

Permessi ex lege n. 104/1992 per i lavoratori che assistono un disabile

di Mariangela Cistaro - Avvocato, Esperto di diritto fiscale, diritto del lavoro e diritto digitale, Formatore e Speaker aziendale

Il presente articolo si pone l'obiettivo di esaminare i permessi richiedibili ex lege n. 104/1992, focalizzandosi sui beneficiari e sul contenuto di tale diritto, i cui contorni - in particolare su cosa si possa o non possa fare durante i permessi - sono stati disegnati dalla magistratura. Diritto che per essere riconosciuto ai lavoratori che assistono un disabile deve essere necessariamente documentato con specifici atti richiesti dalla legge medesima, il cui elenco non può essere ampliato dall'Amministrazione.

I beneficiari e le condizioni per poter richiedere i permessi

Il testo vigente della Legge 5 febbraio 1992, n. 104 dopo le modifiche introdotte dalla Legge n. 53/2000, dal D.Lgs. n. 151/2001, dalla Legge n. 183/2010 (art. 24) e, in ultimo, dal D.Lgs. n. 119/2011, riconosce al lavoratore disabile o ai suoi familiari il diritto di assentarsi dal lavoro per dedicarsi alle proprie cure o per prestare assistenza.

Ai beneficiari spettano:

- 2 ore giornaliere o 3 giorni al mese continuativi o frazionati per il lavoratore disabile;
- 3 giorni al mese per coniuge, convivente, parenti e affini, entro il 2° grado, del disabile.

Si tenga presente che sono legittimati alla fruizione dei permessi anche i parenti e agli affini entro il terzo grado (1) solo quando i genitori o il coniuge della persona da assistere abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti.

Il Dipartimento della Funzione Pubblica con il parere n. 13/2008 ha affermato che "si ritiene che la

circostanza che tra i parenti del disabile vi siano altri soggetti che possono prestare assistenza **non esclude** la fruizione dell'agevolazione da parte del lavoratore se questi non chiedono o fruiscono dei permessi (eventualmente perché non impiegati)" (2).

Questo significa che se, con figlio disabile, uno dei due genitori sta a casa perché non lavora, ciò non esclude che l'altro genitore possa chiedere i permessi ai sensi della legge in esame.

Per quanto riguarda **le persone conviventi**, bisogna fare riferimento alla Circolare n. 38/2017 dell'INPS, che analizza la Legge n. 76/2016 (Legge Cirinnà) la quale riconosce alcuni diritti alle c.d. coppie di fatto e a coloro che sono uniti civilmente.

Tale legge riconosce alle coppie conviventi, non legati da vincolo di matrimonio, alcuni diritti, **tra cui anche i permessi per assistere il familiare disabile**.

Si tenga presente che le parti dell'unione civile e i conviventi di fatto possono usufruire di questi permessi per assistere solo il proprio *partner* e non eventuali suoi parenti, in quanto l'unione civile e la convivenza di fatto non costituiscono rapporto di affinità.

(1) In base alla legge, sono parenti di primo grado: genitori, figli naturali, adottati o affiliati; di secondo grado: nonni, fratelli, sorelle, nipoti (figli dei figli); di terzo grado: bisnonni, zii, nipoti (figli di fratelli e/o sorelle), pronipoti in linea retta, mentre sono affini di primo grado: suocero/a, nuora, genero, patrigno e matrigna, con figliastri; di secondo grado: cognati (non sono affini il coniuge del cognato ovvero i cognati e le cognate di mia moglie; né sono affini

tra loro i mariti di due sorelle); di terzo grado: moglie dello zio, il marito della zia, la moglie del nipote e il marito della nipote.

(2) In tale ottica si menziona l'orientamento giurisprudenziale che sostiene "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." (Cass., 20 luglio 2004, n. 13481).

SOGGETTI	SPETTA IL DIRITTO AI PERMESSI
GENITORE	SI
CONIUGE	SI
FRATELLO	SI
NONNO	SI
NIPOTE (FIGLIO DI FIGLIO)	SI
SUOCERA	SI
PATRIGNO	SI
COGNATO	SI

Si tenga presente che, dopo la riforma, non è più menzionato il requisito della convivenza.

L'unica restrizione che viene posta dall'interpretazione della norma è quando il dipendente lavoratore che usufruisce dei permessi per assistere la persona in situazione di *handicap* grave è **residente in comune situato a distanza stradale superiore a 150 chilometri rispetto a quello di residenza del lavoratore**. In questo caso il lavoratore deve attestare con titolo di viaggio, o altra documentazione idonea, il raggiungimento del luogo di residenza dell'assistito.

A titolo esemplificativo, dovrà essere preferito l'uso di mezzi di trasporto pubblici quali aerei, treni, autobus, in quanto consentono di esibire al datore di lavoro il titolo di viaggio.

I permessi retribuiti per *handicap* sono attribuiti al lavoratore che assiste un familiare a condizione che l'*handicap* di quest'ultimo abbia la connotazione di **gravità**, come precisato all'art. 3, comma 3, della Legge n. 104/1992 e che sia stato certificato dalla Commissione medica. Nell'ipotesi in cui tale certificazione manchi, il dipendente non può chiedere i giorni di permesso.

Un'eccezione è prevista per le persone affette da sindrome di Down. Infatti, **le persone con sindrome di Down**, su richiesta corredata da presentazione del cariotipo, sono dichiarate dalle competenti commissioni insediate presso le aziende sanitarie locali o dal **proprio medico di base**, in situazione di gravità ai sensi dell'art. 3 della Legge n. 104/1992, ed esentate da ulteriori successive visite e controlli.

Il requisito necessario per la richiesta dei permessi è, quindi, il **verbale della commissione medica** che il dipendente è tenuto a presentare.

Inoltre, l'interessato è tenuto a certificare, attraverso idonea documentazione ovvero attraverso apposite dichiarazioni sostitutive, rese ai sensi degli artt. 46 e 47, D.P.R. n. 445/2000, la sussistenza delle condizioni che legittimano la fruizione delle agevolazioni.

A seguito dell'accoglimento della domanda da parte dell'Amministrazione, il dipendente dovrà comunicare tempestivamente ogni mutamento o la cessazione della situazione di fatto e di diritto che comporta il venir meno della titolarità dei benefici. Riassumendo, i beneficiari devono consegnare all'ufficio di appartenenza:

a) la certificazione ASL dalla quale risulti che il familiare assistito si trovi in situazione di *handicap* grave ai sensi dell'art. 3, comma 3, Legge n. 104/1992;

b) la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà dalla quale risulti che il familiare disabile non è ricoverato a tempo pieno (3);

c) la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà dalla quale risulti che il lavoratore sia l'unico componente della famiglia, che assiste il familiare disabile; dichiarazione che sostituisce la certificazione (auto-certificazione), da rinnovare annualmente, circa l'esistenza in vita del familiare disabile per l'assistenza del quale sono stati concessi i previsti benefici.

La legge ha però espressamente stabilito che il diritto alla fruizione dei permessi "non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con *handicap* in situazione di gravità". Ne deriva quindi che viene individuato un **unico referente** per ciascun disabile, **ad eccezione del caso in cui si tratti di figlio disabile**, avendo diritto entrambi i genitori a richiedere i permessi.

Si tenga presente che l'interessato non è tenuto a produrre a corredo della richiesta le autocertificazioni degli altri familiari nelle quali venga indicata l'impossibilità di assistere il disabile (4). L'Amministrazione non può chiedere in tale ipotesi delle autocertificazioni che attestino la non possibilità degli altri familiari ad occuparsi del disabile.

L'Amministrazione può chiedere, invece, un'attestazione in cui si dichiari espressamente che il coniuge e/o i genitori della persona con *handicap* grave si trovino in una delle specifiche condizioni stabilite dalla legge

(3) La Cassazione ha sottolineato, però, che i permessi possono essere fruiti se il familiare è ricoverato presso strutture di tipo sociale (case di riposo, per esempio), perché in tal caso non c'è assistenza sanitaria continuativa, diversamente da quanto

avviene nelle strutture ospedaliere o assimilabili ad esse. In quest'ultimo caso, non è possibile richiedere il permesso 104/1992.

(4) Se il beneficiario dei permessi ha dei fratelli o sorelle, egli non deve produrre le autocertificazioni dei fratelli in cui dichiarano che non usufruiranno dei permessi.

Organizzazione e gestione del personale

(genitori o il coniuge della persona da assistere abbiano compiuto i 65 anni di età, siano affetti da patologie invalidanti, siano deceduti o mancanti).

Comunque, una volta stabilita la legittimità a fruire dei permessi, il datore di lavoro è tenuto a concederli, senza poter sindacare nel merito.

DOCUMENTAZIONE DA PRESENTARE ALL'AMMINISTRAZIONE

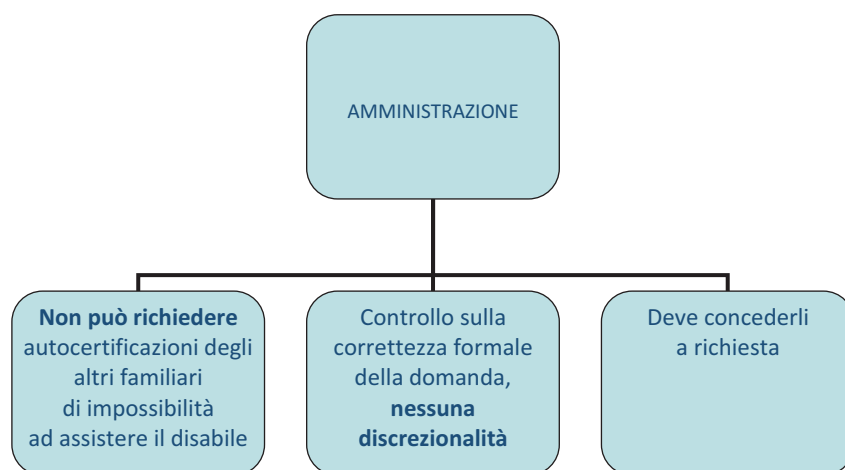
- ▶ certificazione ASL dalla quale risulti che il familiare assistito si trovi in situazione di handicap grave ai sensi dell'art. 3, comma 3, Legge n. 104/1992;
- ▶ dichiarazione sostitutiva dalla quale risulti che il familiare disabile non è ricoverato a tempo pieno;
- ▶ dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà dalla quale risulti che il lavoratore sia **l'unico componente della famiglia (referente unico)**, ad eccezione del caso in cui **si tratti di figlio disabile**, avendo diritto entrambi i genitori a richiedere i permessi

Ai sensi della Circolare INPS n. 53/2008 “sul datore di lavoro incombe il diritto-dovere di verificare in concreto l'esistenza dei presupposti di legge per la concessione dei permessi citati, rispetto alla quale non ha alcuna ulteriore discrezionalità, al di là della verifica della sussistenza dei requisiti di legge”.

Pertanto, l'Amministrazione si deve limitare ad un controllo sulla **correttezza formale della domanda**,

non avendo alcuna discrezionalità, ma dovendosi limitare soltanto alla mera verifica della sussistenza dei requisiti.

L'Amministrazione è tenuta invece alla verifica delle dichiarazioni sostitutive. L'Amministrazione è, inoltre, tenuta ad effettuare le comunicazioni dei permessi fruiti dai propri dipendenti per l'inserimento nella banca dati istituita presso il Dipartimento della funzione pubblica.



La quantificazione dei permessi: le ore o i giorni

I permessi possono consistere in 3 giornate lavorative o possono essere utilizzati ad ore.

Si possono, quindi, prendere sei mezze giornate nel corso dello stesso mese oppure 18 ore mensili qualora l'orario di lavoro sia di 36 ore suddiviso in sei giorni lavorativi.

Occorre precisare che in caso di lavoro a tempo parziale i tre giorni vanno riproporzionati.

Se il dipendente è in *part-time* orizzontale su tutti i giorni lavorativi della settimana, egli potrà semplicemente usufruire dei tre giorni di permesso.

Il CCNL scuola prevede espressamente per i docenti che i giorni siano fruiti esclusivamente in giorni,

senza possibilità di frazionamento. Discorso diverso per il personale ATA, che è legittimato a chiedere il permesso ad ore.

Per quanto concerne **le forze armate**, l'INPS ha chiarito che i giorni possono essere fruiti anche nei **giorni festivi e di notte**, a condizione che questi siano ricompresi in turni di lavoro articolati a cavallo di due giorni solari e/o durante giornate festive.

A tal riguardo, l'INPS evidenzia come l'art. 33, Legge n. 104/1992 preveda che la fruizione dei permessi mensili avvenga “a giornata”, e dunque indipendentemente dall'articolazione della prestazione lavorativa nell'arco delle 24 ore o della settimana lavorativa, e anche indipendentemente dal numero di ore di lavoro che il dipendente avrebbe dovuto effettuare in quel giorno, e pertanto la fruizione del

permesso può avvenire anche in corrispondenza di un turno da effettuare di domenica o giorno festivo.

In merito al **lavoro notturno**, la prestazione lavorativa, sebbene effettuata a cavallo di due giorni solari, andrà comunque riferita ad un unico turno inserito all'interno dell'organizzazione del lavoro dell'Ente, e pertanto il permesso fruito in corrispondenza

dell'intero turno di lavoro è da considerarsi come un unico giorno di permesso.

L'INPS ha precisato che l'eventuale rimodulazione oraria dei giorni di permesso dovrà essere applicata solo in caso di fruizione del permesso a ore e, in tal caso, per calcolare le ore mensili fruibili dovrà essere applicato il seguente calcolo:

orario di lavoro medio settimanale / numero medio dei giorni (o turni) lavorativi settimanali x 3.
--

Se l'avente diritto non usufruisce dei permessi in un mese **non ha diritto al recupero dei giorni e/o delle ore nel mese successivo**.

Si precisa che il dipendente fruitore dei permessi **non può essere soggetto al recupero delle ore non lavorate**, di attività non prestate o costretto a trovare un sostituto per i giorni in cui si assenta dal lavoro.

Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali con Interpello n. 24/2012 ha affermato che, nelle ipotesi in cui il dipendente, nel corso del mese, fruisca di altri tipi di permesso (malattia, ferie, permessi sindacali, maternità obbligatoria e facoltativa, ecc.), non è possibile per il datore di lavoro effettuare un riproporzionamento del diritto ai permessi della Legge n. 104/1992.

Solitamente il dipendente predispone una programmazione mensile dei giorni in cui intende assentarsi, da comunicare all'ufficio di appartenenza all'inizio di ogni mese.

Il trattamento economico

L'importo corrispondente per i giorni di assenza è un'indennità a carico INPS pari all'intero ammontare della retribuzione. L'indennità è anticipata dal datore di lavoro per conto dell'INPS e recuperata tramite i conguagli contributivi.

Non è previsto, fatta eccezione per i casi fissati dalla legge, che al pagamento vi provveda direttamente l'INPS.

Permanendo il diritto alla retribuzione i periodi di assenza per fruire di permessi o congedi sono computati nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi a ferie e alla tredicesima mensilità.

Si tenga presente che non riducono le ferie.

Dal punto di vista del trattamento fiscale e previdenziale queste giornate godono del riconoscimento automatico dei contributi da parte dell'INPS, utile sia al diritto che alla misura della pensione.

Per quel che riguarda il TFR, esso non subisce variazioni se il lavoratore durante il mese fruisce dei tre giorni di permesso.

Cosa fare e non fare durante i permessi

I permessi vengono concessi per permettere al beneficiario di prendersi cura del familiare disabile.

Innanzitutto occorre fare delle precisazioni.

In base a giurisprudenza consolidata, non è necessario che l'attività di assistenza sia prestata nelle medesime ore in cui il lavoratore avrebbe dovuto svolgere la propria attività lavorativa.

Non solo, l'assistenza prevista dalla disposizione in esame e a cui sono finalizzati i permessi non può essere intesa riduttivamente come mera assistenza personale al soggetto disabile presso la sua abitazione, ma deve necessariamente comprendere lo svolgimento di tutte le attività che il soggetto non sia in condizioni di compiere autonomamente. L'abuso quindi va a configurarsi solo quando il lavoratore utilizzi i permessi per fini diversi dall'assistenza, da intendere in senso ampio, in favore del familiare.

Nella sentenza Cass., 23 dicembre 2016, n. 3209, i giudici affermano che l'interesse primario cui è preposta la Legge n. 104/1992 è quello di **assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza del disabile** che si realizzino in ambito familiare, attraverso anche una serie di benefici a favore delle persone che se ne prendono cura.

In questa ottica, si legge nella sentenza, i permessi lavorativi sono soggetti ad una duplice lettura, e vengono concessi:

- a) per consentire al lavoratore di prestare la propria assistenza con ancora maggiore "continuità";
- b) per consentire al lavoratore, che con abnegazione dedica tutto il suo tempo al familiare con *handicap*, di **ritagliarsi un breve spazio di tempo per provvedere ai propri bisogni ed esigenze personali**.

La maggior parte del tempo deve essere dedicata al disabile, in quanto è perseguibile la condotta del lavoratore che utilizza solo poche ore per assistere il familiare e il resto del permesso per motivi non inerenti all'assistenza del familiare disabile.

L'utilizzo dei permessi per finalità estranee a quelle sanitarie o di cura del disabile ovvero per assistere il

familiare integra un comportamento sanzionabile da parte del datore di lavoro e dell'INPS.

L'Amministrazione può irrogare sanzioni che vanno dall'ammonizione scritta sino alla sospensione dal lavoro o addirittura al licenziamento per giusta causa. La giurisprudenza ha ammesso anche l'impiego degli investigatori privati che, al di fuori dell'orario lavorativo, seguono il dipendente e ne controllano i movimenti.

Il dipendente che utilizza i permessi per finalità private può anche commettere il reato di indebita percezione di indennità statali. Le giornate di permesso, infatti, sono retribuite dall'INPS (anche se le somme vengono anticipate dal datore di lavoro che poi le recupera con i contributi). È prevista la reclusione da sei mesi a tre anni, oltre che la previsione di un'ulteriore sanzione amministrativa nel caso in cui la somma percepita sia superiore ad un determinato importo.

Banca dati

Il Dipartimento della Funzione Pubblica monitora i permessi fruiti dai dipendenti ai sensi dell'**art. 33, Legge n. 104/1992** (permessi fruiti per l'assistenza alle persone disabili e permessi fruiti dalle persone disabili per le proprie esigenze).

Le informazioni sono rilevate annualmente dal DFP ai sensi dell'**art. 24, Legge n. 183/2010**, che prevede la costituzione di una banca dati per finalità di controllo e monitoraggio. I dati sono rilevati attraverso il sistema "PERLA PA" (sezione "Rilevazione permessi *ex lege* n. 104/1992") e quindi riguardano le amministrazioni che hanno partecipato alla rilevazione.

Caso particolare: genitorialità e permessi

Il singolo genitore, anche adottivo, può usufruire in maniera **alternativa** e non cumulativa nell'arco del mese dei tre giorni di permesso mensili o del prolungamento del congedo parentale, cioè può richiedere uno dei due.

La cumulabilità è prevista solo quando un genitore usufruisce del prolungamento del congedo parentale e, in alternativa, i permessi *ex lege* n. 104/1992, e l'altro richiede il congedo per malattia per il medesimo figlio.

I genitori possono fruire dei permessi di tre giorni mensili e del prolungamento del congedo parentale anche in **maniera cumulata** con il congedo straordinario nell'arco dello stesso mese, mentre è precluso il cumulo dei benefici nello stesso giorno. Ciò significa che le giornate si possono attaccare l'una all'altra anche in maniera alternativa tra i genitori.

Non si ritengono compatibili i permessi orari *ex lege* n. 104/1992 con i permessi orari (c.d. per allattamento) per il medesimo figlio portatore di handicap, dal momento che gli stessi, se pure a titolo diverso, verrebbero fruiti per il medesimo soggetto.

Se si legge attentamente l'**art. 42, D.Lgs. n. 151/2001**, comma 4, che ha previsto solo la cumulabilità dei permessi di cui all'**art. 33, Legge n. 104/1992** con il congedo parentale ordinario, si nota facilmente che non vi è nessuno riferimento alla possibilità di cumulo con i permessi c.d. per allattamento, né alla possibilità di godere da parte di un genitore della Legge n. 104/1992 e da parte dell'altro dei c.d. permessi per allattamento. Tale situazione è invece espressamente prevista nel caso in cui si opti per l'astensione facoltativa.