



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI ROMA
SEZIONE CONTROVERSIE LAVORO E PREVIDENZA

Composta dai Sigg. Magistrati:

Dott. Guido ROSA	Presidente
Dott.ssa Francesca DEL VILLANO ACETO	Consigliere est.
Dott.ssa Bianca Maria SERAFINI	Consigliere

All'esito dell'udienza del 16/05/2024 ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile promossa in grado di appello iscritta al n. 3194 del Ruolo Generale Contenziosi dell'anno 2023 vertente

TRA

Parte_I in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, giusta procura in atti, dall'avv. Cristina Mazzamauro e domiciliata presso lo studio di quest'ultima in Roma via Principessa Clotilde n. 7

Appellante

E

CP_I, rappresentato e difeso, giusta procura in atti, dall'avv. Marco Olevano e domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in Colleferro (RM) corso G. Garibaldi n. 14

Appellato

Oggetto: appello avverso la sentenza n. 8172/2023 del Tribunale di Roma pubblicata in data 25/09/2023.

CONCLUSIONI DELLE PARTI: come da rispettivi atti e come da verbale di udienza del 16/05/2024.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. *CP_1* ha impugnato il licenziamento per giusta causa intimatogli dalla *Parte_1* con missiva datata 27/09/2022, indicato come illegittimo per insussistenza di comportamenti sanzionabili, inesistenza della giusta causa e violazione del principio di proporzionalità, rassegnando le seguenti conclusioni: *“A. accertare e dichiarare, per le causali tutte di cui al presente atto, l’illegittimità e/o inefficacia e/o annullabilità e/o nullità del recesso intimato e per l’effetto, ordinare la reintegrazione del ricorrente nel posto di lavoro e la condanna della convenuta al pagamento in favore del Sig. CP_1 [...] di una indennità mensile pari all’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, dalla data del recesso e l’effettiva reintegrazione; con ordine alla convenuta di provvede alla regolarizzazione della posizione previdenziale del ricorrente; B. in via subordinata, dichiarato estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento, condannare la resistente al pagamento di un’indennità nella misura massima prevista dalla legge pari a trentasei mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto o comunque al pagamento di una indennità nella misura ritenuta di giustizia; C. in ogni caso con rivalutazione monetaria ed interessi legali; D. condannare la convenuta al pagamento delle spese e del compenso professionale del presente giudizio, oltre rimborso forfetario spese generali, IVA e CPA, come per legge, con attribuzione al sottoscritto avvocato anticipante”*.

1.1. Nella resistenza di *Parte_1* il Tribunale di Roma ha così statuito: *“a) dichiara l’illegittimità del licenziamento intimato al ricorrente con lettera del 27/9/2022; ed in applicazione dell’art.3, co.2, del d.lgs n.23/2015 lo annulla; condanna la società convenuta a reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro, e a corrispondergli una indennità risarcitoria fatta oggi pari a dodici mensilità all’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR, oltre alla rivalutazione istat ed agli interessi legali dalle singole scadenze al soddisfo; oltre al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali secondo la predetta disposizione; b) condanna la società convenuta alla rifusione, in favore del ricorrente, delle spese del giudizio, che liquida in €. 280,00 per spese e €. 6.000,00 per compensi, oltre S.F., Iva e Cpa, da distrarsi”*.

1.2. Il primo giudice, previa disamina delle relazioni investigative prodotte dalla società convenuta e delle dichiarazioni rese dai testimoni ascoltati in giudizio, ha ritenuto inesistente sul piano giuridico l’abuso nella fruizione dei permessi ex legge n. 104/1992 contestato al lavoratore, rilevando, in sintesi, che: a) l’abuso in argomento risulta contestato al lavoratore solo perché: - si assentava il 09/08/2022 per meno di un’ora e mezza per intrattenersi con qualcuno in un bar; - svolgeva analoga attività, il 29/08/2022, per un’oretta; - il 30/08/2022 si recava nell’abitazione di taluno, che la prova ha fatto emergere essere suo amico, a svolgere dei lavori di muratura a titolo amicale e gratuito, attività che complessivamente lo impegnava per quasi tre ore; b) dato che il permesso è riconosciuto per finalità di assistenza al disabile, esso va essenzialmente fruito per l’assistenza, che non deve mancare e deve

essere apprezzabile; ma questo non significa che nel giorno di permesso il lavoratore che per tutto il giorno sia stato a casa col disabile da solo e quindi lo abbia assistito, non possa andarsene per un'oretta al bar, o un paio di ore a fare un favore a un amico, e più in generale debba starsene recluso a badare al disabile per tutto il giorno o per il tempo orario sottratto al lavoro, senza divagarsi o fare null'altro di personale, quand'anche ricreativo; c) l'abuso sussiste solo se nel giorno in cui il permesso è fruito l'assistenza non è prestata affatto, o è prestata con modalità "quantitative" o "qualitative" inconsistenti per difetto rispetto al sacrificio imposto al datore, secondo modalità che vanno apprezzate caso per caso in base al principio generale di buona fede; d) ciò che rileva, in altri termini, è il tempo dedicato all'assistenza, che nella specie risulta essere stato preponderante sia in termini temporali, sia in rapporto alle attività cui l'assistita aveva necessità, che erano quelle di vestizione, cura dell'igiene personale e alimentazione mattutina, incompatibili con un lavoro da iniziare alle 7 del mattino, e che tuttavia del tutto plausibilmente non ponevano la necessità di non lasciar da sola la signora per un paio d'ore a metà mattinata, parte della quale poi comunque destinata a fare la spesa o andare in farmacia; e) né appare illecito lo svolgimento di un paio di ore "di attività lavorativa" a mezza mattinata per fare un favore a un amico, sia perché il 30 ottobre l'attore era in permesso e non in congedo straordinario, sicché non si applica il divieto di attività lavorativa, peraltro previsto dall'art. 4, co.2 in un caso di congedo diverso da quello per l'assistenza ai disabili, che è previsto dall'art. 42, co.5, del d.lgs n. 151/2001 ed è retribuito; sia in quanto tale divieto, quale posto in materia di congedo straordinario, deve intendersi, alla luce della "ratio" della deposizione, che mira a vietare che il fruitore mantenga in vita il proprio rapporto di lavoro senza lavorare per guadagnarsi da vivere altrimenti, come divieto di attività lavorativa destinata a fine di lucro giuridicamente rilevante; f) l'idea che il lavoratore, colto nello svolgimento di attività estranea all'assistenza durante un permesso, debba provare specificamente di aver assistito nel tempo restante il disabile è infondata, perché l'abuso va provato dal datore ex art. 5 legge n. 604/66 dimostrando che il lavoratore ha svolto attività estranee all'assistenza e per una durata incompatibile con una fruizione "essenzialmente funzionale" del permesso; g) deve trovare applicazione il secondo comma dell'art. 3 del d.lgs n. 23/2015, che prevede la tutela reintegratorio/risarcitoria nel caso "sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore", dovendo equipararsi la insussistenza materiale del fatto alla sua assoluta irrilevanza disciplinare.

2. Avverso detta pronuncia ha proposto tempestivo appello Parte_I lamentando l'erroneità della gravata sentenza nella parte in cui ha valutato le prove testimoniali raccolte in giudizio, nella parte in cui ha ritenuto non rilevante lo svolgimento di attività lavorativa durante la fruizione di permesso finalizzato all'assistenza di familiare disabile, nella parte in cui ha escluso la rilevanza disciplinare della condotta contestata al lavoratore, nella

parte in cui ha disposto la reintegra del lavoratore in luogo della tutela di cui all'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, e nella parte in cui ha omesso di considerare la condotta complessiva del lavoratore, anche in epoca antecedente alla contestazione disciplinare.

2.1. Si è costituito in giudizio **CP_1** resistendo al gravame e chiedendone il rigetto.

2.2. All'odierna udienza, all'esito degli adempimenti di cui all'art. 437, comma 1, c.p.c., la causa è stata decisa con separato dispositivo.

3. L'appello è infondato e deve essere respinto.

4. E' infondato il primo motivo di gravame, con cui l'appellante critica la sentenza di primo grado per aver erroneamente valutato l'esito delle prove testimoniali, sostenendo, in particolare, che: i) il giudice ha erroneamente valutato la deposizione di **Testimone_1**, che, diversamente da quanto ritenuto in sentenza, non ha affatto dimostrato il carattere "amicale e gratuito" dell'attività svolta dal **CP_1** in data 30/08/2022; inoltre, che il lavoratore si fosse recato presso l'abitazione del teste soltanto per recuperare degli attrezzi o per visionare il lavoro di rasatura precedentemente svolto dal teste è circostanza smentita dalle foto allegate alla relazione investigativa prodotta in atti, che ritraggono il lavoratore, in abiti da lavoro, recarsi verso l'abitazione del teste portando già con sé i suddetti strumenti di lavoro (un secchiello ed una spatola detta "americana"); ii) d'altro canto, gli investigatori **Testimone_2** e **Tes_3** [...] hanno confermato che il **CP_1** aveva svolto attività lavorativa nel giorno, con le modalità e nei termini contestati, riferendo tra l'altro di aver udito rumori di lavorazione provenienti dall'abitazione del **Tes_1** iii) è contraddittoria, inoltre, la dichiarazione di **Tes_1** laddove prima afferma che il **CP_1** ha lavorato presso di lui per poco tempo e poi riferisce di averlo lasciato mentre lavorava per attendere ai propri impegni lavorativi; iv) dunque, **CP_1** è stato impegnato in una vera e propria attività lavorativa, per un tempo prolungato; il carattere amicale e gratuito non è stato dimostrato, anzi a fronte di una prestazione lavorativa si deve presumere la natura onerosa della medesima; il **CP_1** ha utilizzato buona parte del permesso del 30/08/2022 non per prestare assistenza al familiare disabile, né per un'attività in qualsiasi modo connessa o funzionale all'assistenza, ma per svolgere da solo attività lavorativa su richiesta di un'altra persona; v) il Tribunale, inoltre, non ha valutato l'attendibilità della teste **Tes_4** [...], come sarebbe stato necessario in considerazione del rapporto di parentela che, per comune esperienza, può inficiare l'imparzialità e l'obiettività della prova, né ha tenuto conto della genericità delle dichiarazioni della teste, che nulla ha riferito in merito all'effettiva assistenza che il lavoratore avrebbe prestato alla madre durante i giorni oggetto della contestazione disciplinare, e che, diversamente, ha confermato che il lavoratore non era l'unico a prestare assistenza alla madre; vi) è rimasta, dunque, indimostrata la circostanza che la madre del **CP_1** necessitasse solo di questo tipo di attività di assistenza, ossia "quelle

di vestizione, cura dell'igiene personale e dell'alimentazione mattutina", strettamente confinate alle prime ore del giorno, mentre vi è prova che il lavoratore ha posto in essere durante la fruizione dei permessi e del congedo attività ricreative e di lavoro non collegate all'interesse dell'assistita.

4.1. *Testimone_1*, in sede di audizione testimoniale, ha dichiarato: *"Il 30/8/2022 è successo che avevo contattato l'attore qualche giorno prima perché poiché dovevo rasare una parete avevo bisogno di certi attrezzi (un secchiello ed una americana se ben ricordo), e lui me li aveva prestati. Quel giorno venne a casa mia a riprendere gli attrezzi in questione, e con l'occasione gli mostrai il lavoro che avevo svolto male e lui mi diede una mano a ripristinarlo, gratuitamente, perché ci conosciamo. Lui ha lavorato da me poco tempo, non so dire quanto, forse un'oretta e mezza. Non aveva portato nulla con sé. Non so come abbia trascorso il resto della giornata, salvo che poiché dovetti lasciarlo mentre lavorava dovendo andare al lavoro presso il *Org_1* *Tes_2* lui è venuto a riportarmi le chiavi"*.

4.1.1. Come ritenuto dal Tribunale, con giudizio ampiamente condivisibile, è irrilevante che il teste conservi un ricordo smentito dalla relazione investigativa, in ordine alla circostanza che il *CP_1* portasse con sé alcuni attrezzi il giorno dell'accesso all'abitazione del teste: ciò che appare, invece, determinante, è che il testimone abbia riferito chiaramente che l'attività svolta quel giorno dall'odierno appellato - di supporto alla rifinitura di lavori di rasatura di un muro - era stata posta in essere a titolo esclusivamente amicale e gratuito e non certamente verso un compenso. Sul punto, non essendovi ragioni per dubitare dell'attendibilità del testimone, non si comprende per quale ragione, nella prospettiva della parte appellante, non sarebbe emersa la prova del carattere amicale e gratuito della prestazione.

4.1.2. Attendibilità che resta ferma anche all'esito della comparazione tra quanto riferito dal teste e la relazione investigativa in atti: *Testimone_1* non ha riferito che l'amico *CP_1* si era recato presso la propria abitazione *"soltanto per recuperare degli attrezzi o per visionare il lavoro di rasatura precedentemente svolto dal teste"*, bensì ha dichiarato che quel giorno il *CP_1* si era recato presso la sua abitazione e lo aveva aiutato a ripristinare il lavoro già eseguito sulla parete, con ciò confermando lo svolgimento di quella attività che gli investigatori avevano accertato.

4.1.3. Difatti, mentre *Testimone_1* riferisce che l'appellato ha lavorato un'ora e mezza circa, dalla ricostruzione degli eventi come operata dagli investigatori emerge che l'effettiva attività lavorativa, confermata dai rumori di lavorazione provenienti dall'abitazione del *Tes_1*, si è svolta necessariamente nell'arco temporale compreso tra le ore 9,15 (orario in cui il *CP_1* fu visto rientrare nell'appartamento del *Tes_1* dopo essere rientrato nella propria abitazione) e le ore 11,25, quando il *CP_1* è stato visto dagli investigatori uscire dall'abitazione del *Tes_1*, ossia in un arco temporale compatibile con un'ora e mezza di lavoro effettivo: d'altro canto, i due investigatori non hanno riferito, né avrebbero potuto, di aver visto il

CP_1 lavorare e per quanto tempo, ragione per cui sul tempo di effettivo svolgimento di attività lavorativa all'interno dell'abitazione del teste rileva unicamente quanto dichiarato da quest'ultimo.

4.2. Parte appellante lamenta, inoltre, l'omessa valutazione di attendibilità della testimone *Testimone_4*, la quale ha dichiarato: *"La madre del ricorrente è la sorella di mia madre. Sul ricorso: Posso dire che l'attore presta assistenza alla madre, con la quale vive, quotidianamente la fa alzare la mattina, la lava, la veste, le dà la colazione essendo questa non autosufficiente, non può uscire a fare la spesa, la aiuta a lavarsi, le somministra i farmaci, etc. Lo so perché quando non può stare con la madre mi chiama e la assisto io. A Via Tasso sono soli, abitano solo loro due"*.

4.2.1. Non convince il sospetto di inattendibilità che la società appellante solleva in ordine alle predette dichiarazioni: da un punto di vista oggettivo, esse appaiono chiare, precise ed intrinsecamente coerenti, oltre che compatibili con quanto attestato dal verbale della Commissione Medica per l'accertamento dell'handicap prodotto in atti, in cui: - si dà atto, all'esito dell'esame obiettivo di *Persona_1* (madre del ricorrente cfr. certificato di stato di famiglia prodotto in allegato al ricorso), dell'esistenza di *"mediocri condizioni generali, ... umore francamente deflesso, ... severa varicosi agli arti inferiori con medicazione ai piedi, passaggi posturali con necessità di appoggio, deambulazione difficoltosa, claudicante, possibile per brevi tratti, con ricerca di appoggio e supervisione di terzi"*; - viene formulata una diagnosi di *"Vasculopatia degli arti inferiori con ulcere plantari in trattamento anticoagulante. Cardiopatia ischemico-ipertensiva trattata con angioplastica. Diabete mellito NID"*; - conclusivamente la sig.ra *Per_* viene definita *"Portatore di handicap in situazione di gravità"* e soggetto *"invalido con capacità di deambulazione sensibilmente ridotta"*.

4.2.2. Del tutto plausibile, quindi, che la tipologia di assistenza di cui la madre del lavoratore necessitava si concretizzasse nel tipo di ausilio riferito dalla teste, ossia aiutarla ad alzarsi dal letto, nonché a lavarsi e vestirsi, prepararle la colazione, somministrarle i farmaci, tutte attività che la teste conosceva essendosi occupata della propria parente nelle occasioni in cui il *CP_1* - che quotidianamente provvedeva all'assistenza e cura della propria madre essendone l'unico familiare convivente - vi era impedito.

4.2.3. A ciò si aggiunga che la Suprema Corte ha chiarito che *"In materia di prova testimoniale, non sussiste alcun principio di necessaria inattendibilità del testimone che abbia vincoli di parentela o coniugali con una delle parti, atteso che, caduto il divieto di testimoniare previsto dall'art. 247 c.p.c. per effetto della sentenza della Corte cost. n. 248 del 1974, l'attendibilità del teste legato da uno dei predetti vincoli non può essere esclusa aprioristicamente in difetto di ulteriori elementi dai quali il giudice del merito desuma la perdita di credibilità"* (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 6001 del 28/02/2023). Nel caso di specie, parte appellante deduce l'inattendibilità della teste *Testimone_4* unicamente dal rapporto di parentela sussistente con la controparte, senza addurre ulteriori elementi da cui

dovrebbe ricavarsi un giudizio di non credibilità della predetta teste, elementi che, in ogni caso, non appaiono rinvenibili alla luce di tutto quanto sopra esposto.

5. Parimenti infondato è il secondo motivo di impugnazione, che censura la sentenza di primo grado per errata affermazione di irrilevanza dello svolgimento di attività lavorativa durante la fruizione di permesso ex legge 104/1992.

5.1. Sostiene, in particolare, la società appellante che: i) le finalità del congedo straordinario ex art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151/2001 e dei permessi ex art. 33 della legge n. 104/1992 sono identiche, ossia consentire al lavoratore di assentarsi per poter fornire assistenza a congiunti disabili, e tale finalità è la medesima del congedo straordinario previsto dall'art. 4, comma 2, della legge n. 53/2000, norma che prevede il divieto di svolgere alcun tipo di attività lavorativa; ii) l'art. 42 cit. al comma 5-bis fa esplicito rinvio *“per tutto quanto non espressamente previsto dai commi 5, 5-bis, 5-ter e 5-quater”* della medesima norma, all'art. 4, comma 2 della legge n. 53/2000: dunque, la ratio del divieto per il lavoratore di svolgere altra attività lavorativa durante la fruizione di un congedo o un permesso, comunque denominato, avente la finalità di consentire allo stesso di prestare l'adeguata assistenza al familiare disabile, non consiste – al contrario di quanto affermato nella sentenza in esame – nel *“divieto di attività lavorativa destinata a fine di lucro giuridicamente rilevante”*, bensì va ricercato nella finalità sociale per cui sono state introdotte le disposizioni normative sopra citate, ossia permettere al lavoratore di fornire la migliore cura possibile nell'interesse della persona bisognosa dell'assistenza, evitando al contempo che il datore di lavoro sia privato ingiustamente della prestazione per finalità diverse dal diritto di assistenza al familiare disabile; iii) né la rilevanza disciplinare della condotta appare condizionata dalla *“continuità”* o meno dell'attività lavorativa prestata durante la fruizione del congedo, poiché in ogni caso tale attività lavorativa ha comportato *“l'utilizzo del congedo per fini diversi da quelli per cui è concesso”*: la condotta del lavoratore è di per sé disciplinarmente rilevante ai fini del recesso per giusta causa, a prescindere dal carattere remunerativo o gratuito della prestazione, che tuttavia nel caso di specie non è stato appurato.

5.2. Invero, come ampiamente illustrato al superiore paragrafo 4, il carattere gratuito ed estemporaneo della *“prestazione lavorativa”* posta in essere da CP_1 presso l'abitazione dell'amico Testimone_1 è circostanza da ritenere provata: a ciò si aggiunga che, come correttamente evidenziato dal primo giudice, in data 30/08/2022 CP_1 stata fruendo di un permesso ex art. 33, comma 3, legge n. 104/1992 e non piuttosto del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151/2001, ragion per cui la rilevanza disciplinare della condotta posta in essere dal lavoratore va valutata alla stregua dei principi in materia di fruizione di permessi per l'assistenza a familiare disabile (come meglio si dirà oltre), mentre ciò che appare determinante, anche in ipotesi di congedo

straordinario, non è - come condivisibilmente affermato dal Tribunale - il carattere gratuito o oneroso della prestazione lavorativa quanto la continuità/assiduità della prestazione medesima, che dimostrerebbe senza alcun dubbio un uso distorto del congedo in quanto finalizzato sostanzialmente a svolgere attività lavorativa presso un diverso datore di lavoro.

6. Con il terzo motivo di gravame parte appellante lamenta l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha escluso la rilevanza disciplinare della condotta posta in essere dal lavoratore, sostenendo che: i) è stato dimostrato nel corso del giudizio di primo grado, attraverso i documenti prodotti e le dichiarazioni rese dai testimoni, che il lavoratore ha utilizzato il permesso nei giorni 29 e 30 agosto e il congedo nel giorno 9 agosto per finalità personali diverse dall'assistenza alla madre disabile, ossia per lo svolgimento di attività lavorativa come muratore e per attività meramente ricreativa, integrando, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità, abuso del diritto e violazione dei principi di correttezza e buona fede; ii) ha errato il Tribunale nel ritenere che l'assistenza alla madre disabile sia stata dimostrata per un tempo preponderante in rapporto alle attività di cui ella aveva necessità, atteso che non è stata fornita dal lavoratore la minima evidenza di un'assistenza apprezzabile, che giustifichi, per modalità "quantitative" o "qualitative" il sacrificio imposto al datore di lavoro; iii) l'assistenza alla madre è stata ritenuta provata sulla base delle dichiarazioni della teste *Tes_4* anche in modo contraddittorio rispetto alle affermazioni di cui al ricorso, laddove si sosteneva che la madre avrebbe la necessità di un'assistenza continua in ogni momento della giornata e per ogni incombenza personale, stante la quasi totale incapacità di deambulazione, mentre sulla base della testimonianza della sig.ra *Tes_4* il primo giudice ha dato per scontato che l'assistenza dovesse essere prestata solo la mattina al risveglio e che per il resto della mattinata l'assistita potesse essere lasciata da sola; iv) inoltre, ai fini dell'abuso dei benefici concessi dalla legge, è rilevante l'utilizzo anche solo di una parte non preponderante del permesso per fini personali: in data 30/08/2022 il sig. *CP_1* è uscito di casa alle ore 8,39 per farvi rientro solo alle 12,48, lasciando quindi la madre da sola per tutta la mattina, mentre il 9 ed il 29 agosto 2022 si è intrattenuto al bar con un'altra persona per un tempo rilevante (almeno dalle 10,45 alle 12,00); v) il Tribunale non ha altresì considerato che, dato l'elevato numero di assenze del lavoratore, come riportate nella comunicazione del 10/03/2022, è quindi ragionevole presumere che lo stesso abbia sfruttato anche gli altri giorni di permesso nel tempo concessi per finalità non connesse all'assistenza, integrando ciò una condotta contraria a buona fede e correttezza.

6.1. Tale ultimo rilievo, oltre ad essere del tutto ipotetico, non può trovare alcuno spazio nell'ambito del presente giudizio: gli episodi oggetto di contestazione disciplinare - cui ha fatto seguito il licenziamento - sono esclusivamente quelli relativi ai giorni 09/08/2022, 29/08/2022 e

30/08/2022, mentre ogni ulteriore e diversa condotta non può in alcun modo essere presa in considerazione in questa sede.

6.2. Quanto alle esigenze di assistenza della madre del **CP_I**, si è già detto che deve ritenersi dimostrato - come correttamente ritenuto dal primo giudice - che le necessità della predetta fossero attinenti all'ausilio nell'alzarsi dal letto, nella cura ed igiene personale, nella vestizione e nell'alimentazione mattutina, cui può certamente aggiungersi la preparazione del pranzo, l'acquisto dei beni soprattutto alimentari ed il supporto nelle ore serali per la cena e per coricarsi: ciò si evince dalle dichiarazioni della teste **Tes_4**, la quale ha chiarito di conoscere bene tali necessità per essere lei stessa a provvedervi in caso di impossibilità del figlio convivente della disabile, verosimilmente perché impegnato con il lavoro.

6.3. Come già riportato dal giudice di prime cure, la Suprema Corte ha avuto modo di affermare, in materia di abuso del permesso ex legge n. 104/1992, i seguenti principi: i) *"il comportamento del prestatore di lavoro subordinato che, in relazione al permesso ex art. 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, si avvalga dello stesso non per l'assistenza al familiare, bensì per attendere ad altra attività, integra l'ipotesi di abuso del diritto, giacché tale condotta si palesa, nei confronti del datore di lavoro, come lesiva della buona fede"* (Cass. Sez. L, Sentenza n. 4984 del 04/03/2014); ii) *"il permesso ex art. 33 della l. n. 104 del 1992 è riconosciuto al lavoratore in ragione dell'assistenza al disabile, rispetto alla quale l'assenza dal lavoro deve porsi in relazione causale diretta, senza che il dato testuale e la "ratio" della norma ne consentano l'utilizzo in funzione meramente compensativa delle energie impiegate dal dipendente per la detta assistenza"* (Cass. Sez. L, Sentenza n. 17968 del 13/09/2016); iii) il beneficio è riconosciuto al lavoratore in ragione dell'assistenza, dunque l'assenza dal lavoro per la fruizione del permesso deve porsi in relazione diretta con l'assistenza al disabile e non può ritenersi consentita l'utilizzazione del permesso per esigenze diverse da quelle proprie della funzione cui la norma è preordinata; se il permesso viene fruito non per assistere il familiare ma per attendere ad altra attività, vi è difetto del nesso causale e la condotta del lavoratore si palesa lesiva della buona fede nei confronti del datore di lavoro (Cass. n. 17968/2016 cit.); iv) sussiste utilizzo indebito del permesso ex legge 104/1992 anche nelle ipotesi in cui il lavoratore fornisca assistenza al familiare disabile solo per parte del tempo dovuto, utilizzando la restante parte per altre attività, con grave violazione dei doveri 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 (Cass. Sez. L, Sentenza n. 9217 del 2016).

6.4. Tuttavia, come evidenziato dal Tribunale, il riportato orientamento giurisprudenziale di legittimità si è nel tempo affinato, avendo la Suprema Corte precisato che: a) la giurisprudenza di legittimità, che ha ritenuto necessario uno stretto nesso causale fra fruizione dei permessi ex legge 104 e assistenza, ha sempre fatto riferimento ad ipotesi in cui vi è la prova diretta o indiretta dell'assenza di assistenza e/o dello svolgimento da parte

dell'utilizzatore dei permessi di attività incompatibili con la prestazione della stessa (Cass. Sez. L, Sentenza n. 12032 del 2020); b) il nesso che la legge impone non è di tipo strettamente temporale, cioè tra la fruizione del permesso e la prestazione di assistenza in precisa coincidenza con l'orario di lavoro, bensì funzionale, tra il godimento del permesso e le necessità, gli oneri, gli incumbenti che connotano l'attività di assistenza delle persone disabili in condizioni di gravità (Cass. Sez. L, Ordinanza n. 2235 del 2023); c) il rigoroso nesso causale tra la fruizione del permesso e l'assistenza alla persona disabile va inteso non in senso così rigido da imporre al lavoratore il sacrificio, in correlazione col permesso, delle proprie esigenze personali o familiari in senso lato, ma piuttosto quale chiara ed inequivoca funzionalizzazione del tempo liberato dall'obbligo della prestazione di lavoro alla preminente soddisfazione dei bisogni della persona disabile, senza automatismi o rigide misurazioni dei segmenti temporali dedicati all'assistenza in relazione all'orario di lavoro, purché risulti ampiamente soddisfatta la finalità del beneficio che l'ordinamento riconosce al lavoratore in funzione della prestazione di assistenza e in attuazione dei superiori valori di solidarietà (Cass. sentenza n. 2235/2023 cit.; conforme Cass. Sez. L, Ordinanza n. 7306 del 2023); d) qualora il lavoratore in permesso ex art. 33, comma 3, legge n. 104/1992 svolga l'attività di assistenza in tempi e modi tali da soddisfare in via preminente le esigenze ed i bisogni del familiare in condizione di handicap grave, pur senza abdicare del tutto alle esigenze personali e familiari e pure a prescindere dall'esatta collocazione temporale di detta assistenza nell'orario liberato dall'obbligo della prestazione lavorativa, non potrà ravvisarsi alcun abuso del diritto o lesione degli obblighi di correttezza e buona fede (Cass. sentenza n. 2235/2023 cit.).

6.5. Dunque, il tempo del permesso ex legge n. 104/1992 deve essere finalizzato alla preminente soddisfazione dei bisogni della persona disabile: con la conseguenza che, come ritenuto in modo corretto e condivisibile dal primo giudice, soltanto ove risulti che l'assistenza non è stata prestata affatto dal lavoratore, ovvero è stata prestata con modalità quantitative e qualitative che non caratterizzano come preminente la soddisfazione dei bisogni del familiare disabile, sarà ravvisabile un abuso nella fruizione del permesso.

6.6. Applicando tali principi al caso di specie, corretta appare la gravata sentenza, in primo luogo, con riguardo agli episodi del 09/08/2022 e del 29/08/2022, atteso che: i) nel primo caso, il CP_1 uscì di casa alle ore 10,47 per recarsi in un bar, dove si trattenne sino alle ore 12,10, per poi recarsi in un maxi store Org_, dove all'evidenza (come si evince dalla relazione investigativa) ha effettuato acquisti per il nucleo familiare: posto che quest'ultima condotta non assume alcun rilievo disciplinare (tanto che la società appellante ha ritenuto di non contestare al lavoratore analoga condotta - uscita di circa venti minuti per fare la spesa al supermercato Org_3 - posta in essere in data 08/08/2022), l'essere uscito di casa dopo

aver certamente assicurato alla propria madre quella assistenza rispondente alle sue necessità, come riferita e descritta dalla teste *Tes_4*, ed essersi trattenuto per poco più di un'ora in un bar non può ritenersi comportamento tale da integrare un abuso nella fruizione del congedo straordinario; ii) nel secondo caso, il *CP_1* ha posto in essere analogo comportamento, uscendo di casa intorno alle ore 10,45 per recarsi in un bar e quindi incontrare alcuni amici, per poi recarsi al supermercato *Org_3* alle ore 11,54 e rientrare definitivamente a casa alle ore 12,18; iii) si consideri, inoltre, che, in entrambi i descritti casi, non sono stati registrati ulteriori movimenti di *CP_1* in uscita dalla propria abitazione per la restante parte del pomeriggio, ragion per cui non vi è motivo di dubitare che l'assistenza in favore del proprio familiare disabile sia stata prestata in modo preponderante nell'arco dell'intera giornata, e non soltanto in rapporto al supporto che l'assistita necessitava nelle prime ore del mattino. Orario, quest'ultimo, rispetto al quale il giudice di prime cure ha correttamente ritenuto che le esigenze di cura della propria madre non imponessero all'appellato *"la necessità di non lasciar da sola la signora per un paio d'ore a metà mattinata, parte della quale poi comunque destinata a fare la spesa o andare in farmacia"*.

6.7. Quanto all'episodio del 30/08/2022 - che in ogni caso dovrebbe assurgere ad un grado di gravità (ex art. 2119 c.c.) tale da fondare di per sé solo l'esistenza della giusta causa - appare anche in tal caso condivisibile il giudizio espresso dal Tribunale.

6.7.1. In quel dì, stando a quanto risulta dalla relazione investigativa, *CP_1* [...] : - usciva di casa alle ore 8,39 e raggiungeva via Ferri alle ore 8,44; - dopo essere entrato in un appartamento sito al terzo piano dello stabile ubicato in via Ferri n. 10 (che è risultato essere di proprietà di [...]) *Tes_1*), ne usciva alle ore 9,05 per tornare presso la propria abitazione ove rientrava alle ore 9,08; - alle ore 9,13 ripartiva dalla propria abitazione per tornare nell'appartamento di *Testimone_1*, dove alle ore 10,35 veniva notato sul balcone con una spatola in mano; - alle ore 11,25 usciva dallo stabile di via Ferri n. 10, tenendo in mano alcuni attrezzi da lavoro, e rientrava presso la propria abitazione alle ore 11,31; - alle ore 11,58 usciva nuovamente dalla propria abitazione per recarsi dapprima in farmacia, poi in un negozio di barberia e quindi nel supermercato *Org_3* di via dei Pioppi, per poi rientrare a casa alle ore 12,48.

6.8. Il testimone *Testimone_1*, come sopra riportato, ha riferito, in sintesi, che l'amico *CP_1* si era recato presso la sua abitazione e qui lo aveva aiutato a svolgere lavori di rifinitura di una parete, a titolo amicale e gratuito; la testimone *Testimone_4* ha descritto, come sopra riportato, la tipologia di assistenza di cui aveva bisogno quotidianamente la madre dell'appellato (*"quotidianamente la fa alzare la mattina, la lava, la veste, le dà la colazione essendo questa non autosufficiente, non può uscire a fare la spesa, la aiuta a lavarsi, le somministra i farmaci, etc."*).

6.9. Può, dunque, dirsi dimostrato che anche in data 30/08/2022 il lavoratore avesse prestato al familiare convivente, portatore di handicap in stato di gravità, un'assistenza qualitativamente preponderante (considerati anche gli intervalli temporali seppur brevi di rientro presso la comune abitazione), destinando e finalizzando il tempo normalmente dedicato al lavoro in modo preminente alla soddisfazione dei bisogni della persona assistita, così giustificando il sacrificio imposto al datore di lavoro: si consideri che il tempo da considerare "sottratto" alla cura della madre disabile deve essere comunque circoscritto alle sole ore (un'ora e mezza/due) in cui il **CP_1** si è trattenuto presso l'appartamento del **Tes_1**, essendosi per il resto dedicato alla cura personale (barbiere) ovvero al soddisfacimento di esigenze primarie del nucleo familiare (farmacia, supermercato). Tempo nel corso del quale il lavoratore, dopo aver fornito alla madre tutta l'assistenza di cui necessitava in ragione delle proprie patologie ed esigenze di accudimento, ha svolto una attività "lavorativa" del tutto eccezionale ed occasionale senza ricevere alcun corrispettivo, per poi rientrare presso la propria abitazione senza più uscirne (o quantomeno non vi è prova di ulteriori uscite dal domicilio in quella giornata).

6.10. Deve, pertanto, ritenersi corretta e meritevole di conferma la decisione del giudice di prime cure nella parte in cui ha ritenuto non del tutto assente il nesso causale tra l'assenza dal lavoro e l'assistenza al familiare disabile, affermando che *"L'abuso, e con esso l'illecito, risulta pertanto provatamente inesistente sul piano giuridico"*.

7. Il quarto motivo di appello critica la sentenza di prime cure per aver applicato la tutela reintegratoria di cui all'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, insistendo per l'applicazione del disposto di cui all'art. 3, comma 1 d.lgs. n. 23/2015, essendo emersa piena prova del fatto contestato al lavoratore, sulla base delle risultanze dell'attività investigativa e delle dichiarazioni testimoniali di **Testimone_2** e **Tes_3**, ritenute attendibili dal giudice di prime cure, e non potendosi revocare in dubbio l'illiceità della condotta del lavoratore in quanto integrante l'abuso del diritto alla fruizione dei permessi ex legge n. 104/1992.

7.1. La censura è destituita di fondamento: la rilevanza disciplinare dei fatti contestati a **CP_1**, per tutti i motivi illustrati nei superiori paragrafi, è stata correttamente esclusa dal primo giudice, il quale ha richiamato un orientamento giurisprudenziale di legittimità formatosi nella vigenza dell'art. 18 legge n. 300/1970 secondo cui alla insussistenza del fatto deve equipararsi la irrilevanza disciplinare (*ex multiis* Cass. Sez. L, Sentenza n. 20540 del 13/10/2015: *"L'insussistenza del fatto contestato, di cui all'art. 18 st.lav., come modificato dall'art. 1, comma 42, della l. n. 92 del 2012, comprende l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, sicché in tale ipotesi si applica la tutela reintegratoria, senza che rilevi la diversa questione della proporzionalità tra sanzione espulsiva e fatto di modesta illiceità"*).

7.2. Principio che è stato confermato dalla giurisprudenza più recente della Suprema Corte anche con riguardo alle tutele di cui al d.lgs. n. 23/2015: *“In tema di licenziamento disciplinare, l’insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, ai fini della pronuncia reintegratoria di cui all’art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23 del 2015, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento, comprende non soltanto i casi in cui il fatto non si sia verificato nella sua materialità, ma anche tutte le ipotesi in cui il fatto, materialmente accaduto, non abbia rilievo disciplinare”* (Cass. Sez. L, Sentenza n. 12174 del 08/05/2019); *“In tema di licenziamento disciplinare, nel caso in cui il fatto contestato al lavoratore, pur sussistente nella sua materialità, risulti privo di illiceità, offensività o anti-giuridicità, trova applicazione la tutela reintegratoria cd. attenuata prevista ex art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015, vigente razione temporis”* (Cass. Sez. L, Ordinanza n. 30469 del 02/11/2023).

7.3. Corretta, dunque, l’interpretazione del giudice di prime cure, secondo cui la locuzione *“fatto materiale”* di cui all’art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 deve intendersi comunque riferita al *“fatto giuridicamente rilevante sul piano disciplinare”*, con la conseguenza che altrettanto correttamente il licenziamento, previa dichiarazione di illegittimità, è stato annullato e la società *“condannata a reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro e a pagargli una indennità risarcitoria commisurata all’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento; oltre al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali secondo la predetta disposizione”*.

7.4. Il quarto motivo di appello è, dunque, da ritenere infondato.

8. Parimenti infondato è, in ultima analisi, il quinto motivo di gravame, che censura la sentenza di primo grado per non aver tenuto conto della condotta del lavoratore nel periodo antecedente alla contestazione disciplinare, ed, in particolare, della missiva datoriale datata 10/03/2022 con cui il lavoratore veniva reso edotto dei giorni di assenza accumulati, che avevano raggiunto una percentuale pari al 65% dei giorni lavorabili, e che dimostrerebbero una generale mancanza di correttezza e di buona fede nella condotta del lavoratore.

8.1. Come già evidenziato al superiore § 6.1., oggetto della valutazione del giudice sono unicamente i fatti che hanno formato oggetto della contestazione disciplinare, ed è con riguardo a tali fatti che va valutata la correttezza e buona fede del lavoratore: tutti gli altri episodi di assenza dal lavoro, non emergendo in alcun modo elementi di prova che dimostrino il contrario, risultano essere stati connotati dall’esercizio di diritti riconosciuti dalla legge al lavoratore (assenza per malattia, permessi ex legge n. 104/1992, congedo straordinario d.lgs. n. 151/2001) e non anche da abusi e/o violazioni dei principi di correttezza e buona fede.

9. Per quanto sin qui esposto, l’appello deve essere rigettato e la sentenza di primo grado integralmente confermata.

10. Le spese del grado seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo.

11. In considerazione del tipo di statuizione emessa, deve infine darsi atto della sussistenza in capo all'appellante delle condizioni processuali richieste dall'art. 13 comma 1 quater del d.p.r. n. 115/2002, come modificato dall'art. 1 comma 17 L. 24.12.2012 n. 228, per il raddoppio del contributo unificato, pur se condizionata alla debenza del contributo inizialmente dovuto.

P.Q.M.

La Corte rigetta l'appello e condanna la società appellante al pagamento in favore di **CP_I** delle spese di lite del grado che liquida in € 5.000,00, oltre rimborso spese forfettarie nella misura del 15%, Iva e Cpa come per legge, con distrazione. Sussistono le condizioni oggettive richieste dall'art. 13 comma 1 quater del d.p.r. n. 115/2002 per il versamento da parte della società appellante dell'ulteriore importo del contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso, se dovuto.

Roma, 16/05/2024

Il Consigliere estensore
Dott.ssa Francesca Del Villano Aceto

Il Presidente
Dott. Guido Rosa