

RGL 1/2021
PARTE II
RGL GIURISPRUDENZA ONLINE
NEWSLETTER N. 2/2021

APPROFONDIMENTI

I

CASSAZIONE, 25.9.2020, n. 20243, ord. – Pres. Raimondi, Est. Boghetich, P.M. Matera (rigetto) – M. S.p.a. (avv.ti De Luca Tamajo, Salimbeni, Fazio, Paternò) c. R.S. (avv. Belolli).
Conf. Corte d'Appello di Brescia, 15.10.2018

Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – Lavoratore invalido – Permessi ex l. 104 del 1992 – Fruizione permessi in concomitanza con le festività – Abuso del diritto – Insussistenza – Illegittimità del recesso – Reintegra.

In tema di lavoro privato, la fruizione di permessi ex lege n. 104 del 1992 in concomitanza con le festività non configura l'abuso del diritto, anche se gli stessi sono utilizzati per finalità estranee alle esigenze di cura, in quanto finalizzati ad una più agevole integrazione familiare e sociale (1).

II

CASSAZIONE, 12.8.2020, n. 16930, ord. – Pres. Nobile, Est. Piccone, P.M. Fresa (rigetto) – T.I. S.r.l., (avv.ti Agostini, Dolfi) c. C.S. (avv.ti Bartoli, Benifei).
Conf. Corte d'Appello di Genova, 27.7.2018

Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – Permessi ex l. n. 104 del 1992 per assistenza a persona affetta da handicap – Assenza dal lavoro in attesa di prestare assistenza al disabile – Mancato rispetto della assistenza continuativa e permanente – Abuso del diritto – Insussistenza – Illegittimità del recesso – Reintegra.

Non integra l'uso improprio del permesso l'attesa del lavoratore che, su richiesta del disabile, rimane a disposizione presso la propria abitazione al fine di essere con-

tatto dal medesimo al fine di prestargli le proprie cure, trattandosi di assistenza graduata alle esigenze manifestate dalla persona beneficiaria dell'assistenza stessa (2).

III

CASSAZIONE, 19.6.2020, n. 12032 – Pres. Nobile, Est. Piccone, P.M. Cimmino (rigetto) – P. S.p.a. (avv. Macri) c. D.A.G. (avv. Barbanera).
Conf. Corte d'Appello di Bologna, 26.7.2018

Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – Permessi *ex l. n. 104 del 1992* per assistenza a persona affetta da *handicap* – Mancato rispetto della assistenza continuativa e permanente al disabile – Abuso del diritto – Accertamenti tramite agenzia investigativa – Insufficienza della prova – Illegittimità del recesso – Reintegra.

La fruizione abusiva dei permessi previsti dall'art. 33, c. 3, l. n. 104 del 1992 si realizza soltanto nell'ipotesi in cui manchi del tutto il nesso causale tra assenza dal lavoro ed assistenza al disabile, che integra l'uso improprio o l'abuso del diritto, ovvero la grave violazione dei doveri di correttezza e buona fede sia nei confronti del datore di lavoro, che dell'ente assicurativo e genera la responsabilità del dipendente (3).

(1-3) LICENZIAMENTO DISCIPLINARE PER ABUSO DEI PERMESSI

EX ART. 33, L. N. 104/1992

La l. n. 104 del 1992 consente al lavoratore di usufruire di permessi retribuiti finalizzati ad assistere il familiare disabile. L'abuso di tali permessi può comportare il licenziamento disciplinare del lavoratore qualora il medesimo li utilizzi in modo improprio. La Suprema Corte, in più occasioni, si è espressa con riferimento alla legittimità del recesso del dipendente che non si avvale del permesso in coerenza con l'assistenza al familiare disabile. L'uso illegittimo di tali benefici integra un abuso del diritto in ragione della grave violazione degli obblighi gravanti sul lavoratore, il quale priva il datore di lavoro della prestazione in assenza di una valida ragione (in tal senso, cfr. Cass. 25.3.2019, n. 8310, in *GI*, 2019, 1871, con nota di Aimo).

Con i tre arresti di legittimità in commento, la Cassazione torna nuovamente a pronunciarsi sulla fattispecie dei licenziamenti intimati per la fruizione abusiva dei permessi *ex lege* n. 104 del 1992. In estrema sintesi, per esigenze di spazio espositivo, queste le circostanze fattuali oggetto delle tre decisioni in analisi. La prima, la sentenza del 19 giugno 2020, n. 12032, tratta il caso di una lavoratrice che, in seguito ad accertamenti effettuati tramite un'agenzia investigativa, era stata licenziata per non aver prestato effettiva assistenza alla madre disabile durante il periodo di fruizione di permessi. I giudici di legittimità, sul punto, hanno ritenuto illegittimo il recesso, in quanto le risultanze degli accertamenti investigativi erano lacunose e non specificatamente circostanziate. La seconda, l'ordinanza del 12.8.2020, n. 16930, attiene al licenziamento disciplinare di una dipendente che

avrebbe approfittato dei permessi accordati ai sensi della l. n. 104/92 per assistere il proprio fratello disabile. In particolare, alla prestatrice era stato contestato che, nella giornata in cui aveva chiesto il permesso, non si era immediatamente vista con il fratello, limitandosi a rimanere a sua disposizione nella propria abitazione e attendendo che quest'ultimo la chiamasse al fine di assisterlo, come si era poi verificato; ciò determinando, a parere della società, l'ipotesi dell'abuso del diritto che, invece, è stata esclusa dalla Suprema Corte. La terza, l'ordinanza del 25.9.2020, n. 20243, riguarda la fattispecie di un lavoratore portatore di disabilità, licenziato per avere aumentato i giorni di assenza in concomitanza con le festività e, dunque, sempre a giudizio del datore, per finalità estranee a quelle connesse alla cura della sua condizione di invalido. Il licenziamento, secondo i giudici di legittimità, è stato ritenuto illegittimo in quanto l'articolo 33, l. 104/92, non impedisce che il lavoratore possa usufruire dei permessi anche con finalità diverse da esigenze di cura o di visite mediche, non rivestendo così alcun profilo disciplinare l'utilizzo di permessi in continuità con giorni di festività.

2. Ai fini di una migliore comprensione delle tutele, rafforzate, di cui gode il titolare dei benefici ex l. n. 104/92, pare opportuno, stante il tenore delle argomentazioni dei giudici di legittimità, ripercorrere il ragionamento dell'ultima ordinanza in commento. La Suprema Corte, dopo un'attenta ricostruzione delle disposizioni nazionali e sovranazionali a tutela del soggetto portatore di *handicap* e per coloro che gli devono dare assistenza, afferma che le stesse rappresentano «*un articolato sistema di welfare anche familiare connesso ai doveri di solidarietà sociale*». Proprio in tema di permessi ex art. 33 della l. n. 104/92, la Cassazione ritiene, infatti, che si tratti di «*provvidenze*» riconducibili all'art. 38 Cost., che operano all'interno dei rapporti lavoro. Ciò in linea con quanto già stabilito dalla Consulta, che ritiene tali benefici alla stregua di uno strumento di politica socio-assistenziale «*espressione dello Stato sociale, che eroga una provvidenza in forma indiretta, tramite facilitazioni e incentivi*», a favore sia del soggetto disabile che dei congiunti che si fanno carico dell'assistenza (C. cost., 7.12.2018, n. 232, in *FI*, 2018, I, 2019). Secondo la Suprema Corte, il valore cogente delle norme a sostegno del portatore di *handicap* risiede non solo nella fruizione delle prestazioni economiche ricevute dall'ente preposto, ma anche (e soprattutto) nelle varie forme di «*tutela indiretta riconducibili alla logica di prestazioni di servizi piuttosto che da benefici monetari*». A supporto di tale argomentazione, i giudici di legittimità menzionano le norme a protezione delle persone disabili costituite da fonti sia interne, come gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione, nonché la l. n. 68 del 1999, sia di ordine internazionale, come la direttiva 2000/78 del 27.11.2000 e la Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità ratificata in Italia con l. n. 18 del 2009. Al riguardo, la Suprema Corte, richiamando gli orientamenti della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia, pone l'accento sull'esigenza di «*socializzazione*» del disabile, che consente al medesimo lo sviluppo della propria personalità quale diritto fondamentale dell'individuo a una sana vita di relazione (in dottrina, sulla finalità della l. n. 104 del 1992, che comprende anche la tutela delle condizioni del disabile volta ad agevolarlo a condurre una vita normale e lo sviluppo della condizione umana, si segnalano Bonardi 2011, 785; Mesiti 2013, 5). In particolare, la Corte costituzionale ha affermato che la finalità della l. n. 104 del 1992 non è solo quella di predisporre tutte le azioni necessarie al fine di garantire il «*pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e autonomia della persona handicappata*» (in tal senso, C. cost. 16.6.2005, n. 233, in *RGL*, 2005, II, 787, con nota di Borla), ma anche di assi-

curare al portatore di *handicap* il «diritto alla salute psicofisica, ricomprensivo dell'assistenza e della socializzazione» (C. cost., 23.9.2016, n. 213, in *RIDL*, 2017, II, 139). In virtù di quanto sin qui esposto, la Cassazione afferma quindi che «i permessi ex art. 33, c. 6 della l. n. 104 del 1992 sono riconosciuti al lavoratore portatore di handicap in ragione della necessità di una più agevole integrazione familiare e sociale, senza che la fruizione di detto beneficio debba essere necessariamente diretto alle esigenze di cura».

3. Come si è evidenziato nelle pagine precedenti, è proprio su tali presupposti di solidarietà, ancorati a principi costituzionali e di diritto internazionale, che si fonda l'interpretazione della giurisprudenza, spesso chiamata ad una non sempre facile valutazione delle condotte dei prestatori titolari dei permessi per la cura dei disabili. Tali benefici, infatti, sempre secondo la citata ordinanza n. 20243 del 25 settembre 2020, favoriscono l'assistenza sociale «secondo la logica della sussidiarietà orizzontale, non dallo Stato ma direttamente dai congiunti del disabile e riconosciuta altresì nell'ambito dell'organizzazione aziendale». I tre provvedimenti, pertanto, sono di rilevante interesse in quanto approfondiscono la tematica della fruizione impropria dei permessi *ex lege* n. 104/92, con un approccio interpretativo che tenta di trovare un giusto equilibrio tra due principi fondamentali in stretta correlazione tra loro, ossia: la funzione sociale sottesa al loro utilizzo, che non deve essere compressa in maniera pretestuosa, e il rigore nella valutazione dell'abuso del diritto, che si configura solo quando manchi del tutto il nesso di causalità tra l'utilizzo del permesso e la finalità assistenziale (in merito, si veda Cass. 13.9.2016, n. 7968, in *LG*, 11, 2016, 975, con nota di Minervini). Infatti, negli ultimi tempi si è assistito a una forte aumento delle fattispecie di licenziamento disciplinare nei confronti di lavoratori che avevano usufruito in maniera fraudolenta sia dei permessi *ex lege* n. 104 del 1992, sia del congedo straordinario. In tal senso, la Suprema Corte ha sempre dimostrato un atteggiamento rigoroso nella considerazione delle suddette fattispecie, anche in ragione del «disvalore sociale» che consegue all'abuso di tali benefici e che risulta in contrasto con il «minimo etico» preteso nei confronti del dipendente in ragione di un duplice aspetto eziologicamente connotante la fattispecie: da una parte, gli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro; dall'altra, i doveri connotati all'appartenenza a una comunità (Cass. 30.4.2015, n. 8784, in *FI*, 2015, I, 1944). Ovviamente, ogni fattispecie va analizzata tenendo sempre presente il caso concreto. Questo perché, come dimostrato dalle vicende fattuali oggetto dei casi in esame, vi è il pericolo che il potere disciplinare possa essere utilizzato dal datore di lavoro in maniera strumentale e colpire, invece, soggetti le cui condotte, siano essi portatori di *handicap* o titolari di benefici per l'assistenza alle persone disabili, devono essere valutate con particolare attenzione, senza perdere di vista gli istituti sottostanti e la funzione sociale a tutela della disabilità, come rappresentati nelle motivazioni dell'ordinanza n. 20243/2020.

La Cassazione, infatti, con le pronunce in esame e, in particolare, con le prime due, sembrano privilegiare un approccio interpretativo di tipo qualitativo, piuttosto che quantitativo, della prestazione di assistenza dovuta in ragione della fruizione dei permessi *de quibus* (in merito, si v. Cass. 20.8.2019, n. 21259, in *RGL*, 2020, II, 90). Sul punto, la Suprema Corte chiarisce come, nei casi sottoposti al proprio vaglio, i fatti oggetto di contestazione non integrassero quelle fattispecie già analizzate dalla giurisprudenza riguardanti l'abuso del diritto perché, in quei precedenti giurisprudenziali, i permessi *ex lege* n. 104 del 1992 erano stati fruiti nell'esclusivo interesse del lavoratore, come l'essersi recato in vacanza o l'aver partecipato ad attività ludiche o di interesse privato, che denotavano una violazione del prin-

cipio di buona fede nei rapporti con il datore di lavoro tali da integrare l'abuso del diritto (si veda in tal senso: Cass. 17.9.2019, n. 19580, in *NGL*, 2019, 518; Cass. 6.5.2016, n. 9217, in *FI*, Rep. 2016, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1026; Cass. 22.3.2016, n. 5574, in *RIDL*, 2016, II, 747, con nota di Allocca; Cass. 4. 3.2014, n. 4984, in *GI*, 2014, 252, con nota di Balletti). In merito, i giudici di legittimità richiamano il principio, da ultimo affermato con sentenza n. 19580 del 2019 e ormai consolidato, secondo cui l'assistenza al disabile non può intendersi esclusiva al punto di impedire, a chi la offre, di dedicare spazi temporali adeguati alle personali esigenze di vita (in tal senso, si veda anche Cass. 5.12.2017, n. 29062, in *RGL*, 2018, II, 135, con nota di Salvagni). Altrimenti vi sarebbe l'effetto paradossale, non previsto dalle norme di riferimento, che il prestatore che fruisce del permesso o del congedo dovrebbe trascorrere, senza interruzioni, l'intera giornata accanto al disabile (e non solo con riferimento allo scarto temporale relativo dell'orario lavorativo), senza potersi dedicare a quelle che sono le proprie necessità, siano esse di svago o varie incombenze quotidiane, incorrendo sempre in un uso improprio della prestazione assistenziale (sul punto, si veda Cass. 31.1.2017, n. 2600, in *FI*, rep. 2017, voce *Invalidi civili e di guerra*, n. 19). Tale assistenza, comunque, deve garantire al familiare disabile un intervento assistenziale di carattere permanente, continuativo e globale. In merito, la Cassazione specifica che, in taluni casi, il *discrimen* fra l'uso corretto del permesso e l'esercizio abusivo dello stesso si rivela sottile, così valorizzando il valore sociale dell'istituto previsto a presidio di una tutela rafforzata e qualificata sia per il dipendente beneficiario sia per lo stesso lavoratore disabile. Proprio in ragione di questo sottile discrimine che può comportare, se non valutato attentamente, la compressione di diritti fondamentali del disabile, il magistrato dovrà effettuare una puntuale indagine fattuale al fine di verificare se l'eventuale esercizio di altre attività o la parziale assistenza possano integrare un uso improprio del permesso.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2019), *Licenziamento disciplinare per indebita fruizione dei permessi per l'assistenza a familiare disabile*, in *GI*, 1871 ss.
- Allocca V. (2016), *L'abuso nella fruizione dei permessi retribuiti ex art. 33 l. 104/92 integra una giusta causa di licenziamento*, in *RIDL*, II, 747 ss.
- Balletti E. (2014), *Controllo «occulto» e sanzionabilità dell'utilizzo improprio dei permessi assistenziali*, in *GI*, 2521 ss.
- Bonardi O. (2011), *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, in *RGL*, 4, II, 785 ss.
- Borla F. (2005), *Estensione della tutela giuridico-economica per i fratelli/sorelle conviventi portatori di handicap*, in *RGL*, II, 792 ss.
- Mesiti D. (2013), *Handicap, cecità e sordità*, Giuffrè, Milano.
- Minervini A. (2016) *L'uso improprio dei permessi ex L. n. 104 del 1992 giustifica il licenziamento*, in *LG*, 11, 975 ss.
- Salvagni M. (2018), *Licenziamento disciplinare e congedo straordinario per l'assistenza del disabile*, in *RGL*, II, 135 ss.

Michelangelo Salvagni
Avvocato in Roma