

I diritti del lavoratore che assiste un disabile dopo l'art. 24 l. n. 183/2010*.

di OLIVIA BONARDI

L'art. 24 della legge 183/10 modifica la disciplina della fruizione dei congedi per assistere congiunti portatori di handicap grave, riducendo l'entità dei permessi e la platea dei soggetti che ne possono beneficiare, ponendo seri dubbi di costituzionalità e di conformità al diritto comunitario, oltre che di opportunità politica.

1. Le false premesse della riforma e i principi fondamentali della materia

Per comprendere meglio le modifiche alla disciplina dei diritti dei lavoratori che assistono persone disabili occorre anzitutto considerare la riforma nel contesto in cui è stata emanata. Essa nasce infatti da alcune premesse circa la fruizione dei diritti in questione fortemente discutibili e si pone idealmente come anticipazione delle promesse contenute nella delega concessa dalla stessa legge 183 al Governo per la riforma di tutti i tipi di congedo.

Il contesto in cui si colloca la riforma è facilmente comprensibile alla luce delle intenzioni del Governo e del Ministro per la funzione pubblica di combattere, da un lato, fannulloni e assenteisti nel pubblico impiego e, dall'altro, il fenomeno dei falsi invalidi: due categorie di soggetti sottoposti negli ultimi anni alla gogna mediatica. Così mentre per i primi sono state previste varie misure volte al controllo delle assenze per malattia¹, per i secondi si è introdotto un poderoso programma di revisioni e controlli dello stato di invalidità².

Era inevitabile che il cerchio si chiudesse andando a colpire le persone che fruiscono dei permessi per assistere persone portatrici di handicap.

E' lo stesso onorevole Ministro Brunetta a dichiarare apertamente e a denunciare più volte la presenza di un utilizzo distorto e opportunistico dei permessi, in una percentuale che si aggirerebbe tra il 30 e il 50%³. L'abuso sarebbe dimostrato dalla notevole differenza nell'utilizzo dei permessi tra il settore pubblico, nel quale ne usufruiscono il 9% dei dipendenti e quello privato, ove il fenomeno riguarda solo l'1,5% dei lavoratori, nonché dall'enorme differenza nella fruizione tra varie zone del Paese.

Se queste sono le premesse con le quali il Governo ha inteso intervenire sulla materia, ben altre considerazioni vanno tenute presenti nell'approccio alla questione. In primo luogo si deve partire dai principi e dalla *ratio* che da tempo la Corte costituzionale ha attribuito ai diritti delle persone portatrici di handicap e di quelle che li assistono. E' stato infatti chiaramente affermato che la legge 104/92 ha "come finalità la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione del disabile nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società"; che i diritti riconosciuti ai lavoratori che assistono parenti e affini portatori di handicap rispondono "all'evidente fine di assicurare continuità nelle cure e nell'assistenza ed evitare vuoti pregiudizievole alla salute psico-

* *Il presente contributo è destinato alla rivista Note Informative, fasc. n. 52 del 2001, in www.noteinformative.it*

¹ V. il commento nel fascicolo speciale dedicato alla l.n. 133/08, n. 43, 2008, p. 43, in http://www.noteinformative.it/NoteInfo/ArticleViewer.asp?cRivista=43&cArticolo=pag.9-69_NI.n.43.pdf

² L'art. 10 d.l. n. 78/2010 ha elevato la percentuale di invalidità di cui al d.lgs. 509/88 all'85% (disposizione poi soppressa con la legge di conversione n. 122/20) e ha predisposto un aumento dei controlli da parte dell'Inps, nonché introdotto sanzioni penali a carico dei medici che rendono false attestazioni sullo stato di malattia o di handicap

³ <http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/Economia%20e%20Lavoro/2009/10/brunetta-abusi-permessi-assistenza-disabili.shtml?uuid=d58eb01a-bd8d-11de-b058-134702f6b78b&DocRulesView=Libero>

fisica del soggetto diversamente abile”⁴; che “i fattori di recupero e di superamento della emarginazione di questi ultimi sono rappresentati non solo dalle pratiche di cura e di riabilitazione ma anche dal pieno ed effettivo inserimento dei medesimi anzitutto nella famiglia e, quindi, nel mondo scolastico ed in quello del lavoro”, precisando che “l’esigenza di socializzazione può essere attuata solo rendendo doverose le misure di integrazione e di sostegno a loro favore”⁵; che il ruolo dei familiari risponde “all’esigenza di socializzazione quale fondamentale fattore di sviluppo della personalità e idoneo strumento di tutela della salute del disabile intesa nella sua accezione più ampia”⁶.

E’ fondamentale che sia chiaro come dalla giurisprudenza costituzionale emerga la finalità della legge 104/92, consistente non solo nella tutela della salute delle persone portatrici di handicap, ma anche nella creazione delle condizioni per poter condurre, o per avvicinarsi il più possibile a condurre, in un’ottica di sviluppo della persona umana, una vita normale, della quale le relazioni e la socializzazione costituiscono un elemento essenziale. Un approccio alla questione che non veda questo profilo sarebbe riduttivo ed estremamente dannoso. Nella crociata relativa all’utilizzo improprio e distorto dei permessi è infatti frequente l’affermazione che questi vengono utilizzati a ridosso dei weekend o nei giorni di ponte. A prescindere dalle situazioni - da dimostrare caso per caso - di effettivo abuso, traspare l’idea che il permesso debba essere utilizzato solo per accompagnare il disabile a visite mediche o terapeutiche, trascurando quanto invece possa essere difficile garantire alla persona assistita un certo grado di socialità, una vacanza o semplicemente la partecipazione a qualche evento per lei particolarmente importante. Ritenere che il permesso non possa essere usufruito anche per queste finalità significa compromettere gravemente le possibilità del disabile di accedere anche ad un minimo di vita di relazione. La legge, è bene ricordarlo e sottolinearlo, non stabilisce in alcun modo le finalità per le quali il permesso è attribuito, se non genericamente nelle esigenze di cura e assistenza del disabile. E’ questo un elemento che in futuro, alla luce delle modifiche apportate dalla legge 183/10 dovrà essere tenuto ben presente.

Peraltro, i dati pubblicati nella “Rilevazione sui benefici per i disabili nelle pubbliche amministrazioni del 2009”⁷ forniscono altre importanti informazioni, che non vengono adeguatamente considerate dagli estensori della recente riforma. Nel rapporto si spiega infatti che i dati relativi alla diffusione territoriale sono del tutto coerenti con quelli relativi alla spesa pubblica per i disabili, che al sud è nove volte inferiore rispetto al Nord⁸. “E’ evidente” - dice il rapporto - che laddove “la spesa procapite è molto contenuta i servizi assicurati alle categorie più deboli (in primo luogo disabili e anziani) sono largamente insufficienti e la famiglia fa ricorso a tutte le proprie risorse, anche della risorsa tempo, per sopperire alle carenze del welfare pubblico”. Nello stesso rapporto si rileva come effettivamente l’uso dei permessi non risponda più alla finalità per la quale erano stati concepiti, ovvero quella di favorire l’inclusione sociale delle categorie più svantaggiate, essendo oggi la loro funzione prevalentemente quella di “integrare servizi e prestazioni non sufficienti, o addirittura non garantiti”⁹.

Per altro verso nello stesso rapporto si evidenzia come i permessi siano usufruiti in misura circa del 50% per l’assistenza dei genitori anziani non più autosufficienti, con un effetto iniquo, in quanto si pone sullo stesso piano chi convive con un figlio o un coniuge disabile e non in grado di produrre reddito con chi deve assistere genitori che possono anche trovarsi in situazioni economiche agiate.

Nessuna considerazione viene poi attribuita alla circostanza che la percentuale di donne che utilizza i permessi è del 67% come media nella pubblica amministrazione, con punte fino al 79% nel

⁴ V. Corte cost. n. 233/05, Corte cost. 158/07 e Corte Cost. 19/09 che hanno esteso il diritto al congedo straordinario di cui all’art. 42, t.u.151/00 per assistere una familiare portatore di handicap grave rispettivamente ai fratelli e alle sorelle ove i genitori siano mancanti, al coniuge e al figlio convivente.

⁵ Corte cost. 233/05 e in passato Corte cost. 215/87, riferita al diritto alla frequenza scolastica

⁶ Corte Cost. 158/07, relativa all’estensione del diritto al congedo straordinario al coniuge e Corte cost. 350/03 che ha riconosciuto il diritto agli arresti domiciliari alla madre di minore portatore di handicap

⁷ In http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/legge_104/Rapporto_monitoraggio_L104%5B1%5D.pdf

⁸ V. la Rilevazione sui benefici per i disabili, cit., p. 20

⁹ V. la Rilevazione sui benefici per i disabili, cit., p. 21

comparto scuola. Come si vedrà questo dato è particolarmente rilevante ai fini della valutazione della legittimità della recente riforma.

2. I permessi di cui all'art. 33, l.n. 104/92: dall'estensione dei diritti alla loro progressiva riduzione.

La disciplina dei permessi deriva dall'intreccio di diverse disposizioni, più volte modificate nel corso del tempo. Le prime disposizioni in materia si trovano nell'art. 33 della l.n. 104/92, modificato poi dalla legge 53/2000. Nella sua prima formulazione, l'art. 33, c.3, l. n.104/92 riconosceva tre giorni di permesso retribuito¹⁰ sia ai genitori di figli portatori di handicap in situazione di gravità che avessero compiuto il terzo anno di vita (per il periodo precedente è sancito il diritto al prolungamento dell'astensione facoltativa), sia al lavoratore che assistesse un parente e affine entro il 3° grado portatore di handicap grave, a condizione che la persona fosse convivente e non ricoverata a tempo pieno. Su questa materia interveniva successivamente la legge 53/00, la cui disciplina, anche per gli aspetti che qui interessano, è stata trasfusa nel t.u. 151/00, che ha previsto la copertura con contribuzione figurativa dei giorni di permesso. Importante innovazione del 2000 è stata anche la sostituzione del requisito della convivenza con la diversa condizione dell'assistenza continuativa e esclusiva, requisito quest'ultimo che, come si vedrà, è stato oggetto di un vivace contenzioso giurisprudenziale ed è stato eliminato con l'art. 24, l. n. 183/10.

La materia, è bene rilevarlo sin da ora, era ed è tuttora investita da un numero considerevole di circolari amministrative, che intervengono periodicamente sulle diverse questioni che nel corso del tempo emergono, di fatto integrando la regolazione legale. Tra queste merita di essere ricordata la circolare 13/2008 del Dipartimento della funzione pubblica nella quale si ribadiva la prassi amministrativa (ma come si vedrà di dubbia legittimità) di riconoscere il diritto a un solo lavoratore per disabile e in cui si escludeva la cumulabilità dei permessi nel caso del lavoratore che assistesse due persone in stato di handicap grave. Anche la nuova normativa introdotta con la l. 183/2010 è stata già oggetto di numerose interpretazioni in sede amministrativa, tra le quali segnaliamo le circolari del Dipartimento della funzione pubblica¹¹, dell'Inps¹² e dell'Inpdap¹³, sui contenuti delle quali torneremo in prosieguo.

2.1. La nuova figura del referente unico e la gerarchia dei beneficiari dei permessi

Con l'art. 24, l.183/10 vengono anzitutto modificate la platea dei soggetti che possono beneficiare dei permessi e le condizioni di accesso. La prima viene ristretta al coniuge e ai parenti e affini entro il 2° grado, cioè a genitori, figli, nonni, fratelli, sorelle, nipoti (figli dei figli), suoceri, nuore e generi e cognati. Quelli entro il 3° (bisnonni, zii, nipoti in quanto figli di sorelle e fratelli – e pronipoti in linea diretta, zii e nipoti acquisiti)¹⁴, che prima erano ammessi al beneficio, ora potranno accedervi solo a condizione che i genitori o il coniuge della persona con handicap abbiano compiuto i 65 anni, oppure siano affetti anch'essi da gravi patologie invalidanti o siano mancanti o deceduti. Si stabilisce poi espressamente che il diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore per la stessa persona portatrice di handicap. Fa eccezione a questa regola solo la situazione dei genitori, che continuano a poterne usufruire alternativamente, sia nel caso in cui il figlio sia minore, sia in quello in cui abbia già raggiunto la maggiore età.

Come si è accennato sopra la nuova norma interviene su una delle questioni più spinose della materia: quella dell'esatta individuazione dei soggetti beneficiari. E' bene sottolineare che né l'art. 33, l.n. 104/92, né le disposizioni di cui alla l.n. 53/00 poi trasfuse nel t.u. 151/00 stabilivano espressamente che i tre giorni di permesso fossero riconosciuti al singolo portatore di handicap

¹⁰ L'art. 2, c. 3 ter d.l. 324/93 conv. in l. 423/93 ha stabilito che le parole "hanno diritto a tre giorni di permesso mensile" devono interpretarsi nel senso che il permesso mensile deve comunque essere retribuito". Va peraltro ricordato che i permessi valgono ai fini del computo dell'anzianità di servizio ma non per la maturazione delle ferie, della tredicesima e della gratifica natalizia, come stabilito per i periodi di fruizione dei congedi parentali.

¹¹ Circolari, n. 13 del 2010 e n. 2 del 2011

¹² Circolare n. 155 del 3 dicembre 2010

¹³ Circolare n. 1 del 14 febbraio 2011

¹⁴ Per questa individuazione dei parenti e affini v. le circ. 13/2010 del Dip. Funzione pubblica e 155/2010 dell'Inps

grave e non al singolo lavoratore. La questione era, e come si vedrà in prosieguo è ancora, di non poco conto: ritenere che titolare del diritto sia il lavoratore significa che in caso di convivenza di più lavoratori con lo stesso parente entro il 3° grado disabile, tutti lavoratori hanno diritto al permesso, con il vantaggio di una maggiore tutela della persona disabile, benché proporzionata al numero di componenti della famiglia e non alla situazione di gravità in cui versa. Questa interpretazione non era affatto contraddetta dalla disposizione che prevedeva in alternativa alla convivenza il requisito della continuità ed esclusività dell'assistenza, in quanto il legislatore aveva valutato diversamente la situazione di chi quotidianamente convive con una persona disabile rispetto a quella di chi si limita a prestare assistenza, ancorché quotidiana e intensiva, ma non costante come quella determinata dalla coabitazione. Tantomeno poteva ritenersi che la restrizione del beneficio ad un solo lavoratore convivente fosse desumibile dalla regola stabilita per i genitori di figli minori portatori di handicap grave della fruizione alternativa dei permessi. L'alternatività infatti ben poteva essere letta alla luce della volontà del legislatore di consentire il cumulo tra le varie forme di permessi e congedi concessi in simili situazioni, e quindi poteva essere interpretata solo come impossibilità per i genitori di fruirne congiuntamente, cioè lo stesso giorno, e non come norma limitante al totale di 3 il numero di giorni di permesso. Questa interpretazione trovava indiretta conferma nella esplicita previsione contenuta nell'art. 20, l.n. 53/00 che riconosceva il diritto al lavoratore anche quando l'altro genitore non ne avesse avuto diritto, ad esempio in quanto casalingo, lavoratore autonomo o disoccupato.

Ad ogni modo è prevalsa nella prassi amministrativa¹⁵ l'interpretazione più restrittiva. Poiché la finalità della norma è la tutela della persona in situazione di handicap grave, si affermava, il diritto va riconosciuto nella misura massima di tre giorni non per lavoratore ma per disabile. L'Inps ammetteva di conseguenza la possibilità che due lavoratori dividessero il limite massimo di 3 giorni, ma solo ove il secondo richiedente avesse dimostrato di prestare assistenza in proporzione di 10 giorni al mese per ciascuno dei 3 giorni di permesso¹⁶. Al contrario, si ammetteva che lo stesso lavoratore potesse moltiplicare i permessi in caso di assistenza a più persone in stato di handicap grave (come ad es. due figli o il figlio e il coniuge, ecc.)¹⁷. L'art. 24, l.n. 183/2010 prevedendo che una sola persona possa fruire dei permessi, automaticamente propone un'interpretazione ancora più restrittiva, per cui il limite massimo di 3 giorni sarebbe da riferire alla persona in situazione di handicap grave e non al singolo lavoratore, senza alcuna possibilità di condivisione tra più familiari. Si realizza così una tutela uniforme per tutti i disabili gravi, ma che limita a uno il numero di familiari che possono assistere la persona, senza considerare che le esigenze del disabile stesso potrebbero essere ben più consistenti (sebbene si tratti sempre di situazioni di handicap connotate da gravità), e tantomeno la maggiore gravosità delle situazioni di convivenza rispetto alle altre.

Peraltro, e pur limitando la fruizione dei congedi, nella riforma del 2010 l'eliminazione dei requisiti della convivenza e soprattutto della continuità ed esclusività dell'assistenza appare per alcuni versi positiva perché tali requisiti sollevavano gravissimi problemi applicativi.

Inizialmente inteso dalla prassi amministrativa come "assistenza del soggetto per le sue necessità quotidiane" e come escludente il diritto al permesso "nei casi di oggettiva lontananza – spaziale o temporale – delle abitazioni e nei casi in cui presso il domicilio del disabile fossero presenti altri soggetti che beneficiassero dei permessi o non lavoratori in grado di assisterlo"¹⁸, il requisito della continuità ed esclusività dell'assistenza era stato poi oggetto di interpretazione da parte della Cassazione¹⁹, la quale aveva opportunamente chiarito che una lettura conforme agli scopi della legge imponeva di considerare sussistente il diritto ai permessi anche quando vi fosse stata in famiglia un'altra persona che avesse prestato assistenza, essendo necessario che anche quest'ultima

¹⁵ V. la Circolare Inps 53/08 relativamente al caso del lavoratore che fruisce dei permessi per sé e per assistere altro parente con disabilità.

¹⁶ V. la Circolare Inps n.133/2000

¹⁷ Cass., 25 febbraio 2010, n. 4623

¹⁸ Circolare Inps n. 133/2000

¹⁹ Cass. 16 maggio 2003, n. 7701

potesse essere sostituita. La continuità quindi, aveva affermato la Corte, non poteva essere intesa come quotidianità dell'assistenza ma solo come sistematicità e adeguatezza. Si affermava conseguentemente che non si deve subordinare il diritto ai permessi alla mancanza di altri familiari in grado di prestare assistenza²⁰. Coerentemente, l'Inps adeguava i propri precedenti orientamenti restrittivi²¹, adottando l'unico criterio che pare conforme allo spirito e alla *ratio* della legge, cioè affermando il diritto della persona affetta da handicap grave di poter liberamente scegliere chi, all'interno della stessa famiglia debba prestare l'assistenza. Nella stessa circolare l'ente previdenziale precisava altresì che oltre agli altri familiari, era irrilevante anche la presenza di altre forme di assistenza pubbliche o private, escluso solo il caso del ricovero a tempo pieno. Con una successiva circolare, tuttavia, il Dipartimento della funzione pubblica poneva come requisito che il dipendente richiedente i permessi fosse l'unico lavoratore che prestasse l'assistenza al soggetto disabile²². In seguito, una parte minoritaria della giurisprudenza ha continuato ad interpretare la normativa secondo quanto indicato dalla prima giurisprudenza di Cassazione, ribadendo l'irrilevanza della presenza di altri familiari²³, ritenendo ad esempio irrilevante la distanza di 138 Km dal luogo di lavoro a quello di residenza del disabile quando tale distanza possa essere compiuta in poco più di un'ora²⁴ e negando il diritto ai permessi in casi in cui il lavoratore si fosse limitato ad un'assistenza circoscritta nell'arco di 45 giorni l'anno²⁵. Al contrario, la giurisprudenza amministrativa era pervenuta ad interpretazioni fortemente restrittive e discutibili, richiedendo la prova dell'inesistenza di altri parenti e affini in grado di adempiervi²⁶ negando il permesso anche quando vi fossero "più persone in grado di dividere gli oneri derivanti dall'obbligo di solidarietà familiare ma alcuni di essi, fatta eccezione per il solo lavoratore, vi si sottraggano, meramente allegando l'esistenza di preminenti impegni di lavoro"²⁷, ritenendo insufficiente l'allegazione di dichiarazioni di carattere formale con le quali si attesta che taluni parenti non sono in grado per motivi di lavoro o per altri impegni di occuparsi del disabile e richiedendo invece "la produzione di dati ed elementi di carattere oggettivo, concernenti anche stati psicofisici connotati da una certa gravità, idonei a giustificare l'indisponibilità sulla base di criteri di ragionevolezza tali da concretizzare un'effettiva esimente dai vincoli di assistenza familiare"²⁸. Si è così escluso espressamente che l'essere lavoratore o studente renda impossibile l'assistenza²⁹. In taluni casi si è più ragionevolmente affermato che la possibilità di prestare assistenza da parte di altri parenti debba essere valutata in rapporto alle esigenze e alla tipologia di assistenza di cui il disabile necessita³⁰. Anche in questo caso però il risultato raggiunto non è condivisibile, perchè impone ogni volta di aprire una discussione circa la composizione e il ruolo dei vari familiari e circa la loro idoneità a prestare assistenza, che viene valutata secondo parametri assolutamente discrezionali, riguardanti dati sensibili e invasivi della privacy del lavoratore e dell'intera famiglia, oltre che del disabile. La nuova limitazione del riconoscimento del diritto a un solo un lavoratore per disabile solleva problemi ancora più gravi. Essa ripropone la questione della scelta del lavoratore sia in tutti i casi in cui vi siano più parenti entro il 2° grado che potrebbero beneficiare dei permessi, sia quando si deve passare a parenti e affini entro il 3° grado, legittimati solo "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". Con riferimento al primo caso, ovvero alla pluralità di parenti entro il secondo grado, la legge non stabilisce alcun

²⁰ Cass. 20 luglio 2004, n. 13481

²¹ Circolare Inps n. 90/2007

²² Cfr. il parere n. 13 del 2008 del Dipartimento della funzione pubblica

²³ Cass. 16 maggio 2005, n. 7701; Cass. 20 luglio 2004, n. 13481, TAR Bari Puglia, sez. III, 8 aprile 2010, n. 1329

²⁴ TAR Bari Puglia, sez. III, 8 aprile 2010, n. 1329

²⁵ Cass., sez. lav., 22 aprile 2010, n. 9557

²⁶ TAR Trentino Alto Adige, 13 maggio 2010, n. 131, TAR Roma Lazio, 4 maggio 2010, n. 9418,

²⁷ TAR Trentino Alto Adige, 13 maggio 2010, n. 131; Tar Perugia Umbria, sez. I 15 maggio 2009, n. 244

²⁸ TAR Roma Lazio, 4 maggio 2010, n. 9418,

²⁹ TAR Perugia Umbria, 28 ottobre 2009, n. 653

³⁰ TAR Parma Emilia Romagna, sez. I n. 259

criterio specifico, mentre le circolari amministrative si limitano a stabilire che i requisiti della convivenza e della continuità/esclusività sono sostituiti dalla previsione dell'attribuzione a un unico lavoratore, introducendo la categoria del c.d. "referente unico". Nell'interpretazione fornita dal Dipartimento della funzione pubblica si afferma però che con la limitazione dei permessi a un solo lavoratore per disabile si sarebbe "ripreso e in parte tipizzato il concetto di esclusività dell'assistenza" per cui verrebbe "individuato un unico referente "che assume il ruolo e la connessa responsabilità di porsi quale punto di riferimento della gestione generale dell'intervento, assicurandone il coordinamento e curando la costante verifica della rispondenza ai bisogni dell'assistito"³¹. Ma in questo modo si reintroduce un requisito che il legislatore ha voluto escludere e che viene oltretutto richiesto in tutti i casi di assistenza, mentre secondo la normativa previgente esso era limitato all'ipotesi di aiuto a persona non convivente. E' dunque da escludere, ad avviso di chi scrive, anche per altre ragioni che saranno meglio esplicitate tra breve, che in applicazione della nuova normativa al lavoratore potrà essere richiesto di dimostrare di svolgere già il ruolo di assistenza in modo esclusivo.

L'altro grave problema posto dalla nuova legge è dato dalla limitazione delle possibilità di fruizione dei permessi da parte di parenti e affini entro il 3° grado, consentito solo quando quelli entro il 2° grado abbiano più di 65 anni, siano anch'essi invalidi o siano mancanti o deceduti. Secondo le circolari interpretative, in assenza di definizioni legislative, le patologie invalidanti che lo consentirebbero dovrebbero essere soltanto quelle permanenti indicate dall'art. 2, comma 1 lett. d) n. 1, 2 e 3 del d.m. 21 luglio 2000 n. 278³², mentre la situazione di mancanza di parenti entro il 2° grado ricorrerebbe, oltre che nei casi di assenza naturale e fisica in senso stretto (cioè di celibato o di stato di figlio naturale non riconosciuto), nelle situazioni giuridiche ad "esse assimilabili, che abbiano carattere stabile e certo, quali il divorzio, la separazione legale e l'abbandono, risultanti da documentazione dell'autorità giudiziaria o di altra pubblica autorità"³³. Nella sua precedente versione l'art. 42 c. 5 t.u. 151/00 utilizzava per l'accesso al periodo di congedo straordinario, la diversa espressione "scomparsa" e la Corte costituzionale aveva chiarito che "la scomparsa del genitore, cui fa riferimento la medesima disposizione, deve essere considerata alla stregua dell'accertata impossibilità dello stesso ad occuparsi del soggetto handicappato, rimanendo il previsto congedo straordinario altrimenti privo di concreta attuazione proprio in situazioni che necessitano di un più incisivo e adeguato sostegno". La Corte in quel caso si riferiva alla situazione dei genitori totalmente invalidi,³⁴ ma ciò che interessa è il principio della non tassatività delle situazioni in essa sancito, che dovrebbe portare a un'interpretazione della disposizione estensiva, molto più ampia rispetto a quanto prospettato nelle circolari applicative, quanto meno tenendo conto della possibilità di valutare anche patologie o stati personali diversi da quelli tassativamente stabiliti nel d.m. 278/2001: basti pensare a quanto possa essere gravosa e dannosa per una persona che già soffre di disturbi all'apparato muscolo-scheletrico o di corporatura assai minuta aiutare o addirittura dover sollevare di peso un disabile non più in grado di alzarsi e deambulare autonomamente.

Ma non sono solo i criteri con i quali il legislatore consente il passaggio dal 2° al 3° grado di parentela a suscitare dubbi per la loro rigidità e quindi inadeguatezza rispetto alle molteplici situazioni che si possono verificare. E' proprio l'idea stessa di poter stabilire una gerarchia di beneficiari o di pretendere la prova dell'esclusività dell'assistenza, che richiede la dimostrazione di fatti relativi alla vita quotidiana delle persone spesso difficilmente dimostrabili, a suscitare forti perplessità, non solo di opportunità ma anche di legittimità costituzionale e rispetto all'ordinamento comunitario. La finalità di tutela della persona disabile indubbiamente sottesa alla disciplina di cui si discute deve necessariamente tenere conto del fatto che la tutela della salute va intesa in modo ampio, comprendendovi anche tutti i fattori psicologici e ambientali che su di essa possono incidere

³¹ V. la circolare del Dip. Funzione pubblica n. 13/2010, che riprende espressamente il parere del Cons. Stato n. 5078/2008

³² Circolare Inps 155/10 e Dip. Funzione pubblica 13/2010

³³ Circolare Dip. Funzione pubblica 13/2010

³⁴ Corte cost., 16 maggio 2005, n. 233

e deve in ogni caso essere realizzata nel pieno rispetto della dignità della persona, che impone di tenere conto dei vincoli e dei legami familiari nel loro esplicarsi materiale prima ancora che nella loro rilevanza giuridica. Applicare rigidamente i criteri stabiliti dal legislatore può significare imporre l'assistenza da parte di persone che potrebbero realizzare più danni che benefici o scatenare discussioni e liti in famiglia su chi si occupa di fatto dell'assistenza e su chi dovrebbe farlo a norma di legge, situazioni queste che non possono che risultare mortificanti per la persona bisognosa di aiuto. Basti pensare a tutte le ipotesi in cui il primo destinatario della norma non sia presente e disponibile, ad esempio perché trasferitosi in località lontane (situazione che sarà affrontata al §4), ma anche a tutti i casi in cui vi sia stata una prolungata rottura dei rapporti personali, per una serie di innumerevoli possibili ragioni: si pensi al genitore che a seguito della separazione non ha più intrattenuto rapporti oltre che con il coniuge nemmeno con il proprio figlio, ancorché tale situazione non sia stata mai giuridicamente formalizzata, o ai casi tutt'altro che rari di familiari stretti che abbiano interrotto i rapporti a causa di irrimediabili conflitti circa le scelte e gli stili di vita. Si pensi al disabile che è stato da tempo abbandonato dai propri familiari perché ha contratto matrimonio con persona non gradita alla famiglia, o ha scelto la convivenza al posto del matrimonio, o ha aderito a una religione diversa. Sono casi questi che raramente arrivano ad avere il crisma della formalizzazione giuridica ma che sono tutt'altro che rari nella vita delle persone, anche di quelle portatrici di handicap grave, e dai quali emerge una questione di fondo che né il legislatore né la giurisprudenza hanno approfondito adeguatamente: quello della rilevanza che deve assumere nella scelta della persona che presta assistenza il legame personale, affettivo e soprattutto di fiducia. Negare un permesso o un trasferimento a uno zio o a un nipote perché un padre o una madre lontani e dai quali si è stati da tempo abbandonati e con i quali non si desidera avere più rapporti sono ancora in vita appare quantomeno offensivo della dignità della persona disabile, a cui in questo modo si finisce con l'imporre la scelta tra l'assistenza da parte di una persona non gradita e la mancanza di aiuto. Ma a ben guardare lo stesso ragionamento dovrebbe essere fatto anche tutte le volte che il parente più prossimo sia vicino e si dichiara disponibile, ma a giudizio della persona disabile e/o degli stretti congiunti, sia considerato non idoneo, non perché anch'egli in stato di infermità grave, ma semplicemente perché si è già dimostrato palesemente negligente nella cura, ad esempio dimenticandosi di somministrare farmaci, trascurando la pulizia della persona, non rispondendo alle richieste di aiuto e via dicendo.

2.2. I profili di illegittimità della regola del referente unico

Come si è detto sopra non si tratta di una questione solo di inopportunità. La previsione dell'indicazione di un unico soggetto destinatario dei permessi e la definizione di una gerarchia degli aventi diritto risulta in contrasto con le norme costituzionali, comunitarie e internazionali. Con gli artt. 2, 3 e 32 Cost. anzitutto, perché una elementare esigenza di tutela della libertà e del rispetto della dignità della persona disabile esige che la scelta della persona che presta assistenza non possa che essere rimessa al giudizio del disabile stesso, in quanto necessariamente connotata da un elemento di personalità e fiducia che non può essere oggetto di valutazione da parte del datore di lavoro che deve concedere i permessi e nemmeno di sindacato giudiziale³⁵. Così come a nessuno può essere imposta una convivenza con persona non gradita, allo stesso modo al disabile non può essere imposta (salvi i casi dei minori e di coloro che siano stati interdetti o inabilitati) la costante presenza e cura da parte di persona non voluta. Si tratterebbe non solo di un'offesa alla libertà e alla dignità della persona ma anche al suo diritto alla tutela della salute, sia nel caso in cui la persona preferisca non farsi assistere, sia in quello in cui per necessità accetti un'assistenza non gradita o negligente, esponendosi a un grave disagio psicologico e compromettendo così le finalità di tutela e di integrazione sociale per le quali i permessi sono riconosciuti. Il principio dell'insindacabilità della scelta circa la persona dalla quale farsi assistere è sancito, sia pure in modo più ampio, dalla Convenzione Onu sui diritti delle persona disabili del 13 dicembre 2006, ratificata dall'Italia con legge n. 18 del 2009, che all'art. 3 pone quale primo principio generale il "rispetto per la dignità

³⁵ Sull'impossibilità di ammettere l'intervento legislativo su scelte personalissime v. RODOTÀ, *Il diritto e il suo limite*, in Rodotà, *La vita e le regole*, Feltrinelli, 2006, p. 17 ss.

intrinseca, l'autonomia individuale – compresa la libertà di compiere le proprie scelte – e l'indipendenza delle persone ³⁶, principio che viene efficacemente riassunto nell'espressione “niente su di noi senza di noi”³⁷ e che trova conferma nel comma 3 dell'art. 4 della Convenzione, in base al quale gli Stati, nell'applicare la legislazione e in tutti i processi decisionali concernenti le persone con disabilità, devono consultare con attenzione e coinvolgere attivamente le persone con disabilità, nonché nell'art. 19, dove si sancisce il diritto del disabile di scegliere dove e con chi vivere e a non essere obbligato a vivere una particolare situazione abitativa”, e negli artt. 22 e 23 relativi al rispetto della vita privata, del domicilio e della famiglia. Analogamente, l'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali nell'Unione europea sancisce “il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità”.

Alle stesse conclusioni di insindacabilità della scelta si giunge del resto se si guarda la questione dal lato opposto della persona che richiede i permessi. Prestare assistenza a una persona portatrice di handicap grave non è né semplice, né poco impegnativo. Presuppone spesso, oltre che una considerevole dose di buona volontà e di pazienza, anche l'acquisizione di conoscenze e competenze che non tutti necessariamente hanno o possono avere, ad esempio nella somministrazione delle cure, nel relazionarsi con i medici, o anche più semplicemente nel possesso di una patente di guida per poter accompagnare la persona disabile. Gli studi di epidemiologia hanno da tempo evidenziato la quantità di problemi che incontrano coloro che – volontariamente e meritoriamente - si fanno carico dell'assistenza alle persone non autosufficienti, la cui vita risulta profondamente condizionata e limitata dal carico di lavoro che tale assistenza richiede e la cui stessa salute viene spesso compromessa da gravissimi problemi psicologici e sindromi di burn out³⁸. Nonostante gli obblighi di solidarietà derivanti dai vincoli familiari, non pare affatto ragionevole pretendere di imporre ad alcuno lo svolgimento di un'attività di questo genere, così come non pare affatto ragionevole e controproducente sul piano della tutela della salute dell'intera collettività pretendere che essa sia svolta in modo esclusivo. Da questo punto di vista, la pretesa di individuare un referente unico appare fortemente in contrasto con le più elementari esigenze di solidarietà, che imporrebbero che fosse ciascun membro della famiglia a farsi carico di almeno una parte dei compiti di assistenza, che divisi tra tutti – ciascuno secondo le proprie possibilità - risulterebbero assai meno gravosi. Sotto questo profilo si deve osservare che la percentuale di lavoratrici che usufruisce del permesso è in media del 67%: la disposizione che impedisce la fruizione dei permessi da parte di più lavoratori, foss'anche nel limite dei 3 giorni massimi, è in grado di porre in una situazione di particolare svantaggio le donne, che non potranno così aver l'opportunità di farsi sostituire da altri parenti. La norma quindi introduce una discriminazione indiretta di genere, in contrasto con l'art. 3 Cost., con l'art. 14 della direttiva 2006/54/CE e con gli artt. 21 e 23 della Carta di Nizza. Una disposizione apparentemente neutra che tuttavia introduce uno svantaggio per un determinato genere può infatti considerarsi legittima non solo se la finalità con essa perseguita è lecita ma anche a condizione che il mezzo utilizzato sia appropriato e necessario per la sua realizzazione. Nel nostro caso, anche ammesso che lo scopo di monitorare e controllare l'utilizzo dei permessi e di impedire l'abuso sia legittimo e prevalga sulle esigenze di tutela della persona disabile e sulle esigenze di conciliazione del lavoratore che lo assiste, lo strumento utilizzato appare del tutto sproporzionato rispetto a tale fine e in ogni caso non necessario. Sulla questione si tornerà diffusamente tra breve, ciò che appare importante sottolineare subito è invece che il contrasto con il

³⁶ Per quanto consta la Convenzione è stata ratificata nella sua versione inglese; in assenza di una traduzione ufficiale in italiano si cita qui quella predisposta dal governo italiano in vista del recepimento della Convenzione, reperibile in http://www.lavoro.gov.it/NR/rdonlyres/74966B31-0855-4840-B542-3D9D0AEFCB83/0/Libretto_Tuttiuguali.pdf.

³⁷ V. il documento di presentazione della Convenzione predisposto dal Ministero della solidarietà sociale, La convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, in <http://www.disabili.unige.it/wp-content/uploads/2010/03/ConvenzioneONU.pdf> e in dottrina Colapietro, *Diritto al lavoro dei disabili e Costituzione*, Giorn. Dir. Lav. e rel. Ind., 2009, p. 607

³⁸ V. Campedelli, *Conclusioni. Nella crisi, un “diritto” di welfare? Tra evidenze, diritti e sperimentabilità*, in Campedelli, Carrozza, Pepino (a cura di), *Diritto di welfare*, Bologna, Il mulino, 2010, p. 613

divieto di discriminazione indiretta di genere sancito dal diritto comunitario imporrebbe al giudice nazionale la diretta disapplicazione della norma – quanto meno nella parte in cui limita a una sola persona la fruizione dei permessi.

La mancanza di proporzionalità e necessità della regola del referente unico comporta anche dubbi di legittimità costituzionale sotto profilo del rispetto del principio di ragionevolezza, perché non coerente rispetto alla finalità, pur sottesa alla riforma, di salvaguardare maggiormente le esigenze organizzative dei datori di lavoro e, per quanto riguarda la pubblica amministrazione di garantirne il buon andamento: non consentire ai vari membri della famiglia di dividersi i permessi secondo le proprie esigenze impedisce anche di far valere in tale divisione le necessità di lavoro. Si pensi al caso non raro di dover accompagnare la persona disabile a una visita medica proprio nel giorno in cui sul lavoro il referente unico ha un inderogabile impegno: egli non sarebbe costretto ad assentarsi se qualcun altro potesse usufruire del permesso. Né si potrebbe obiettare che la limitazione dei soggetti che possono usufruire dei permessi discende dalla necessità di impedire abusi e di contenere la spesa pubblica, in quanto da un lato la spesa potrebbe essere contenuta stabilendo un limite massimo di permessi concedibili e dall'altro il controllo e monitoraggio nel loro utilizzo potrebbe essere effettuato attraverso la registrazione del numero di permessi fruiti per disabile, anziché per lavoratore.

Dunque è possibile adottare, a parità di costi, soluzioni più flessibili che possano garantire una più adeguata considerazione delle esigenze della persona disabile, una più facile gestione della situazione da parte dei vari membri della famiglia e al contempo un maggiore equilibrio degli impegni sia familiari, sia lavorativi.

Per queste ragioni la norma appare in contrasto anche con il divieto di discriminazioni di cui alla direttiva 2000/73/CE. La Corte di giustizia ha chiarito che il divieto di discriminazioni per disabilità sancito da tale direttiva “si riferisce sia alla lotta generale avverso qualsiasi forma di discriminazione sia alla necessità di intraprendere azioni appropriate per l'integrazione sociale ed economica dei disabili” e che, conseguentemente, il divieto si applica anche ai casi in cui una persona sia discriminata in quanto presta assistenza ad un congiunto disabile. Si potrebbe ritenere che il principio di parità sia rispettato in questo caso, perché la norma che riconosce i permessi non introduce un trattamento deteriore rispetto a quello goduto dalla generalità dei lavoratori, ma al contrario riconosce loro un beneficio in più. Si tratterebbe però di una conclusione non condivisibile, perché rispetto agli altri fattori di discriminazione quello per disabilità gode di uno status parzialmente diverso. Ciò perché la sussistenza di una discriminazione non va valutata effettuando un semplice paragone con gli altri, bensì attraverso un giudizio che coinvolge e presuppone la considerazione di altri elementi: il confronto tra la situazione della persona trattata meno favorevolmente sulla base dell'handicap rispetto agli altri può essere effettuato solo dopo e solo a condizione che sia stato preventivamente rispettato l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli. Tale obbligo è previsto per quanto riguarda le condizioni di lavoro dalla direttiva 2000/73/Ce (che su questo specifico aspetto non è stata adeguatamente attuata con il d. lgs., 216/03)³⁹, ed è stabilito con ambito di applicazione generale dalla Convenzione Onu. In base a quest'ultima in particolare si ha discriminazione non solo in presenza di “qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo”, ma anche ogni volta si sia in presenza di un “rifiuto di un accomodamento ragionevole”, inteso come qualsiasi modifica o adattamento necessario e appropriato, che non imponga un carico sproporzionato o eccessivo, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e libertà personali”. L'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli è previsto dalla Convenzione Onu in via generale nei confronti di tutti i possibili autori della discriminazione,

³⁹ V. per tutti questi aspetti BARBERA M., *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in BARBERA M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, p. 77

compreso lo Stato (art. 4), il quale ha altresì il dovere di impegnarsi a prendere misure per il massimo di risorse disponibili per realizzare i diritti umani dei disabili. Anche a voler prescindere dalla questione del numero di giorni di permesso da riconoscere, dunque pare evidente che sia le limitazioni nella scelta della persona che presta assistenza, sia l'impossibilità di dividere tra più persone i permessi appaiono misure in grado di limitare le possibilità di assistenza della persona disabile, e pertanto non sono rispondenti a quell'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli che incombe sullo Stato e sul datore di lavoro: a parità di costi, come si è già rilevato, è possibile una diversa ripartizione dei permessi che sia rispettosa della volontà della persona disabile da un lato e delle esigenze di ripartizione degli oneri di assistenza tra i vari familiari dall'altro. Anche sotto questo profilo, di conseguenza, si profilano dubbi di legittimità tali da giustificare una disapplicazione della norma nazionale o, quanto meno, una remissione della questione alla Corte di giustizia dell'Unione per quanto riguarda i profili di legittimità rispetto al diritto comunitario e/o alla Corte costituzionale per quanto riguarda il rispetto delle Convenzioni Onu e il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.

3. La complicata questione della cumulabilità di permessi e congedi

La nuova disciplina derivante dalle modifiche apportate con l'art. 24 ripropone la questione del cumulo di diversi tipi di permesso. Si è già trattato diffusamente sopra della possibilità che due lavoratori possano godere dei permessi di cui all'art. 33, c.3, per assistere lo stesso disabile. Con riferimento alla situazione opposta della stessa persona che si trovi nella condizione di assistere diversi disabili la legge nulla dice espressamente. In passato la prassi amministrativa⁴⁰ e la giurisprudenza⁴¹, muovendo dal presupposto che la finalità fosse la tutela del disabile, avevano stabilito la regola della cumulabilità di più giorni di permesso nel caso in cui il lavoratore dovesse assistere più disabili. Solo recentemente, con una discussa circolare, il Dipartimento della funzione pubblica aveva mutato posizione negando tale possibilità in quanto la soluzione negativa era ritenuta genericamente più aderente allo spirito della legge⁴². Nelle circolari interpretative relative alle modifiche introdotte con l'art. 24, l.n.183/10 si rileva che le nuove norme non precludono espressamente la possibilità per lo stesso lavoratore di assistere più persone disabili, né che una persona che usufruisce dei permessi per sé stessa in quanto disabile non possa anche cumularli con quelli riconosciuti per l'assistenza ad altra persona parimenti disabile. Si suggerisce tuttavia che, poiché l'ideale sarebbe l'assistenza di una persona che si dedichi al disabile in maniera esclusiva, e poiché il cumulo dei permessi crea notevole disagio all'attività lavorativa, questi aspetti siano "ben valutati dal dipendente", "limitando la domanda alle situazioni in cui da un lato non vi sono altri familiari in grado di prestare assistenza, dall'altro non è possibile soddisfare le esigenze di assistenza nel limite dei tre giorni mensili". Si richiede, ancora una volta, al dipendente di dichiarare la sussistenza di tali presupposti, anche se si fa un piccolissimo passo in avanti nel senso del rispetto della dignità della persona ammettendosi che la loro sussistenza "non può che essere rimessa alla valutazione esclusiva del lavoratore interessato".

La questione più spinosa riguarda la possibilità di cumulo con altri tipi di permesso e di congedo, soprattutto quando l'assistenza riguardi minori. Si deve infatti stabilire come si cumulino i permessi ex art. 33 c.3 con i congedi di maternità e paternità obbligatori, con il congedo parentale ordinario ex art. 32, d. lgs. 151/01 e con il congedo straordinario di cui all'art. 33 del d. lgs. 151/01, con i tre giorni di permesso per decesso o grave infermità di cui all'art. 4, l.n.53/00, con i permessi non retribuiti in caso di malattia del figlio di cui all'art. 47 t.u. 151/01, cercando di fare un po' di ordine nel ginepraio di disposizioni legislative e di circolari amministrative emanate in materia.

Anzitutto, si deve osservare che se la novella attuata con l'art. 24, l.n. 183/10 non ha modificato direttamente le disposizioni relative al cumulo dei permessi, che sono contenute negli artt. 33, e 42, comma 4, d. lgs.151/01, essa ha posto un altro problema di coordinamento, dato dalla

⁴⁰ Circolare Inps, n. 53 del 2008

⁴¹ Cass., 23 febbraio 2010, n. 4623

⁴² Dip. Funzione pubblica, parere n. 13/2008

sovrapponibilità delle fattispecie di cui al novellato art. 33, comma 3, l.n. 104/92 e al nuovo art. 42 c.2, d.lgs.151/01. Infatti ora l'art. 33, comma 3, riconosce il diritto ai permessi in via generale a tutti i genitori di figli portatori di handicap grave, senza alcuna limitazione di età; mentre l'art. 42 lo limita al del periodo successivo al terzo anno di età del bambino. Sembrerebbe che quest'ultima disposizione prevalga, in quanto speciale, sulla regola generale di cui all'art. 33, comma 3, ma si tratterebbe di una soluzione dalle conseguenze aberranti, giacché si appresterebbe una tutela inferiore proprio nel periodo – la più tenera età - di maggiore fragilità e di maggiore bisogno di cure in assoluto del bambino. Per considerazioni analoghe nelle circolari applicative si è quindi ritenuta prevalente la disposizione generale di cui all'art. 33, comma 3 e il diritto ai permessi spetta anche prima del compimento del terzo anno di vita⁴³.

Quanto al cumulo, il principio interpretativo adottato dalla prassi amministrativa è quello della cumulabilità dei permessi e congedi aventi finalità diverse ma non di quelli aventi il medesimo scopo. Si ritiene così che i permessi ex art. 33, comma 3, si possano cumulare con il congedo parentale ordinario e con quello per la cura della malattia del figlio. Per analoghe considerazioni si deve di conseguenza ritenere ammissibile anche il cumulo con il periodo di astensione obbligatoria dal lavoro successivo alla nascita del bambino e con i permessi di due ore al giorno riconosciuti fino al primo anno di vita del bambino, la cui originaria funzione è l'allattamento⁴⁴. La prassi amministrativa ritiene invece che i permessi giornalieri siano alternativi alla fruizione del congedo straordinario e dei permessi di due ore al giorno riconosciuti dall'art. 42, d. lgs. 151/01, sempre a fronte di situazioni di handicap. Non si tratta tuttavia di una soluzione del tutto appagante, in quanto il congedo straordinario è frazionabile. Infatti, in passato l'Inps affermava che il divieto di cumulo con il congedo straordinario andasse inteso come impossibilità di fruirne lo stesso giorno del mese da parte di due persone diverse per lo stesso disabile. Si osservava tra l'altro che tale interpretazione non "causava alcun onere economico aggiuntivo, comportando esclusivamente un'anticipazione dell'esercizio del diritto al congedo straordinario fruibile, comunque, per un massimo complessivo, tra tutti gli aventi diritto, di due anni per ogni soggetto in condizione di handicap grave"⁴⁵. D'altra parte, dalla formulazione della norma risulta evidente che la titolarità del diritto al congedo è chiaramente riconosciuta in modo individuale al singolo lavoratore (infatti si stabilisce che si tratta di congedo fruibile nella misura massima di 2 anni nell'arco dell'intera vita lavorativa) e non per persona disabile. Sicché se ora si afferma, come fanno le più recenti circolari amministrative, che quando uno dei due genitori abbia fruito di uno o più giorni di permesso di cui all'art. 33 c. 3 per lo stesso mese non sia più possibile per nessuno dei 2 genitori ricorrere al congedo straordinario o in sua alternativa alle due ore di permesso giornaliero, si introduce un elemento di contraddizione rispetto al sistema generale dei congedi, costruiti in base alla titolarità individuale. Forti contraddizioni si rilevano anche rispetto alla specifica materia del congedo parentale, riconosciuto in situazioni di normalità ad entrambe i genitori anche congiuntamente e anche quando l'altro genitore non ne abbia diritto, mentre alla stessa conclusione non si potrebbe giungere quando, finito il congedo ordinario, la grave situazione del figlio imponga ancora l'astensione dal lavoro: a questo punto il carico di assistenza potrà gravare solo su uno dei due genitori. Questa conclusione appare in contraddizione anche con la disposizione contenuta nell'art. 20, l.n. 53/2000 che riconosce il diritto ai permessi anche qualora l'altro genitore non ne abbia diritto, disposizione questa che il legislatore non ha voluto modificare con l'art. 24, l.n.183/2010. La finalità di tale riconoscimento è dunque quella di non lasciare tutto il carico di assistenza sull'unico genitore che non sia lavoratore

⁴³ Circolare dip, f.p. n. 13/2010

⁴⁴ Nel senso che i genitori potessero godere l'uno del congedo e l'altro delle 2 ore di permesso per allattamento fino a un anno di vita del bambino riconosciute in alternativa al congedo v. Calafà, *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, 2004, p.83; circ. Inps 109/2000; v. anche la Circolare Inps 133/2000, per la quale tra il 2° e il 3° anno le ore di permesso, in quanto correlate alla situazione di handicap e non alla funzione di allattamento, diventavano alternative al congedo straordinario. Nel senso che i permessi di cui al c. 3 art. 33 si cumulavano con quelli non retribuiti per malattia del bambino riconosciuti senza limiti di tempo fino ai tre anni di vita e per 5 giorni all'anno fino all'8° anno del bambino v. Tar Catania Sicilia, sez. III, 24 gennaio 2005, n. 68

⁴⁵ Circolare Inps 53/2008

subordinato, ancorchè inoccupato; ma è evidente che, a maggior ragione, dove entrambi i genitori siano lavoratori dipendenti, le esigenze di tutela e di flessibilità nello svolgimento della prestazione lavorative saranno ancora più elevate. Anche in questo caso emerge la necessità di adottare soluzioni ragionevoli volte a facilitare il compito di quei genitori che, entrambi lavoratori, oltre alle normali funzioni genitoriali sono impegnati in ben più consistenti compiti di assistenza in ragione dell'handicap grave del figlio. In tale senso si esprime anche la direttiva 2010/18/CE, ove si richiede di “valutare la necessità di adeguare le condizioni di accesso e le modalità di applicazione del congedo parentale alle esigenze dei genitori di figli con disabilità o malattie a lungo decorso”. La novella del 2010 introduce invece elementi di rigidità estrema che rischiano di limitare considerevolmente le possibilità per la persona disabile di fruire effettivamente della tutela. E' evidente infatti che in presenza di situazioni di salute precarie, ove non sia possibile stabilire a priori se e quanto un'acutizzazione della malattia o una complicazione insorta possa durare, la persona che inizialmente avrebbe usufruito dei 3 giorni di permesso dovrà stare ben attenta a non farlo, per il rischio di compromettere la possibilità di richiedere la fruizione delle due ore di permesso o di un periodo di congedo straordinario. Nelle situazioni di incertezza - tutt'altro che rare quando si ha a che fare con patologie gravi – il lavoratore dovrà richiedere direttamente l'utilizzo frazionato del congedo anziché prima i 3 giorni di permesso mensile. In questo modo però i 3 giorni di permesso mensile sono definitivamente perduti sia da parte del lavoratore che ha chiesto il congedo e non necessariamente l'ha ottenuto in tempi brevi, sia da parte dell'altro genitore.

4. Le modifiche alla disciplina del trasferimento

L'art. 24, l.n. 183/2010 interviene anche con alcune rilevanti modifiche al comma 5 dell'art. 33, l.n. 104/92, relativo al trasferimento dei lavoratori che assistono familiari portatori di handicap grave. Prima di analizzare le modifiche apportate è bene dare conto del contenuto della disciplina previgente e dell'interpretazione che ne era stata data in sede giurisprudenziale. La norma stabiliva in sostanza a favore del lavoratore “che assista con continuità un parente o affine entro il terzo grado handicappato” due diversi diritti: quello di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e quello di non essere trasferito senza il proprio consenso. La legge, come noto e secondo unanime interpretazione, utilizzando l'espressione “ove possibile”, non ha inteso stabilire un diritto assoluto e incondizionato al trasferimento, dovendosi procedere in questo caso a un bilanciamento tra le esigenze del lavoratore e quelle dell'impresa. In quest'ottica una giurisprudenza abbastanza restrittiva subordinava il diritto al trasferimento alla sussistenza di un posto vacante nella sede prescelta⁴⁶.

Dal punto di vista soggettivo invece la norma aveva una formulazione diversa rispetto a quella di cui al comma 3 del medesimo articolo: mentre ai fini del trasferimento si richiedeva solamente l'assistenza continuativa a persona handicappata, per attribuire il beneficio dei 3 giorni di permesso era necessaria la sussistenza di un handicap grave. Non erano quindi in alcun modo stabiliti, per il trasferimento, i requisiti dell'esclusività dell'assistenza, né della gravità dell'handicap. Nonostante l'ampiezza della formulazione legislativa, la giurisprudenza ne aveva dato un'interpretazione decisamente restrittiva. La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'interpretazione che riservava il diritto al trasferimento ai casi in cui l'assistenza fosse già in atto e non a quelli in cui per esigenze sopravvenute si fosse resa necessaria, aveva dichiarato con sentenza interpretativa di rigetto che, non essendo “immaginabile che l'assistenza al disabile si fondi esclusivamente su quella familiare, il legislatore avrebbe inteso con tale norma salvaguardare

⁴⁶ TAR Roma Lazio, 10 dicembre 2007, n. 12886; V. anche Cass. S.U. 9 luglio 2009, n. 16102, secondo la quale il diritto a non essere trasferito viene meno quando sia accertata l'incompatibilità della permanenza del lavoratore nella sede prescelta; Cass. 25 gennaio 2006, n. 1369, per la quale occorre che l'amministrazione di destinazione oltre ad avere un posto vacante abbia altresì deciso di coprirlo; TAR Lecce Puglia, 11 settembre 2008, n. 2540 che ritiene legittimo il diniego qualora la situazione dell'organico della sede di destinazione sia tale da non consentire un'utile collocazione del lavoratore

la sola assistenza in atto, al fine di evitare rotture traumatiche e dannose della convivenza⁴⁷. La stessa Corte però in quell'occasione auspicava anche un nuovo intervento del legislatore, che potesse rivedere e ampliare l'art. 33, c.5. In seguito, la giurisprudenza è stata sempre più restrittiva nel riconoscere il diritto al trasferimento. Si affermava infatti che il diritto all'assistenza dovesse essere bilanciato con le esigenze del datore di lavoro e nel caso delle pubbliche amministrazioni con l'interesse pubblico. Tale esigenza di bilanciamento, indubbiamente presente nella legge, non veniva fatta valere però solo al momento della verifica della possibilità del trasferimento, bensì veniva spostata a monte, per richiedere requisiti ulteriori e non previsti dalla legge per poter ottenere il trasferimento. Si richiedeva infatti il requisito dell'handicap grave⁴⁸ e si affermava che solo la mancanza o l'impossibilità di sopperire alle esigenze del portatore di handicap da parte di altri soggetti legittima la richiesta del dipendente⁴⁹, che a contemperamento delle posizioni dei soggetti interessati il lavoratore deve dimostrare che l'assistenza non può essere prestata da altri producendo "dati ed elementi di carattere oggettivo... idonei a giustificare l'indisponibilità solo nella misura in cui risultino tali da concretizzare un'effettiva esimente dai vincoli di assistenza familiare"⁵⁰.

La nuova legge incide sulla norma con due disposizioni. La prima, più appariscente e di immediata percezione è quella che modifica il riferimento alla scelta della sede di lavoro, che non sarà più quella più vicina al domicilio del lavoratore bensì quella più vicina al domicilio della persona da assistere. Si afferma, nella circolare applicativa del Dipartimento della funzione pubblica, che la modifica avrebbe lo scopo di "eliminare un'incongruenza" del testo previgente che non avrebbe tenuto conto della finalità della norma, consistente nell'agevolare l'assistenza al disabile. Non si tiene conto, ancora una volta, della complessità della situazione di chi assiste persone disabili. Consentire l'avvicinamento al proprio domicilio anziché a quello della persona che si assiste rispondeva comunque ad un'importante esigenza del lavoratore, in quanto liberava la persona gravata dal compito di cura del tempo necessario per il trasferimento quotidiano al e dal luogo di lavoro, consentendole così comunque di fare più agevolmente fronte al cumulo dei triplici compiti di lavoro, di impegno familiare e di assistenza al disabile. Ancora una volta il legislatore con la restrizione adottata non tiene in alcuna considerazione la necessità, o meglio l'obbligo, di adottare soluzioni ragionevoli.

Molto meno evidente e trascurata dalle circolari applicative, ma di portata ben più rilevante, è l'altra modifica apportata al comma 5 dell'art. 33: le parole iniziali della norma che riferivano il diritto genericamente al lavoratore che assiste familiari handicappati sono ora sostituite dalle parole "il lavoratore di cui al comma 3", cioè quello che ha diritto ai tre giorni di permesso per l'assistenza al parente o affine portatore di handicap grave. Cambia in senso molto più restrittivo il grado di disabilità e cambia anche la definizione del soggetto che ne può beneficiare: se in passato i due diritti, al permesso e al trasferimento avevano presupposti giuridici diversi⁵¹, ora le condizioni di accesso sono assolutamente identiche.

La nuova formulazione pone una prima rilevante questione interpretativa: il lavoratore che ha diritto al trasferimento deve necessariamente essere anche lo stesso che usufruisce dei permessi, come parrebbe apparentemente desumersi dalla nuova norma, oppure è possibile che si tratti di un altro familiare e cioè che un lavoratore benefici dei permessi e un altro del trasferimento? La seconda

⁴⁷ Corte Cost. 18 luglio 2006, n. 325; nello stesso senso tra le più recenti v. Cons. Stato 25 giugno 2010, n. 4115; Cons. Stato 24 marzo 2010, n. 1733; TAR Lecce Puglia, 3 giugno 2010, n. 1343 Contra: Cass. 18 febbraio 2009, n. 3869 per la quale il diritto al trasferimento sussiste sia in sede di assunzione, sia durante il rapporto, sia quando la situazione di handicap grave intervenga in corso di rapporto, sia quando preesista, ma il lavoratore per ragioni apprezzabili intenda mutare la propria residenza

⁴⁸ TAR Roma Lazio 4 febbraio 2010, n. 1464

⁴⁹ TAR Lecce Puglia, 3 giugno 2010, n. 1343

⁵⁰ Cons. Stato 21 maggio 2010, n. 3237; Tar Trento Trentino Alto Adige, 13 maggio 2010, n. 131

⁵¹ V. in questo senso Tar Bari Puglia, 8 aprile 2010, n. 1329; TAR Roma Lazio, 7 aprile 2008, n. 2878; TAR Napoli Campania, 4 agosto 2009, n. 4671, che però afferma che sussiste maggiore discrezionalità da parte del datore di lavoro nella concessione dei permessi che nel trasferimento

soluzione pare maggiormente rispondente al testo legislativo e all'esigenza di interpretare la norma nel modo più ragionevole possibile. Sul piano letterale il riferimento fatto al lavoratore di cui al comma 3 rinvia al primo periodo di tale disposizione, cioè solo al "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"; la limitazione a una sola persona del diritto di fruire dei permessi è invece contenuta nel secondo periodo della norma e il suo soggetto è il diritto ai permessi e non più il lavoratore. Un'interpretazione conforme all'obbligo per gli Stati di adottare soluzioni ragionevoli impone conseguentemente di ritenere che il riferimento operato al 3° comma riguardi solo lo status del lavoratore e della persona disabile e non anche il fatto che quella persona sia quella che usufruisce dei permessi. In presenza di più parenti e affini aventi titolo sarà quindi possibile riconoscere all'uno il trasferimento e all'altro i giorni di permesso, in modo da consentire una migliore distribuzione delle incombenze. Tra l'altro, opinando diversamente, non solo si finisce con l'addossare a un solo a un solo lavoratore tutti gli obblighi di cura, si fanno anche gravare su un unico datore di lavoro tutti gli obblighi di collaborazione necessari.

Con il riferimento al lavoratore di cui al comma 3 si ripropone inoltre la questione se beneficiario del diritto sia solo il parente che già assiste il disabile o anche quello che intende farlo per il futuro. Si è visto che la disposizione precedente era interpretata nel senso più restrittivo e in effetti anche la formulazione del comma 3 - utilizzando l'espressione "che assiste" - lascerebbe intendere che l'attività di cura debba preesistere alla richiesta di trasferimento. Ma si rischia in questo modo di creare un grave cortocircuito nel sistema di tutela, che potrebbe portare a negare completamente l'accesso ad ogni beneficio. Tale sarebbe il caso del lavoratore unico parente di persona disabile a cui vengono negati sia i permessi, perché abita distante, sia il trasferimento perché non avendo i permessi non avrebbe il requisito dell'attualità dell'assistenza. Tali casi saranno in futuro sempre più frequenti, dato l'invecchiamento della popolazione e il conseguente aumento di persone che a un certo punto perdono il requisito dell'autosufficienza e si ritrovano in situazione di handicap grave, ai quali si rischia di negare l'aiuto dei familiari solo perché al momento in cui la situazione si aggrava l'assistenza non era ancora in atto. E' evidente che rispetto a tali situazioni il trasferimento del lavoratore, ove possibile, ove cioè sia disponibile un posto di lavoro più vicino al domicilio del disabile, costituirebbe una di quelle soluzioni ragionevoli cui i disabili e i lavoratori che li assistono hanno diritto secondo il diritto comunitario e internazionale.

5. Il controllo sull'utilizzo dei permessi e le relative sanzioni

Uno degli aspetti su cui maggiormente sembra puntare il legislatore del 2010 è quello di un più stretto controllo sull'accesso e sull'utilizzo dei permessi. Si prevede infatti al comma 4 dell'art. 24 l'istituzione di una banca dati presso il Dipartimento della funzione pubblica finalizzata al monitoraggio della fruizione dei permessi. Le amministrazioni pubbliche hanno l'obbligo di comunicare per via telematica entro il 31 marzo di ciascun anno:

- i nominativi dei dipendenti cui sono accordati i permessi; i nominativi dei lavoratori padri e delle lavoratrici madri, specificando a quale titolo i permessi sono fruiti;
- in relazione ai permessi fruiti per assistenza a persona con handicap in situazione di gravità, il nominativo di quest'ultima, l'eventuale rapporto di dipendenza da un'amministrazione pubblica e il comune di residenza dell'assistito;
- il rapporto sussistente tra la persona che ha fruito dei permessi e la persona assistita;
- per i permessi fruiti dal lavoratore padre o dalla lavoratrice madre, la specificazione dell'età maggiore o minore di tre anni del figlio;
- il contingente complessivo di giorni e ore di permesso fruiti da ciascun lavoratore nel corso dell'anno precedente e per ciascun mese.

La legge prevede, a tutela della privacy, che i dati non siano conservati per più di 30 giorni dalle amministrazioni che li hanno raccolti e per non più di 2 anni nella banca dati. Nel marzo 2011, con la circolare n. 2 del Dipartimento della funzione pubblica, è stata data immediata attuazione alla normativa. La prima comunicazione dei dati dovrà quindi essere fatta dalle amministrazioni con riferimento ai permessi goduti dai lavoratori nell'anno 2010, dati che di conseguenza riguarderanno sia il regime previgente, sia il nuovo regime per il periodo successivo al 24 novembre 2010⁵². La banca dati risulta ora operativa, ma nulla si sa di cosa accada dopo che i dati sono stati inseriti: chi sia a gestirla, chi sia individuato come responsabile, quali lavoratori abbiano accesso ai dati e al sistema operativo, a chi si possa rivolgere la persona i cui dati sono stati inseriti per controllarne la veridicità e per eventuali contestazioni circa la presenza di eventuali errori, nonché per accertarsi che decorso il termine strettamente necessario per la verifica, i dati siano cancellati. Si tratta di informazioni importanti per l'eventuale difesa del lavoratore e che costituiscono anche diritti espressamente riconosciuti dal codice della privacy.

La questione è tanto più rilevante in ragione delle nuove disposizioni contenute nel nuovo comma 7 bis dell'art. 33, l.n. 104/92, in base al quale "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". Occorre chiarire subito che la norma si riferisce ai casi in cui non siano stati sussistenti a priori i requisiti per ottenere i permessi e a quelli in cui questi siano venuti meno nel corso del tempo, non alla diversa situazione del lavoratore che, pur avendo diritto ai permessi, li utilizzi per finalità diverse. La distinzione è di non poco conto e comporta conseguenze completamente diverse sul piano previdenziale e del rapporto di lavoro. Il venir meno dei presupposti si riferisce infatti ai casi in cui il disabile sia ricoverato a tempo pieno o sia deceduto, nonché ai casi in cui sia stato revocato il giudizio di gravità della condizione di disabilità da parte della commissione medica, situazioni che il lavoratore ha l'onere di comunicare sempre tempestivamente.

La novella peraltro utilizza il termine decadenza, ponendo il problema se si tratti di un nuovo istituto o se non si sia voluto più semplicemente rendere esplicito quanto già desumibile dalle regole generali vigenti in materia di revoca dei benefici contenute nell'art. 5 del d.P.R. 698/94, per il quale l'accertamento dell'insussistenza dei requisiti dà luogo alla immediata sospensione cautelativa del pagamento delle prestazioni, a cui seguirà il successivo formale provvedimento di revoca. Proprio in quanto riferita al caso della mancanza o del venir meno dei requisiti, il provvedimento di revoca potrà anche essere retroattivo, con effetti dalla data dell'accertata insussistenza dei requisiti prescritti. Non è certo che alla stessa conclusione si debba giungere con riferimento alla decadenza, che sembrerebbe suggerire un'efficacia non retroattiva del provvedimento. Si tratterebbe tuttavia di una conclusione discutibile sul piano generale, ma a cui si potrebbe giungere per quanto riguarda il caso particolare e più problematico della fruizione dei permessi da parte di due persone per assistere lo stesso disabile, che la circolare del Dipartimento della funzione pubblica menziona espressamente tra le ipotesi di decadenza. Innanzitutto, simili casi potranno essere ricondotti alla mancanza o al venir meno dei requisiti necessari per usufruire dei permessi solo se si considera legittima e applicabile la disposizione che limita ad un solo soggetto tale possibilità, scelta del legislatore italiano che si è visto essere di dubbia legittimità costituzionale e in contrasto con le direttive 2006/54/CE, 2000/73/CE nonché con la convenzione Onu (v. §2). In secondo luogo, anche ove si voglia configurare comunque un illecito, la questione è complicata dal fatto che il lavoratore che richiede i permessi deve rilasciare all'atto della domanda una dichiarazione nella quale, tra l'altro, attesta che nessun altro parente ne beneficia. Ma si tratta di una dichiarazione che evidentemente riguarda dati e fatti attinenti a una persona altra rispetto al soggetto che la rilascia e che, per quanto legata a vincoli di parentela, potrebbe non esserne al corrente: solo la persona disabile infatti firma l'atto di accettazione dell'assistenza. Né parrebbe applicabile semplicemente il

⁵² V. il sito magellanopa.it/permessi

criterio temporale di presentazione della domanda. Si tratta infatti di elementi che possono avere rilevanza penale, per effettuazione di dichiarazioni sostitutive non veritiere, i quali dovranno necessariamente essere provati sia nel loro elemento oggettivo, sia sotto il profilo soggettivo: occorrerà cioè andare a indagare caso per caso la sussistenza del dolo di entrambi o di uno solo dei beneficiari dei permessi. Si tratta a ben vedere dell'unica soluzione compatibile con i principi generali di carattere penale e con le esigenze di tutela della persona disabile, che rischierebbe altrimenti di trovarsi priva di tutela.

La fruizione dei permessi senza averne diritto è altresì fonte di responsabilità sul piano contrattuale, che sarà sanzionata sul piano disciplinare. Si fa presente in proposito che la più recente normativa ha espressamente stabilito per i dipendenti pubblici che l'assenza dal servizio che risulti giustificata da falsa dichiarazione medica prevede la comminazione della sanzione del licenziamento (art. 55 quater d.lgs. 161/01) e che la circolare del Dipartimento della funzione pubblica equipara sostanzialmente a quella fattispecie il caso del lavoratore che rilasci false certificazioni al fine di accedere ai benefici di cui all'art. 33, l.n. 104/92.

Come si accennava sopra, una diversa valutazione si deve effettuare per i casi di utilizzo scorretto dei permessi. Qui per stabilire se e in quali casi vi sia abuso occorrerebbe anzitutto chiarire se il lavoratore debba necessariamente effettuare l'assistenza proprio ed esclusivamente nelle ore di permesso o se possa invece liberamente organizzare il proprio tempo, ad esempio sbrigando altri impegni durante le ore di permesso e assistendo il disabile durante i normali periodi di riposo. Chi scrive ritiene che quest'ultima soluzione sia ancora una volta la più ragionevole e che dunque si possa parlare di abuso solo ove proprio sia venuta a mancare l'assistenza al disabile. Ma anche in questo caso non si potrà parlare di revoca dal diritto al godimento dei permessi perché i presupposti non vengono affatto meno; si potranno verificare semmai un singolo o più illeciti consecutivi, che potranno comportare la revoca del singolo permesso, con onere di restituzione delle somme percepite. Anche in questo caso si potrà parlare di responsabilità disciplinare del lavoratore, ma è evidente che la situazione riveste minore gravità rispetto a quella di chi produce false certificazioni o omette di comunicare fatti rilevanti, pertanto anche la sanzione dovrà essere proporzionata ai fatti ed irrogata tenendo conto del caso concreto, consentendo al lavoratore di difendersi e di addurre eventuali casi di forza maggiore o adeguate giustificazioni a motivazione del suo comportamento.