



R.G. n. 203/2022

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE D'APPELLO DI VENEZIA- sezione Lavoro

Composta dai Magistrati

Dr. Annalisa MULTARI	Presidente
Dr. Lorenzo PUCCETTI	Consigliere relatore
Dr. Nicola ARMIENTI	Consigliere ausiliario

SENTENZA

nella causa promossa in appello con appello depositato in data 18 marzo 2023,

da

Parte_1

[...] (c.f.: *P.IVA_1*), in persona del rappresentante legale "pro tempore",
rappresentata e difesa giusta procura in atti dall'avv. Alberto Impellizzeri (pec

Email_1 ,

appellante

contro

Controparte_1 (c.f. *C.F._1*), rappresentato e
difeso come da procura allegata in busta allegata al deposito telematico
dell'appello dagli avv.ti Fabiana Vianello (pec:

Email_2

e Erica Pertile (pec:

Email_3 ,

appellato

Oggetto: appello avverso la sentenza del giudice del lavoro del Tribunale di Venezia n. 529/2021 d.d. 22.09.2021, non notificata.-

In punto: impugnazione licenziamento per giusta causa; abuso permesso ex l. 104/1992.-

CONCLUSIONI

Parte_1

[...] _

“NEL MERITO

In riforma della sentenza del Tribunale di Venezia, Sezione Lavoro, n.529/21, depositata il 22 settembre '21:

IN VIA PRINCIPALE

1. Respingere le domande svolte dal signor Controparte_1 perché infondate in fatto ed in diritto;

IN VIA SUBORDINATA

2. Determinare l'indennità di mancato preavviso nella misura stabilita dall'art.129 CCNL Studi professionali.

IN OGNI CASO

3. Spese di lite di entrambi i gradi di giudizio interamente rifulsi.”

Controparte_1

Nel merito: per le causali di cui in narrativa rigettarsi integralmente l'appello avversario infondato in fatto e in diritto e confermarsi la sentenza di primo grado, in accoglimento delle conclusioni già rassegnate in primo grado dal sig CP_1 che di seguito si trascrivono

“In principalità nel merito, per le causali e i motivi di cui in narrativa del ricorso introduttivo, accertata e dichiarata la nullità e/o comunque l'illegittimità e/o annullabilità e/o inefficacia del licenziamento comminato da [...]

Parte_2 non ricorrendo gli estremi della giusta causa, condannarsi il datore di lavoro Parte_2 sul in persona del legale

rappresentante pro tempore a riassumere il sig. CP_1 o, in mancanza, al pagamento dell'indennità risarcitoria ex art. 8 L. 604/1966 nella misura massima di legge attesa la condotta di parte datoriale, l'anzianità di servizio del ricorrente (oltre vent'anni), l'integerrima carriera e condotta lavorativa del ricorrente, la buona fede dello stesso nella fruizione dei permessi, il numero di dipendenti occupati dal datore di lavoro. Condannarsi altresì il datore di lavoro al pagamento di quanto dovuto a titolo di indennità di mancato preavviso (120 giorni ex art 58 CCNL). In ogni caso spese e competenze di lite oltre rimborso spese generali e cpa, integralmente rifuise." Spese e competenze di lite integralmente rifuise".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con l'impugnata sentenza il giudice del lavoro del Tribunale di Venezia, dopo aver istruito la causa, ha annullato il licenziamento per giusta causa intimato in data 19 dicembre 2019 al lavoratore Controparte_1 per aver indebitamente fruito in data 4 ottobre 2019 del permesso ex art. 33 della l. n. 104/1992 ed ha condannato la convenuta a:

- riassumere il ricorrente o a risarcirgli il danno pari a sei (6) mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per un importo di € 12.264,00;
- corrispondere l'indennità di mancato preavviso pari a centoventi (120) giorni per un importo di € 9.433,83;
- rifondere le spese legali liquidate nella somma di € 5.135,00 oltre accessori.

Esponiva il giudice in fatto, che in data 29.10.2019 veniva contestato al lavoratore che:

- a) *"in ragione di provvedimento di accoglimento da parte dell'CP_2, Lei fruisce dei permessi retribuiti ex art. 33, comma terzo, L. 104/92 per assistere il soggetto indicato nella richiesta. Alla luce di verifiche effettuate in relazione ad un permesso da Lei recentemente richiesto e fruito ai sensi della citata disposizione per il turno pomeridiano di venerdì 4 ottobre '19, la scrivente ha appreso che Lei non ha fornito alcuna forma di sostegno al congiunto. Sulla base delle risultanze sopra descritte, emerge dunque che il permesso fruito in data 4 ottobre '19, richiesto e concesso ai sensi ex art. 33, comma terzo, L. 104/92 è stato utilizzato, in coincidenza con i suoi turni di lavoro, in violazione dei requisiti previsti dalla normativa vigente, mancando il presupposto*

dell'assistenza ed in assenza del soggetto destinatario della stessa. Le viene, pertanto, contestato l'abuso del diritto riconosciuto ai sensi dell'art. 33, comma terzo, L. 104/92 e la grave violazione dei doveri di correttezza e buona fede e gli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà che regolano il rapporto di lavoro tra le parti;

- b) in data 26 ottobre 2019 egli forniva le proprie giustificazioni evidenziando di non comprendere cosa avrebbe o non avrebbe fatto il 4 ottobre 2019 data la genericità della contestazione, e di avere sempre utilizzato i permessi per assistere il proprio padre, al quale in ogni caso dedicava molto del proprio tempo per assisterlo e aiutarlo in una molteplicità di necessità, attività ed incumbenti;
- c) in data 18 dicembre 2019 veniva irrogato il licenziamento per giusta causa. Il giudice *a quo* riteneva all'esito dell'istruttoria esperita che:
 - a) il fatto contestato al ricorrente, e cioè non avere il 4/10/2019 *"fornito alcuna forma di sostegno al congiunto"*, non è stato provato, atteso che la relativa prova era stata offerta con la deposizione testimoniale di un investigatore privato che ha riferito su circostanze che non si è riuscito a comprendere se ed in quali termini ha visto direttamente, o attraverso video, o attraverso altri collaboratori non identificati, mentre non sono stati prodotti video o foto da cui poter evincere alcunché;
 - b) in memoria di costituzione si afferma che *"dal mattino e sino alle 19 è rimasto ininterrottamente in cantiere a svolgere attività da manovale edile o a conferire con fornitori"*, invece di assistere il padre (la cui abitazione sita in via Trieste n. 166 si trova a 100 mt dal cantiere edile di via Trieste n. 211/213), laddove tale circostanza non risulta provata;
 - c) risulta confermato, al contrario, che il ricorrente si è preso cura del padre assistendolo personalmente (lavori di giardinaggio, facendogli compagnia) ed occupandosi anche dei suoi interessi economici (preventivi, cura dell'andamento del lavoro dell'immobile di via Trieste 211/213), emergendo un tanto dalle allegazioni difensive non smentite dal teste *Tes_I* e dalle dichiarazioni testimoniali rese dalla madre e dalla sorella del ricorrente;
 - d) in definitiva *Controparte_1* non ha usufruito del permesso per

soddisfare esigenze personali, ma per assistere il padre sia personalmente sia sotto il profilo di attendere ai di lui interessi economici, impegno quest'ultimo che non esula dall'utilizzo dei permessi ex art. 33, comma 3, posto che nell'assistenza della persona disabile rientra anche la cura dei suoi interessi (economici).

2. Avverso la sentenza propone appello il [...] *Parte_1* formulando due (2) motivi di gravame.

2.1. Con il primo motivo si duole, in particolare, del fatto che immotivatamente il giudice di prime cure ha ritenuto inattendibile la testimonianza resa dalla teste *Testimone_2*, dalla cui deposizione emerge invece il perpetrato abuso del permesso, avendo egli dato conto delle risultanze investigative attraverso l'indicazione dei servizi di controllo svolti dai propri collaboratori e delle risultanze video/documentali delle riprese effettuate.

Secondo l'appellante il giudice avrebbe errato nella valutazione delle emergenze istruttorie perché la datrice di lavoro aveva dato prova che il *CP_1* non aveva speso il suo tempo per accudire il padre ma solo per occuparsi di altre attività la cui rilevanza per il congiunto era unicamente di natura economica e non riguardavano l'integrità psicofisica della sua persona.

Al contrario, le testimonianze rese da *Testimone_3* (sorella del ricorrente) e da *Persona_1* (madre del ricorrente) sono generiche ed inattendibili per contraddittorietà fra loro nonché con le stesse allegazioni attoree, poiché in ricorso lo stesso *Controparte_1* aveva riconosciuto di aver dedicato la maggior parte del proprio tempo in data 4 ottobre 2019 agli interessi economici del congiunto, sia gestendo i rapporti con i fornitori, sia operando direttamente nel cantiere.

Sul punto ribadisce che non rientra nel concetto di assistenza la cura degli interessi economici del disabile e richiama la decisione della Corte di Appello di Venezia (s. n. 1/2018) con la quale è stato ritenuto che anche un singolo episodio di preordinata richiesta di permesso, per fini anche parzialmente diversi dall'accudienza, concretizza condotta idonea a porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento in quanto sintomatica di un certo atteggiarsi del

lavoratore rispetto agli obblighi assunti.

2.2. Con il secondo motivo, svolto in via subordinata, domanda la riduzione dell'indennità di mancato preavviso da contenersi nei termini di cui all'art. 129 CCNL Studi professionali (50 giorni invece che 120 giorni), con ripetizione della differenza percepita in forza della provvisoria esecutorietà della sentenza di primo grado, evidenziando che il rapporto di lavoro era regolato dal *CP_3* [...] *Parte_3* (che offre in produzione sub. doc. 11) e precisamente dall'art. 129 e non invece dal CCNL CONFIDENT richiamato dal ricorrente.

3. Radicatosi il contraddittorio *Controparte_1* difende la sentenza chiedendone l'integrale conferma ed insiste, in subordine, per l'accoglimento delle eccezioni rimaste assorbite in primo grado di: genericità e difetto di specificità e di tempestività della contestazione disciplinare, carenza comunque dell'elemento soggettivo, difetto di proporzionalità fra fatto e sanzione espulsiva.

3.1. In relazione al primo motivo replica che il giudicante ha esattamente e ampiamente motivato i criteri di valutazione delle prove testimoniali che ha posto a fondamento della propria decisione e ha dunque correttamente ritenuto non assolto l'onere probatorio in capo al datore di lavoro.

Sottolinea che la deposizione resa dal teste *Tes_1* è stata resa non solo *de relato* ma risulta anche priva di indicazioni sulle generalità dei due collaboratori che avrebbero effettuato le osservazioni.

Evidenzia che il fatto storico della contestazione - *id est* aver fruito del permesso "*in assenza del beneficiario*" e "*non aver fornito alcuna forma di sostegno al congiunto*" - non risulta provato.

Richiama giurisprudenza (Cass. n. 23891/2018, n. 23434/2020, n. 1394/2020) per la quale l'"*assistenza al disabile può essere prestata con modalità e forme diverse anche attraverso lo svolgimento di incombenze amministrative, pratiche o di qualsiasi genere purché nell'interesse del familiare assistito*" ed evidenzia, dunque, come l'utilizzo dei permessi sia da ritenersi compatibile con lo svolgimento di una qualsiasi attività che l'invalido non sia in grado di compiere autonomamente in ragione della propria condizione soggettiva.

Ribadisce - qualora la Corte valutasse in modo diverso dal giudice di prime cure le risultanze istruttorie - l'eccezione di illegittimità del controllo occulto del

dipendente in assenza di alcun illecito che giustificasse l'attività investigativa e l'inutilizzabilità delle testimonianze del *Tes_1* e comunque delle risultanze investigative, ai sensi degli artt. 2, 3 e 4 della l. n. 300/1970, laddove per *"consolidato orientamento giurisprudenziale il controllo del dipendente a mezzo di un'agenzia investigativa è consentito solo se indispensabile per l'accertamento di un illecito e se privo di alternative, richiedendosi quantomeno delle ragioni di sospetto o ipotesi che un illecito sia in corso di esecuzione"* ovvero per carenza assoluta di alcuna base giuridica ex art 6 GDPR (Reg UE 2016/679), atteso che non sono stati allegati né specificati da parte datoriale gli elementi di fatto che avrebbero giustificato l'investigazione a carico del dipendente, come invece prescritto dall'Autorizzazione Generale 6/2016 del Garante per la protezione dei dati personali.

- 3.2. Sul secondo motivo ne eccepisce l'inammissibilità ex art. 437 c.p.c. per violazione del divieto di *nova* in appello non avendo parte datoriale *in limine litis* contestato l'applicabilità del CCNL CONFIDENT prodotto richiamato in primo grado dal ricorrente e comunque la sua infondatezza risultandone l'applicazione dal doc. 19 di parte ricorrente (comunicazione datoriale al lavoratore ex art. 2112 c.c.).

Si oppone, infine, per tardività alla produzione del *Controparte_4* [...] (sub. doc. 11).

4. Dopo un rinvio d'ufficio per riequilibrio del ruolo di udienza, la causa è stata discussa e decisa all'udienza del 18 aprile 2024 come da dispositivo in atti.

MOTIVI DELLA DECISIONE

5. L'appello è infondato.
6. Nel merito della vicenda va ribadito che parte datoriale non ha fornito la prova positiva dell'abusiva fruizione del permesso ex art. 33 della l. n. 104/1992 nella giornata del 04.10.2019.

Come correttamente evidenziato dal giudice di prime cure, dal contenuto della deposizione resa dal teste *Testimone_2* non è dato comprendere se e in quale misura *Controparte_1* nella giornata del 4 ottobre si fosse dedicato ad incumbenti diversi non connessi all'assistenza del padre, tali da giustificare la fondatezza dell'addebito contestato.

La deposizione del teste indotto da parte datoriale non è solo del tutto generica, in difetto di indicazione delle fonti di prova sulla quali si fondano i servizi di controllo e pedinamento, ma è anche del tutto priva di riferimenti alle generalità dei due collaboratori che sarebbero stati a tali fini presenti nell'adiacenze dell'abitazione familiare.

Manca allora la dimostrazione dell'assenza di quel nesso causale fra assenza dal lavoro ed assistenza al disabile che solo l'uso improprio, l'abuso del diritto ovvero una grave violazione dei doveri di correttezza e buona fede integra (cfr. Cass. n. 19580/2019) e, dunque, la prova che il CP_I si sia avvalso del permesso per attendere ad altre attività diverse dall'assistenza al familiare.

Dall'univoco contenuto delle deposizioni raccolte dal primo giudice emerge, peraltro, la presenza del dipendente presso l'abitazione paterna e lo svolgimento anche di attività attinenti e inerenti gli interessi economici del genitore, la cui rilevanza è pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza della Suprema Corte (cfr. *ex multis* Cass. n. 16973/2022).

Inconferente è poi il richiamo operato dall'appellante al caso esaminato da questa Corte territoriale (s. n. 1/2018) ove a fronte della certezza dell'abuso (il lavoratore si trovava al mare invece che presso l'abitazione dell'assistito) è stata ritenuta legittima l'adozione della massima sanzione espulsiva nonostante l'unicità del fatto (cfr. in questo senso anche Cass. n. 17102/2021).

Le predette considerazioni assorbono le eccezioni di parte convenuta con le quali si insiste per l'inutilizzabilità *tout court* delle risultanze investigative ai sensi dell'autorizzazione n. 6/2006 del Garante per la protezione dei dati nella quale è previsto che *"l'investigatore privato deve eseguire personalmente l'incarico ricevuto e non può avvalersi di altri investigatori non indicati nominativamente all'atto del conferimento dell'incarico oppure successivamente in calce a esso qualora tale possibilità sia stata prevista nell'atto di incarico"*.

Sul punto si rimanda al recente arresto della Suprema Corte n. 28378/2023 ed alle relative considerazioni sul piano dell'utilizzabilità dei dati raccolti in violazione della normativa in materia di trattamento dei dati personali anche dopo le modifiche introdotte all'art. 11 comma 2° del Dlgs. n. 196/2003 con il Dlgs. n. 101/2018.

7. Il secondo motivo di gravame è inammissibile per violazione del divieto di *nova* in appello di cui all'art. 437 c.p.c..
E' sufficiente osservare sul punto che in primo grado a fronte della deduzione attorea di sussunzione del rapporto di lavoro nell'alveo del CCNL CONFIDENT (cfr. doc. 16 ricorrente), parte datoriale nulla aveva contestato ovvero eccepito nella memoria ex art. 416 c.p.c..
Per il principio di circolarità degli oneri a fronte delle allegazioni attoree era onere della parte resistente contestare le allegazioni della parte che erano fondate anche della prova documentale di cui al doc. 19 di primo grado in merito all'applicazione dell'art. 2112 c.c. e alla disciplina normativa contrattuale applicata al rapporto.
8. Le spese di lite del grado seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo secondo lo scaglione di riferimento (valore di causa € 21.697,83 senza fase istruttoria), avuto riguardo ai valori medi previsti dal d.m. 55/2014 senza spese di fase istruttoria ed alle tariffe professionali vigenti.
9. Per il rigetto integrale dell'appello deve darsi atto che sussistono le condizioni oggettive richieste dall'art. 13, comma 1 quater del d.P.R. 115/2002, per il raddoppio del contributo unificato.

p.q.m.

La Corte, definitivamente pronunciando, rigettata e/o comunque assorbita ogni diversa domanda, istanza ed eccezione, così decide:

- 1) rigetta l'appello;
- 2) condanna parte appellante alla rifusione delle spese di lite del grado in favore dell'appellata, che liquida in € 3.966,00 per compensi oltre rimborso forfetario spese generali ex lege, IVA e CPA;
- 3) ai sensi dell'art. 13 , comma 1 quater del D.P.R. 115/2002 dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte appellante dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'atto di appello a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13.

Venezia, 18.04.2024

Il Consigliere estensore
PUCCETTI Lorenzo

Il Presidente
MULTARI Annalisa

