



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
La Corte d'Appello di Ancona
sezione lavoro

in persona dei magistrati:

dott.	Luigi Santini	presidente
dott.ssa	Angela Quitadamo	consigliere
dott.ssa	Arianna Sbano	consigliere rel.

Riuniti in camera di consiglio, all'esito dell'udienza di discussione del **29 febbraio 2024**, udita la discussione orale, ha pronunciato, dando lettura del dispositivo la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 339 del Ruolo Generale Lavoro dell'anno 2023, promossa con ricorso in appello depositato il 30/11/2023 da:

Parte_1

[...] in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. DI MATTEO DARIO elett.te dom.to nel domicilio digitale

Email_1

APPELLANTE

contro

CP_1 rappresentata e difesa dall'avv. ORSINI PATRIZIA elett.te dom.to in P.ZZA VENTIDIO BASSO 14, ASCOLI PICENO

APPELLATA

avverso la sentenza n.311/2023 resa dal Tribunale di Ascoli Piceno –Sezione Lavoro – in data 13.10.2023

CONCLUSIONI: come in atti

MOTIVAZIONE

La società *Parte_I* in persona dei legali rappresentanti *pro tempore* Piscina Daniele e *Parte_I*, propone appello avverso la sentenza n. 311/2023 resa dal Tribunale di Ascoli Piceno – Sezione Lavoro – in data 13.10.2023 che ha accolto il ricorso proposto da *CP_I* teso ad accertare e dichiarare l'illegittimità del licenziamento intimato alla lavoratrice con lettera del 27.11.2021 per illecita fruizione di permessi ex art. 33, comma 3, della legge n.104/1992.

L'appellante impugna la sentenza di primo grado lamentando: 1) l'erronea valutazione delle risultanze processuali; 2) la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2697 c.c.; 3) la carenza e la contraddittorietà della motivazione; 4) la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 33 della legge n.104/1992; 5) la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 91 e 92 c.p.c. in relazione al capo della sentenza che ha posto in capo alla società le spese di lite del giudizio di primo grado.

Si costituisce in giudizio *CP_I* la quale eccepisce, in via preliminare, l'inammissibilità dell'impugnazione e, nel merito, ne contesta la fondatezza in fatto ed in diritto, in riferimento a ciascuno dei motivi di gravame, chiedendo la conferma integrale della sentenza impugnata.

La Corte, udita la discussione orale, all'esito della camera di consiglio, si è riservata di decidere.

Preliminarmente, la Corte ritiene che l'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione sollevata da parte appellata non possa trovare accoglimento.

Il ricorso in appello sollevato dalla società datrice di lavoro, a giudizio di questo Collegio, contiene gli elementi di specificazione indicati dall'art. 434 c.p.c., posto che, dalla sua complessiva lettura, risulta agevole ricavare le parti della sentenza di primo grado non condivise, con esplicita richiesta di modifica, nonché gli argomenti posti a sostegno delle critiche mosse al provvedimento impugnato.

Per ciò che concerne il merito, l'appello è privo di fondamento, ritenendo il Collegio di poter condividere le valutazioni operate dal primo giudice, il quale ha

scrupolosamente vagliato la fattispecie sottoposta al suo esame e, applicando i corretti principi giuridici, ne ha tratto le dovute conseguenze. Ciò in quanto il licenziamento intimato in data 27.11.2021 a *CP_1* non risulta motivato sulla base di fatti costituenti un inadempimento contrattuale di notevole gravità e, pertanto, non è da ritenersi sorretto da giusta causa ex art. 2119 c.c., per i motivi che di seguito si vanno ad esporre.

In punto di fatto, risulta *per tabulas* che, con lettera consegnata a mano il 09.11.2021 e spedita con raccomandata a.r. il 10.11.2021, la *Parte_1* (società che gestisce diversi punti vendita a marchio "*Org_1*") ha rilevato nei riguardi della dipendente *CP_1*, addetta al banco macelleria presso il *Org_2* [...] di Ascoli Piceno, quattro distinte infrazioni disciplinari, tutte correlate alla irregolare fruizione di permessi ex art. 33, legge n.104/1992. Nello specifico, tali permessi, richiesti dalla lavoratrice per le giornate del 30.09.2021, del 04.10.2021, del 21.10.2021 e del 26.10.2021, non sarebbero stati fruiti in relazione causale diretta con l'assistenza della di lei madre, *Persona_1*, gravemente malata.

Ritenute infondate le giustificazioni fornite dalla *CP_1* con lettera raccomandata del 12.11.2021, la *Parte_1* con lettera raccomandata, anticipata tramite p.e.c. il 27.11.2021 e pervenuta in data 30.11.2021, ha comunicato alla lavoratrice il licenziamento per giusta causa ex art. 2119 c.c., ritenendo venuto meno il legame fiduciario con l'azienda per il comportamento tenuto e, in ogni caso, per aver posto in essere un notevole inadempimento dei propri obblighi contrattuali.

In punto di diritto, la norma di riferimento è l'art. 33, comma 3, della legge n. 104/1992, che così recita: "*A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a*

fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa”.

Pertanto, il permesso ex art. 33 di cui sopra è riconosciuto al lavoratore in ragione dell'assistenza al familiare disabile, rispetto al quale l'assenza dal lavoro deve porsi in relazione causale diretta. Ne consegue che il comportamento del dipendente che si avvalga di tale beneficio per attendere ad esigenze diverse dall'assistenza al familiare disabile integra l'abuso del diritto e viola i principi di correttezza e buona fede, sia nei confronti del datore di lavoro che dell'Ente assicurativo.

La normativa non indica, tuttavia, quali attività sia possibile svolgere durante le ore di permesso, e neppure specifica il concetto di assistenza. Spetta dunque all'interprete colmare le lacune normative secondo una valutazione del caso concreto informata a criteri di ragionevolezza e nel rispetto delle regole di ripartizione degli oneri probatori.

Sotto il primo aspetto, se appare evidente che i permessi non possano essere fruiti dal lavoratore per recarsi in vacanza ovvero dedicarsi ad attività ludiche – fattispecie esaminate nelle pronunce di legittimità richiamate anche dal giudice di prime cure – risulta altrettanto ragionevole che uscire per fare la spesa o per sbrigare altre commissioni nell'interesse dell'assistito non integri una condotta abusiva ma rientri pure nell'attività di assistenza del disabile.

Sotto il secondo aspetto, l'onere di provare il comportamento contrario ai doveri contrattuali e di buona fede e correttezza grava sul datore di lavoro, il quale deve dimostrare che effettivamente il lavoratore che chiede il permesso non assista il familiare oppure che nei giorni per i quali ha chiesto il permesso ponga in essere dei comportamenti totalmente incompatibili con l'assistenza al proprio familiare.

Nel caso concreto gravava, dunque, sulla società appellante dimostrare che il permesso fosse utilizzato per finalità diverse da quello per il quale era stato concesso, ossia per svolgere attività non riconducibile all'assistenza.

Tale onere non può, allo stato degli atti, ritenersi assolto.

Per quanto concerne i fatti contestati alla lavoratrice (e cioè lo svolgimento, nel periodo di fruizione dei permessi ex art. 33, legge n.104/1992, di attività non inerenti alla cura e all'assistenza della persona disabile), è stata prodotta da Parte_1

[...] la relazione investigativa redatta dalla Controparte_2

Non è in dubbio la utilizzabilità delle risultanze dell'accertamento demandato dalla società datrice di lavoro ad una agenzia di investigazione (in riferimento al disposto degli artt.2 e ss. della legge n.300/1970), atteso che la giurisprudenza ha più volte evidenziato che le suddette norme, poste a tutela della libertà e dignità del lavoratore, delimitano la sfera di intervento di persone preposte dal datore di lavoro a difesa dei suoi interessi con specifiche attribuzioni nell'ambito dell'azienda, ma non escludono il potere dell'imprenditore, ai sensi degli artt.2086 e 2104 c.c., di accertare, anche attraverso personale esterno (come una agenzia investigativa), mancanze specifiche dei dipendenti già commesse o in corso di esecuzione, e ciò indipendentemente dalle modalità del controllo, che può avvenire anche occultamente senza che vi ostino né il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione dei rapporti, né il divieto di cui all'art. 4 della stessa legge n.300/1970, riferito esclusivamente all'uso di apparecchiature per il controllo a distanza (*ex pluris*, Cass. n.16196/2009 e Cass. n.18821/2008).

Ciò premesso, tuttavia, la relazione investigativa non brilla per chiarezza e completezza; è infarcita, invero, di considerazioni e deduzioni, la documentazione fotografica risulta carente, mentre i fatti sono riportati in modo piuttosto lacunoso ed impreciso. Nel report investigativo non sono stati infatti contabilizzati i tempi di spostamento per raggiungere l'abitazione dell'assistita (distante circa 30 chilometri rispetto a quella dell'odierna appellata) e le altre strutture presso cui effettuare incombenze alla medesima connesse, né i controlli sono stati volti ad accertare gli interventi assistenziali indiretti, comunque, prestati dalla lavoratrice in favore della madre (visite mediche, acquisti, disbrigo di pratiche amministrative, risultando la madre, come da documentazione sanitaria in atti, affetta da totale cecità e portatrice di handicap

grave, pertanto impossibilitata a provvedere da sé a tali incombenze). Ad ogni buon conto, deve tenersi presente che all'epoca dei fatti la madre della lavoratrice, come già sottolineato, era invalida al 100% e portatrice di grave handicap, mentre il padre aveva avuto in passato un'ischemia e aveva problemi di mobilità (tanto da dover utilizzare la carrozzella elettrica per potersi spostare al di fuori dell'abitazione) ed entrambi non risultavano in possesso di patente di guida, per cui non si vede chi altri avrebbe potuto espletare i necessari interventi assistenziali in favore della disabile, anche presso strutture esterne, se non la figlia, odierna appellata.

Le risultanze investigative (cfr. report e riproduzioni fotografiche depositate dalla datrice di lavoro), pertanto, non appaiono idonee a sorreggere la prova dello sviamento dalla motivazione assistenziale per cui i permessi erano stati concessi. Ed invero, la circostanza, descritta nei report, che la **CP_I** si trovasse nella giornata del 30.09.2021 e in alcuni momenti delle giornate del 4.10.2021, del 21.10.2021 e del 26.10.2021 lontana dall'abitazione della madre non è di per sé sufficiente ad escludere la riconducibilità dell'attività svolta all'assistenza della madre, apparendo invece compatibile con la stessa, in assenza di una prova specifica della sua totale estraneità alle necessità del disabile. A nulla rileva, peraltro, la circostanza che la **CP_I** abbia continuato a prestare, nelle giornate di cui in oggetto, attività di cura e di assistenza anche della prole di minore età (accompagnandola a scuola e a praticare attività sportiva), ciò rientrando, parimenti all'attività di assistenza alla madre disabile, tra i suoi obblighi primari, e segnatamente nel novero di quelli afferenti alla responsabilità genitoriale.

Come è noto, non è affatto richiesto che l'attività assistenziale venga svolta in coincidenza con i giorni e gli orari lavorativi in relazione ai quali è stata fatta la richiesta di permesso, ben potendo l'assistenza essere prestata con modalità flessibili, che consentano al lavoratore di modulare nel modo più opportuno gli interventi assistenziali, assicurandogli anche i necessari tempi di recupero psico-fisico (cfr. Cass. n.29062/2017). Così come non è elemento imprescindibile che tutti gli interventi assistenziali avvengano presso il domicilio del beneficiario, atteso che l'assistenza a cui

sono finalizzati i permessi non può essere intesa riduttivamente come mera assistenza personale al soggetto disabile presso la sua abitazione, ma deve necessariamente comprendere lo svolgimento di tutte le attività che il predetto non sia in condizioni di compiere autonomamente, come il disbrigo di pratiche amministrative e di altre incombenze di qualsiasi genere svolte nell'interesse del familiare assistito (Cass. n.23891/2018). Orbene, ciò che rileva è che risultino complessivamente salvaguardati i connotati essenziali di un intervento assistenziale che deve avere carattere permanente, continuativo e globale nella sfera individuale e di relazione del disabile. Il che significa che il lavoratore non è obbligato a prestare assistenza alla persona handicappata nelle ore di lavoro e/o presso l'abitazione del familiare assistito, essendo sufficiente che venga garantito un tempo congruo dedicato all'assistenza del familiare disabile anche in altre modalità.

Nel caso di specie, risulta che, nelle giornate oggetto di contestazione nelle quali la lavoratrice ha fruito dei permessi ex legge n.104/1992, la stessa abbia prestato fattivamente assistenza diretta e/o indiretta nei confronti della madre e, in ogni caso, abbia svolto attività con essa non incompatibile.

In particolare, solo con riguardo ad una giornata, quella del 30.09.2021, deve ritenersi provato che la **CP_I** sia rimasta presso la propria abitazione, senza recarsi dalla madre. In proposito, pur avendo la lavoratrice chiesto di provare lo svolgimento, presso la propria abitazione, di compiti, comunque, rientranti nell'attività assistenziale nei riguardi della madre di tipo indiretto (lavaggio e stiro del vestiario, preparazione dei cibi, prenotazione di esami e visite, ecc.), che la stessa non poteva altrimenti compiere da sola, in quanto affetta da cecità totale e da una grave patologia, tuttavia, la mancata ammissione di tali prove non potrebbe nuocere alla sua tesi. Infatti, anche laddove si dimostrasse che in tale giornata sia venuto meno il nesso causale tra assenza ed assistenza al disabile, si tratterebbe di un'unica giornata, configurante, in concreto, un'assenza non giustificata, il che renderebbe, comunque, il licenziamento illegittimo, per carenza di proporzionalità (e ciò in analogia con le previsioni del CCNL che

prevedono il licenziamento per assenze superiori a tre giorni). Quanto, invece, alle restanti giornate oggetto di contestazione, del 04.10.2021, del 21.10.2021 e del 26.10.2021, dalla documentazione in atti (ivi compreso il report investigativo, oltre che la documentazione sanitaria della disabile) emerge come la lavoratrice sia stata vista più volte recarsi presso l'abitazione della madre, in più occasioni sia andata dal medico curante della portatrice di handicap, all'ospedale di San Benedetto del Tronto per questioni legate al rinnovo del piano terapeutico per la cura del diabete versato in atti e al Patronato per il disbrigo di pratiche amministrative per conto della madre, abbia accompagnato l'anziana presso la *Organizzazione_3* di San Benedetto del Tronto per effettuare visite ed esami specialistici, pertanto, risultando evidente come la *CP_1* abbia svolto primariamente attività riconducibili alla assistenza diretta e indiretta della madre e, in ogni caso, in alcun modo con essa estranee o non compatibili, a nulla rilevando che soltanto in via residuale sia stata fotografata mentre passeggiava con il compagno o assolveva ad obblighi posti in connessione con la responsabilità genitoriale esercitata nei riguardi delle due figlie, entrambe minorenni (peraltro, in orario pomeridiano, usualmente libero dal lavoro).

Orbene, non si rileva alcun atteggiamento profittatore ovvero di abuso del diritto in capo alla *CP_1* dal momento che la medesima, alla luce delle evidenze documentali, nonché in considerazione dei modi e tempi della prestazione e delle esigenze assistenziali dell'invalida, non risulta essersi in alcun modo sottratta, con la sua condotta, agli obblighi di assistenza per i quali le era stato accordato il permesso ex legge n.104/1992.

La Suprema Corte, anche di recente, ha peraltro ribadito che si è in presenza di un uso improprio ovvero di un abuso del diritto o, secondo altra prospettiva, di grave violazione dei doveri di correttezza e buona fede nei casi in cui manchi del tutto un nesso causale tra l'assenza dal lavoro e l'assistenza al disabile (ex pluris, Cass. n.17968/2016; Cass. n. 9217/2016; Cass. n.9749/2016); viceversa, non si ravvisa alcun abuso del diritto o lesione degli obblighi di correttezza e buona fede, quindi alcun

inadempimento, nei casi in cui il lavoratore in permesso ex legge n.104/1992 svolga l'attività di assistenza in tempi e modi tali da soddisfare in via preminente le esigenze ed i bisogni dei congiunti in condizione di handicap grave, pur senza abdicare del tutto alle proprie esigenze personali e familiari altre rispetto a quelle proprie dei congiunti disabili e pure a prescindere dall'esatta collocazione temporale di detta assistenza nell'orario liberato dall'obbligo della prestazione lavorativa (cfr. Cass. n.7306/2023).

In definitiva, non può dirsi raggiunta dal datore di lavoro la prova che la lavoratrice abbia abusato del diritto svolgendo attività estranea all'assistenza alla madre, potendosi invece ritenere che per larga parte delle giornate oggetto di contestazione la CP_I si sia occupata dell'assistenza della madre, direttamente od anche soltanto in via indiretta, e che nelle ore in cui si è recata all'esterno abbia svolto attività per la maggior parte del tempo nell'interesse dell'assistita, così da doversi ritenere insussistente l'abuso di fruizione dei permessi ex art. 33, legge n. 104/1992.

In quest'ordine di concetti, ritiene il Collegio che la valutazione complessiva del compendio istruttorio (esclusivamente documentale) porti a ritenere non sussistente la giusta causa del licenziamento, non risultando comportamenti idonei a ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario che costituisce il presupposto fondamentale della collaborazione fra le parti nel rapporto di lavoro.

Da ultimo, in ordine alle spese di lite del primo grado di giudizio, l'appellante lamenta l'errata applicazione delle norme di cui agli artt. 91 e 92 c.p.c. da parte del giudice di prime cure. Al riguardo, ritiene il Collegio di poter condividere la decisione del primo giudice di liquidare le spese in favore della parte vittoriosa, con statuizione che merita dunque di essere confermata, atteso che, alla luce della disciplina di cui agli artt. 91 e 92 c.p.c., il principio di soccombenza nella attribuzione del carico delle spese processuali costituisce un principio di carattere generale, cui fa eccezione la sola possibilità per il giudice di compensare (parzialmente o per intero) le spese, ex art. 92 comma 2 c.p.c., in caso di soccombenza reciproca ovvero qualora vi siano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni, come stabilito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n.

77/2018. Nel caso di specie, dal momento che la domanda di accertamento circa la illegittimità del licenziamento è stata ritenuta fondata, pur se con applicazione di un regime di tutela meno favorevole di quello chiesto in via principale, la condanna al pagamento delle spese di lite, a norma dell'art. 91 c.p.c., trova il suo fondamento nell'esigenza di evitare una diminuzione patrimoniale alla parte che ha dovuto svolgere un'attività processuale per far valere le proprie ragioni (Cass. Civ., sez. I, n.9419/1997). D'altronde, non si può fare a meno di notare come, alla luce della liquidazione, in concreto, disposta dal giudice, secondo i parametri minimi dei valori tabellari di riferimento, al di là dell'obiettivo valore e complessità della causa, parte appellante ha, di fatto, già ottenuto una condanna ragionevolmente contenuta e non sproporzionata (ossia in misura anche inferiore a quella che si otterrebbe compensando per la metà le spese di lite liquidate tenendo conto dei valori tariffari medi).

Alla luce delle argomentazioni sopra esposte, da ritenersi assorbenti di ogni altra questione, la sentenza impugnata va, dunque, integralmente confermata.

Le spese del presente grado, stante l'infondatezza dell'appello, seguono la soccombenza e si deve, altresì, dare atto della ricorrenza dei requisiti per l'obbligo del versamento dell'integrazione del contributo unificato ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater del D.P.R. n. 115/2002, fatti salvi eventuali motivi di esenzione.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, contrariis rejectis, così provvede:

- Rigetta l'appello e conferma la sentenza impugnata;
- Condanna l'appellante al pagamento in favore della parte appellata delle spese del presente grado di giudizio, liquidate in euro 4.000,00 per onorario, oltre spese forfetarie al 15%, IVA e cap;
- Dichiaro che a carico della parte appellante sussistono i presupposti per il versamento dell'integrazione del contributo unificato (art. 13, comma 1-quater del D.P.R. n. 115/2002), fatti salvi eventuali motivi di esenzione.

Così deciso in Ancona, 29 febbraio 2024

Il Consigliere est.

Dott.ssa Arianna Sbano

Il Presidente

Dott. Luigi Santini

Provvedimento redatto con la collaborazione del dott. Lorenzo Donninelli, addetto UPP.