



Diniego benefici esonero turni notturni e 3 giorni permesso legge 104



CONSIGLIO DI STATO
SEZIONE PRIMA
Adunanza del 6 marzo 2013
Sentenza del 06 novembre 2013

Numero 04485/2013 e data 06/11/2013



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Sezione Prima

Adunanza di Sezione del 6 marzo 2013

NUMERO AFFARE 04014/2010

OGGETTO:
Ministero dell'interno.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto dal signor **O M I S S I S**, nato a Bolzano il 17 ottobre 1977, per l'annullamento del decreto del capo della Polizia 20 ottobre 2009 n. 33.D/89014, notificatogli il 26 novembre 2009, di rigetto del ricorso gerarchico contro il provvedimento del questore di Roma 14 maggio 2009 n. 73096.1..2.13, recante diniego dei benefici dell'esonero dai turni notturni e di tre giorni di permesso al mese ai sensi della legge 5 febbraio 1992 n. 104.

LA SEZIONE

Vista la relazione 31 agosto 2010 prot. n. 333-A/U.C./15643/1864/T con la quale il ministero dell'interno, dipartimento della pubblica sicurezza, ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sul ricorso;
visto il ricorso, datato 25 marzo 2010;
esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Adolfo Metro.

Premesso:

il signor **O M I S S I S**, sovrintendente della Polizia di Stato, con provvedimento dell'11/9/2007, aveva avuto riconosciuto il diritto ai benefici della legge n. 104/1992 sull'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, per l'assistenza al marito della madre, portatore di handicap grave.

A seguito di variazioni delle competenze dell'ufficio, il ricorrente rinnovava le sue istanze per l'anno 2009, la prima datata 14/10/2008, con cui chiedeva di essere esentato dai turni notturni e la seconda, datata 26/2/09, con cui chiedeva di poter usufruire dei tre giorni di permesso mensile previsti dall'art. 33, comma 3, della legge n. 104/1992, sempre per l'assistenza al proprio patrigno.

Il questore respingeva entrambe le richieste

Avverso tali provvedimenti veniva proposto ricorso gerarchico al capo della Polizia che, con decreto datato 20/10/2009 e notificato il 26/11/2009 respingeva il ricorso relativo ad entrambe le richieste con la motivazione che condizione indispensabile per la concessione del beneficio doveva ritenersi la contemporanea sussistenza dei requisiti della "continuità" e della "esclusività" nell'assistenza, mentre, nella specie, era carente il requisito dell'esclusività, essendo presente nel nucleo familiare la madre del ricorrente, moglie della persona da assistere, che non era lavoratrice né invalida civile, per cui il ricorrente non poteva considerarsi la sola persona effettivamente idonea a prestare assistenza.

Con il presente ricorso straordinario al capo dello Stato il ricorrente pone, a sostegno della sua pretesa, una circolare dell'INPS (n.90/2007) e la giurisprudenza della corte di cassazione degli ultimi anni, che avrebbe riesaminato i presupposti applicativi dell'art. 33 della legge n. 104/1992 in senso favorevole ad un'interpretazione estensiva dei requisiti di "continuità" ed "esclusività" dell'assistenza, nel senso che ai fini dell'integrazione del requisito dell'esclusività non è richiesto che il lavoratore sia l'unico familiare della persona con disabilità a poter prestare le cure necessarie; richiama, al riguardo, le sentenze n. 7701/2003 della corte di cassazione, sezione lavoro e n. 13481/2004 della stessa corte.

L'Amministrazione, anche con riferimento a un parere dell'Avvocatura dello Stato del 18/12/2007, ha sostenuto la prevalenza del principio della esclusività dell'assistenza, nel senso che vanno privilegiate le consolidate linee interpretative e ciò anche con riferimento alle specifiche esigenze delle Forze armate e di polizia che, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, impongono la priorità della tutela degli interessi pubblici.

Considerato:

Per l'interpretazione delle disposizioni sopra citate può richiamarsi quanto disposto dalla cassazione civile, sezione lavoro, n. 16.460/2012, secondo cui "Sul piano sistematico - come le Sezioni unite di questa Corte hanno precisato con la sentenza n. 16102 del 2009, e come ribadito da Cass. n. 4623/2010 - la configurazione giuridica delle posizioni soggettive riconosciute dalla L. n. 104 del 1992, art. 33, e i limiti del relativo esercizio all'interno del rapporto di lavoro, devono essere individuati alla luce dei numerosi interventi della Corte costituzionale, che - collocando le agevolazioni in esame all'interno di un'ampia sfera di applicazione della legge, diretta ad assicurare, in termini quanto più possibile soddisfacenti, la tutela dei soggetti svantaggiati, destinata a incidere sul settore sanitario e assistenziale, sulla formazione professionale, sulle condizioni di lavoro, sulla integrazione scolastica - ha tuttavia precisato la discrezionalità del Legislatore nell'individuare le diverse misure operative finalizzate a garantire la condizione del disabile mediante la interrelazione e la integrazione dei valori espressi dal disegno costituzionale (cfr. Corte cost. n. 406 del 1992; id., n. 325 del 1996).

In questa ottica, le misure previste dall'art. 33, devono intendersi come razionalmente inserite in un ampio complesso normativo - riconducibile ai principi sanciti dall'art. 3 Cost., comma 2, e dall'art. 32 Cost., - che deve trovare attuazione mediante meccanismi di solidarietà che, da un lato, non si identificano esclusivamente con l'assistenza familiare e, dall'altro, devono coesistere e bilanciarsi con altri valori costituzionali.

Si è opportunamente osservato che tali agevolazioni sono dirette essenzialmente ad evitare che il bambino handicappato resti privo di assistenza, di modo che possa risultare compromessa la sua tutela psico-fisica e la sua integrazione nella famiglia e nella collettività, così confermandosi che, in generale, il destinatario della tutela realizzata mediante le agevolazioni previste dalla legge non è il nucleo familiare in sé, ovvero il lavoratore onerato dell'assistenza, bensì la persona portatrice di handicap (cfr. Corte cost. n. 19 del 2009). Una configurazione siffatta, d'altronde, è in linea con la definizione contenuta nella Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, approvata il 13 dicembre 2006, là dove la finalità comune dei diversi ordinamenti viene identificata nella piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri, nonché con la nuova classificazione adottata nel 1999 dalla Organizzazione Mondiale della Sanità, che ha definito la disabilità come difficoltà all'espletamento delle "attività personali" e alla "partecipazione sociale" (cfr. Cass., sez. un., n. 16102 del 2009, cit.).

Va anche rilevato che, poco dopo l'emanazione dell'atto qui impugnato, l'art. 24 della legge 4 novembre 2010 n. 183 ha sostituito i commi 3 (permessi mensili retribuiti) e 5 (scelta della sede) dell'art. 33 della legge n. 104/1992, eliminando i requisiti della cosiddetta "continuità" ed "esclusività" dell'assistenza quali necessari presupposti per la concessione del beneficio; e la giurisprudenza ha ritenuto che "la recente evoluzione legislativa deve ritenersi implicitamente retroattiva, proprio perché finalizzata a risolvere le svariate questioni insorte a seguito delle diverse interpretazioni fornite dalle precedenti normative e non può, quindi, non applicarsi a situazioni ancora non definite" (C.S. III 5725/11; C.S.6216/11).

Né a tale interpretazione estensiva può essere di ostacolo l'art. 19 della medesima legge, che dispone che la nuova disciplina potrà trovare applicazione anche per il personale appartenente alle Forze armate e alle Forze di polizia solo quando verranno emanati gli appositi provvedimenti legislativi previsti da tale disposizione.

Al riguardo, il Consiglio di Stato, con le sentenze n. 5378/2012, n. 4291/2012 e n. 4047/2012, ha completamente mutato il proprio precedente orientamento, fornendo un'interpretazione più confacente al tenore letterale delle disposizioni in commento, nel senso che la norma di cui all'art. 24 della legge n. 183/2010, che ha soppresso i requisiti della "continuità" e della "esclusività" dell'assistenza, è immediatamente applicabile anche ai rapporti di lavoro del personale di polizia, in quanto il citat art. 19 non è idoneo a giustificare l'inoperatività della norma, che non contiene alcuna disposizione ad esplicito e specifico carattere inibitorio, e si presenta, di contro, come un autonomo articolato, con lo scopo di prevedere le basi del futuro assetto di un'organica e speciale disciplina del rapporto di impiego del personale delle Forze armate e di polizia.

In conclusione, i requisiti della "continuità" ed "esclusività" non possono più essere pretesi dall'Amministrazione come presupposto per la concessione dei benefici di cui all'art. 33 della legge n. 104/1992, neppure con riferimento al personale delle Forze armate e di polizia, in quanto gli unici parametri entro i quali l'Amministrazione deve valutare se concedere o meno i benefici in questione sono, da un lato, le esigenze organizzative ed operative dell'Amministrazione d'appartenenza, rispetto alle quali il beneficio deve risultare "possibile", e dall'altro, nel caso di trasferimento del lavoratore per l'assistenza del disabile, l'effettiva necessità del trasferimento, al fine di impedire un uso strumentale e opportunistico della normativa (T.A.R Piemonte, sez. I, n. 105/2013).

Per a quanto esposto, il ricorso dev'essere accolto, salvi gli ulteriori provvedimenti, per difetto di motivazione, dato che l'Amministrazione non ha esternato nessuna valutazione sull'esistenza di eventuali ragioni organizzative od operative interne dell'Amministrazione d'appartenenza, tali da prevalere sull'interesse del familiare disabile a ricevere la dovuta assistenza.

P.Q.M.

esprime il parere che ricorso debba essere accolto.

L'ESTENSORE

Adolfo Metro

IL PRESIDENTE

Raffaele Carboni

IL SEGRETARIO

Gabriella Allegrini