamento del comporta.

Secondo la Corte inoltre doveva presumersi che la lavoratrice effettivamente avesse chiesto informazioni al datore di lavoro circa la durata delle sue assenze nonché di fruire delle ferie che aveva maturato al fine di evitare il superamento del comporta. Sebbene non fosse stata fornita prova documentale della domanda di ferie, secondo la Corte risultava tuttavia provata per testi la prassi che la richiesta di ferie fosse presentata in modo informale e, comunque, non sarebbe stato neppure ipotizzabile che la lavoratrice avesse ommesso di avanzare la richiesta di ferie tanto importante per lei al fine di mantenere il posto di lavoro, non avendo, del resto P formulato alcuna obiezione risolutiva.

Quanto alla correttezza del comportamento del datore di lavoro la Corte territoriale ha osservato che, pur non gravando su di esso uno specifico obbligo di preavviso del prossimo superamento del comporta, non risultava conforme al canone della correttezza l'omessa e tempestiva considerazione delle esigenze della dipendente con la concessione delle ferie che avrebbe impedito il superamento del comporta. La Corte ha quindi concluso per l'illegittimità del licenziamento.

Avverso la sentenza ricorre P formulando due articolati motivi ulteriormente illustrati con memoria ex art 378 cpc. Resiste la lavoratrice con controricorso.

Motivi della decisione.

Con il primo motivo P denuncia violazione dell'articolo 40 del C.C.N.L. per il personale non dirigente e degli articoli 2110 e 2118 c.c. nonché vizio di motivazione.

Censura la sentenza nella parte in cui la Corte ha affermato che la lavoratrice per la gravità delle patologie e per l'ampio arco temporale interessato dalle assenze avesse avuto difficoltà a computare e valutare la durata complessiva delle sue assenze. Richiamato l'articolo 40 del C.C.N.L. P rileva che la lavoratrice aveva raggiunto 745 giorni nell'arco di quattro anni di assenza e che dette assenze erano state computate sulla base dei certificati prodotti dalla stessa lavoratrice e che pertanto il superamento del periodo di comporta era incontestabile.

Osserva altresì che la società non aveva mai conosciuto la vera natura delle patologie da cui era affetta la lavoratrice e che comunque il superamento del limite di comporta era condizione sufficiente di legittimità del recesso senza necessità di alcuna ulteriore prova.

Con il secondo motivo denuncia violazione dell'articolo 116 c.p.c., dell'articolo 2729 CC nonché in vizio di motivazione.

Censura la sentenza nella parte in cui la corte ha affermato che dovesse presumersi che la lavoratrice avesse formulato domanda di fruire delle ferie pur in assenza di una prova documentale. La Corte non indica gli elementi da cui ha ricavato che la lavoratrice avesse chiesto informazioni sulla sua posizione nonché sulla possibilità di fruire di ferie.

Osserva che l'articolo 2729 afferma che le presunzioni non previste dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice che deve ammettere solo quelle gravi precise e concordanti.

Rileva inoltre che la richiesta del lavoratore di ferie deve essere specifica con l'indicazione del momento a decorrere dal quale egli intende ottenere la conversione del titolo dell'assenza; che tale domanda deve precedere la scadenza del periodo di comporta; che il datore di lavoro non ha l'onere di avvertire preventivamente il lavoratore dell'imminente scadenza del comporta per malattia tenuto conto del resto che il computo delle assenze per malattia viene effettuato sulla base dei certificati inviati dallo stesso dipendente.

Osserva inoltre l'inesistenza nel nostro ordinamento di un principio generale di conversione delle cause di assenza dal lavoro su richiesta del lavoratore e che il datore di lavoro non ha alcun obbligo di concedere al lavoratore assente per malattia la fruizione delle ferie al fine di evitare il superamento del comporta

Le censure congiuntamente esaminate in quanto connesse sono fondate.

Deve, in primo luogo, rilevarsi che dalla sentenza impugnata risulta confermato che la lavoratrice ha superato il periodo di comporta. La **G M** nel controricorso, ha contestato che la durata della malattia sia stata di 745 giorni ed ha affermato che i giorni di assenza furono 727 con la conseguenza che non fu superato il comporta.

La questione di cui al motivo in esame non risulta trattata in alcun modo nella sentenza impugnata che, come si è detto, ritiene superato il periodo di comporta senza fare cenno al diverso calcolo delle assenze proposto dalla **M G**

La ricorrente, in violazione del principio di autosufficienza del ricorso, non ha indicato in quale atto del giudizio di merito ha dedotto la questione del numero delle assenze da essa ritenute corrette pari a giorni 724, calcolo diverso da quello indicato da **P** ed accolto dalla Corte, con la conseguenza che detta questione deve intendersi sollevata per la prima volta in sede di legittimità e come tale è inammissibile.

Secondo giurisprudenza consolidata di questa Corte, invero, qualora una determinata questione giuridica, che implichi un accertamento di fatto, come nella specie, non risulti trattata in alcun modo nella sentenza impugnata, il ricorrente che proponga la suddetta questione in sede di legittimità, al fine di evitare una statuizione di inammissibilità, per novità della censura, ha l'onere non solo di allegare l'avvenuta deduzione della questione dinanzi al giudice di merito, ma anche, per il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, di indicare in quale atto del giudizio precedente lo abbia fatto, onde dar modo alla Corte di controllare "ex actis" la veridicità di tale asserzione, prima di esaminare nel merito la questione stessa (Cass. 2 aprile 2004 n. 6542, Cass. Cass. 21 febbraio 2006 n.3664 e Cass. 28 luglio 2008 n. 20518).

Nella specie il ricorrente ha ommesso di indicare in quale atto processuale la questione era stata sollevata e se, proposta in primo grado, fosse stata nuovamente riproposta davanti alla Corte d'Appello.

Ciò premesso deve rilevarsi che secondo la Corte territoriale doveva presumersi che la lavoratrice avesse richiesto di fruire delle ferie che le spettavano evitando in tal modo il superamento del periodo di comporto. Il giudice di merito ha rilevato che la M G non aveva fornito prova documentale di tale richiesta e che comunque, vi era la prassi di richiedere le ferie informalmente. Secondo la Corte non era ipotizzabile che la dipendente avesse ommesso di richiedere le ferie tanto importanti per lei al fine di evitare il licenziamento e che, pertanto, l'assenza di una richiesta scritta non era ostativa alla presunzione

Deve, in primo luogo, premettersi quanto affermato da questa Corte secondo cui "il lavoratore ha la facoltà di sostituire alla malattia la fruizione delle ferie, maturate e non godute, allo scopo di sospendere il decorso del periodo di comporto, dovendosi escludere una incompatibilità assoluta tra ferie e malattia; in tali casi non sarebbe costituzionalmente corretto precludere il diritto alle ferie in ragione delle condizioni psico-fisiche inidonee al loro pieno godimento - non potendo operare, a causa della probabile perdita del posto di lavoro conseguente al superamento del comporto, il criterio della sospensione delle stesse e del loro spostamento al termine della malattia - perchè si renderebbe così impossibile la effettiva fruizione delle ferie. Spetta poi al datore di lavoro, cui è generalmente riservato il diritto di scelta del tempo delle ferie, di dimostrare - ove sia stato investito di tale richiesta - di aver tenuto conto, nell'assumere la relativa decisione, del rilevante e fondamentale interesse del lavoratore ad evitare in tal modo la possibile perdita del posto di lavoro per scadenza del periodo di comporto" (cfr Cass. n 11691 del 19/11/1998, n 5078 del 03/03/2009).

Si è altresì affermato che "Il lavoratore che, assente per malattia ed impossibilitato a riprendere servizio intende evitare la perdita del posto di lavoro a seguito dell'esaurimento del periodo di comporto, deve comunque presentare la richiesta di fruizione delle ferie, affinché il datore di lavoro

possa concedere al medesimo di fruire delle ferie durante il periodo di malattia, valutando il fondamentale interesse del richiedente al mantenimento del posto di lavoro, ne' le condizioni di confusione mentale del lavoratore per effetto della malattia fanno venir meno la necessità di una espressa domanda di fruizione delle ferie, indispensabile a superare il principio di incompatibilità tra godimento delle ferie e malattia" (cfr Cass . n. 3028/2003, n 6043/2000).

La questione della sussistenza della prova della richiesta di usufruire delle ferie da parte della **M G** risulta pertanto, fondamentale ai fini della corretta decisione della fattispecie in esame, ma ad essa la Corte territoriale ha dato una risposta del tutto insoddisfacente. Il giudice di merito ha ritenuto che doveva presumersi che la lavoratrice avesse fatto richiesta di usufruire delle ferie ma la Corte non ha indicato quali elementi precisi e concordanti consentissero di ricorrere alla presunzione dell'avvenuta richiesta delle ferie.

Pur dovendosi rilevare che, in mancanza di espresso divieto normativo e per il principio di libertà dei mezzi di prova, può essere fornita la prova della questione di cui sopra anche attraverso presunzioni semplici, il giudice è tenuto ad una attenta verifica volta ad individuare analiticamente i fatti noti dai quali risalire con deduzioni logiche ai fatti ignoti, correlando ogni indizio (purché grave, preciso e concordante) alla questione da accertare senza ricorrere ad affermazioni apodittiche, generiche, sommarie o cumulative (cfr Cass n. 25502/2011, n 23096/2012).

Nella specie la Corte territoriale ha ommesso di individuare gli indizi caratterizzati da gravità, precisione e concordanza, richiesti dall'art. 2729 cod. civ. che consentissero di assurgere al rango di prova presuntiva fornendo una decisione sul punto mancante o, comunque, del tutto insufficiente.

Per le ragioni che precedono la sentenza impugnata deve essere cassata ed il giudizio rimesso alla Corte d'appello dell'Aquila perché riesamini la questione dell'avvenuta tempestiva richiesta da parte della lavoratrice di usufruire delle ferie tenendo conto dei principi sopra esposti.

Il giudice di rinvio provvederà anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio.

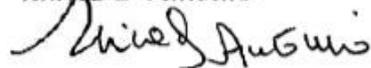
PQM

Accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia anche per le spese del presente giudizio alla Corte d'appello dell'Aquila.

Roma 7/5/2014

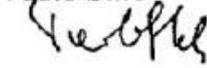
L'estensore

Enrica D'Antonio



Il Presidente

Paolo Stile



CASSAZIONE.NET



Il Funzionario Giudicante
Severino Pellicani
 Depositato in Cancelleria
 oggi, 1 AGO 2014
 Il Funzionario Giudicante
 Adriano GRANATA
 Il Funzionario Giudicante
Carole Blaise



CASSAZIONE.net