

Pubblicato il 07/07/2022

N. 05664/2022REG.PROV.COLL.
N. 06007/2018 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6007 del 2018, proposto da Ministero della difesa, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

-OMISSIS-, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Chiaia Noya, Adriano Garofalo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Francesco Longo Bifano in Roma, via Ombrone, 12/C;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (sezione prima) n. -OMISSIS-/2018, resa tra le parti, concernente il diniego di concessione dei benefici di cui all'art. 33, comma 3, L. 104/92;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della signora -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 giugno 2022 il Cons. Carmelina Addesso e vista l'istanza di passaggio in decisione senza discussione presentata dalla parte appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Ministero della difesa chiede la riforma della sentenza del TAR Puglia, sede Bari, sezione prima, n. -OMISSIS-del 13 aprile 2018 che ha accolto il ricorso proposto dal Caporal Maggiore Scelto -OMISSIS- avverso il provvedimento di diniego di concessione dei benefici di cui all'art. 33, comma 3, L. 104/92 per prestare assistenza al suocero gravemente disabile.

1.1 La motivazione del diniego, inizialmente fondata sulla presenza di altri familiari che avrebbero potuto prestare assistenza, veniva successivamente integrata, in esecuzione dell'ordinanza cautelare del TAR n. 549/2016, con la specificazione delle ragioni di servizio ritenute ostative alla concessione dei permessi.

1.2 Il TAR accoglieva il ricorso della signora -OMISSIS-rilevando che: *i)* la presenza di altri congiunti non rappresenta un fattore ostativo al beneficio; *ii)* l'amministrazione non aveva evidenziato specifiche esigenze organizzative ed operative, salvo un generico riferimento ad una ipotizzata dislocazione della ricorrente in future missioni militari all'estero, allo stato nemmeno programmate; *iii)* con riferimento alla posizione di aiutante in sanità, ricoperta dalla ricorrente, sussiste una situazione di pieno organico che mal si concilia con le eccepite necessità organizzative ed operative; *iv)* il diniego non può giustificarsi con riferimento all'impossibilità di adibire la ricorrente al lavoro notturno, non essendo il disabile a carico della stessa ai sensi dell'art. 53 d.lgs 151/2001.

2. Con ricorso in appello notificato in data 6 luglio 2018 e depositato in data 24 luglio 2018 il Ministero della difesa ha chiesto la riforma della

sentenza, unitamente alla concessione di idonea misura cautelare.

3. In data 25 luglio 2018 si è costituita la parte appellata -OMISSIS- che ha depositato memorie e documenti, insistendo per la reiezione dell'appello.

4. Con ordinanza n. -OMISSIS- del 31 agosto 2018 la Quarta Sezione di questo Consiglio di Stato dava atto della rinuncia all'istanza cautelare da parte del Ministero appellante.

5. All'udienza del 28 giugno 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. L'appello è infondato.

7. Il Ministero appellante lamenta l'erroneità della sentenza sotto i seguenti profili: *i)* il TAR si è intromesso nelle scelte organizzative dell'amministrazione, sostituendosi ad essa nel giudicare come sufficienti per lo svolgimento del servizio le unità rimanenti nel reparto, senza tener conto che, anche se non sono programmate missioni fuori area, sussiste una fitta rete di attività addestrative al fine del mantenimento dell'operatività dell'Ente; *ii)* un altro dei sei graduati ricoprenti il medesimo incarico di aiutante in sanità risulta già beneficiario dei medesimi permessi, sicché sussistono solo quattro unità su sei di organico pienamente impiegabili; *iii)* l'art. 53, co. 3, d.lgs 151/2000, a mente del quale non è impiegabile in lavoro notturno il lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile, si applica al lavoratore che presti assistenza effettiva al disabile; *iv)* la presenza *in loco* di altri familiari in grado di assistere il disabile rileva al fine del bilanciamento degli interessi, che ha visto quello dell'amministrazione prevalente rispetto a quello della ricorrente, la cui presenza nel reparto è indispensabile.

7.1 Le censure sono infondate.

7.2 L'art. 33, comma 3, legge 5 febbraio 1992 n. 104 riconosce il diritto di fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito al lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste una persona con handicap in situazione di gravità che sia coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero

entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti.

7.3 La Corte costituzionale ha osservato che l'istituto del permesso mensile retribuito è in rapporto di stretta e diretta correlazione con le finalità perseguite dalla legge n. 104 del 1992, in particolare con quelle di tutela della salute psico-fisica della persona portatrice di handicap (Corte cost. sent. 23 settembre 2016 n. 213).

7.4 A seguito della modifica disposta dall'art. 24 l. 183/2010, l'articolo in esame non contempla più, tra i requisiti per la concessione del beneficio, quelli della continuità e dell'esclusività dell'assistenza, ma è improntato al principio del "referente unico" per ciascun disabile, ovvero del riconoscimento del permesso mensile retribuito a non più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità.

7.5 Il riconoscimento dei permessi mensili ai sensi dell'art. 33, comma 3, della legge n. 104 del 1992 non presuppone, quindi, l'assenza di altri familiari che potrebbero farsi carico della assistenza alla persona disabile, ma solo la circostanza che gli altri familiari non ne usufruiscano (Cons. Stato sez. II, 19 agosto 2019, n. 5732).

7.6 Quanto alla rilevanza delle ragioni di servizio ai fini del diniego del beneficio, questa Sezione ha di recente osservato che la disciplina del comma 3 dell'art. 33 l. 104, a differenza di quella del comma 5 del medesimo articolo, non prevede alcuna limitazione del beneficio dei permessi mensili in relazione alle esigenze organizzative dell'Amministrazione, configurandosi un diritto soggettivo di chi assiste il disabile alla fruizione dei permessi mensili, in presenza del solo presupposto dell'handicap grave e della situazione di coniugio, parentela o

affinità entro il secondo grado o entro il terzo grado, quando i genitori o il coniuge siano ultrasessantacinquenni, affetti da patologie invalidanti o mancanti. (Cons. Stato, sez. II, 30 marzo 2022 n. 2341).

7.7 In ogni caso, anche a voler assegnare rilievo all'interesse della parte datoriale pubblica ad assicurare la corretta organizzazione ed il buon andamento del servizio (in questo senso, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 8 agosto 2019 n. 5635), nel caso di specie la motivazione del provvedimento risulta eccessivamente generica.

7.8 L'amministrazione appellante, infatti, invoca esigenze addestrative, ma non chiarisce le ragioni per cui siffatte esigenze sarebbero *ex se* inconciliabili con la concessione del beneficio, consistente in tre giorni di permesso al mese, anche alla luce dell'effettivo impiego della dipendente nelle ordinarie turnazioni di lavoro e del ripristino del pieno organico del personale a seguito della revoca dell'analogo beneficio a favore dell'altro graduato che ne usufruiva (all. 9 e 11 deposito -OMISSIS- del 25 luglio 2018).

7.9 A quanto sopra osservato si aggiunge l'ulteriore considerazione che, pur essendo presenti altri congiunti, la richiedente è la più adatta a prestare assistenza al disabile per la sua specializzazione in materia sanitaria, operando professionalmente come aiutante in sanità.

8. In conclusione, l'appello è infondato e deve essere respinto.

9. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il Ministero appellante alla refusione a favore della parte appellata delle spese del presente grado di giudizio che liquida in euro 3.500,00 (tremilacinquecento/00), oltre a spese generali e accessori di legge. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte appellata.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giulio Castriota Scanderbeg, Presidente

Giovanni Sabato, Consigliere

Francesco Frigida, Consigliere

Francesco Guarracino, Consigliere

Carmelina Addesso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Carmelina Addesso

IL PRESIDENTE

Giulio Castriota Scanderbeg

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.