

La Cassazione torna sul delicato tema dei permessi di cui alla l. n. 104/1992 utilizzati da un caregiver: fu vero abuso?

di A. Ripepi - 25 gennaio 2025

La pronuncia in commento (Cass., ordinanza 11 ottobre 2024, n. 26514) si occupa del discusso tema dell'abuso (e dei confini del medesimo) nell'utilizzo dei permessi previsti dalla l. 5 febbraio 1992, n. 104, e regolamentati dall'art. 33 della medesima, in favore dei cc.dd. *caregivers*, ossia i lavoratori che si prendono cura di propri familiari diversamente abili (di recente, R. Moresco, *Abuso dei permessi ex l. n. 104/1992 e licenziamento (il)legittimo*, in www.rivista-labor.it, 8 ottobre 2024; se si vuole, A. Ripepi, *La Cassazione perimetra i confini dell'utilizzo dei permessi di cui alla l. 5 febbraio 1992, n. 104, tra abuso del diritto e violazione della clausola generale di buona fede*, in www.rivistalabor.it, 17 maggio 2024).

Partiamo dal dato normativo.

Il suddetto art. 33 stabilisce (nel testo vigente, come da ultimo sostituito dall'art. 3, comma 1, lett. b), n.1, D. Lgs. n. 105/2022) 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. In caso di mancanza o decesso dei genitori o del coniuge o della parte di un'unione civile o del convivente di fatto, ovvero qualora gli stessi siano affetti da patologie invalidanti o abbiano compiuto i sessantacinque anni di età, il diritto è riconosciuto a parenti o affini entro il terzo grado della persona con disabilità in situazione di gravità. Fermo restando il limite complessivo di tre giorni, per l'assistenza allo stesso individuo con disabilità in situazione di gravità, il diritto può essere riconosciuto, su richiesta, a più soggetti tra quelli sopra elencati, che possono fruirne in via alternativa tra loro. Il lavoratore ha diritto di prestare assistenza nei confronti di più persone con disabilità in situazione di gravità, a condizione che si tratti del coniuge o della parte di un'unione civile di cui all'articolo 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76, o del convivente di fatto ai sensi dell'articolo 1, comma 36, della medesima legge o di un parente o affine entro il primo grado o entro il secondo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con disabilità in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni di età oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti».*

Come si è avuto modo di osservare, alla precisione della norma nell'individuare le situazioni assistenziali sul piano soggettivo non corrisponde alcuna esplicitazione normativa dei contenuti dell'assistenza che possa o debba essere riservata alla persona con disabilità da parte del lavoratore che eserciti il diritto; la giurisprudenza di legittimità si è orientata ad affermare che elemento essenziale della fattispecie di cui all'art. 33, comma 3, legge n. 104/1992 è l'esistenza di un diretto nesso causale tra la fruizione del permesso e l'assistenza alla persona disabile, precisando che tale nesso causale va inteso 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, senza automatismi o rigide misurazioni dei segmenti temporali dedicati all'assistenza in relazione all'orario di lavoro.

È stato, quindi, chiarito che il comportamento del prestatore di lavoro subordinato che, in relazione al permesso ex art. 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, si avvalga dello stesso non per l'assistenza al familiare, bensì per attendere ad altra attività, integra l'ipotesi di abuso del 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 e uno sviamento dell'intervento assistenziale.

Ciò anche per il disvalore sociale connesso a tali condotte abusive, 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, comunque con necessità di diversa organizzazione del lavoro in azienda e di sostituzioni; né il permesso ex art. 33 della legge n. 104/1992 riconosciuto al lavoratore in ragione dell'assistenza al disabile, rispetto alla quale l'assenza dal lavoro deve porsi in relazione causale diretta, può essere utilizzato in funzione meramente compensativa delle energie impiegate dal dipendente per la 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.

Entro tale perimetro funzionale, è stato peraltro precisato che l'assistenza 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, atteso che l'interesse primario cui è preposta la legge n. 104/1992 è quello di assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza al disabile che si realizzano in ambito familiare, attraverso una serie di benefici a favore delle persone che se ne prendono cura, pur dovendosi scongiurare utilizzi fraudolenti della normativa (in tal senso, v. Cass., ordinanza 18 ottobre 2021, n. 28606, in www.rivistalabor.it, 20

maggio 2022, M. Caro, *Sui criteri per stabilire la commissione di un abuso del diritto ai permessi ex l. n. 104/1992*).

Ove venga a mancare del tutto il nesso causale tra assenza dal lavoro ed assistenza al disabile, si è in presenza di un «*uso improprio o di un abuso del diritto ovvero di una grave violazione dei doveri di correttezza e buona fede sia nei confronti del datore di lavoro che dell'ente assicurativo*» (Cass., 13 marzo 2023, n. 7306, cit. e richiamata anche in www.rivistalabor.it, 24 marzo 2023, F. Avanzi, *L'abuso dei permessi l. 104 e l'incerto "parametro" dell'obbligazione contrattuale*. Inoltre, la stessa sentenza è commentata in www.rivistalabor.it, 14 giugno 2023, R. Maurelli, *I "furbetti della 104": fruizione abusiva dei permessi per l'assistenza ai familiari disabili e anomalie del sistema*).

Può essere interessante osservare come la Suprema Corte richiami, quasi alla stregua di espressioni intercambiabili, locuzioni in realtà diverse, quali «abuso del diritto» e «violazione dei doveri di correttezza e buona fede».

L'abuso del diritto, come noto, viene definito dalla più rilevante giurisprudenza quale «*utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore*» (Cass. civ., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106). Si tratta di un principio generale non solo nell'ambito dell'ordinamento nazionale, ma anche nel diritto eurounitario, ove tale divieto è annoverato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea tra i principi generali del diritto dell'Unione (C.G.U.E., 5 luglio 2007, causa C-321/05).

Può dirsi ormai superata la posizione di quanti negavano cittadinanza a tale figura argomentando, a seconda dei casi, dall'assenza, nel testo definitivo del codice civile, di una generale norma antielusiva (come pure era stato previsto all'art. 7 del progetto di codice civile e come ricorda M. Chiarella, *Diritti reali di godimento*, Esi, 2020, 181) o, sul piano della teoria generale, evidenziando che «*il diritto soggettivo arriva fin dove comincia la sfera d'azione della solidarietà: quindi gli atti emulativi e gli altri non rispondenti alla buona fede o alla correttezza ... non costituiscono un abuso, ossia uno sviamento del diritto; al contrario ne sono fuori, costituiscono un eccesso dal diritto e, in quanto tali, s'intende agevolmente che possano essere illeciti, secondo le norme generali*» (F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, nona edizione (ristampa), Jovene, 2012, 77)

La letteratura sul punto è sterminata, così come la produzione scientifica concernente i rapporti tra clausola generale di buona fede e divieto di abuso. In via di estrema sintesi, può osservarsi che, mentre la giurisprudenza tende a sovrapporre i due profili, come risulta dalla trama argomentativa di alcune delle sentenze più rilevanti in materia, la dottrina tende a distinguerli attraverso molteplici argomentazioni.

Si è affermato, ad esempio, che mentre nell'abuso del diritto viene sindacato lo scopo per il quale il medesimo è stato esercitato dal titolare, nel caso di condotta contraria a buona fede «*si censurano piuttosto le modalità ... che per l'appunto possono essere tali da fare ritenere*

sleale la condotta del contraente» (G. D'Amico, Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto, nota a Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in I contratti, n. 1/2010, 22-23), senza necessario riferimento alle finalità perseguite.

Tuttavia, la giurisprudenza dominante continua a utilizzare le due espressioni alla stregua di sinonimi, come testimonia (anche) la sentenza in commento (già in questo senso Cass., ordinanza 25 maggio 2022, n. 16973, in www.rivistalabor.it, 18 ottobre 2022, M. Palla, *Ancora sull'abuso (ma non troppo) del permesso ex art. 33, comma 3, l. n. 104/1992*).

Pertanto, a giudizio della Suprema Corte, configura abuso del diritto e violazione della clausola generale di buona fede il comportamento del fruitore dei permessi di cui alla l. n. 104/1992 che si dedichi a tutt'altra occupazione, la quale non sia causalmente collegata alla cura dell'invalida o alla necessità di "riprendere fiato" tra una commissione e l'altra (in questo senso anche Cass., ordinanza 2 ottobre 2018, n. 23891, in www.rivistalabor.it, 6 novembre 2018, F. Notaro, *Fruizione indebita dei permessi legge n. 104/92 ed abuso del diritto*; Cass., 25 settembre 2020, n. 20243, in www.rivistalabor.it, 28 ottobre 2020, D. Bellini, *Il permesso ex art. 33 l. 104/1992 fruito direttamente dal lavoratore disabile non ha limiti funzionali: è illegittimo il licenziamento intimato al lavoratore con handicap grave per aver utilizzato il permesso in attività diverse dalle mere esigenze di cura*).

Nel caso di specie, la Suprema Corte ritiene che i principi da essa sanciti, e che sopra si è tentato di sintetizzare, non siano stati ben applicati.

La decisione della Corte d'appello si è incentrata sulla verifica della mancata assistenza durante i turni di lavoro, sulla base delle evidenze derivanti dalla relazione investigativa, senza tenere conto, da un lato, del fatto che tali turni non erano conosciuti dal lavoratore al momento della richiesta dei permessi, in funzione delle necessità di assistenza al disabile, da intendersi nel senso ampio e olistico che si è sopra evidenziato e, dall'altro, che la prova si è focalizzata sull'orario mattutino, senza considerare che l'assistenza può essere fornita nell'arco della giornata, non spettando al datore di lavoro controllare le modalità di esercizio della stessa, ma solo, sussistendone i presupposti, reagire a eventuali abusi in quanto incidenti sull'organizzazione lavorativa e sul dovere di buona fede e correttezza.

Su questo specifico punto, la Cassazione rammenta che il diritto di fruire dei permessi da parte del familiare di persona disabile si pone in relazione diretta con le esigenze di assistenza, nell'assetto di interessi potenzialmente contrapposti come delineato dal legislatore le esigenze organizzative del datore di lavoro non incidono sulla scelta del lavoratore dei giorni in cui fruire dei permessi, che debbono essere comunicati al datore di lavoro, ma non sono soggetti al suo gradimento o alla sua discrezionalità; né il datore di lavoro può sindacare, in assenza di accordi in tale senso tra le parti sociali, la scelta delle giornate in cui esercitare l'assistenza al disabile, e quindi tale scelta si pone al di fuori degli obblighi di diligenza e fedeltà del lavoratore nell'attuale quadro normativo.

Inoltre, vale ricordare che i permessi ex art. 33, comma 3, legge n. 104/1992 sono delineati quali permessi giornalieri su base mensile, e non su base oraria o cronometrica, e che possono essere fruiti a condizione che la persona gravemente disabile non sia ricoverata a tempo pieno, sicché l'assistenza del familiare può realizzarsi in forme non specificate.

Tanto premesso, la Cassazione statuisce che l'assistenza a persona con disabilità in situazione di gravità che legittima il diritto del lavoratore dipendente, pubblico o privato, ai permessi mensili retribuiti ex art. 33, comma 3, legge n. 104/1992 non va intesa riduttivamente come mera assistenza personale al soggetto disabile presso la sua abitazione.

Si configura abuso (solo) quando il lavoratore utilizzi i permessi per fini diversi dall'assistenza in senso ampio in favore del familiare, cioè in difformità dalle modalità richieste dalla natura e dalla finalità per cui il congedo è previsto, da accertarsi nel merito; non integra abuso, invece, la prestazione di assistenza al familiare disabile in orari non integralmente coincidenti con il turno di lavoro, in quanto si tratta di permessi giornalieri su base mensile, e non su base oraria.

Ne discende l'accoglimento del ricorso e la cassazione con rinvio alla Corte d'appello in diversa composizione.

Antonino Ripepi, procuratore dello Stato in Reggio Calabria

Visualizza il documento: [Cass., ordinanza 11 ottobre 2024, n. 26514](#)