



## TRIBUNALE DI MILANO

### - Sezione Lavoro -

Il Giudice del Lavoro, dott.ssa Sara Manuela MOGLIA,  
a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 23 marzo 2018 nella causa n.  
12074/2017 RG,  
sentite le conclusioni formulate dai difensori, così provvede

#### ORDINANZA

Con il ricorso in data 11 dicembre 2017, \_\_\_\_\_ si è rivolta al Tribunale di Milano, in funzione di giudice del lavoro, e, denunciando la nullità, illegittimità e/o inefficacia del licenziamento intimatole il 18 maggio 2017, ha agito in giudizio ex art. 1 c. 48 L. 92/12 chiedendo, in via principale, la reintegrazione e il pagamento dell'indennità risarcitoria; in subordine, il pagamento di un'indennità risarcitoria pari a 24 mensilità. A tal fine ha eccepito la natura discriminatoria e ritorsiva del recesso; l'insussistenza del fatto contestato, la sproporzione della sanzione e la tardività della contestazione.

Si è costituita la società \_\_\_\_\_ che ha contestato le deduzioni avversarie chiedendo il rigetto del ricorso.

\*\*\*\*\*

Il ricorso può essere accolto ma nei limiti e per le ragioni di seguito indicate. \_\_\_\_\_ è stata licenziata sulla base degli addebiti contenuti nella lettera inviatale il 19 aprile 2017 che, per quanto di interesse e per sintesi, riguardano sei episodi di asserita indebita utilizzazione dei permessi ex legge n. 104/92.

In sostanza, \_\_\_\_\_, all'esito di un'indagine investigativa disposta proprio al fine di verificare l'utilizzo, da parte dei dipendenti titolari, dei permessi di cui sopra, ha contestato alla sig.ra \_\_\_\_\_ di aver impiegato le ore chieste come permesso per esigenze diverse da quella di assistenza al padre, familiare per il quale erano stati chiesti e concessi i permessi.

\_\_\_\_\_ deduce e documenta (doc. 6) che l'agenzia investigativa \_\_\_\_\_, a cui era stato incaricato il monitoraggio dei dipendenti titolari di permessi, depositò la propria relazione solo alla fine del mese di marzo 2017.

Tale tempistica esclude e destituisce di fondamento l'eccezione di tardività della contestazione.

Come noto, " *il principio dell'immediatezza della contestazione disciplinare, la cui "ratio" riflette l'esigenza dell'osservanza della regola della buona fede e della correttezza nell'attuazione del rapporto di lavoro, non consente all'imprenditore-datore di lavoro di procrastinare la contestazione medesima in modo da rendere difficile la difesa del dipendente o perpetuare l'incertezza sulla sorte del rapporto, in quanto nel licenziamento per giusta causa l'immediatezza della contestazione si configura quale elemento costitutivo del diritto di recesso del datore di lavoro. Peraltro, il criterio di immediatezza va inteso in senso relativo, dovendosi tener*



*conto della specifica natura dell'illecito disciplinare, nonché del tempo occorrente per l'espletamento delle indagini, tanto maggiore quanto più è complessa l'organizzazione aziendale. La relativa valutazione del giudice di merito è insindacabile in sede di legittimità se sorretta da motivazione adeguata e priva di vizi logici" (Cass.Sez.Lav., 20.6.2006, n.14115; v., tra le altre, anche Cass.Sez.Lav., 8.6.2009, n.13167, ove è stato affermato che "in materia di licenziamento disciplinare, il principio dell'immediatezza della contestazione, che trova fondamento nell'art. 7, terzo e quarto comma, legge 20 maggio 1970, n. 300, mira, da un lato, ad assicurare al lavoratore incolpato il diritto di difesa nella sua effettività, così da consentirgli il pronto allestimento del materiale difensivo per poter contrastare più efficacemente il contenuto degli addebiti, e, dall'altro, nel caso di ritardo della contestazione, a tutelare il legittimo affidamento del prestatore - in relazione al carattere facoltativo dell'esercizio del potere disciplinare, nella cui esplicazione il datore di lavoro deve comportarsi in conformità ai canoni della buona fede - sulla mancanza di connotazioni disciplinari del fatto incriminabile, con la conseguenza che, ove la contestazione sia tardiva, si realizza una preclusione all'esercizio del relativo potere e l'invalidità della sanzione irrogata. Né può ritenersi che l'applicazione in senso relativo del principio di immediatezza possa svuotare di efficacia il principio medesimo, dovendosi reputare che, tra l'interesse del datore di lavoro a prolungare le indagini in assenza di una obbiettiva ragione e il diritto del lavoratore ad una pronta ed effettiva difesa, prevalga la posizione di quest'ultimo, tutelata "ex lege", senza che abbia valore giustificativo, a tale fine, la complessità dell'organizzazione aziendale").*

Il principio della necessaria immediatezza della contestazione disciplinare è stato ripetutamente e costantemente affermato dalla Corte Suprema di Cassazione, la quale, da ultimo, ha ribadito, che *"nell'ambito di un licenziamento per motivi disciplinari, il principio di immediatezza della contestazione, pur dovendo essere inteso in senso relativo, comporta che l'imprenditore porti a conoscenza del lavoratore i fatti contestati non appena essi gli appaiono ragionevolmente sussistenti, non potendo egli legittimamente dilazionare la contestazione fino al momento in cui ritiene di averne assoluta certezza, pena l'illegittimità del licenziamento"* (Cass.Sez.Lav., 13.2.2013, n.3532).

Fatte tali doverose premesse, non pare possa esservi dubbio che, nel caso in esame, la società è stata rispettosa del principio dell'immediatezza e del bene giuridico (diritto di difesa) al quale il primo è preordinato.

Ed, invero, sebbene i fatti risalgono al periodo novembre 2016 -febbraio 2017, la società ne è venuta a conoscenza solo il 24 marzo 2017, ovvero allorchè ha potuto esaminare la relazione investigativa e il tempo trascorso tra il deposito della relazione e l'invio della contestazione non può certo dirsi eccessivo o tale da impedire alla lavoratrice di apprestare una valida difesa a sua discolpa.

Prova ne è, invero, che la stessa è stata in grado di ricostruire i movimenti descritti nei singoli episodi e di offrire la sua versione dei fatti dimostrando quindi di trovarsi nelle condizioni di esplicitare appieno la propria difesa senza alcuna compromissione.

Passando ora all'esame delle singole condotte, valgono le seguenti considerazioni: in ordine all'episodio del 16 novembre, nel quale il permesso richiesto andava dalle 15,38 alle 16,38, non vi è dubbio che alle ore 16,13 la sig.ra ' i ha



lasciato la propria abitazione per recuperare da scuola il nipote con il quale è rincasata alle ore 16,47.

A riguardo, la stessa ha riferito di essere andata a prendere il nipote in quanto il proprio padre e nonno del piccolo lo voleva vedere.

Quanto all'episodio del 28 novembre, il permesso andava dalle 17,23 alle 18,23, in tale lasso temporale la ricorrente si incontra con il padre, sale sulla sua auto e con lui raggiunge una sartoria nella quale si trattiene dalle 18,05 alle 18,28 in compagnia della figlia.

A riguardo le giustificazioni sono di aver dovuto portare a sistemare un abito del padre.

Il 31 gennaio per tutto il periodo del permesso la ricorrente non è in compagnia del padre, ma si trova presso la sede di viale Parco de' Principi a suo dire per effettuare l'aggiornamento e la configurazione del cellulare aziendale.

Il 2 febbraio si reca presso uno studio dentistico dove entra alle 16,47 ed esce alle 17,34 nell'ambito di un permesso chiesto fino alle 18,23.

In merito ha riferito di essersi recata dal dentista dove si trovava il padre.

Il 9 febbraio, con un permesso dalle 18 alle 20, alle 18,36 è vista uscire di casa con il padre, raggiungere piazza Galleria e entrare alle 19 in uno stabile dal quale usciva alle 20,11.

14 febbraio 2017 con permesso dalle 11,52 alle 20 ha trascorso l'intera giornata in parte fuori con il padre ed in parte a casa.

Ai fini della presente indagine, gli episodi elencati vanno divisi in tre gruppi: quelli nei quali la ricorrente, durante il permesso, si trova fuori casa o, comunque, non è in compagnia del padre.

Quelli nei quali la lavoratrice è, pur fuori casa, ma con il padre;

quelli da ultimo in cui, nell'arco del permesso, vi sono solo momenti in cui è in compagnia del padre.

Certamente nel primo gruppo va ricompreso l'episodio del 31 gennaio 2017 nel quale, per stessa ammissione della ricorrente, l'ora di permesso è stata utilizzata per finalità estranee alla cura ed assistenza del padre.

La società ha precisato che la configurazione del telefono aziendale era operazione che la ricorrente ben avrebbe potuto effettuare durante l'orario di lavoro. La circostanza non ha avuto smentite e la decisione di utilizzare l'ora di permesso per tale incombenza non può che configurarsi come un uso distorto dell'istituto.

Nel secondo gruppo sono da ricondurre l'ultimo episodio e quello del 28 novembre.

Mentre nel terzo si colloca l'episodio del 2 febbraio per il quale la ricorrente adduce di essersi recata presso il dentista per poter assistere il padre e conoscere dal medico le cure a cui avrebbe dovuto sottoporlo.

La permanenza presso il medico, però, è circoscritta ad un lasso temporale inferiore a quello del permesso, mentre per i restanti 50 minuti la ricorrente, lasciato lo studio dentistico, è stata occupata in altro, tra cui l'accudimento del proprio cane.

Firmato Da: PARTENOPE CINZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 47bc35793becac3368af220508f1601c - Firmato Da: MOGLIA SAPA MANUELA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 3fe5c753977a5a3e80666639e44e3bb769





ovvero di un abuso del diritto, come già ritenuto da questa Corte in precedenti analoghi.

6. Alla luce dell'orientamento di questa Corte, che si condivide ed al quale si intende dare continuità (Cass. n. 4984/2014, conf. Cass. n. 9217/2016, n. 9749/2016 e n. 8784/2015), il comportamento del prestatore di lavoro subordinato che, in relazione al permesso ex art. 33 L. n. 104/1992, si avvalga dello stesso non per l'assistenza al familiare, bensì per attendere ad altra attività, integra l'ipotesi dell'abuso di diritto, giacché 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'indennità ed uno sviamento dell'intervento assistenziale.

7. I permessi devono essere fruiti, dunque, in coerenza con la loro funzione. In difetto di tale nesso causale diretto tra assenza dal lavoro e prestazione di assistenza, devono ritenersi violati i principi 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. Tanto rileva anche ai fini disciplinari, pure a prescindere dalla figura dell'"abuso di diritto, che comunque è stata integrata tra i principi della Carta dei diritti dell'unione europea (art. 54), dimostrandosi così il suo crescente rilievo nella giurisprudenza europea" (Cass. n. 9217/2016).

8. Quanto all'integrazione dei presupposti di legittimità del licenziamento intimato all'odierna ricorrente, va ricordato che la giusta causa è una nozione che la legge, allo scopo di un adeguamento delle norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo, configura con una disposizione (ascrivibile alla tipologia delle c.d. clausole generali) di limitato contenuto, delineante un modello generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama. Tali specificazioni del parametro normativo hanno natura giuridica e la loro disapplicazione è quindi deducibile in sede di legittimità come violazione di legge, mentre l'accertamento della concreta **ricorrenza**, nel fatto dedotto in giudizio, degli elementi che integrano il parametro normativo e le sue specificazioni e della loro concreta attitudine a costituire giusta causa di licenziamento, si pone sul diverso piano del giudizio di fatto, demandato al giudice di merito e incensurabile in cassazione se privo di errori logici o giuridici (Cass. n. 8254 del 2004, n. 5095/2011 e, da ultimo, Cass. 6498/2012). L'attività di integrazione del precetto normativo di cui all'art. 2119 c.c. (normac.d. elastica), compiuta dal giudice di merito - ai fini della individuazione della giusta causa di licenziamento - mediante riferimento alla "coscienza generale", è sindacabile in cassazione a condizione che la contestazione del giudizio valutativo operato in sede di merito non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga, invece, una specifica denuncia di non coerenza del predetto giudizio rispetto agli "standards", conformi ai valori dell'ordinamento esistenti nella realtà sociale (Cass. n. 9266 del 2005, v. pure Cass. n. 4984/2014)"

Il punto focale della sentenza si concentra sulla ratio della norma dalla quale viene poi tratto il principio.

Ora, parlando di permessi, come nel caso in esame richiesti in specifiche fasce orarie, non può condividersi il ragionamento fatto dalla Corte penale nella sentenza citata dalla difesa ricorrente in quanto tale lettura sovvertirebbe il rapporto sinallagmatico tra lavoratore e datore di lavoro senza che ciò sia giustificato dalla necessità di tutelare beni superiori.

In sostanza, dovendo calarci nel caso in esame e nel rapporto tra le parti del presente giudizio (ovvero datore di lavoro e lavoratore e non già imputato e Stato come nel caso della sentenza penale citata dalla difesa ricorrente), non si ritiene condivisibile che, il sacrificio a cui viene esposto il datore di lavoro, che deve rinunciare a parte della prestazione lavorativa del proprio dipendente, non sia correlato e compensato dalla necessità di assistenza della persona handicappata. Il permesso accordato al lavoratore non può che essere inteso come finalizzato a prestare tale assistenza e quindi non può che essere utilizzato per tale scopo.

Come in maniera del tutto condivisibile dice la Corte, nessun elemento testuale consente di scindere il permesso con l'assistenza, sicché la diversa lettura che ne



dà la Corte di Cassazione penale appare distorsiva del dettato legislativo e estranea alla sua funzione.

Né più ritenersi che tale lettura possa risultare cinica o egoista come ha argomentato la difesa riferendosi alla posizione di

Invero, va, come detto, ribadito che nel caso in esame, ciò di cui si discute è la decisione datoriale di recedere da un rapporto nel quale la fiducia verso il lavoratore risulta compromessa.

Su tale premessa, non può pretendersi che un datore di lavoro accetti di rinunciare a parte della prestazione lavorativa del suo dipendente sapendo che questi, in permesso ai sensi dell'art. 33 l.n. 104/92, di fatto impiega il proprio tempo in altre incombenze.

Ora, fermo restando i predetti principi, richiamando gli episodi contestati, è evidente l'estraneità, alla ratio normativa, del fatto accaduto il 31 gennaio 2017.

In tal caso, la società ha dedotto che vi erano spazi temporali diversi e interni all'orario di lavoro per effettuare la configurazione del cellulare e la ricorrente, che nulla ha replicato, in merito si è limitata ad asserire che tale configurazione andava fatta in quel momento.

Non ha spiegato, però, perché abbia chiesto il permesso ex art. 33 per poter effettuare tale configurazione quando il permesso è previsto per ben altra ragione e fine.

Ugualmente è a dire per il lasso temporale nel quale il giorno 2 febbraio lascia il padre dal dentista e rincasa uscendo poi con il cane.

La ricorrente ha evidenziato la necessità di seguire il padre dal medico e ciò è comprensibile, non si spiega però perché il padre rimanga poi da solo presso lo studio dentistico e la ricorrente se ne allontani.

Anche i 40 minuti del 9 febbraio appaiono privi di alcuna copertura assistenziale e certo non possono essere, per le ragioni sopra illustrate, giustificati dalla volontà del nonno di andare prendere la nipote.

Uguale è a dire per l'episodio del 16 novembre e di cui si è già detto.

In sostanza e sintesi, benchè non tutti gli episodi contestati possano configurare forme di abuso del diritto (certamente non lo è quello del 14 febbraio), ve ne sono altri nei quali non risulta esservi totale coincidenza tra le ore chieste come permesso e l'assistenza al genitore.

Tali casi determinano, per le ragioni sopra dette, un uso distorto del permesso e quindi si risolvono in un'inadempienza della lavoratrice verso gli obblighi di correttezza e buona fede verso il datore di lavoro.

Beni questi che debbono permeare l'intero rapporto di lavoro ed il cui venire meno incide sulla disponibilità del datore di lavoro di proseguire.

Le condotte tenute incidono anche sulla fiducia non potendosi pretendere che un datore di lavoro che, al fine di consentire alla propria dipendente di utilizzare i permessi per l'assistenza al padre deve organizzare diversamente l'impresa, saputo che la lavoratrice in quelle ore si dedica ad attività diverse, rimanga impassibile ed inerte.

La reazione del datore di lavoro, tuttavia, per essere legittima, deve essere graduata e commisurata al grado dell'inadempimento e all'intensità del dolo o della colpa.



Nella specie, va considerato che non tutti gli episodi risultano leggibili come prospettato dalla società e che, tra questi solo quello del 31 gennaio, configura sicuramente un uso distorto, mentre gli altri ritenuti più sopra rilevanti sono espressivi solo di un parziale abuso.

La reazione, quindi, del datore di lavoro, che ha intimato il licenziamento e quindi la sanzione massima, risulta proporzionata.

Pertanto il licenziamento dovrà dichiararsi illegittimo, ma il rapporto va dichiarato sciolto a tale data con il riconoscimento per la lavoratrice di una somma indennitaria che, tenuto conto della durata del rapporto (dal 2001) e delle dimensioni della società, si ritiene di quantificare in diciotto mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

In sede di discussione, la difesa ha rinunciato alla domanda relativa alla discriminatorietà o ritorsività del licenziamento sicchè alcuna pronuncia deve essere assunta a riguardo.

In punto spese, si ritiene alla luce della decisione e del comportamento processuale tenuto dalle parti durante il tentativo di conciliazione (la società aveva accettato la proposta del giudice di quindici mensilità, mentre la ricorrente l'aveva rifiutata), di procedere ad una compensazione nella misura di due terzi con condanna del restante un terzo in favore della ricorrente.

### PQM

Il Tribunale di Milano in funzione di Giudice del Lavoro, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, così provvede:

-accoglie il ricorso e, per gli effetti, dichiara l'illegittimità del licenziamento intimato e risolto il rapporto alla data del predetto licenziamento con conseguente condanna della società al pagamento, in favore della ricorrente, di una indennità risarcitoria pari a diciotto mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

-Compensa nella misura di due terzi le spese di lite condannando parte resistente alla rifusione del restante un terzo che liquida in € 1000, oltre accessori di legge.

Si comunichi.

Milano il 23 marzo 2018.

Il Giudice del Lavoro  
Dott.ssa Sara Manuela MOGLIA



