



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI COMO
SEZIONE II CIVILE

in composizione monocratica e in persona della dott.ssa Giulia Rachele Bignami, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella controversia di primo grado promossa

da

Parte_1 (C.F. *C.F._1*)

con l'Avv. AIMERITO MANUELA e l'Avv. GESUALDO MICHELE, parte elettivamente domiciliata presso lo Studio del difensore in Milano, via Cerca n. 1

- RICORRENTE -

contro

CP_1 (C.F. *P.IVA_1*)

con l'Avv. TOFFOLETTO FRANCO, l'Avv. DE LUCA TAMAJO RAFFAELE e l'Avv. MORO EZIO, parte elettivamente domiciliata presso lo Studio del difensore in Via Rovello, 12 20121 Milano

- RESISTENTE -

Oggetto: licenziamento per giusta causa, permessi ex L. 104/92

FATTO

Con ricorso depositato in data 3 aprile 2023, *Parte_1* conveniva in giudizio *CP_1* premetteva di essere stata assunta dalla resistente in data 23 settembre 1993, con qualifica di impiegata di IV livello *Organizzazione_1* ed impugnava il licenziamento intimatole con nota del 7 ottobre 2022, con cui la società le comunicava la risoluzione del rapporto poiché a seguito di attività investigativa svolta nei giorni 22 maggio, 30 luglio, 17/18 settembre e 24 settembre del 2022, in cui era assente dal lavoro per fruizione di permessi ex art. 33 legge n. 104/92, risultava che la ricorrente non aveva fruito dei permessi per le finalità di assistenza del familiare disabile previste dalla legge.

A sostegno del ricorso deduceva l'illegittimità del licenziamento per insussistenza dei fatti contestati, anche in considerazione del fatto che non vi era incompatibilità tra attività svolta durante i permessi e il rispetto della disciplina di cui all'art. legge n. 104/92. In conseguenza di ciò chiedeva al Tribunale di:

“In via principale

*Accertare e dichiarare l'insussistenza dei fatti posti a fondamento del licenziamento per cui è causa, intimato il 7 ottobre 2022, secondo la prospettazione di cui al presente ricorso e per l'effetto, ai sensi dell'art. 18, comma 4, L. 300/1970 c.d. Statuto dei Lavoratori, condannare la Società convenuta alla reintegrazione della Signora **Parte_1** nel posto di lavoro oltre al pagamento di tutte le retribuzioni non corrisposte dalla data di licenziamento sino a quella di effettiva reintegra sul tallone mensile di € 1.324,2.*

In Subordine:

nella denegata ipotesi in cui codesto Giudice non riconosca l'insussistenza del fatto, accertare e dichiarare l'illegittimità del licenziamento per giusta causa intimato il 7 ottobre 2022, secondo le prospettazioni di cui al presente ricorso e per l'effetto condannare la Società a corrispondere alla Ricorrente:

1. l'indennità sostitutiva del preavviso, pari ad € 2.339,44, ovvero la maggiore o minor somma che verrà riconosciuta di giustizia, nonché

2. un'indennità risarcitoria di 24 mensilità da calcolarsi sul tallone mensile di € 1.324,2, pari ad € 31.780,8, e comunque non inferiore a 12 mensilità, pari ad € 15.890,4, ovvero la maggiore o minor somma che verrà riconosciuta di giustizia”.

Con vittoria delle spese di lite.

Costituitasi in giudizio, la **CP_1** eccepiva l'infondatezza della domanda evidenziando la sussistenza degli addebiti e la legittimità del licenziamento per grave compromissione del vincolo di fiducia tra datore e lavoratore. Ciò posto eccepiva la legittimità del licenziamento e concludeva per il rigetto del ricorso, con vittoria delle spese di lite.

Esperito inutilmente il tentativo di conciliazione, escussi i testi e ritenuta la causa matura, all'udienza del 17 aprile 2024, il Giudice invitava le parti alla discussione all'esito della quale decideva come da dispositivo pubblicamente letto, riservando il deposito della motivazione a 60 giorni, ai sensi dell'art. 429 c.p.c. così come modificato dalla legge 133/2008.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso è infondato e va rigettato per le ragioni che seguono.

Parte_1, già dipendente della resistente a far data dal 1993, a seguito di contestazione disciplinare di cui alla raccomandata datata 29 settembre 2022, è stata licenziata con lettera del 7 ottobre 2022.

Il datore di lavoro, alla luce degli esiti dell'indagine commissionata alla **Organizzazione_2** dubita che la ricorrente abbia effettivamente svolto le attività assistenziali per le quali aveva fruito dei permessi richiesti ex art. 33, Legge 104/1992 per l'assistenza della madre, portatrice di handicap ex art. 3 L. 104/1992.

Nello specifico, e questo costituisce il nucleo fondamentale di rimprovero alla ricorrente, la resistente ha contestato a **Pt_1** il fatto di aver svolto durante gli orari di fruizione dei suddetti permessi, attività non attinenti, diverse ed inconciliabili, rispetto all'attività di assistenza e solidaristica prevista dalla Legge n. 104/1992.

Occorre innanzi tutto premettere in diritto come, secondo giurisprudenza costante del Supremo Collegio, che chi oggi giudica condivide, i permessi di cui all'art. 33, Legge 104/1992, possano/debbero essere riconosciuti al lavoratore in ragione dell'assistenza ad un soggetto disabile rispetto alla quale l'assenza dal lavoro deve porsi in relazione di causalità diretta.

Se da un lato, quindi, di tali permessi non sia consentita una funzione meramente compensativa delle energie impiegate dal dipendente per la detta assistenza, dall'altro i permessi in discussione non devono necessariamente essere fruiti per ragioni di mera assistenza personale al soggetto disabile presso la sua abitazione, potendo l'attività posta in essere in aiuto del disabile comprendere lo svolgimento di tutte quelle attività che il soggetto non sia in condizioni di compiere autonomamente. D'altronde primaria funzione dei permessi qui in discussione è quella, nell'interesse del soggetto disabile, di assicurare, attraverso una serie di benefici a favore delle persone che se ne prendono cura, in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza al disabile stesso che si realizza in ambito familiare. Ciò anche quando si faccia ricorso frazionato ai permessi ancorché in tale ipotesi, visto il rilevante disagio che una simile modalità di fruizione dei permessi arreca al datore di lavoro, sia richiedibile al lavoratore la destinazione del permesso ad attività ancor più strettamente correlate a coadiuvare il disabile nello svolgimento di ben specifiche attività quotidiane.

Ciò detto, e quindi come sopra definita la funzione dei permessi di cui all'art. 33, co. 3, Legge 104/1992, e modalità di fruizione degli stessi, ben possibile è affermare come l'abuso degli stessi si configuri solo quando il lavoratore ne faccia utilizzo per fini diversi dall'assistenza in favore del familiare; assistenza da intendere quindi nel senso ampio sopra descritto.

Ciò detto in diritto e, quindi, descritto il metro di valutazione dei fatti di causa, e con ciò passando a meglio analizzare la contestazione disciplinare inerente le modalità di fruizione/utilizzazione dei permessi accordati alla ricorrente ai sensi della Legge 104/1992, la resistente afferma come **Parte_1** :

- in data 22/05/2022, durante l'intero orario di permesso, si fosse recata alla partita di basket del figlio;
- in data 30/07/2022, durante l'orario di permesso, non avesse prestato assistenza alcuna a sua madre, dirigendosi in autostrada con il marito, direzione Bergamo;
- in data 17/09/2022, durante l'orario di permesso, si fosse recata con il marito a far la spesa a Lissone, rientrando in casa alle 17.32 circa senza più uscire fino al giorno seguente;
- in data 18/09/2022, durante l'orario di permesso, si fosse recata presso la sua abitazione senza più uscire di casa;

- in data 24/09/2022, durante l'orario di permesso, non avesse prestato assistenza alcuna a sua madre, dirigendosi prima presso il supermercato ^{Or} di Lissone e poi presso il negozio ^{Org_4}, e rientrando successivamente presso la propria abitazione.

Ciò posto, occorre evidenziare come, in ragione della vicinanza alla prova, sia certamente onere di parte resistente dar dimostrazione, come ha certamente fatto, dell'assenza di contatto tra la ricorrente e la madre. Invero, i fatti addebitati alla ricorrente devono ritenersi almeno in parte provati sulla base di due fonti di prova: la prima, rappresentata dalla relazione investigativa, la seconda, da quanto emerge sulla scorta dell'istruttoria espletata.

Con riferimento alla relazione investigativa, nella quale è stata puntualmente riportata l'attività di osservazione svolta dagli investigatori privati, assume rilievo, innanzitutto, la circostanza della sua piena utilizzabilità come fonte di prova.

Sul punto appare opportuno richiamare le più recenti decisioni dei Giudici di Legittimità, che si sono espressi nel senso della piena utilizzabilità del rapporto investigativo. La Corte di Cassazione, infatti, nella sentenza n. 18507 del 21.09.2016, ha affermato che *“È legittimo il licenziamento del dipendente che, grazie all'utilizzo di foto e filmati realizzati dall'investigatore privato ingaggiato dall'azienda per verificare l'attendibilità del suo certificato di malattia, venga trovato a svolgere lavori faticosi e ritenuti incompatibili con la patologia per la quale non si è recato al lavoro. Nella specie, si trattava di lavori sul tetto e nella corte della propria abitazione. Per la Cassazione, è pienamente legittimo il ricorso da parte del datore di lavoro a un'agenzia investigativa per verificare l'attendibilità della certificazione medica, mentre non sussiste alcuna lesione del diritto alla riservatezza e alla privacy, come sostenuto invece dal lavoratore”* (cfr. in termini analoghi anche Cass. sent. n. 20613/2012 e n. 12489/12).

In questi termini, tra l'altro, si è espressa anche la Corte di Cassazione con ordinanza del 17 giugno 2020, n. 11697, resa in una fattispecie relativa al caso della verifica dell'effettivo stato di malattia del dipendente, secondo cui *“In tema di licenziamento per giusta causa, le disposizioni dell'art. 5 st. lav., che vietano al datore di lavoro di svolgere accertamenti sulle infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente e lo autorizzano a effettuare il controllo delle assenze per infermità solo attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, non precludono al datore medesimo di procedere, al di fuori delle verifiche di tipo sanitario, ad accertamenti di circostanze di fatto atte a dimostrare l'insussistenza della malattia o la non idoneità di quest'ultima a determinare uno stato d'incapacità lavorativa rilevante e, quindi, a giustificare l'assenza”* (cfr. in termini analoghi anche Cass., sent. n. 25162/2014).

Sulla scorta dei principi innanzi richiamati, deve ritenersi che nel caso di specie, in cui si contesta alla lavoratrice la condotta consistente nell'aver abusato dei permessi di cui all'art. 33 della legge n. 104/92, fruendone, quindi, per finalità incompatibili con quella per cui sono stati concessi, è certamente possibile per il datore ricorrere all'attività investigativa privata e, quindi, successivamente, utilizzare in sede giudiziale un rapporto investigativo per provare i fatti contestati.

Da ciò consegue, quindi, in primo luogo, che i fatti contestati al ricorrente possono ritenersi provati sul la base della relazione investigativa dalla quale emerge che la ricorrente non è stata vista recarsi presso l'abitazione della madre relazione alla cui assistenza le erano attribuiti i giorni di permesso ex art. 33 legge n. 104/92.

L'attività istruttoria espletata ha in parte confermato quanto emerso dall'attività di osservazione.

L'investigatore **Testimone_1** ha confermato le attività svolte dal ricorrente e il fatto che nei giorni contestati non si fosse recata dalla madre. Inoltre, deve osservarsi che lo stesso ha riferito che, relativamente alla giornata del 17 settembre 2022, *“Al 17/9/2022 già sapevo che la signora **Pt_1** utilizzava oltre alla Kia intestata al marito, anche la Citroen DS3; posso confermare che quel giorno dopo il rientro dal supermercato insieme al marito a bordo della Kia, la signora **Pt_1** non è poi in seguito uscita di nuovo per allontanarsi da casa con la **Org_5**, almeno fino al mio rientro in sede. Preciso che prima del controllo viene ispezionata la zona circostante per cui quel giorno avevo verificato che la Citroen non era parcheggiata nelle strade attorno”*, così sconfessando la versione della ricorrente secondo la quale la stessa, una volta rientrata presso la propria abitazione in via Gioia n. 18 (Lissone), si sarebbe recata a casa della madre con un'altra vettura parcheggiata in via Archimede.

Sul punto la difesa del ricorrente – in sede di discussione - ha posto in evidenza la presunta contraddittorietà e inattendibilità delle dichiarazioni dell'informatore evidenziando come lo stesso si sarebbe contraddetto in udienza.

Invero, ritiene questo giudice che l'attività di osservazione, come trascritta nella relazione investigativa – e confermata in sede di istruttoria orale – sia riportata in modo estremamente dettagliato e tale da indurre a ritenere che gli spostamenti della ricorrente siano stati frutto di attenta e diretta osservazione – il che rende poco plausibile che la stessa abbia compiuto una serie di spostamenti senza essere visto.

Ritiene il giudicante che la società datrice di lavoro abbia assolto all'onere probatorio di dimostrare la sussistenza della condotta contestata alla ricorrente.

D'altronde, anche parte ricorrente non è riuscita a provare di aver assistito la madre nei giorni indicati nella contestazione disciplinare.

In particolare, il teste **Testimone_2**, marito della ricorrente, pur avendo riferito, in merito alla giornata del 30 luglio 2022 che *“Ero in auto con mia moglie quando il 30 luglio 2022, siamo andati sul lago d'Iseo a riprendere mia suocera, **Persona_1** che era andata a visitare la signora **Per_** che vive a Sarnico. Abbiamo percorso l'autostrada”*, nulla di specifico ha saputo riferire in merito alle restanti giornate contestate affermando: *“Io spesso sono fuori casa per lavoro, per cui posso solo dire che è mia moglie a occuparsi della spesa, e che per il palazzo dove abitiamo c'è in via Archimede un'uscita secondaria con sbocco sul parco pubblico **Org_6**”*. Cap 7d e 7e) Non sono in grado di rispondere, non trovandomi a casa in entrambi i giorni”.

Anche la testimonianza di **Tes_3**, sorella della ricorrente, non consente di ritenere provati i fatti dedotti dalla ricorrente in quanto si è limitata genericamente ad affermare: *“Il giorno 30 luglio 2022, ho*

accompagnato io mia madre dalla sua amica Parte_2 che abita a Sarnico, e mia sorella è andata a riprenderla nel pomeriggio. Cap 7c) Siamo io e mia sorella a turno, a fare la spesa per mia madre; io lavoro in una struttura ospedaliera. Cap 7d) Mi risulta che mia sorella abbia spostato l'appuntamento di una visita per mia madre, utilizzando il computer che ha a casa sua; capita spesso di dover modificare gli appuntamenti delle visite per mia madre. Cap 7e) Non posso dire di preciso cos'abbia fatto mia sorella il 24/9/2022; posso solo dire che siamo io e lei a occuparci dell'assistenza di mia madre, per cui quando non vado io, va lei a casa sua".

Sul punto, deve ulteriormente osservarsi che tale onere probatorio va necessariamente rapportato, in concreto, al fatto che in sostanza il datore di lavoro, in questo tipo di fattispecie, è tenuto a fornire una prova di un fatto negativo, ossia la mancata prestazione dell'attività di assistenza da parte del lavoratore che fruisce dei permessi ex legge n. 104/92; è evidente, allora, che, per i limiti intrinseci che incontra la prova di un fatto negativo – sostanziandosi nella prova di un qualcosa che non è accaduto – essa può ben essere data mediante la dimostrazione di una serie di comportamenti positivi che facciano presumere che tale attività di assistenza non vi sia stata perché i comportamenti dimostrati non si sostanziano nella detta attività di assistenza.

Il che comporta che, sul piano pratico, pur mantenendo fermo il riparto degli oneri probatori, un ruolo determinante assume anche la prova fornita dal lavoratore di condotte positive che consentano di ritenere provato, contrariamente a quanto allegato e dimostrato dal datore di lavoro, che in realtà durante i periodi contestati egli si sia dedicato alla cura della persona da assistere o comunque allo svolgimento di attività funzionali a quest'ultima.

Nel caso di specie, l'istruttoria orale non ha fatto emergere elementi che consentano di superare le risultanze della relazione investigativa come confermata dall'investigatore escusso.

Ben possibile è quindi affermare, alla luce di quanto ricostruito in fatto e delle considerazioni in diritto di cui sopra, come la ricorrente abbia fruito di permessi ai sensi della Legge 104/1992 senza tuttavia svolgere le attività assistenziali in funzione delle quali i detti permessi erano stati concessi.

*

Infine, il licenziamento risulta legittimo anche sul piano della proporzionalità, attesa la assoluta e obiettiva gravità della condotta posta in essere che va valutata considerando anche il disvalore sociale che tale condotta assume considerata anche l'importanza dei beni alla base del riconoscimento del diritto ai permessi di cui all'art. 33 della L. 104/92.

Così sul punto la recentissima decisione della Suprema Corte n. 7301/2023: *"Questa Corte ha statuito che il comportamento del lavoratore subordinato che si avvalga del permesso di cui all'art. 33 della L. n. 104 del 1992 non per l'assistenza al familiare, bensì per attendere ad altra attività, integra l'ipotesi di abuso di diritto, giacché tale condotta si palesa nei confronti del datore di lavoro come lesiva della buona fede, privandolo ingiustamente della prestazione lavorativa in violazione dell'affidamento riposto nel dipendente ed integra, nei confronti dell'Ente di previdenza erogatore del trattamento*

economico, un' indebita percezione dell'indennità ed uno sviamento dell'intervento assistenziale (cfr. Cass. n. 9217 del 2016; Cass. 4984 del 2014). E' stato inoltre sottolineato il disvalore sociale della condotta del lavoratore che usufruisce, anche solo in parte, di permessi per l'assistenza a portatori di handicap al fine di soddisfare proprie esigenze personali "scaricando il costo di tali esigenze sull'intera collettività, stante che i permessi sono retribuiti in via anticipata dal datore di lavoro, il quale poi viene sollevato dall'ente previdenziale del relativo onere anche ai fini contributivi e costringe il datore di lavoro ad organizzare ad ogni permesso diversamente il lavoro in azienda ed i propri compagni di lavoro, che lo devono sostituire, ad una maggiore penosità della prestazione lavorativa" (Cass. n. 8784 del 2015)".

In altri termini, nell'interpretare la disciplina in tema di fruizione dei permessi ex legge n. 104/92 e obblighi del lavoratore, non può non considerarsi che essa, comportando uno sforzo economico (di anticipazione della retribuzione) e organizzativo da parte del datore di lavoro, che deve organizzarsi per sopperire all'assenza del lavoratore che fruisce dei suddetti permessi – il che, peraltro, si ripercuote, verosimilmente, in via diretta e indiretta su tutti gli altri lavoratori che, invece, non fruiscono di permessi di questo tipo – postula, alla base, un tacito patto di fiducia tra datore di lavoro e lavoratore in ordine al fatto che tali permessi siano poi effettivamente fruiti per prestare assistenza al familiare disabile, patto di fiducia che, quindi, viene irrimediabilmente leso nel momento in cui ciò non avviene e ciò proprio nell'ottica di interessi ritenuti dal legislatore meritevoli di tutela come quelli delle persone affette da gravi disabilità.

Ne consegue, quindi, che nel momento in cui si realizza una condotta come quella posta in essere dalla ricorrente, con la fruizione dei permessi non concretamente destinata a realizzare le finalità per le quali è prevista, la sanzione disciplinare del licenziamento risulta certamente legittima e proporzionata, essendo certamente idonea a ledere in maniera irrimediabile il rapporto fiduciario con il datore di lavoro.

Alla luce di quanto sopra, il ricorso deve ritenersi infondato e deve essere rigettato.

Le spese processuali seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

il Giudice del Lavoro, definitivamente pronunciando,

rigetta il ricorso.

Condanna **Parte_1** alla rifusione delle spese di lite che liquida in complessivi € 3.689,00 oltre accessori come per legge.

Sentenza provvisoriamente esecutiva.

Riserva a 60 giorni il deposito della motivazione.

Como, 17 aprile 2024

IL GIUDICE
dott.ssa Giulia Rachele Bignami