

n. prot. GDAP-0365785-2010

Oggetto: permessi ex art. 33, comma 3, Legge 5 febbraio 1992, n. 104. Ricognizione dello stato della questione e istruzioni applicative.

§1. L'Amministrazione ha disciplinato la materia dei permessi per assistenza a disabile precisati in oggetto alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale. Per conseguenza, sono state emanate, negli anni, non poche circolari.

Si ritiene, perciò, utile, premessi alcuni considerata, rifondere le istruzioni operative per il delicato governo di tale istituto.

PARTE PRIMA INDICI NORMATIVI E GIURISPRUDENZIALI

§2. Il rapporto di lavoro fra Amministrazione e dipendente è instaurato perché sia offerta una utilità alla comunità nazionale, definita in dettaglio da norme primarie contrattuali. A fronte di tale utilità, che si assume sia data dalla prestazione di lavoro del dipendente, è a quesf ultimo attribuito oltre al compenso, un insieme di diritti. Il rapporto di lavoro fra Amministrazione e dipendente, che si radica nell'art. 97 della Costituzione, nella causa dello stesso negozio giuridico, conclude nel far ritenere che le deroghe all' obbligazione di prestare la propria opera costituisca previsione eccezionale, non analogabile e non passibile di applicazioni estensive.

La norma fonte delle deroghe che qui si procede ad esaminare è la seguente: "Successivamente al compimento del terzo anno di vita del bambino, la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre, anche adottivi, di minore con handicap in situazione di gravità, nonché colui che assiste una persona con handicap in situazione di gravità parente o affine entro il terzo grado, convivente, hanno diritto a tre giorni di permesso mensile coperti da contribuzione figurativa, fruibili anche in maniera continuativa a condizione che la persona con handicap in situazione di gravità non sia ricoverata a tempo pieno."

L'interesse di molte persone a vedersi attribuire i benefici lì indicati ha nel tempo formato un corpo di massime giurisprudenziali, sostanzialmente consolidate.

§3. Circa l'elemento dell'esclusività, anche ricordando che il testo dell'art. 33, comma 3,1. n. 104/92, non richiede la ricorrenza di un simile requisito nel caso in cui il lavoratore che assista con continuità il familiare portatore di handicap sia con questo convivente., appare utile richiamare per completezza i seguenti arresti.

3.1 La Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, con la sentenza 16.05.2003, n. 7701, non ha accolto l'interpretazione dell'art. 33 della legge 104/92 sostenuta dall'INPS, secondo cui la presenza in famiglia di altra persona che sia tenuta o possa provvedere all'assistenza del parente con disabilità in situazione di gravità esclude il diritto ai tre permessi mensili retribuiti ed ha affermato il seguente principio : "non par esservi dubbio che lo spirito della legge sia quello di non lasciare il minore gravemente handicappato in balia di se stesso neanche momentaneamente e privo di affetto ad opera di chi lo possa assistere convenientemente anche dal punto di vista materiale. Se questo è lo scopo della legge, ove tale convenienza non sia raggiunta, come non è raggiunta ove il congiunto non lavoratore debba provvedere da solo all'incombenza, un'interpretazione conforme agli scopi della legge pretende che un'altra persona possa sostituire almeno momentaneamente l'avente diritto originario.

Orbene, se questa seconda persona è un lavoratore appare ovvio e necessario che possa godere di brevi permessi retribuiti ". La stessa Corte, con la sentenza 20.07.2004, n. 13481, ha, poi, confermato il proprio precedente orientamento, specificando che: "essendo presupposto del diritto la circostanza che il portatore di handicap non sia ricoverato a tempo pieno, è presumibile che, durante l'orario di lavoro di chi presta l'assistenza e può fruire dei permessi, all'assistenza provveda altra persona presente in famiglia ed è ragionevole il bisogno di questa di fruire di tre giorni di libertà, coincidenti con la fruizione dei permessi retribuiti del lavoratore. Il criterio è analogo a quello previsto per i genitori di portatori di handicap, regolato nel medesimo articolo, per i quali la circostanza che uno di essi non lavori, e quindi possa prestare assistenza, non esclude il diritto ai permessi retribuiti. Si deve concludere che né la lettera, né la ratio della legge escludono il diritto ai permessi retribuiti in caso di presenza in famiglia di persona che possa provvedere all'assistenza."

3.2 La giustizia amministrativa è pervenuta ad analoghe conclusioni. Il Consiglio di Stato, infatti, pronunciandosi con sentenza 19.01.1998, n.394, aveva affermato che "non si può negare il beneficio allorché sussista il presupposto dell'effettiva assistenza continuativa da parte del lavoratore medesimo sulla considerazione che il rapporto possa essere instaurato da altri familiari". Nella stessa sentenza il Consiglio di Stato aveva evidenziato che il beneficio in questione non è subordinato alla mancanza di altri familiari in grado di assistere il portatore di handicap. "

3.3 L'esclusività è invece richiesta dall'art. 20 della l. n. 53 del 2000, che ha esteso i benefici previsti dall'art. 33 della l. 104/1992 anche al lavoratore che assista un familiare portatore di handicap con lui non convivente. Solo in questo caso (nell'ipotesi in cui difetti la convivenza tra lavoratore e familiare handicappato) è necessario che l'assistenza sia prestata in via esclusiva. In merito, questa Amministrazione, già con le Circolari del 2003 - a proposito del trasferimento operato ai sensi del 5° comma dell' art. 33 della legge 104/92 -si era adeguata al parere del Consiglio di Stato, Sez. Ili, 17.10.2000, n. 1623, nella parte in cui si precisa che " Alla formula deve essere riconosciuto il significato dell'indisponibilità (e non inesistenza) oggettiva e soggettiva di altre persone in grado di sopperire alle esigenze; circostanza da provare con ogni mezzo consentito dall' ordinamento, salvo l'onere di verifica da parte dell'Amministrazione". Più di recente, il T.A.R Lazio (Roma, sezione I, 14.02.2006, n. 1090), ha ripetuto che: "il requisito dell'esclusività dell' assistenza, introdotto dall' art.20 della legge 53/2000, deve intendersi come indisponibilità (e non inesistenza) di altri familiari in grado di assistere il disabile. Ciò a conferma delle argomentazioni, circa l'individuabilità dei presupposti del beneficio di cui all'art. 33, e. 5 L. 104/92, con riferimento al familiare che per qualsiasi ragione sia di fatto investito dell' assistenza in questione, ovvero che, per scelta o necessità, ne abbia assunto l'onere, con difficoltà crescenti ma non impossibilità aprioristicamente deducibile - in funzione della lontananza della sede di lavoro.

§4. Circa la cumulabilità delle agevolazioni in esame in capo allo stesso lavoratore, per assistere più persone disabili, il Dipartimento della funzione pubblica si è espresso con parere 18 febbraio 2008, n. 13, affermando che "un'assistenza resa con continuità può essere tale solo se prestata in favore di una sola persona".

§5. Riguardo all'elemento della continuità, ancora la Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, è intervenuta con sentenza 22 aprile 2010, n. 9557, che ne chiarisce la portata: "Il legislatore, come è noto, è intervenuto con la l. 53 del 2000 su siffatto complesso normativo espungendo dal testo il requisito della convivenza e non altro. Sono, infatti, rimasti fermi il requisito della assistenza in atto, della continuità e della esclusività. Tanto non consente di ritenere, ...che l'espunzione del requisito della convivenza ha inciso anche sulla nozione di assistenza in atto e di continuità. Infatti, se il Legislatore, a seguito dell'invito della Corte Costituzionale, avesse voluto modificare il precedente assetto normativo e l'interpretazione che era stata fornita di tale assetto, sarebbe intervenuto anche sugli altri requisiti....Deve, quindi, affermarsi che ai fini della fruizione dei permessi di cui alla l. 104 del 1992, art. 33, comma 3, così come modificato dalla l. 53 del 2000, occorre che l'assistenza al parente o affine entro il 3° grado portatore di handicap, ancorché non convivente, sia in atto, continuativa ed esclusiva. Da ciò

consegue l'irrelevanza di un'assistenza, ...non piena ed esclusiva, ma limitata a contatti telefonici ed indicazioni logistiche, e non continuative nel tempo, bensì ad un arco temporale limitato a 45 giorni l'anno".

§6. Alle attività di controllo sulla sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge per l'applicazione del beneficio, devono applicarsi il D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, che detta norme in materia di dichiarazioni sostitutive, e le precisazioni dell'INPS circa le fattispecie autocertificabili, riferite nella circolare 23 maggio 2007, n. 90.

§7. Si deve concludere, perciò, nei termini che seguono.

7.1 Nel caso in cui il dipendente non sia convivente con il familiare portatore di handicap, per esclusività dell'assistenza si deve intendere l'indisponibilità, in termini soggettivi, e non l'oggettiva inesistenza, di altri familiari in grado di assistere il disabile.

Pertanto, il beneficio del permesso è accordato anche nei casi in cui sia presente altro familiare convivente con il disabile, purché non fruisca, anch'egli, di analoghi permessi e anche nel caso in cui questi sia non lavoratore ed idoneo a fornire assistenza. Non può essere ritenuta preclusiva, per la fruizione dei benefici in questione, l'esistenza di qualsiasi altra forma di assistenza pubblica o privata (ad esempio il ricorso a strutture di assistenza non profit o a personale badante), considerato che il limite all'applicabilità del beneficio è rappresentato dal ricovero del disabile a tempo pieno in strutture sanitarie;

7.2 Sussiste il requisito della continuità dell'assistenza quando essa presenti i caratteri di adeguatezza e di sistematicità (2). Questi si esprimono soprattutto attraverso un "programma di assistenza" a firma congiunta del lavoratore richiedente e della persona con disabilità che si giova dell'assistenza quale richiamato anche nella circolare INPS 23 maggio 2007, e ciò consente al datore di lavoro di programmare in modo razionale i servizi interni e l'organizzazione del lavoro. E' opportuno, perciò, nell'interesse pubblico, richiedere al personale che fruisca dei benefici in esame di avanzare le proprie istanze in un'ottica sistemica, che consenta una preventiva cognizione del piano generale di richieste, affinché esse non siano concentrate negli stessi periodi. Si tratta di una forma di collaborazione a cui ogni lavoratore è tenuto quale adempimento in buona fede della propria obbligazione.

7.3 Venendo, infine, al particolare profilo del cumulo dei permessi in presenza di più congiunti in condizione di minorazione, si osserva quanto segue. L'interpretazione letterale dell'art. 20 della legge 8 marzo 2000, n. 53, che ha innovato la disciplina di cui alla legge 5 febbraio 1992, n. 104, fa considerare non cumulabili da parte dello stesso lavoratore le agevolazioni di cui al menzionato art. 33, comma 3, nei casi di più familiari in stato di handicap grave, poiché la legittimazione non segue alla sola convivenza (3).

§8. Ferme restando le certificazioni di varia natura per l'attestazione dello stato di handicap grave, possono essere acquisite le dichiarazioni sostitutive ai sensi del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. Secondo l'INPS, l'accettazione da parte del portatore di handicap in situazione di gravità dell'assistenza continuativa ed esclusiva offerta dal familiare può rientrare tra le fattispecie autocertificabili di cui al T.U. 445/2000 e, pertanto, sulla relativa documentazione è ammessa la dichiarazione sostitutiva, restando fermo il diritto-dovere dell'Amministrazione di verificarne la veridicità, estendendo i relativi controlli anche alle dichiarazioni rese dal lavoratore all'atto della richiesta dei benefici.

PARTE SECONDA ISTRUZIONI

§9. Gli Uffici dell'Amministrazione applicheranno le definizioni di cui al paragrafo 7 quando chiamate a riconoscere, nelle allegazioni dei dipendenti, i requisiti di continuità ed esclusività.

§10. In caso di compresenza di più persone in condizione tale da legittimare la concessione del beneficio in oggetto, non sarà concesso il cumulo di più congedi e permessi.

§11. Nell'applicare le indicazioni sub §8, gli Uffici procureranno di accrescere il controllo delle allegazioni e delle dichiarazioni dei richiedenti, tendenzialmente, in misura di un quinto rispetto alle verifiche oggi svolte.

§12. Sono abrogate le circolari incompatibili con la presente.

il Direttore generale
Riccardo Turrini Vita

note

(1) Circolare n.3531/5981 del 6 settembre 2000; Circolare n. 3536/5986 dell' 11 dicembre 2000; Circolare n. 3568/6018 del 12 dicembre 2001; Lettera Circolare prot.0420923 del 30 settembre 2002; Circolare n. 3582/6032 del 16 maggio 2003.

(2) Circolare n. 90, del 23 maggio 2007 dell'INPS, punto 3: "... tale assistenza non debba essere necessariamente quotidiana, purché assuma i caratteri della sistematicità e dell'adeguatezza rispetto alle concrete esigenze della persona con disabilità in situazione di gravità".

(3) Dipartimento della Funzione Pubblica 8 febbraio 2008, n.13.