

Permessi per l'assistenza di familiari disabili gravi: finalità, utilizzo e controlli secondo le indicazioni della più recente giurisprudenza

A cura dell'Area Lavoro e Previdenza

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 18411 del 9 luglio 2019 ha di nuovo posto l'attenzione sull'uso e sul potenziale abuso, dei permessi per assistenza a familiari disabili, confermando la legittimità del licenziamento di un lavoratore che era rimasto nella propria abitazione, per l'intera giornata di permesso ex Legge 104/92 richiesto per fornire assistenza al familiare con handicap grave, senza recarsi dalla persona da assistere.

Prima di esaminare nel dettaglio la sentenza, è opportuno fare un breve excursus sui permessi che la Legge 104/92 prevede per il disabile e per i familiari che lo assistono (c.d. caregivers) e sulle più recenti e significative pronunce giurisprudenziali.

L'art. 33, commi 3 e 6, della Legge 104/1992 riconosce ai lavoratori disabili e ai familiari che prestano assistenza a una persona con handicap in situazione di gravità 3 giorni di permesso mensile retribuiti. Detti permessi possono essere fruiti anche in maniera frazionata mediante l'utilizzo a ore.

In alternativa a suddetti permessi, al lavoratore con disabilità grave, sono riconosciute 2 ore di permesso giornaliero retribuito che si riducono a 1 ora in caso di prestazione lavorativa inferiore alle 6 ore giornaliere.

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.).

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.

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.

L'utilizzo improprio dei permessi Legge 104/92 ha portato a diverse pronunce giurisprudenziali che hanno cercato di delineare ciò che può essere considerato un uso legittimo dei permessi.

Negli anni la giurisprudenza è arrivata a definire quanto segue:

Finalità dei permessi e concetto di assistenza

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.

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.

Al 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 "per riposarsi" e in generale nemmeno 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. Ciò che rileva per un corretto uso dei permessi è che vi sia un nesso causale tra assenza dal lavoro e assistenza al disabile. (Cassazione sentenza n. 21529/2019)

La corte è arrivata comunque in diverse sentenze a precisare che, lo svolgimento di attività come ad esempio fare la spesa durante la fruizione dei permessi sono attività considerate lecite, ove svolte in favore del disabile. 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. (Cassazione ordinanza n. 23891/18)

Utilizzo dei permessi per altra finalità

Nel caso in cui il lavoratore utilizzi permessi ex L. 104/92 non per l'assistenza al familiare, bensì per attendere ad altra attività è da considerarsi 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'INPS erogatore del trattamento economico, comporta un'indebita percezione dell'indennità. Il lavoratore nei giorni in cui usufruisce dei permessi, non deve prestare un'assistenza continuativa di 24 ore su 24, potendosi ritagliare dei brevi spazi per svolgere un minimo di vita sociale, ma non può utilizzare i giorni di permesso come se fossero giorni feriali senza prestare alcuna assistenza al familiare disabile o, addirittura, partendo in vacanza.

Tempo da dedicare all'assistenza

Il lavoratore è libero di graduare l'assistenza al familiare disabile secondo modalità e orari, che in primo luogo, tengano conto delle necessità di quest'ultimo.

Ciò 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. Infine, una sentenza della Corte di Cassazione ha ulteriormente chiarito che può ritenersi un "uso corretto" dei permessi ex Legge 104/92, se viene prestata assistenza al familiare solo la sera e non per l'intera giornata. (Cassazione sentenza n. 54712/2016; Cassazione ordinanza n. 17968/2016)

Il ruolo del datore di lavoro per limitare gli abusi alla luce della sentenza della Corte di Cassazione n. 18411 del 9 luglio 2019

Il comma 7 bis dell'art. 33, come modificato dalla Legge n. 183/2010, prevede che *"ferma restando la verifica dei presupposti per l'accertamento della responsabilità disciplinare, il lavoratore di cui al comma 3 decade dai diritti di cui al presente articolo, qualora il datore di lavoro o l'INPS accerti l'insussistenza o il venir meno delle condizioni richieste per la legittima fruizione dei medesimi diritti"*.

Il datore di lavoro ha quindi il potere, previsto dalla legge, di controllare la sussistenza delle condizioni richieste per usufruire dei permessi ex Legge 104/1992.

La sentenza della Corte di Cassazione n. 18411 del 9 luglio 2019 conferma la legittimità del licenziamento di un lavoratore che durante la fruizione dei permessi ex Legge 104 per assistenza a un familiare disabile è rimasto tutto il giorno nella propria abitazione senza recarsi dalla persona da assistere e tale fatto è stato provato con l'ingaggio di un investigatore privato da parte del datore di lavoro.

La Corte di Cassazione quindi ribadisce il proprio orientamento in merito alla legittimità, per il datore di lavoro, di avvalersi di agenzie di investigazione per controllare i propri dipendenti soprattutto durante i periodi di sospensione del rapporto al fine di consentire al datore di lavoro di prendere conoscenza di comportamenti del lavoratore, che, pur estranei allo svolgimento dell'attività lavorativa, siano rilevanti sotto il profilo del corretto adempimento delle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro.

In tal caso, non si andrebbe a violare le norme dello Statuto dei lavoratori in tema di controlli dei dipendenti, poiché si tratta di controlli che non riguardano la prestazione lavorativa bensì comportamenti adottati dal dipendente al di fuori dei locali aziendali che possono configurare reati o attività fraudolente, fonti di danno per l'azienda medesima.

Ciò che conta è l'abuso compiuto, che fa venire meno «l'affidamento sull'esatto adempimento» da parte del dipendente «delle prestazioni future» che può essere provato grazie alle prove raccolte dagli investigatori privati.

Inoltre, non si richiede la reiterazione del comportamento, poiché il licenziamento avente natura disciplinare risulta giustificato dalla violazione del vincolo fiduciario che può basarsi anche solo su una condotta.

Dalla sentenza emergono, dunque, i limiti entro i quali i datori di lavoro possono lecitamente controllare i lavoratori, anche con agenzie investigative, per assicurarsi la corretta fruizione dei permessi per Legge 104, senza sconfinare nella violazione della privacy.

In particolare, i suddetti controlli riguardanti l'attività lavorativa del prestatore svolta anche al di fuori dei locali aziendali, sono leciti laddove non riguardino l'adempimento della

prestazione lavorativa e qualora siano finalizzati a verificare comportamenti che possano configurare ipotesi penalmente rilevanti od integrare attività fraudolente. Quindi, affinché le agenzie investigative operino lecitamente, le loro indagini non devono sconfinare nella vigilanza dell'attività lavorativa vera e propria. (Cass. 22 maggio 2017; Cass. 12 settembre 2018, n. 15094; n. 12810; Cass. 30-01-2019, n. 2743; Cass. 18 febbraio 2019, n. 4670).

Contatti

Area Lavoro e Previdenza, tel. 02-58370.213.336, e-mail lav@assolombarda.it.

16 gennaio 2020