



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE di ANCONA
SEZIONE LAVORO

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Arianna Sbanò
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **542/2023** promossa da:

Parte_1 rappresentato e difeso dall'avv. LUCCHETTI
ALESSANDRO e dall'avv. LUCHETTI MARCO elett.te dom.to in Indirizzo Telematico
ATTORE/I

contro

CP_1 rappresentato e difeso dall'avv. GIULIANI ALESSANDRO elett.te
dom.to in VIA DEGLI OREFICI, 5 60121 ANCONA

CONVENUTO/I

Viste le conclusioni delle parti di cui alle note di trattazione scritta depositate a seguito di provvedimento del giudice emesso ai sensi dell'art. 127 ter c.p.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La ricorrente, *Parte_1* agisce in giudizio per impugnare una sanzione conservativa della sospensione per 10 giorni (irrogata a luglio 2022 per asserita indebita fruizione dei permessi ex legge 104/1992) e il licenziamento per giusta causa irrogato a ottobre 2022, per asserita indebita utilizzazione del congedo straordinario dall'1 giugno al 31 agosto 2022.

Premette la stessa di essere stata assunta dalla resistente dal 17/08/2015, con contratto di lavoro a tempo determinato, quale impiegata amministrativa, inquadrata al III° livello del ccnl Terziario Servizi; dopo una serie di rinnovi e proroghe che si protraevano sino al 2018, il rapporto veniva trasformato a tempo indeterminato; poco dopo la trasformazione, l'azienda chiedeva alla ricorrente di dimettersi, per poterla riassumere immediatamente,

sempre con il medesimo inquadramento e mansioni, ma al fine di coprire un'assunzione obbligatoria ai sensi della legge 68/1999, perché la ricorrente rientra nelle categorie protette, a causa dell'invalidità derivante da una grave malattia.

Rappresenta, poi, di essere stata contattata dall'azienda già a marzo del 2021, al fine di definire la sua uscita incentivata ma, dopo numerosi scambi a settembre del 2021, le trattative si concludevano a novembre 2021, quando la ricorrente, anche a seguito di un incontro fra i consulenti delle parti, decideva di interrompere le stesse.

Per tale vicenda, assume la ricorrente di avere subito un forte stress, tanto che rimaneva a lungo assente a causa di "sindrome ansioso-depressiva reattiva". Inoltre, nei mesi di febbraio e marzo 2022, la ricorrente, peggiorate le condizioni di salute del padre, già dichiarato portatore di handicap in situazione di gravità, a causa della malattia di Alzheimer, era costretta a usufruire del congedo straordinario previsto dall'art. 42 del Dlgs. 151/2001 e dalla legge n. 104/1992 per fornire assistenza all'anziano.

Rientrata dal congedo ad aprile 2022, la medesima si ritrovava privata delle mansioni prima svolte e demansionata, dopo di chè usufruiva nuovamente del congedo straordinario per i mesi di giugno, luglio e agosto 2022, preannunciando che sarebbe rientrata a settembre.

Tuttavia, con comunicazione del 27 giugno 2022, veniva contestato alla ricorrente di aver impropriamente utilizzato le ore di permesso ex legge 104/1992 richieste per le giornate del 25, 26, 27 e 30 e 31 maggio 2022, condotta che veniva, poi sanzionata con la sospensione di 10 giorni.

Rientrata in servizio, sopraggiungeva nuova contestazione disciplinare del 23 settembre 2022 con la quale l'azienda contestava alla dipendente di aver impropriamente utilizzato le giornate del 30 e 31 agosto per finalità estranee a tale congedo, cui seguiva, con comunicazione del 17 ottobre 2022, ricevuta il 19 successivo, il licenziamento per giusta causa.

Ebbene, ritiene parte ricorrente l'illegittimità delle sanzioni disciplinari a lei irrogate, sotto il profilo del merito, non essendo la stessa mai venuta meno all'assistenza al proprio genitore nelle giornate in contestazione, pur avendo diversamente organizzato l'assistenza senza tenere conto dell'orario di lavoro.

Deduce, in ogni caso, la nullità del procedimento disciplinare, per violazione della disciplina in materia di privacy (per contrasto con i principi costituzionali di libertà, dignità e riservatezza della persona, sia con l'art. 8 St. lav., sia con gli artt. 2decies e ss. d.lgs. n. 196/2003, sia con i principi di proporzionalità, minimizzazione, adeguatezza, pertinenza e

necessità, nella raccolta e trattamento dei dati, di cui agli artt. art. 5 e ss. del Reg. Ue n. 2016/679) e dell'art. 4 stat. lav. e la conseguente inutilizzabilità dei dati raccolti mediante attività investigativa. Lamenta, poi, la lesione dei propri diritti di difesa, ai sensi dell'art. 7 Stat. Lav., non avendo potuto avere accesso all'indagine investigativa durante il procedimento disciplinare, eccependo, altresì, il difetto di tempestività dei rilievi mossi poiché, in entrambe le occasioni di addebito, i fatti sono contestati a oltre un mese di distanza dai fatti.

Chiede, pertanto, che sia dichiarata l'illegittimità del recesso (oltre che della sanzione della sospensione) per insussistenza dei fatti contestati, stante la legittimità delle modalità con cui la dipendente ha reso l'attività di assistenza a favore del disabile, con conseguente applicazione del comma 2° dell'art. 3 del D.lgs 23/2015, anche laddove il fatto sia ritenuto integrare illecito sanzionabile con una misura conservativa.

Si costituisce in giudizio la datrice di lavoro CP_I rilevando l'inammissibilità dell'impugnazione contro la sospensione disciplinare, avendo la ricorrente espressamente rinunciato al precedente procedimento arbitrale avente ad oggetto il medesimo provvedimento disciplinare, nonché la decadenza dall'impugnazione del licenziamento essendo trascorsi più di 180 giorni tra l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, avvenuta con pec del 2 novembre 2022 (all. 18), e il deposito del ricorso giudiziale. Insiste, in ogni caso, per la dichiarazione di piena legittimità delle sanzioni impugnate, stante la prova dell'inadempimento come evincibile dalle indagini svolte ed avanza domanda riconvenzionale per ottenere la refusione dei costi relativi alla lavoratrice durante il periodo di fruizione del congedo straordinario, per una somma quantificata in 2.279,13 euro, nonché delle spese, quantificate in 2.034,40 euro, sostenute per la procedura arbitrale.

La causa, in assenza di attività istruttoria ammessa, veniva posta in decisione nella modalità della trattazione scritta ex art. 127 ter c.p.c..

Esaminando, per prime, le eccezioni preliminari sollevate da parte convenuta, si rileva, con riferimento alla procedura arbitrale prevista dall'art. 7 della legge n.300 del 1970 (che ha natura di arbitrato irrituale: Cass. 4 aprile 2002 n. 4841) che la Cassazione (Cass. 26 luglio 2002 n. 11106) ha affermato che in caso di scelta iniziale del lavoratore di avvalersi del collegio arbitrale alla stregua del disposto dell'art. 7, sesto comma, cit., l'azione rivolta all'accertamento della nullità del provvedimento disciplinare è esperibile davanti al giudice del lavoro sempre che il giudizio arbitrale non abbia avuto inizio; ipotesi questa che si verifica nel momento in cui tutti gli arbitri abbiano accettato l'incarico, dovendo

l'alternativa tra procedura arbitrale e giudizio ordinario valere sino a quando non sia iniziata la procedura arbitrale (v. nello stesso senso anche Sentenza n. 12798 del 02/09/2003). Analogamente Cass. 9 giugno 1993 n. 6411 ha ritenuto che nell'ipotesi di ricorso al procedimento arbitrale previsto per l'impugnazione di sanzioni disciplinari dall'art. 7, sesto comma della legge n. 300 del 1970, la manifestazione di volontà del lavoratore di adire il collegio arbitrale può essere revocata (e l'esperibilità dell'azione giudiziaria non è quindi preclusa) fino a quando non si è completato, con l'accettazione per iscritto dell'incarico da parte di tutti gli arbitri, il procedimento previsto dalla legge per la costituzione del collegio, ancorché in mancanza di tale accettazione sia intervenuta la convocazione del collegio arbitrale; conf. Cass. 18 febbraio 1992 n. 1978 secondo cui nell'ipotesi di ricorso al procedimento arbitrale previsto per l'impugnativa di sanzioni disciplinari dall'art. 7, sesto comma della legge 20 maggio 1970 n. 300, la manifestazione di volontà del lavoratore di adire il collegio arbitrale può essere revocata con la proposizione dell'azione dinanzi al giudice ordinario ove non sia intervenuta l'accettazione dell'arbitro designato.

La tesi di parte ricorrente prende, in realtà, le mosse da quanto affermato in altre pronunce (v. Cass. 7 aprile 1992 n. 4245) ove si è affermato che comunque la rinuncia delle parti alla tutela giurisdizionale, conseguente alla devoluzione della controversia in tema di applicazione di sanzione disciplinare al collegio di conciliazione ed arbitrato previsto dall'art. 7 legge n. 300 del 1970, è risolutivamente condizionata alla sopravvenienza di un lodo valido, sicché quando per qualsiasi ragione il patto compromissorio abbia esaurito la sua efficacia per l'impossibilità di far regolare dagli arbitri il rapporto controverso - come nell'ipotesi in cui il rappresentante designato dal datore di lavoro in seno al collegio comunichi la rinuncia al procedimento arbitrale - risorge per le parti la facoltà di sottoporre al giudice la questione controversa, senza che dall'inadempimento del patto compromissorio imputabile ad una parte possa conseguire per la stessa la preclusione all'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale costituzionalmente garantito. Ciò, tuttavia, deve valere esclusivamente nelle ipotesi in cui non si giunga al lodo per cause non imputabili alla volontà del lavoratore, ossia del soggetto interessato all'impugnazione e annullamento della sanzione, ipotesi nelle quali non può, infatti, dirsi accettabile la preclusione per questi di ricorrere al giudice ordinario. Si tratta, dunque, di una previsione posta a tutela e protezione del lavoratore che, altrimenti, si troverebbe privato della possibilità di insorgere contro la sanzione. Laddove, invece, come nella presente ipotesi, gli arbitri, dopo l'accettazione dell'incarico (v. doc. 7 bis parte ricorrente) si trovino

impossibilitati a portare a termine all'incarico per rinuncia alla procedura da parte del lavoratore, deve ritenersi preclusa per questi la possibilità di adire la via giudiziale, essendo il suo comportamento sostanzialmente assimilabile ad un atto di acquiescenza alla sanzione. Deve, pertanto, ritenersi inammissibile la domanda di accertamento della illegittimità della sanzione della sospensione per 10 giorni.

Va, invece, respinta l'eccezione di decadenza dall'impugnazione del licenziamento, in quanto il computo dei 180 gg. per il deposito del ricorso viene effettuato da parte convenuta non dalla lettera di impugnazione stragiudiziale del licenziamento del 26/11/2022 (doc. 12 parte ricorrente), bensì dalla comunicazione pec del 2 novembre 2022 (doc. 18 ctp), con cui l'Avv. Fiorentini rinunciava alla procedura arbitrale avente ad oggetto la sanzione conservativa della sospensione. Non può, tuttavia, prendersi a riferimento tale ultima comunicazione, quale dies a quo, in quanto con tale lettera, inviata al Presidente del collegio arbitrale e non al datore di lavoro, il legale della dipendente (ma non la dipendente) dichiarava che la lavoratrice intendeva abbandonare la procedura di conciliazione ed arbitrato per effetto dell'intervenuto licenziamento, senza però formulare alcuna espressa impugnazione dello stesso licenziamento ma solo preannunciandone la volontà.

Tempestivo deve, dunque, ritenersi il deposito del presente ricorso.

Venendo, dunque, al merito della legittimità o meno del licenziamento, si osserva che alla lavoratrice veniva contestato l'illecito utilizzo del congedo straordinario (1° giugno – 31 agosto 2022), in relazione in particolare, alle seguenti mancanze:

- il 30 agosto 2022 alle ore 13 la ricorrente veniva vista uscire dalla propria abitazione sita a Falconara Marittima imboccando la SS76 in direzione Jesi, dove prendeva l'uscita Jesi est, per tornare presso la propria abitazione alle ore 18.05, senza prestare assistenza al genitore presso la propria abitazione di Ancona, in via Tamburini;

- il 31 agosto 2022 alle ore 9.10 la ricorrente veniva vista uscire dalla propria abitazione sita a Falconara Marittima per recarsi presso l'abitazione del padre Sig. *Persona_1* in via Tamburini n. 1 ad Ancona, dove restava per circa 10 minuti e, dopo aver parlato con la sig.ra delle pulizie *Parte_2*, proseguiva per Ancona sud dove sostava (nei pressi del negozio di scarpe *Org_1*) in attesa di una signora con la quale (salita sulla sua auto) si recava nello *Organizzazione_2* da Marino sito a Numana e vi rimaneva fino al pomeriggio inoltrato facendo rientro nella propria abitazione di Falconara Marittima alle ore 18.30 circa, senza prestare assistenza al genitore presso l'abitazione di Ancona in via Tamburini.

Si osserva, tuttavia, che, mentre con la lettera di contestazione l'illecito utilizzo del congedo è riferito alla mancata assistenza al padre, in particolare, nelle due giornate del 30 e 31 agosto 2022, nella lettera di licenziamento, pur essendo rimasta la motivazione generica dell'illecito utilizzo del congedo, l'illiceità veniva ancorata (dichiaratamente a seguito di una "rivalutazione dei fatti") alla circostanza della mancanza del requisito della effettiva convivenza piuttosto che alle condotte contestate con lettera del 23 settembre.

Tale mancanza di convivenza veniva, infatti, desunta dalle giustificazioni rese dalla lavoratrice per lettera (che, tuttavia, riferiva di avere riportato il padre nella sua abitazione di Collemarino in vista del suo rientro al lavoro e, dunque, presupponendo la convivenza fino a quel momento con lei a Falconara) e nel corso dell'audizione (non verbalizzata), dalla conferma dei fatti contestati in data 23 settembre verificati a seguito della lettura di lettera della ricorrente del 4 luglio (non si comprende a cosa si riferisca), nonché dalla circostanza che le utenze dell'abitazione di Collemarino, via Tamburini, sarebbero rimaste intestate al padre.

È, dunque, evidente che il licenziamento sia stato fondato, in via prioritaria, sul supposto illecito godimento del congedo straordinario in ragione della mancanza del requisito della convivenza.

Altrettanto palese è, tuttavia, che si tratta di illecito del tutto diverso rispetto ai fatti contestati con la lettera del 23 settembre che riferivano di condotte della lavoratrice inadempienti rispetto all'obbligo di assistenza, in violazione del noto principio di immutabilità della contestazione.

In ogni caso, anche andando a verificare la sussistenza della condotta contestata, si rileva che, pur apparendo i fatti confermati dai dati obiettivi raccolti dall'agenzia investigativa, tuttavia, gli stessi non appaiono idonei a fondare la legittimità della massima sanzione espulsiva.

È, infatti, di intuitiva evidenza che il metro per valutare la liceità o meno del congedo straordinario richiesto dalla lavoratrice e goduto per tre mesi continuativi non può essere il medesimo che risulta adottato nelle varie sentenze di legittimità citate da parte convenuta che si riferiscono alle ipotesi di godimento dei permessi giornalieri (o anche orari) di cui all'art. 33 della legge 104/92.

In tali casi, è vero che si afferma che l'assenza dal lavoro per la fruizione del permesso deve porsi in relazione diretta con l'esigenza per il cui soddisfacimento il diritto stesso è

riconosciuto, ossia l'assistenza al disabile, sicché occorre verificare se effettivamente durante il permesso dal lavoro sia stato sottratto tempo all'assistenza del disabile.

Nel caso del congedo straordinario, invece, pur dovendo sicuramente essere sempre presente la finalità di assistenza al disabile, appare difficile andare a verificare ogni singola giornata per accertare se vi sia stata l'assistenza, potendo il lavoratore, che ha a disposizione un lungo periodo libero dal lavoro, organizzare le esigenze di assistenza in modo più libero, non condizionato dal vincolo dell'orario di lavoro (potendo, ad esempio, scegliere di prestare assistenza notturna e riposare di giorno). Ciò che rileva è che, comunque, nel complesso, sia stata garantita la finalità perseguita dalla legge che è quella di favorire l'assistenza e la cura del disabile da parte del familiare.

In questo senso, la stessa Suprema Corte (v. Cass. n. 19580/2019), premesse le caratteristiche del congedo di cui all'art. 42 del d.lgs. n. 151 del 2001, quale espressione dello Stato sociale che si realizza, piuttosto che con i più noti strumenti dell'erogazione diretta di prestazioni assistenziali o di benefici economici, tramite facilitazioni e incentivi alle manifestazioni di solidarietà fra congiunti (v. Corte cost. n. 203 del 2013) ha affermato come l'assistenza che legittima il beneficio del congedo straordinario non possa intendersi esclusiva al punto da impedire a chi la offre di dedicare spazi temporali adeguati alle personali esigenze di vita, quali la cura dei propri interessi personali e familiari, oltre alle ordinarie necessità di riposo e di recupero delle energie psico-fisiche, sempre 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 (in termini Cass. n. 29062 del 2017).

Nel caso in esame, occorre rimarcare come l'osservazione da parte dell'agenzia investigativa sia stata limitata a soli due giorni, per di più, quelli finali, rispetto ai tre mesi di congedo goduto dalla lavoratrice.

Pertanto, anche laddove si ritenga provato lo sviamento dalle esigenze di assistenza al disabile in tali due limitate giornate, non potrebbe dirsi provato che il congedo, complessivamente, sia stato illecitamente goduto.

Deve, pertanto, ritenersi che la fattispecie oggetto di contestazione, ossia l'illecito godimento del congedo dal 1° giugno al 31 agosto 2022, non sia sussistente.

Dovendosi applicare, in virtù dell'epoca di assunzione, il D.lgs. 23/2015 va concessa la tutela prevista dall'art. 3 co. 2.

Infatti, per consolidato orientamento giurisprudenziale (v. Cass. Sez. L - , Sentenza n. 12174 del 08/05/2019) “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 (v. da ultimo Cass. Ordinanza n. 30469 del 02/11/2023: “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 *ratione temporis*).

Di conseguenza, in applicazione dell'art. 3 co. 2 D.lgs. 23/2015 va emessa condanna alla reintegrazione della lavoratrice nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione (non superiore a 12 mesi), dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva.

Dall'accoglimento di tale motivo di ricorso deriva il rigetto della domanda riconvenzionale volta alla restituzione delle somme pagate per il congedo straordinario.

Identico rigetto deve pronunciarsi in relazione alla domanda della convenuta di refusione delle spese per la procedura arbitrale, in mancanza di prova del pagamento effettivo di tali spese, essendo stato allegato alla memoria un mero prospetto di calcolo ipotetico delle spese legali (peraltro, in riferimento ad un valore incongruo rispetto al *disputandum*, ossia 10 gg. di sospensione) e non la fattura pagata.

Considerato il sostanziale e prevalente accoglimento del ricorso ed il rigetto della domanda riconvenzionale, le spese seguono la soccombenza come da liquidazione in dispositivo.

P.Q.M.

Il Giudice del lavoro, definitivamente decidendo nella causa n. 542/2023 R. G. Lav., in parziale accoglimento del ricorso:

- a) Annulla il licenziamento irrogato alla ricorrente e condanna la convenuta a reintegrarla nel posto di lavoro e a corrisponderle un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione (non superiore a 12 mesi), dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali;
- b) Rigetta, per il resto, il ricorso;
- c) Rigetta la domanda riconvenzionale;
- d) Condanna la società resistente a rifondere parte ricorrente delle spese di lite che liquida in euro 7.300,00 per compenso professionale, euro 259,00 per spese, oltre IVA e CPA come per legge.

Ancona, 5 febbraio 2024

Il Giudice
dott. Arianna Sbanò
(atto sottoscritto digitalmente)