RGL 1/2025

PARTE II

RGL GIURISPRUDENZA ONLINE

NEWSLETTER N. 3/2025

CASSAZIONE, 9.9.2024, n. 24130, ord.
Conf. Corte d'Appello di Napoli, 6.7.2021.

Aspettative e permessi – Disabilità – Assistenza – Abuso del diritto – Licenziamento disciplinare – Illegittimità.

Deve ritenersi illegittimo il licenziamento del lavoratore per abuso dei permessi ex *art. 33, c. 3, l. n. 104/1992, ove risulti accertato il nesso di causalità tra la fruizione di tali permessi e la finalità di tipo assistenziale alla quale gli stessi sono preordinati. Ai fini della suddetta verifica, a nulla rileva che l'attività di assistenza non sia prestata presso la residenza del disabile o avvenga in tempi non strettamente coincidenti con l'orario di lavoro. Solo qualora il nesso causale manchi del tutto non potrà riconoscersi un uso del diritto coerente con la sua funzione e, dunque, si configurerà un abuso dello stesso. (1)*

(1) *EST MODUS IN REBUS*: I PERMESSI *EX LEGE* N. 104/1992
E LA LORO FINALIZZAZIONE ALL'ASSISTENZA DEL DISABILE,
PER NON INCORRERE IN UN ABUSO DEL DIRITTO

1. — L'ordinanza della Suprema Corte qui in commento affronta il tema dell'abuso del diritto a fruire dei permessi retribuiti *ex* art. 33, c. 3, l. n. 104/1992, finalizzati all'assistenza di una persona affetta da disabilità grave, non ricoverata a tempo pieno.

Il caso ha riguardato un licenziamento disciplinare irrogato a una lavoratrice per uso illecito dei permessi in parola. Esperite le vie giudiziali, tale licenziamento è stato considerato illegittimo – con conseguente condanna alla reintegrazione – in tutti i gradi di giudizio.

In particolare, il ricorso per Cassazione, dal quale è scaturita la pronuncia in epigrafe, è stato affidato, principalmente, a due motivi: 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 33, c. 3, l. n. 104/1992; 2) violazione dell'art. 4 della circolare Inps n. 53 del 2008.

2. — Per quanto attiene al primo motivo di ricorso, dichiarato dalla Corte privo di fondamento, lo stesso consente di inserire la pronuncia qui in commento nel solco di

una copiosa giurisprudenza, tanto di merito tanto di legittimità – richiamata a titolo esemplificativo anche nel testo dell'ordinanza in esame –, in tema di licenziamento per giusta causa, comminato al lavoratore per uso improprio dei permessi *ex* l. n. 104/1992, con violazione della finalità per la quale il beneficio è concesso (*Ex multis*, si vedano: T. Reggio Calabria 7.3.2024, n. 377, in *OneLegale*; T. Bari 30.4.2019, in *RIDL*, 2019, n. 4, II, 600 ss., con nota di Manolio; C. App. Roma 25.1.2019, n. 326, in *DeJure*; Cass. 11.10.2024, n. 26514, in *D&G online*, 14 ottobre 2024; Cass. 9.8.2024, n. 22643; Cass. 4.2.2025, n. 2619, tutte in *OneLegale*; Cass. 4.3.2014, n. 4984; Cass. 22.3.2016, n. 5574, entrambe in *DeJure*).

La Suprema Corte ha ribadito che, per pacifico orientamento, può costituire giusta causa di licenziamento l'utilizzo illecito dei permessi *ex lege* n. 104/1992, qualora il lavoratore ne fruisca per attendere ad attività diverse da quelle di assistenza per le quali il beneficio è concesso. In coerenza con la *ratio* della norma, l'assenza dal lavoro – riprendendo testualmente le parole dei giudici – deve porsi in «relazione diretta con l'esigenza per il cui soddisfacimento il diritto stesso è riconosciuto, ossia l'assistenza al disabile […]; ove il nesso causale […] 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 abuso del diritto […] oppure secondo concorrente o distinta prospettiva di una grave violazione dei doveri di correttezza e buona fede».

Di converso, deve ritenersi illegittimo il licenziamento allorché sia emerso, in corso di causa, che il lavoratore abbia utilizzato i permessi per attendere a finalità assistenziali, come è stato ritenuto nel caso di specie. La Corte ha, inoltre, specificato che i permessi in esame sono delineati quali permessi giornalieri (tre al mese), e non su base oraria, e possono essere fruiti «per assistere, in forme non specificate».

3. — Il secondo motivo di ricorso è stato dichiarato interamente inammissibile.

Il ricorrente aveva sostenuto la violazione, da parte della competente Corte territoriale, della circolare Inps n. 53 del 2008, la quale, all'art. 4, obbliga il lavoratore a comunicare all'Inps e al datore di lavoro «eventuali variazioni delle notizie o situazioni autocertificate nel modello di richiesta», tra cui il cambio di residenza. Invero, a seguito dell'istruttoria procedimentale, è risultato che la madre della lavoratrice, affetta da handicap grave e bisognosa di assistenza, si era trasferita a casa della figlia, e tale dato era stato ritenuto nel merito sufficiente a dimostrare la ragione per la quale la beneficiaria del permesso era rimasta presso la propria abitazione durante il godimento dello stesso.

La Suprema Corte, in linea con un suo consolidato orientamento (Cfr., *ex plurimis*: Cass. 10.8.2015, n. 16644; Cass. 30.5.2005, n. 11449, entrambe in *OneLegale*), ha ribadito che le circolari della p.a. sono atti interni aventi natura non normativa, sicché la loro violazione non appare censurabile in sede di legittimità, e, inoltre, come specificato nella stessa pronuncia, non sono vincolanti per il giudice. In secondo luogo, la stessa ha chiarito che, in materia di ricorso per Cassazione, i motivi, a pena di inammissibilità, devono investire questioni comprese nel *thema decidendum* del giudizio di appello, e dal testo della impugnata sentenza non risulta che questo lo fosse.

4. — La pronuncia qui in commento consente di soffermarsi su due aspetti speculari dei permessi *ex* art. 33, c. 3, l. n. 104/1992: il contenuto dell'attività di assistenza – che, nel silenzio del legislatore, è stato a più riprese ribadito in via giurisprudenziale – e la corretta modalità di fruizione degli stessi, per non sfociare in un abuso del diritto.

A norma dell'articolo su richiamato, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, ha diritto ai permessi in esame per assistere un disabile in situazione di gravità che non sia ricoverato a tempo pieno.

Il requisito oggettivo della gravità dell'handicap è desunto dall'art. 3, c. 3, l. n. 104/1992, come modificato dal recente d.lgs. n. 62/2024, a norma del quale un handicap viene considerato grave quando «la compromissione, singola o plurima, 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». È bene precisare, tuttavia, che la condizione di handicap grave non è preclusiva dello svolgimento di una residua attività lavorativa.

Questo ultimo assunto consente una prima messa a fuoco del contenuto dell'attività di tipo assistenziale, la quale non si sostanzia solo (e necessariamente) in un supporto in senso fisico apprestato al disabile, presso la propria abitazione, ben potendo, in ipotesi, essere prestata anche quando il disabile sia a sua volta impegnato nella propria attività lavorativa e sostanziarsi in compiti di difficile o impossibile assolvimento da parte del disabile stesso (Cass. 2.10.2018, n. 23891, in *LG*, 2019, n. 4, 351 ss., con nota di Mozzi; in questo senso anche C. conti Lazio 4.11.2009, in *Famiglia e Diritto*, 2010, n. 4, 412 ss.). L'assistenza, cioè, può concretarsi in ogni attività diretta alla soddisfazione dei bisogni complessivi della persona affetta da handicap. Sul punto, è interessante richiamare quella giurisprudenza che ha considerato attività di assistenza anche il recarsi presso un luogo di culto, inaccessibile al disabile, sulla scorta di considerare tale attività come rientrante nel più ampio genere delle forme di sostegno psicologico e morale del beneficio stesso (Cass. 2.10.2018, n. 23891, in *LG*, 2019, 351 ss.; proprio nella pronuncia qui in commento si precisa che possono essere incluse nel concetto di assistenza anche attività come fare la spesa o recarsi al Postamat). Invero, ciò risulta in linea con la volontà di riservare al disabile un *asset* di tutele, anche al di là dell'ambito medico-clinico.

Per quanto riguarda il tempo da dedicare all'attività di assistenza, numerose pronunce hanno sostenuto che non è necessario che il beneficiario dei permessi dedichi l'intera giornata alla cura (nel senso più ampio del termine). L'assistenza non va intesa come «vicinanza continuativa e ininterrotta» (C. App. 26.10.2019, n. 257; Cass. 14.5.2024, n. 13274, entrambe in *DeJure*). E infatti – sebbene elemento essenziale della fattispecie di cui all'art. 33, c. 3, l. n. 104 del 1992, sia l'esistenza di un «diretto e rigoroso» nesso causale tra la funzione del permesso e l'assistenza alla persona disabile –, l'attività del beneficiario dei permessi non deve essere intesa in senso talmente rigido da imporre al lavoratore un sacrificio in relazione alle proprie esigenze di vita personale o familiare. In ragione di ciò, per esempio, è stato ritenuto illegittimo il licenziamento del lavoratore che nel corso della giornata – durante la fruizione del permesso – si

era recato al parco per leggere un libro (Cass. 4.11.2022, n. 7306, in *OneLegale*). D'altra parte, anche nella ordinanza qui in commento, appare irrilevante il dato per cui la lavoratrice, nella fruizione del permesso, si fosse recata presso un negozio di abbigliamento (seppure in questo caso la difesa abbia sostenuto che la stessa si fosse recata lì per compiere degli acquisti per l'anziana madre, comunque ricollegando la condotta della lavoratrice all'attività di tipo assistenziale).

Cionondimeno, si è soliti ritenere che la gran parte della giornata debba essere impiegata per l'assistenza al disabile; in ragione di ciò, è stato sostenuto che lo svolgimento di compiti di cura «da remoto per un tempo marginale e irrisorio rispetto al totale delle ore di permesso godute integra abuso del diritto poiché idoneo a determinare uno sviamento sostanziale della funzione solidaristico-assistenziale cui la norma è preordinata» (T. Bari 30.4.2019, in *DeJure*; ma anche C. App. 25.1.2019, n. 326, in *DeJure*; Cass. 29.11.2024, n. 30722; Cass. 10.10.2024, n. 26417; Cass. 10.10.2024, n. 26429; Cass. 25.5.2022, n. 16973; Cass. 25.3.2019, n. 8310; Cass. 13.9.2016, n. 17968, tutte in *DeJure*).

Del resto, il dato per il quale la maggior parte della giornata deve essere impiegata per i fini assistenziali è deducibile anche dalla lettura dell'art. 33, c. 3, che, di fatto, nega l'accesso al beneficio allorquando il disabile sia ricoverato a tempo pieno. Ciò si spiega proprio in ragione della circostanza per la quale, in ipotesi come queste, l'attività di cura e assistenza che si potrebbe apprestare al disabile sarebbe quantitativamente irrisoria.

Nulla cambia, inoltre, anche qualora la prestazione di assistenza non sia svolta in precisa coincidenza con l'orario di lavoro, essendo stato più volte ribadito che si tratta di un permesso riconosciuto su base giornaliera, e non su base oraria (Cass. 1.12.2016, n. 54712, in *D&G online*, 2 gennaio 2017; nello stesso senso anche Cass. 13.3.2023, n. 7306, in *OneLegale*, secondo cui l'assistenza che giustifica la fruizione del permesso non deve necessariamente svolgersi nell'intero orario di lavoro, ma nell'arco dell'intera giornata, e nulla osta a che il lavoratore possa uscire dall'abitazione nella quale risiede il familiare con handicap per un breve svago).

Restano, tuttavia, ferme delle perplessità, specie quando si presti in concreto un'attività di cura «parziale», e, nel silenzio del legislatore, si rimette al giudice il compito di valutare la «permanenza», la «globalità», e la «continuità» dell'attività assistenziale, comportando notevoli conseguenze negative. Creandosi delle incertezze circa il corretto uso dei permessi in esame – tanto in capo al datore, tanto in capo al prestatore –, il rischio è di contribuire a spropositati aumenti del contenzioso in materia, rallentando l'efficienza della macchina giudiziaria.

Sebbene il dato quantitativo, in ordine al tempo dedicato all'assistenza, risulti di notevole importanza ai fini della verifica in concreto del corretto utilizzo del beneficio in esame, ciò che rileva maggiormente sembra essere la finalizzazione del permesso all'attività di tipo assistenziale, in qualunque modo essa sia prestata. In ragione di ciò, il permesso non può essere considerato come uno strumento da utilizzare per compensare o ristorare le energie profuse nel proprio difficile ruolo di *caregiver* (Cass. 23.1.2024, con r.g. n. 2942/2021, liberamente accessibile al seguente link: *https://www.agens.it/wp-*

content/uploads/2024/06/2024_05_03_11999_redacted.pdf). Dopotutto, la stessa l. n. 104 del 1992, definita dalla dottrina come «Statuto dei diritti delle persone portatrici di handicap» (Elmo 2024, 107 ss.), proietta (giustamente) un faro sulla tematica della disabilità, rispetto alla quale la figura dei prestatori di assistenza, se non resta del tutto nell'ombra, appare illuminata solo debolmente e, per giunta, di luce riflessa, posto che le tutele a essa apprestate sono spesso riconosciute solo in via mediata.

5. — Nondimeno, appare evidente che la fruizione dei permessi *ex* art. 33, c. 3, l. n. 104/1992, sia dal legislatore ricollegata causalmente all'assistenza del disabile. Si impone, cioè, un sacrificio organizzativo al datore di lavoro, il quale si giustifica solo in ragione di esigenze riconosciute, dallo stesso legislatore, come meritevoli di superiore tutela. In ragione di ciò, i permessi di cui si discute sono da molti considerati come diritti potestativi, poiché il loro esercizio realizza un mutamento della sfera giuridica altrui, senza che il destinatario possa fare alcunché per impedire la suddetta modifica (Cfr. Fontana 2005, 828 ss., e Garofalo 2018, 811 ss.); altra parte della dottrina (De Mozzi 2019, 351 ss.), invece, ha espresso critiche sulla qualificazione degli stessi permessi come diritti potestativi, e ciò proprio in ragione della circostanza che essi sono riconosciuti per la tutela di un soggetto – il disabile – diverso dal titolare.

Orbene, deve essere sempre provato il nesso causale tra assenza dal lavoro e assistenza al disabile, e, ove detto nesso manchi del tutto, si configurerà un uso improprio, ovvero un abuso del diritto. Non si rinvengono nel nostro ordinamento delle norme *ad hoc*, dedicate alla categoria dell'abuso del diritto. Tuttavia, secondo l'orientamento che appare maggiormente condiviso, il divieto di abuso del diritto rappresenterebbe un principio generale dell'ordinamento, che si ricaverebbe dal combinato disposto degli artt. 1322 e 1345 c.c. e dell'art. 41 Cost.

La dottrina ha inizialmente applicato la categoria dell'abuso alle prerogative del datore di lavoro, mentre si deve alla giurisprudenza una sua applicazione trasversale, anche alla parte debole del rapporto (Per un'analisi della categoria dell'abuso del diritto, anche in termini evolutivi, si vedano: Rescigno 1988; Levi 1993; Di Salvatore 2022). La categoria succitata è stata infatti spesso richiamata dalla giurisprudenza di legittimità per indicare un uso del diritto (potestativo) funzionalmente distante dalla finalità per la quale lo stesso è stato concesso dal legislatore. A mente della stessa, si determina un abuso ogniqualvolta si realizzi uno sviamento rispetto alla funzione-fine che giustifica il riconoscimento del diritto. Nel caso dei permessi *ex* art. 33, c. 3, l. n. 104/1992, si incorre in un abuso della loro fruizione allorquando vengano disattese le finalità assistenziali (*Ex multis*: Cass. 17.1.2025, n. 1227, in *D&G online*, 21 gennaio 2025, con nota di Fino; Cass. 9.5.2024, n. 12679, in *DeJure*; Cass. 22.1.2020, n. 1394, in *DeJure*; Cass. 13.9.2016, n. 17968, in *D&G online*, 14 settembre 2016; Cass. 19.7.2019, n. 19580, in *OneLegale*). A rilevare è il comportamento del prestatore contrario ai generali doveri di correttezza e buona fede contrattuale. Tale comportamento determina una lesione del necessario rapporto fiduciario tra datore e lavoratore, poiché la condotta di quest'ultimo impone un ingiustificato sacrificio nella sfera giuridica del primo, il quale viene ingiustamente privato della prestazione lavorativa. Inoltre, la condotta abusiva in esame comporta una inde-

bita percezione dell'indennità, oltre che uno sviamento dell'intervento assistenziale, nei confronti dell'ente di previdenza, erogatore del trattamento economico.

Ciò che appare poco chiaro, nella ordinanza qui in commento, è la ragione per la quale la Suprema Corte volutamente differenzi l'abuso del diritto dalla violazione dei doveri di correttezza e buona fede, allorquando afferma che «ove il nesso causale tra assenza del lavoratore e 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 abuso del diritto, oppure, secondo concorrente o distinta prospettiva, di una grave violazione dei doveri di correttezza e buona fede». La Corte, cioè, sembra prendere atto della esistenza di una tesi che nega la figura dell'abuso del diritto, sebbene sia chiaro il riferimento alla stessa anche nella Carta dei diritti dell'Unione europea, all'art. 54, che pure espressamente si richiama nella pronuncia. E, d'altra parte, la stessa Corte, in numerosi suoi precedenti, utilizza la categoria dell'abuso del diritto per riferirsi a un uso anormale per il conseguimento di obiettivi diversi e ulteriori rispetto a quelli per i quali il diritto stesso è stato riconosciuto. In una sua nota pronuncia (Cass. 18.9.2009, n. 20106, in *FI*, 2010, n. 1, I, 85 ss.), si afferma che il principio di buona fede e quello di abuso del diritto si integrano a vicenda, con la conseguenza che il secondo deve essere considerato «criterio rivelatore» della violazione del primo.

Un ultimo riferimento deve farsi alle conseguenze dell'eventuale uso illecito dei permessi in esame. Appare evidente che l'integrazione della giusta causa o, se del caso, del giustificato motivo soggettivo dovrà essere valutata in concreto, sotto il profilo della lesione dell'elemento fiduciario, secondo la nota normativa generale (art. 2119 c.c. e art. 3, l. n. 604/1966). Fermo restando quanto fin qui esposto, è pur vero che residuano profili di dubbio circa il calcolo della proporzionalità del provvedimento datoriale di recesso intimato in luogo di altra sanzione disciplinare di tipo conservativo.

6. — In conclusione, alla luce della giurisprudenza fino a qui esaminata, ciò che sembrerebbe emergere è la mancanza di tutele effettive e piene per i *caregivers*. E ciò è dimostrato anche dall'atteggiamento di diffidenza della parte datoriale che si avvale di controlli di per sé legittimi, in quanto espletati in una fase di sospensione dell'attività lavorativa, e dunque non occulti, ma comunque particolarmente umilianti per il lavoratore, che, eccettuate condotte assolutamente abnormi e per nulla in linea con la finalità solidaristico-assistenziale cui la norma mira, cerca in tutti i modi di destreggiarsi nella difficile conciliazione di numerosi bisogni in gioco. Oltre al fatto che l'impegno costante del *caregiver* prolungato nel tempo spesso mette a dura prova l'equilibrio psico-fisico del prestatore di cure (D'Onghia 2024, 82 ss.). E perché mai, dunque, i permessi in parola non potrebbero essere finalizzati anche a un ristoro delle energie fisiche e psichiche prestate dal *caregiver* che, quotidianamente, e non certamente per soli tre giorni al mese, si ritrova ad assolvere a questo compito dall'elevato valore morale?

Riferimenti bibliografici

D'Onghia M. (2024), *Lavoro «informale» di cura e protezione sociale*, in *DRI*, n. 1, 82 ss.

De Mozzi B. (2019), *Permessi* ex *l. n. 104/1992 e ordinarie incombenze di vita dell'assistito*, in *LG*, n. 4, 351 ss.

Di Salvatore L. (2022), *L'abuso del diritto da parte del lavoratore nella recente giurisprudenza: note critiche*, in *RIDL*, n. 1, I, 103 ss.

Elmo M.G. (2024), *La modernità della legge n. 104 del 1992 nei percorsi manutentivi della giurisprudenza*, in *RGL*, n. 2, II, 107 ss.

Fontana A. (2005), *Congedo per assistenza del figlio portatore di handicap e scomparsa dei genitori*, in *MGL*, n. 11, 828 ss.

Garofalo C. (2018), *I congedi per l'assistenza ai figli per la cura dei disabili: la funzionalizzazione dei diritti*, in *LG*, n. 8-9, 811 ss.

Levi G. (1993), *L'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano.

Rescigno P. (1988), *L'abuso del diritto*, il Mulino, Bologna.

Federica Anna Nardelli
Dottoranda presso l'Università di Foggia