



TRIBUNALE ORDINARIO DI NOLA
Sezione Lavoro

Il Giudice del lavoro, dr.ssa Valentina Olisterno,
viste le disposizioni di cui all'art. 127 ter c.p.c.;
richiamato il proprio decreto di trattazione scritta della presente controversia;
letti gli atti di causa e le note scritte depositate dalle parti;
pronuncia la seguente sentenza nei termini di cui all'art. 127 ter comma 3 c.p.c.;

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI NOLA
Sezione Lavoro

Il Giudice del lavoro, dr.ssa Valentina Olisterno, previo scambio e deposito telematico delle note scritte ai sensi dell'art. 127 ter c.p.c., ha pronunciato in data 27/02/2024, mediante deposito telematico contestuale di motivazione e dispositivo, la seguente

S E N T E N Z A

nella controversia individuale di lavoro iscritta al R.G. n. 1780/2023, avente ad oggetto:
impugnativa di licenziamento *ex art. 441 bis c.p.c.*;

T R A

Parte_1, rappresentato e difeso, in virtù di procura in atti, dall'avv. Giuseppe Marziale e dall'avv. Patrizia Totaro ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Napoli, via Cesario Console n. 3;

ricorrente

CONTRO

Controparte_1 in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa, in virtù di procura in atti, dall'avv. Nunzio Rizzo e dall'avv. Nicoletta Rizzo, ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Napoli, via Francesco Crispi n. 107;

resistente

CONCLUSIONI

PER PARTE RICORRENTE: a) accertare e dichiarare per i titoli e causali di cui in ricorso, la nullità e/o annullabilità e/o inefficacia e comunque l'illegittimità del licenziamento comminato al sig. *Parte_1* dalla *CP_1* *Controparte_1* con nota datata 11 ottobre 2022, ad effetto immediato. b) Per l'effetto, ordinare alla società resistente l'immediata reintegrazione del ricorrente *Parte_1* nel posto di lavoro precedentemente occupato e ciò ai sensi e per gli effetti di cui all'art.18 legge n°300 del 1970, come modificata dalla legge n°108 del 1990 e dalla legge n°92 del 2012. c) Per l'effetto, condannare la *Controparte_1* al pagamento in favore di *Parte_1* a titolo risarcitorio e/o indennitario e/o retributivo, di una somma equivalente a tutte le mensilità di retribuzione intercorrenti tra data di recesso e data di effettiva reintegrazione nel posto di lavoro ovvero in subordine al pagamento di somma equivalente a dodici mensilità di retribuzione globali di fatto ai sensi dell'art.18, comma quarto legge n°300 del 1970, come modificato dall'art.1 legge n°92 del 2012; somma da calcolarsi su di una base retributiva mensile di euro 2.905,72 ovvero sulla diversa base retributiva mensile, anche maggiore, che il sig. Giudice dovesse ritenere e dichiarare. d) In via subordinata rispetto alle domande di cui ai capi b) e c) delle presenti conclusioni, condannare la *Controparte_1* [...] al pagamento in favore di *Parte_1* a titolo risarcitorio e/o indennitario e/o retributivo, di una somma equivalente a ventiquattro mensilità globali di fatto –e comunque in misura non inferiore a dodici mensilità di retribuzione- ai sensi dell'art.18, legge n°300 del 1970, come modificato dall'art.1 legge n°92 del 2012; somma da calcolarsi su di una base retributiva mensile di euro 2.905,72 ovvero sulla diversa base retributiva mensile, anche maggiore, che il sig. Giudice dovesse ritenere e dichiarare. e) Con espresso ordine alla società resistente, in ipotesi di inottemperanza all'ordine giudiziario di reintegrazione nel posto di lavoro, di corrispondere al ricorrente le retribuzioni normalmente dovute in costanza di rapporto di lavoro. f) Condannare la società convenuta all'integrale regolarizzazione e versamento delle contribuzioni previdenziali a decorrere dalla data di efficacia dell'impugnato recesso. g) Con interessi legali e rivalutazione monetaria. Provvisoria esecuzione. h) Vittoria di onorari e spese di giudizio con attribuzione agli scriventi difensori anticipatari.

PER PARTE RESISTENTE: per il rigetto del ricorso proposto dal sig. *Parte_1* nei confronti della *Controparte_1* con vittoria di spese ed onorari di giudizio.

FATTO E DIRITTO

1. Con ricorso depositato in data 30.03.2023, il ricorrente in epigrafe esponeva:
- di aver lavorato alle dipendenze della società convenuta dal 01.02.1988, in forza di contratto

di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato, da ultimo con inquadramento nel quarto livello, qualifica di operaio, del CCNL per le aziende chimiche del settore vetro;

- di fruire da alcuni anni dei permessi di cui all'art. 33 L. n. 104/1992 per l'assistenza della suocera, sig.ra *Persona_1* portatrice di handicap grave, residente nello stesso stabile in Afragola, via Tasso n. 24, ove anche lui aveva la propria abitazione;

- che, con lettera del 22.09.2022, la società resistente gli aveva contestato che nei giorni del 04.08.2022 e del 26.08.2022 – in cui aveva fruito di un permesso *ex* L. n. 104/1992 – non aveva espletato alcuna attività assistenziale, “*dedicandosi a Sue esigenze personali come tali incompatibili ed in contrasto con le esigenze assistenziali di cui alla predetta legge n. 104/92 al familiare disabile*”;

- che, nonostante le giustificazioni rese, in data 11.10.2022, la società gli aveva comunicato il licenziamento per giusta causa, che aveva tempestivamente impugnato con lettera raccomandata a/r in data 20.10.2022.

Lamentava illegittimità del licenziamento comminatogli per insussistenza del fatto contestato, posto che nei giorni in cui aveva fruito dei permessi aveva svolto attività strumentale a garantire al congiunto affetto da handicap di poter soggiornare agevolmente, nel mese di agosto, della casa di vacanza sita in Caiazzo.

Deduceva, inoltre, che la sanzione espulsiva era da ritenersi sproporzionata rispetto alla gravità della condotta contestata, avuto riguardo alle ipotesi contemplate dalla contrattazione collettiva quali giustificanti il licenziamento, e tenuto, in ogni caso, conto dell'assenza di precedenti disciplinari in oltre trent'anni di servizio.

Tanto premesso, conveniva in giudizio innanzi al Tribunale di Nola, in funzione di Giudice del lavoro, la società *Controparte_1* per l'accoglimento delle sopra rassegnate conclusioni.

Ritualmente instaurato il contraddittorio, la società convenuta si costituiva tempestivamente in giudizio rimarcando come il ricorrente avesse fatto uso dei permessi di cui all'art. 33 L. n. 104 per finalità estranee a quelle assistenziali e che i fatti contestati, per la loro gravità, integrassero la giusta causa di licenziamento o, in subordine, un giustificato motivo soggettivo. Concludeva, pertanto, per il rigetto della domanda.

Fallito il tentativo di conciliazione, acquisita la documentazione prodotta e le note di trattazione scritta depositate dalle parti, all'udienza del 15.02.2024 – celebratasi con le modalità di cui all'art. 127 ter c.p.c. – la causa veniva, quindi, decisa come da sentenza depositata telematicamente nel termine di cui all'art. 127 ter comma 3 c.p.c..

2. Parte ricorrente agisce in giudizio impugnando il licenziamento per giusta causa comminatogli dalla società resistente con nota dell'11.10.2022, deducendo l'insussistenza del fatto contestato, nonché il carattere sproporzionato del recesso.

2.1. È opportuno muovere dal contenuto della contestazione disciplinare al fine di individuare l'addebito mosso al lavoratore.

Nella stessa si legge che: “Da un controllo disposto dalla Società, a mezzo agenzia legalmente autorizzata, sono recentemente emerse le seguenti gravissime Sue inadempienze.

Il giorno 3 agosto u.s. Lei, al termine del Suo turno di lavoro, si è diretto con la Sua autovettura (Opel Mokka di colore bianco targata EZ560WV) in Via Tasso n.24, ove risiede e dove è giunto alle 22.30; qui ha atteso che una donna (capelli lunghi scuri, altezza 165 cm. circa, occhiali da vista) La raggiungesse ed insieme vi siete recati presso un'altra palazzina sita in Caiazzo (CE) alla via Laura de Simone, dove siete arrivati dopo un'ora, alle ore 23.30 circa, e dove avete pernottato.

Il giorno successivo 4.8.2022, sebbene Lei fosse assente dal lavoro nel turno 14/22 per fruire di un permesso ex legge 104/92, trovandosi in diversa e lontana località alcuna attività assistenziale ha prestato in favore della disabile, Sig.ra Persona_1, che risiede nella Sua stessa palazzina di Via Tasso in Afragola.

In particolare, in detta data alle ore 11 Lei è uscito dalla casa di Caiazzo e con l'auto ed in compagnia della donna sopra descritta si è diretto in località Amorosi (BN); successivamente si è recato presso il supermercato "Org_1" in Via Caduti sul Lavoro a Caiazzo, poi è tornato nella medesima abitazione alle ore 12.50 con alcune buste della spesa e non è più uscito fino alle 19.30, allorquando si è recato presso un altro vicino supermercato e successivamente nella piazzetta principale del paese, altro vicino supermercato e successivamente nella piazzetta principale del paese, Piazza Porta Vetere, ove si è intrattenuto per circa 40 minuti. Alle ore 20.40 si è diretto in compagnia della donna al ristorante in Viale Antichi Platani in San Leucio (CE) facendo rientro nell'abitazione di Caiazzo alle 22.40 senza più uscire.

Il giorno 5.8.2022 Lei, alle ore 12.30, a bordo della Sua macchina e con la medesima donna he raggiunto l'abitazione di Afragola in Via Tasso n.24, dove l'assistita era seduta su di una sedia posta sulla balconata del primo piano della palazzina.

Analogamente il giorno 25 agosto u.s. alle ore 21.25 è uscito dalla palazzina di Via Tasso n.24 con un borsone, che ha riposto sul sedile posteriore della Sua autovettura Opel Mokka, ed insieme alla donna con capelli lunghi scuri e di altezza 165 cm. circa ha raggiunto alle 22.20 la casa di Caiazzo in Via Laura de Simone.

Il 26 agosto u.s. - data in cui ha fruito del permesso per il turno 14/22 - non ha prestato assistenza al disabile in quanto non si è mai allontanato dal Comune di Calazzo, recandosi la mattina, alle ore 11.10 presso il caseificio "Org_2", poi nella Piazza Porta Vetere e successivamente nell'abitazione di Via Laura de Simone fino alle 18.40 ora cui è uscito di casa con la signora ed è andato in un bar in località Piana di Monte Verna a circa 3 km da Caiazzo. La sera avete cenato nella pizzeria Org_3 in Via Roma a Caiazzo, facendo rientro a casa alle 22.15 circa e non uscendo più fino al giorno successivo 27 agosto, in cui alle ore 9.30 è uscito di casa ed ha raggiunto l'abitazione di Afragola alle ore 10.40. Mentre Lei e la donna eravate intenti al trasporto dei bagagli all'interno della palazzina di Via Tasso n.24 l'assistita era affacciata al balcone del primo piano della palazzina.

Ella, pertanto, fruendo di permessi concessi ai sensi della legge n. 104/92, alcuna attività assistenziale ha espletato nei giorni indicati, dedicandosi a Sue esigenze personali come tali

incompatibili ed in contrasto con le esigenze assistenziali di cui alla predetta legge al familiare disabile. ...” (all. 1 ricorso, all. 3 memoria).

Dalla lettura della lettera di incolpazione si desume chiaramente che la giusta causa posta a fondamento del licenziamento impugnato è integrata dall'utilizzo abusivo dei permessi di cui all'art. 33 L. n. 104/1992, fruiti dal lavoratore nei giorni del 4 e 26 agosto 2022, per non avere lo stesso prestato assistenza al congiunto disabile.

2.2. A fronte di tale contestazione, il ricorrente si è giustificato con il proprio datore di lavoro rappresentando che *“Al fine di alleviare il caldo patito nel mese di agosto, il sottoscritto ed i propri congiunti decidevano di trasferire il domicilio presso l'abitazione di proprietà del sottoscritto sita in Caiazzo (Ce).*

Al fine di rendere agevole la permanenza della suocera, il sottoscritto decideva di fruire del permesso ex art. 33 L. 104/1992, al fine di recarsi in Caiazzo e, insieme alla propria moglie, sistemare adeguatamente l'immobile e renderlo più compatibile con le esigenze del proprio congiunto.

Per tale motivo, il sottoscritto si recava in data 04.08.2022 presso l'immobile di Caiazzo.

Analogamente, in data 26.08.2022, dopo avere nei giorni precedenti riaccompagnato presso la propria residenza la suocera, il sottoscritto ritornava presso la casa di Caiazzo per risistemarla e prendere le tutte le cose che erano rimaste lì nell'impossibilità di caricarle in macchina” (cfr. lettera di giustificazioni del 27.09.2022, all. 2 ricorso - all. 3 memoria).

Come detto, tali giustificazioni non sono state accolte dal datore di lavoro che, in data 11.10.2022, ha proceduto con il licenziamento per giusta causa del lavoratore.

3. Ciò posto, si rammenta, ancora una volta, che la condotta disciplinarmente rilevante oggetto di accertamento è la mancata prestazione di assistenza al disabile (il c.d. abuso del diritto ai permessi ex art. 33 L. n. 104/1992.), desunta dal fatto che nei giorni – o, comunque, nelle fasce orarie coincidenti con i turni di lavoro – in cui ha fruito del beneficio, il lavoratore si trovasse in luogo diverso da quello (l'abitazione) in cui si trovava il disabile da assistere.

Tale ultima circostanza è stata documentata dalla società a mezzo di una relazione redatta da un'agenzia investigativa all'uopo incaricata; in ogni caso, costituiscono fatti pacifici che: 1) nei giorni del 4 e 26 agosto 2022, in cui il ricorrente sarebbe stato di turno di lavoro dalle ore 14:00 alle 22:00, ha usufruito di permessi ex L. n. 104 cit.; 2) il ricorrente in quei giorni si trovava, insieme alla moglie, in Caiazzo, località diversa da quella in cui si trovava la suocera da assistere (sig.ra Persona_1), rimasta nella propria abitazione in Afragola, via T. Tasso n. 24, nelle medesimo stabile ove risiede anche il ricorrente.

Risultano, altresì, incontestate le attività svolte dal ricorrente come descritte nella predetta relazione investigativa, come si avrà modo di esaminare nel prosieguo della motivazione.

Ciò che è, invece, in discussione è la finalità di tali attività: a fronte dell'assunto della società resistente di estraneità di tali attività alla *ratio* della previsione di tali permessi, il ricorrente sostiene, di contro, che l'allontanamento dall'assistita era finalizzato alla realizzazione degli scopi propri per i quali la legge ha concepito detti permessi, ovvero, quelli di cura e di assistenza

del soggetto disabile, ricordando che, secondo il diritto vivente, il concetto di assistenza non va inteso come vicinanza continuativa e ininterrotta alla persona disabile, posto che la cura di un congiunto affetto da menomazioni psico-fisiche, non in grado di provvedere alle esigenze fondamentali di vita, spesso richiede interventi diversificati, non implicanti la vicinanza allo stesso.

4. Così delineato il *thema decidendum*, è necessaria una ricognizione del dato normativo e del panorama giurisprudenziale sul diritto alla fruizione dei permessi assistenziali.

La disposizione di cui all'art. 33, comma 3 cit. è stata più volte modificata, prima ad opera della L. n. 53/2000 (art. 19) che ha eliminato il requisito della convivenza, e successivamente ad opera della L. n. 183/2010 (art. 24, comma 1) che ha eliminato i requisiti della continuità e della esclusività dell'assistenza prestata al disabile; successive modifiche sono state apportate dall'art. 6, D.Lgs. n. 119/2011 e, da ultimo, dal D.Lgs. n. 105/2022.

L'art. 33, comma 3, cit. prevede, per quanto di interesse, che *“Il lavoratore dipendente, pubblico o privato, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa, per assistere una persona con disabilità in situazione di gravità, che non sia ricoverata a tempo pieno, rispetto alla quale il lavoratore sia coniuge, parte di un'unione civile ai sensi dell'articolo 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76, convivente di fatto ai sensi dell'articolo 1, comma 36, della medesima legge, parente o affine entro il secondo grado. ...”*.

Secondo il consolidato e condivisibile orientamento espresso dalla Suprema Corte, *“14. Il permesso mensile retribuito di cui all'art. 33, comma 3 cit., come sottolineato dalla Corte Cost. nella sentenza 213 del 2016, è espressione dello Stato sociale che eroga una provvidenza in forma indiretta, tramite facilitazioni e incentivi ai congiunti che si fanno carico dell'assistenza di un parente disabile grave. Si tratta di uno strumento di politica socio-assistenziale, che, come quello del congedo straordinario di cui all'art. 42, comma 5, del D.Lgs. n. 151 del 2001, è basato sul riconoscimento della cura alle persone con handicap in situazione di gravità prestata dai congiunti e sulla valorizzazione delle relazioni di solidarietà interpersonale ed intergenerazionale.*

15. La ratio della previsione in esame è quella di "assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare" (v. Coste Cost., sentenze n. 19 del 2009 e n. 158 del 2007) e si inserisce nelle più ampie finalità della L. 104 del 1992, di tutela dei soggetti portatori di handicap in situazione di gravità, affetti cioè da una compromissione delle capacità fisiche, psichiche e sensoriali tale da "rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione", secondo quanto previsto dall'art. 3, comma 3, della L. n. 104 del 1992 (v. Cass. n. 21416/19).

16. Nella cornice appena descritta, che ha sullo sfondo i valori di rilievo costituzionale di cui agli artt. 2 e 32 Cost. nonché i principi di solidarietà interpersonale ed intergenerazionale, il diritto ai permessi retribuiti è riconosciuto al "lavoratore dipendente, pubblico o privato, che

assiste persona con handicap in situazione di gravità"; il nesso che il testo normativo pone 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 incombenzi che connotano l'attività di assistenza delle persone disabili in condizioni di gravità. Il contenuto dell'assistenza che legittima l'assenza dal lavoro (il permesso retribuito), quindi i tempi e i modi attraverso cui la stessa viene realizzata, devono individuarsi in ragione della finalità per cui i permessi sono riconosciuti, cioè la tutela delle persone disabili, il cui bisogno di ricevere assistenza giustifica il sacrificio organizzativo richiesto al datore di lavoro.

17. E' quindi elemento essenziale della fattispecie di cui all'art. 33, comma 3 cit., l'esistenza di un diretto e rigoroso nesso causale tra la fruizione del permesso e l'assistenza alla persona disabile, da intendere, come questa Corte ha già chiarito, 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. Ciò senza automatismi o rigide misurazioni dei segmenti temporali dedicati all'assistenza in relazione all'orario di lavoro, purché risulti non solo non tradita (secondo forme di abuso del diritto) ma ampiamente soddisfatta, in base ad una valutazione necessariamente rimessa al giudice di merito, la finalità del beneficio che l'ordinamento riconosce al lavoratore in funzione della prestazione di assistenza e in attuazione dei superiori valori di solidarietà sopra richiamati (v. Cass. n. 19580/2019; Cass. n. 21520/2019; Cass. n. 30676/2018; Cass. n. 23891/2018; Cass. n. 20098/2017).

18. Sulla base di tali premesse, escluso, come già ribadito da questa Corte (v. Cass. n. 17968/16), un utilizzo dei permessi in funzione "meramente compensativa" delle energie impiegate dal dipendente per l'assistenza fornita in orario extralavorativo, spetta al giudice di merito valutare se la fruizione dei permessi possa dirsi in concreto realizzata in funzione della preminente esigenza di tutela delle persone affette da disabilità grave, e pur nella salvaguardia di una residua conciliazione con le altre incombenze personali e familiari che caratterizzano la vita quotidiana di ogni individuo.

19. Da ciò consegue che ove manchi del tutto un nesso causale tra l'assenza dal lavoro e l'assistenza al disabile, non può riconoscersi un uso del diritto coerente con la sua funzione e dunque si è in presenza di un uso improprio ovvero di un abuso del diritto o, secondo altra prospettiva, di una grave violazione dei doveri di correttezza e buona fede, privando sine causa il datore di lavoro della prestazione e determinando uno sviamento dell'intervento assistenziale dell'CP- (v. Cass. 17968/16; Cass. n. 9217/2016; Cass. n. 9749/2016; Cass. n. 4984/2014); nei casi in cui il lavoratore in permesso ex art. 33, comma 3 cit., svolga l'attività di assistenza in tempi e modi tali da soddisfare in via preminente le esigenze ed i bisogni dei congiunti in condizione di handicap grave, pur senza abdicare del tutto alle esigenze personali e familiari altre rispetto a quelle proprie dei congiunti disabili e pure a prescindere dall'esatta collocazione temporale di detta assistenza nell'orario liberato dall'obbligo della prestazione lavorativa, non

potrà ravvisarsi alcun abuso del diritto o lesione degli obblighi di correttezza e buona fede, quindi alcun inadempimento.” (così Cass. civ., sez. lav., 13/03/2023, n. 7306).

5. Tanto premesso, va rilevato, preliminarmente, come il datore di lavoro – su cui, notoriamente, grava l’onere di provare la giusta causa di licenziamento – abbia assolto ai propri oneri probatori, essendo sufficiente che lo stesso abbia dimostrato che nei giorni in cui il lavoratore ha usufruito dei permessi *ex art. 33 comma 3 cit.*, ha trascorso l’intera giornata e soggiornato in una località distante (circa un’ora di macchina, v.di relazione investigativa) dall’abitazione della persona da assistere, facendo sorgere una presunzione semplice (art. 2729 c.c.) in ordine all’utilizzo indebito dei permessi assistenziali.

Spetta, pertanto, al lavoratore fornire la prova contraria atta a superare la presunzione della mancata assistenza, ossia la dimostrazione che, nonostante fosse lontano dal proprio congiunto, era intento a svolgere attività tese alla preminente soddisfazione dei bisogni della persona disabile (in termini Cass. civ., sez. lav., 02/11/2023, n. 30462 così massimata “*In tema di permessi ex art. 33 della l. n. 104 del 1992, grava sul lavoratore la prova di aver eseguito la prestazione di assistenza in un luogo diverso da quello di residenza della persona protetta*”).

È opinione del giudicante che, sul punto, il ricorso si riveli carente già sul piano assertivo, con evidenti ripercussioni su quello probatorio, considerata la genericità delle allegazioni di parte a fronte delle specifiche deduzioni della società, sulla scorta del report investigativo prodotto dalla stessa.

5.1. È necessario muovere dal contenuto del rapporto investigativo, versato in atti dalla società (all. 2a, 2b, 8 memoria) e integralmente riportato in memoria, la cui utilizzabilità non è stata oggetto di contestazione¹.

Ricordato, nuovamente, che il ricorrente ha usufruito dei permessi *ex lege* 104 solo nei giorni del 4, 18 e 26 agosto 2022 e che oggetto di rilievo disciplinare sono solo i giorni del 4 e 26

¹ In ogni caso si rammenti che “*Questa Corte (ex multis Cass. n. 15094 del 11/06/2018) ha affermato in ordine alla portata della L. n. 300 del 1970, artt. 2 e 3, i quali delimitano, a tutela della libertà e dignità del lavoratore, in coerenza con disposizioni e principi costituzionali, la sfera di intervento di persone preposte dal datore di lavoro a difesa dei propri interessi, e cioè per scopi di tutela del patrimonio aziendale (art. 2) e di vigilanza dell’attività lavorativa (art. 3) - che essi non precludono il potere dell’imprenditore di ricorrere alla collaborazione di soggetti, esterni (come, nella specie, un’agenzia investigativa), ancorché il controllo non possa riguardare, in nessun caso, né l’adempimento, né l’inadempimento dell’obbligazione contrattuale del lavoratore di prestare la propria opera, essendo l’inadempimento stesso riconducibile, come l’adempimento, all’attività lavorativa, che è sottratta a tale vigilanza. Il controllo esterno, quindi, deve limitarsi agli atti illeciti del lavoratore non riconducibili al mero inadempimento dell’obbligazione (cfr., in tali termini, Cass. n. 9167 del 2003). Tale principio è stato costantemente ribadito, affermandosi che le dette agenzie per operare lecitamente non devono sconfinare nella vigilanza dell’attività lavorativa vera e propria, riservata, dall’art. 3 dello Statuto, direttamente al datore di lavoro e ai suoi collaboratori. Ne resta giustificato l’intervento, pertanto, solo per l’avvenuta perpetrazione di illeciti e l’esigenza di verificarne il contenuto, anche laddove vi sia un sospetto o la mera ipotesi che illeciti siano in corso di esecuzione (v. Cass. n. 3590 del 2011; Cass. n. 15867 del 2017). Ai controlli al di fuori dei confini indicati ostano sia il principio di buona fede sia il divieto di cui all’art. 4 dello Statuto dei lavoratori, nella formulazione applicabile *ratione temporis*, vigendo il divieto di controllo occulto sull’attività lavorativa anche nel caso di prestazioni lavorative svolte al di fuori dei locali aziendali, ferma restando l’eccezione rappresentata dai casi in cui il ricorso ad investigatori privati sia finalizzato a verificare comportamenti che possano configurare ipotesi penalmente rilevanti (come l’esercizio durante l’orario lavorativo di attività retribuita in favore di terzi su cui v. Cass. nn. 5269 e 14383 del 2000)....”* (Cass. civ., sez. lav., 24/08/2022, n. 25287).

agosto, si osserva che egli è stato oggetto di osservazione nei giorni del 3-4-5-17-18-25-26-27 agosto 2022.

Dal predetto report si evince che, nella tarda sera del 3 agosto, il ricorrente e sua moglie muovono dalla propria abitazione sita in Afragola, via Tasso n. 24 - dove si trova anche l'abitazione della suocera disabile - per raggiungere altra abitazione sita in Caiazzo, via Laura de Simone, dove vi trascorrono la notte.

Il giorno successivo, 4 agosto, in cui usufruisce di un permesso, il ricorrente e sua moglie trascorrono l'intera giornata in Caiazzo e dintorni: in particolare, durante il mattino (dalle ore 11:00 alle 12:50) girano vari supermercati, per poi rientrare presso la residenza di Caiazzo e, successivamente, dalle 19:30 alle 22:40, escono nuovamente per andare ad altro supermercato, passeggiare e cenare a ristorante, per poi rientrare nell'abitazione di via Laura de Simone.

Il 5 agosto, alle ore 12:30, il ricorrente e sua moglie fanno rientro nella propria abitazione ad Afragola, via Tasso.

Le suddette circostanze risultano incontestate; è, altresì, pacifico che la sig.ra *Per_1* (l'assistita) non era insieme al ricorrente e a sua moglie.

Nei giorni del 17 e 18 agosto (quest'ultimo giorno di permesso), dalle ore, rispettivamente, 07:00 e 05:00 alle ore 24:00, non sono stati registrati movimenti del ricorrente dalla propria abitazione in Afragola, via Tasso; è stata, inoltre, osservata la presenza dell'assistita, nelle ore mattutine, sul balcone della propria abitazione nel medesimo stabile.

Nella giornata del 25 agosto (inizio osservazione dalle ore 09:00), fino alle ore 21:25 non si registrano movimenti e, nelle ore diurne, si osserva la presenza dell'assistita sul balcone della propria abitazione; alle ore 21:25, il ricorrente insieme alla moglie, con borse e borsoni, partono da Afragola, via Tasso, per giungere alle ore 22:15/22:20 la loro abitazione in Caiazzo, via Laura de Simone dove trascorrono la notte.

Il giorno successivo, 26 agosto, in cui usufruisce di un permesso, il ricorrente e sua moglie trascorrono l'intera giornata in Caiazzo e dintorni: in particolare, nel corso del mattino (dalle 11:10 alle 12:30) si recano in un caseificio e poi si trattengono in piazza a chiacchierare; nel pomeriggio (dalle 18:40) si recano in un bar, per poi andare a cena in pizzeria per poi rientrare (alle 22:15) nell'abitazione di via Laura de Simone dove trascorrono la notte.

Nella mattinata del 27 agosto, il ricorrente e sua moglie lasciano Caiazzo per ritornare presso la propria residenza in Afragola, via Tasso (ore 10:40), dove si osserva l'assistita al balcone della sua abitazione, nel mentre i primi scaricano dall'auto alcune borse.

Anche queste su riportate circostanze risultano incontestate, così come è pacifico che la sig.ra *Per_1* (l'assistita) non era insieme al ricorrente e a sua moglie.

6. A fronte di tali emergenze investigative, il *Pt_1* nel proprio ricorso, ha dedotto che: *"14/a) La mattina del 4 agosto 2022, giorno in cui il sig. Pt_1 era in permesso art. 33 legge n°104/92, il ricorrente e la moglie (sig.ra Parte_2) hanno iniziato a predisporre l'abitazione di famiglia sita in Caiazzo (CE) ove da molti anni la famiglia e la suocera del ricorrente, sono soliti trascorrere la parte centrale del mese di agosto; ciò al fine di*

rendere la permanenza in tale abitazione il più confortevole possibile per la suocera che di lì ad alcuni giorni si sarebbe ivi trasferita.

*14/b) Per un supporto di tipo emotivo, per le difficoltà della sig.ra **Persona_1** a salire scale e per rendere la suocera del ricorrente più attiva nel corso dei giorni di permanenza, il sig. **Pt_1** e la moglie hanno provveduto, così come da consuetudine, a rendere la zona giorno anche zona notte per la sig.ra **Per_1**; pertanto hanno provveduto al montaggio del proiettore, sistemazione tv, PC, del letto, di una poltrona con i vari accessori.*

*Va precisato che la zona notte dell'appartamento è servita da una scala interna non accessibile dalla sig.ra **Per_1** per le sue menomazioni fisiche.*

*Va inoltre precisato che in considerazione dell'ubicazione dell'appartamento di Caiazzo nel centro storico, in zona impervia, il sig. **Pt_1** ha provveduto a sue spese, alla installazione di un passamano per un accesso della suocera alla abitazione più confortevole e sicuro. In atti si depositano sub. doc. n°8, fotografie dell'interno e dell'esterno dell'appartamento.*

14/c) Successivamente nella stessa giornata del 4 agosto, alle ore 11,00 circa, il ricorrente e la moglie si sono recati presso l'esercizio commerciale "Amorosi", che è un negozio di alimentari, per l'acquisto di prodotti, indispensabili per il piano alimentare seguito dalla suocera.

*Non essendo stati reperiti alcuni dei prodotti alimentari, il ricorrente e la moglie si sono quindi recati presso il supermercato "**Org_4**" dove hanno provveduto a fare gli acquisti per far sì che la suocera del sig. **Pt_1** potesse avere tutti gli alimenti di prima necessità sufficienti a soddisfare i primi giorni di permanenza.*

*Nel tardo pomeriggio, resisi conto che mancava ancora qualche prodotto tra quelli consumati solitamente dalla sig.ra **Persona_1**, ricorrente e moglie hanno provveduto ad effettuare gli ultimi acquisti, recandosi dopo le 19,30 presso un altro supermercato. Infine, hanno consumato la cena in un ristorante.*

14/d) La mattina del 26 agosto 2022, giorno in cui il ricorrente era in permesso legge n°104, in considerazione che la suocera nei giorni precedenti era andata via dall'abitazione di Caiazzo, unitamente ad un congiunto, utilizzando la sua autovettura Mercedes tg. FM811VG in quanto provvista di sistema di ausilio, il ricorrente, insieme alla moglie, s'è dedicato alla risistemazione dell'abitazione di Caiazzo.

*In seguito sig. **Pt_1** e coniuge si sono recati presso il caseificio "**Org_5**" per ordinare della mozzarella da portare alla suocera del ricorrente ad Afragola. Successivamente e fino alle ore 18,30 circa, ricorrente e moglie sono stati presso l'abitazione per proseguire nella risistemazione dell'appartamento e nel recupero dell'abbigliamento della suocera del **Pt_1** da riportare ad Afragola. Infine hanno cenato in un ristorante.*

*14/e) Il giorno 27 agosto alle ore 10,30 circa ricorrente e moglie sono rientrati ad Afragola ed hanno provveduto allo scarico dei bagagli che la suocera del sig. **Pt_1** aveva lasciato a Caiazzo.*

Va precisato che la sig.ra **Per_1**, probabilmente affacciata al balcone della casa di Afragola, non faceva altro che assicurarsi che ricorrente e sua moglie le avessero comprato la mozzarella e che le avessero portato tutte le sue cose.

La considerazione che la suocera del ricorrente fosse “probabilmente affacciata al balcone” deriva dal fatto che la sig.ra **Per_1** sia solita assicurarsi dell’arrivo di figlia e genero dalla finestra interna del cortile (luogo in cui vengono scaricati i bagagli e parcheggiato l’auto) e non dal balcone che dà sulla strada” (pag. 5-6-7 ricorso).

Su tali circostanze è stata articolata dalla parte la prova testimoniale.

7. Orbene, è opinione del giudicante che le suddette allegazioni si rivelano del tutto insufficienti laddove non è stata dedotta né dimostrata l’unica circostanza dirimente ai fini di causa, vale a dire il periodo di effettiva permanenza della sig.ra **Per_1** presso la residenza di Caiazzo.

Invero, come visto, parte ricorrente sostiene di essersi recato il 3 agosto presso la casa di Caiazzo per renderla accessibile alla suocera disabile la quale “di lì ad alcuni giorni” si sarebbe trasferita per trascorrervi, insieme alla famiglia, “la parte centrale del mese di agosto”; ed ecco che nel giorno di permesso del 4 agosto avrebbe allestito la zona giorno della casa anche a zona notte per la suocera, onde evitarle le scale, oltre a reperire i generi alimentari necessari per la medesima nel corso della sua permanenza.

Parte ricorrente sostiene ancora che la giornata del 26 agosto sarebbe stata dedicata alla risistemazione della casa di Caiazzo e al recupero “dell’abbigliamento” della sig.ra **Per_1** che “nei giorni precedenti era andata via dall’abitazione di Caiazzo, unitamente ad un congiunto”, oltre che all’acquisto della mozzarella per la medesima.

Della prospettazione attorea lascia perplessi, tra le varie, il fatto che il **Pt_1** non afferma mai esplicitamente se e quando la suocera è stata accompagnata presso la casa di Caiazzo e vi abbia effettivamente soggiornato per un determinato periodo, lasciando intendere tale circostanza in maniera vaga ed implicita dalla ricostruzione della giornata del 26 agosto, allorquando si fa riferimento al recupero dell’abbigliamento dell’assistita rimasto lì per non meglio specificate ragioni.

La specifica allegazione dell’effettivo soggiorno della suocera disabile presso la casa di Caiazzo, con la chiara indicazione dei giorni di permanenza, del “congiunto” che l’avrebbe riportata ad Afragola, delle cose rimaste nella casa di Caiazzo (si presume) indispensabili per l’assistita da dover recuperare (anziché andare a lavorare), si rivela quanto mai necessaria per dare concretezza e verosimiglianza alla prospettazione dei fatti di parte ricorrente, contrapposta a quella della società che ha eccepito che la suocera in realtà non si era mai recata nella casa di Caiazzo.

Tali deduzioni da parte dell’istante sarebbero state tanto più necessarie ove si consideri che oggetto di osservazione erano stati anche dei giorni della “parte centrale del mese di agosto” (17 e 18 agosto) – fatto noto al ricorrente già nel corso del procedimento disciplinare (cfr. all. 6

lettera di trasmissione della relazione investigativa del 30.09.2022) – in cui è pacifico che la suocera disabile era collocata presso la sua abitazione ad Afragola.

In altri termini, in mancanza di qualunque allegazione in ordine all'effettivo e preciso periodo di permanenza della sig.ra **Per_I** presso la casa di Caiazzo (implicitamente dedotto come avvenuto), rende del tutto priva di consistenza la ricostruzione dei fatti del 4 agosto, oltre che palesemente inverosimile quella della giornata del 26 agosto, senza considerare che, per inciso, anche a voler ritenere come vero quanto affermato dal ricorrente rispetto a quest'ultima giornata, non si ritiene rispondenti alle finalità perseguite dalla legge n. 104 con i permessi di cui all'art. 33 comma 3, la risistemazione della casa di vacanza, l'acquisto della mozzarella e il recupero dell'abbigliamento della disabile.

Per tutte le ragioni esposte, non si è ritenuto di ammettere la prova testimoniale articolata dalla parte ricorrente, tenuto conto che il **Pt_I** non è stato in grado di indicare quando e per quanto la suocera disabile è stata nella casa di Caiazzo neppure in sede di libero interrogatorio.

In conclusione, è opinione del giudicante che sia rimasta indimostrata la finalità, sia pure indiretta o strumentale, di assistenza e di cura del disabile asseritamente insita nell'allontanamento del ricorrente per due intere giornate di permesso dall'abitazione del soggetto da tutelare.

L'assenza, nella fattispecie, di un nesso funzionale tra il godimento del permesso e le necessità, gli oneri, gli incombeni che connotano l'attività di assistenza della persona disabile in condizioni di gravità induce il giudicante a ritenere sussistente il fatto imputato all'odierno ricorrente.

8. Quanto all'ulteriore doglianza concernente la natura sproporzionata della sanzione espulsiva irrogata, deve richiamarsi, ancora una volta, il consolidato orientamento della Suprema Corte che, nei casi come quelli di specie, ha affermato che *“il comportamento del lavoratore subordinato che si avvalga del permesso di cui alla L. n. 104 del 1992, art. 33, 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 (Cass. n. 9217 del 2016; Cass. n. 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 sulla 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).”* (così Cass. civ., sez. lav., 13/03/2023, n. 7301).

Dunque, per pacifica giurisprudenza di legittimità può costituire giusta causa di licenziamento l'utilizzo, da parte del lavoratore che ne fruisca, di permessi *ex lege* n. 104/1992, in attività diverse dall'assistenza al familiare disabile, con violazione della finalità per la quale il beneficio è concesso (*ex multis* Cass. n. 4984/2014; Cass. n. 8784/2015; Cass. n. 5574/2016; Cass. n. 9749/2016; Cass. n. 23891/2018; Cass. n. 8310/2019); ciò in quanto, “*il beneficio comporta un sacrificio organizzativo per il datore di lavoro, giustificabile solo in presenza di esigenze riconosciute dal legislatore (e dalla coscienza sociale) come meritevoli di superiore tutela. Ove il nesso causale tra assenza dal lavoro ed assistenza al disabile manchi del tutto non può riconoscersi un uso del diritto coerente con la sua funzione e dunque si è in presenza di un uso improprio ovvero di un abuso del diritto (cfr. Cass. sez. VI, 16.6.2021, n. 17102; id., sez. lav., 19.7.2019, n. 19580; id., sez. lav., 25.3.2019, n. 8310; id., sez. lav., 13.9.2016, n. 17968), oppure, secondo concorrente o distinta prospettiva, di una 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 (anche ove non si volesse seguire la figura dell'abuso di diritto che comunque è stata integrata tra i principi della Carta dei diritti dell'unione Europea (art. 54), dimostrandosi così il suo crescente rilievo nella giurisprudenza Europea: in termini v. Cass. n. 9217 del 2016).*” (Cass. civ., sez. lav., 24/08/2022, n. 25290).

Pertanto, acclarata l'insussistenza del nesso causale tra l'assenza dal lavoro del ricorrente nei giorni del 4 e 26 agosto e l'assistenza alla suocera disabile, deve escludersi che il fatto addebitato possa essere congruamente sanzionato con una misura conservativa, in ragione della lesione della buona fede e della fiducia riposta nel lavoratore che ha usufruito dei permessi per finalità diverse dal diritto di assistenza al familiare disabile, con ingiustificato sacrificio del contrapposto interesse datoriale alla prestazione lavorativa; senza considerare, altresì, il disvalore sociale di tale condotta rispetto all'ente di previdenza che ha erogato il relativo trattamento economico indebitamente percepito dal lavoratore istante.

9. Alla luce delle suesposte considerazioni, la condotta tenuta da Parte_I lungi dall'essere giustificata e giustificabile, disvela connotati di maggiore gravità, in termini di violazione dei doveri di correttezza e buona fede, che determinano l'intollerabilità della prosecuzione del rapporto di lavoro, stante l'evidente lesione del vincolo fiduciario.

In conclusione, il ricorso si rivela infondato e come tale va rigettato.

10. La complessità degli accertamenti e delle questioni trattate nell'odierno giudizio giustifica la compensazione integrale delle spese di lite.

P.Q.M.

La dr.ssa Valentina Olisterno, quale Giudice del lavoro, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza, eccezione e difesa disattesa, così provvede:

1. Rigetta il ricorso;
2. Compensa le spese di lite.

Manda alla Cancelleria per l'immediata comunicazione telematica alle parti costituite del presente provvedimento in forma integrale, comunicazione telematica che sostituirà la lettura del dispositivo e della esposizione delle ragioni di fatto e diritto della decisione prevista dall'art. 429 c.p.c..

Così deciso in Nola, lì 27/02/2024.

Il Giudice
Dr.ssa Valentina Olisterno