

Guida al Lavoro

del 14 dicembre 2018, n. 49 pag. 24-26

PERMESSI EX LEGGE 104 ANCHE PER ATTIVITÀ NON DIRETTAMENTE ASSISTENZIALI

di Armando Montemarano

La Corte di Cassazione chiarisce che i permessi per l'assistenza ai portatori di handicap in situazione di gravità si possono utilizzare anche per attività diverse dalla cura diretta del disabile

LA MASSIMA

Lavoro subordinato - Obbligazioni sociali imposte al datore di lavoro - Diritti ed obblighi del prestatore di lavoro - Permessi di cui all'art. 33, comma 3, L. n. 104/1992 - Nozione di «assistenza» - Non va intesa in senso limitato all'attività di accudire la persona con handicap in situazione di gravità

Non integra infrazione disciplinare il fatto del lavoratore che nelle giornate in cui gode il permesso per assistenza a persona con handicap in situazione di gravità, riconosciuto dall'art. 33, comma 3, L. n. 104/1992, dedica comunque il proprio tempo ad attività riconducibili in senso lato al concetto di «assistenza», non potendo essere, quest'ultimo, interpretato in senso restrittivo limitatamente alla sola attività di accudimento.

Cass., sez. lav., ordinanza 27 novembre 2018, n. 30676 - Pres. Napolitano, Rel. Leone

Il provvedimento 27 novembre 2018, n. 30676 della Cassazione si colloca nel solco della sua giurisprudenza in materia, che può dirsi ormai sufficientemente concorde. Almeno in linea di principio, perché è sempre difficile, poi, trovare uniformità di vedute quando si passa a calare i principi nella realtà dei fatti. Ma il nostro ordinamento processuale solleva da questo impegno gli Ermellini, riservando gli apprezzamenti di fatto al giudice di merito.

La norma di riferimento

Il comma 3 dell'art. 33 legge n. 104/1992 riconosce ai lavoratori dipendenti che assistono un congiunto con handicap in situazione di gravità il diritto di fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa.

L'assistito può essere il coniuge oppure un 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 65 anni di età o siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o deceduti o mancanti. Si può esercitare il diritto anche nei confronti di più persone in situazione di handicap grave, a condizione che si tratti del coniuge o di un parente o affine entro il primo grado o entro il secondo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni di età oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti.

Il diritto ai permessi non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona. Per l'assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità il diritto è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente.

La disposizione va letta alla luce della sentenza (Corte cost. 23 settembre 2016, n. 213) con cui la Consulta ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui non includeva il convivente tra i soggetti legittimati a fruire dei permessi in quanto violava l'art. 3 Cost. per contraddittorietà logica, dal momento che la norma intende tutelare il diritto alla salute psico-fisica del disabile. La convivenza «more uxorio» rilevante, ad avviso del giudice delle leggi, va intesa come relazione affettiva, tipica del rapporto familiare, nell'ambito della platea dei valori solidaristici postulati dalle «aggregazioni» cui fa riferimento l'art. 2 Cost. E la distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale non esclude - si legge nella motivazione - la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'una e dell'altro che possano presentare analogie ai fini del controllo di ragionevolezza: l'elemento unificante tra le due situazioni è dato proprio dall'esigenza di tutelare, nella sua accezione più ampia, il diritto alla salute del disabile grave, collocabile tra i diritti inviolabili dell'uomo.

I motivi della decisione

La nozione di «assistenza» - L'ordinanza che si commenta si pone nel solco di un'interpretazione, che ben si può considerare maggioritaria, che non intende l'assistenza come limitata alla cura della persona assistita, ma la vuole estesa al disbrigo di attività che, anche indirettamente, favoriscono la cura o le sono propedeutiche.

Si può leggere insieme ad altra ordinanza (Cass. 2 ottobre 2018, n. 23891), resa dalla Sezione Lavoro in diversa composizione: alla base di entrambe le decisioni sta una nozione di assistenza intesa non già in senso strettamente sanitario e materiale, ma anche psicologico ed affettivo tale, oltretutto, da poter essere prestata sia in ambito domestico che extradomestico, ad esempio nello svolgimento di incombenze in uffici amministrativi o in esercizi commerciali (Trib. Pordenone 4 maggio 2018, in «Lav. giur.», 2018, 10, 967).

Perfino le interpretazioni più benevole non si spingono, però, a negare che la fruizione dei permessi debba porsi in nesso causale diretto con lo svolgimento di un'attività identificabile come «prestazione di assistenza» in favore del disabile per il quale il beneficio è riconosciuto. Si nega che alla tutela apprestata dalla norma possa attribuirsi soltanto una funzione compensativa delle energie genericamente disperse dal dipendente nello svolgimento, indeterminato nel tempo e nel luogo, dell'attività assistenziale. L'uso improprio del permesso può, quindi, integrare, secondo le circostanze del caso, una violazione degli obblighi gravanti sul dipendente, idonea a giustificare finanche la sanzione del licenziamento (Cass. 13 settembre 2016, n. 17968). L'assenza dal lavoro deve comunque porsi, in altri termini, in relazione con l'assistenza al portatore di handicap in situazione di gravità.

L'art. 24, comma 1, lett. a), L. n. 183/201, espressamente intitolato alla «modifica della disciplina in materia di permessi per l'assistenza a portatori di handicap in situazioni di gravità», sostituì il testo originario della disposizione, eliminando i requisiti della continuità e della esclusività dell'assistenza quali necessari presupposti per la concessione dei benefici. Il legislatore portò, così, alle estreme conseguenze quelle interpretazioni giurisprudenziali che già avevano inteso il requisito della continuità non come ininterruzione temporale bensì in termini di costanza, regolarità e assiduità in relazione alle concrete esigenze dell'assistito (Cass. 21 ottobre 2010, n. 7594) e il requisito dell'esclusività compatibile con il godimento da parte del lavoratore di spazi temporali adeguati alle personali esigenze di vita (Cass. 5 dicembre 2017, n. 29062).

Oltretutto, in applicazione del principio di non discriminazione espresso nell'art. 7 del D.Lgs. n. 81/2015, nel caso in cui il lavoratore osservi un part-time verticale, si considera ormai (Cass. 20 febbraio 2018, n. 4069) che i permessi non sono suscettibili di essere riproporzionati in base alla riduzione oraria contrattuale.

L'abuso del diritto - Fa da contraltare alla tendenza di estensione delle agevolazioni riservate agli assistenti alle persone disabili l'orientamento della Cassazione volto a rinvenire nel comportamento del lavoratore che si avvale dei permessi non per l'assistenza al congiunto bensì per attendere ad altre attività la fattispecie dell'abuso di diritto, giacché tale condotta si configurerebbe, nei confronti del datore di lavoro, come lesiva della buona fede, privandolo ingiustamente della prestazione lavorativa, in violazione dell'affidamento riposto nel dipendente ed integrerebbe, nei confronti dell'ente di previdenza erogatore del trattamento economico, un'indebita percezione dell'indennità ed uno sviamento dell'intervento assistenziale (Cass. 6 maggio 2016, n. 9217).

È stata largamente divulgata, a suo tempo, la seguente massima ufficiale: «La fruizione del permesso per l'assistenza a portatori di handicap per soddisfare proprie esigenze personali implica un disvalore sociale, atteso che il costo di tali esigenze viene ad essere scaricato sull'intera collettività, considerato che i permessi sono retribuiti in via anticipata dal datore di lavoro, poi sollevato dall'ente previdenziale dal relativo onere anche ai fini contributivi, e tenuto conto che il datore di lavoro è così costretto ad organizzare diversamente il lavoro, con maggiore penosità della prestazione lavorativa per i colleghi di lavoro. Tale abuso di diritto ben può ripercuotersi sull'elemento fiduciario posto alla base del rapporto lavorativo.» (Cass. 30 aprile 2015, n. 8784).

È discutibile se si possa parlare di abuso del diritto quando si utilizzano i permessi senza prestare l'assistenza, poiché in tanto l'abuso può sussistere in quanto il soggetto, pur esorbitando dai limiti che gli sono propri, si avvale pur sempre di un diritto di cui è titolare. Ma resta che queste decisioni sono il sintomo della riprovevolezza avvertita nei confronti di comportamenti che suscitano un'esigenza di censura sociale, o almeno dovrebbero suscitarela.

I comportamenti reitali - Le società minori - e l'impresa lo è senz'altro, al pari della famiglia - sono onerate negli ordinamenti statuali progrediti da tutta una serie di obblighi, che fanno ricadere sui privati attività solidaristiche tese al perseguimento dell'uguaglianza sostanziale tra le persone. Si tratta di quello che è stato chiamato «impiego sociale del diritto privato», cui si fa intenso ricorso nei campi retti dal diritto del lavoro.

Queste «obbligazioni sociali» imposte dalla legge al datore di lavoro costituiscono forme di assistenza a carico dell'impresa, che comprimono l'iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. (Cass. 12 settembre 2014, n. 19296).

I permessi per l'assistenza ai disabili gravi sono l'oggetto di una di queste obbligazioni. La compressione della libertà dell'iniziativa economica

privata è compatibile con i principi fondamentali enunciati nella costituzione se funzionale all'esercizio di altri diritti costituzionalmente garantiti, alla luce della considerazione che lo stesso art. 41 Cost. subordina l'esercizio di quella libertà alla condizione che non si svolga in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, affidando alla legge la determinazione dei programmi e dei controlli opportuni perché l'attività economica possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. Quest'esigenza di contemperamento delle due fondamentali esigenze sociali, la libertà e l'uguaglianza, è resa molto bene, se riferita all'assistenza delle persone disabili, dalla giurisprudenza penale, secondo cui (Cass. pen. 1.12.2016, n. 54712) chi usufruisce dei permessi retribuiti riconosciuti dall'art. 33, legge 104, pur non essendo obbligato a prestare assistenza al portatore di handicap nelle ore in cui avrebbe dovuto svolgere attività lavorativa, non può, tuttavia, utilizzare quei giorni come se fossero giorni feriali, senza assistere in alcun modo la persona disabile. Il lavoratore che si procuri così l'ingiusto profitto di ricevere ugualmente la retribuzione risponde del delitto di truffa; e per tale delitto va punito.