

5

- TRIBUNALE DI MODENA - Sentenza n. 218/2021 pubbl. il 04/05/2021
 - GIUDICE DEL LAVORO - EST. DOTT. MARTINELLI - RG n. 595/2020
 - 04-05-2021 N. 218 - LAVORO SUBORDINATO -
 - LICENZIAMENTO PERGIUSTA CAUSA -
 - VIOLAZIONE DEI PERMESSI EX L. N. 104/1992 - R.G. 595/2020
 - INADEMPIMENTO -
 - INSUSSISTENZA -
 - CONSEGUENZE -



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI MODENA
TERZA SEZIONE CIVILE
SOTTOSEZIONE LAVORO

SENTENZA AI SENSI DELL'ART. 1, CO. 57, L. 92/2012

Nella causa n. r.g. 595/2020

tra

(C.F. _____), con il patrocinio degli Avv.ti Fiorini

Fabrizio e Annalisa Bova, con domicilio eletto in Modena, via Emilia Est, n. 18

OPPONENTE

e

S.R.L. (C.F. _____), in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

con il patrocinio degli Avv.ti Elisa Rossini e Vittorio Lugli, con domicilio eletto in Modena,
 Corso Canalgrande, n. 88

OPPOSTA

CONCLUSIONI DELLE PARTI: come in atti.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con ricorso *ex art.* 1, co. 51, L. 92/2012 depositato in data 3.7.2020 _____, prestatore
 di lavoro subordinato a tempo indeterminato, ha proposto opposizione avverso l'ordinanza *ex*
art. 1, co. 49, L. 92/2012 pronunciata in data 3.6.2020 con cui il Tribunale di Modena, in

Firmato Da: MARTINELLI EDOARDO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 776965c577c1ce4



funzione di Giudice del Lavoro, ha definito la prima fase del giudizio di impugnazione del licenziamento comminato in data 26.11.2018 dalla datrice di lavoro . s.r.l.

Ferme tutte le prospettazioni di cui alla prima fase di giudizio, ha ritenuto non condivisibile l'opposta ordinanza per le seguenti ragioni poiché, nella propria prospettiva: 1) i comportamenti perpetrati e contestati sono privi di qualsivoglia rilevanza disciplinare poiché *latu sensu* riconducibili a quella nozione di assistenza cui è subordinato il riconoscimento dei permessi *ex lege* 104/1992; 2) i comportamenti perpetrati e contestati risultano viepiù giustificabili in ragione della peculiare situazione familiare e rientrano in ogni caso, anche alla luce di un importante orientamento giurisprudenziale di legittimità, in legittima attività di carattere ordinario, insuscettibile come tale di rivestire rilevanza disciplinare; 3) al limite, i comportamenti perpetrati e contestati giustificerebbero l'irrogazione di una sanzione disciplinare conservativa (e non già di quella espulsiva); 4) in via ulteriormente subordinata, a mente delle circostanze del caso concreto, vi sarebbe spazio per riconoscimento di una tutela obbligatoria rafforzata *ex art. 18, co. 5, L. 92/2012* nella misura massima consentita dalla legge. Nel formulare anche questione di legittimità costituzionale, ha formulato le seguenti conclusioni: « *Previe le declaratorie del caso, per tutte le statuizioni sfavorevoli al signor . dell'ordinanza in data 3 giugno 2020, comunicata in data 8 giugno 2020, accogliere la presente opposizione e per l'effetto revocare e/o riformare l'ordinanza di accoglimento parziale, resa inter partes dal Tribunale di Modena, in funzione di Giudice Monocratico del Lavoro, in data 3 giugno 2020, comunicata in data 8 giugno 2020, con cui il Tribunale, nella causa RG n. 499/2019 ha statuito: <<1) In parziale accoglimento del ricorso, dichiara risolto il rapporto di lavoro intercorso tra le parti con effetto dalla data del licenziamento e condanna condanna ex art. 18, co. 5, L. 300/1970 . s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, a corrispondere a un'indennità risarcitoria pari a ventuno mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita; 2)*



Compensate le spese di lite in misura di due terzi, condanna s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, a rifondere a il residuo terzo, quantificato in detta frazione in complessivi € 1.600,00, oltre rimborso spese generali in misura del 15%, IVA e CPA come per legge. >>, e pertanto-----

PREGIUDIZIALMENTE E/O INCIDENTALMENTE

Dichiaratane la rilevanza e la non manifesta infondatezza, voglia ritenersi sussistente la questione di legittimità costituzionale degli artt. 409 e ss. ed 1, comma 47 e ss. l. n. 92 del 2012, in relazione agli articoli 3, 4, 19, 31 e 38 Cost., ai fini dell'inutilizzabilità probatoria nell'ambito dell'applicazione degli artt. 7 l. n. 300 del 1970 e 33, comma 7-bis., l. n. 104 del 1992, di brevi pause di preghiera durante l'assistenza dei congiunti disabili, adottandosi le conseguenze di legge.

NEL MERITO

A)-Accertare e dichiarare che il licenziamento per giusta causa e/o disciplinare, intimato al ricorrente con lettera datoriale datata 26.11.2018 (Doc. 11 in atti) è, per le ragioni di cui in premessa, illecito-nullo e/o illegittimo-annullabile per insussistenza dei fatti contestati, in ogni caso non qualificabili come fatti disciplinarmente rilevanti ovvero, in subordine, illegittimo-annullabile per insussistenza di fatti qualificabili come disciplinarmente rilevanti, eventualmente rientranti tra le condotte punibili con una sanzione conservativa in base al codice disciplinare del CCNL applicato (quindi con un richiamo ovvero un'ammonizione scritta, ovvero una multa, ovvero una sospensione dal lavoro e dalla retribuzione fino ad un massimo di giorni tre) e, comunque, in ogni caso ingiustificato/annullabile, in quanto non legittimamente sorretto da giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

CONSEQUENTEMENTE, IN VIA PRINCIPALE



B)-Condannare S.R.L., in persona del legale rappresentante pro-tempore, alla reintegrazione del ricorrente nel posto e nel luogo di lavoro ed al risarcimento del danno in misura pari all'importo delle retribuzioni e dei contributi previdenziali complessivamente rispettivamente perdute e perduti dalla data del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione, oltre ad interessi legali e rivalutazione monetaria, in ogni caso, applicandosi le tutele risarcitorie in forma specifica e per equivalente ritenute di giustizia e/o di equità.

CONSEGUENTEMENTE, IN VIA SUBORDINATA

C)-Condannare S.R.L., in persona del legale rappresentante pro-tempore, alla reintegrazione del ricorrente nel posto e nel luogo di lavoro ed al pagamento di un' indennità nella misura di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto o nella misura di mensilità ritenuta di giustizia e/o di equità, oltre ad interessi legali e rivalutazione monetaria, nonché al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione.

CONSEGUENTEMENTE, IN VIA ULTERIORMENTE SUBORDINATA

D)-Condannare S.R.L., in persona del legale rappresentante pro-tempore, a corrispondere al ricorrente un'indennità di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto ovvero un'indennità ritenuta di giustizia e/o di equità come determinata tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità, oltre ad interessi legali e rivalutazione monetaria, e, comunque, applicandosi le misure risarcitorie in forma specifica e/o per equivalente, ex l. n. 92/12 ritenute di giustizia e/o equità. ».

Con tempestiva memoria si è costituita la società che, ripercorse le vicende lavorative che l'avevano determinata a compiere accertamenti circa l'effettiva e genuina fruizione dei permessi da parte del ricorrente, ha ribadito la sussistenza degli inadempimenti contestati e così la legittimità del recesso.



Nel non condividere l'impugnata ordinanza là dove non ha ritenuto sussistente nel caso di specie una giusta causa di licenziamento, ha agito in via riconvenzionale per la declaratoria di legittimità dell'impugnato recesso e così per la condanna dell'opponente alla restituzione delle utilità *medio tempore* corrisposte in esecuzione dell'opposta ordinanza.

All'udienza del 22.4.2021 le parti discutevano la causa e, al suo esito, il G.L. ha trattenuto la causa in riserva per la pronuncia della presente sentenza.

Dalla combinata lettura della lettera di contestazione di addebito e di licenziamento si evince che la società si sia determinata a recedere dal rapporto di lavoro in ragione di un prospettato inadempimento del ricorrente, concretatosi nell'impiego secondo mala fede dei permessi riconosciuti *ex art. 33, co. 3, L. 104/1992* per simulate esigenze di assistenza a familiari disabili (v. doc. 9 e 11 memoria difensiva, prima fase). Inadempimento dipanatosi specificatamente nelle giornate del 14.9; 18.9; 21.9; 25.9; 28.9; 9.10 e 12.10.2018, nel corso delle quali il ricorrente avrebbe approfittato del periodo di sospensione dall'obbligazione lavorativa per svolgere attività personali, sganciate da necessità di assistenza dei due figli disabili minori.

La contestazione circa l'impiego, per quattro volte, dei permessi *de quibus* nelle giornate di venerdì "in prossimità della pausa lavorativa del fine settimana" non è stata richiamata invece nella lettera di licenziamento (cfr. docc. 9 e 11 memoria difensiva).

Parte ricorrente contesta tale ricostruzione e afferma di aver genuinamente usufruito delle giornate di permesso, tanto da aver accompagnato i due figli e presso la scuola " " di " " nonché presso l'associazione Onlus " " di " " (MO) che, nei pomeriggi delle giornate di martedì e venerdì, presta attività ricreativa e di terapia integrata. Afferma poi di avere svolto, nei residui periodi temporali, attività domestiche e ricreative, da intendersi in ogni caso *latu sensu* riferibili ad attività di assistenza. Riferisce poi, sempre nei residui periodi temporali, di avere esercitato il proprio diritto di culto, riconosciuto e tutelato dall'art. 19 Cost.



Circostanze queste che rendono pertanto giuridicamente e disciplinarmente irrilevante la condotta oggetto di addebito.

Alla luce di tali contrapposte prospettazioni il *thema decidendum* ha quindi ad oggetto la verifica, ai fini della sussistenza di una giusta causa di licenziamento, di un legittimo impiego, secondo canoni di proporzionalità e buona fede, dei permessi *ex art.* 33, co. 3, L. 104/1992 da parte ricorrente nel corso delle giornate indicate nella lettera di contestazione.

In linea generale ed astratta si precisa che la disposizione in esame ha predisposto un assetto di interessi che contempera le opposte esigenze di assicurare, da un lato, tutela e assistenza alle persone svantaggiate affette da *handicap* grave (rientranti nella ristretta cerchia parentale del prestatore di lavoro) e, dall'altro, l'effettività e la proficuità della prestazione lavorativa, inserita all'interno di un'attività organizzata.

Il riconoscimento di un diritto potestativo a favore del prestatore di lavoro, cui si contrappone una posizione di soggezione da parte del datore di lavoro nella misura in cui viene sacrificato per ragioni di interesse generale il proprio diritto a pretendere la prestazione lavorativa dedotta in contratto, trova così giustificazione laddove l'astensione dal lavoro sia causalmente connessa ad esigenze di assistenza del familiare assistito da *handicap* grave.

Pena altrimenti la possibilità di ravvisare gli estremi di un'ipotesi di abusivo esercizio del diritto, cui può conseguire, per l'ingiustificato sacrificio patito e per il disvalore sociale della condotta, un'irrimediabile lesione del vincolo fiduciario che contraddistingue il rapporto di lavoro.

Abuso del diritto da intendersi quale sviamento funzionale dell'istituto, attraverso un suo esercizio: «*con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti*» (Cass., 15.6.2018, n. 15885).



Circa la correlazione tra assenza dal lavoro e soddisfacimento di bisogni assistenziali nonché la necessità di vagliare il corretto esercizio del diritto potestativo riconosciuto dall'art. 33, co. 3, L. 104/1992 alla stregua della *ratio legis* sottesa all'istituto in discussione, si richiama quanto argomentato dalla S.C.: «L'art. 33, comma 3, L. 104/92, come sostituito dall'art. 24, comma 1, lett. a) della Legge 4 novembre 2010, n. 183, anche a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. 18 luglio 2011, n. 119, per la parte che interessa, così detta: "A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità..(..)". L'art. 24 della L. n. 183/2010, al comma 1, lett. c), ha aggiunto, all'art. 33 della L. 104/92, il seguente comma 7-bis: "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. Dall'attuazione delle disposizioni di cui al presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica". 5.1. La *ratio* della norma di cui all'art. 33, comma 3, della Legge n. 104/92 emerge dalla piana lettura del testo normativo. Il diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa spetta al "lavoratore dipendente ... che assiste persona con handicap in situazione di gravità..."; esso è riconosciuto dal legislatore in ragione dell'assistenza, la quale è causa del riconoscimento del permesso.



Tale essendo la ratio del beneficio e in mancanza di specificazioni ulteriori da parte del legislatore, 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.

5.2. Nessun elemento testuale o logico consente di attribuire al beneficio una funzione meramente compensativa o di ristoro delle energie impiegate dal dipendente per l'assistenza prestata al disabile. Tanto meno la norma consente di utilizzare il permesso per esigenze diverse da quelle proprie della funzione cui la norma è preordinata: 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, come nel caso in esame (l'accertamento del giudice di merito ha evidenziato che i permessi erano sistematicamente utilizzati dall'odierna ricorrente per proprie esigenze personali, in situazioni di tempo e di luogo incompatibili con l'espletamento dell'assistenza), 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, come già ritenuto da questa Corte in precedenti analoghi. 6. Alla luce dell'orientamento di questa Corte, che si condivide ed al quale si intende dare continuità (Cass. n. 4984/2014, conf. Cass. n. 9217/2016, n. 9749/2016 e n. 8784/2015), il comportamento del prestatore di lavoro subordinato che, in relazione al permesso ex art. 33 L. n. 104/1992, si avvalga dello stesso non per l'assistenza al familiare, bensì per attendere ad altra attività, integra l'ipotesi dell'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. 7. I permessi devono essere fruiti, dunque, in coerenza



con la loro funzione. In difetto di tale nesso causale diretto tra assenza dal lavoro e prestazione di assistenza, devono ritenersi violati i principi 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. Tanto rileva anche ai fini disciplinari, pure a prescindere dalla 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" (Cass. n. 9217/2016)» (Cass., 13.9.2016, n. 17968).

Sempre con riferimento alla *ratio* dell'istituto ed in linea di continuità con le argomentazioni sin qui esposte, con altra pronuncia la S.C. ha condivisibilmente precisato che: « 3.1. La Corte d'appello si è uniformata alla giurisprudenza di questa Corte (Cass. n. 1394 del 2020; Cass. . 21529 del 2019; Cass. n. 8310 del 2019; Cass. n. 17968 del 2016; n. 1 9217 del 2016; n. 8784 del 2015) che ha precisato come il permesso di cui alla L. n. 104 del 1992, art. 33, sia riconosciuto al lavoratore in ragione dell'assistenza al disabile e in relazione causale diretta con essa, senza che il dato testuale e la "ratio" della norma ne consentano l'utilizzo in funzione meramente compensativa delle energie impiegate dal dipendente per detta assistenza. Ne consegue che il comportamento del dipendente che si avvalga di tale beneficio per attendere ad esigenze diverse integra l'abuso del diritto e viola i principi di correttezza e buona fede, sia nei confronti del datore di lavoro che dell'Ente assicurativo, con rilevanza anche ai fini disciplinari. 3.2. Invero, in base alla *ratio* della legge n. 104 del 1992, art. 33, comma 3, che attribuisce al "lavoratore dipendente... che assiste persona con handicap in situazione di gravità..." il diritto di fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito, coperto da contribuzione figurativa, è necessario che l'assenza dal lavoro si ponga in relazione diretta con l'esigenza per il cui soddisfacimento il diritto stesso è riconosciuto, ossia l'assistenza al disabile; questa può essere prestata con modalità e forme diverse, anche attraverso lo



svolgimento di incombenze amministrative, pratiche o di qualsiasi genere, purchè nell'interesse del familiare assistito (cfr. Cass. Ord. n. 23891 del 2018)» (Cass.,26.10.2020, n. 23434).

Si evince quindi che il diritto di fruire dei permessi da parte del familiare deve porsi, pena altrimenti il suo esercizio abusivo, in relazione diretta e immediata con l'assistenza del disabile.

Locuzione questa che: *«non può essere intesa riduttivamente come mera assistenza personale al soggetto disabile presso la sua abitazione ma deve necessariamente comprendere lo svolgimento di tutte le attività che il soggetto non sia in condizioni di compiere autonomamente.*

L'abuso quindi va a configurarsi solo quando il lavoratore utilizzi i permessi per fini diversi dall'assistenza, da intendere in senso ampio, in favore del familiare (Cass. n. 1394 del 2020, Cass. . 21529 del 2019; Cass. n. 8310 del 2019; Cass. n. 17968 del 2016; n. 9217 del 2016; n. 8784 del 2015)» (Cass.,25.9.2020, n. 20243).

Sempre in linea generale ed astratta deve richiamarsi altresì il condiviso principio di diritto secondo cui: *«In materia di licenziamento disciplinare, la "insussistenza del fatto" di cui all'art. 18 st.lav. novellato si configura, ove la contestazione abbia avuto ad oggetto una pluralità di addebiti o un'unica articolata condotta, solo qualora sul piano fattuale possa escludersi la realizzazione di un nucleo minimo di condotta - fra i fatti oggetto di contestazione - di per sé solo astrattamente idoneo a giustificare la sanzione espulsiva» (Cass., 4.6.2018, n. 14192; v. anche Cass., 20.9.2016, n. 18418)*

In altre parole l'ordinamento assicura la tutela reintegratoria di cui all'art. 18, co. 4, L. 300/1970 per "insussistenza del fatto" solamente qualora possa escludersi la realizzazione di un nucleo minimo di condotte che siano astrattamente idonee a giustificare la sanzione espulsiva, o se si realizza l'ipotesi di fatti sussistenti ma radicalmente privi del carattere di illiceità.

Sanzione espulsiva che la S.C. ha ritenuto essere sorretta da adeguata giusta causa nell'ipotesi in cui il lavoratore, nella fruizione dei permessi retribuiti ex L. 104/1992, ha svolto attività



assistenziale per una parte davvero marginale del tempo totale concesso (v. in motivazione Cass., 22.3.2016, n. 5574).

Le coordinate ermeneutiche sin qui illustrate consentono di definire la presente controversia.

In primo luogo, si ritiene infondata la questione di legittimità costituzionale formulata (per vero in termini oscuri, ai limiti dell'ammissibilità) da parte ricorrente.

A mente delle considerazioni espresse in apertura di motivazione, si osserva che il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa costituisce un bene giuridico che fuoriesce dal novero degli interessi contrapposti (tutti di rilevanza costituzionale, v. es. artt. 38 e 41 Cost.) che la disposizione in esame ha inteso bilanciare. Aspetto questo che rende eccentriche le considerazioni espresse dal ricorrente e che esclude la violazione dell'art. 3 Cost, valorizzato da parte ricorrente quale parametro della q.l.c. proposta.

Si ribadisce poi che l'inesigibilità della prestazione lavorativa (con i suoi riflessi anche in ambito pubblicistico-previdenziale) può trovare giustificazione esclusivamente al cospetto di esigenze di assistenza riferibili esclusivamente al portatore di *handicap* e non può invece subire un sacrificio per esigenze esclusivamente riferibili al prestatore di lavoro-beneficiario del permesso ex L. 104/1992 (quale la libertà di professare liberamente la propria religione).

In definitiva quindi si ritiene che l'interpretazione della disposizione offerta in questa sede (in linea di continuità con un consolidato orientamento giurisprudenziale di legittimità) sia costituzionalmente conforme.

Quanto al merito della controversia, si osserva che la vicenda si inserisce all'interno di una cornice fattuale non contestata tra le parti.

In particolare non risulta controverso che il ricorrente sia titolare di permessi mensili ex art. 33, co. 3, L. 104/1992 pari a sei giorni in ragione della necessità di assistere i due figli

e



Soggetti affetti da *handicap* e frequentanti, il mattino del lunedì, mercoledì, giovedì e sabato, l'istituto scolastico " " di " " e anche, nelle giornate del martedì e venerdì (rispettivamente il figlio " " il martedì dalle ore 9.00 alle ore 17.00 e il venerdì dalle ore 9.00 alle ore 14.30; il figlio " " il martedì dalle ore 9.00 alle ore 17.00), l'associazione Onlus " " di " " (a tale ultimo proposito, v. anche la deposizione del testimone " ").

Parimenti non contestate sono le attività poste in essere dal ricorrente nel corso delle giornate indicate nella lettera di contestazione di addebito.

Proprio a tale riguardo, riferendosi a tutte le date in esame, il testimone " " (da ritenersi affidabile per lavorare nella struttura di " ") ha precisato che il ricorrente si è recato presso la struttura " " in tali giornate per ivi accompagnare quantomeno uno dei due figli.

Il testimone ha poi precisato che in tali frangenti il ricorrente si intrattiene brevemente con il personale della struttura per uno scambio di opinioni circa le condizioni psico-fisiche della prole.

Alla luce di tale deposizione e di quanto indicato nella stessa lettera di contestazione emerge quindi che il ricorrente, in ciascuna delle date indicate, ha accompagnato almeno uno dei due figli in uno dei luoghi in cui la prole riceve assistenza.

Elemento fattuale che dimostra l'esistenza di un nesso causale tra assenza dal lavoro e attività di accudimento della prole versante in stato di *handicap*.

Tuttavia deve ritenersi che, pur volendo tenere ferma una concezione "lata" di assistenza, non tutte le condotte contestate al ricorrente si pongono in correlazione con i concessi permessi ex L. 104/1992.

Ed infatti è pacifico che il ricorrente, tra l'altro: in data 14.9.2018 si sia recato presso la Comunità Islamica di Modena, ivi trattenendosi per due ore; parimenti in data 21.9.2018 il



ricorrente si è recato presso l'Imam " " di ; in data 25.9.2016 si è trattenuto per un più che apprezzabile lasso di tempo presso un'agenzia immobiliare ed un centro di culto; in data 12.10.2018 si sia recato presso l'azienda , la sede territoriale CGIL, la sede territoriale Federconsumatori, l'ufficio INPS e presso la comunità islamica di in via

Si ritiene che tali spostamenti non rientrino nel già riferito concetto "elastico" di assistenza, (v. sul punto anche Cass., 27.11.2018, n. 30676) poiché non sussumibili all'interno di quell'esigenza di accudimento della prole che costituisce l'indefettibile presupposto di legittimo impiego dei permessi riconosciuti dall'art. 33 L. 104/1992.

Specialmente là dove si consideri anche che la società resistente già concedeva, in occasione della giornata del venerdì, ai propri lavoratori di fede musulmana, un prolungamento della pausa pranzo per ragioni di culto (v. testimoni e).

Specialmente là dove si consideri che parte ricorrente non ha fornito, come invece era proprio onere *ex art. 2697 c.c.*, riscontri documentali (sicuramente in suo possesso) di segno contrario (non potendo affidare la dimostrazione di tale fatto al generico capitolo di prova n. 11, in cui per altro si riconosce che il ricorrente si intratteneva in momenti conviviali con conoscenti e si dedicava a momenti personali di preghiera).

In altre parole si ritiene che tali "segmenti" di condotta indicati nella lettera di contestazione (dipanatisi in più giorni e in vari giorni in misura temporale non trascurabile) di addebito rivestano apprezzabile rilevanza disciplinare nella misura in cui, nel porsi al di fuori di qualsiasi esigenza di accudimento della prole, comportano un ingiustificato sacrificio del datore di lavoro nel mancato godimento della prestazione lavorativa.

La parziale sussistenza (sia sotto un profilo naturalistico che giuridico di rilevanza disciplinare) del fatto addebitato esclude così l'invocata tutela reintegratoria prevista dall'art. 18, co. 4, L. 300/1970 *sub specie* "insussistenza del fatto".



Per quanto la doglianza sul punto sia davvero brevilouente, contrariamente a quanto prospettato in ricorso, si esclude altresì l'applicabilità della cd. "tutela reintegratoria debole" per l'alternativa ipotesi prevista dall'art. 18, co. 4, L. 300/1970.

Deve osservarsi infatti che l'inadempimento contestato si pone, in linea generale e astratta, in così forte contraddizione con i già esplicitati valori – di rilevanza anche pubblicistica – racchiusi nell'istituto di cui all'art. 33 L. 104/1992 sì da potenzialmente arrecare un'irrimediabile lesione del vincolo fiduciario, frustrato anche – in ottica privatistica – da un ingiustificabile assenza dal luogo di lavoro.

S'impone quindi un giudizio *ex art. 18, co. 5, L. 300/1970* circa la proporzionalità del licenziamento irrogato in rapporto al fatto contestato.

Tenuto conto della sola parziale fondatezza dei fatti costitutivi posti a fondamento del recesso, atteso che la scelta da parte del ricorrente in cui usufruire dei permessi è ricaduta nelle giornate di martedì e venerdì, in cui i figli dovevano recarsi presso la Onlus " " , la cui sede presso il Comune di si trova ad apprezzabile distanza dal luogo di residenza del nucleo familiare (ed il cui raggiungimento è più problematico per la coniuge, sprovvista di patente di guida (v. deposizioni dei testimoni e), si ritiene che la sanzione irrogata non sia proporzionata e adeguata rispetto al parziale inadempimento riscontrato.

In altri termini, all'esito di una valutazione della condotta del ricorrente nei suoi profili sia oggettivi che soggettivi (v. Cass., 23.2.2012, n. 2720), si ritiene che i fatti addebitati di cui è stata accertata la rilevanza disciplinare non integrino la nozione legale di giusta causa di cui all'art. 2119 c.c. da intendersi quale situazione che incide in maniera tale sul rapporto fiduciario proprio del rapporto di lavoro, da non consentire la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto medesimo.



Tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, dell'anzianità lavorativa del ricorrente (pacificamente assunto in data 14.6.1999 e licenziato in data 26.11.2018); della realtà aziendale (v. doc. 17 ricorso, prima fase) e della condizione delle parti, si condanna *ex art. 18, co. 5, L. 300/1970* . s.r.l. a corrispondere a . un'indennità risarcitoria pari a ventuno mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita.

Attesa la complessità della questione e la reciproca soccombenza, le spese di lite sono compensate nella misura di due terzi. Il residuo terzo viene posto a carico di parte resistente nella misura liquidata in dispositivo a mente delle prescrizioni di cui al DM 55/2014.

Liquidazione delle spese che viene compiuta in misura unitaria, complessiva e che tiene pertanto conto di ambedue le fasi di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale di Modena, in funzione di Giudice del Lavoro, così provvede:

1) In parziale accoglimento del ricorso, dichiara risolto il rapporto di lavoro intercorso tra le parti con effetto dalla data del licenziamento e condanna *ex art. 18, co. 5, L. 300/1970*

. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a corrispondere a un'indennità risarcitoria pari a ventuno mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita;

2) Compensate le spese di lite in misura di due terzi, condanna . s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a rifondere a il residuo terzo, quantificato in detta frazione in complessivi € 1.600,00, oltre rimborso spese generali in misura del 15%, IVA e CPA come per legge.

Modena, 4.5.2021

Il Giudice del Lavoro

Dott. Edoardo Martinelli

