

PROGETTO DI RICERCA Ce.Mi.S.S. ANNO 2020**AP-CSD-04****1. TITOLO**

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

2. SCOPO

E' di interesse acquisire:

- il quadro sinottico delle basi e dei riferimenti normativi e dottrinali sulla materia;
- normativa esistente, meccanismi di controllo e prevenzione degli abusi, applicabilità;
- punto di situazione degli Enti della Difesa, in particolar modo in ambito FF. AA.;
- prassi, dati generali e trend prevalenti;

3. QUADRO DI RIFERIMENTO

La ratifica italiana della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità dell'ONU (*Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD*) ha aperto un nuovo scenario di riferimento giuridico, culturale e politico. La ratifica della CRPD da parte dell'Unione Europea - impegnata a monitorare le politiche di propria competenza e quelle condivise con gli altri Stati membri - arricchisce il campo delle tutele e comporta un maggior coordinamento delle politiche e delle azioni sia a livello europeo che nazionale. La ratifica della Convenzione impegna lo Stato italiano ad aggiornare e migliorare la legislazioni e le politiche indirizzate alle persone con disabilità. Era il 1992 quando l'Italia, con l'emanazione della legge 104, diviene uno dei primi Paesi in Europa a dotarsi di un'adeguata tutela legislativa per l'integrazione sociale delle persone in situazione di handicap, garantendo loro sia i diritti fondamentali ma anche sancendo il dovere dello Stato di rimuovere ostacoli e impedimenti alla loro applicazione per il pieno inserimento delle persone disabili nel contesto sociale in cui vivono. L'utilizzo dei permessi legge 104 presuppone due condizioni: lo stato di handicap grave dell'interessato e il corretto utilizzo dei permessi da parte dei lavoratori richiedenti. Tra i vantaggi lavorativi il più utilizzato, infatti, è quello previsto dall'art. 33: tre giorni di permessi mensili retribuiti. I permessi possono e devono essere fruiti solo se finalizzati all'assistenza della persona portatrice di handicap. Pur in presenza dei requisiti formali e amministrativi per beneficiare dei permessi e congedi, è possibile che il lavoratore abusi dell'assenza dal lavoro per fare altro. I controlli in questa fase possono essere disposti sia dall'Inps che dal datore di lavoro, anche mediante agenzie di investigazione nei limiti stabiliti dalla legge 300/1970. L'abuso c'è quando il dipendente durante il periodo di assenza invece di assistere i familiari disabili svolge altre attività. Dal 2010 non c'è più l'obbligo di prestare «assistenza continuativa ed esclusiva» durante le assenze, cosa che comporta la possibilità di svolgere anche attività personali e gestire più flessibilmente il relativo tempo. Per la Cassazione (sentenza 54712/2016), a differenza di altri lavoratori, chi assiste i disabili, al di fuori del rapporto, non gode degli stessi riposi, e pertanto l'assistenza al disabile non deve coincidere per forza con le ore di permesso. L'abuso e la violazione possono avere tre tipi di conseguenze sanzionatorie: la sanzione disciplinare, nel rispetto delle procedure di legge o contrattuali, può approdare al licenziamento per i casi più gravi di lesione del rapporto fiduciario (Cassazione 29613/2017); sanzioni economiche: restituzione all'Inps delle prestazioni economiche indebitamente fruiti e/o risarcimento dei danni patiti dal datore di lavoro a causa di disfunzioni organizzative legate all'assenza indebita; sanzioni penali: i principali reati che possono essere imputati sono la truffa e l'indebita percezione di provvidenze pubbliche mediante false dichiarazioni (articolo 316 ter, Codice penale). Alcune sentenze della Corte di Cassazione hanno punito con il licenziamento l'abuso del diritto ai permessi della legge 104. Con la sentenza 4984/2014, la Cassazione ha rigettato il ricorso del lavoratore licenziato che utilizzava i permessi previsti dall'articolo 33 della Legge n. 104/92 per effettuare delle vacanze anziché assistere il familiare, ritenendo legittimo il controllo esercitato dal datore di lavoro. L'utilizzo da parte del

dipendente di permessi con finalità assistenziale per scopi diversi, secondo la Suprema Corte, costituisce un comportamento idoneo a ledere irrimediabilmente il rapporto fiduciario, con conseguente legittimità del licenziamento per giusta causa. Con un'altra sentenza (n. 8784/15), la Corte ha censurato il comportamento di un dipendente perché aveva usufruito di una parte del permesso per altra "finalità del tutto estranea all'assistenza". L'abuso dei permessi - precisa la Cassazione - sottolinea il particolare disvalore sociale di tale condotta che finisce con il porre a carico della collettività dei costi per soddisfare esigenze personali. Un simile comportamento costringe, inoltre, il datore di lavoro a dover riorganizzare il lavoro costringendo altri dipendenti (che devono sostituire il lavoratore assente) a un maggiore impegno nella prestazione lavorativa. Stesse motivazioni nella sentenza 5574/2016 nel caso di un lavoratore licenziato perché si era recato nell'abitazione del parente assistito soltanto per 4 ore. Secondo la Cassazione, sulla giusta causa di recesso non incide il fatto che il dipendente si sia regolarmente recato dal familiare disabile, non essendosi allontanato dalla propria abitazione per andare a svolgere altre attività lavorativa. Il lavoratore che beneficia dei permessi mensili per assistere una persona con handicap o con patologia invalidante ha il diritto di organizzare l'assistenza secondo orari e modalità flessibili, che consentano di provvedere adeguatamente alla cura dell'assistito, senza trascurare le proprie esigenze personali. Ad affermarlo è la sentenza della Corte di Cassazione, sezione Penale, la n° 54712 del 23 dicembre 2016. La pronuncia riveste particolare importanza per aver fornito un'interpretazione innovativa ed equilibrata dell'art. 33 della legge 104/1992 sui permessi retribuiti, discostandosi nettamente dall'orientamento restrittivo ad oggi prevalente. Secondo la Suprema Corte, il lavoratore non può utilizzare i permessi retribuiti della legge 104/1992 come se fossero dei giorni di ferie, deve esserlo anche il suo diritto "di ritagliarsi un breve spazio di tempo per provvedere ai propri bisogni ed esigenze personali". I permessi retribuiti rispondono ad una duplice finalità: la prima è quella di garantire maggiore continuità e qualità all'attività di assistenza, la seconda di consentire al lavoratore che la presta di conciliarla più facilmente con l'attività lavorativa e, non da ultimo, con le proprie esigenze di vita. Questa lettura non trova ostacolo nella legge, che nulla dispone all'art. 33 in merito alle modalità di corretto impiego dei permessi retribuiti. Secondo la Suprema Corte, l'esclusione di ogni forma di flessibilità nell'impiego dei permessi retribuiti esporrebbe al grave rischio di frustrare lo spirito della legge e di sanzionare senza distinzioni sia le condotte legittime sia quelle fraudolente. Tuttavia, i principi enunciati dalla sentenza sono tutt'altro che consolidati. La sentenza, difatti, si pone in diretto contrasto con l'orientamento restrittivo seguito dalla Sezione Lavoro della Cassazione. Secondo la tendenza prevalente, il comportamento del lavoratore che, in relazione al permesso ex art. 33 L. n. 104/1992, si avvalga, anche solo parzialmente, dello stesso non per l'assistenza, bensì per attendere ad altra attività, integra l'ipotesi dell'abuso di diritto, con potenziali gravi conseguenze sia sul fronte civile sia su quello penale. Inoltre, il lavoratore sarà per lo stesso fatto potenzialmente perseguibile per il reato di truffa ai danni dell'Inps (art. 640, co. 2, n.1, c.p.). Conseguenze che, secondo l'orientamento prevalente, rischiano di abbattersi senza distinzione sia sul lavoratore che usa i permessi per andare in vacanza sia su quello che, dopo un'intera giornata di assistenza, decide di recarsi ad una festa in serata. A seguito della recente pronuncia, difatti, sembra che l'onere del datore di lavoro di provare la giusta causa del licenziamento sia destinato ad aggravarsi. Abusare dei permessi concessi alla legge 104 equivale all'instaurazione di un comportamento considerato grave, in quanto reca un danno sia al sistema previdenziale pubblico, dal momento che ad anticipare l'indennità provvede l'Inps, sia alla stessa azienda che deve riorganizzare il lavoro interno, venendo meno una risorsa. Per combattere l'uso improprio dei permessi occorre, innanzitutto, far leva sul senso etico, di responsabilità personale e svolgere un'attenta azione di controllo per scoprire e combattere gli abusi negli Enti della Difesa a partire da un punto di situazione dettagliato.

4. CONTENUTI

- a. Analisi della dimensione normativa e giuridica;
- b. Misure adottate in merito a controlli e contrasto dell'abuso;
- c. Stato dell'arte all'interno degli Enti della Difesa;

- d. Linee guida, *best practices* e normativa di riferimento a livello EU;
- e. Ipotesi di riforma e revisione dell'attuale legislazione.

5. MODALITA' DI ESECUZIONE

La ricerca si deve svolgere consultando fonti aperte e studi di settore, ricerche bibliografiche, monografie, riviste, e letteratura scientifica sull'argomento; contatti diretti con organizzazioni, centri studio, enti che svolgano monitoraggio e raccolta dati (Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Ministero della salute, Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Associazioni delle persone con disabilità, Terzo settore, INPS, realtà Accademiche che possano fornire utilmente la propria collaborazione, SGI - Istituto di studi giuridici internazionali – CNR, SSN, ISTAT, INAIL). Elaborazione e analisi critica con strumenti concettuali “allo stato dell'arte” in merito all'Amministrazione Difesa.

6. COMPENSO

A titolo gratuito

7. PUNTO DI CONTATTO DEL RESPONSABILE DELLA RICERCA

Col. c.(li.) s.SM. Andrea CARRINO

Dipartimento Ricerche – Vice Direttore e Capo Dipartimento

Tel. 06 4691 3203 – mil. 23203/23218

caporicerche.cemiss@casd.difesa.it; ricerche.cemiss@casd.difesa.it