

**Corretto
utilizzo dei
permessi ex
Legge 104/92**

**20
19**

**licenziamento legittimo
per il caregiver
che resta a casa**

Corretto utilizzo dei permessi ex Legge 104/92 **LICENZIAMENTO LEGITTIMO PER IL CAREGIVER CHE RESTA A CASA**

Sentenza della Corte di Cassazione n. 18411/2019

Riferimenti normativi: art. 33, comma 3, Legge 104/92 e successive modificazioni e integrazioni

Una recente sentenza della Corte di Cassazione (n. 18411 del 9 luglio 2019) ha di nuovo acceso i riflettori sull'uso, o meglio sull'abuso, dei permessi per assistenza a familiari disabili, confermando il licenziamento di un lavoratore-caregiver che era rimasto a casa tutto il giorno mentre era in permesso ex Legge 104/92 per fornire assistenza alla zia con handicap grave.

Prima di esaminare nel dettaglio la sentenza, facciamo un breve excursus sui permessi che la Legge 104/92 prevede per il disabile e per i familiari che lo assistono e sulle più recenti e significative pronunce giurisprudenziali in argomento.

PERMESSI PER MAGGIORENNI

In primis, abbiamo i 3 giorni di permesso mensile retribuiti che la Legge 104/92 (ex art. 33, commi 3 e 6) riconosce ai lavoratori disabili e ai familiari che prestano assistenza a una persona con handicap in situazione di gravità (a condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno). Detti permessi possono essere fruiti anche in maniera frazionata mediante l'utilizzo a ore (per maggiori informazioni sulla quantificazione del massimale orario mensile dei permessi v. Messaggio Inps n. 16866/2007; per il riproporzionamento a ore dei permessi in caso di part-time v. Messaggio Inps 3114/2018). In alternativa ai permessi di cui sopra, al lavoratore con disabilità grave (quindi al solo lavoratore disabile e non al caregiver), sono riconosciute 2 ore di permesso giornaliero retribuito che si riducono a 1 ora in caso di prestazione lavorativa inferiore alle 6 ore giornaliere (Legge 104/92, art. 33, comma 6).

La legge, inoltre, prevede che il lavoratore che assista una persona con handicap in situazione di gravità abbia diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non possa essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede. Stesso diritto ovviamente spetta al lavoratore disabile (art. 33, comma 5, L. 104/92.).

PERMESSI PER FIGLI MINORENNI

Sono previste, poi, delle agevolazioni particolari per i genitori di bambini con handicap in situazione di

gravità. In questo caso la disciplina normativa deriva dal combinato disposto della Legge 104/92 e del D.lgs. 151/2001 (art. 33, comma 2, Legge 104/92 e art. 33, comma 1, del D.lgs. n. 151/2001) che prevede che, per ogni minore con handicap in situazione di gravità, la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre, abbia diritto, entro il compimento del dodicesimo anno di vita del bambino al prolungamento del congedo parentale, fruibile in misura continuativa o frazionata, per un periodo massimo non superiore a tre anni, a condizione che il bambino non sia ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati, salvo che, in tal caso, sia richiesta dai sanitari la presenza del genitore.

In alternativa al prolungamento del congedo parentale possono essere fruiti dai genitori, fino al compimento del terzo anno di vita del bambino, due ore di riposo giornaliero retribuito.

In alternativa ai due benefici di cui sopra, a prescindere dell'età del bambino, possono essere fruiti 3 giorni di permesso mensile retribuito (anche frazionabili).

Il diritto è riconosciuto a entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente.

La legge 104/92 e, in generale, le problematiche relative alla conciliazione vita-lavoro sono state negli ultimi anni al centro del dibattito sociale e politico e hanno interessato diverse pronunce giurisprudenziali che hanno cercato di delineare ciò che può essere considerato un uso proprio dei permessi, distinguendolo da quello che invece deve essere considerato un uso improprio, ovvero un abuso.

RECENTI ELABORAZIONI GIURISPRUDENZIALI⁽¹⁾

Dalle diverse e più recenti statuizioni della Cassazione possiamo desumere quanto segue.

- La finalità perseguita dalla Legge 104/92 è la tutela della salute psico-fisica del disabile. Il diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito è in stretta e diretta correlazione con detta finalità ed è, quindi, riconosciuto al caregiver in ragione dell'assistenza che è tenuto a prestare. Di conseguenza, l'assenza del lavoratore dal servizio per la fruizione del permesso deve porsi in

relazione diretta con l'assistenza al disabile (sul significato di "assistenza" e di "diretta", v. punti seguenti per maggiori chiarimenti).

- Al beneficiario in questione (permesso per assistere familiare disabile) non è attribuita alcuna funzione meramente compensativa o di ristoro delle energie impiegate dal caregiver per l'assistenza prestata al disabile. Ciò vuol dire che il permesso non può essere usato dal caregiver "per riposarsi". Tanto meno la norma consente di utilizzare il permesso per esigenze diverse dall'assistenza al disabile. Si ha, quindi, un uso improprio del diritto ovvero un abuso ove l'assenza dal lavoro non sia giustificata dall'assistenza al disabile (ovvero in mancanza di un nesso causale tra la prima e la seconda).
- L'ipotesi in cui il caregiver si avvalga del permesso ex L. 104/92 non per l'assistenza al familiare, bensì per attendere ad altra attività, integra l'ipotesi dell'abuso di diritto. Tale condotta, nei confronti del datore di lavoro, è lesiva della buona fede (privandolo ingiustamente della prestazione lavorativa) e, nei confronti dell'Ente di previdenza erogatore del trattamento economico, comporta un'indebita percezione dell'indennità. Ciò non vuol dire che il caregiver, nei giorni in cui usufruisce dei permessi, deve prestare un'assistenza continuativa di 24 ore su 24, potendosi ritagliare dei brevi spazi per svolgere un minimo di vita sociale. Ma, è ovvio che l'assistenza dev'esserci. Pertanto, il caregiver non può utilizzare i giorni di permesso come se fossero giorni feriali senza prestare alcuna assistenza al familiare disabile o, addirittura, partendo in vacanza all'estero (o nel territorio nazionale).
- Il lavoratore è libero di graduare l'assistenza al familiare disabile secondo orari e modalità flessibili che, in primis, tengano conto delle necessità di quest'ultimo; il che significa che nei giorni di permesso, l'assistenza, sia pure continua, non necessariamente deve coincidere con l'orario lavorativo, proprio perché tale modo di interpretare la legge andrebbe contro gli interessi dello stesso disabile. È sufficiente che l'assistenza sia prestata con modalità costanti e con quella flessibilità dovuta anche alle esigenze del lavoratore.
- Il concetto di assistenza va inteso in senso ampio e non può essere interpretato riduttivamente come mera assistenza personale al soggetto disabile presso la sua abitazione, ma deve necessariamente comprendere lo svolgimento di tutte le attività che il disabile non può compiere autonomamente.
- Per un caregiver, fare la spesa, andare dal tabaccaio, recarsi a uno sportello Postamat durante la fruizione dei permessi sono attività considerate lecite, ove svolte in favore del disabile.

Così come è stato considerato lecito parlare con un geometra di una perizia tecnica, redatta da quest'ultimo per conto del disabile, per problemi di infiltrazione nel appartamento del proprio assistito.

- Viene esclusa la finalizzazione delle ore di permesso a scopi personali del caregiver ove le attività svolte da quest'ultimo siano ricollegabili a specifici interessi e utilità del familiare assistito. Nel caso in cui, invece, dette attività non siano riconducibili ad alcuna forma di assistenza, sia diretta che indiretta, vi è un abuso del permesso. Quindi, l'abuso del diritto si configura quando il lavoratore utilizza i permessi per fini diversi dall'assistenza, da intendere in senso ampio, in favore del familiare.
- Infine, una sentenza della Corte di Cassazione di pochissimi giorni fa ha ulteriormente chiarito ciò che può ritenersi un "uso corretto" dei permessi ex legge 104/92, fornendo un'interpretazione più ampia e flessibile alle possibilità e modalità di utilizzo dei permessi da parte del caregiver. In particolare, la Cassazione ha stabilito che il caregiver che, durante la giornata di permesso ex L.104/92, presta assistenza al familiare solo la sera e non per l'intera giornata, non abusa del diritto. La Corte, confermando il solco già tracciato in passato, secondo il quale il caregiver che usa i permessi ex L.104/92 non per l'assistenza al familiare disabile, bensì per attendere altre attività, abusa del diritto riconosciutogli, ha altresì statuito che la visione dell'assistenza non può limitarsi ad un concetto meramente quantitativo, ma che occorre guardare complessivamente all'attività svolta al fine di verificare che siano salvaguardati i connotati essenziali dell'intervento assistenziale. Connotati che ricorrono ove l'assistenza abbia "carattere permanente e globale nella sfera individuale e di relazione del disabile, tenuto altresì conto dei valori di rilievo costituzionale coinvolti dalla disciplina in esame che postulano una peculiare e rafforzata tutela degli interessi regolati."

⁽¹⁾Cassazione sentenza n. 21529/2019; Cassazione sentenza n. 4670/2019; Cassazione ordinanza n. 23891/18; Cassazione sentenza n. 54712/2016; Cassazione ordinanza n. 17968/2016)

LA SENTENZA DELLA CASSAZIONE n. 18411/2019

Torniamo ora, in particolare, alla recente sentenza della Corte di Cassazione che ha visto dichiarare legittimo il licenziamento di un caregiver che durante la fruizione dei permessi ex Legge 104 per assistenza a un familiare disabile è rimasto a casa tutto il giorno. Esaminiamo insieme la questione, cercando di capire e inquadrare meglio i fatti e le implicazioni. Promuovere

una cultura della conoscenza e della consapevolezza dei diritti dei lavoratori è uno dei compiti che un'Organizzazione Sindacale ha, così come lo è sostenere una corretta informazione per un uso proprio di tutti gli strumenti di conciliazione, nel rispetto delle norme e senza abusi.

IL FATTO - A un lavoratore dipendente viene intimato il licenziamento per giusta causa per abuso dei permessi ex art. 33, comma 3, L. 104/92, essendo rimasto tutto il giorno a casa nei giorni (due per l'esattezza) in cui invece avrebbe dovuto prestare assistenza a un familiare disabile.

LA VICENDA PROCESSUALE - Prima il Tribunale di Bologna, poi la Corte di Appello della medesima sede, confermano il licenziamento intimato dal datore di lavoro al dipendente, statuendone la legittimità. Fruire dei permessi ex Legge 104 per assistere un familiare disabile e poi rimanere a casa tutto il giorno incrina il rapporto di fiducia tra lavoratore e datore di lavoro, integrando altresì un abuso del diritto.

In particolare, la Corte di Appello ha ritenuto raggiunta la prova dell'abuso di 2 giorni di permesso ex art. 33, comma 3, L. 104/92, risultando dalla relazione investigativa depositata dalla stessa azienda che il lavoratore, in dette 2 giornate, non era mai entrato o uscito dalla propria abitazione nell'arco orario compreso fra le 6.30 del mattino e le 9.00 di sera. Di conseguenza, il dipendente non si era recato presso la residenza della zia (diversa da quella del lavoratore) per prestare la dovuta assistenza.

Detta circostanza, unitamente alle dichiarazioni/giustificazioni rilasciate dal lavoratore nel corso del procedimento disciplinare antecedente al licenziamento (audizione ex art. 7, Legge 300/70), che aveva affermato di aver prestato una "regolare assistenza alla zia come era abitudine, a eccezione di alcune ore della giornata", e al fatto che gli investigatori (assunti dal datore di lavoro) non avevano avvistato il dipendente presso l'abitazione della zia nelle suddette

giornate, giustificavano, secondo la Corte di Appello, il licenziamento del lavoratore per il disvalore sociale ed etico della condotta e per la compromissione irrimediabile del vincolo fiduciario fra dipendente e azienda.

Il lavoratore impugna la Sentenza della Corte di Appello e il caso arriva, così, alla Corte di Cassazione.

LA DECISIONE - La Corte di Cassazione conferma le decisioni dei precedenti giudici, dichiarando inammissibile il ricorso poiché le obiezioni alla sentenza impugnata sono finalizzate a un controllo nel merito della causa, non consentito in sede di legittimità. Secondo la pronuncia della Cassazione, la Corte di Appello ha affrontato la questione relativa all'abuso dei permessi ex art. 33, comma 3, della legge n. 104 del 1992 con motivazione logicamente congrua.

È stato infatti dimostrato, attraverso relazione investigativa prodotta dal datore di lavoro (e confermata dall'investigatore in sede di prova testimoniale), che il lavoratore in due (dei quattro) giorni di permesso contestati non era uscito né entrato nella propria abitazione in orario compreso fra le 6.30 e le 21.00 e ciò, per di più, in insanabilmente contraddizione con le giustificazioni rese dal lavoratore in sede di audizione disciplinare (nell'ambito della quale - come abbiamo detto prima - aveva dichiarato di aver prestato regolare assistenza alla zia come era abitudine, ad eccezione di alcune ore della giornata, altresì senza mai dichiarare di aver prestato assistenza in orario precedente le 6.30 o posteriore alle 21.00). Inoltre, ulteriore prova della mancata assistenza alla zia doveva ritenersi fornita dall'appostamento dell'investigatore nella strada ove era ubicata l'abitazione della disabile che non aveva avvistato il caregiver nei giorni contestati.

La Cassazione, dichiarando la legittimità della sentenza impugnata ha confermato, quindi, quale legittimo, il licenziamento del lavoratore-caregiver.

Info. Per maggiori approfondimenti in materia

- Il diritto del caregiver di scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio del familiare da assistere (Approfondimento n. 14/Giugno 2019)
- Permessi Legge 104: Importanti Novità dall'INPS (Approfondimento n. 11/Settembre 2018)
- Fattore Tempo, Cap. 2: La Tutela della Disabilità

Corretto utilizzo dei permessi ex Legge 104/92 LICENZIAMENTO LEGITTIMO PER IL CAREGIVER CHE RESTA A CASA