

# I “furbetti della 104”: fruizione abusiva dei permessi per l’assistenza ai familiari disabili e anomalie del sistema

di R. Maurelli - 14 Giugno 2023

Un articolo apparso su un noto quotidiano nazionale qualche tempo fa censurava il fenomeno dei c.d. “furbetti della 104”, evidenziando una serie di “anomalie” nella fruizione dei congedi, che lasciavano presumere un loro utilizzo per scopi difformi da quelli consentiti dalla legge.

L’autore riportava dati di fonte INPS secondo cui, nei precedenti cinque anni, la richiesta era cresciuta fino al 34%, con enorme asimmetria fra il pubblico impiego ed il settore privato.

Queste anomalie sono effettivamente sospette, soprattutto se si considera che i grandi numeri sull’utilizzo illecito dei congedi riguarda prevalentemente, per non dire quasi esclusivamente, i permessi di tre giorni al mese di cui all’art. 33 della Legge n. 104/92, e non anche gli altri istituti di sospensione del rapporto posti a salvaguardia del diritto all’assistenza del familiare disabile, come il congedo c.d. “straordinario”, di durata fino a due anni, previsto dagli artt. 4 della Legge n. 53/00 e 42 del D.lgs. n. 151/01.

Invero, il congedo straordinario non si presta ad impieghi, per così dire, “truffaldini”, sia perché attribuisce il diritto solo a fronte di “gravi motivi” familiari, che vanno rigorosamente “documentati”, sia perché il periodo di astensione non è retribuito e non viene computato neppure ai fini previdenziali e di anzianità di servizio.

Pertanto, gli scopi riprovevoli del “furbetto del permesso” vengono raggiunti più facilmente attraverso la fruizione dei permessi brevi della Legge n. 104/92. Il fenomeno si risolve così in uno stillicidio di “microcondotte” assenteiste, reiterate nel tempo e gravemente pregiudizievoli per l’organizzazione produttiva in cui è inserito il dipendente.

Tutto ciò, ovviamente, finisce per penalizzare anche coloro che fanno un uso corretto dei permessi e che, con la loro personale assistenza ai familiari disabili, oltre ad “assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell’assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare” (Corte cost. 23 settembre 2016, n. 213, in *GL*, 2016, 39, 14; Corte cost. 30 gennaio 2009, n. 19, in *Corr. Giur.*, 2009, 3, 403; Corte cost. 8 maggio 2007, n. 158, in *FI*, 2007, 7-8, Parte I, 1993), possono contribuire significativamente a sgravare la collettività dall’impegno finanziario per sostenere politiche di welfare, non sempre efficacemente svolte dalle ASL e dagli enti locali (Corte cost. 16 giugno 2005, n. 233, in *GI*, 2005, 12, 2247).

È urgente allora trovare un bilanciamento fra l’esigenza, in astratto, di garantire la più ampia tutela possibile ai soggetti disabili, con quella, in concreto, di evitare che il diritto possa essere usato contro se stesso.

In argomento, appare emblematico un caso deciso dalla Cassazione, con l’ordinanza, qui annotata, 13 marzo 2023, n. 7306, in cui è stato dichiarato illegittimo il licenziamento intimato

dal datore di lavoro per asserito abuso dei permessi 104. Nella specie, era infatti stato accertato in tutti i gradi di giudizio, dalla fase sommaria a quella di reclamo in Corte di Appello, che il lavoratore aveva sostanzialmente garantito l'assistenza ai genitori disabili, pur essendosi riservato un tempo di circa due ore al giorno per la lettura di libri presso i giardini pubblici, proprio nell'orario in cui avrebbe potuto rendere la prestazione in favore del datore di lavoro.

In un caso del genere, la Suprema Corte non ha fatto altro che conformarsi al suo costante orientamento, secondo cui il nesso causale tra la fruizione del permesso e l'assistenza alla persona disabile non deve essere inteso in senso così rigido da imporre al lavoratore di annullare le proprie esigenze personali o familiari, essendo invece sufficiente la chiara ed inequivoca funzionalizzazione del tempo liberato dall'obbligo della prestazione di lavoro alla preminente soddisfazione dei bisogni della persona disabile (Cass. 19 luglio 2019, n. 19580, in *RFI*, voce (Lavoro rapporto), 2019, 1565; Cass. 27 novembre 2018, n. 30676, in *RFI*, voce (Lavoro rapporto), 2019, 1275; Cass. 2 ottobre 2018, n. 23891, in *RFI*, voce (Lavoro rapporto), 2019, 1276; Cass. 14 agosto 2017, n. 20098, inedita).

A prescindere dalla decisione del caso concreto, sentenze di questo tipo sono il punto di arrivo di una lunga elaborazione legislativa e giurisprudenziale, che, di fatto, ha allargato enormemente le maglie di un istituto che, forse, avrebbe invece richiesto una seria manovra di contenimento per frenare l'altrimenti inevitabile tendenza agli abusi.

Infatti, nell'originaria formulazione dell'art. 33, i tre giorni di permesso mensile erano riconosciuti esclusivamente al lavoratore «convivente» con il familiare portatore di handicap in situazione di gravità, a condizione che quest'ultimo non fosse ricoverato a tempo pieno.

Il Consiglio di Stato, in funzione consultiva, aveva però immediatamente chiarito che il lavoratore poteva godere del beneficio anche per più familiari disabili conviventi e, addirittura, anche qualora la persona portatrice di handicap già fosse titolare, per se stessa, in quanto lavoratrice, dei permessi assistenziali; tutto ciò con un solo temperamento, e cioè che il cumulo dei benefici non poteva essere concesso qualora altre persone potessero fornire l'assistenza o quando lo stesso lavoratore potesse, per la natura dell'handicap, sopperire congiuntamente alle necessità assistenziali nello stesso periodo (Cons. St., Adunanza della Sezione prima, parere n. 784 del 14 giugno 1995, «*Quesiti relativi all'applicazione dell'art. 33, commi 3 e 6, della Legge 5 febbraio 1992 n. 104, recante «legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate»*). In questa fase, dunque, la scelta legislativa si risolveva nella netta contrapposizione fra familiari conviventi e non conviventi, con esclusione dalla tutela di questi ultimi, sul presupposto che, pur essendo gravemente disabili, erano comunque in grado di vivere da soli e, presumibilmente, di attendere con autonomia alle proprie prevalenti esigenze di vita.

Tale contrapposizione aveva superato anche il vaglio di costituzionalità, ai sensi dell'art. 3 Cost., sul presupposto che «*non è immaginabile che l'assistenza al disabile si fondi esclusivamente su quella familiare, sì che il legislatore ha, con la legge quadro n. 104, ragionevolmente previsto – quale misura aggiuntiva – la salvaguardia dell'assistenza in atto, accettata dal disabile, al fine di evitare rotture traumatiche, e dannose, della convivenza*» (Corte cost. 29 luglio 1996, n. 325, in Gazz. Uff. 28 agosto 1996, n. 35).

Ciononostante, questa opzione normativa è stata ritenuta troppo radicale e, comunque, non eliminava del tutto il problema degli abusi, anche perché il Consiglio di Stato aveva già allentato le retribuzioni, come si è visto.

Ciò spiega come mai, a distanza di pochi anni, il legislatore sia intervenuto nuovamente con l'art. 20 della Legge n. 53/2000, estendendo il beneficio anche in caso di familiare «*non convivente*», purché assistito «*con continuità e in via esclusiva*» (sul punto, si veda anche Cons. St. 22 maggio 2012, n. 2964, in Foro amm., CDS, 2012, 5, 1183).

Inizialmente, il requisito della continuità era stato interpretato come «*effettiva assistenza del soggetto handicappato per le sue necessità quotidiane*», con la conseguenza che lo si riteneva escluso «*nei casi di oggettiva lontananza dalle abitazioni, lontananza da considerare non necessariamente in senso spaziale, ma anche soltanto semplicemente temporale*» (Circ. INPS 17 luglio 2000, n. 133, pag. 5), in quanto ostativa ad una presenza che si voleva, appunto, quotidiana, «*non prestata in via temporanea*» (Cons. St. 14 aprile 2010, n. 2101, inedita; la sentenza aveva altresì precisato che «*la normativa richiamata si riferisce solo al lavoratore che già assiste con continuità un familiare portatore di handicap, e non anche al dipendente che, non assistendo in atto con continuità un familiare, aspiri al trasferimento proprio al fine di poter instaurare il detto rapporto di assistenza continuativa*»).

Quanto, poi, al requisito dell'esclusività, esso era stato originariamente inteso «*nel senso che il lavoratore richiedente i permessi deve essere l'unico soggetto che presta assistenza alla persona handicappata*» (Circ. INPS 17 luglio 2000, n. 133, pag. 6), con la precisazione, operata ancora una volta dalla giustizia amministrativa, che deve trattarsi «*dell'indisponibilità (e non dell'inesistenza) oggettiva o soggettiva di altre persone in grado di sopperire alle esigenze, circostanza da provare con ogni mezzo consentito dall'ordinamento*» (Cons. St. 15 giugno 2010, n. 3758, inedita).

Tanto è vero che, in quel sistema, «*la esclusività stessa non può perciò considerarsi realizzata quando il soggetto handicappato non convivente con il lavoratore richiedente risulta convivere, a sua volta, in un nucleo familiare in cui sono presenti lavoratori che beneficiano dei permessi per questo stesso handicap, ovvero soggetti non lavoratori*» (Circ. INPS 17 luglio 2000, n. 133, pag. 6).

A tal fine era stato altresì precisato che, anche qualora vi fosse stato un familiare non lavoratore, la fruizione dei permessi non era da escludere in caso di impossibilità all'assistenza di quest'ultimo per incapacità al lavoro al 100%, riconoscimento di un'infermità superiore ai 2/3, infermità temporanea per i periodi di ricovero ospedaliero, età anagrafica inferiore ai 18 anni ovvero superiore ai 70, in presenza di invalidità (Comitato amministratore della gestione degli interventi assistenziali e di sostegno alla gestione degli interventi assistenziali e di sostegno alle gestioni previdenziali, Deliberazione del 7 marzo 2000, n. 32).

Questo iniziale assetto interpretativo è stato progressivamente smantellato dalla giurisprudenza civile ed amministrativa.

Con la sentenza n. 394/97, il Consiglio di Stato ha infatti affermato che «*il beneficio in questione non è subordinato alla mancanza di altri familiari in grado di assistere il portatore di handicap*» (Cons. St. 19 gennaio 1998, n. 394, in Mass. Giur. It., 1998; conf. Cons. St. 30

gennaio 2003, n. 481, in Foro Amm. – CDS, 2003, 1, 217; TAR Lombardia – Milano, 8 giugno 2011, n. 1428, in Corr. merito, 2011, 1232 e ss.).

Nello stesso senso si è pronunciata anche la Suprema Corte statuendo che “*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*”, in quanto “*è ragionevole il bisogno di questa di fruire di tre giorni di libertà, coincidenti con la fruizione dei permessi retribuiti del lavoratore*” (Cass. 20 luglio 2004, n. 13481, in Mass. Giur. It., 2004; conf. Cass. 22 dicembre 2014, n. 27232, in G.L., 2015, 5, 48; cfr. anche Cass. 16 maggio 2003, n. 7701, in GL, 2003, 24, 21, in tema di fruizione dei permessi per i genitori del figlio disabile).

I suddetti orientamenti giurisprudenziali hanno stravolto i contorni dell’istituto, degradando di fatto i requisiti della continuità e dell’esclusività in quelli della “*sistematicità e dell’adeguatezza*” dell’intervento assistenziale, recepiti alla fine perfino dall’INPS (Circ. INPS 23 maggio 2007, n. 90).

Da ciò sono derivate una serie di ulteriori conseguenze sul piano applicativo, che, nell’agevolare il ricorso all’istituto, hanno inevitabilmente facilitato l’utilizzo illecito dei permessi per l’assistenza.

E così si è ritenuto che il beneficio sia fruibile anche nel caso in cui il familiare riceva altre forme di assistenza pubblica o privata, ivi compreso il ricorso a personale badante ed enti non profit, ovvero nel caso in cui il familiare ricoverato non riceva assistenza per le intere ventiquattro ore; *dulcis in fundo*, come documentazione amministrativa per dimostrare l’assenso del portatore di handicap all’assistenza offerta dal familiare lavoratore è stata ritenuta idonea e sufficiente la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi del Testo Unico n. 445/00 (Circ. INPS 23 maggio 2007, n. 90).

A questo punto sarebbe stato lecito aspettarsi un intervento del legislatore, anche di interpretazione autentica, che chiarisse una volta per tutte il significato della locuzione “*con continuità ed invia esclusiva*”. Ciò, però, non è accaduto. Infatti, con la Legge 24 novembre 2010, n. 183, il legislatore ha pensato di rimuovere il problema alla radice, ribadendo espressamente l’esclusione del requisito della convivenza con il familiare disabile ed espungendo del tutto quelli della continuità ed esclusività dell’assistenza.

La giurisprudenza amministrativa ha poi fatto il resto, ritenendo tale esclusione operante retroattivamente, anche per le richieste effettuate prima dell’entrata in vigore della suddetta legge (Cons. St. 7 marzo 2012, n. 1293, in Foro it., Rep., 2012, 289, conf. Cons. St. 6 agosto 2014, n. 4200, in Foro Amm. – CDS, 2014, 7/8, 1985; Cons. St. 19 febbraio 2013, n. 1005, in Foro it., 2013, III, 201; Cons. St. 17 ottobre 2012, n. 5304, inedita).

Si è poi inserita nel dibattito anche la Corte costituzionale, che ha esteso il novero dei soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito, includendovi anche il convivente, perfino a prescindere dal fatto che la convivenza si fondi su una relazione affettiva (Corte cost. 213/16, cit., secondo cui “*L’art. 3 Cost. va qui invocato, dunque, non per la sua portata eguagliatrice, restando comunque diversificata la condizione del coniuge da quella del convivente, ma per la contraddittorietà logica della esclusione del convivente dalla previsione di una norma che intende tutelare il diritto alla salute psico-fisica del disabile. E ciò in particolare – ma non*

*solo – nei casi in cui la convivenza si fondi su una relazione affettiva, tipica del rapporto familiare, nell’ambito della platea dei valori solidaristici postulati dalle aggregazioni cui fa riferimento l’art. 2 Cost.”).*

Da ultimo, la Suprema Corte ha precisato che anche in caso di ricovero a tempo pieno del disabile, il familiare lavoratore può comunque ottenere i permessi retribuiti qualora tale ricovero sia presso strutture residenziali di tipo sociale, quali case famiglia, comunità alloggio o case di riposo, che, a differenza delle strutture ospedaliere pubbliche e private, non forniscono assistenza sanitaria continuativa (Cass. 14 agosto 2019, n. 21416, in G.L., 2019, 38, 31, secondo cui *“Solo se la struttura ospitante sia in grado di garantire un’assistenza sanitaria in modo continuo e così da assicurare al portatore di handicap grave tutte le prestazioni sanitarie necessarie e richieste dal suo status si rende superfluo, o comunque non indispensabile, l’intervento del familiare, venendo così meno l’esigenza di assistenza posta a base dei permessi. Se, invece, la struttura non sia in grado di assicurare prestazioni sanitarie che possono essere rese esclusivamente al di fuori di essa, si interrompe la condizione del ricovero a tempo pieno in coerenza con la ratio dell’istituto dei permessi”*).

E così, la fattispecie astratta risultante da questa parabola normativa e giurisprudenziale è quella che presenta i requisiti meno restrittivi fra tutte quelle conosciute finora; pertanto, non desta meraviglia il fatto che sia anche una delle fattispecie più abusate dell’intero ordinamento. A fronte di ciò, l’unica risposta del legislatore è stata quella di prevedere che il permesso retribuito *“non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l’assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità”*; peraltro anche questo principio è mitigato dalle eccezioni del padre e della madre di figlio portatore di handicap, nonché del familiare del disabile con genitori ultrasessantacinquenni ovvero affetti da patologie invalidanti, deceduti o altrimenti mancanti (cfr. art. 6 del D.lgs. 18 luglio 2011, n. 119).

Accanto a questo argine definito dalla Suprema Corte del *“referente unico”* (Cass. n. 21416/19, cit.), vi è, poi, soltanto il principio secondo cui l’assistenza al familiare deve essere *“preminente”* rispetto alla soddisfazione dei bisogni, come affermato anche dalla sentenza in commento, non potendosi ipotizzare un permesso concesso *“in funzione meramente compensativa delle energie impiegate dal dipendente per la detta assistenza”* (Cass. 13 settembre 2016, n. 17968, in in *RFI*, voce (Lavoro rapporto), 2016, 1025).

Il sistema, dunque, appare quantomeno in *“controtendenza”* rispetto all’avvertita esigenza di porre rimedio all’utilizzo fraudolento dei permessi 104. E, se davvero si ritiene che il fenomeno abbia assunto i caratteri dell’emergenza, occorre trovare delle soluzioni, anche a costo di sacrificare in parte i nobilissimi fini in vista dei quali era stato immaginato il beneficio.

L’unica soluzione possibile, finché non cambierà l’approccio al tema da parte della giurisprudenza, sembra essere l’intervento del legislatore.

Le strade possibili sono molteplici. Si potrebbe, in primo luogo, riformare l’istituto agendo, in senso restrittivo, sui requisiti soggettivi della fattispecie, e cioè introducendone di più stringenti, come avveniva già in passato. Il criterio del familiare convivente, da questo punto di vista, era certamente il più efficace, perché quantomeno aveva il pregio di evitare le ipocrisie



della fantomatica assistenza ad un familiare di cui, in realtà, il lavoratore non si assume alcuna effettiva responsabilità.

Ma forse questa soluzione risulta davvero un po' troppo rigida, anche in considerazione dell'evoluzione dei tempi, ove è sempre più raro che gli anziani vivano sotto lo stesso tetto con i figli (occupati).

Si potrebbe, allora, immaginare di rendere meno profittevole la fruizione del permesso, ad esempio eliminando o decurtando la retribuzione e/o la contribuzione nei giorni in cui il lavoratore assiste il familiare disabile, come peraltro avviene anche in altre situazioni, pur meritevoli di tutela, come la temporanea sospensione del rapporto per malattia. Senonché, anche questa soluzione potrebbe non risultare soddisfacente, visto che l'esperienza ci restituisce centinaia di casi di abusi dell'istituto della malattia, nonostante le retribuzioni economiche.

A mio avviso, la cosa più giusta sarebbe circoscrivere il campo di applicazione oggettivo dell'art. 33 della Legge 104, stabilendo, ad esempio, che il permesso possa essere concesso solo per esigenze assistenziali particolari ed eccezionali, che non potrebbero essere soddisfatte in altro modo, se non, appunto, assentandosi dal lavoro.

Questa soluzione, in realtà, appare la più coerente con la stessa volontà del legislatore che emerge dalla lettura sistematica di alcune norme della Legge n. 104/92, e potrebbe, dunque, essere sposata dalla stessa giurisprudenza, perfino senza bisogno di interventi legislativi.

Invero, non si può trascurare che il permesso è previsto esclusivamente per la tutela delle situazioni di handicap «*in situazione di gravità*» che, ai sensi dell'art. 3 della Legge n. 104/92, sono quelle che richiedono un intervento assistenziale “*permanente, continuativo e globale*”.

Questo intervento “*permanente, continuativo e globale*” viene svolto dal lavoratore tutti i giorni, non potendo certo essere limitato alle tre volte al mese in cui la legge riconosce il permesso.

Pertanto, la *ratio* del permesso 104 non può essere quella di consentire la sospensione del rapporto di lavoro per attendere all'ordinario intervento assistenziale, poiché il lavoratore già riesce ad attendere quotidianamente a tali incombenze, facendole coesistere con gli impegni lavorativi.

Sarebbe ragionevole immaginare, dunque, che i permessi debbano essere finalizzati ad eventi peculiari, come visite mediche, ricoveri, insorgenza di malattie che richiedono la presenza del familiare; mentre dovrebbero essere esclusi interventi assistenziali normali come andare a comprare i farmaci o i dispositivi medicali, che possono essere tranquillamente svolti al di fuori dell'orario di lavoro..

Finché non vi sarà una svolta di questo tipo, non potremo lamentarci se il lavoratore, una volta fatta la spesa in farmacia e cucinato il pranzo al familiare, potrà ragionevolmente ritenere di aver assolto tutti i suoi obblighi ed optare per finire la giornata di permesso leggendo il giornale al parco.

Roberto Maurelli, avvocato e dottore di ricerca in Roma

Visualizza il documento: [Cass., ordinanza 13 marzo 2023, n. 7306](#)