TAR Lazio – Roma – (riconoscimento dei benefici della L. 104/92 ai parenti del disabile)

Ai fini dell'applicazione del beneficio previsto dall'art. 33, comma 5, legge n. 104/1992, che consente al lavoratore che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio ovvero di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede – è necessario che il lavoratore fornisca la prova dell'assistenza continua da lui solo prestata, soprattutto quando nell'ambito dei familiari (non necessariamente i soli componenti esclusivi del nucleo familiare) vi siano più persone idonee (per vincoli affettivi o doverosi di parentela) a fornire l'aiuto necessario alla persona menomata.
La dimostrazione che i parenti ed affini dell'handicappato non sono in grado di occuparsi dell'assistenza al disabile, non può trovare attuazione per mezzo di semplici dichiarazioni di carattere formale, attestanti (per la maggior parte dei parenti) impegni di vita di carattere ordinario e comune, bensì necessita della produzione di dati ed elementi di carattere oggettivo, concernenti eventualmente anche stati psico-fisici connotati da una certa gravità, idonei a giustificare l'indisponibilità sulla base di criteri di ragionevolezza e tali da concretizzare un'effettiva esimente da vincoli di assistenza familiare.

TAR LAZIO - Roma, Sezione I bis, Sent. n. 1808 del 19 dicembre 2008

omissis
per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,
delle Determinazioni prot n. 9739-092-5.3.5.2, comunicata in data 08.05.2008, e prot. n. 12800/092-5.3.5.2 notificata in data 19.06.2008, entrambe dello Stato Maggiore dell'Esercito - Dipartimento Impiego Personale - Ufficio Impiego Ufficiali, Roma, con le quali è stata rigettata l'istanza presentata dal ricorrente in data 22.02.2008 per l'ottenimento dei benefici previsti dalla Legge 05.12.1992 n. 104, art. 33 comma 3° (permessi mensili per l'assistenza a genitore riconosciuto con handicap grave); nonché di ogni atto ad esse presupposto;
Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;
Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dal ricorrente;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del STATO MAGGIORE DELL'ESERCITO;
Udito il relatore Primo Ref. *omissis* e udito altresì per la parte ricorrente l'avv. V.;
In limine, il Collegio dà atto che sussistono i presupposti per la definizione in forma semplificata della controversia ai sensi dell'art. 9 della L. n. 295/2000, e di tale possibilità è stato dato avviso in udienza.
Con il ricorso in esame, il ricorrente chiede l'annullamento della determinazione n. 9739, comunicata il giorno 8 maggio 2008, con la quale l'intimata amministrazione ha rigettato l'istanza del 22 febbraio 2008 per l'ottenimento dei benefici previsti dalla legge 104/1992.
Il rigetto è stato così motivato: "… la richiesta avanzata non è supportata dal presupposto dell'esclusività …. Infatti dall'esame della documentazione prodotta risulta che la moglie, i cognati e i nipoti, non essendo oggettivamente impossibilitate a prestare assistenza all'invalido e non potendo discrezionalmente esentarsi da tale obbligo, sono nella condizione di poter provvedere al sostegno del sig. …".
L'interessato deduce errata e/o falsa applicazione dell'art. 33, c. 3, della legge 5/2/1992, n. 104 nonché eccesso di potere.
Il ricorso è infondato.
Ai fini dell'applicazione del beneficio previsto dall'art. 33, comma 5, legge 5 febbraio 1992, n. 104, come modificato dall'art. 19 legge 8 marzo 2000, n. 53 – che consente al lavoratore che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio ovvero di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede – è necessario che il lavoratore fornisca la prova dell'assistenza continua da lui solo prestata, soprattutto quando nell'ambito dei familiari (non necessariamente i soli componenti esclusivi del nucleo familiare) vi siano più persone idonee (per vincoli affettivi o doverosi di parentela) a fornire l'aiuto necessario alla persona menomata (cfr. T.A.R. Lazio, Sezione I bis, 5 novembre 2002 n. 9695 e Sezione II, 4 settembre 2002, n. 7592; T.A.R. Puglia, Sezione I, 3 settembre 2002, n. 3828; T.A.R. Sicilia, Catania, 12 dicembre 2001, n. 2428).
L'eliminazione del requisito della convivenza (e, quindi, anche della stretta appartenenza al nucleo familiare del disabile) operato dalla novella del 2000, ha rimarcato ancora di più la necessità dell'esclusività dell'assistenza, ribadendo, all'art. 20, la necessità dell'assistenza continua in via esclusiva, con l'effetto di ampliare senz'altro il numero dei casi nei quali il beneficio dell'avvicinamento di sede può essere esercitato ma, per altro verso, ha ristretto la categoria dei beneficiari, posto che solo il dipendente, unico parente o affine, entro il terzo grado, in grado di prestare l'assistenza necessaria, può richiederlo.
La norma richiamata non configura un diritto soggettivo di precedenza al trasferimento del familiare lavoratore, bensì una posizione di interesse pretensivo, consistente nella scelta della propria sede di servizio "ove possibile", finalizzato all'esigenza di tutela della persona portatrice di handicap.
Sul punto, la normativa in materia opera un bilanciamento fra l'esigenza di tutelare il lavoratore onerato del dovere di assistenza di un familiare disabile e quella di garantire l'efficienza della prestazione lavorativa alle dipendenza di un datore di lavoro pubblico o privato.
La sua ratio, invero, è quella di tutela dei soggetti diversamente abili che non abbiano alcuna possibilità di assistenza all'infuori del lavoratore che richiede i benefici previsti dall'art. 33 della legge 104 del 1992, e che, dunque, ove vi siano più persone in grado di dividere gli oneri derivanti da questo dovere di solidarietà familiare, viene meno la necessità di derogare al normale svolgimento della prestazione lavorativa.
Osserva il Collegio, che anche dopo il venir meno del requisito della convivenza del familiare lavoratore con il disabile da assistere, è necessario che l'Amministrazione di appartenenza valuti ancor più rigorosamente l'esistenza dell'altro requisito richiesto dal citato art. 33, comma 5, legge n. 104/1992, vale a dire che sia dimostrata l'assistenza continua ed

esclusiva del lavoratore che propone la domanda, soprattutto laddove nella medesima zona risiedano altri familiari idonei ad accudire la persona disabile.
Ebbene, con il diniego impugnato sono esposte in modo chiaro ed esaustivo le ragioni che hanno indotto l'Amministrazione a respingere l'istanza di trasferimento ai sensi delle norme invocate.
CONSIDERATO che la motivazione del provvedimento gravato riconduce ad uno specifico profilo ostativo il mancato accoglimento dell'istanza, ed in specie, al difetto del requisito della "esclusività", per la presenza di altri familiari del disabile entro il terzo grado della scala di parente residenti nel comune di Foligno;
RITENUTA la piena condivisibilità della motivazione in quanto sussiste, obiettivamente (cfr documentazione in atti), la presenza di altri familiari del disabile residenti nel medesimo comune;
Visto che al fine di comprovare la sussistenza di tale requisito il ricorrente ha prodotto dichiarazioni di altri familiari inidonee a supportare un concreto ed effettivo stato di indisponibilità;
Ritenuto, in proposito, che la dimostrazione che i parenti ed affini dell'handicappato non sono in grado di occuparsi dell'assistenza al disabile non può, infatti, trovare attuazione per mezzo di semplici dichiarazioni di carattere formale, attestanti (per la maggior parte dei parenti) impegni di vita di carattere ordinario e comune, bensì necessita della produzione di dati ed elementi di carattere oggettivo, concernenti eventualmente anche stati psico-fisici (comprovati solo per taluni dei pareti: id est, la coniuge dell'assistito invalida all'80%) connotati da una certa gravità, idonei a giustificare l'indisponibilità sulla base di criteri di ragionevolezza tali da concretizzare un'effettiva esimente da vincoli di assistenza familiare, nel contemperamento delle posizioni dei soggetti interessati;
Ritenuto, in altri termini, che l'analisi della situazione familiare del ricorrente non rivela condizioni tali da escludere che il disabile possa essere adeguatamente assistito – anche a turno nella giornata – da altri, propri familiari, anche perché residente nel medesimo comune;
Considerato che questi parenti, vivendo nelle vicinanze della disabile, non possono sottrarsi ai doveri di mutua assistenza – che incombono sui soggetti legati da vincoli di parentela e/o affinità – con mere dichiarazioni di indisponibilità a provvedere che, in relazione alla portata delle motivazioni addotte (essenzialmente legate a status di carattere ordinario, privi di elementi di eccezionalità), appaiono finalizzate ad individuare nella ricorrente l'unico soggetto disposto – pur in presenza di un genero e di due nipoti – a prestare assistenza all'inferma, come se impegni del tipo di quelli che impedirebbero ai parenti di assistere – a turno – il congiunto non incombessero anche sul ricorrente e questo fosse, invece, libero, una volta assegnato alla sede richiesta, di organizzare i suoi impegni e turni di lavoro a proprio piacimento.
Considerato, ancora, che non può essere, poi, dimenticato che, proprio a causa del venir meno del requisito della convivenza ad opera dell'art. 20 della legge n. 53 del 2000, l'Amministrazione è tenuta a valutare più rigorosamente l'indisponibilità di altri familiari, come anche l'esistenza del requisito dell'assistenza continuativa (cfr. C.d.S., Sez. IV, 7 febbraio 2001, n. 898).
Ritenuto, in linea con tale orientamento, l'inadeguatezza delle dichiarazioni fornite dal ricorrente e che, dunque, la situazione familiare del disabile, complessivamente considerata, dimostra inequivocabilmente la presenza di altri familiari in grado di accudirlo.
Ritenuto, in definitiva, che la motivazione del provvedimento, afferente la valutazione negativa della sussistenza del requisito soggettivo dell'esclusività, idonea a dare conto della sussistenza di un fattore preclusivo al trasferimento, non viene confutata dalla documentazione in atti e che tanto rileva per escludere la fondatezza della denunciata violazione dell'art. 33, comma 5, della legge n. 241/90.
Ritenuto, per quanto sopra argomentato, il ricorso destituito di giuridico fondamento e, perciò, meritevole di reiezione mentre le spese di giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza;
P.Q.M.
Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione 1^ bis, respinge, nei sensi in motivazione, il ricorso in epigrafe.
Condanna il ricorrente alla refusione delle spese di giustizia che liquida in € 1.000,00.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma il 29 Ottobre 2008, in Camera di Consiglio.
il Presidente
il Consigliere, est.
Depositata in Segreteria in data 19 dicembre 2008.