



CENTRO ALTI STUDI
PER LA DIFESA



CENTRO MILITARE
DI STUDI STRATEGICI

Prof. Riccardo URSI

**“Legge 5 febbraio 1992, n. 104.
Punto di situazione degli Enti della Difesa.
Limiti nell’applicazione e nei controlli”.**

(Codice AP-CSD-04)



Il Centro Militare di Studi Strategici (Ce.Mi.S.S.), costituito nel 1987 e situato presso Palazzo Salviati a Roma, è diretto da un Generale di Divisione (Direttore), o Ufficiale di grado equivalente, ed è strutturato su due Dipartimenti (Monitoraggio Strategico - Ricerche) ed un Ufficio Relazioni Esterne. Le attività sono regolate dal Decreto del Ministro della Difesa del 21 dicembre 2012.

Il Ce.Mi.S.S. svolge attività di studio e ricerca a carattere strategico-politico-militare, per le esigenze del Ministero della Difesa, contribuendo allo sviluppo della cultura e della conoscenza, a favore della collettività nazionale.

Le attività condotte dal Ce.Mi.S.S. sono dirette allo studio di fenomeni di natura politica, economica, sociale, culturale, militare e dell'effetto dell'introduzione di nuove tecnologie, ovvero dei fenomeni che determinano apprezzabili cambiamenti dello scenario di sicurezza. Il livello di analisi è prioritariamente quello strategico.

Per lo svolgimento delle attività di studio e ricerca, il Ce.Mi.S.S. impegna:

- a) di personale militare e civile del Ministero della Difesa, in possesso di idonea esperienza e qualifica professionale, all'uopo assegnato al Centro, anche mediante distacchi temporanei, sulla base di quanto disposto annualmente dal Capo di Stato Maggiore della Difesa, d'intesa con il Segretario Generale della Difesa/Direttore Nazionale degli Armamenti per l'impiego del personale civile;
- b) collaboratori non appartenenti all'amministrazione pubblica, (selezionati in conformità alle vigenti disposizioni fra gli esperti di comprovata specializzazione).

Per lo sviluppo della cultura e della conoscenza di temi di interesse della Difesa, il Ce.Mi.S.S. instaura collaborazioni con le Università, gli istituti o Centri di Ricerca, italiani o esteri e rende pubblici gli studi di maggiore interesse.

Il Ministro della Difesa, sentiti il Capo di Stato Maggiore della Difesa, d'intesa con il Segretario Generale della Difesa/Direttore Nazionale degli Armamenti, per gli argomenti di rispettivo interesse, emana le direttive in merito alle attività di ricerca strategica, stabilendo le linee guida per l'attività di analisi e di collaborazione con le istituzioni omologhe e definendo i temi di studio da assegnare al Ce.Mi.S.S..

I ricercatori sono lasciati completamente liberi di esprimere il proprio pensiero sugli argomenti trattati, il contenuto degli studi pubblicati riflette esclusivamente il pensiero dei singoli autori, e non quello del Ministero della Difesa né delle eventuali Istituzioni militari e/o civili alle quali i Ricercatori stessi appartengono.



CENTRO ALTI STUDI
PER LA DIFESA



CENTRO MILITARE
DI STUDI STRATEGICI

Prof. Riccardo URSI

**“Legge 5 febbraio 1992, n. 104.
Punto di situazione degli Enti della Difesa.
Limiti nell’applicazione e nei controlli”.**

(Codice AP-CSD-04)

**“Legge 5 febbraio 1992, n. 104.
Punto di situazione degli Enti della Difesa.
Limiti nell’applicazione e nei controlli”.**



NOTA DI SALVAGUARDIA

Quanto contenuto in questo volume riflette esclusivamente il pensiero dell’autore, e non quello del Ministero della Difesa né delle eventuali Istituzioni militari e/o civili alle quali l’autore stesso appartiene.

NOTE

Le analisi sono sviluppate utilizzando informazioni disponibili su fonti aperte.

Questo volume è stato curato dal **Centro Militare di Studi Strategici**

Direttore: **Gen. S.A. Stefano Vito SALAMIDA**

Vice Direttore - Capo Dipartimento Ricerche: **Col. c.(li.) s.SM Andrea CARRINO**

Progetto grafico: **Massimo Bilotta – Capo 1^ cl. Massimo LANFRANCO**

Autore: **Riccardo Ursi**

Stampato dalla tipografia del **Centro Alti Studi per la Difesa**

Centro Militare di Studi Strategici
Dipartimento Ricerche
Palazzo Salviati
Piazza della Rovere, 83 - 00165 – Roma
tel. 06 4691 3203
e-mail: caporicerche.cemiss@casd.difesa.it

chiusa a settembre 2020

ISBN 978-88-31203-46-3

INDICE

Sommario	6
Abstract	8
Contenuto della ricerca	10
Conclusioni	85
NOTA SUL Ce.Mi.S.S. e NOTA SULL'AUTORE	93

Sommario

La cura delle persone con disabilità è obiettivo primario correlato ai doveri di assistenza che la Costituzione prevede tra i compiti della Repubblica, i quali sono altresì stabiliti anche da leggi e norme di carattere internazionale ed europeo. Tra le misure che l'ordinamento predispone per la tutela della disabilità si collocano quegli strumenti indirizzati a consentire ai familiari di invalidi civili con handicap grave di assistere i propri congiunti in caso di necessità. Tra queste misure assumono particolare rilevanza quelle relative al riconoscimento a favore dei familiari di soggetti disabili di periodi di astensione dal lavoro finalizzati alla tutela della salute psico-fisica, ma anche all'integrazione sociale di tali soggetti.

La specificità del rapporto di impiego militare, la c.d. condizione militare, è rappresentata dalla totale disponibilità in servizio che contraddistingue la professione militare, basata sulla disciplinata emanazione ed esecuzione di direttive ed ordini che governano l'organizzazione gerarchica in funzione dell'operatività dello strumento militare.

Da ciò emerge una naturale tensione tra condizione militare e godimento delle agevolazioni lavorative per l'assistenza al familiare disabile. Il "*caregiver* in divisa", in ragione della specificità dell'organizzazione in cui si trova inserito, va incontro ad un regime applicativo delle norme differenziato, in quanto condizionato dalle esigenze proprie e dalla tipologia di impiego della sua attività lavorativa.

In questa prospettiva, lo studio analizza i limiti dell'applicazione della legislazione in materia di assistenza ai disabili per il personale militare degli Enti della Difesa e il regime dei controlli che l'amministrazione militare deve porre in essere allo scopo di prevenire e sanzionare eventuali abusi dei benefici previsti.

Nella prima parte si esamina la normativa generale guardando sia ai principi ed alle norme di fonte internazionale ed europea, sia alle disposizioni specifiche previste dall'ordinamento italiano nella legge 5 febbraio 1992 n. 104 relative alle agevolazioni riconosciute al lavoratore per l'assistenza del congiunto disabile.

Nella seconda parte si analizzano le disposizioni espressamente previste per il personale militare nella loro dimensione applicativa alla luce di quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa e dagli atti di indirizzo forniti dagli uffici competenti degli Stati Maggiori di Forza Armata.

Nell'analisi finale si evidenzia che, contrariamente a quanto registrato per l'ambito privato, la specialità del rapporto di impiego militare conduce ad una generale prevalenza delle esigenze dell'organizzazione rispetto a quelle dell'assistenza del

familiare congiunto. Ciò emerge in maniera maggiore nella disciplina dei trasferimenti c.d. “assistenziali”, ma sembra trovare riscontro in giurisprudenza anche in quella della concessione dei permessi.

Manca nella prassi amministrativa uno strumento di regolazione uniforme della materia: ciascuna Forza Armata, salvo alcuni profili comuni, disciplina in maniera differente i profili procedurali e gli ambiti di competenza.

Per quanto riguarda la disciplina dei controlli manca una regolazione puntuale lasciando tale compito generalmente ai Comandanti di corpo, anche se si registra il tentativo di indirizzare l’attività di questi ultimi con atti di indirizzo degli uffici di Stato Maggiore di Forza Armata.

Abstract

The care of people with disability represents a primary objective related to the duties of assistance that the Constitution provides as tasks of the Republic and stated also by rules of international and European nature. Among the measures the system predisposes for the protection of disability, those tools are placed directed to let the civilian invalids' families with a serious handicap to take care of them in case of need. Among these measures are particularly relevant the ones related to the approval for the family of disabled persons to rest from work aimed to protect the mental and physical health but also to the social integration of these subjects.

The specificity of the military employment relationship, the so-called military state, is represented by the total availability in the line of duty that characterizes the military profession, based on a disciplined enact and enforce directives and orders governing the hierarchical organization in terms of operativity of the military means.

By that emerges a natural tension between military state and enjoyment of the working facilities to assist a disabled familiar. The "caregiver in uniform", by reason of the specific nature of the organization in which is included, undergoes a differentiated undergoes a differentiated application regime of the rules, as it is conditioned by the specific needs of the type of employment of his work activity.

In this perspective, the study analyses the limits of application of the legislation with regard to assistance to the disabled for the entities in the field of defence military personnel and control inspection regime that military administration carries out in order to prevent e sanction possible abuse and expected benefits. In the first part I exanimate the general regulations looking both at the international and European principles and rules and at the specific provisions provided for the Italian legal system (l. February 5, 1992 n. 104) related to the benefits accorded to the worker for the care of the disabled familiar. In the second part, I analyse the provisions expressly provided for the military personnel in their applicative aspect in the light of the considerations given by administrative case law and by guidelines given by competent departments of the Armed Force general staff.

In the final analysis we stress that, in contrast to what has been register in the private sector, the speciality in the relationship of military condition leads to a general prevalence of the needs of the organization compared to the taking care of the familiar. This emerges in a more extensively way in the regulation of the so-called

“welfare transfers”, but it seems to find a feedback in case law also in that one of issuing of licences.

In the administrative practice, there is a lack of a unified instrument of regulation: each Armed Force, except for some common profiles, regulates in a different way the procedural aspects and the areas of competence.

Regarding testing regimes, there is a lack of a punctual regulation, generally leaving this job to the Corps commanders, even though there is the attempt to direct the activity of these ones with guidance documents of the departments of the of the Armed Force general staff.

Contenuto della ricerca

Indice analitico

1. Introduzione: il problema del c.d. “caregiver in divisa”.
2. Il quadro normativo generale.
 - 2.1. La tutela del disabile nel diritto internazionale.
 - 2.2. L’Unione europea ed i diritti delle persone con disabilità.
 - 2.3. La disciplina dell’assistenza ai disabili nell’ordinamento italiano.
 - 2.3.1. Il riconoscimento costituzionale del diritto all’assistenza del disabile.
 - 2.3.2. La legge n. 104/1992.
 - 2.3.2.1. La disciplina dei permessi retribuiti ex art. 33, comma 3.
 - 2.3.2.2. Le agevolazioni ai fini del trasferimento della sede lavorativa del familiare del disabile ex art. 33, comma 5.
 - 2.3.3. L’indebita fruizione delle agevolazioni per l’assistenza al familiare disabile.
3. La condizione militare ed i limiti applicativi della legge n. 104/1992.
 - 3.1. I permessi di cui all’art. 33, comma 3, per il personale militare.
 - 3.1.1. La fruizione dei permessi è un diritto soggettivo o un interesse legittimo?
 - 3.1.2. Gli esoneri per il militare che usufruisce dei permessi per l’assistenza del familiare disabile.
 - 3.1.3. I permessi ex legge 104/1992 nella prassi amministrativa.
 - 3.2. La disciplina dell’art. 981, comma 1, lett. b) c.o.m. e i trasferimenti correlati alla assistenza del familiare disabile.
 - 3.2.1. Il problema del divieto del trasferimento di autorità di cui all’art. 33, comma 5, l. n. 104/1992 e la sua incompatibilità con l’ordinamento militare.
 - 3.2.2. I trasferimenti ad istanza di parte in relazione all’assistenza del familiare disabile
 - 3.2.2.1. Gli approdi giurisprudenziali in materia di trasferimenti ex legge n. 104/1992
 - 3.2.2.2. I trasferimenti ad istanza di parte ex art. 33, comma, 5, secondo le linee di indirizzo di Forza Armata.
 - 3.3. Il regime dei controlli e la repressione degli abusi.

1. Introduzione: il problema del c.d. “caregiver in divisa”.

Come è noto, nel contesto del sistema statale l'amministrazione militare ha una configurazione tipica, originata dalla singolarità delle sue funzioni¹ per la quale essa presuppone un'organizzazione improntata sulla operatività (Art. 88 D.lgs. n. 15 marzo 2010, n. 66 – Codice dell'Ordinamento militare - c.o.m.), ossia sulla capacità di agire con tempestività adeguata alle esigenze correlate ai suoi scopi istituzionali della difesa e della sicurezza.

In questo senso, la condizione militare è il particolare *status* giuridico del personale delle Forze Armate che lo distingue dalle altre forme di impiego presso le pubbliche amministrazioni. La specialità dei militari si qualifica per un sistema di diritti e doveri assolutamente singolare, il quale ruota attorno alla disciplina, alla gerarchia e alla componente etico-giuridica dell'attività dell'organizzazione: questa, in virtù degli specifici compiti alla quale è preposta, non può che essere basata sul razionale impiego delle risorse e sulla capacità di tutti i militari, ai rispettivi livelli di responsabilità di operare con professionalità, con spirito di coesione e disponibilità².

Da punto di vista generale risulta agevole rilevare che la regolamentazione del servizio presso le Forze Armate è connotata da uno statuto pubblicistico in cui il rapporto non si fonda su logica sinallagmatica tra le prestazioni del datore di lavoro e del lavoratore, bensì, in un'ottica funzionale esso è imperniato sulla disciplina militare - ossia «sull'osservanza consapevole delle norme attinenti allo stato di militare in relazione ai compiti istituzionali delle Forze Armate e alle esigenze che ne derivano» (art. 1346, comma 1, c.o.m.) -, sulla centralità del principio di gerarchia come paradigma di funzionalità dell'organizzazione e sulla dimensione giuridica dell'etica come fattore di coesione.

In questa prospettiva, la specialità della professione militare è rappresentata dalla totale disponibilità in servizio ed è contrassegnata dalla disciplinata emanazione ed esecuzione di direttive e ordini che governano l'organizzazione gerarchica della produttività in funzione dell'operatività dello strumento militare.

In questo senso, ad esempio, per i militari l'orario di lavoro o la sede di servizio hanno una dimensione giuridica completamente diversa rispetto a quanto previsto per gli altri dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Infatti, come è stato

1 Per una analisi più approfondita e dettagliata sul punto si rinvia a R. URSI, *L'amministrazione militare*, Giappichelli, Torino, 2018.

2 Sul punto cfr. A. LO TORTO, *La condizione militare nell'ordinamento delle forze Armate*, Giuffré, Milano, 2010, p.55 ss.

osservato, «la definizione dell'orario di lavoro del personale militare persegue il duplice scopo di: *stabilire* un metodo di razionalizzazione, su base temporale, della produttività al fine di ottimizzare, in armonia con il rapporto costo/efficacia, l'impiego delle risorse umane secondo criteri che consentano l'utilizzo delle energie fisiche e psichiche dei militari senza dispersioni conseguenti ad impieghi prolungati, a volte in condizioni rischiose e logoranti; *garantire* al singolo militare, anche in condizioni d'impiego rischiose e logoranti, la possibilità di mantenere il controllo delle proprie energie fisiche e psichiche in modo da poter gestire la qualità delle proprie prestazioni in armonia con le direttive e gli ordini di servizio»³. Altrettanto può dirsi con riferimento alla sede di servizio: poiché l'operatività non può essere subordinata all'accettazione della destinazione d'impiego, né condizionata da una pianificazione concordata con gli interessati. La mobilità imposta costituisce uno dei tratti distintivi dello *status* dei militari rispetto al regime generale del lavoro per le pubbliche amministrazioni, in cui, invece, è prevalente il necessario consenso dell'interessato.

La condizione militare, allora, individua un rapporto speciale di lavoro presso le pubbliche amministrazioni in cui tutte le garanzie e le tutele accordate dall'ordinamento a presidio del lavoratore sono filtrate attraverso il paradigma della necessaria funzionalità di un'organizzazione la quale è caratterizzata da scopi istituzionali fondamentali di rilievo costituzionale (la sicurezza e la difesa) e vocata prioritariamente alla operatività.

Proprio in questa prospettiva si pone l'oggetto del presente studio, il quale mira a analizzare l'incidenza sulla condizione militare di una particolare, e costituzionalmente rilevante, garanzia per il lavoratore, ossia l'assistenza ai congiunti portatori di grave handicap riconosciuta dal nostro ordinamento sin dal 1992 come forma di tutela per i soggetti in situazione di difficoltà o incapacità a svolgere autonomamente attività di base della vita quotidiana o di altre attività essenziali per la vita indipendente senza assistenza.

Come si avrà modo di precisare, la cura delle persone con disabilità come espressione del diritto fondamentale della dignità della persona è un obiettivo primario correlato ai doveri di assistenza, che la Costituzione prevede come compiti della Repubblica, ma anche esplicitamente stabiliti anche da norme di carattere internazionale ed europeo. Tra le misure che l'ordinamento predispone per la tutela

3 Cfr. A. LO TORTO, *L'orario di servizio del personale militare valenza disciplinare e rilevanza penale*, in *Rassegna di giustizia militare*, 2015, n. 4. Al riguardo si segnala che ai sensi dell'art. 10 del D.P.R. 15 maggio 2018 n. 40 l'orario di lavoro è definito in 36 ore settimanali.

della disabilità si collocano certamente quegli strumenti indirizzati a consentire ai familiari di soggetti con handicap grave di assistere i propri congiunti in caso di necessità. In particolare, assume rilevanza il riconoscimento a favore dei familiari di soggetti disabili di periodi di astensione dal lavoro finalizzati alla tutela della salute psico-fisica, ma anche all'integrazione sociale ed al godimento dei diritti delle persone con disabilità. Posta la centralità della famiglia nell'assistenza al disabile, risulta agevole osservare che si è in presenza di misure che si inseriscono nell'ambito del più ampio obiettivo di gestione dei tempi di lavoro e dei tempi di vita, allo scopo di favorire la conciliazione degli obblighi di lavoro con la cura della famiglia secondo una ripartizione il più possibile equilibrata.

Alla luce di quanto detto, non può non registrarsi una fisiologica tensione tra la condizione militare e il godimento delle agevolazioni lavorative per l'assistenza al familiare disabile. Il “*caregiver* in divisa”, in ragione della specificità dell'organizzazione in cui si trova inserito, va in contro ad un regime applicativo delle norme differenziato in quanto condizionato dalle esigenze correlate alla tipologia di impiego della sua attività lavorativa. Specificità che, peraltro, è stata positivizzata dallo stesso legislatore nell'art. 19 della legge 4 novembre 2010, n. 183. Al riguardo, può sin d'ora tenere presente quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale «a fronte di evenienze organizzative, spesso caratterizzate da aspetti di complessità come nel caso delle forze di polizia o delle Forze Armate, all'Amministrazione può ben chiedersi di tenere in debito conto i bisogni, personali e familiari, dei suoi dipendenti, soprattutto in presenza di realtà organizzative complesse come nell'ambito delle forze Polizia o forze Armate, ma non di certo subordinare ad essi la realizzazione dei propri compiti istituzionali, ai quali invece, nel bilanciamento, deve riconoscersi priorità assoluta, in quanto preordinati a quella cura di interessi pubblici che non tollera soluzioni di continuità»⁴.

Ciò posto, scopo del presente studio è quello di analizzare i limiti dell'applicazione della legislazione in materia di assistenza ai disabili per il personale militare degli Enti della Difesa e il regime dei controlli che l'amministrazione militare deve porre in essere per la verifica della corretta applicazione dei benefici previsti.

Nella prima parte, si procederà ad una disamina della normativa generale guardando sia ai principi ed alle norme di fonte internazionale ed europea, sia alle disposizioni specifiche previste dall'ordinamento italiano nella legge 5 febbraio 1992

4 Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 marzo 1012, n. 1828.

n. 104, con riferimento alla disciplina dei permessi e dei trasferimenti destinati alla assistenza del congiunto disabile così come plasmato dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa.

In considerazione del quadro normativo tracciato, nella seconda parte, si analizzeranno le disposizioni, espressamente previste per il personale militare dal Codice dell'Ordinamento militare, nella loro dimensione applicativa come disegnata dalle linee di indirizzo fornite dagli uffici competenti degli Stati maggiori di Forza Armata e in considerazione di quanto affermato sul tema dalla giurisprudenza amministrativa. In proposito, si presterà particolare attenzione al sistema dei controlli, il quale non risulta espressamente normato dall'ordinamento militare.

Dal punto di vista metodologico lo studio si articola in un'analisi strettamente giuridica connessa alle questioni sollevate dalla dimensione applicativa delle disposizioni in materia. In questa prospettiva, si sono poste a base della ricerca le norme rilevanti, le direttive della prassi e le decisioni dei giudici tralasciando l'analisi del dato quantitativo-statistico che esula dal presente studio.

2. Il quadro normativo generale.

2.1. La tutela del disabile nel diritto internazionale.

La disabilità come questione giuridica, sia a livello nazionale che internazionale, è stata tradizionalmente trattata come un aspetto della legislazione in materia di sicurezza sociale e assistenza sociale, diritto sanitario o tutela della salute. Le persone con disabilità non erano rappresentate come soggetti con diritti legali ma come oggetti di programmi di welfare, salute e beneficenza. In questa prospettiva, il disabile è un soggetto che per ragioni legate al suo status di minorità, non può naturalmente esercitare i diritti riconosciuti agli altri individui. La disabilità è considerata, pertanto, alla stregua di una malattia permanente che conduce all' "handicap" e che limita l'individuo che ne è affetto nell'esercizio delle normali attività quotidiane⁵. Si tratta di un approccio culturale che evidentemente si riflette sull'impianto normativo che è appunto finalizzato al soggetto disabile come destinatario di sostentamento e assistenza da parte della collettività non come centro di imputazione di diritti.

5 A. D. MARRA, *Disabilità*, in *Digesto discipline privatistiche sez- civ.*, Agg. IV, UTET Torino, , 2010, p. 555 ss.

Non è un caso che né nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo del 1948, né nel Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966, né infine nel Patto dei diritti economici, sociali e culturali (ICESCR) del 1976, si riscontra un esplicito riferimento alla questione della disabilità⁶. Espressione del medesimo orientamento è d'altra parte anche la Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 1950 nella quale nulla è detto a proposito delle persone disabili⁷.

L'impossibilità di ricondurre i diritti dei disabili alla più ampia categoria dei diritti umani ha comportato, al fine di predisporre adeguate forme di protezione nei confronti di queste persone, il ricorso al concetto di "categorie protette". In tale senso, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso si comincia a registrare una particolare attenzione al tema seppur all'interno di un quadro concettuale e, per certi versi ideologico, ancora legato ad un approccio medico-assistenziale⁸.

Un significativo passaggio da un modello c.d. medico a un modello sociale focalizzato sui diritti e l'uguaglianza⁹ comincia a farsi strada solo a partire dalla fine degli anni Ottanta. Un passo in avanti in tal senso si registra nel 1993 quando l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato le "*Regole standard non vincolanti delle Nazioni Unite sull'uguaglianza delle opportunità per le persone con disabilità*".

Le Regole standard accentuano chiaramente l'uguaglianza, affermando che «il principio della parità di diritti implica che i bisogni di ogni individuo siano di uguale

6 N. FOGGETTI, *La tutela delle persone con disabilità nel diritto internazionale*, Key editore, Vicalvi (FR), 2017, p.13 ss.

7 S.S. HERR, L.O. GOSTIN, H.H. KOH, *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities*, Oxford University Press, New York, 2003, p. 45 ss.

8 In proposito vanno richiamati gli atti dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite di natura non vincolante rivolti alla tutela delle persone disabili, quali la Dichiarazione sui diritti delle persone disabili mentali del 1971 e la Dichiarazione sui diritti delle persone disabili del 1975, che si prefiggono di sollecitare gli Stati ad intraprendere una politica legislativa in grado di garantire alle persone con disabilità tutela medica e assistenza sanitaria adeguata.

9 In tema vedi: C. BARNES, *The Social Model of Disability: Valuable or Irrelevant?*, in N. WATSON, A. ROULSTONE, C. THOMAS (eds), *The Routledge Handbook of Disability Studies* London, Routledge, 2012. Come correttamente osservato il modello sociale della disabilità, questa norma, pur riconoscendo l'esistenza di una menomazione e non negandone la rilevanza, non ingabbia o marchiava il soggetto attraverso la definizione di "persona handicappata": il focus si sposta dall'individuo oggetto di stigma sociale (come era l'interdetto) alla mancanza di autonomia. Per ovviare ad essa la norma appresta un rimedio elastico e di contenuto non predeterminato. Il "baricentro" della norma non è più la verifica medica della sussistenza di un handicap cui segue l'applicazione di benefici, ma la piena partecipazione della persona, mediante la restituzione dell'autonomia e la valorizzazione della capacità di auto-determinarsi, in quanto titolare di diritti e responsabilità (Cfr. A. MARRA, *op. cit.*, p. 557).

importanza, che quei bisogni debbano essere posti alla base della pianificazione delle società e che tutte le risorse debbano essere impiegate in modo tale da garantire che ogni individuo abbia pari opportunità di partecipazione». Pertanto, le Regole standard hanno lo scopo di evidenziare i settori che consentono l'attuazione del principio di pari opportunità per la cui relazione sono state formulate¹⁰. Si tratta di un'innovazione molto importante rispetto al passato, costituendo la *ratio* stessa della Risoluzione, e che si specifica nelle disposizioni che garantiscono alle persone con disabilità l'integrazione nel sistema scolastico ed in quello lavorativo dei vari Stati, l'accesso all'informazione ed al patrimonio culturale, il diritto alla vita privata e familiare ed allo sport.

Essendo chiaramente mirate alla "parità di opportunità", le Regole standard del 1993 a prima vista riflettevano la volontà di esprimere una soluzione di continuità rispetto all'approccio medico e diagnostico, che ignorava le imperfezioni e le carenze della società circostante. Tuttavia, a un esame più attento, la terminologia utilizzata dalle regole presenta ancora delle ambiguità. Da un lato, il termine "disabilità" è collegato a «diverse limitazioni funzionali che si verificano in qualsiasi popolazione in qualsiasi paese del mondo». Secondo le Regole standard, «le persone possono essere disabili a causa di menomazioni fisiche, intellettuali o sensoriali, condizioni mediche o malattie mentali. Tali menomazioni, condizioni o malattie possono essere di natura permanente o transitoria». D'altra parte, tali regole si riferiscono all'"handicap" come alla perdita o alla limitazione delle opportunità di prendere parte alla vita della comunità su un piano di parità con gli altri, vale a dire all'incontro tra la persona con disabilità e l'ambiente, riflettendo così il "modello sociale".

Nonostante in questo atto si sviluppi certamente la prospettiva basata sui diritti delle persone con disabilità e la promozione di un ambiente accessibile in cui questi diritti possono essere esercitati, il testo si concentra ancora sul trattamento medico e sulla prevenzione, come condizioni preliminari per una partecipazione paritaria.

In ogni caso, indipendentemente dai loro punti di forza e di debolezza testuale, questo strumento di *soft law* non era vincolante per gli Stati e il suo impatto è stato, nel complesso, piuttosto limitato. In questo senso, emergeva la necessità di una convenzione internazionale a carattere vincolante, al quale costituisse un quadro normativo per la promozione e la protezione dei diritti umani delle persone con disabilità.

10 M. R. DE SAULLE, *Norme standard*, in *Enciclopedia del diritto.*, agg. Vol. II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 594 ss.

I tempi per l'adozione di uno strumento di questo tipo sono maturati con l'avvento del nuovo millennio. Infatti, sullo sfondo dell'omissione del problema dei diritti dei disabili dagli Obiettivi di Sviluppo del Nuovo Millennio, formulati dall'ONU nel 2000¹¹, è stata avviata una campagna volta a disegnare una disciplina specifica e vincolante.

Il 19 dicembre 2001 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha istituito un Comitato per l'elaborazione di una Convenzione internazionale in grado di promuovere e tutelare i diritti delle persone con disabilità sulla base di un modello olistico fondato sullo sviluppo sociale, sui diritti umani e sul principio di non discriminazione¹². I lavori Comitato si non protratti per cinque anni ed hanno condotto all'elaborazione della "*Convenzione internazionale per i diritti delle persone con disabilità*" (CRPD), approvata ed aperta a ratifiche, il 13 dicembre 2006¹³.

La CRPD, che comprende un preambolo e 50 articoli e il suo protocollo opzionale comprendente 18 articoli, si pone, nel complesso, come la più densa esposizione di diritti fondamentali dei disabili da parte delle Nazioni Unite fino ad oggi e, dal punto di vista formale, si caratterizza come la prima convenzione delle Nazioni Unite sui diritti umani a contenere una rubricazione di tutti gli articoli¹⁴.

L'art. 1 della CRPD contiene una norma manifesto in cui si afferma che «scopo della presente Convenzione è promuovere, proteggere e assicurare il pieno ed eguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità, e promuovere il rispetto per la loro inerente dignità».

La "disabilità" viene, quindi, concepita come il prodotto dell'interazione delle persone con disabilità con le barriere ambientali che ostacolano la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di parità con gli altri. Questa idea generale emerge dalla descrizione delle persone con disabilità contenuta nel

11 Vedi il documento "*We the Peoples: The Role of the United Nations in the 21st Century*", risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 9704 del 3 Aprile 2000.

12 V. VADALÀ, *La tutela delle disabilità*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 55.

13 Per un'analisi dettagliata dei lavori preparatori della Convenzione vedi: R. KAYNESS, P. FRENCH, *Out of Darkness into Light? Introducing the Convention of Persons with Disabilities*, in *Human Rights Law Review*, 2008, 1, p. 1 ss.; S. TRÖMEL, *A Personal Perspective on the Drafting History of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *European Yearbook on Disability Law*, 2009, p.115 ss.; G. QUINN, *A Short Guide to the United Nations Convention on the Right of Persons with Disabilities* in *European Yearbook of Disability Law*, 2009, p. 89 ss.; G. DE BURCA, *The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention*, *European Law Review* 2010, 2 ss.

14 Per una disamina sintetica dei contenuti della Convenzione F. SEATZU, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone Disabili: i Principi Fondamentali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 535 ss.

secondo paragrafo dell'art. 1 nonché dall'enfasi posta nel testo della CRDP sul riconoscimento dei diritti fondamentali e sulla rimozione delle suddette barriere come primario obiettivo per facilitare la partecipazione e l'inclusione dei disabili all'interno della società. In questo senso, la CRPD si pone in discontinuità rispetto ai precedenti interventi Nazioni Unite in questo settore poiché essa, in linea di massima, si occupa pochissimo della prevenzione o del trattamento medico della disabilità.

L'art. 2 ribadisce la necessità di evitare qualsiasi discriminazione sulla base della disabilità ossia «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 eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo. Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole».

L'art. 3 enuclea i principi fondamentali su cui si basa la Convenzione, vale a dire: il rispetto della persona nelle sue scelte di autodeterminazione; la non discriminazione; l'integrazione sociale; l'accettazione delle condizioni di diversità della persona disabile; il rispetto delle pari opportunità e dell'eguaglianza tra uomini e donne; l'accessibilità; il rispetto dello sviluppo dei bambini disabili.

Con particolare riferimento al tema del presente studio occorre sottolineare che la CRPD non si occupa direttamente dei familiari delle persone con disabilità non conferisce loro alcun diritto indipendentemente da quelli conferiti alle persone con disabilità. Anche quando la CRPD fa riferimento alla famiglia focalizza il suo ruolo sulle esigenze della persona con disabilità ovvero impone agli Stati l'obbligo di assistere le famiglie nel loro sforzo di realizzare i diritti umani delle persone con disabilità. In altri termini, è sempre il familiare con disabilità il beneficiario principale di ogni previsione¹⁵.

In proposito, si deve osservare che la questione se la convenzione avrebbe dovuto riconoscere i bisogni e i diritti dei familiari delle persone con disabilità sono state affrontate durante i lavori preparatori. A tale questione è stata data una risposta negativa sulla base della circostanza che nella maggior parte degli ordinamenti i bisogni e i diritti della famiglia tendono ad essere privilegiati rispetto a quelli delle persone con disabilità, le quali vengono considerate come partecipanti passivi alla vita familiare ovvero come "oneri" per altri membri della famiglia.

15 Sul punto vedi R. KAYNESS, P. FRENCH, *op. cit.*, p. 25 ss.

In questo senso, sebbene nel paragrafo (x) del Preambolo si espliciti che la famiglia si ponga come gruppo naturale e fondamentale della società e che debba essere riconosciuto il diritto della famiglia alla protezione da parte della società e dello Stato¹⁶, tuttavia, tale affermazione deve essere letta esclusivamente in funzione della protezione e dell'assistenza alle persone con disabilità. Infatti, la CRDP posiziona chiaramente le persone con disabilità come soggetti aventi un ruolo attivo nella vita familiare e chiarisce che la protezione e l'assistenza fornite alle famiglie hanno lo scopo di consentire loro di contribuire alla realizzazione dei diritti delle persone con disabilità. Dunque, tale assistenza non è intesa come compensazione dell'“onere” di prendersi cura di una persona con disabilità.

In questa prospettiva, il paragrafo 5 dell'art. 23 dispone che «gli Stati Parti si impegnano, qualora la famiglia di appartenenza non sia in condizioni di prendersi cura di un bambino con disabilità, a non trascurare alcuno sforzo per fornire cure alternative all'interno della famiglia allargata e, ove ciò non sia possibile, all'interno della comunità in un ambiente familiare».

La Convenzione ONU su diritti delle persone con disabilità è stata ratificata in Italia con legge 3 marzo 2009, n. 18.

2.2. L'Unione europea ed i diritti delle persone con disabilità.

La Comunità europea ha iniziato ad intervenire sulla questione della disabilità a partire dalla fine degli anni Settanta del secolo scorso, sebbene con azioni marginali basate su strumenti non vincolanti finalizzati allo scambio di informazioni tra gli Stati membri. D'altra parte, i diritti delle persone con disabilità non rientravano tra le competenze previste dai Trattati. Questi interventi si condensano nella risoluzione del Consiglio del 1974 che ha dato la stura, sino agli anni Novanta, ai programmi di azione “*Helios*” tesi a supportare gli Stati membri in relazione alle politiche di inserimento lavorativo dei disabili e alla formazione professionale degli stessi.

Nel 1996 con la Comunicazione della Commissione COM (96)406 viene dettagliata una nuova Strategia della Comunità europea nei confronti dei disabili che segna una svolta nell'azione delle istituzioni comunitarie in quanto per la prima volta

16 Il testo del Par. x) del Preambolo afferma «la famiglia, è il naturale e fondamentale nucleo della società e merita la protezione da parte della società e dello Stato, e che le persone con disabilità ed i membri delle loro famiglie dovrebbero ricevere la necessaria protezione ed assistenza per permettere alle famiglie di contribuire al pieno ed eguale godimento dei diritti delle persone con disabilità».

si individua un ambito di politica comune correlata al riconoscimento dei diritti e alla rimozione dei vari ostacoli che si frappongono alla parità di opportunità e alla piena partecipazione a tutti gli aspetti della vita delle persone disabili. Si trattava di un sistema integrato di azioni ispirate alle Regole standard delle Nazioni Unite e fondate sull'adesione ad un modello sociale di disabilità.

L'art. 13 del Trattato di Amsterdam del 1997 ha offerto giuridicità a tale strategia includendo la materia tra i compiti di intervento dell'Unione e, inoltre, in una dichiarazione allegata all'art. 95 TCE veniva previsto che tutte le misure di armonizzazione del mercato interno dovessero tenere conto delle esigenze delle persone con disabilità.

Tale ultima dichiarazione, sebbene non vincolante, ha costituito la base politica per le disposizioni contenute successivamente nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, approvata a Nizza nel 2000, laddove agli artt. 21 e 26 veniva riconosciuto ai disabili il diritto di non discriminazione e l'esigenza di misure positive per l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità.

Per quanto riguarda il diritto derivato con la Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, si dispone un quadro generale in materia di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di impiego che rappresenta il primo vero intervento legislativo indirizzato a tutelare la posizione dei disabili in ambito lavorativo.

Nel 2009, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha determinato un rafforzamento delle competenze dell'Ue in materia di disabilità, anche se solo indirettamente. Pur lasciando invariato il testo dell'articolo 19 TFUE (già articolo 13 TCE) nella parte in cui sancisce la competenza dell'Unione a «combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale», modifica la parte attinente alla procedura legislativa necessaria ad adottare tali misure. Come è stato attentamente osservato, ad essere cambiato è il ruolo del Parlamento europeo. Infatti, nel testo previgente il Consiglio decideva previa mera consultazione del Parlamento, mentre il Trattato di Lisbona prevede l'uso della procedura legislativa ordinaria, secondo la quale il Consiglio necessita della previa approvazione del Parlamento¹⁷. Inoltre, occorre segnalare come il Trattato di Lisbona, introducendo la cosiddetta clausola orizzontale di non discriminazione, all'interno dell'art. 10 TFUE, abbia posto

17 Cfr. D. FERRI, *L'Unione europea e i diritti delle persone con disabilità: brevi riflessioni a vent'anni dalla prima "Strategia"*, in *Politiche sanitarie*, 2016, 2, p. 120

una regola destinata ad integrare la lotta contro le discriminazioni in tutte le politiche e le azioni dell'Unione.

La Commissione europea con la Comunicazione del 2010 ha elaborato la "Strategia europea sulla disabilità 2010-2020: un rinnovato impegno per un'Europa senza barriere". Il documento intende prioritariamente offrire ai disabili la possibilità di esercitare i propri diritti ponendosi in una condizione di parità rispetto a tutti gli altri cittadini. La Commissione ha identificato otto ambiti d'azione principali: accessibilità, partecipazione, uguaglianza, occupazione, istruzione e formazione, protezione sociale, salute e azioni esterne. Per ogni settore si identificano le azioni chiave, sotto l'obiettivo globale dell'Unione evidenziato in un riquadro. Questi settori sono stati scelti in funzione del loro potenziale contributo al raggiungimento degli obiettivi generali della strategia e della Convenzione dell'ONU, dei relativi documenti delle istituzioni dell'UE e del Consiglio d'Europa¹⁸.

Il quadro normativo europeo, così tracciato, sembra perfettamente coerente con l'impianto della Convenzione ONU del 2006, la quale, d'altronde, costituisce norma cogente all'interno dell'Unione, giusta la ratifica avvenuta con Decisione del Consiglio del 26 novembre 2009 n. 2010/48/EC, ed è divenuta parte integrante del diritto europeo con rango sub-costituzionale ai sensi dell'art. 2016, par. 2, TFUE.

Tuttavia, appare opportuno sottolineare che nella decisione sul caso *Z c. A Government department*, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affermato che la CRPD, pur essendo parte integrante del diritto dell'Unione europea, non ha efficacia diretta. La Convenzione, infatti, presenta un carattere programmatico, poiché le sue disposizioni sono subordinate all'intervento di atti ulteriori che competono alle parti contraenti. Pertanto, esse non sono, dal punto di vista del contenuto, incondizionate e sufficientemente precise, mancando dunque dei requisiti richiesti per determinare effetti diretti nel diritto dell'Unione europea¹⁹.

La Convenzione dispiega, tuttavia, effetti interpretativi, visto che il diritto secondario va interpretato in maniera conforme alle norme della CRPD. La Corte di Giustizia nelle decisioni sui casi *HK Danmark*²⁰ e *Commissione c. Italia*²¹, entrambe

18 Al riguardo si veda J. CLIFFORD, *The UN Disability Convention and its Impact on European Equality Law*, in *The Equal Rights Review*, vol. 6, 2011, p. 11 ss.

19 Cfr. Corte Giust. UE, 18 marzo 2014, in C-362/12, par. 86-88

20 Corte Giust. UE, 11 aprile 2013, in C-335/11 e 337/11. Questa decisione assume rilevanza poiché individua una nozione europea di disabilità coerente con quella contenuta nella Convenzione ONU. In particolare, la Corte, superando un precedente orientamento esplicitato nella decisione *Chacón Navas* (Corte giust. UE, 11 luglio 2006, C-13/05, p. 43) in base alla quale la nozione di handicap era da intendersi solo in

del 2013²², ha affermato che, in coerenza con quanto stabilito dalla CRDP, nell'ordinamento europeo, in luogo di una valutazione a carattere esclusivamente medico-individuale, si deve assumere una nozione dell'handicap di stampo sociale.

senso medico ha affermato che in ragione della ratifica da parte dell'Unione della Convenzione ONU ha ritenuto di interpretare le norme della Direttiva n. 2000/78/CE alla luce di quella dichiarando che la nozione di «handicap» deve includere anche una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia comporti una limitazione, probabilmente di «lunga durata», risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori.

- 21 Corte giust. UE, 4 luglio 2013, in C- 312/11 (per un commento alla decisione vedi C. DANISI, *Disabilità, lavoro e “soluzioni ragionevoli”: l’inadempimento dell’Italia alla Corte di Giustizia*, in *Quaderni Costituzionali*, vol 4, 2014, p. 1005 ss.; M. CINELLI, *Insufficiente per la Corte di Giustizia la tutela che l’Italia assicura ai lavoratori disabili: una condanna realmente meritata?*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, vol 4, 2013, p. 935 ss.). In questa decisione la Corte si pronuncia sul ricorso per inadempimento presentato dalla Commissione nei confronti dell’Italia per incompleta trasposizione dell’art. 5 della Direttiva 2000/78. La Corte sostanzialmente ritiene le cesure della Commissione fondate e, nell’esame della questione, ribadisce che il concetto di “disabilità”, pur non essendo definito nella Direttiva 2000/78/CE, debba essere interpretato alla luce della Convenzione ONU e che, di conseguenza, anche le legislazioni nazionali devono approntare una definizione ad essa conforme. In particolare, secondo la Corte di giustizia, la legislazione italiana non traspone correttamente l’art. 5 della direttiva, poiché, «anche se valutata nel suo complesso, non impone all’insieme dei datori di lavoro l’obbligo di adottare, ove ve ne sia necessità, provvedimenti efficaci e pratici, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, a favore di tutti i disabili, che riguardino i diversi aspetti dell’occupazione e delle condizioni di lavoro, al fine di consentire a tali persone di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione». Infatti, la nozione di «persona handicappata», contenuta nella legislazione italiana pone l’accento sulle limitazioni delle facoltà (minorazioni) e lo svantaggio sociale che ne deriva (*handicap*), dunque sugli elementi che condizionano in negativo la vita della persona con disabilità. Pertanto, secondo la Corte, la legge italiana difetterebbe di quel riferimento all’ambiente in cui la “persona con disabilità” vive ed interagisce, in rapporto al quale le “menomazioni” devono essere valutate: tale riferimento costituisce il fulcro della dimensione sociale della disabilità veicolata dalla Convenzione ONU e fatta propria dal diritto europeo.
- 22 Per un’analisi della giurisprudenza europea sulla nozione di disabilità vedi: A. VENCHIARUTTI, *Sistemi multilivello delle fonti e divieto di discriminazione per disabilità in ambito europeo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, vol 9, 2014, p. 409 ss.; S. FAVALLI, D. FERRI, *Defining Disability in the EU Non-Discrimination Legislation: Judicial Activism and Legislative Restraints*, in *European Law Review*, vol.22, 3, 2016, p. 1 ss.; M. PASTORE, *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di Giustizia dell’Unione europea*, in *Diritto della sicurezza sociale*, 2016, p.199 ss.)

2.3. La disciplina dell'assistenza ai disabili nell'ordinamento italiano.

2.3.1. Il riconoscimento costituzionale del diritto all'assistenza del disabile.

La succinta disamina della tutela dei soggetti disabili offerta dalle norme internazionali ed europee dimostra come il tema si presti ad analisi giuridiche differenziate in ragione della tipologia di intervento pubblico destinato a socializzare la posizione di tali soggetti, ossia indirizzato a consentire loro il pieno ed effettivo godimento del diritto allo sviluppo della propria personalità e ad una vita partecipe ed integrata nel contesto socio-economico senza che la propria condizione di debolezza sia causa di discriminazioni. Dunque, un approccio non solamente contrassegnato dall'attenzione alle singole limitazioni funzionali delle persone disabili, quanto piuttosto alle più generali barriere ambientali, culturali e sociali che rendono disabili e senza il superamento delle quali non potrà mai dirsi garantito il pieno esercizio dei diritti, oltre che la parità di trattamento e la piena partecipazione alla società delle persone con disabilità.

Tale visione è perfettamente coerente con l'impianto costituzionale italiano, il quale, già prima del riconoscimento internazionale, era imperniato su valori e principi fondamentali finalizzati alla tutela dei soggetti deboli.

Nonostante l'assenza nella nostra Carta costituzionale di una specifica previsione a tutela dei diritti delle persone con disabilità, non v'è dubbio che queste ultime siano titolari di tutte le situazioni soggettive garantite in generale dalla Costituzione ed, in questo senso, tutti problemi che si pongono per i disabili non possano che riguardare tutte quelle situazioni²³. Nel programma di giustizia sociale delineato dalla nostra Costituzione volto a favorire i soggetti più "deboli", la posizione delle persone con disabilità trova pertanto una protezione adeguata e, comunque, idonea «a non emarginarli dalla vita più del necessario ma anzi rivolta ad inserirli nella vita stessa il più possibile»²⁴.

Come è stato osservato in dottrina, «il "riconoscimento" e la "garanzia" dei diritti dei disabili (art. 2 Cost.) per il conseguimento di quella "pari dignità sociale" (art. 3 al. Cost.) che consente il "pieno sviluppo della persona umana" (art. 3 cpv. Cost.)

23 U. DE SIERVO, *Libertà negative e positive*, in R. BELLI (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Franco Angeli, Milano, 2000, pp. 35-36.

24 Così G. ROEHRSEN, *Gli handicappati nella Costituzione*, in *Rassegna amministrativa della sanità*, 1978, pp. 10 s.

trovano un saldo fondamento proprio in quel parametro espansivo offerto dalla Costituzione e rappresentato dalla pienezza dello sviluppo della persona. Attraverso l'espansività del suddetto parametro costituzionale (...) a venire in evidenza è proprio il riconoscimento in favore dei cc.dd. soggetti deboli – quali appunto le persone con disabilità – di quei diritti alla riduzione delle diseguaglianze, condizione imprescindibile per realizzare il loro diritto ad avere pari opportunità». In questa prospettiva, «i diritti fondamentali entrano (...) in una dimensione nuova (...) quella della partecipazione effettiva di tutti alla vita economica, politica e sociale del Paese, che si esprime nelle forme dei principi personalistico, pluralistico e solidaristico (art. 2 Cost.), la cui effettiva realizzazione non può tuttavia prescindere dal principio di eguaglianza sostanziale accolto dall'art. 3, 2° comma, Cost. Questi fa dell'impegno a rimuovere le diseguaglianze di fatto e le condizioni di subalternità sociale (...) un tratto caratterizzante della forma di Stato della democrazia pluralistica»²⁵.

In quest'ottica, la tutela costituzionale dei disabili – che muove dalla garanzia dei diritti inviolabili e dalla promozione della dignità umana – tende all'inclusione del singolo ed è preordinata alla rimozione degli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona. Dai principi di solidarietà ed eguaglianza solidarietà deriva il compito di liberare la persona disabile da quegli stati di bisogno che ne compromettono la partecipazione politica, economica e sociale. Così, risulta agevole affermare che, in una prospettiva di piena socializzazione della disabilità, il combinato disposto degli articoli 2 e 3 della Costituzione funzionalizza l'ordinamento all'emancipazione dei soggetti disabili, favorendo, anche attraverso la propulsione di una società "complice", il godimento libero ed eguale dei diritti inviolabili²⁶.

Ciò posto, sembra fuori di dubbio che, almeno in via interpretativa, la Costituzione abbia sposato un modello sociale di disabilità quale esplicitazione dei principi personalistico, pluralistico e solidaristico che la caratterizzano.

Orbene, la declinazione legislativa dell'impianto costituzionale ha trovato nel corso degli anni diversi ambiti di intervento che hanno riguardato la rimozione delle barriere architettoniche, l'educazione, il lavoro, l'assistenza.

Proprio a quest'ultimo profilo il presente studio intende dare prevalente rilevanza, poiché proprio sul diritto all'assistenza del disabile si innestano le questioni giuridiche connesse al rapporto tra condizione militare e assistenza ai familiari disabili.

25 Cfr. C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e costituzione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, pp. 13-15 e pp. 58-60

26 Cfr. F. MASCI, *La tutela costituzionale della persona disabile*, in *www.federalismi.it*, 2020.

In questo senso, il riconoscimento costituzionale della socializzazione del disabile di cui agli artt. 2 e 3 Cost. non possa che ritenersi necessariamente irrelato, non solo all'art. 32 Cost. in quanto espressione del generale diritto alla salute, ma altresì all'art. 29 Cost. in relazione all'ineludibile ruolo della famiglia nella cura e nella socializzazione.

Al riguardo, la giurisprudenza costituzionale ritiene che il diritto alla salute psico-fisica ex art. 32 Cost. della persona con disabilità va letto, in maniera imprescindibile, congiuntamente all'art. 2 Cost.: da tale combinato disposto deriva la circostanza che esso sia ricomprensivo del diritto (definito *fondamentale*) alla socializzazione²⁷. Infatti, la tutela della salute psico-fisica del disabile postula la compartecipazione di una pluralità di variabili, e quindi l'adozione di interventi normativi ed economici relativi alla famiglia, alla scuola e al lavoro, la cui interazione è fondamentale nei processi di socializzazione. Tra questi, la famiglia si rivela come il primo fattore di socializzazione del disabile, ai sensi dell'art. 29 Cost., poiché essa si pone come luogo prioritario in cui realizzare un'assistenza permanente, continuativa e globale che, limitando la compromissione delle capacità fisiche, psichiche e sensoriali, incida in positivo sulla socializzazione della persona disabile. Pertanto, in un'ottica bio-psico-sociale risulta evidente che l'assistenza familiare costituisca il primo e fondamentale presidio per l'emancipazione del disabile²⁸. In altri termini, il diritto alla socializzazione della persona disabile deve portare anche ad agevolare il suo pieno inserimento nella famiglia, stante la centralità del ruolo della famiglia stessa nell'assistenza della persona disabile e nell'assicurarne una certa qualità della vita, nel momento in cui la famiglia è presente e in grado di prendersi cura del familiare²⁹. D'altronde, come è stato osservato, è proprio nelle "comunità" di appartenenza – tra cui vi è anche la famiglia – che il cittadino recupera il senso della propria umanità. Un'esigenza che si fa ancora più forte per i soggetti vulnerabili, che più degli altri devono essere posti nella condizione di determinare il proprio progetto di vita ed evitare, così, l'esclusione, la marginalizzazione e la stigmatizzazione³⁰. Infatti, come affermato dalla Corte costituzionale, la famiglia rappresenta «la sede privilegiata del

27 Cfr. Corte cost. 23 settembre 2016, n. 213.

28 Cfr. Corte cost. 8 maggio 2017, n. 158.

29 Sul punto vedi L. VIOLINI, *Il diritto all'assistenza delle persone disabili*, in C. COLAPIETRO, A. SALVIA (a cura di), *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent'anni dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, pp. 241 ss.

30 E. BATTELLI, *I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona*, in *Diritto di famiglia e delle presone*, 2020, I, p. 283 ss.

più partecipe soddisfacimento delle esigenze connesse ai disagi del relativo componente, così da mantenere *intra moenia* il relativo rapporto affettivo e di opportuna e necessaria assistenza; rendendo conseguentemente secondaria e complementare la scelta verso soluzioni assistenziali esterne»³¹.

2.3.2. La legge n. 104/1992.

Dopo la Costituzione repubblicana la legislazione italiana in materia di tutela dei disabili risulta caratterizzata da una divisione di interventi, ognuno dei quali considera soltanto una particolare esigenza (prevenzione, riabilitazione, assistenza economica, assistenza sanitaria, collocamento al lavoro; integrazione scolastica e formativa ecc.), differenziando le categorie di portatori di handicap sia per tipologia della menomazione o disabilità, sia per causa della stessa. Occorre, però, precisare che, sebbene essi siano ancora legati ad un'idea di disabilità fortemente connotata da un'interpretazione medico-individualista, nei vari interventi legislativi, soprattutto durante gli anni Settanta ed Ottanta, sia riscontrabile una particolare cura per l'aspetto dell'integrazione del portatore di handicap nella società, sia nella scuola sia nel lavoro³².

Tuttavia, con la sentenza n. 167/1991, la Corte costituzionale aveva indirizzato un forte monito al legislatore perché adottasse, «più ampie ed addirittura generalizzate misure di protezione degli *handicappati*»³³.

Tale sollecitazione veniva immediatamente raccolta dal legislatore che, in attuazione dei principii costituzionali e coerentemente con quanto previsto a livello internazionale ed europeo, ha emanato nel 1992 la c.d. “Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate”, con la quale si garantiscono e concretizzano questi valori e si riconoscono i conseguenti diritti.

La *ratio* ispiratrice della legge 5 febbraio 1992, n. 104 è individuata nel fornire sostegno a soggetti svantaggiati, creando una struttura di garanzie fissate normativamente con l'intento di assicurare alle persone disabili tutti i benefici e i diritti

31 Corte cost. 14 gennaio 2016, n. 2.

32 Tra gli interventi legislativi più importanti si segnala: la legge n. 482/1968 sul collocamento obbligatorio dei disabili; la legge n. 118/1971 che pone una disciplina organica sull'invalidità civile e con cui vengono istituite le provvidenze economiche dell'assegno mensile e della pensione di invalidità civile; la legge n. 517/1977, la quale abolisce le classi differenziali per i disabili nella scuola; la legge n. 18/1980 che istituisce l'indennità di accompagnamento per gli invalidi civili; la legge n. 13/1989 che disciplina l'eliminazione delle barriere architettoniche per i disabili.

33 Cfr. Corte cost., 18 aprile 1991, n. 167.

che la condizione di disabilità potrebbe avere in qualche misura modificato, offrendo, altresì, le condizioni per una piena e reale integrazione sociale.

Infatti, ai sensi dell'art. 1, si afferma che è compito della Repubblica: a) garantire il pieno rispetto della dignità umana e i diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata e ne promuove la piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; b) prevenire e rimuovere le condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, nonché la realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali; c) perseguire il recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali e assicura i servizi e le prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, nonché la tutela giuridica ed economica della persona handicappata; d) predisporre interventi volti a superare stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata.

La legge n. 104/1992, pertanto, risponde all'esigenza di assicurare un quadro globale ed organico alla tutela del portatore di handicap: essa incide necessariamente in settori diversi, spaziando dalla ricerca scientifica agli interventi di tipo sanitario ed assistenziale ed in genere volti eliminazione di ostacoli all'esercizio di varie attività e di molteplici diritti costituzionalmente protetti ai sensi dell'art. 3, comma 2, Cost.

L'art. 3 della legge n. 104/1992 definisce la persona handicappata come «colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione». In tale definizione emerge il paradigma "sociale" dell'inquadramento giuridico della persona portatrice di handicap, il quale, appunto non si configura solo come danno organico-funzionale o rinveniente da una menomazione fisica evidente, ma rappresenta anche le conseguenze sociali e ambientali che da questa si riflettono sull'individuo.

In tal senso, sembra agevole osservare come dalla disposizione in esame emerga in maniera inequivocabile che la condizione di minorazione fisica rappresenti l'elemento presupposto della condizione di handicap e, quindi, non sia, da sola, idonea a definire lo *status* di persona handicappata. Infatti, occorre che la minorazione, fisica o psichica, sia causa di difficoltà di apprendimento ovvero impedisca lo svolgimento di una normale vita di relazione ovvero, ancora, determini

l'impossibilità di una normale integrazione lavorativa. In quest'ottica, si ritiene corretta l'opinione di chi ritiene che lo scopo perseguito dalla legge n. 104/1992 sia quello di consentire lo «sviluppo e la condizione umana dei soggetti portatori di handicap, il quale si qualifica, appunto, come «condizione di svantaggio sociale determinato dalla impossibilità di conformarsi alle comuni condizioni di vita di un soggetto normale in relazione all'età, al sesso ed ai fattori socio-culturali dell'individuo, dovuta alle conseguenze che la minorazione fisica ha causato nel soggetto portatore»³⁴

Tale prospettiva è stata suggellata dalla giurisprudenza costituzionale, la quale ha affermato che la normativa in esame 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-fisica del soggetto diversamente abile»³⁵; 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 e 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»³⁶.

In altri termini, la finalità della legge n. 104/92 deve individuarsi, 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 familiari e la socializzazione costituiscono un elemento essenziale.

Tuttavia, giova sottolineare come, proprio con riferimento al ruolo della famiglia, la stessa Corte costituzionale, dopo avere osservato l'ampio spettro di misure e settore di interessi correlati alla legge in esame, abbia posto in evidenza il rischio di una eccessiva valutazione delle norme sull'assistenza familiare poiché «non è immaginabile che l'assistenza al disabile si fondi esclusivamente su quella familiare»³⁷.

34 Cfr. D. MESITI, *Handicap, cecità, sordità*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 5.

35 Cfr. Corte cost., 30 gennaio 2009, n. 19.

36 Cfr. Corte cost., 16 giugno 2005, n. 233.

37 Cfr. Corte cost., 27 luglio 1996, n. 325.

Così, secondo l'impostazione della giurisprudenza costituzionale il riconoscimento di un ruolo precipuo ai familiari, unitamente a tutte le misure previste e a tutti gli attori pubblici competenti, 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»³⁸. Ciò emerge chiaramente dall'art. 7, comma 1, nel quale si prevede il coinvolgimento dei familiari disabili nei programmi di cura e di riabilitazione della persona con handicap; e dall'art. 8, comma 1, lett. a), nel quale si stabilisce che al nucleo familiare della persona handicappata siano destinati interventi di carattere socio-psicopedagogico, di assistenza sociale e sanitaria a domicilio, di aiuto domestico e di tipo economico.

Tra le misure che l'ordinamento predispone a tutela della disabilità, uno specifico rilievo assumono quegli strumenti posti non direttamente a garanzia dei soggetti con disabilità, ma volti a consentire ai familiari di invalidi civili con handicap grave di assistere i propri congiunti in caso di necessità. Tra queste misure assumono particolare rilevanza quelle relative al riconoscimento a favore dei familiari di portatori di handicap di periodi di astensione dal lavoro finalizzati alla tutela della salute psico-fisica del disabile, nonché alla sua assistenza e integrazione sociale.

Tali norme si inseriscono nell'ambito del più ampio obiettivo di gestione dei tempi di lavoro e dei tempi di vita, allo scopo di favorire la conciliazione degli obblighi di lavoro con la cura della famiglia secondo una ripartizione il più possibile equilibrata.

La centralità della famiglia nell'assistenza al disabile è, infatti, esplicitamente considerata dall'art. 33, ai commi 3 e 5, della legge n. 104/1992, il quale prevede agevolazioni, in termini, rispettivamente, di premessi retribuiti e di avvicendamento della sede lavorativa, per il familiare lavoratore che deve prestare assistenza al disabile. L'obiettivo perseguito dal legislatore è appunto quello di consentire al portatore di handicap di ricevere un effettivo sostegno nel caso in cui il familiare che lo assiste sia un prestatore di lavoro. Il valore tutelato, come attentamente rilevato, sia dalla Costituzione, sia dalle norme sovranazionali, nonché dalla normativa di riferimento (L. n. 104/92), non è solo l'assistenza e la cura familiare del soggetto handicappato ma anche, «sia pure indirettamente, il diritto del lavoratore di prendersi cura del disabile e dunque di poter organizzare la sua vita lavorativa in modo compatibile con i suoi impegni familiari, subiti o scelti»³⁹.

38 Cfr. Corte cost., 5 dicembre 2003, n. 350.

39 Cfr. G. DE SIMONE, *I confini giuslavoristici dell'assistenza familiare alla persona gravemente disabile*, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, 4, p. 842.

Tali norme, che sono state oggetto di ulteriori e successivi interventi modificativi del legislatore e che hanno subito il vaglio della Corte Costituzionale, hanno dato luogo ad una robusta elaborazione giurisprudenziale le cui principali coordinate interpretative meritano di essere analizzate dal punto di vista generale prima di affrontare più da vicino la peculiarità dell'applicazione delle citate disposizioni nell'ambito del consorzio militare.

2.3.2.1. La disciplina dei permessi retribuiti ex art. 33, comma 3.

La disciplina dei permessi per l'assistenza a familiari disabili trova sede nell'art. 33 della legge n. 104/92, il quale nel corso degli anni ha subito diversi interventi di modifica ed integrazione.

Nella sua prima formulazione, l'art. 33, comma 3, legge n. 104/92 riconosceva tre giorni di permesso retribuito sia ai genitori di figli portatori di handicap in situazione di gravità⁴⁰ 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. Occorre precisare che l'art. 2, comma 3-ter, D.l. 23 agosto 1993 n. 324, conv. in legge 27 ottobre 1993 n. 423, ha stabilito che la formula «hanno diritto a tre giorni di permesso mensile» contenuta nell'art. 33 deve 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.

Su questa materia interveniva successivamente l'art. 4 della legge 8 marzo 2000 n. 53, la cui disciplina è stata trasfusa nel D. Lgs. 26 marzo 2001. n. 151, che ha previsto la copertura con contribuzione figurativa dei giorni di permesso. Importante

40 Occorre rammentare che ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge n. 104/1992 l'handicap assume connotazione di gravità allorché la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione. L'accertamento definitivo sulla sussistenza dell'handicap in situazione gravità, a norma dell'art. 3, comma 3, legge 104/92, compete, in via esclusiva, all'INPS, il quale, a tal fine, rilascia il relativo verbale previa convalida, da parte della Commissione Medica di Verifica, del giudizio espresso dalla competente Commissione Medica ASL prevista dall'art. 4, comma 1, legge 104/92, integrata da un operatore sociale e da un esperto, nei casi da esaminare, in servizio presso la stessa ASL. (art. 20, comma 1, della legge 3 agosto 2009 n. 102).

innovazione del 2000 è stata anche la sostituzione del requisito della convivenza con la diversa condizione dell'assistenza continuativa ed esclusiva, requisito, quest'ultimo, è stato oggetto di un vivace contenzioso giurisprudenziale.

Al riguardo, appare opportuno sottolineare che nella prassi amministrativa si era affermata una interpretazione restrittiva del requisito dell'assistenza continuativa ed esclusiva tracciato dalla norma del 2000. Siffatto requisito veniva inteso come «assistenza del soggetto per le sue necessità quotidiane» e come tale 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»⁴¹. Tuttavia, la lettura restrittiva del requisito della continuità ed esclusività dell'assistenza non ha superato il vaglio giurisprudenziale che, al contrario, ha allargato l'area soggettiva di applicazione della norma⁴².

In questo senso, secondo la Corte di Cassazione «non pare esservi dubbio sul fatto che lo spirito della legge sia quello di non lasciare il minore gravemente handicappato in balia di sé stesso neanche momentaneamente, anche dal punto di vista materiale. E se questo è lo scopo della legge, quando l'assistenza conveniente manca perché c'è solo il congiunto non lavoratore che deve provvedere senza altro aiuto al bambino, allora un'interpretazione conforme agli scopi della legge pretende che un'altra persona possa sostituirlo almeno temporaneamente»⁴³. D'altra parte, «né la lettera, né la *ratio* della legge escludono il diritto ai permessi retribuiti in caso di presenza in famiglia di persona che possa provvedere all'assistenza»⁴⁴.

Anche la giustizia amministrativa era già in precedenza pervenuta ad analoghe conclusioni, affermando che «non si può negare il beneficio allorché sussista il presupposto dell'effettiva assistenza continuativa da parte del lavoratore medesimo sulla considerazione che il rapporto possa essere instaurato da altri familiari. Nella stessa sentenza il Consiglio di Stato ha evidenziato che il beneficio in questione non è subordinato alla mancanza di altri familiari in grado di assistere il portatore di handicap»⁴⁵.

41 Cfr. INPS, Circolare 17 luglio 2000, n. 133.

42 Per una disamina dei primi orientamenti sull'applicazione della disposizione contenuta nell'art. 33 vedi A. BUZZANCA, *Handicap e diritto all'assistenza*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 80 ss.

43 Cass. civ., Sez. Lav., 16 maggio 2003, n. 7701.

44 Cass. civ., Sez. Lav., 20 luglio 2004, n. 13481.

45 Cons. Stato, Comm. spec., 19 gennaio 1998, n. 394/97.

Sebbene fondandosi su tali orientamenti giurisprudenziali, si è affermata in via di prassi una lettura, secondo la quale il testo dell'art. 33, comma 3, vada interpretato nel senso che: «I) a nulla rilevi che nell'ambito del nucleo familiare della persona con disabilità in situazione di gravità si trovino conviventi familiari non lavoratori idonei a fornire aiuto necessario; II) la persona con disabilità in situazione di gravità possa liberamente effettuare la scelta su chi, all'interno della stessa famiglia, debba prestare l'assistenza prevista dai termini di legge; III) tale assistenza non debba essere necessariamente quotidiana, purché assuma il carattere della sistematicità e dell'adeguatezza rispetto alle concrete esigenze della persona con disabilità in situazione di gravità»⁴⁶.

Tale lettura è stata poi recepita anche dal legislatore che con l'art. 24 della legge 4 novembre 2010 n. 183 e con l'art. 6, comma 1, lett. a) del D. Lgs. 19 luglio 2011 n. 119 ha novellato l'art. 33 della legge 104 del 1992, non prevedendo più che il lavoratore che usufruisca dei permessi di cui alla menzionata legge assista il parente disabile «con continuità ed in via esclusiva».

Ciò posto, la novità significativa è l'individuazione del c.d. "referente unico". La novella all'art. 33, comma 3, riconosce la possibilità di fruire dei permessi in oggetto ad un solo familiare per ciascun soggetto in situazione di handicap grave, a meno che non si tratti dei genitori (anche adottivi), i quali hanno diritto di godere di detti permessi alternativamente, per l'assistenza al figlio disabile.

In proposito, occorre osservare che sebbene non si richieda più la continuità e l'esclusività dell'assistenza disponendo che il diritto alla fruizione dei permessi non possa essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità di fatto si ripropone il concetto di esclusività dell'assistenza. In base alla legge, infatti, il referente del soggetto disabile assume il ruolo e la connessa responsabilità di porsi quale unico «punto di riferimento della gestione generale dell'intervento, assicurandone il coordinamento e curando la costante verifica della rispondenza ai bisogni dell'assistito»⁴⁷.

Quanto al novero dei beneficiari, l'art. 24, comma 1, lett. a), L. n. 183/2010, da una parte ha eliminato a favore dei genitori la limitazione del terzo anno di età del bambino, dall'altra, ha ristretto il diritto ai permessi mensili solo a favore dei parenti od affini entro il secondo grado laddove, solo in particolari situazioni, ossia se i genitori o il coniuge dell'assistito abbiano compiuto i 65 anni di età, o siano anch'essi

46 NPS, Circolare 23 maggio 2007, n. 90.

47 Cfr. Dipartimento Funzione pubblica, circ. 6 dicembre 2010 n. 13/2010.

affetti da patologie invalidanti, o siano deceduti, o mancanti, sono inclusi parenti ed affini entro il terzo grado.

Pertanto, la novità più rilevante rispetto al regime previgente è rappresentata dalla restrizione della categoria di familiari che possono fruire dei permessi, poiché con la nuova norma si passa dal terzo al secondo grado di parentela, salvo la ricorrenza delle situazioni eccezionali dell'assenza, dell'età anagrafica o delle patologie.

La dottrina ha criticato tale rigidità in ordine alla selezione del *caregiver*, che dovrebbe, invece, essere orientata al gradimento effettivo del disabile, visto il legame fiduciario tra disabile e familiare che presta assistenza⁴⁸. Al riguardo, è stato osservato che sarebbe stato coerente «estendere il diritto al permesso ai parenti o affini entro il terzo grado nel caso in cui, non solo i genitori o il coniuge fossero incorsi in una delle situazioni sopra elencate (n.d.s. decesso o mancanza di chi presta assistenza), ma anche nel caso in cui vi fosse incorso un qualsiasi altro parente o affine entro il secondo grado che usualmente avesse prestato assistenza al disabile»⁴⁹.

Per l'assistenza al figlio con handicap in situazione di gravità, il diritto ai permessi è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne "alternativamente"; possibilità che, viceversa, non è stata concessa negli altri casi, con l'effetto che non può essere ritenuta legittima la fruizione dei permessi ex art. 33, comma 3, a mesi alterni da parte di più aventi diritto, per l'assistenza a familiari disabili in situazione di handicap grave, a meno che chi intenda assistere il disabile non presenti volta per volta istanza per ottenere il riconoscimento dell'agevolazione e a condizione che chi l'abbia prestata fino a quel momento rinunci al beneficio.

48 Sul punto vedi J.J. LONG, *La cura della persona dipendente tra etica, legge e contratto*, in *Diritto di Famiglia*, 2010, I, 478.

49 Cfr. O. BONARDI, *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2011, I, 794 ss., la quale, in termini generali, aggiunge 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.».

Ai fini della fruizione dei permessi, la giurisprudenza ha precisato che essi spettano anche quando i genitori non siano entrambi lavoratori, senza esigere che quello non lavoratore sia impossibilitato a provvedere a tale assistenza, restando altrimenti frustrato lo scopo perseguito dalla legge ove chi presta assistenza dovesse da solo provvedere in modo conveniente all'incombenza⁵⁰.

Seppur l'art. 33, comma 3, non lo prevedesse espressamente la prassi amministrativa riteneva legittima la possibilità per lo stesso dipendente di assistere più persone in situazione di handicap grave, con la conseguenza che, ove ne ricorrano tutte le condizioni, il medesimo lavoratore potrà fruire di permessi anche in maniera cumulativa per prestare assistenza a più persone disabili⁵¹.

Tale assunto è stato poi esplicitato dal legislatore. Infatti, per effetto delle modifiche introdotte dall'art. 6, comma 1, lett. a), D. Lgs. n. 119/2011, un soggetto che presti assistenza a più soggetti in situazioni di handicap grave ha diritto a cumulare i relativi permessi retribuiti, ricorrendo determinate condizioni, poiché deve trattarsi di coniuge o parente o affine entro il primo grado, o entro il secondo qualora i genitori o il coniuge dell'assistito abbiano compiuto i 65 anni di età, o siano anch'essi affetti da patologie invalidanti, o siano deceduti, o mancanti.

Tale restrizione dei soggetti legittimati a fruire dei permessi per assistere più persone rispetto alla generalità dei beneficiari dei permessi è stata criticata dalla dottrina nella misura in cui resterebbe preclusa l'agevolazione ai parenti entro il terzo grado in ciò verificandosi una limitazione che comporta sui diritti della persona disabile, che ancora una volta rischia di rimanere priva di assistenza⁵².

Sempre con riferimento al profilo soggettivo occorre precisare che la Corte Costituzionale, nella decisione n. 213/2016, ha riconosciuto il diritto di usufruire dei permessi di cui all'art. 33, comma 3, anche al convivente della persona disabile che si occupi dell'assistenza in favore del partner malato o invalido. Infatti, si osserva «è irragionevole che nell'elencazione dei soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito ivi disciplinato, non sia incluso il convivente della persona con handicap in situazione di gravità». Infatti, secondo la Consulta, posto che la norma intende tutelare il diritto alla salute psico-fisica del disabile, tale scopo si realizza anche «nei casi in cui la convivenza si fondi su una relazione affettiva, tipica del

50 Cass. civ., Sez. Lav., 27 settembre 2012, n. 16460.

51 Dipartimento Funzione pubblica, circ. 6 dicembre 2010 n. 13/2010.

52 Cfr. O. BONARDI, *op. cit.*, p. 808.

“rapporto familiare”, nell’ambito della platea dei valori solidaristici postulati dalle “aggregazioni” cui fa riferimento l’art. 2 Cost»⁵³.

L’art. 6, comma 1, lett. b) del D.lgs. n. 119/2011 ha aggiunto all’art. 33 un comma 3-bis con il quale si disciplina il problema della mobilità geografica del *caregiver* in relazione ai suoi impegni lavorativi. La disposizione prevede che «il lavoratore che usufruisce dei permessi di cui al comma 3 per assistere persona in situazione di handicap grave, residente in comune situato a distanza stradale superiore a 150 chilometri rispetto a quello di residenza del lavoratore, attesta con titolo di viaggio, o altra documentazione idonea, il raggiungimento del luogo di residenza dell’assistito».

L’interesse tutelato dalla norma è quello di garantire un’assistenza effettiva al portatore di handicap, nonostante l’apprezzabile distanza che lo separa dal familiare che lo assiste.

In proposito, appare opportuno segnalare che il Ministero della Difesa ha precisato che la “residenza” cui fa riferimento la norma in questione (art. 33, comma 3 bis, legge 104/92) non può essere quella formalmente risultante dalla mera iscrizione nel registro anagrafico – la quale potrebbe persino coincidere con quella del disabile, pur di fatto vivendo, chi lo assiste, a varie centinaia di chilometri da lui – bensì, a tal fine, occorre avere riguardo all’effettiva ed abituale dimora del dipendente che presta assistenza (o anche dell’assistito), desumibile da circostanze documentalmente accertabili, quali, ad es., il luogo in cui esso svolga quotidianamente la sua attività lavorativa ed ivi abbia all’uopo fissato la sua abituale dimora, eleggendovi il proprio domicilio ai fini della reperibilità alle visite fiscali»⁵⁴.

53 Corte cost., 23 settembre 2016, n. 213. Per una analisi della portata della decisione vedi M. BARONE, *Tutela delle persone con disabilità grave: prospettive di ampliamento a partire dalla sentenza n. 213 del 2016 della Corte costituzionale*, in www.osservatorioaic.it, 2017.

54 Cfr. MINISTERO DIFESA, Direzione generale del Personale civile, *Faq Permessi 104*, n. 207, pubblicate ottobre 2017, in www.difesa.it, che ha, inoltre, osservato che ai fini di una corretta applicazione di tale disposizione «non può ritenersi sufficiente il dato meramente estrinseco e formale della residenza anagrafica – avente un valore legale di mera presunzione semplice, come tale valido soltanto sino a prova contraria – bensì occorre avere riguardo alla nozione sostanziale di “residenza” prevista dall’art. 43, comma 2, del codice civile, quale luogo certo in cui effettivamente vive e dimora abitualmente l’interessato. Ne consegue che il dipendente di cui è accertata l’effettiva ed abituale dimora in un Comune sito a distanza superiore a 150 km dal Comune di residenza del familiare assistito, pur se anagraficamente residente in quest’ultimo, è tenuto ugualmente ad attestare, con titolo di viaggio o altra idonea documentazione, l’effettivo raggiungimento del luogo di residenza del disabile, nulla rilevando, a tal fine, in particolare, la dichiarazione sostitutiva di certificazione con la quale attesti di essere anagraficamente residente nello stesso Comune dell’assistito».

Dal punto di vista oggettivo, ossia quello relativo all'attività di assistenza svolta durante la fruizione dei permessi, emerge la progressiva estensione della nozione di assistenza, da non intendere semplicemente come quella di tipo sanitario e materiale, ma anche morale, affettiva e psicologica, e come tale possibile anche in presenza di una distanza non irragionevole tra il domicilio del disabile e quello del lavoratore⁵⁵. Ciò conferma l'idea che il permesso possa essere usufruito anche per finalità genericamente riconducibili al miglioramento, anche minimo, della vita di relazione del disabile⁵⁶. D'altra parte, come è stato ricordato, la legge n. 104 non stabilisce in alcun modo le finalità per le quali il permesso è attribuito, se non genericamente nelle esigenze di cura e assistenza del disabile⁵⁷.

Pertanto, l'attività di cura e assistenza non può essere intesa in modo riduttivo. *Ratio* della misura è, infatti, quella di consentire ai familiari del disabile di provvedere ai bisogni di vita della persona assistita; bisogni che non si soddisfano unicamente tramite un'attività di supporto "fisico" al familiare, ma che ben si possono soddisfare attraverso lo svolgimento di una serie di incombenze della vita quotidiana, cui il disabile non è in grado, da solo, di provvedere⁵⁸. Al riguardo, la Corte dei conti ha chiarito i permessi ex art. 33, comma 3, L. n.104/ 1992 possono essere fruiti anche durante il periodo nel quale il disabile stesso sia al lavoro, proprio nell'ottica di consentire al familiare l'espletamento di quella serie di attività burocratiche, incumbenti, commissioni che l'assistito non sia in grado di svolgere da solo⁵⁹.

In ultimo, occorre segnalare che il provvedimento di riconoscimento della fruibilità dei permessi ex art. 33 della legge n. 104/1992 emanato dall'INPS, incide esclusivamente sul rapporto previdenziale (che si svolge tra l'ente assicuratore ed il datore di lavoro ed ha come beneficiario il lavoratore) e il suo contenuto si sostanzia in un'autorizzazione preventiva al datore di lavoro a compensare le somme eventualmente corrisposte a tale titolo con i contributi obbligatori.

In proposito l'art. 24, della L. 183 aggiunto un comma 7-*bis* all'art. 33, disponendo che «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

55 fr. B. DI GIACOMO RUSSO, *Il Consiglio di Stato e il diritto alla sede*, in *Foro amministrativo-CDS*, 2011, 2131 ss., spec. § 3.

56 Cfr. V. LAMONACA, *Le agevolazioni per l'assistenza ai disabili gravi: le assenze dal lavoro (permessi e congedi)*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2014, 963.

57 Cfr. O. BONARDI, *op. cit.*, p. 785.

58 Cass. civ., Sez. Lav., 2 ottobre 2018, n. 23891.

59 Corte Conti, Lazio, Sez. giur., 4 novembre 2009, n. 2039.

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».

In applicazione di tale disposizione l'INPS ha diramato una circolare in base alla quale il richiedente i permessi si impegna, con dichiarazione di responsabilità, a comunicare entro 30 giorni dall'avvenuto cambiamento, le eventuali variazioni delle notizie o delle situazioni autocertificate nel modello di richiesta, con particolare riferimento a: 1) eventuale ricovero a tempo pieno del soggetto disabile in condizione di gravità; 2) revoca del giudizio di gravità della condizione di disabilità da parte della Commissione medica di cui all'articolo 4 comma 1 legge 104 del 1992; 3) modifiche ai periodi di permesso richiesti; 4) eventuale decesso del disabile⁶⁰.

2.3.2.2. Le agevolazioni ai fini del trasferimento della sede lavorativa del familiare del disabile ex art. 33, comma 5.

Al lavoratore che assiste un disabile grave, oltre ai permessi, l'art. 33, della legge n. 104/1992, al comma 5 riconosce altresì al familiare del disabile talune prerogative relative alla sede di lavoro. In particolare, si accorda, ove possibile, il trasferimento del lavoratore alla sede di servizio nel comune di residenza del disabile assistito o in quello più vicino disponibile e si sancisce il divieto di trasferimento in caso di godimento di benefici relativi all'assistenza di un disabile.

La formulazione originaria della disposizione prevedeva 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.

Dal punto di vista soggettivo la norma aveva una formulazione diversa rispetto a quella di cui al comma 3 poiché, ai fini del trasferimento, si richiedeva solamente l'assistenza continuativa a persona handicappata, e non era necessaria la sussistenza di un *handicap* grave, né il riscontro del requisito dell'esclusività dell'assistenza, e della gravità dell'*handicap*.

Sebbene fosse più ampia dal punto di vista prescrittivo, l'agevolazione di cui al comma 5 dell'art. 33 ha ricevuto interpretazione restrittiva da parte della giurisprudenza.

In primo luogo, risulta agevole osservare come la norma, con l'inciso «ove

60 Cfr. INPS, Circolare 3 dicembre 2010, n. 155.

possibile», non abbia inteso riconoscere un diritto assoluto e incondizionato al trasferimento, quanto piuttosto prevedere una necessaria ponderazione tra le esigenze del lavoratore e quelle dell'impresa. Infatti, come rilevato dalle Sezioni Unite della Cassazione «il diritto del genitore o del familiare lavoratore, che assiste con continuità un portatore di handicap, di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il proprio consenso, disciplinato dalla L. n. 104 del 1992, art. 33, comma 5, non si configura come assoluto ed illimitato, giacché esso può essere fatto valere allorquando, alla stregua di un equo bilanciamento tra tutti gli implicati interessi costituzionalmente rilevanti, il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro e per tradursi – soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporto di lavoro pubblico – in un danno per l'interesse della collettività, gravando sulla parte datoriale, privata o pubblica, l'onere della prova di siffatte circostanze ostative all'esercizio dell'anzidetto diritto»⁶¹.

In secondo luogo, occorre osservare come 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, abbia 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 la sola assistenza in atto, al fine di evitare rotture traumatiche e dannose della convivenza⁶².

In prospettiva restrittiva, la giurisprudenza affermava 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

61 Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7945. Ciò posto, nel necessario bilanciamento di interessi e di diritti del lavoratore e del datore di lavoro, aventi ciascuno copertura costituzionale, devono essere valorizzate le esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile del lavoratore, occorrendo salvaguardare condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui la persona con disabilità si trova inserita ed evitando riflessi pregiudizievoli dal trasferimento del congiunto ogni volta che le esigenze tecniche, organizzative e produttive non risultino effettive e comunque insuscettibili di essere diversamente soddisfatte (cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 7 giugno 2012, n. 9201). In questo senso, si consolidava attorno ad un orientamento ermeneutico restrittivo della disposizione subordinando il diritto al trasferimento alla sussistenza di un posto vacante nella sede prescelta (Cass., Sez. Un., 9 luglio 2009, n. 16102).

62 Corte cost., 29 luglio 1996, n. 325.

richiedere requisiti ulteriori e non previsti dalla legge per poter ottenere il cambiamento di sede. Al riguardo, si evidenzia come, da una parte, si richiedesse il requisito della gravità dell'handicap⁶³ e, dall'altra, si affermasse che solo la mancanza o l'impossibilità di sopperire alle esigenze del disabile da parte di altri soggetti legittima la richiesta del dipendente⁶⁴. In questo senso, il lavoratore avrebbe dovuto dimostrare che l'assistenza non avrebbe potuto 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»⁶⁵.

La novella del 2010 ha inciso anche su comma 5 dell'art. 33, poiché 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 unificando i presupposti giuridici soggettivi al permesso e al trasferimento.

Tuttavia, tale parificazione operata dalla L. 183/2010 non esenta da questioni interpretative correlate alle condizioni soggettive di fruizione dell'agevolazione rispetto ai premissi. In proposito, sembra corretta l'opinione secondo la quale il trasferimento vada configurato come un *posterius* rispetto ai permessi, nel senso che il dipendente potrà dimostrare attraverso la fruizione di quest'ultima agevolazione, di altre assenze dal servizio a vario titolo, ovvero di provvedimenti che determinino un avvicinamento temporaneo, la fondatezza della condizione di assistenza legittimante il trasferimento, nonché lo svolgimento di un'attività assistenziale prestata con modalità costanti, ripetute nel tempo e, nel loro complesso, sufficienti a garantire le esigenze di tutela della persona portatrice di handicap⁶⁶.

Quanto alla collocazione temporale del diritto di scelta del lavoratore, la giurisprudenza ha affermato che non possa essere riferito esclusivamente al momento dell'assunzione, ma che esso sussista anche nel corso del rapporto⁶⁷ ed

63 TAR Lazio, Roma, Sez. I, 4 febbraio 2010, n. 1464.

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

65 Cons. Stato, Sez. IV, 21 maggio 2010, n. 3237.

66 Cfr. V. LAMONACA, *Le agevolazioni ed i limiti al trasferimento dei lavoratori che prestano assistenza ai disabili gravi*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2014, p. 1055.

67 Cass. civ., Sez. Lav., 3 agosto 2015, n. 16298.

ha ribadito che, in ogni caso, vada temperato con le esigenze organizzative del datore di lavoro che ha l'onere di provare le circostanze ostative al suo esercizio⁶⁸.

In altri termini, si è ormai superata l'interpretazione affermata negli anni immediatamente successivi all'approvazione della legge n. 104/1992, secondo cui il diritto di scelta poteva essere esercitato solo nel momento genetico del rapporto. Tale orientamento, circoscrivendo il diritto di scelta del lavoratore al solo momento dell'assunzione, comprimeva nei fatti la tutela "indiretta" del disabile, disconoscendo che l'esigenza del lavoratore di prestare assistenza al familiare disabile si potesse manifestare nel corso di tutto il rapporto di lavoro, allorché, ad esempio, l'handicap del familiare fosse sorto o si fosse manifestato in un momento successivo alla costituzione del rapporto o nel caso in cui fosse venuto meno l'apporto di un altro familiare che sino a quel momento aveva assicurato assistenza alla persona disabile⁶⁹.

Con riferimento al parametro oggettivo correlato alle esigenze organizzative del datore di lavoro la giurisprudenza ha affermato che, per poter essere accordato il trasferimento, non è sufficiente la vacanza del posto a cui il lavoratore richiedente aspira. Infatti, tale «condizione esprime una mera potenzialità, che assurge ad attualità soltanto con la decisione organizzativa dell'Amministrazione di coprire talune vacanze, ragion per cui, ai fini del riconoscimento del suddetto diritto, non basta la mera scopertura di organico, profilandosi, invece, necessario, che i posti, oltre che vacanti, siano anche "disponibili"»⁷⁰.

Al riguardo, soprattutto con riferimento alle amministrazioni pubbliche, secondo un orientamento ormai consolidato, il "posto disponibile", va correlato a quelle sedi nelle quali, «in relazione alle proprie esigenze di servizio, ogni amministrazione intende inviare il personale da assegnare a titolo di assunzione o di trasferimento non esistendo alcun principio diretto a subordinare agli interessi ed alle scelte del portatore di handicap, le superiori esigenze organizzative rimesse alle scelte discrezionali della P.A.»⁷¹.

Tuttavia, come è stato osservato, le esigenze organizzative che determinano il diniego del trasferimento devono essere effettive, poiché la tutela del disabile, o del

68 Cass. civ., Sez. Lav., 1 marzo 2019, n. 6150.

69 Cfr. F. DI NOIA, *Ancora sulla perimetrazione delle agevolazioni ex art. 33, co. 5, l. n. n. 104/1992 per i lavoratori che assistono un familiare disabile*, in *Rivista Italiana di diritto del Lavoro*, 2018, II, p. 94.

70 Cass. civ., Sez. Lav., 25 gennaio 2006, n. 1396.

71 Cfr. Cons. Stato, Comm. spec., 19 gennaio 1998, n. 394.

lavoratore che lo assiste, gode di una tutela “rafforzata” che trova le proprie fondamenta sia nella Carta Costituzionale, sia nella Legge speciale n. 104 del 92, oltre che nell’articolo 26 della Carta di Nizza e nella Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con L. n. 18 del 2009⁷².

In proposito, secondo la giurisprudenza, incombe il datore di lavoro provare le specifiche esigenze organizzative atteso che il regime dell’onere della prova segue da sempre il principio della vicinanza nel senso che appare più logico richiedere la prova a chi la prova può fornire più agilmente. Sulla base di tale assunto si ritiene che, nel caso in cui la prova verta sull’esistenza o meno di posizioni in organico, tanto più evidente in ipotesi di organici estremamente articolati e complessi come quelli della convenuta, la parte che più facilmente accede agli elementi necessari a sostenere la propria tesi è sicuramente quella datoriale⁷³.

Lo stesso ordine di considerazioni formulate per la richiesta di trasferimento allo scopo di assistere un familiare disabile va prospettato per lo speculare divieto di trasferimento allorché il lavoratore già presti la propria assistenza, eventualmente usufruendo anche di permessi ex art. 33, comma 3.

La Cassazione sul punto ha osservato che, tenendo conto di quanto previsto dall’art. 33, comma 5, della legge 104/1992 «è vietato anche il trasferimento del lavoratore anche quando la disabilità del familiare, che egli assiste, non si configura come grave, a meno che il datore di lavoro, a fronte della natura e del grado di infermità psico-fisica del familiare, provi la sussistenza di esigenze aziendali effettive ed urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte»⁷⁴.

In questo senso, assumono rilevanza i doveri di correttezza e buona fede che dovrebbero ispirare la decisione del datore di lavoro in considerazione della situazione personale del lavoratore. Infatti, rileva la Suprema Corte, «ferma restando l’insindacabilità dell’opportunità del trasferimento, salvo che risulti diversamente disposto dalla contrattazione collettiva, il datore di lavoro, in applicazione dei principi generali di correttezza e buona fede (art. 1375 cod. civ.), qualora possa far fronte a dette ragioni avvalendosi di differenti soluzioni organizzative, per lui paritarie, è tenuto a preferire quella meno gravosa per il dipendente, soprattutto nel caso in cui

72 Cfr. M. SALVAGNI, *Il diritto del lavoratore titolare di benefici ex art. 33, comma 5, L.n. 104/92 a scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio del disabile*, in *Lavoro e Previdenza oggi*, 2017, p. 740.

73 Cass. civ., Sez. Lav., 12 ottobre 2017, n. 24015.

74 Cass. civ., Sez. Lav., 12 dicembre 2016, n. 25379.

questi deduca e dimostri la sussistenza di serie ragioni familiari ostative al trasferimento»⁷⁵.

Al riguardo, si segnala come le Sezioni Unite della Cassazione abbiano suggellato un orientamento secondo il quale il diritto del lavoratore che assista un familiare portatore di handicap a non essere trasferito senza il suo consenso non può subire limitazioni in caso di mobilità connessa ad ordinarie esigenze tecnico produttive aziendali a meno che sia accertata «in base ad una verifica rigorosa anche in sede giurisdizionale, l'incompatibilità della permanenza del lavoratore nella sede di lavoro»⁷⁶.

Nella stessa prospettiva si è pronunciato anche il Consiglio di Stato, secondo il quale «nel caso di trasferimento per incompatibilità ambientale il legittimo interesse del dipendente all'assistenza del familiare disabile a non essere trasferito ad altra sede senza il proprio consenso, a norma dell'art. 33, comma 5, della l. 104/1992, recede di fronte a quello, espresso dall'Amministrazione, alla salvaguardia del suo prestigio e alla rimozione di conseguenze per essa pregiudizievoli, createsi proprio in tale sede e nocive al sereno svolgimento del servizio, e ciò a maggior ragione in un settore sensibile, quale è quello degli operatori -, nel quale il rigore della condotta imposto ai dipendenti s'integra strettamente con le connesse esigenze organizzative ed operative dell'Amministrazione»⁷⁷.

Secondo una parte della dottrina, tale decisione conferma l'idea che l'incompatibilità ambientale, causa di disfunzioni organizzative tali da giustificare normalmente un trasferimento del lavoratore, rappresenti un motivo sufficiente per comprimere quel diritto all'inamovibilità sancito dalla legge 104/1992 e, in ultima analisi, anche il diritto all'assistenza del disabile, purché ciò rappresenti un *extrema ratio* e si fondi sull'accertamento della non pretestuosità dell'asserita incompatibilità⁷⁸.

D'altra parte, risulta agevole rilevare che la collocazione dell'inciso «ove possibile» impedisce la sua utilizzabilità dello stesso con riferimento al divieto di trasferimento del lavoratore senza il consenso del medesimo, rendendo questo istituto «più protettivo» rispetto al «diritto» del lavoratore di scegliere la sede di lavoro⁷⁹.

75 Cass. civ., Sez. Lav., 28 gennaio 2016, n. 1608.

76 Cass., Sez. Un., 9 luglio 2009, n. 16102.

77 Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2014, n. 1073; Sez. IV, 20 gennaio 2020, n. 333.

78 F. LIMENA, *Il trasferimento per incompatibilità ambientale del familiare che assiste un disabile*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 2009, p. 1246 ss.

79 V. LAMONACA, *Le agevolazioni ed i limiti al trasferimento dei lavoratori* cit., p. 1058.

2.3.3. L'indebita fruizione delle agevolazioni per l'assistenza al familiare disabile.

Come si è già detto, la giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di mettere in risalto il vincolo funzione che presiede alla concessione dei permessi di cui all'art. 33, comma 3, della legge n. 104/1992. Questi si configurano come uno strumento di politica socio-assistenziale, basato sul riconoscimento della cura alle persone con handicap in situazione di gravità prestata dai congiunti e sulla valorizzazione delle relazioni di solidarietà interpersonale ed intergenerazionale⁸⁰ e che, pertanto, si caratterizzano per essere delle prestazioni di servizi piuttosto che erogazione di benefici monetari immediati⁸¹.

Purtroppo, le agevolazioni di cui all'art. 33 previste dalla legge sono state talvolta fonte di abuso da parte dei soggetti destinatari. In particolare, si tratta di casi in cui i lavoratori beneficiari dei permessi ex L. 104/1992, invece di dedicare il tempo all'assistenza dei familiari disabili, hanno approfittato dei permessi per svolgere attività relative ai propri interessi personali.

Secondo la Cassazione «il comportamento del prestatore di lavoro subordinato che non si avvalga del permesso previsto dal citato art. 33 in coerenza con la funzione dello stesso, l'assistenza del familiare disabile, integra un abuso del diritto»⁸²

Come è noto, secondo la dottrina civilistica più qualificata, l'abuso del diritto delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore⁸³. In sostanza, si tratta dell'esercizio del diritto soggettivo (e in quanto tale astrattamente tutelato dall'ordinamento giuridico) che in realtà disvela – per modalità operative, nonché in ragione degli interessi concretamente perseguiti e degli elementi fattuali con riguardo ai quali detti interessi prendono corpo – una contrarietà al diritto oggettivo⁸⁴.

80 Corte cost., 5 luglio 2016, n. 213.

81 E. ALES, *Diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritti di cittadinanza sociale*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2001, p. 981 ss.

82 Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., ord. 25 marzo 2019, n. 8310.

83 C. SALVI, *Abuso del diritto* (diritto civile), in Enc. giur. Treccani, I, Roma, 1988, p. 1 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, *Digesto disc. priv. – sez. civ.*, vol. I, UTET, Torino, 1987, p. 1 ss.; R. SACCO, *Abuso del diritto*, *Digesto disc. priv. – sez. civ.*, Agg. vol. VII, UTET, Torino, 2012, p. 1 ss.

84 Al riguardo si rinvia al fondamentale scritto di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, I, 205 ss., il quale, nel porre ad oggetto dell'indagine le

Sicché l'abuso del diritto è ravvisabile quando «nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede»⁸⁵.

Nell'ambito in esame si tratta di un diritto che integra una situazione giuridica di "potestà" prevista dall'ordinamento in quanto i permessi ex art. 33, comma 3, legge 104/1992, sono riconosciuti a tutela di un interesse facente capo (anche) ad un soggetto (il disabile) diverso rispetto al titolare.

Orbene, la sussistenza del diritto non esclude la verifica delle modalità del suo esercizio. Infatti, secondo la Cassazione, il titolare di una potestà non gode di mera discrezionalità od addirittura arbitrio nel suo godimento, ben potendo il giudice sindacare gli atti attraverso i quali la prerogativa viene esercitata, al fine di identificare forme eccedenti o devianti rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che l'ordinamento riconosce al titolare del diritto e che costituisce la ragione dell'attribuzione al medesimo titolare della situazione giuridica soggettiva⁸⁶.

Secondo la giurisprudenza, sulla base del "criterio della funzione", si configurerebbe uno sviamento dalla funzione tipica quando l'esercizio del diritto soggettivo non si ricollegi all'attuazione di un potere assoluto e imprescindibile, ma presupponga un'autonomia comunque collegata alla cura di interessi. Soprattutto ove si tratti di interessi familiari tutelati nel contempo nell'ambito del rapporto privato e nell'ambito del rapporto con l'ente pubblico di previdenza, il non esercizio o l'esercizio secondo criteri diversi da quelli richiesti dalla natura della funzione può considerarsi abuso in ordine a quel potere pure riconosciuto dall'ordinamento⁸⁷.

Ciò posto, sembra corretto ritenere che il principio nella materia in esame è che i permessi devono essere fruiti in coerenza con alla funzione assistenziale per la quale sono stati riconosciuti.

Al riguardo, costituisce orientamento consolidato quello secondo il quale «in tema di esercizio del diritto di cui all'art. 33, comma 3, L. n. 104/1992, la fruizione del permesso da parte del dipendente deve porsi in nesso causale diretto con lo svolgimento di un'attività identificabile come prestazione di assistenza in favore del disabile per il quale il beneficio è riconosciuto, in quanto la tutela offerta dalla norma

prerogative individuali (non solo quindi diritti soggettivi, ma anche potestà, poteri, diritti potestativi), riflette in merito all'ammissibilità di un controllo giudiziale sull'esercizio delle stesse, nonché sull'estensione e sui limiti di tale controllo.

85 Cfr. Cass. civ., sez. I, 18 settembre 2009, n. 20106.

86 Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 16 giugno 2008, n. 16207.

87 Cfr. Trib. Teramo, Sez. Lav., 15 aprile 2015, n. 392.

non ha funzione meramente compensativa e/o di ristoro delle energie impiegate dal dipendente per un'assistenza comunque prestata». In questo senso, «il comportamento del prestatore di lavoro subordinato che non si avvalga del permesso previsto dal citato art. 33 in coerenza con la funzione dello stesso, l'assistenza del familiare disabile, integra un abuso del diritto in quanto priva il datore di lavoro della prestazione lavorativa in violazione dell'affidamento riposto nel dipendente ed integra, nei confronti dell'Ente di previdenza erogatore del trattamento economico, un'indebita percezione dell'indennità ed uno sviamento dell'intervento assistenziale»⁸⁸.

L'uso improprio del permesso può integrare, secondo le circostanze del caso, una grave violazione intenzionale degli obblighi gravanti sul dipendente, idonea a giustificare responsabilità disciplinare o nei casi più gravi il licenziamento, nonché anche una condotta integrativa della fattispecie criminale della truffa ai danni dello Stato. In sostanza, si riscontra una dimensione plurioffensiva dell'abuso dei permessi di assistenza ai disabili, la quale si declina, sia sul piano del rapporto di lavoro, sia su quello della lesione di un bene giuridico di rilevanza collettiva e, dunque, perseguibile anche penalmente. Infatti, l'usufruire in maniera indebita dei permessi retribuiti, il cui onere economico grava sulla collettività, configura una condotta, non solo inadempiente agli obblighi nei confronti del datore di lavoro, ma anche rilevante sotto il profilo penale, integrando una vera e propria truffa nei confronti dell'INPS. Pertanto, il disvalore della condotta non è minimamente riconducibile alla assenza ingiustificata, ripercuotendosi sul rapporto di lavoro la circostanza che il lavoratore, attraverso l'uso fraudolento di permessi dal lavoro, usufruisca indebitamente e fraudolentemente di prestazioni previdenziali, pur sempre connesse allo svolgimento dell'attività lavorativa⁸⁹.

Con riferimento al rapporto di lavoro, la sanzione disciplinare ovvero espulsiva è, come si è detto, legata alla corretta funzionalizzazione del permesso all'assistenza del disabile. Quindi, ai fini della configurazione dell'abuso, la questione da precisare risulta essere l'esatta interpretazione del concetto di assistenza allo scopo tracciare esattamente il perimetro idoneo ad individuare un'eventuale alterazione dei vincoli funzionali correlati al permesso.

88 Cfr. Cass., Sez. Lav., 13 settembre 2016, n. 17968.

89 Cfr. Trib. Roma, Sez. Lav., 28 marzo 2017.

Al riguardo, nella prassi giurisprudenziale si registrano diverse letture di ciò che correttamente può essere ascritto alle attività irrelate, ovvero correlate, all'assistenza del disabile.

Innanzitutto, occorre domandarsi se l'assistenza debba essere continuativa, oppure basti che essa sia prevalente in modo tale da consentire al lavoratore che usufruisce dei permessi di ritagliarsi del tempo per attendere ad aspetti della propria vita privata.

In proposito, sembra riscontrabile in giurisprudenza un orientamento teso a valorizzare una sorta di esclusività di scopo, nel senso che il beneficiario deve dedicare i permessi al solo scopo per cui essi vengono concessi, ossia per l'assistenza al parente disabile. Ad esempio, non è stato riscontrato il nesso causale allorché il lavoratore che aveva dedicato all'assistenza del familiare disabile solo 17,5% del tempo totale, presentandosi all'abitazione del parente assistito per complessive 4 ore e 13 minuti a fronte di 24 ore di permessi retribuiti⁹⁰.

La Suprema Corte, al riguardo, ha affermato l'irrelevanza della circostanza che il permesso sia dedicato in via prevalente (ma non esclusiva) all'assistenza del disabile, posto che, indipendentemente dal carattere edificante o non del tempo trascorso, ciò che conta è la circostanza che il comportamento del lavoratore, che durante i permessi si dedica ad attività personali, usufruisce di parte di questo permesso per finalità diverse da quelle a cui il permesso mira. D'altra parte, «nessun elemento testuale o logico consente di attribuire al beneficio una funzione meramente compensativa o di ristoro delle energie impiegate dal dipendente per l'assistenza prestata al disabile»⁹¹.

La concessione del permesso ex art. 33, comma 3, L. n. 104/1992 risulta giustificata nella misura in cui il lavoratore svolga, durante le ore di fruizione, effettiva attività di assistenza a favore del disabile: la funzione del permesso, la cui concessione rappresenta un "sacrificio" per l'impresa, è quella di rendere possibile l'attività di cura stessa⁹². Pertanto, l'uso improprio del permesso, anche soltanto per poche ore, costituisce un abuso del diritto, in forza del disvalore sociale alla stessa attribuibile, tale da determinare nel datore di lavoro la perdita della fiducia nei

90 Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 22 marzo 2016, n. 5574.

91 Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 30 aprile 2015, n. 8784.

92 Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 13 settembre 2016, n. 17968.

confronti del lavoratore e legittimare la sanzione del licenziamento per giusta causa⁹³.

Dunque, sulla base dei precedenti qui esaminati, è possibile affermare che l'impiego del permesso a scopo prevalente di assistenza, ma non esclusivo, altera il nesso causale con le finalità che giustificano il beneficio.

Questo però non significa che l'assistenza debba tradursi esclusivamente in prestazioni di cura al disabile presso il suo domicilio. Sul punto, si è affermato che l'assistenza al disabile «può essere prestata con modalità e forme diverse, anche attraverso lo svolgimento di incombenze amministrative, pratiche o di qualsiasi genere, purché nell'interesse del familiare assistito»⁹⁴. Infatti, ad esempio, la Cassazione ha ritenuto illegittimo il licenziamento di un dipendente che aveva utilizzato i permessi di cui si tratta per fare la spesa per il parente disabile e per recarsi presso uno sportello Postamat per effettuare operazioni sui libretti di risparmio intestati allo stesso parente⁹⁵.

Per quanto il concetto di assistenza possa essere interpretato con una certa flessibilità, nel senso ora evidenziato, le attività svolte durante il permesso devono comunque essere finalizzate a soddisfare esigenze direttamente collegabili al disabile e devono essere svolte in prima persona del beneficiario dei permessi. In questo senso, la giurisprudenza di merito ha correttamente escluso che l'attività di assistenza "telefonica" svolta a distanza dal lavoratore fosse riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 33, comma 3, L. n. 104/1992, specie se si considera il compimento, nel restante arco temporale, di attività di svago strettamente personali, del tutto avulse dall'interesse del familiare disabile⁹⁶.

In conclusione sul punto, come rilevato dalla dottrina, gli orientamenti giurisprudenziali prevalenti riscontrano la coerenza con la funzione dei permessi di cui all'art. 33, comma 3, in esame, allorché l'assistenza 1) sia esclusiva (non è quindi consentito utilizzare i permessi, nemmeno in parte, per attività diverse), 2) si concreti anche attività diverse dalla cura fisicamente prestata presso il domicilio del parente disabile, purché tali attività siano direttamente finalizzate a soddisfare

93 Trib. Bologna, Sez. Lav., 20 luglio 2017, n.765.

94 Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 22 gennaio 2020, n. 1394.

95 Cass. civ., Sez. Lav., 2 ottobre 2018, n. 23891.

96 Trib. Bari, Sez. Lav., 30 aprile 2019.

esigenze primarie dell'assistito; 3) sia svolta personalmente dal beneficiario dei permessi senza che possa essere delegata, nemmeno in parte, a terzi⁹⁷.

La seconda questione che attiene al profilo lavoristico della materia in esame riguarda la necessaria proporzionalità tra abuso e sanzione conseguente, soprattutto con riferimento a quella espulsiva. Infatti, risulta agevole segnalare che la rilevanza disciplinare del fatto non comporta una sua automatica qualificazione come giusta causa di licenziamento. In proposito, occorre rammentare che la nozione di giusta causa di licenziamento delinea un modello generico, che deve essere specificato in sede interpretativa mediante la valorizzazione anche di fattori esterni alla coscienza generale. Così, affinché sia integrata la giusta causa di licenziamento, il fatto deve evidenziare un utilizzo fraudolento del permesso finalizzato allo svolgimento di attività diverse dall'assistenza al disabile. Secondo la Cassazione occorre, a tale scopo, valorizzare l'eventuale carattere sistematico e la preordinazione da parte del beneficiario dell'utilizzo improprio dei permessi. Pertanto, ai fini della sussistenza degli estremi della giusta causa, oltre all'accertamento dell'avvenuto sviamento della funzione di assistenza del familiare disabile, assume rilevanza l'intensità dell'elemento psicologico rispetto all'uso improprio dei permessi, che, ad esempio, si rivelerebbe nella richiesta di frazionamento dei permessi per soddisfare proprie esigenze personali e nel carattere continuativo dell'uso indebito dei permessi⁹⁸.

In questa prospettiva, appare opportuno sottolineare che le giustificazioni del lavoratore possono non essere sufficienti a privare il fatto di rilievo disciplinare, ma certamente possono condurre ad un ridimensionamento della sua gravità e, quindi, porre in dubbio la proporzionalità della sanzione espulsiva eventualmente comminata rispetto alla condotta per come si configura complessivamente all'esito del procedimento disciplinare⁹⁹.

97 L. CAIRO, *Licenziamento per abusi dei permessi ex L. 104/1992: il punto sugli orientamenti della giurisprudenza*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2020, p. 740 ss.

98 Cass. civ., Sez. Lav., 13 settembre 2016, n. 17968.

99 Così, ad esempio, la Cassazione ha ritenuto illegittimo il licenziamento per giusta causa di un lavoratore che durante un giorno di permesso ex L. n. 104/1992, a causa di un evento imprevedibile (infiltrazioni di acqua nell'immobile di proprietà), si era allontanato dal domicilio del parente disabile per diverse ore. In questo caso, nonostante il riscontro del disvalore del fatto contestato, la sanzione espulsiva risulterebbe sproporzionata, poiché la condotta, sebbene caratterizzata da un uso dei permessi non coerente con le finalità gli sono proprie, non risultava ispirata da un intento fraudolento, diretto alla preordinata indebita fruizione, quanto piuttosto generata da una situazione imprevedibile e contingente (Cass. civ., Sez. Lav., 22 ottobre 2019, n. 26956).

Ulteriore parametro di valutazione della gravità del fatto potrebbe essere il ruolo del lavoratore nell'organizzazione, l'intensità del vincolo fiduciario connesso alle mansioni svolte e l'assenza di precedenti disciplinari¹⁰⁰.

Secondo la dottrina non andrebbe escluso, poi, un ulteriore elemento di valutazione, rappresentato dalla fruizione o meno all'indennità di accompagnamento da parte del disabile, che potrebbe, invece, deporre a favore della compatibilità tra la fruizione del permesso ed il disbrigo di affari esterni all'abitazione senza arrecare alcun pregiudizio al disabile, in grado di poter compiere gli atti quotidiani della vita senza l'aiuto permanente di un terzo¹⁰¹.

Ultima questione correlata ai profili strettamente lavorativi dell'abuso riguarda l'acquisizione delle prove da parte del datore di lavoro idonee a giustificare la sanzione. Nell'ambito privato il tema rimanda al ricorso all'ausilio di agenzie investigative. I risultati delle indagini commissionate sono giudicate legittime per suffragare la contestazione datoriale solo allorché in origine si sia in presenza di circostanze idonee a indurre un sospettato abuso.

Al riguardo, la giurisprudenza ha affermato il principio secondo il quale l'impiego di agenzie investigative per l'accertamento dell'abuso di permessi ex legge n. 104/1992 è consentito «non solo per l'avvenuta perpetrazione di illeciti e l'esigenza di verificarne il contenuto, ma anche in ragione del solo sospetto o della mera ipotesi che illeciti siano in corso di esecuzione»¹⁰². In questo senso, il controllo, demandato dal datore di lavoro ad un'agenzia investigativa, finalizzato all'accertamento dell'utilizzo improprio, da parte di un dipendente, dei permessi della legge n. 104/1992 può avvenire liberamente in quanto non si tratta di un accertamento sull'adempimento della prestazione lavorativa, il quale sarebbe vietato dallo Statuto dei lavoratori. Detto controllo viene infatti effettuato al di fuori dell'orario di lavoro ed in fase di sospensione dell'obbligazione principale di rendere la prestazione lavorativa, sicché esso non è precluso. Va da sé che il controllo a mezzo di investigatore privato è consentito «solo se indispensabile per l'accertamento di un illecito e se privo di alternative», tuttavia, «per giustificare il ricorso al controllo occulto difensivo era sufficiente che vi fosse il ragionevole sospetto che il lavoratore tenesse comportamenti illeciti»¹⁰³.

100 Trib. Teramo, Sez. Lav., 15 aprile 2015, n. 392.

101 V. LAMONACA, *Indebita frizione dei permessi ex lege n. 104/1992 e valutazione di proporzionalità del licenziamento*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, p. 368.

102 Cfr. Cass. civ., Sez. lav., 18 febbraio 2019, n. 4670.

103 Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 4 marzo 2014, n. 4984.

Attenta dottrina ha sottolineato come l'attività investigativa debba essere soggetta alla disciplina generale in materia di trattamento di dati personali poiché nello svolgimento dell'attività d'indagine, l'investigatore raccoglie informazioni riguardanti una persona fisica identificata o identificabile. Pertanto, secondo la definizione dell'art. 4, n. 1 e 2 del Reg. n. 679/2016, il c.d. GDPR, l'investigatore tratta dati personali così come il datore di lavoro al quale viene consegnata la relazione finale relativa all'indagine¹⁰⁴.

Come si è detto, l'abuso della fruizione di permessi ex art. 33, comma 3, della legge n. 104/1992 non dà luogo solo a conseguenze sanzionatorie all'interno del rapporto di lavoro poiché esso assume rilevanza anche sul piano penale potendo integrare una condotta che integra il reato di truffa ai danni dello Stato ai sensi dell'art. 640, n. 2, c.p.

Infatti, la Corte di Cassazione, nella importante sentenza n. 54712/2016, ha affermato che «colui che usufruisce dei permessi retribuiti ex art. 33/3 L. 104/1992, pur non essendo obbligato a prestare assistenza alla persona handicappata nelle ore in cui avrebbe dovuto svolgere attività lavorativa, non può, tuttavia, utilizzare quei giorni come se fossero giorni feriali senza, quindi, prestare alcuna assistenza alla persona handicappata. Di conseguenza, risponde del delitto di truffa il lavoratore che, avendo chiesto ed ottenuto di poter usufruire dei giorni di permesso retribuiti, li utilizzi per recarsi all'estero in viaggio di piacere, non prestando, quindi, alcuna assistenza»¹⁰⁵.

Secondo la Suprema Corte, posto che l'unico criterio con cui indirizzare i momenti dell'assistenza da fornire è l'effettivo giovamento alla persona affetta da disabilità si deve escludere che i tre giorni mensili riconosciuti ai lavoratori che assistano parenti disabili gravi possano essere utilizzati come occasione di ristoro psico-fisico che prescinda dal continuare a prestare assistenza a questi ultimi. In altri termini è inammissibile un impiego del beneficio in questi termini da parte dei lavoratori, che hanno a loro disposizione istituti ad hoc disciplinati dai contratti di lavoro (ferie, permessi, malattia). In questo senso, integrerebbe «il reato

104 Cfr. L. CAIRO, *op. cit.*, 745. In proposito, il Garante per protezione dei dati personali ha stabilito la liceità delle indagini sui lavoratori dipendenti, attraverso agenzia dotata di licenza investigativa, per la verifica di eventuali utilizzi illeciti di permessi che implicano assenza da lavoro. In questo caso, le indagini investigative sono legittime, e non ledono la privacy del dipendente, se avvengono in luoghi pubblici e riguardano fatti volti a prevenire eventuali danni arrecati all'azienda ed al suo patrimonio (cfr. Garante per la protezione dei dati personali, prov. 30 gennaio 2019, n. 9086480, in www.garanteprivacy.it).

105 Cfr. Cass. pen., Sez. II, 1° dicembre 2016, n. 54712.

di truffa la condotta del lavoratore dipendente che durante il periodo in cui usufruisce di permessi retribuiti per assistere un familiare affetto da “handicap” si reca all'estero per un viaggio di piacere, senza prestare alcuna assistenza». Nella motivazione della decisione la Corte ha chiarito che «colui che usufruisce dei permessi in questione, pur non essendo obbligato a prestare assistenza alla persona handicappata nelle ore in cui avrebbe dovuto svolgere attività lavorativa, non può, tuttavia, utilizzare quei giorni come se fossero giorni feriali».

Inoltre, i fini della configurazione dell'aggravante prevista dal n. 2 dell'art. 640 c.p. – ossia come truffa ai danni dello Stato – la Cassazione precisa che nel caso di specie «la condotta in sè è grave e, quindi, non può essere ritenuta di particolare tenuità sia perché è una condotta che è gravata sulla collettività, sia perché (...) dimostra la strumentalizzazione della malattia della madre per allungare una programmata vacanza per la quale non le restavano più giornate di ferie (...) tale comportamento è espressione di un illegittimo malcostume, conseguenza di una mal riposta fiducia nella lealtà del dipendente che dimostra che l'omissione dell'effettuazione di controlli può essere facilmente utilizzata dal dipendente che se ne voglia approfittare per proprio tornaconto personale».

Risulta agevole rilevare come in tale ultima affermazione sia riconoscibile il disvalore sociale dell'abuso che legittima la sanzione penale.

3. La condizione militare ed i limiti applicativi della legge n. 104/1992.

Nella ricognizione del quadro normativo generale si è segnalato come l'art. 24 della legge 4 novembre 2010 n.183 (c.d. “Collegato lavoro”) abbia integrato e riscritto il contenuto dei commi 3 e 5 dell'art. 33 della legge n. 104/1992. In particolare, la novella del 2010 ha soppresso l'esplicito richiamo ai requisiti della “continuità”, intesa come assistenza non occasionale prestata dal lavoratore al congiunto con handicap in situazione di gravità, e dell'“esclusività”, intesa come condizione assicurata quando non risulti la presenza di altri familiari in grado di prestare assistenza al congiunto. Si trattava di requisiti individuati nella disciplina previgente quali presupposti necessari ai fini del godimento dei benefici stabiliti dalla norma.

La generale applicazione della disciplina, sia al lavoro privato, sia all'impiego pubblico, senza distinzione, ha condotto, però, il legislatore a precisare che per gli appartenenti delle Forze Armate il regime generale avrebbe dovuto subire delle deroghe in ragione della specificità del rapporto di impiego nonché dell'inserimento

dello stesso all'interno di un assetto organizzativo integralmente caratterizzato dai peculiari compiti assegnati all'amministrazione militare.

In tal senso, l'art. 19 della legge n. 183/2010, ha previsto che «ai fini della definizione degli ordinamenti, delle carriere e dei contenuti del rapporto di impiego e della tutela economica, pensionistica e previdenziale, è riconosciuta la specificità del ruolo delle Forze Armate, delle Forze di polizia e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, nonché dello stato giuridico del personale ad essi appartenente, in dipendenza della peculiarità dei compiti, degli obblighi e delle limitazioni personali, previsti da leggi e regolamenti, per le funzioni di tutela delle istituzioni democratiche e di difesa dell'ordine e della sicurezza interna ed esterna, nonché per i peculiari requisiti di efficienza operativa richiesti e i correlati impieghi in attività usuranti».

Proprio in considerazione della specificità del ruolo delle Forze Armate, il secondo comma dell'art. 19 ha rinviato all'emanazione di una disciplina attuativa la regolazione dei rapporti tra la tipologia di attività lavorativa svolta e il sistema di garanzie e tutele introdotte dal c.d. Collegato lavoro. In questo ambito si sarebbe dovuta collocare anche la normativa relativa all'assistenza al familiare disabile, novellata, come si è detto, proprio dall'art. 24 della medesima legge n. 183/2010.

L'interpretazione dell'esatta portata della deroga contenuta nell'art. 19 ha dato luogo, in un primo momento, ad un orientamento giurisprudenziale restrittivo, il quale, muovendo da un'analisi testuale, ha posto l'accento sui richiami piuttosto ampi ai "contenuti del rapporto di impiego" e alla "peculiarità dei compiti, degli obblighi e delle limitazioni personali" quali parametri applicativi che necessiterebbero di ulteriore definizione¹⁰⁶. In considerazione di ciò si è affermato che la disciplina attuativa non poteva che costituire un passaggio ineludibile, in mancanza del quale le disposizioni di dettaglio stabilite per la generalità dei dipendenti non avrebbero potuto trovare immediata applicazione¹⁰⁷.

Ciò posto, si è precisato che «la nuova disciplina potrà trovare applicazione per il personale appartenente alle Forze Armate, alle Forze di polizia, nelle quali rientra la Polizia Penitenziaria, al Corpo Nazionale dei VV.FF. solo quando verranno emanati gli appositi provvedimenti legislativi previsti dall'art. 19 della richiamata legge»¹⁰⁸.

Alla luce di tale orientamento restrittivo, si poneva la questione se, nelle more dell'emanazione dei provvedimenti legislativi che, ai sensi dell'art. 19 della predetta

106 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 5 maggio 2011, n. 2707.

107 Cons. Stato, Sez. IV, 30 novembre 2011, n. 5259.

108 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 30 gennaio 2012, n. 66.

legge n. 183/2010, avrebbero dovuto dare attuazione alla c.d. “specificità” delle Forze Armate, potesse trovare applicazione il quadro normativo “ante” novella 2010. Segnatamente, si trattava di chiarire se occorreva verificare la sussistenza dei requisiti della “continuità” e della “esclusività”, nonché del “terzo grado di parentela/affinità con il disabile da assistere”, ai fini della concessione dei permessi ex art. 33 della legge n. 104/1992.

Proprio con specifico riguardo a tale questione, nel 2012, lo Stato Maggiore della Difesa ha chiesto parere al Consiglio di Stato, sia con riferimento all’applicabilità della novella all’art. 33 della legge 104/1992 al personale militare, sia, in presenza del citato orientamento giurisprudenziale restrittivo, in ordine all’esatta portata della novella legislativa. In particolare, occorre precisare se, ai fini della concessione dei benefici, necessitasse ancora verificare: la connotazione di “gravità” dell’handicap in capo al familiare disabile da assistere; i requisiti della “esclusività” e “continuità” dell’intervento assistenziale; la possibilità di “utile collocazione organica” dell’istante, in caso di richiesta di trasferimento, in un Ente ubicato nella sede di auspicata assegnazione, salvaguardando il prevalente interesse pubblico ad utilizzare il personale dipendente.

La preoccupazione manifestata dallo Stato Maggiore della Difesa in relazione alla eventuale applicabilità immediata della disciplina contenuta nell’art. 24 del Collegato lavoro riguardava l’impatto di questa sull’impiego del personale militare. Infatti, si temeva che un incremento esponenziale delle istanze accolte, già peraltro numerose con particolare riferimento ai permessi mensili, potesse ripercuotersi in maniera significativa sulla stessa funzionalità dei reparti.

La Seconda sezione del Consiglio di Stato, con un parere interlocutorio, ha ribadito l’orientamento restrittivo già espresso dalla sezione giurisdizionale ed ha affermato che il carattere di specificità delle Forze Armate, che il legislatore ha voluto evocare espressamente nell’art. 19, comma 1, della legge n. 183/2010, denota la sussistenza di una “specialità” funzionale connessa alla delicatezza e all’importanza dei compiti istituzionali. L’elevato rischio operativo connesso alle funzioni, infatti, si traduce anche in una specificità normativa, la quale, in forza del comma 2 dello stesso art. 19, necessita, per la disciplina attuativa, di successivi e precisi provvedimenti legislativi. Tale assunto, inoltre, avrebbe trovato ulteriore conforto nella disciplina del Codice dell’Ordinamento Militare, che nella formulazione

originaria dell'art. 981 c.o.m., prevedeva l'applicazione al personale militare dell'art. 33, comma 5 della legge n. «compatibilmente con il proprio stato»¹⁰⁹.

La prospettata lettura restrittiva della disposizione contenuta nell'art. 19 citata viene, però, superata dallo stesso Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, il quale, mutando orientamento, ha cominciato a sostenere la immediata applicabilità dell'art. 24 al personale militare sulla base della considerazione la deroga correlata alla "specialità" rispetto al regime, nel frattempo innovato per gli altri dipendenti pubblici, avrebbe dovuto essere parzialmente riconsiderata.

Infatti, quanto previsto da secondo comma dell'art. 19 del c.d. Collegato Lavoro si qualificherebbe più precisamente come norma di carattere programmatico.

Al riguardo, il Consiglio di Stato rileva che «nella sua prima parte, la stessa detta principi ed indirizzi, enucleabili, quanto ai principi, nella specificità delle Forze Armate nel quadro della generale disciplina del rapporto di impiego (in tutti i suoi aspetti: ordinamentale, economico, previdenziale etc.); quanto agli indirizzi, nell'esigenza di dare rilievo ai peculiari requisiti di efficienza operativa richiesti ed ai correlati impieghi in attività usuranti. Nella sua seconda parte, essa manda ad altra e successiva fonte, di pari grado, di dare attuazione ai principi sopradetti»¹¹⁰.

In questo senso, alla disposizione contenuta nell'art. 19 non può essere riconosciuto alcun effetto bloccante dell'effettività di quanto previsto dall'art. 24 poiché non si riscontra nel testo della norma alcuna indicazione in ordine ad un esplicito e specifico carattere inibitorio.

Parimenti, la norma non può essere configurata quale implicita disposizione transitoria che mantiene inalterata, nei confronti delle Forze Armate, tutta la disciplina previgente (ivi compresi i benefici della legge n. 104 del 1992), in attesa di una valutazione di adeguatezza da parte del legislatore "speciale", in quanto l'ultravigenza di norme espressamente sostituite necessita di una chiara indicazione legislativa che ne proroghi temporalmente o soggettivamente l'efficacia, in deroga al principio per il quale la sostituzione presuppone, in via generale, una implicita abrogazione della norma sostituita. Ad avviso dei giudici di Palazzo Spada, pertanto, «anche a prescindere dalle predette e generali considerazioni, in ogni caso, che la norma speciale a preteso effetto "inibitorio" non faccia specifico riferimento alle agevolazioni finalizzate all'assistenza dei familiari con disabilità grave lo si evince dalla collocazione topografica della stessa nell'ambito della fonte: essa è dettata dal

109 Cons. Stato, Sez. II, parere inter. 11 aprile 2012, n. 3232.

110 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 30 luglio 2012, n. 4691.

legislatore a coronamento di una serie di norme che hanno ad oggetto esclusivamente il rapporto di lavoro (lavori usuranti, lavoro sommerso, orario di lavoro, mobilità, part time etc.), ma comunque collocata prima del discusso art. 24 che interviene a modificare la normativa dettata dalla legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, con ciò lasciando intendere che la materia è oggetto di considerazione autonoma e trasversale, impingendo su problematiche di carattere sociale più ampio»¹¹¹.

Alla luce di quanto osservato, quella prospettata dal Consiglio di Stato è una diversa opzione esegetica, la quale conduce alla conclusione che la novella dell'art. 24 sia applicabile a tutto il personale dipendente e, pertanto, «sino a quando la legislazione attuativa richiamata dall'art. 19 non interverrà e non detterà disposizioni speciali e derogatorie, la disciplina comune in materia di assistenza ai familiari disabili potrà trovare applicazione anche per il personale delle Forze Armate»¹¹².

Così, si è arrivati ad affermare che, in ossequio anche al tenore letterale delle norme, i requisiti della continuità e dell'esclusività non possono essere più pretesi dall'amministrazione, ad esempio, ai fini della concessione del trasferimento ex art. 33 della legge n. 104/92 al personale in argomento. Gli unici due aspetti su cui l'amministrazione è tenuta a compiere una valutazione per decidere se concedere, o non, il beneficio riguardano, da un lato, le esigenze organizzative ed operative dell'amministrazione di appartenenza, rispetto alle quali il trasferimento deve risultare "possibile", e dall'altro, l'effettiva necessità del trasferimento del lavoratore ai fini dell'assistenza del familiare disabile, al fine di impedire un uso strumentale, improprio ed eventualmente opportunistico, della normativa a tutela dei disabili gravi¹¹³.

Tuttavia, appare opportuno sottolineare che, secondo in giudici amministrativi, l'art. 19 non si configura come un mero "manifesto" privo di valenza normativa poiché esso detta un principio che vincola l'interprete, il principio di specialità militare. Tale norma si pone, quindi, quale guida esegetica nell'applicazione di questioni dubbie ovvero nella risoluzione di conflitti fra norme.

In questa ottica, vanno apprezzati gli interventi normativi successivi. Infatti, con il D.lgs. 28 gennaio 2014, n. 8, sono stati modificati gli artt. 981 c.o.m. e 1506 c.o.m., che, in un certo senso, hanno dato attuazione alla disposizione contenuta nell'art. 19

111 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2012, n. 4047.

112 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 11 luglio 2012, n. 4106; TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 26 febbraio 2013, n. 527; Cons. Stato, Sez. III, 11 maggio 2018, n. 2819.

113 Cfr. Cons. Stato, Sez. III, ord. 27 ottobre 2012, n. 4300.

citato, conformando i benefici previsti dall'art. 33, commi 3 e 5, della legge n. 104/1992 alla specificità del personale militare.

In particolare, il D.lgs. n. 8/2014 ha modificato l'art. 981, comma 1, lett. b) stabilendo che al personale militare, compatibilmente con il proprio stato, continua ad applicarsi l'art. 33, comma 5, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e successive modificazioni, «nel limite, per il personale di Esercito italiano, Marina militare, Aeronautica militare e Arma dei Carabinieri, delle posizioni organiche previste per il ruolo e il grado, vacanti nella sede di richiesta destinazione. In costanza di riconoscimento del diritto previsto da tale norma, il personale dell'Esercito italiano, della Marina militare, dell'Aeronautica militare e dell'Arma dei carabinieri interessato non è impiegabile in operazioni in ambito internazionale o in attività addestrative propedeutiche alle stesse». Nella stessa prospettiva è stata introdotta nell'art. 1506, c.o.m. una lettera *h-bis*), la quale dispone che al personale militare sono riconosciuti «i permessi mensili retribuiti previsti dall'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104. In costanza di riconoscimento del diritto a fruire di tali permessi, il militare interessato non è impiegabile in operazioni in ambito internazionale o in attività addestrative propedeutiche alle stesse».

A ben vedere si tratta di due disposizioni che consentono, sebbene nei limiti ivi previsti, la piena operatività del sistema dei benefici stabiliti per l'assistenza al familiare disabile così come plasmati dall'interpretazione costituzionalmente orientata fatta propria dalla giurisprudenza innanzi esaminata.

Ciononostante, ai fini del presente studio, occorre analizzare gli elementi di specialità introdotti dalle norme, anche con riferimento alla prassi applicativa disegnata anche dagli atti di indirizzo dei singoli Stati maggiori di Forza Armata.

3.1. I permessi di cui all'art. 33, comma 3, per il personale militare.

Come si è detto, l'applicazione del regime previsto dall'art. 33, comma 3, al personale militare è stabilita dall'art. 1506, comma 1, lett. *h-bis*). Dal tenore di tale disposizione emerge con chiarezza che il riconoscimento del diritto ad usufruire di permessi per l'assistenza del familiare disabile è vincolato alla verifica della condizione oggettive e soggettive stabilite dalla legge n. 104/1992: l'accertamento della situazione di grave disabilità del familiare nei modi previsti dall'art. 4 e la circostanza che per la stessa persona nessun altro parente usufruisca dei benefici in esame fatta eccezione per i genitori di un figlio portatore di handicap.

3.1.1. La fruizione dei permessi è un diritto soggettivo o un interesse legittimo?

Se tali condizioni vengono riscontrate il militare, al pari di quanto avviene per gli altri lavoratori del settore pubblico, dovrebbe godere di un diritto pieno, non residuando in capo al Comando o al Reparto di appartenenza alcuna discrezionalità rispetto alla concessione di tali benefici.

Tale assunto è stato messo in discussione da una decisione del Tribunale Amministrativo per il Trentino-Alto Adige, secondo la quale, sussisterebbe, invece, un margine di discrezionalità. Al riguardo, il giudice amministrativo ha affermato che l'amministrazione deve considerare con rigore la situazione di fatto in cui si trova il disabile da accudire, atteso che la concessione dei permessi mensili incide comunque sull'organizzazione e funzionalità del servizio o della funzione svolta dal pubblico dipendente richiedente e si giustifica solo con la tutela di un interesse di pari rango, quale la reale ed effettiva necessità di assistenza di persone disabili. In definitiva, il venir meno del presupposto dell'esclusività non implica che la persona inabile abbia il diritto di scegliere il parente o affine da cui essere assistito, né che questi abbia il diritto indeclinabile di fruire del permesso in questione. In particolare, per il caso in cui l'interessato sia un militare, va riconosciuta la specificità del ruolo delle forze Armate e considerata la peculiarità dei compiti, finalizzati alla tutela delle istituzioni democratiche e alla difesa dell'ordine e della sicurezza interna ed esterna, del personale da esse dipendente. Le esigenze personali e familiari dei richiedenti i benefici ex art. 33, comma 3, destinate in generale a recedere di fronte all'interesse pubblico al buon funzionamento degli uffici, regrediscono particolarmente in presenza della necessità di tutelare la piena efficienza ed operatività della Forza Armata di appartenenza che assicura la difesa e la sicurezza della Nazione. Secondo il Tribunale amministrativo trentino, pertanto, è «alla luce dei doveri e degli obblighi conseguenti allo status di militare che, a maggior ragione, va attribuita tuttora rilevanza al profilo dell'esclusività dell'assistenza nel senso che l'esclusività non può sussistere in presenza di altri congiunti in grado di assistere la persona handicappata, a meno che non siano forniti elementi probanti in ordine alla concreta impossibilità di fornire detta assistenza»¹¹⁴.

114 Cfr. TAR Trentino-Alto Adige, Trento, Sez. I, 9 agosto 2018, n. 180.

Tale lettura è stata in un certo senso confermata dal Consiglio di Stato, sebbene la decisione del TAR sia stata annullata in appello.

Secondo i giudici di Palazzo Spada è possibile operare un parallelismo tra la disciplina del trasferimento di cui al comma 5 dell'art. 33 e quella dei permessi di cui al comma 3 della medesima disposizione.

Come si avrà modo di evidenziare nel proseguo della trattazione, sulla disciplina dei trasferimenti si è formato un consolidato orientamento giurisprudenziale, a mente del quale il "diritto" di colui che assiste un familiare in situazione di grave handicap a ottenere un trasferimento nella sede di lavoro più vicina al domicilio dell'assistito configura propriamente un interesse legittimo pretensivo, suscettibile di essere soddisfatto "ove possibile". Ciò posto, il Consiglio di Stato afferma che «tali principi sono suscettibili di applicazione anche nei riguardi dei permessi retribuiti, fattispecie diversa dal trasferimento ma ricompresa nell'ambito della medesima disciplina, connotata dal comune interesse di assicurare adeguata assistenza al disabile». Così, si precisa che «la qualificazione della posizione giuridica ascrivibile al dipendente che invoca l'applicazione dell'art. 33, comma 3, della legge n. 104 del 1992 non può assurgere al rango di diritto soggettivo *stricto sensu* al cospetto dell'interesse della parte datoriale pubblica di assicurare la corretta organizzazione ed il buon andamento del servizio. Essa quindi degrada ad interesse legittimo soprattutto quando si tratti, come nel caso di specie, di un'amministrazione militare, rispetto alla quale assume particolare rilievo la delicatezza del servizio espletato, cosicché è ben possibile opporre ragioni a ciò attinenti purché, in un regime di contemperamento dei contrapposti interessi, siano adeguatamente esplicitate in sede motivazionale in una dimensione non generica ed astratta bensì specifica e concreta»¹¹⁵.

Tale prospettiva esegetica della disposizione contenuta nell'art. 1506, comma 1, lett. *h-bis*) c.o.m. sembra dare fondamento a quella lettura che vede nell'art. 19 della legge n. 183/2010 il parametro ermeneutico che vincola l'interprete al paradigma della specialità del consorzio militare.

Dunque, sembra corretto ritenere che, secondo tale orientamento del giudice amministrativo, il godimento dei benefici di cui all'art. 33, comma 3, della legge n.

115 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 8 agosto 2019, n. 5635. Giova sottolineare che nel caso di specie il Consiglio di Stato ha annullato la decisione del giudice di prime cure accogliendo il motivo attinente al difetto di motivazione del provvedimento di diniego dei permessi, affermando che «l'Amministrazione, nel confezionare il corredo motivazionale dell'atto impugnato in prime cure, non si è peritata di enucleare specifiche documentate ragioni ostative all'accoglimento della domanda riconnesse ad esigenze di espletamento del servizio».

104/1992 da parte di un militare configura una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo, laddove come già osservato, per interpretazione pacifica della Cassazione nel rapporto di impiego, pubblico o privato, quello si qualifichi, al contrario, come una potestà vantata dal lavoratore.

Pertanto, quello esaminato rappresenta un orientamento di assoluta rilevanza, poiché per i militari, a differenza di quanto accade per l'intero settore del lavoro pubblico, il regime giuridico previsto dalla legge n.104/1992 si qualifica in ragione delle esigenze organizzative e delle funzioni esercitate dal lavoratore e non viceversa. Se è vero, come si è visto in precedenza, che il titolare effettivo dei benefici previsti dalla legge è il disabile e non il lavoratore, la circostanza che quest'ultimo sia un militare condiziona l'esercizio del diritto del disabile al bilanciamento con gli interessi correlati alla struttura di appartenenza del *caregiver*.

Tutto ciò, ovviamente, viene configurato dalla giurisprudenza amministrativa citata grazie ad un'interpretazione *praeter legem* posto che, ad avviso di chi scrive, il testo dell'art. 1506, comma 1, lett. *h-bis*) c.o.m., a differenza dell'art. 981 c.o.m., non presenta alcun esplicito riferimento all'esigenze organizzative dell'amministrazione militare; anzi dal tenore letterale della disposizione risulta agevole rilevare che il regime dei permessi sia un vero e proprio diritto riconosciuto sulla base di un accertamento *a monte* in relazione della condizione di gravità dell'handicap del familiare assistito.

3.1.2. Gli esoneri per il militare che usufruisce dei permessi per l'assistenza del familiare disabile.

L'impatto della disciplina sui permessi sull'operatività dell'organizzazione si misura, in prima battuta, in ordine alle attività rispetto al quale il militare che usufruisce di tale beneficio risulta esonerato.

Ai sensi del citato art. 1506, comma 1, lett. *h-bis*) c.o.m. il militare che usufruisce di permessi per l'assistenza del familiare disabile non è impiegabile in operazioni in ambito internazionale o in attività addestrative propedeutiche alle stesse.

Come è noto, negli ultimi venticinque anni si è registrato il progressivo mutamento funzionale delle Forze Armate italiane che si è conclamato nella propensione, per certi versi prevalente rispetto a quella di difesa nazionale, alla proiettabilità oltreconfine nell'ambito di missioni internazionali vocate alla tutela della sicurezza collettiva.

Si tratta di interventi che prevedono che i militari coinvolti trascorrono tempi, anche molto lunghi, in missione. Risulta evidente che, in tali ipotesi, l'assistenza ad un disabile, sebbene non più caratterizzata per continuità, non sia compatibile con la permanenza oltre confine del *caregiver*: e ciò vale, sia quando fisicamente il militare si trovi all'estero, sia per tutta l'attività propedeutica, in termini di addestramento, che si svolge prima della partenza. Infatti, la necessaria operatività del militare, il cui reparto di appartenenza risulti impegnato di missioni internazionali, non consente interruzioni. Il legislatore, quindi, ha correttamente esonerato colui il quale gode dei benefici previsti dall'art. 33, comma 3, della legge n. 104/1992 da qualsiasi impegno correlato a missioni internazionali.

Altra ipotesi di esonero riguarda lo svolgimento di servizio durante le ore notturne.

Al riguardo, l'art. 17, comma 1, lett. f) del D.P.R. 16 aprile 2009, n. 52, che integra l'art. 14, comma 1, lett. e) del D.P.R. 11 settembre 2007, n. 171, per tutte le Forze Armate, e l'art. 41, comma 1, lett. f) del D.P.R. 16 aprile 2009, n. 51, che integra l'art. 32, comma 1, lett. e) del D.P.R. 11 settembre 2007, n. 170, per i Carabinieri, dispongono «l'esonero, a domanda, dal turno notturno per i dipendenti che abbiano a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104».

Si tratta di un vincolo legale sul quale l'amministrazione militare non dovrebbe esercitare alcuna discrezionalità, posto che il beneficiario dei permessi di assistenza al familiare disabile in caso di espressa richiesta è tenuto ad essere esonerato dal servizio notturno. Occorre precisare che dal tenore delle disposizioni citate emerge chiaramente come l'esonero possa essere richiesto anche da quel personale che, pur non usufruendo materialmente dei permessi, certifichi la sussistenza dei presupposti per la concessione dei benefici di cui all'art. 33 della legge n. 104/1992.

Al riguardo, per l'esatta interpretazione di "disabile a proprio carico", lo Stato Maggiore della Difesa, nelle Linee "*Pari opportunità e tutela della famiglia e della genitorialità*", ed. 2017, del 31 luglio 2017, ha osservato che con la locuzione in esame «non si dovrà far riferimento a definizioni di carattere fiscale ma, raccordandosi con le previsioni normative vigenti e con la consolidata giurisprudenza in materia, bisognerà considerare la posizione del soggetto che presta assistenza ad una persona a cui è stato riconosciuto l'handicap in situazione di gravità, ai sensi dell'art. 3 comma 3, della Legge n. 104/1992, per il quale si rende necessario un intervento assistenziale permanente. Ne consegue che potrà ottenere l'esonero dal turno notturno il personale destinatario dei benefici di cui all'articolo 33 della Legge n. 104/1992».

In proposito, occorre segnalare come, secondo la giurisprudenza, l'esonero dal lavoro notturno denoti una situazione di fatto non coincidente con quella presupposta per la concessione dei permessi retribuiti di cui all'art. 33 della legge n. 104/1992. Infatti, la *ratio* ivi sottesa consiste nella volontà del legislatore di consentire una cura ed un'assistenza costanti e quotidiane, anche nelle ore notturne, la quale risulta possibile solo nell'ipotesi di coabitazione¹¹⁶.

Con riferimento a tale ultimo profilo si evidenzia che 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 la possibilità di comprovare la convivenza. Infatti, secondo il giudice amministrativo costituiscono validi indici di convivenza: 1) la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà con la quale il lavoratore dichiara di convivere, anche temporaneamente, col disabile; 2) gli accertamenti tesi a verificare la sussistenza o meno della dichiarata effettiva convivenza di fatto tra disabile e lavoratore; 3) l'indicazione della residenza del disabile quale indirizzo di reperibilità durante le assenze per malattia dal posto di lavoro; 4) eventuali richieste di accesso del servizio di continuità assistenziale all'indirizzo del disabile effettuate da quest'ultimo luogo, in orario notturno¹¹⁷.

Ciò posto, si può concludere che, mentre la semplice fruizione di permessi ex art. 33, comma 3, abilita all'esonero da attività connessa ad impiego per missioni all'estero, per l'esonero dal servizio notturno questa non risulta sufficiente, occorrendo altresì il riscontro della situazione di coabitazione tra il militare ed il disabile assistito.

3.1.3. I permessi ex legge 104/1992 nella prassi amministrativa.

In ordine alla materia dei permessi, la Circolare della Direzione generale per il personale militare del Ministero della difesa M_D GMIL n. 80786 del 15 maggio 2015 ha stabilito che, in ordine alle disposizioni applicative della disciplina dettata dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104 in materia di permessi, si deve fare riferimento alle disposizioni emanate dagli Stati Maggiori di Forza Armata e dal Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri nell'ambito di rispettiva competenza.

116 TAR Lazio, Roma, Sez. I, 5 dicembre 2013, n. 10499.

117 Cfr. TAR Friuli Venezia-Giulia, Trieste, Sez. I, 9 gennaio 2014, n. 3.

Pertanto, la regolamentazione dei permessi ex art. 33, comma 3, trova una specificazione negli atti di indirizzo per l'impiego del personale emanati da ogni singola Forza Armata.

Per quanto riguarda l'Arma dei Carabinieri, le circolari applicative della disposizione in esame prevedono che, tranne nei casi in cui la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il militare, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, convivente *more uxorio*, 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, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa¹¹⁸.

Le altre Forze Armate, invece, hanno in materia emanato atti di indirizzo generale a contenuto anche dispositivo. In particolare, sia la Direttiva 001, ed. 2017, del Dipartimento Impiego del Personale dell'Esercito (DIPE), sia, ed in maniera più accurata e puntuale, la Direttiva n. 21740 del 2015 della Direzione per l'Impiego del Personale militare della Marina (MARIPERS) tracciano un procedimento autorizzatorio incardinato presso il reparto nel quale il militare è in servizio. Invece, la Direttiva DIPMA-UD-001, ed. 2020, della Direzione per l'Impiego del Personale militare dell'Aeronautica (DIPMA) non regola direttamente la fattispecie dei permessi di assistenza disabili occupandosi solo della disciplina dei trasferimenti.

Per l'assistenza a ciascun familiare in situazione di disabilità grave il militare ha la possibilità di fruire alternativamente di 3 giorni di permesso al mese ovvero di 18 ore mensili da ripartire nelle giornate lavorative secondo le esigenze personali, frazionabili o fruibili per un tempo pari o superiore ad un'ora¹¹⁹.

118 Secondo la circolare n. 51/174-6-1992 del 2 febbraio 2018 del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri – SM – Ufficio Legislazione, costituiscono eccezione al presupposto obiettivo del ricovero ospedaliero a tempo pieno, per la concessione dei suddetti permessi: l'interruzione del ricovero per necessità del disabile di recarsi fuori dalla struttura che lo ospita; il ricovero a tempo pieno di un disabile in stato vegetativo o in situazione terminale.

119 Si deve segnalare che si sensi dell'art. 24, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, conv. con legge 24 aprile 2020 n. 27, in considerazione dello stato di emergenza derivante dalla epidemia di Covid-19, il numero di giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa di cui all'articolo 33, comma 3, della L. 104/1992, è stato incrementato di ulteriori complessive dodici giornate da fruire entro il 30 giugno 2020. Si soggiunge che il beneficio è riconosciuto al militare «compatibilmente con le esigenze organizzative dell'Ente cui appartiene e con le preminenti esigenze di interesse pubblico da tutelare».

L'istanza deve essere presentata al Comandante di Corpo corredata da regolare certificazione medico legale attestante l'handicap in situazione di gravità.

In proposito, occorre rammentare che la Legge n. 423 del 27 ottobre 1993, ha stabilito che, nelle more dell'accertamento definitivo da parte delle commissioni sanitarie di cui all'art. 4 della Legge n. 104/1992, e trascorsi 90 giorni dalla domanda di riconoscimento dello stato di handicap, la sussistenza dei presupposti per la concessione dei benefici dell'art. 33 legge possa essere comprovata anche attraverso accertamenti provvisori da parte di un medico, in servizio presso l'unità sanitaria locale da cui è assistito l'interessato, specialista nella patologia oggetto dell'istanza di riconoscimento. L'accertamento provvisorio produce effetto fino all'emissione dell'accertamento definitivo da parte della commissione.

Il Comandante di Corpo, ricevuta la domanda provvede a svolgere l'attività istruttoria che consiste: a) nel controllare con immediatezza la completezza, la regolarità formale e la validità della documentazione prodotta dal militare; b) nell'effettuare le verifiche di veridicità ed autenticità della documentazione prodotta dall'interessato.

Con riferimento alla fase decisoria si registra una sostanziale differenza in ordine alla competenza: mentre per la Marina la competenza a decidere è del Comandante di Corpo che emette il provvedimento relativo ai benefici richiesti con contestuale comunicazione alla Direzione MARIPERS, per l'Esercito l'autorità competente a riconoscere i benefici discendenti dalla legge n. 104/1992 è sempre e solo il DIPE. In altri termini, per l'Esercito per l'autorizzazione ad usufruire dei permessi ex art. 33, comma 3, occorre una previa determinazione dell'ufficio di vertice, al quale l'istanza, corredata di tutta la documentazione, deve essere inoltrata tenendo informata la catena gerarchica.

3.2. La disciplina dell'art. 981, comma 1, lett. b) c.o.m. e i trasferimenti correlati alla assistenza del familiare disabile.

Come si è già detto, ai sensi dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992, il lavoratore che assiste un familiare in condizione di accertata grave disabilità ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede. Tale norma è stata adattata dal legislatore all'ordinamento militare prevedendo all'art. 981, comma 1, lett. b) c.o.m. che essa si applica al personale militare, compatibilmente

con il proprio stato, e «nel limite, per il personale di Esercito italiano, Marina militare, Aeronautica militare e Arma dei Carabinieri, delle posizioni organiche previste per il ruolo e il grado, vacanti nella sede di richiesta destinazione».

La norma generale inquadrata nell'ambito dell'ordinamento militare riguarda due fattispecie: il trasferimento, o assegnazione provvisoria, a istanza di parte con lo scopo di assistenza ed il divieto di trasferimento di autorità in caso di fruizione dei benefici di cui alla legge n. 104/1992.

In questa prospettiva, appare opportuno analizzare i problemi giuridici correlati a tali due fattispecie, muovendo proprio dalla seconda, offrendo, successivamente, una disamina delle questioni connesse al trasferimento ad istanza di parte, sul quale, a ben vedere, si è riscontrata la particolare attenzione della prassi amministrativa e si registrato un ampio contenzioso davanti al giudice amministrativo.

3.2.1. Il problema del divieto del trasferimento di autorità di cui all'art. 33, comma 5, l. n. 104/1992 e la sua incompatibilità con l'ordinamento militare.

La necessaria operatività delle Forze Armate impone la possibilità di impiegare il personale in esclusiva relazione alle necessità funzionali: il reclutamento, la formazione e l'addestramento sono, infatti, razionalizzati in maniera tale da garantire, a tutti i livelli, un impiego del personale, secondo il rispettivo profilo professionale e senza pregiudizio per gli sviluppi di carriera, esclusivamente in funzione delle esigenze operative. Secondo la dottrina, l'impiego, nella sua accezione operativa, è l'utilizzazione motivata del personale mediante una sua collocazione più appropriata nella struttura: esso, quindi, rappresenta lo strumento mediante il quale si realizza la funzionalità della Forza Armata, assicurando la continuità in tutti i settori di attività: operativo, tecnico-logistico ed addestramento¹²⁰. In questa prospettiva, poiché l'operatività non può essere subordinata all'accettazione della destinazione d'impiego, né condizionata da una pianificazione concordata con gli interessati, la mobilità imposta costituisce uno dei tratti distintivi dello *status* dei militari rispetto al regime generale del lavoro per le pubbliche amministrazioni, in cui, invece, è prevalente il necessario consenso dell'interessato.

La giurisprudenza ha evidenziato che l'«attribuzione di competenza tecnico-amministrativa agli organi dell'area tecnico-operativa della Difesa deriva dalla stretta

120 A. LO TORTO, *La condizione militare*, cit., pp. 118-119.

correlazione tra il governo della mobilità ed il governo delle Forze Armate, che impone l'inscindibile unitarietà nella gestione, sia operativa che amministrativa, dell'impiego del personale militare: e ciò, pertanto, implica che rientra nei compiti istituzionali delle Forze Armate e dei Corpi Armati la garanzia di un equo bilanciamento tra le ineludibili e del tutto primarie esigenze di funzionalità e le necessità del personale assoggettato alla gravosità della mobilità»¹²¹.

Orbene, secondo l'orientamento pressoché pietrificato del Consiglio di Stato, le esigenze di servizio sulla base delle quali viene adottato il provvedimento di trasferimento di un militare non vanno ricondotte esclusivamente a necessità organiche o a impegni tecnico operativi, bensì a tutti quei motivi di opportunità che possano oggettivamente compromettere l'ordinato svolgimento dei compiti istituzionali¹²². Infatti, le norme contenute nella legge e nel regolamento impongono di sussumere i trasferimenti d'autorità nella categoria dell'ordine gerarchico in quanto «questi provvedimenti attengono ad una semplice modalità di svolgimento del servizio sul territorio»¹²³. Da tale assunto consegue che in materia di incarichi militari non possono riscontrarsi aspettative di *ius in officio* poiché non risulta configurabile una posizione soggettiva giuridicamente tutelata alla sede di servizio: l'interesse del militare a prestare servizio in una sede, piuttosto che in un'altra, assume solo una rilevanza di mero fatto¹²⁴.

In questo senso, per escludere l'obbligatorietà della motivazione, la giurisprudenza, ricorre agli argomenti più tradizionali: il rapporto di supremazia speciale e la conseguenziale natura latamente discrezionale del provvedimento. Così, dopo avere qualificato il rapporto tra amministrazione e militare in termini di soggezione idonea a giustificare una limitazione di libertà altrimenti garantite ai singoli, il giudice amministrativo inquadra il provvedimento di trasferimento quale ordine che, in ragione delle finalità che persegue e delle necessità organiche e degli impegni tecnico-operativi che sottende, risulta connotato da ampia discrezionalità. Infatti, essendo un precetto imperativo tipico della disciplina militare, diversamente da altri atti ascrivibili concettualmente alla medesima categoria¹²⁵, l'ordine militare

121 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 13 luglio 2011, n. 4258.

122 Cons. Stato, Sez. IV, 8 maggio 2000, n. 2641.

123 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 20 marzo 2001, n. 1677.

124 In termini *ex multis*: Cons. Stato, Sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4586; 14 novembre 2012, n. 5763; 13 giugno 2011, n. 3601.

125 Cons. Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2001, n. 898, secondo il quale le differenze concettuali e di disciplina positiva fra impiego civile e servizio militare sono tanto profonde ed

non richiede alcuna motivazione in quanto intrinseco ad una materia nella quale l'interesse pubblico specifico del rispetto della disciplina e dello svolgimento del servizio prevalgono in modo diretto e immediato su qualsiasi altro¹²⁶.

Secondo tale impostazione, il sindacato del giudice amministrativo dovrà svolgersi tenendo conto delle rilevate peculiarità, tra le quali, la non sussistenza, di norma, di un interesse particolarmente tutelato alla sede di servizio del militare. Ove non vi siano, a monte del trasferimento, ragioni discriminatorie o vessatorie ovvero macroscopicamente incongrue oppure illogiche, data l'ampia discrezionalità dell'amministrazione, risulta prevalente l'interesse pubblico che presiede ai provvedimenti di utilizzazione del personale nell'organizzazione delle particolari strutture logistiche, operative e di comando che caratterizzano il complesso funzionamento delle Forze Armate¹²⁷.

Rispetto a tale posizione rigida espressa dal Consiglio di Stato, sembra farsi strada un orientamento che tenta di individuare, invece, un accettabile punto di equilibrio tra esigenze organizzative e tutela giurisdizionale dell'interessato. Se è vero che le decisioni relative all'assegnazione costituiscono espressione di scelte organizzative sulla gestione del personale militare (scelta «dell'uomo giusto al posto giusto»), operate a livello generale e formalizzate con un provvedimento di pianificazione di impiego, con cui si dispone l'assegnazione dei militari di un certo grado su tutto il territorio nazionale (c.d. atto di pianificazione di impiego), allora, i singoli provvedimenti individuali di trasferimento degli interessati costituiscono meri ordini di servizio impartiti in attuazione di atti di pianificazione. Ciò posto, si è in presenza di «scelte che rientrano nell'ampia discrezionalità organizzativa spettante all'Amministrazione nell'assumere le decisioni relative all'impiego dei militari formalizzate nel provvedimento di pianificazione di impiego che non sono sindacabili nel merito dal giudice di legittimità. Pertanto, il giudice amministrativo si deve limitare a verificare il rispetto della procedura, dei criteri stabiliti da atti normativi o da atti di auto-vincolo, oltre che al riscontro dell'eccesso di potere nelle sue figure sintomatiche tradizionali (difetto di istruttoria e di motivazione in senso sostanziale, travisamento

estese, da rendere problematico ogni tentativo di assimilazione analogica o di individuazione di principi generali comuni.

126 Cons. Stato, Sez. IV, 9 novembre 1999, n. 2106; 15 luglio 1999, n. 1235; 21 gennaio 1997, n. 33.

127 Cons. Stato, Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 3695; 22 luglio 2012, n. 4260; 4 febbraio 2013, n. 664.

dei fatti, ecc.) e in quelle più evolute della violazione dei canoni di ragionevolezza e di proporzionalità»¹²⁸.

Tale orientamento vede nell'ordine di trasferimento un atto meramente esecutivo di scelte discrezionali di carattere programmatico operate *a monte*. Confermando l'esigenza di un adeguato supporto motivazionale il sindacato sulla discrezionalità riguarderebbe la rispondenza a tali scelte e il rispetto delle procedure per adottarle. Insomma, si stempera la decisione sul singolo in una valutazione complessiva di strategia che coinvolge la gestione del personale nella dimensione di contesto.

Il provvedimento dell'amministrazione deve, perciò, «fondarsi su una compiuta e complessiva considerazione dell'episodio di vita, della sua gravità, della sua idoneità concreta, anche in relazione ai compiti disimpegnati dal militare, a ledere il prestigio del reparto o comando di appartenenza, o quantomeno a menomarlo in modo significativo»¹²⁹.

Tuttavia, la questione dell'ambito di tutela da riconoscere all'interessato, risolta con una soluzione caso per caso, non sgombra il campo dai dubbi circa la necessaria obbligatorietà della motivazione, la quale costituisce sia uno strumento di agevole sindacato, sia un presidio di trasparenza e di garanzia. Infatti, la necessità che vengano esplicitate le ragioni in base alle quali si dispone l'impiego, o il disimpegno, di quella unità di personale in quel determinato contesto contribuiscono, da una parte, all'esatta percezione degli obiettivi della disposizione di servizio ai fini di un corretto e consapevole adempimento della stessa, dall'altra, consentono all'interessato, in prima battuta, ed al giudice, di rimando, di verificare che quella medesima disposizione risponda, o non, ai precetti di logica e imparzialità ovvero celi pratiche discriminatorie o vessatorie.

In altri termini, si è in presenza di aperture le quali, però, non sembrano mettere in discussione la linea interpretativa assunta e ancora di recente ribadita nella sua formulazione più rigida anche in considerazione della prescrizione contenuta nell'art. 1349, comma 3, c.o.m. che prevede che «agli ordini militari non si applicano i capi I, III e IV della legge 7 agosto 1990, n. 241»¹³⁰.

128 In questa prospettiva vedi TAR Lazio, Roma, Sez. I, 4 aprile 2017, n. 4228.

129 Cons. Stato, Sez. IV, 15 gennaio 2016, n. 103, Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 20 dicembre 2016, n. 473, In senso contrario, invece, Cons. Stato, Sez. IV, 29 settembre 2016, n. 4023.

130 Cons. Stato, Sez. IV, 17 gennaio 2018, n. 239, nella quale si afferma che «i provvedimenti di trasferimento d'autorità di militari, ivi compresi quelli assunti per ragioni d'incompatibilità ambientale, sono qualificabili come «ordini», rispetto ai quali l'interesse del militare a prestare servizio in una determinata sede assume, di norma,

Alla luce di quanto detto sembra possibile concludere che la regola del divieto di trasferimento di cui all'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992 non possa applicarsi per il militare che assiste il familiare disabile.

L'amministrazione militare non risulta limitata nell'impiego del proprio personale in relazione alle esigenze funzione da un vincolo *a monte* che ne inibirebbe il suo pieno dispiegarsi. Tale assunto troverebbe fondamento in quella lettura dell'art. 19 della L.183/2010 adottata dalla giurisprudenza, la quale ritiene che l'applicazione delle disposizioni correlate all'assistenza al familiare disabile non possano che essere parametrizzate sul principio di specialità in relazione alla peculiarità dei compiti, degli obblighi e delle limitazioni personali per le funzioni di tutela delle istituzioni democratiche e di difesa dell'ordine e della sicurezza interna ed esterna, nonché per i particolari requisiti di efficienza operativa.

Ciononostante, non si può ritenere nel caso in esame che, in presenza del godimento di benefici correlati all'assistenza, l'amministrazione militare non sia onerata dal motivare le ragioni che giustificano una scelta di mobilità. Infatti, il tenore dell'art. 981, comma 1, lett. b) c.o.m., nel quale si riscontra un rinvio generale all'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992, impone una riflessione sull'obbligo di motivazione e sulle garanzie procedurali.

Al riguardo, la ricostruzione del trasferimento d'autorità offerta dal Consiglio di Stato appare eccessivamente eterodossa rispetto all'impianto sistematico delle tutele procedurali riconosciute dall'ordinamento, nonché tendenzialmente incoerente con gli scopi che la regolazione in materia di esecuzione degli ordini militari intende perseguire.

una rilevanza di mero fatto; sono strettamente connessi alle esigenze organizzative dell'Amministrazione ed alla disciplina che connota il rapporto di servizio del relativo personale; sono sottratti all'applicazione della normativa generale sul procedimento amministrativo in conformità di quanto ora testualmente dispone l'art. 1349, comma 3, D.lgs. 15 marzo 2010, n. 66; non richiedono nemmeno una particolare motivazione, atteso che l'interesse pubblico al rispetto della disciplina ed allo svolgimento del servizio è prevalente sugli altri eventuali interessi del subordinato; non hanno carattere sanzionatorio, ma sono preordinati a ovviare alla situazione d'incompatibilità ambientale determinatasi; non rileva la situazione d'incompatibilità ambientale venutasi a creare, nel senso che questa prescinde da ogni giudizio di rimproverabilità della condotta dell'interessato; in simili fattispecie il compito del giudice è limitato al riscontro della effettiva sussistenza della situazione di incompatibilità riscontrata dall'Amministrazione (e costituente presupposto del provvedimento) e della proporzionalità del rimedio adottato dall'Amministrazione stessa per rimuoverla; tale riscontro può condurre all'annullamento dell'atto quando sia accertato il concreto difetto dei presupposti fattuali allegati dall'Amministrazione».

In primo luogo, suscita perplessità l'ascrivibilità del trasferimento d'autorità alla categoria degli ordini di cui all'art. 1349, comma 3, c.o.m., la quale sembra indirizzata a normare quelle tipologie di disposizioni, unisussistenti e puntuali, di carattere urgente o contingente relative all'operatività del servizio. Al contrario, il trasferimento d'autorità è configurato dallo stesso legislatore come un provvedimento sicuramente imperativo ma contrassegnato da una preventiva serie procedimentale, la quale, peraltro, è vincolata anche da un termine di conclusione di 180 giorni (art. 1024, comma 1, lett. f) c.o.m.). Si tratta di un procedimento che si avvia d'ufficio, sulla base del riscontro dei presupposti di fatto e di diritto (quali, ad esempio, la necessità di ricoprire un incarico od una sede che si rende vacante ovvero attuazione di pianificazioni, di programmazioni o di avvicendamenti); che prosegue con l'individuazione di colui il quale deve essere trasferito; che dovrebbe continuare con la ponderazione della condizione soggettiva dell'interessato; e che, in ultimo, si conclude con l'emanazione del provvedimento di trasferimento¹³¹.

Sebbene la giurisprudenza ritenga che la valutazione della posizione dell'interessato non sia obbligatoria, poiché gli aspetti relativi alle pretese partecipative dello stesso vengono superate in considerazione dell'immediatezza della disponibilità del personale e delle esigenze di celerità da cui è accompagnata la operatività dei corpi militari, appare indiscutibile che tutto il procedimento sia, comunque, strutturalmente ancorato ad una fase istruttoria connotata da attività di accertamento e valutazione¹³². L'amministrazione deve curare il concreto soddisfacimento dell'interesse pubblico relativo alla funzionalità dell'organizzazione, tenendo, altresì, in considerazione la posizione individuale dell'interessato, sia sul piano generale, sia sul piano strettamente personale. Quest'ultimo aspetto non può prescindere da una prospettazione da parte del destinatario degli interessi attinenti alla propria sfera individuale, o familiare, incisi dal trasferimento mediante la partecipazione al procedimento di cui al Capo III della legge n. 241/1990¹³³. Inoltre,

131 Sul punto vedi F. BASSETTA, *Forze Armate e polizia*, in F. CARINCI - V. TENORE (a cura di), *Il pubblico impiego non privatizzato*, Milano, Giuffrè, 2007, vol. II, pp. 578-579.

132 In proposito, L. D'ANGELO, *Trasferimento d'autorità nelle PP.AA. natura giuridica e garanzie dell'interessato*, in *Diritto militare*, 2003, n. 1-2, p. 7 ss., spec. p. 24, rileva come il potere di incidere unilateralmente nella sfera giuridica del soggetto dipendente, con sacrificio degli interessi di questi di fronte al perseguimento dei fini istituzionali che impone maggiore attenzione alle modalità con cui tale sacrificio viene ad attuarsi.

133 In proposito, si segnala come l'art. 386 del Regolamento generale dell'Arma dei Carabinieri, dettando i principi generali in tema di trasferimenti, stabilisca che i trasferimenti, pur costituendo squisita azione di comando da parte di colui che è competente a determinarli, si fondano sulla necessità, da una parte, di «destinare

sembra altrettanto incompatibile con la prescrizione della generale applicabilità della legge n. 241/1990 ai procedimenti militari la circostanza che questa attività istruttoria non debba essere palesata con adeguata motivazione¹³⁴.

In secondo luogo, affermare, in maniera ormai del tutto tralaticia, che al militare non spetta alcuna posizione soggettiva tutelata in ordine alla sede di servizio, appare una petizione di principio. Se è vero che il suo rapporto di lavoro è fondato sulla operatività e, quindi, sulla mobilità, da ciò non può dedursi automaticamente che il militare abbia un mero interesse di fatto in relazione al trasferimento della sede di servizio. Infatti, ogni modifica del luogo di svolgimento del servizio incide potenzialmente sulla situazione soggettiva del destinatario, la quale potrebbe essere meritevole di tutela in ragione del contesto individuale o di servizio. Così, sembra corretto ritenere che occorra giustificare, in maniera esplicita, la soluzione di allontanarlo ugualmente in presenza di interessi pubblici preminenti, non in assoluto e in astratto, ma nel caso concreto¹³⁵.

In realtà, sembra che l'assunta qualificazione in termini di ordine del provvedimento, e la relativa applicazione della deroga contenuta nell'art. 1349, comma 3, c.o.m., sia solo un incomprensibile *escamotage* per superare gli aspetti procedurali connaturati al trasferimento e per concentrare i profili della tutela solo sugli aspetti dispositivi connessi all'efficacia del provvedimento.

Proprio sull'obliterazione degli aspetti procedurali si fonda l'ulteriore criticità di cui sarebbe afflitto l'iter argomentativo a sostegno della posizione prevalente espressa dal Consiglio di Stato. Focalizzando l'attenzione sulla natura di precetto gerarchico si commette l'errore di sovrapporre due piani che appaiono tra di loro separati, seppur connessi, nel processo decisionale: quello della discrezionalità e quello dell'obbedienza. Il primo attiene esclusivamente alle scelte connesse

l'uomo adatto al posto adatto», dall'altra, «compatibilmente con le esigenze organiche e di servizio, di tenere conto dei desideri e della situazione personale e familiare degli interessati e destinarli, di massima, in sede ove riesca agevole una sistemazione domiciliare confacente alle loro condizioni economiche, al carico di famiglia ed al profilo scolastico e sanitario».

134 Al riguardo, vedi V. TENORE, *Gli istituti portanti della legge 7 agosto 1990 n. 241 per l'amministrazione militare*, in V. POLI, -V. TENORE (a cura di), *I procedimenti amministrativi tipici e il diritto di accesso nelle forze Armate*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 175.

135 Cfr. M.P. GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento di militare*, in *Foro amministrativo -TAR*, 2003, p. 651 ss., spec. pp. 660-661, secondo la quale «negare al destinatario dell'atto la possibilità di conoscere le ragioni del provvedimento per esso pregiudizievole vale, tanto nell'ordinamento militare quanto in quello civile, ad un diniego di fondamentali valori di democrazia che la struttura gerarchica del primo non può essere sufficiente a disattendere».

all'esercizio del potere, mentre il secondo riguarda l'esecutività delle scelte. Dire che l'obbedienza dovuta dal militare confina nella pura dimensione fattuale l'interesse vantato amplierebbe a dismisura il perimetro del potere esercitato, svincolandolo di fatto dal suo paradigma legale. Portando all'estreme conseguenze il ragionamento basato su un simile presupposto si perverrebbe all'aberrante conclusione che la semplice contestazione in via giurisdizionale del trasferimento determinerebbe un illecito penale ai sensi dell'art. 173 c.p.m.p.

La discrezionalità ampia riconosciuta all'amministrazione militare non può comprimere la tutela giurisdizionale costituzionalmente garantita in ordine all'esercizio del potere anche nell'ambito di un sistema di relazioni gerarchicamente qualificato. Le garanzie da riconoscere alla posizione del singolo militare non possono essere comprese integralmente, ma solo limitate in relazione allo svolgimento dei compiti istituzionali riservati alle Forze Armate. Allorquando la Corte costituzionale ha dovuto sindacare i profili di più intima connessione tra funzionalità organizzativa e tutela individuale non ha potuto fare a meno di ritenere coerente con la democraticità dell'ordinamento militare il necessario riconoscimento delle garanzie dei diritti sostanziali e processuali¹³⁶.

Inoltre, giustificare la deroga dell'obbligo di motivazione in relazione all'ampia discrezionalità vantata dall'amministrazione militare, appare tutto sommato un controsenso, proprio perché nel sistema amministrativo creato con la legge n. 241/1990 risulta vero l'esatto contrario. Tra ambito di discrezionalità e motivazione sussiste un rapporto direttamente proporzionale: mentre il supporto motivazionale sarebbe di minore rilevanza in presenza di provvedimenti vincolati, per i quali questo si risolve nella presupposizione, l'ampliamento della sfera della discrezionalità importa la necessità di spiegare con più dettaglio i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che sottendono le scelte anche alla luce delle risultanze istruttorie. Proprio perché la motivazione non mette in discussione la supremazia gerarchica, ma semmai ne rafforza l'autorevolezza¹³⁷, si deve ritenere, non solo privo di giustificazione, ma soprattutto non coerente con i principi che presiedono l'ordinamento militare la creazione di una sorta di potere libero che, in assenza di motivazione, diviene sostanzialmente insindacabile.

136 Corte cost., 23 luglio 1987, n. 287.

137 Cfr. V. TENORE, *Gli istituti portanti della legge 7 agosto 1990 n. 241 per l'amministrazione militare*, cit., p. 62.

Alla luce di quanto detto ed in ragione della rilevanza degli interessi dedotti dal militare in caso di un trasferimento di autorità in presenza della fruizione di benefici correlati all'assistenza del familiare disabile, si deve ritenere che l'amministrazione militare debba svolgere un'istruttoria partecipata e adottare una decisione motivata dalla quale emergano le ragioni di una pretermissione degli interessi dell'assistenza disabile rispetto alle esigenze dell'organizzazione amministrativa.

Tale assunto trova conferma nella prassi amministrativa. Infatti, la Direttiva DIPMA-UD-001 dell'Aeronautica prevede che il trasferimento di autorità che riguarda personale militare che gode di benefici a norme di tutela sociale a favore di soggetti portatori di handicap grave debba essere adottato «previo consenso/coinvolgimento dell'interessato».

3.2.2. I trasferimenti ad istanza di parte in relazione all'assistenza del familiare disabile.

Dal combinato disposto delle dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992 e dell'art. 981, comma 1, lett. b), c.o.m. emerge che l'inciso "ove possibile" previsto dalla regola di carattere generale trovi specificazione per il personale militare solo nel ruolo e grado vacanti nelle sedi di richiesta destinazione.

In questo senso, il contemperamento del diritto alla assistenza con le necessità organizzative della pubblica amministrazione non deve risolversi con il sacrificio di uno dei due valori in campo, assicurando un sapiente bilanciamento delle posizioni giuridiche contrapposte: da un lato, negandosi il diritto al trasferimento alla sede richiesta dal lavoratore per assenza di posto in organico; dall'altro, ordinando all'amministrazione di trasferire il ricorrente alla sede con posti vacanti corrispondenti alla qualifica del lavoratore più vicina al luogo di residenza del disabile¹³⁸.

3.2.2.1. Gli approdi giurisprudenziali in materia di trasferimenti ex legge n. 104/1992.

La giurisprudenza amministrativa, già prima della novella del 2014 all'art. 981 c.o.m., aveva avuto modo di osservare che «l'esigenza di tutela dell'handicappato, al cui perseguimento devono partecipare anche lo Stato e tutti gli altri enti pubblici, non

138 Cfr. V. LAMONACA, *Le agevolazioni ed i limiti al trasferimento* cit., p. 1060.

può essere fatta valere, alla stregua del generale principio del bilanciamento degli interessi, allorquando l'esercizio del diritto stesso venga a ledere in misura consistente le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro perché tutto ciò - segnatamente per quanto attiene ai rapporti di pubblico impiego - può tradursi in un danno per la collettività»; e ciò vale in special modo «per le Forze Armate dato che i compiti d'istituto assolti dai militari sono sicuramente più gravosi ed intimamente collegati alla cura di interessi pubblici di spiccata importanza»¹³⁹.

Pertanto, l'amministrazione militare è tenuta, nell'esercizio della propria discrezionalità, a decidere con provvedimento motivato sulla istanza del militare sulla base dell'impatto del trasferimento sull'assetto micro-organizzativo di riferimento. In questo senso, l'aspirazione del dipendente al trasferimento presso una sede di lavoro più confacente alla propria situazione familiare¹⁴⁰ risulterebbe recessiva dinanzi a preminenti esigenze operative rappresentate dall'amministrazione, la cui valutazione afferisce innegabilmente alla sfera del merito dell'azione amministrativa e, come tale, è sottratta alla cognizione del Giudice amministrativo¹⁴¹.

L'esatta dimensione dell'esercizio di questo potere discrezionale è stata plasmata dalla giurisprudenza. In proposito, appare opportuno porre in rassegna i principi affermati dal Consiglio di Stato in materia.

Secondo i giudici di Palazzo Spada, il trasferimento ex art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992 coinvolge interessi legittimi e, di conseguenza, implica un complessivo bilanciamento fra l'interesse del privato e gli interessi pubblici, nell'esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione; ciò in considerazione del fatto che il trasferimento è disposto a vantaggio del disabile e non, invece, nell'interesse esclusivo dell'amministrazione ovvero del richiedente, avendo lo stesso natura strumentale ed essendo intimamente connesso con la persona dell'assistito¹⁴²;

139 Cfr. Cons. St., Sez. IV, 27 gennaio 2004 n. 297/ord.

140 Al riguardo, si precisa che l'impossibilità assistenziale da parte degli altri familiari, da cui scaturisce il presupposto delle esigenze straordinarie al trasferimento del militare, deve consistere in circostanze obiettive tali da concretare un impedimento insuperabile ad accudire la disabile e non possono essere considerate tali quelle inerenti l'ordinario svolgersi della vita quotidiana o altre situazioni soggettive comuni alla generalità, come, ad esempio, la necessità di prendersi cura dei figli, la difficoltà di percorrenza di strada per andare al lavoro o di assicurare turni sul posto di lavoro (Cfr. TAR Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 13 marzo 2015, n. 74).

141 Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 30 ottobre 2019, n. 7443.

142 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 27 settembre 2018, n. 5050; 3 gennaio 2018, n. 29; 31 agosto 2018, n. 3526.

Tuttavia, l'inciso "ove possibile", contenuto nella predetta disposizione, comporta che, avuto riguardo alla qualifica rivestita dal pubblico dipendente, deve sussistere la disponibilità nella dotazione di organico della sede di destinazione del posto in ruolo per il proficuo utilizzo del dipendente che chiede il trasferimento¹⁴³, nel senso, cioè, che presso la sede richiesta vi deve essere una collocazione compatibile con lo stato del militare e che l'assegnazione possa, quindi, avvenire nel limite delle posizioni organiche previste per il ruolo e il grado¹⁴⁴.

Occorre precisare, però, che le scoperture di organico costituiscono un mero presupposto necessario, ma non anche sufficiente, a garantire la fruizione del beneficio di legge, il quale va invero accordato appunto solo "ove possibile"¹⁴⁵.

Ciò posto, secondo il Consiglio di Stato, l'esercizio del potere discrezionale da parte dell'Amministrazione e, dunque, il riscontro della compatibilità del trasferimento ex art. 33, comma 5 con le esigenze generali del servizio, deve consistere in una verifica e ponderazione accurate delle esigenze funzionali, le quali devono risultare da una congrua motivazione¹⁴⁶. Conseguentemente, per negare il trasferimento, le

143 Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 11 maggio 2018, n. 2819.

144 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 16 febbraio 2018, n. 987.

145 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 5 febbraio 2019, n. 877.

146 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 274. In ordine al necessario tenore della motivazione si segnala anche un l'orientamento dei giudici amministrativi di primo grado secondo il quale «in considerazione del fatto che l'art. 33, comma 5, l. n. 104/1992 offre protezione a valori di rilievo costituzionale, ogni eventuale limitazione o restrizione nell'applicazione del beneficio a favore del dipendente deve essere sorretta da una motivazione stringente, in grado di fare emergere con chiarezza le ragioni effettive che inducono a ritenere recessivo, in un'ottica di bilanciamento, il bisogno assistenziale addotto alla base della richiesta di trasferimento. Nella fattispecie, il diniego di trasferimento si fonda principalmente su asserite prevalenti esigenze dell'attuale unità di impiego del militare ricorrente, non bilanciate dalla necessità di nuove immissioni presso le sedi oggetto della richiesta di trasferimento. Si tratta di una motivazione del tutto generica e apparente, come tale da ritenersi elusiva dell'obbligo, sussistente anche nei procedimenti che interessano il rapporto di impiego degli appartenenti ai corpi militari, di rendere espliciti i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno indotto l'amministrazione a provvedere in un determinato senso. In particolare, tale motivazione non fornisce alcuna indicazione descrittiva della dotazione organica della sede di provenienza e di quelle di eventuale destinazione. Si tratta, in altre parole, di una motivazione di stile, disancorata da un'adeguata esplicitazione di fatti riferibili al caso di specie e, come tale, replicabile in maniera identica in qualunque analoga situazione» (Cfr. TAR Trentino Alto-Adige, Bolzano, Sez. I, 8 gennaio 2017, n. 52). In altri termini, in forza dell'art. 981 c.o.m., l'art. 33 l. 5 febbraio 1992, n. 104 risulta applicabile al personale militare nel limite delle posizioni organiche previste per il ruolo ed il grado vacanti nella sede di destinazione richiesta; in proposito, se per un verso la norma fa riferimento ai soli presupposti dello stato e del grado (e non anche alle specialità), per un altro verso resta ferma la possibilità per l'Amministrazione di legittimamente frapporre all'accoglimento dell'istanza di trasferimento non solo circostanze oggettivamente impeditive (come la mancanza del posto in organico), ma anche valutazioni discrezionali o di opportunità, purché le

esigenze di servizio non possono essere, né genericamente richiamate, né fondarsi su generiche valutazioni in ordine alle scoperture di organico ovvero alle necessità di servizio da fronteggiare, ma devono esplicitarsi in un'indicazione concreta di elementi ostativi, riferiti alla sede di servizio in atto, anche rispetto alla sede di servizio richiesta, e nella considerazione del grado o della posizione di ruolo e specialità propri del richiedente, così come del resto oggi testualmente previsto dall'art. 981, comma 1, lett. b) del c.o.m.

In proposito, ed a titolo esemplificativo, si può osservare come la giurisprudenza, da una parte, sancisca l'illegittimità del diniego giustificato sull'esistenza di altri congiunti del disabile diversi dal richiedente il trasferimento, dovendo l'amministrazione valutare l'effettiva necessità del beneficio, al fine di impedirne un suo uso strumentale¹⁴⁷; dall'altra, ritenga la legittimità del contemperamento delle esigenze di assistenza familiare del militare con quelle dell'amministrazione di non disperdere risorse preziose, specie nel caso in cui il profilo professionale dell'istante si caratterizzi per la sua specializzazione, che abbia richiesto un particolare investimento, anche economico, per la formazione e l'addestramento del militare, ed altrettanto impegno sia richiesto per rimpiazzarlo in organico¹⁴⁸.

3.2.2.2. I trasferimenti ad istanza di parte ex art. art. 33, comma, 5, secondo le linee di indirizzo di Forza Armata.

Il potere discrezionale esercitato dall'amministrazione militare nella concessione dei trasferimenti giustificati dalla assistenza a familiare disabile trova una ulteriore regolazione nella prassi amministrativa elaborata dagli Stati Maggiori di Forza Armata. Si tratta di atti di indirizzo tesi a disciplinare l'istruttoria dei procedimenti

stesse facciano emergere specifici interessi, da evidenziare con adeguato supporto motivazionale, eventualmente prevalenti rispetto alla garanzia dell'attività assistenziale cui è finalizzato il trasferimento (Cfr. TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 1° febbraio 2017, n. 189; TAR Liguria, Genova, Sez. I, 31 marzo 2016, n. 306).

147 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 22 aprile 2020, n. 2226.

148 Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 8 gennaio 2020, n. 130. Nel caso specifico il giudice amministrativo ha rilevato che «l'esigenza dell'amministrazione di disporre di una risorsa umana dotata di professionalità altamente specializzata, che richiede una specifica formazione ed addestramento e si presenta indispensabile per il pronto impiego in attività di identificazione e monitoraggio dei contaminanti, attività di decontaminazione, ecc., sia in patria sia nei teatri operativi all'estero, non può che assumere carattere prevalente rispetto alle esigenze familiari del militare e, anzi, si presta, di per sé, a costituire una valida e sufficiente motivazione del provvedimento di diniego impugnato».

avviati con la richiesta e a fornire alcune indicazioni in ordine alla valutazione delle esigenze organizzative da contemperare nella decisione.

La Direttiva P-001, ed. 2017, dell'Esercito tratta la materia dei benefici ex legge n. 104/1992 in materia unitaria, ossia tanto per i permessi, quanto per la richiesta di assegnazione ad altra sede, seguendo il medesimo percorso procedimentale, istruito dal Comandante di Reparto e definito con la determinazione del DIPE. Tuttavia, per quanto riguarda l'applicazione della disposizione di cui all'art. 981, comma1, lett. b) c.o.m., la Direttiva specifica che non si è in presenza di un trasferimento, bensì di una assegnazione temporanea "a domanda" presso la sede più vicina al domicilio del disabile da assistere, la quale prefigura il rientro automatico, senza oneri a carico dell'amministrazione militare, all'unità operativa di provenienza una volta venite meno le ragioni giustificative.

Coerentemente con gli indirizzi giurisprudenziali esaminati, la Direttiva prescrive che l'accoglimento dell'assegnazione temporanea potrà essere disposta a condizione che sussistano, sia la possibilità di utile collocazione organica nell'incarico posseduto dall'istante presso la auspicata sede di assegnazione, sia una favorevole situazione organica dell'unità operativa di provenienza in modo tale da non comprometterne la funzionalità. Inoltre, in considerazione dei limiti di impiego del militare che goda dei benefici previsti dalla norma, si dispone che, nell'ipotesi in cui sulla sede vi siano più unità operative, nell'assegnazione sarà data priorità a quelle a connotazione territoriale-logistica ovvero a connotazione operativa inferiore.

La Direttiva dell'Aeronautica DIPMA-UD-01, ed. 2020, disciplina esplicitamente il trasferimento ai sensi della legge n. 104/1992. Nonostante la differente denominazione rispetto all'Esercito, anche tale beneficio è considerato "a carattere temporaneo", precisandosi, altresì, che, sebbene sia un trasferimento "a domanda" preordinato a garantire l'assistenza al familiare gravemente disabile, si tratta pur sempre di un provvedimento autoritativo senza oneri per l'amministrazione.

Elemento distintivo dell'atto di indirizzo dell'Aeronautica è la possibilità dell'assegnazione temporanea "extra-organico". Infatti, dopo avere previsto che il provvedimento relativo all'istanza deve essere esitato entro 90 gg. e che, in caso di accoglimento, dispone il trasferimento compatibilmente con le vacanze organiche e/o con l'utile impiego nei reparti richiesti, stabilisce che «qualora non sia stato disposto un trasferimento di sede per mancanza della relativa posizione organica negli enti richiesti, la Direzione (per l'Impiego del Personale Militare) potrà valutare la possibilità di inviare il personale interessato in assegnazione temporanea per un

periodo di 180 giorni rinnovabili fino ad un massimo di due anni, senza alcun onere a carico dell'Amministrazione». In questo senso, si aggiunge che il personale beneficiario del provvedimento di assegnazione deve essere considerato come "risorsa aggiuntiva" (senza la previsione di nuove posizioni organiche) e come tale posto "a disposizione" del comandante dell'unità in cui andrà ad operare e impiegato in mansioni professionali del ruolo, categoria, specialità, qualifica e abilitazioni posseduti. Tale assegnazione "extra organico" può essere concessa, però, solo nelle ipotesi in cui l'istante sia figlio unico del portatore di handicap ovvero fratello distante dalla sede domicilio di quest'ultimo; oppure si tratti di fratello o sorella del portatore di handicap in assenza di genitori o altri fratelli.

La Direttiva della Marina, a differenza di quelle delle altre Forze Armate, è integralmente dedicata all'applicazione delle agevolazioni previste dalla legge n. 104/1992.

Con riferimento alla materia dei c.d. "trasferimenti assistenziali" la Direttiva MPERS 21740 del 2015 si presenta molto accurata nel tracciare le linee generali dell'istituto sulla base delle indicazioni giurisprudenziali citate. Infatti, esplicitamente, si osserva che «l'Ordinamento militare, attuando nell'ambito della Difesa il suddetto principio della "possibilità organizzativa", attribuisce alla singola Forza Armata la più ampia autonomia nell'individuazione delle posizioni organiche disponibili mediante la definizione di tutti gli aspetti connessi all'implementazione di tali norme, quali innanzitutto: la determinazione delle posizioni organiche e delle relative specificazioni ordinarie, incluse, ad esempio, la previsione di particolari categorie, abilitazioni, brevetti etc.; l'identificazione dei Comandi impegnati in operazioni in ambito di internazionali o in attività addestrative propedeutiche alle stesse; la scelta dei criteri di impiego del militare beneficiario delle diverse agevolazioni, prevedendo limiti di trasferimento o permanenza anche presso i Comandi, i quali presentano una connotazione operativa assimilabile a quella indicata nelle richiamate disposizioni e, quindi, tale da non garantire al militare medesimo l'effettiva possibilità di assistere il familiare disabile; la definizione di ulteriori limiti di impiego di detto personale in ragione dell'esiguità della ferma contratta ovvero della frequenza di corsi formativi, etc.».

Per quanto riguarda l'individuazione della sede di trasferimento, la Direttiva precisa che, in considerazione dei limiti di impiego del militare che gode delle agevolazioni ex legge n. 104/92, si devono ritenere non disponibili le posizioni

organiche corrispondenti a incarichi caratterizzati da peculiari aspetti operativi dei compiti da svolgere¹⁴⁹.

Sul piano procedimentale, la Direttiva della Marina disegna puntualmente l'*iter* da seguire, prefigurando, nonostante la natura autoritativa della decisione, una serie perfettamente rispondente ai canoni della legge 241/1990.

In particolare, si stabilisce che il Comandante di Corpo, ricevuta la domanda con regolare assunzione a protocollo e relativa data certa, procede a controllare con immediatezza la completezza, la regolarità formale e la validità della documentazione prodotta dal militare. Successivamente, egli provvede ad inoltrare agli Uffici centrali competenti per l'impiego del personale la domanda completa della documentazione prodotta e corredata da un parere. In tale parere, unitamente all'indicazione dei riscontri documentali eventualmente eseguiti, si deve valutare l'impatto organizzativo dell'eventuale accoglimento della domanda, nonché la tempistica della necessaria sostituzione del militare.

Gli Uffici della Direzione MARIPERS comunicano all'interessato l'avvio del procedimento amministrativo specificandone il termine di conclusione. I medesimi Uffici svolgono l'istruttoria, in punto di fatto, avviando i controlli in ordine alla veridicità ed autenticità delle dichiarazioni prodotte e alla validità delle certificazioni medico-legali e verificando l'esistenza e la disponibilità di posizioni organiche utili (vacanza, corrispondenza al ruolo, grado etc. rivestiti, connotazione operativa etc.). Ciò posto, si procede alla adeguata valorizzazione dei circostanziati pareri del Comando in merito alla indefettibilità e alla adeguata sostituibilità del militare. All'esito dell'istruttoria la Direzione provvede eventualmente a notificare all'interessato l'eventuale preavviso di rigetto ai sensi dell'art. 10-*bis*, l. 241/1990, tesa a segnalare all'interessato, a seconda del caso: l'insussistenza dei requisiti soggettivi o oggettivi legittimanti previsti dalla legge n. 104/1992; le criticità di natura organizzativa che risultano impeditive del trasferimento dalla attuale sede di servizio; l'inesistenza, ovvero l'indisponibilità, di una posizione organica, corrispondente al ruolo, grado,

149 Secondo la Direttiva, ai fini del trasferimento assistenziale si considerano in generale non disponibili: comandi navali; comandi complessi (costituisce eccezione l'impiego su posizione organica a bassa valenza operativa); comandi operativi interforze (costituisce eccezione l'impiego su posizione organica a bassa valenza operativa); comandi NATO; comandi esteri con incarichi annuali/pluriennali/comandi dislocati in teatri operativi (comprese le destinazioni e le missioni all'estero); nuclei aerei/sezioni volo (servizio operazioni/servizio tecnico); nuclei subacquei; sale operative (con servizi articolati su turnistica auto-compensante).

abilitazione, brevetto rivestiti e posseduti dal militare, nelle sedi richieste, o comunque incompatibile con un utile impiego dell'interessato.

In fase decisoria, MARIPERS adotta uno dei seguenti provvedimenti: I) concessione del beneficio richiesto; II) rigetto per l'insussistenza dei requisiti di legge; rigetto per l'inesistenza di posizione organica; III) rigetto per l'indisponibilità di una posizione organica in ragione della corrispondenza al ruolo, grado, corpo, categoria rivestiti e posseduti dal militare ovvero in ragione della relativa connotazione operativa o di altri fattori impeditivi; IV) rigetto del trasferimento per prioritarie esigenze organizzative; V) rigetto per l'indisponibilità di una posizione organica vacante e contestuale inserimento in nota, ai fini della successiva assegnazione della stessa al momento in cui si verifichi la vacanza organica.

Appare opportuno segnalare che il c.d. "inserimento in nota" costituisce una particolarità della Marina, la quale, in tal modo, vorrebbe definire un ordine di priorità nell'ipotesi in cui il rigetto dell'istanza sia dovuto esclusivamente alla carenza di posizioni organizzative nella sede di destinazione. Tuttavia, nella Direttiva si precisa che mediante tale atto non si intende formare un ordine progressivo di assegnazione della sede, né si vuole riconoscere agli interessati alcuna pretesa o aspettativa di accoglimento dell'istanza: esso assume la valenza di manifestazione di interesse del richiedente per le finalità assistenziali. All'atto della sopravvenuta disponibilità della posizione organica, non si procede, quindi, ad un'assegnazione automatica, bensì si avvia il procedimento di individuazione del militare cui riconoscere il beneficio della sede. Fatte salve l'istruzione delle nuove istanze, valutandole anche sotto il profilo delle mutate esigenze organizzative, la selezione del beneficiario della sede avviene in base al criterio cronologico, avendo a riferimento sia le istanze già agli atti ed inserite in nota, sia le eventuali nuove istanze sopravvenute.

Per l'Arma dei Carabinieri, invece, la disciplina dei trasferimenti a scopo assistenziale rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 398 del Regolamento generale che riconosce a sottufficiali, appuntati e carabinieri, che aspirino al trasferimento per fondati e comprovati motivi, la possibilità di presentare apposita istanza a tal fine, indipendentemente dal periodo di permanenza minima nel reparto di appartenenza. Tali domande vengono analizzate nell'ambito di una procedura

automatizzata per i trasferimenti, disponendo punti incrementali a coloro che si trovino nella situazione di fondati e comprovati motivi¹⁵⁰.

3.3. Il regime dei controlli e la repressione degli abusi.

Non trovando nelle norme una chiara indicazione circa un regime di controlli sulla corretta applicazione delle agevolazioni “assistenziali”, gli atti di indirizzo degli Stati Maggiori di Forza Armata hanno ricondotto la responsabilità in tal senso alle competenze proprie dei Comandati di Corpo. Tale scelta, la quale potrebbe giustificarsi come estensione del controllo del datore di lavoro, pubblico e privato, in presenza di abusi, in realtà, si giustifica alla luce di una logica tutta interna all’ordinamento militare ed ai compiti correlati al principio di gerarchia.

Come è noto, l’assetto organizzativo verticistico e piramidale delle Forze Armate trova il suo collante nella gerarchia, la quale, in disparte da ogni deriva manageriale e aziendalistica, rappresenta per il “core” funzionale dell’amministrazione militare e il canone prevalente di efficienza gestionale e operativa. Ciò posto, se è vero che l’efficienza e l’efficacia delle istituzioni militari dipende da un’organizzazione articolata in modo gerarchico, ossia secondo una catena che distribuisca le competenze in materia di pianificazione, predisposizione ed impiego delle forze su diversi livelli di responsabilità, tutti razionalmente collegati con l’indirizzo unitario di ciascuna Forza o Corpo armati, allora, risulta evidente che l’elemento fondamentale per il funzionamento dell’organizzazione gerarchica risiede nella piena consapevolezza dell’irrinunciabile necessità di operare nel rispetto delle regole, quale strumento di efficienza e di sicurezza, posto che la regolamentazione dell’organizzazione gerarchica riguarda sia a chi assolve attività di comando, sia a chi assolve compiti meramente esecutivi¹⁵¹.

In questa prospettiva, l’art. 1346, comma 2, c.o.m. dispone che «per il conseguimento e il mantenimento della disciplina sono determinate le posizioni reciproche del superiore e dell’inferiore, le loro funzioni, i loro compiti e le loro responsabilità». I doveri correlati alla gerarchia sono declinati sempre guardando al rapporto di supremazia in chiave etica collegando la responsabilità del comando all’esempio in relazione al rispetto della disciplina e alla rigorosa osservanza dei

150 In proposito vedi S. NOTARO, *Il trasferimento per incompatibilità ambientale nell’Arma dei Carabinieri*, in *Rassegna dell’Arma dei Carabinieri*, quaderno 11/2017, p. 35.

151 Sul punto si rimanda a quanto trattato in maniera più approfondita in R. URSI, *L’amministrazione militare*, cit., p. 282 ss.

regolamenti. In quest'ottica si giustificano le norme contenute nell'art. 725, comma 2, del D.P.R. 15 marzo 2010 n. 90 (t.u.o.m.) che individuano una serie di doveri connessi al grado, i quali costituiscono i connotati essenziali della condotta doverosa, quindi essa stessa sanzionabile ai fini disciplinari¹⁵².

In questo nucleo di specialità dell'ordinamento militare si inquadra la competenza nella materia in esame e la sua correlazione con gli aspetti sanzionatori in presenza di abusi ovvero di non corretta applicazione delle norme di cui alla legge n. 104/1992.

In proposito, si osserva come il problema dei controlli sia particolarmente trattato solo dalla Direttiva P-001, ed. 2017, dell'Esercito, laddove quella della Marina e dell'Aeronautica sul punto non prevedono espressamente forme di monitoraggio sulla fruizione delle agevolazioni.

Infatti, sia la Direttiva DIPMA-UD.001, ed. 2020, dell'Aeronautica, sia la Direttiva MPERS 21740 del 2015 della Marina si limitano a ribadire solamente che, in applicazione dell'art. 33, comma 7-*bis*, della legge n. 104/1992, l'insussistenza o il venir meno dei requisiti soggettivi e/o oggettivi che legittimano il riconoscimento dei previsti benefici assistenziali determina la decadenza dalla fruizione delle agevolazioni. In tal senso, per quanto riguarda l'Aeronautica, si dispone che il militare beneficiario ha l'obbligo di comunicare entro 30 giorni agli uffici della DIPMA, per il tramite del Comandante di Corpo, il venir meno dei suddetti requisiti, ovvero ogni altro evento o circostanza idonei ad incidere sulla fruizione delle agevolazioni.

La mancata comunicazione potrà essere oggetto di accertamento sotto il profilo disciplinare.

Invece, nella Direttiva dell'Esercito si riscontra anche una regolazione dei controlli.

In particolare, si dispone che i Comandanti di Corpo sono tenuti a monitorare costantemente che le agevolazioni fruite dal personale siano effettivamente volte alle

152 In tale senso, la supremazia è vocata prioritariamente al mantenimento della disciplina e al conseguimento della massima efficienza dell'unità, ente, o ufficio al quale si è preposti. Inoltre, se al subordinato è richiesta un'obbedienza pronta, rispettosa e leale, al superiore è richiesto, tra l'altro, *i*) di rispettare nei rapporti con gli inferiori la pari dignità di tutti e informare sempre le proprie valutazioni a criteri di obiettività e giustizia; *ii*) di evitare, di massima, di richiamare in pubblico il militare che ha mancato; *iii*) di approfondire la conoscenza dei dipendenti, valutarne le precipue qualità individuali e svilupparne la personalità; *iv*) di provvedere all'istruzione militare del personale e attuare le misure intese a promuovere l'elevamento culturale, la formazione della coscienza civica, la preparazione professionale e la consapevole partecipazione; *v*) di curare le condizioni di vita e di benessere del personale; *vi*) di assicurare il rispetto delle norme di sicurezza e di prevenzione per salvaguardare l'integrità fisica dei dipendenti; *vii*) di tenere in ogni occasione esemplare comportamento e agire con fermezza, comprensione e imparzialità; *viii*) di porre tutte le proprie energie al fine di mettere l'inferiore nella condizione migliore per eseguire l'ordine avuto.

necessità assistenziali della persona disabile. A tal fine, all'atto della richiesta al Comandante di Corpo, l'istante deve indicare dove si reca, precisando le località, l'indirizzo ed i recapiti telefonici. Tali informazioni correlate alla concreta fruizione del beneficio devono essere periodicamente riscontrate mediante controlli anche a campione.

Dunque, il controllo sulla corretta fruizione delle agevolazioni ex legge n. 104/1992 è una responsabilità del Comandante di Corpo, direttamente ascrivibile al potere gerarchico, il quale, in ottica verticistica, si riverbera anche sul monitoraggio su tale attività svolta dal DIPE. Infatti, come esplicitato nella Direttiva dell'Esercito, le unità operative dovranno predisporre una relazione sui controlli effettuati da inviare al DIPE e tale incombenza è oggetto di apposita verifica ispettiva. In tal senso, il monitoraggio si muove su due livelli, a livello di Corpo ed a livello centrale.

Nulla si dice, tuttavia, in ordine alle modalità con cui si esercita tale controllo da parte del Comandante di corpo, tranne che, nel caso di fruizione di permessi mensili volti all'assistenza di persone disabili residenti oltre i 150 km dalla sede del servizio militare, per i quali, in applicazione di quanto previsto dall'art.33, comma 3-*bis*, i Comandanti di Corpo dovranno acquisire la documentazione attestante il raggiungimento di tale località. Il militare dovrà provare di essersi recato, nei giorni di fruizione dei permessi, presso la residenza del familiare da assistere, mediante l'esibizione del titolo di viaggio o di altra documentazione idonea, la cui adeguatezza sarà valutata ed in mancanza della l'assenza non potrà essere giustificata.

Pertanto, al di là del riscontro documentale previsto in questa ipotesi, si dovrebbe prefigurare la possibilità di altre forme di controllo ispettivo in applicazione dei poteri disciplinari propri del superiore gerarchico.

Sul piano sanzionatorio si stabilisce che nel caso in cui dall'accertamento risultasse l'insussistenza dei presupposti per la legittima fruizione dei permessi, i Comandanti di Corpo provvederanno a sospendere immediatamente i benefici comunicando l'evento senza ritardo al DIPE ed a contestare gli addebiti disciplinari ovvero ad informare la competente Autorità giudiziaria in caso di reato.

Dal punto di vista disciplinare, la fruizione di permessi al di fuori dei requisiti soggettivi ed oggettivi per i quali sono riconosciuti potrebbe integrare la fattispecie di allontanamento, senza autorizzazione o in contrasto a una prescrizione, da un luogo militare o durante un servizio di cui dall'art. 731, comma 1, lett. a), n. 29, t.u.o.m. che prevede la punizione con la consegna di rigore.

Tuttavia, come si è visto in precedenza, l'abuso delle agevolazioni di cui all'art. 33,

commi 3 e 5, della legge n. 104/1992 viene configurato dalla giurisprudenza della Cassazione anche come reato di truffa aggravata ai sensi dell'art. 640, n. 2, c.p.

Al riguardo, appare opportuno domandarsi se, in relazione allo *status* soggettivo dell'autore del reato e dell'ambito in cui la condotta si svolge, tale abuso possa essere configurato come truffa militare di cui all'art. 234, comma 2, n. 1) c.p.m.p., a mente del quale il militare che, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con danno di altro militare, è punito con la reclusione militare. Il reato è aggravato se il fatto è commesso a danno dell'amministrazione militare.

Come è noto, la truffa, sia in ambito civile, sia in ambito militare, presenta gli stessi elementi costitutivi caratteristici. In entrambe le fattispecie si tratta, infatti, di un reato contro il patrimonio compiuto con frode. Gli unici elementi che permettono di distinguere la truffa militare da quella civile attengono alla qualifica di militare del soggetto attivo e del soggetto passivo, nonché l'ipotesi aggravante che deve essere perpetrata nei confronti dell'amministrazione militare. La condotta può essere sia positiva che negativa purché ciò comporti una diminuzione nel patrimonio della vittima e che rechi un guadagno ingiusto al truffatore¹⁵³.

In questo senso, secondo la Cassazione penale ha osservato che, pur presentando la stessa struttura essenziale, l'ipotesi militare rispetto a quella civile «si distingue per l'aggiunta del requisito della qualità di militare, che per l'integrazione della prima ipotesi deve essere posseduta sia dalla persona offesa e sia dall'agente. Trattasi, quindi, di due figure criminose poste fra loro in rapporto di specialità, e la previsione normativa del reato militare tende al perseguimento sia delle stesse finalità della truffa comune, sia di finalità ulteriori, queste connesse ai valori, alle particolarità della sfera militare, in definitiva alla tutela dell'interesse all'ordinato

153 A conferma di ciò la Corte costituzionale ha rilevato che le due fattispecie criminose «sono perfettamente corrispondenti. Identica è la circostanza aggravante prevista dal numero 2 dei rispettivi commi (...). Quanto alla circostanza aggravante prevista dal numero 1 dei rispettivi commi, identica è l'ipotesi del fatto commesso col pretesto di fare esonerare qualcuno dal servizio militare; per ciò che riguarda l'ipotesi del fatto commesso a danno dell'amministrazione pubblica (...), mentre l'art. 640 cod. pen. contempla il danno a carico dello Stato o di qualsiasi altro ente pubblico, l'art. 234 cod. mil. (...) contempla specificatamente il danno a carico dell'amministrazione militare. L'entità della pena detentiva prevista è la medesima (...), mentre la norma del codice comune aggiunge ad essa la pena della multa, risultando così il reato militare punito meno severamente di quello comune. (...) Gli unici elementi che differenziano la truffa militare da quella comune sono la qualità di militare del soggetto attivo e la natura militare dell'amministrazione pubblica danneggiata» (Cfr. Corte cost., 25 luglio 1997, n. 272).

regolare ed efficiente andamento del consorzio militare. La differenza di struttura dei due reati (...) esclude palesemente sia che la truffa militare possa ritenersi perseguibile a querela»¹⁵⁴.

In ordine alla possibile obiezione che, nell'ipotesi di abuso dei permessi ex legge n. 104/1992, la sussistenza della truffa militare dovrebbe ritenersi esclusa in ragione della circostanza che la parte lesa dall'indebita erogazione dei corrispettivi dei permessi non sarebbe l'amministrazione militare, bensì l'Ente previdenziale, la Suprema Corte ha precisato che, nella configurazione della fattispecie criminosa militare, oltre all'effetto dannoso "pecuniario" correlato alla concessione dei permessi indebiti, viene in risalto l'incidenza sull'organizzazione del servizio della permanenza *sine titulo* nella sede e del godimento di "permessi", quindi del diritto a non prestare servizio, altrettanto indebitamente conseguiti¹⁵⁵.

Ciò posto, sembra corretto ritenere che l'abuso delle agevolazioni di cui alla legge n. 104/1992 possa essere perseguito dall'Autorità giudiziaria penale militare.

Al riguardo, non può non rammentarsi che, ai sensi dell'art. 731, comma 3, t.u.o.m., i Comandanti responsabili sono tenuti all'obbligo a denunciare all'Autorità giudiziaria competente il militare se il comportamento contestato, oltre a costituire infrazione disciplinare, configura anche un reato.

154 Cass. pen., Sez. I, 15 marzo 2016, n. 42358.

155 Cass. pen., sez. I, 26 aprile 2007, n. 645.

Conclusioni

Raccogliendo le fila di quanto prospettato è possibile pervenire ad alcune conclusioni coerenti con le premesse introduttive del presente studio.

Innanzitutto, si deve rilevare come, coerentemente con il quadro normativo internazionale tracciato dalla Convenzione ONU sui diritti delle Persone con Disabilità (CRDP), il regime giuridico delle agevolazioni previste per il lavoratore dalla legge n. 104/1992 sia stato plasmato da un'elaborazione giurisprudenziale tesa a garantire la posizione di quest'ultimo rispetto alle esigenze del datore di lavoro, almeno per quanto riguarda la disciplina dei premessi retribuiti. Tale *favor* non sembra riscontrarsi, al contrario, nella giurisprudenza amministrativa con riferimento al personale militare. Nonostante l'ordinamento militare abbia recepito la novella alla legge n. 104/1992, operata dalla legge n. 183/2010, adattandola all'impianto organizzativo e funzionale delle Forze Armate, tuttavia, nella prassi giurisprudenziale più recente, il bilanciamento tra le opposte esigenze, della funzionalità organizzativa, da una parte, e del riconoscimento dell'assistenza al familiare disabile, dall'altra, ha dato luogo ad una lettura tesa a valorizzare oltremisura la specificità dei militari.

In relazione a tale specificità, quello che in ambito civile viene considerato un diritto potestativo correlato al riscontro di una condizione oggettiva (l'accertata grave disabilità del familiare disabile), in ambito militare degrada a situazione giuridica di interesse legittimo speculare alla discrezionalità organizzativa di cui gode l'amministrazione militare.

Come si è evidenziato nello studio, si è in presenza di un aspetto di evidente criticità rispetto all'ambito applicativo delle disposizioni contenute nell'art. 33, comma 3, della legge n. 104/1992 in considerazione della lettura costituzionalmente orientata delle stesse prospettata dalla Consulta anche in relazione ai principi enucleati dalla CRDP. Infatti, risulta agevole osservare che la disciplina contenuta nell'art. 1506, comma 1, lett. *h-bis*) c.o.m., laddove interpretata alla luce del principio di specialità militare, potrebbe consentire la possibilità di negare in radice la fruizione dei permessi allorquando si dimostrasse la compressione funzionale dell'organizzazione nella quale il militare presta servizio.

Tale prospettiva andrebbe, però, ben oltre i limiti previsti dalla norma citata, la quale, in presenza delle condizioni previste, non sembra giustificare alcuna discrezionalità

sull'*an* della concessione del beneficio: essa dispone solo una preclusione sul *quomodo* dell'impiego del militare con riferimento alle missioni oltreconfine.

La prevalente parametrizzazione delle agevolazioni alle esigenze dell'amministrazione militare costituisce il tratto che contrassegna in maniera significativa la disciplina dei trasferimenti.

Nonostante nella concessione del beneficio del trasferimento del lavoratore verso la sede più vicina al disabile da assistere anche la disciplina generale preveda di tenere conto dell'incidenza sulla organizzazione aziendale, in ambito militare tale condizionamento diventa dirimente; e ciò si rivela, non solo in relazione al piano oggettivo della disponibilità di postazioni nella unità richiesta e della verifica delle necessità operative in quella di appartenenza, ma altresì, su un piano eminentemente soggettivo, con riferimento alla valutazione da parte dell'amministrazione militare della complessiva situazione del disabile da assistere.

Tale prevalenza delle esigenze organizzative dell'amministrazione militare, inoltre, risulta confermata dalla generale inapplicabilità del divieto di trasferimento sancito dall'art. 33, comma 5, della legge in ragione della fisiologica natura autoritativa della mobilità del personale militare.

Non a caso quello dei trasferimenti è un tema sul quale si registra un ampio contenzioso: sebbene ormai arginato da un robusto orientamento giurisprudenziale e da un sistema regolativo dettagliato dalla prassi amministrativa di ciascuna Forza Armata, la necessità di una maggiore precisazione nella definizione degli obblighi motivazionali costituisce un profilo su cui si riscontrano ancora distonie sul piano applicativo della legge n. 104/1992.

Proprio con riferimento alla prassi amministrativa, si deve rilevare la mancanza di una linea applicativa uniforme per tutti gli Enti della Difesa.

Tranne l'Arma dei Carabinieri (della quale non si hanno riscontri al riguardo) ogni singola Forza Armata ha previsto un proprio impianto regolatorio, sebbene solo la Marina abbia adottato uno strumento specifico di indirizzo sulla materia in esame. Infatti, mentre l'Esercito e l'Aeronautica hanno inserito l'applicazione della legge n. 104/1992 nell'ambito delle direttive sull'impiego del personale e, con diverso grado di approfondimento e trattazione, si sono occupati prevalentemente delle assegnazioni provvisorie a scopo assistenziale, la Marina ha, invece, optato per una direttiva in cui vengono disciplinati i profili applicativi, sia dei permessi, sia dei trasferimenti, con un dettaglio, soprattutto dal punto di vista procedimentale, certamente molto accurato.

Senza ombra di dubbio la Direttiva della Marina costituisce un esempio di *best practice* che, emendata dai profili strettamente correlati alle peculiarità organizzative di questa Forza Armata, potrebbe essere esteso, mediante un atto di indirizzo generale dello Stato Maggiore della Difesa a tutto il sistema degli enti militari, lasciando ad ogni singola Forza Armata margini di integrazione limitati a singole fattispecie connesse solo ai trasferimenti, quali, ad esempio, l'assegnazione provvisoria "extra-organico", disposta dalla Direttiva dell'Aeronautica, ovvero l'"inserimento in nota" previsto dalla stessa Direttiva della Marina.

La linea di indirizzo generale dovrebbe anche risolvere il problema della individuazione del soggetto decisore in ordine alle agevolazioni, posto che l'alternativa tra modello centralizzato, vocato all'uniformità di applicazione, disposto dall'Esercito, e dall'Aeronautica (per quanto riguarda i trasferimenti), ovvero modello decentrato adottato dalla Marina, prefigura inevitabilmente una diversa gestione delle questioni connesse all'applicazione esecutiva della legge n. 104/1992.

A ben vedere, l'adozione di una linea di indirizzo specifica ed unitaria che ponga a base l'esperienza della Marina, potrebbe tenere conto di alcuni profili interessanti previsti dalle direttive delle altre Forze Armate.

Così, merita di essere segnalata, come profilo di corretta applicazione della legge, la previsione, contenuta nella Direttiva dell'Aeronautica, di un limite al trasferimento di autorità al personale che gode delle agevolazioni ex legge n. 104/1992. Altrettanto può dirsi per la Direttiva dell'Esercito che, unica tra le Forze Armate, ha previsto una regolazione, seppur scarna, in ordine alla disciplina dei controlli contro i possibili abusi.

Proprio con riferimento alla prevenzione e repressione degli abusi, dall'analisi effettuata, emerge un quadro definito solo sul piano sanzionatorio, laddove, invece, la disciplina dei controlli si presenta piuttosto lacunosa.

In presenza di accertate condotte elusive, o abusive, dei presupposti oggettivi e soggettivi relativi al godimento dei benefici e delle agevolazioni previste per l'assistenza del familiare disabile, l'ordinamento militare prevede forme sanzionatorie chiare, sia in ordine agli aspetti disciplinari (art. 731, comma 1, lett. a), n. 29, t.u.o.m.), sia in ordine agli aspetti penali. In particolare, essendosi riconosciuta a livello giurisprudenziale la rilevanza penale di simili condotte, idonee ad integrare il reato di truffa aggravata, la configurazione della speculare fattispecie criminale militare prevista dall'art. 234, comma 2, c.p.m.p. premette di assegnare alla giurisdizione giudice penale militare la repressione dei gravi abusi della legge n. 104/1992. Tale

possibilità offre una maggiore tutela dei beni giuridici tutelati nella fattispecie in esame poiché si terrebbe conto di tutti quelli elementi di contesto che contraddistinguono la specialità funzionale, organizzativa, e per certi versi valoriale, del consorzio militare.

Con riferimento alla prevenzione degli abusi si deve evidenziare come nella disciplina normativa non si registrino esplicite previsioni.

Nella prima parte del presente scritto si è dato conto degli orientamenti giurisprudenziali che ammettono nell'impiego privato il ricorso ad agenzie di investigazione tese al monitoraggio della concreta fruizione delle agevolazioni stabilite dalla legge n. 104/1992. Questa opzione trova la propria giustificazione in ambito privato in ragione della buona fede che deve presidiare all'esecuzione del contratto di lavoro con riferimento agli interessi aziendali del datore di lavoro.

In ambito pubblico, in generale, la materia dei controlli sulla corretta finalizzazione dei benefici riconosciuti al lavoratore alla tutela della persona disabile si risolve in un monitoraggio operato sulla base della leale collaborazione tra i soggetti pubblici. Al riguardo, si segnala il Protocollo di intesa siglato tra il Ministro per la Pubblica amministrazione e il Comandante della Guardia di Finanza del novembre 2018 per la collaborazione tra il Dicastero e la Guardia di Finanza, indirizzato, tra l'altro, ad attuare un piano di verifiche, da svolgere anche congiuntamente tra Guardia di Finanza e Ispettorato della Funzione Pubblica, indirizzate a contrastare i fenomeni di assenteismo nel pubblico impiego, nonché a riscontrare la regolarità delle condizioni che legittimano il beneficio dei permessi di assistenza di familiari con disabilità.

In ambito militare, come si è detto, la materia dei controlli sui permessi ex legge n. 104/1992 non trova una disciplina specifica e risulta demandata alle scelte organizzative delle singole Forze Armate. In proposito, le direttive citate accolgono una dimensione cartolare del controllo, tesa alla verifica, sulla base di un'interlocuzione con l'INPS, dei presupposti oggettivi prevalentemente attraverso i riscontri documentali delle dichiarazioni fornite nell'istanza di concessione dell'agevolazione e, successivamente, della permanenza delle condizioni. Nulla si dice in ordine alla dimensione fattuale della corretta fruizione del beneficio in funzione della assistenza del disabile.

In questa ottica, si coglie la rilevanza di quanto previsto dalla Direttiva DIPE P-001 dell'Esercito, nella quale si registra, a differenza delle altre Forze Armate, uno sforzo regolativo di indirizzo sull'attività che, generalmente, risulta attribuita sempre alla competenza dei Comandanti di Corpo.

Come si è visto, il controllo ipotizzato nella Direttiva dell'Esercito è articolato su due livelli. Il primo imperniato sulle competenze del Comandante di Corpo, il quale è chiamato a monitorare costantemente che le agevolazioni, fruite dal personale ai sensi della normativa, siano effettivamente volte alle necessità assistenziali della persona disabile. In particolare, risulta essere precipua responsabilità del Comandante di Corpo la verifica delle indicazioni fornite dal militare e, in caso di mancato riscontro, la disposizione della sospensione del beneficio, nonché la immediata contestazione disciplinare e/o la denuncia all'Autorità giudiziaria competente.

Il secondo livello è di competenza del DIPE che compie una verifica sulla base delle relazioni annuali dei controlli effettuati dai Comandati anche attraverso un controllo riguardo ai benefici.

In questa prospettiva, in considerazione della indubbia rilevanza del tema, quella dei controlli sugli abusi è una parte che meriterebbe, più di ogni altra, l'adozione di linee guida da parte dello Stato Maggiore della Difesa in modo da fornire alle singole Forze Armate delle indicazioni per indirizzare tale attività in maniera coerente ed uniforme.

Bibliografia

- ALES E., *Diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritti di cittadinanza sociale*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2001, p. 981 ss.
- BARNES C., *The Social Model of Disability: Valuable or Irrelevant?*, in N. WATSON, A. ROULSTONE, C. THOMAS (eds), *The Routledge Handbook of Disability Studies* London, Routledge, 2012
- BARONE M., *Tutela delle persone con disabilità grave: prospettive di ampliamento a partire dalla sentenza n. 213 del 2016 della Corte costituzionale*, in www.osservatorioaic.it, 2017
- BASSETTA F., *Forze Armate e polizia*, in F. CARINCI - V. TENORE (a cura di), *Il pubblico impiego non privatizzato*, Milano, Giuffré, 2007, vol. II.
- BATTELLI E., *I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona*, in *Diritto di famiglia*, 2020, I, pp. 283 ss.
- BONARDI O., *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2011, I, p. 794 ss.
- BUZZANCA A., *Handicap e diritto all'assistenza*, Giuffré, Milano, 2009,
- CAIRO L., *Licenziamento per abusi dei permessi ex L. 104/1992: il punto sugli orientamenti della giurisprudenza*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2020, p. 740 ss.
- CINELLI M., *Insufficiente per la Corte di Giustizia la tutela che l'Italia assicura ai lavoratori disabili: una condanna realmente meritata?*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, vol 4, 2013, p. 935 ss.
- CLIFFORD J., *The UN Disability Convention and its Impact on European Equality Law*, in *The Equal Rights Review*, vol. 6, 2011, p. 11 ss.
- COLAPIETRO C., *Diritti dei disabili e costituzione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011
- D'ANGELO L., *Trasferimento d'autorità nelle PP.AA. natura giuridica e garanzie dell'interessato*, in *Dir. mil.*, 2003, n. 1-2, p. 7 ss.
- DANISI C., *Disabilità, lavoro e "soluzioni ragionevoli": l'inadempimento dell'Italia alla Corte di Giustizia*, in *Quaderni Costituzionali*, vol. 4, 2014, p. 1005 ss.
- DE BURCA G., *The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention*, *European Law Review* 2010, 2 ss.
- DE SAULLE M.R., *Norme standard*, in *Enciclopedia del. diritto.*, agg. Vol. II, Milano, Giuffré, 1998, p. 594 ss.
- DE SIERVO U., *Libertà negative e positive*, in R. BELLI (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Franco Angeli, Milano, 2000
- DE SIMONE G., *I confini giuslavoristici dell'assistenza familiare alla persona gravemente disabile*, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, 4, p. 842 ss.

- DI GIACOMO RUSSO B., *Il Consiglio di Stato e il diritto alla sede*, in *Foro amministrativo-CDS*, 2011, 2131 ss.
- DI NOIA F., *Ancora sulla perimetrazione delle agevolazioni ex art. 33, co. 5, l. n. n. 104/1992 per i lavoratori che assistono un familiare disabile*, in *Rivista Italiana di diritto del Lavoro*, 2018, II, p. 94 ss.
- FAVALLI S., FERRI D., *Defining Disability in the EU Non-Discrimination Legislation: Judicial Activism and Legislative Restraints*, in *European Law Review*, vol.22, 3, 2016, p. 1 ss.
- FERRI D., *L'Unione europea e i diritti delle persone con disabilità: brevi riflessioni a vent'anni dalla prima "Strategia"*, in *Politiche sanitarie*, 2016, 2, p. 120 ss.
- FOGGETTI N., *La tutela delle persone con disabilità nel diritto internazionale*, Key editore, Vicalvi (FR), 2017
- GENESIN M.P., *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento di militare*, in *Foro amministrativo-TAR*, 2003., p. 651 ss.
- HERR SS., GOSTIN L.O., KOH H.H., *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities*, Oxford University Press, New York, 2003
- KAYNESS R., FRENCH P., *Out of Darkness into Light? Introducing the Convention of Persons with Disabilities'*, in *Human Rights Law Review*, 2008, 1, p. 1 ss.;
- L. VIOLINI, *Il diritto all'assistenza delle persone disabili*, in C. COLAPIETRO, A. SALVIA (a cura di), *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent'anni dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, pp. 241 ss.
- LAMONACA V., *Indebita frizione dei permessi ex lege n. 104/1992 e valutazione di proporzionalità del licenziamento*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, p. 365 ss.
- LAMONACA V., *Le agevolazioni ed i limiti al trasferimento dei lavoratori che prestano assistenza ai disabili gravi*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2014, p. 1051 ss.
- LAMONACA V., *Le agevolazioni per l'assistenza ai disabili gravi: le assenze dal lavoro (permessi e congedi)*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2014, p. 963 ss.
- LIMENA F., *Il trasferimento per incompatibilità ambientale del familiare che assiste un disabile*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 2009, p. 1246 ss.
- LO TORTO A., *La condizione militare nell'ordinamento delle Forze Armate*, Giuffrè, Milano, 2010.
- LONG J.J., *La cura della persona dipendente tra etica, legge e contratto*, in *Diritto di Famiglia*, 2010, I, p. 478 ss.
- MARRA A.D., *Disabilità*, in *Digesto discipline privatistiche sez- civ.*, Agg. IV, Torino, Utet, 2010, p. 555 ss.
- MASCI F., *La tutela costituzionale della persona disabile*, in www.federalismi.it, 2020
- MESITI D., *Handicap, cecità, sordità*, Giuffrè, 2013

- NOTARO S., *Il trasferimento per incompatibilità ambientale nell'Arma dei Carabinieri*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, Quaderno 11/2017
- PASTORE M., *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Diritto della sicurezza sociale*, 2016, p.199 ss.
- PATTI S., *Abuso del diritto*, *Digesto disc. priv. – sez. civ.*, vol. I, UTET, Torino, 1987, p. 1 ss.
- POLI V., TENORE V., (a cura di), *I procedimenti amministrativi tipici e il diritto di accesso nelle forze Armate*, Milano, Giuffré, 2002
- QUINN G., *A Short Guide to the United Nations Convention on the Right of Persons with Disabilities*, in *European Yearbook of Disability Law*, 2009, p. 89 ss.;
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, I, p. 205 ss
- ROEHRSSSEN G., *Gli handicappati nella Costituzione*, in *Rassegna amministrativa della sanità*,1978, pp. 10 ss.
- SACCO R., *Abuso del diritto*, *Digesto disc. priv. – sez. civ.*, Agg. vol. VII, UTET, Torino, 2012, p. 1 ss.
- SALVAGNI M., *Il diritto del lavoratore titolare di benefici ex art. 33, comma 5, L.n. 104/92 a scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio del disabile*, in *Lavoro e Previdenza oggi*, 2017, p. 740 ss.
- SALVI C, *Abuso del diritto* (diritto civile), in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 1 ss.
- SEATZU F., *La Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone Disabili: i Principi Fondamentali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 535 ss.
- TRÖMEL S., *A Personal Perspective on the Drafting History of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *European Yearbook on Disability Law*, 2009, p.115 ss.
- URSI R., *L'amministrazione militare*, Giappichelli, Torino, 2018
- VADALÀ V., *La tutela delle disabilità*, Milano, Giuffré, 2009
- VENCHIARUTTI A, *Sistemi multilivello delle fonti e divieto di discriminazione per disabilità in ambito europeo*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, vol. 9, 2014, p. 409 ss.

NOTA SUL Ce.Mi.S.S. e NOTA SULL'AUTORE

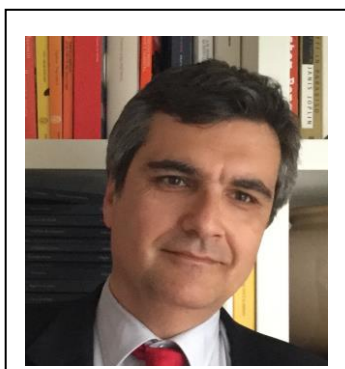
Ce.Mi.S.S.¹⁵⁶

Il Centro Militare di Studi Strategici (Ce.Mi.S.S.) è l'Organismo che gestisce, nell'ambito e per conto del Ministero della Difesa, la ricerca su temi di carattere strategico.

Costituito nel 1987 con Decreto del Ministro della Difesa, il Ce.Mi.S.S. svolge la propria opera valendosi di esperti civili e militari, italiani ed esteri, in piena libertà di espressione di pensiero.

Quanto contenuto negli studi pubblicati riflette quindi esclusivamente l'opinione del Ricercatore e non quella del Ministero della Difesa.

NOME E COGNOME AUTORE



Riccardo Ursi (1971) è professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Palermo, autore di numerose pubblicazioni in tema sui temi dell'organizzazione amministrativa e responsabilità dei pubblici dipendenti. In particolare, si segnalano le monografie: *L'esecuzione anticipata della sentenza amministrativa*, Giappichelli editore (2003), *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate dagli enti territoriali*, Editoriale scientifica (2012), *Le stagioni dell'efficienza. Paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Maggioli editore (2016) ed il recente *L'amministrazione militare*, Giappichelli (2018).

156 http://www.difesa.it/SMD_/CASD/IM/CeMiSS/Pagine/default.aspx

ISBN 978-88-31203-46-3



9 788831 203463 >