



Congedo per assistenza disabili, convivenza



T.A.R.
PER LA REGIONE FRIULI V.G.
SEZIONE PRIMA

Sentenza del 09 gennaio 2014

Un appartenente della Polizia Penitenziaria con qualifica di Assistente Capo, in servizio presso la sede di Udine, presentava istanza, al fine della concessione del congedo straordinario retribuito ai sensi dell'Art. 42 comma 5 del d.lgs 26 Marzo 2001 nr. 151, per assistenza alla propria madre, persona diversamente abile in situazione di gravità accertata ai sensi dell'Art. 3 comma 1 e 3 della Legge 104. La richiesta, veniva respinta per mancanza del requisito della convivenza, desunta solo anagraficamente. Pertanto, essendo nelle condizioni di dimostrare la convivenza con la propria madre, presentava ricorso al Tar competente per territorio (Friuli Venezia Giulia) che con Sentenza del 18 Dicembre 2013, depositata il 09.01.2014 veniva accolto.

N. 00003/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00379/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 379 del 2012, proposto da:
_____, rappresentata e difesa dall'avv. Marco Quagliaro, con domicilio eletto presso Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7;

contro

Ministero della Giustizia, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Trieste, presso la quale è domiciliato in Trieste, piazza Dalmazia 3;

per l'annullamento della nota _____ di rigetto della richiesta di congedo straordinario retribuito per l'assistenza alla madre disabile ai sensi dell'art. 42, comma quinto, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151;

di ogni altro atto connesso o collegato, antecedente o successivo;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 52 D. Lgs. 30.06.2003 n. 196, commi 1 e 2;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2013 la dott.ssa Manuela Sinigoi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La signora _____, **assistente capo di polizia penitenziaria** in servizio presso la Casa Circondariale di Udine, **espone d'aver chiesto all'Amministrazione d'appartenenza di fruire del congedo straordinario di cui all'art. 42, comma 5, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 per la durata di due mesi, dal 1° novembre 2012 al 31 gennaio 2013, per poter assistere la madre 76enne, affetta da handicap in situazione di gravità.**

Espone, inoltre, che **la sua istanza è stata rigettata** dal direttore regionale per il Veneto, Friuli Venezia Giulia e Trentino Alto Adige del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del Ministero della Giustizia, con provvedimento in data _____, **a causa della ritenuta insussistenza del requisito della convivenza**, comprovato ad avviso del medesimo "solo dalla concomitanza della residenza anagrafica del soggetto beneficiario e della persona disabile".

La ricorrente, che afferma d'aver documentato la convivenza con la madre mediante dichiarazione sostitutiva di certificazione, contesta la legittimità di tale decisione e ne chiede l'annullamento, previa sospensione cautelare, anche in via interinale e provvisoria inaudita altera parte, sulla scorta di censure così riassumibili:

nel prescrivere il requisito della convivenza, il legislatore ha dato la prevalenza alla situazione di fatto rispetto al dato formale risultante dai registri dell'anagrafe, come comprovato del resto dalla disposizione di cui al comma 5-bis della norma dianzi indicata che, a determinate condizioni, riconosce il diritto al congedo anche in caso di ricovero a tempo pieno della persona portatrice di handicap;

l'anagrafe può certificare solo la residenza e, al più, lo stato di famiglia, giammai la convivenza;

l'iscrizione nei registri anagrafici non ha efficacia costitutiva della residenza, essendo tale dato un elemento meramente presuntivo, superabile con qualsiasi mezzo di prova;

il rapporto di convivenza non è escluso, in definitiva, dalla diversa residenza anagrafica.

Il Ministero della Giustizia si è costituito in giudizio per resistere al ricorso con il patrocinio dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Trieste ed ha concluso per la sua reiezione.

Il Presidente di questo Tribunale, con decreto n. 137/2012, ha accolto interinalmente l'istanza incidentale di sospensione del provvedimento impugnato e tale misura è stata confermata dal Tribunale, con ordinanza n. 3/2013, allorché ha ordinato all'Amministrazione "di provvedere agli adempimenti necessari alla verifica di fatto della dichiarata effettiva convivenza".

Le parti hanno depositato documenti e memorie.

La causa è stata chiamata alla pubblica udienza del 18 dicembre 2013 e, all'esito della discussione, trattenuta in decisione.

Il ricorso merita accoglimento

Osserva, invero il Collegio che, **contrariamente a quanto ritenuto dall'Amministrazione, la residenza anagrafica, pur potendo essere sintomatica della convivenza tra il soggetto bisognoso di assistenza e il familiare che tale assistenza presta, non esaurisce di per sé le possibilità di comprovare la convivenza, che si rammenta è l'unico requisito espressamente richiesto dalla disposizione di cui all'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001 per la concessione del congedo straordinario invocato dalla ricorrente.**

Nel caso di specie, consta, peraltro, che la ricorrente, in corso di giudizio, abbia chiesto al Comune di Udine di certificare la sua convivenza temporanea con la madre disabile, ma che il Comune le abbia risposto che l'unica certificazione possibile è una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, con cui l'interessata dichiara il proprio domicilio presso l'indirizzo di residenza della madre (vedi all. 24 e 25 – fascicolo doc. ricorrente) ovvero, in sostanza, una dichiarazione del tenore di quella presentata dalla medesima a corredo dell'istanza di congedo (vedi all. 9 e ss. – fascicolo cit.).

Consta, inoltre, che, a seguito dell'ordinanza cautelare su indicata, il Provveditorato Regionale del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, abbia chiesto all'Anagrafe del Comune di Udine e all'ATER di Udine di effettuare gli accertamenti di competenza al fine di verificare la sussistenza o meno della dichiarata effettiva convivenza di fatto tra la ricorrente e la madre disabile e che tali accertamenti abbiano dato esito positivo, in quanto è stata accertata la presenza della signora _____, ai fini dell'assistenza della stessa (vedi nota ATER Udine in data 26 febbraio 2013, prot. n. 4027, e nota Comune di Udine in data 18 febbraio 2013, prot. n. 981 – PG/E 0016062 – all. 4 e 7 – fascicolo doc. Avvocatura).

La convivenza tra madre e figlia risulta, inoltre, ulteriormente avvalorata dalle dichiarazioni e dalla documentazione prodotta dal difensore di quest'ultima nel corso dell'odierna udienza e non smentite da controparte, dalle quali è possibile evincere che la signora _____ **ha reiteratamente indicato quale indirizzo di reperibilità durante le proprie assenze per malattia dal posto di lavoro quello di residenza della madre** e che alle ore 2.00 del 26/11/2013 ha chiamato da tale indirizzo la guardia medica per la madre (vedi all. 26 – fascicolo doc. ricorrente).

Tali eloquenti circostanze fattuali paiono, quindi, al Collegio elementi sufficienti ed idonei a comprovare la convivenza richiesta dalla norma di legge ovvero il “vivere insieme, abitare nella stessa casa” tra la ricorrente e la madre disabile, necessaria ad “assicurare continuità nelle cure e nell'assistenza” e ad “evitare vuoti pregiudizievole alla salute psico-fisica del soggetto diversamente abile”, coerentemente con la ratio della disposizione di cui all'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151/2001, che è, per l'appunto, quella di consentire l'aiuto, laddove vi siano “situazioni di compromissione tali da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale” (in tal senso Corte costituzionale sentenze 8-16 giugno 2005, n. 233; 18 aprile-8 maggio 2007, n. 158; 26-30 gennaio 2009, n. 19).

Non va dimenticato, infatti, che la misura prevista dall'art. 42, comma 5, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 è riconducibile, al pari di quelle contemplate dalla legge 104/1992, ai principi sanciti dall'art. 3, comma 2, e dall'art. 32 Cost..

Trattasi invero, di agevolazioni dirette essenzialmente ad evitare che la persona in situazione di handicap resti priva di assistenza, così confermandosi che, in generale, il destinatario della tutela realizzata mediante il beneficio previsto dalla legge non è il lavoratore onerato dell'assistenza, bensì la persona portatrice di handicap.

Si rammenta, infatti, che il nucleo centrale della tutela è il soggetto disabile e che elemento peculiare, caratterizzante il beneficio in esame, è che il soggetto che chiede di fruire del congedo in questione, viva insieme alla persona disabile da assistere.

In definitiva, **il ricorso è fondato e va accolto** e, per l'effetto, annullato il provvedimento impugnato.

Sussistono, in ogni caso, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite.

Ai sensi di legge, il Ministero intimato sarà, però, tenuto a rimborsare alla ricorrente (all'atto del passaggio in giudicato della sentenza), ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis.1, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall'art. 21 della L. 4 agosto 2006, n. 248, il contributo unificato nella misura versata.

A tutela dei diritti e della dignità della ricorrente e della madre della medesima, occorre, infine, ordinare, ai sensi dell'art. 52 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, che, in caso di sua riproduzione in qualsiasi forma, per finalità d'informazione giuridica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, vadano omesse le loro generalità e gli altri dati identificativi che le riguardano.

P.Q.M.

Il **Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia**, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, **lo accoglie** e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Compensa tra le parti le spese e le competenze di giudizio.

Dà, tuttavia, atto che il Ministero sarà tenuto a rimborsare alla ricorrente (all'atto del passaggio in giudicato della sentenza), ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis.1, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall'art. 21 della L. 4 agosto 2006, n. 248, il contributo unificato nella misura versata.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Ordina, inoltre, che a cura della segreteria di questa Sezione sia apposta sull'originale del presente provvedimento l'annotazione contenente l'ordine di omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti nominati nello stesso, in caso di sua riproduzione in qualsiasi forma, per finalità d'informazione giuridica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica.

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Enzo Di Sciascio, Consigliere

Manuela Sinigoi, Primo Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/01/2014