

Esonero dal lavoro notturno per il personale della polizia di stato che assiste un disabile: è necessario il requisito della gravità

Exemption from night work for state police personnel assisting a disabled: the requirement of seriousness is necessary

Irene di Spilimbergo

Ricercatrice di diritto del lavoro. Università di Macerata

ABSTRACT

Il Consiglio di Stato accoglie l'appello del Ministero dell'Interno, ritenendolo fondato nel merito, sulla questione relativa al requisito della "grave disabilità" per l'esenzione dal lavoro notturno del caregiver. Il combinato disposto dell'art. 53 del d.lgs. n. 151/2001 e della disciplina della legge n. 104/1992 presuppone infatti la condizione di gravità della persona che si deve assistere ai fini della concessione delle tutele finalizzate allo scopo.

The Council of State accepts the appeal of the Ministry of the Interior, considering it founded on the merits, on the question relating to the requirement of "severe disability" for the exemption from night work of the caregiver. The combined provision of art. 53 of Legislative Decree no. 151 of 2001 and the discipline of l. no. 104 of 1992 in fact presupposes the condition of gravity of the person who must be assisted for the purpose of granting the protections aimed at the purpose.

SOMMARIO:

1. Premessa. – 2. La disciplina del lavoro notturno nel sistema delle fonti nazionali e sovranazionali. – 3. La tutela diretta e indiretta del disabile. – 4. La decisione del Consiglio di Stato. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Con la sentenza n. 8798 del 17 ottobre 2022, la seconda sezione del Consiglio di Stato ha stabilito che il requisito necessario per l'esonero dal lavoro notturno per il personale della Polizia di Stato è rappresentato da una "situazione di gravità della disabilità" della persona che viene assistita.

La decisione in commento origina da un ricorso presentato da un sovrintendente capo della Polizia di Stato per l'annullamento dei provvedimenti con i quali l'ente amministrativo aveva rigettato la sua richiesta di esonero dal lavoro notturno per poter assistere la coniuge disabile, rilevando l'assenza del fondamentale requisito della "gravità" della condizione psico-fisica della disabile.

Dopo un primo grado vittorioso per l'attore, il Ministero dell'Interno ha proposto appello, contestando la ricostruzione della cornice giuridica di riferimento elaborata dal Tribunale amministrativo nel proprio provvedimento. Quest'ultimo, nell'accogliere il ricorso del lavoratore, si è affidato principalmente ad un unico motivo: la mancata specificazione nel d.lgs. n. 151/2001 dello stato di gravità comporta il riconoscimento automatico dell'esenzione dal lavoro notturno, ritenendo non possibile, nel silenzio della norma, introdurre "surrettiziamente" tale requisito aggiuntivo.

Il nodo principale della vicenda processuale riguarda, infatti, proprio il contrasto interpretativo esistente tra l'art. 53 del d.lgs. n. 151/2001¹ e la disciplina prevista dalla legge n. 104/1992², nella parte in cui si discute se la concessione del beneficio di esenzione dal lavoro notturno del *caregiver* sia o meno subordinata a un accertato stato di gravità della disabilità³.

Il Consiglio di Stato, sostenendo la non correttezza dell'interpretazione letterale e formalistica fornita in primo grado dal Tribunale, ha così ribaltato la

¹ "Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53".

² "Legge-quadro per l'assistenza, integrazione sociale e diritti delle persone handicappate".

³ La giurisprudenza, in più occasioni, ha ribadito la centralità del requisito della "gravità" per la concessione di benefici alle persone che assistono soggetti disabili: Corte Cost., 26 gennaio 2009, n. 19; Corte Cost., 18 luglio 2013, n. 203; Corte Cost., 23 settembre 2016, n. 213. Dello stesso avviso, Cass., 5 aprile 2013, n. 8435; Cass., 18 dicembre 2013, n. 28320; Cass., 15 gennaio 2014, n. 688; Cass., 22 dicembre 2014, n. 27232. Inoltre, si veda anche la circ. INPS 1° marzo 2011, n. 45, punto 3, secondo la quale «La condizione prioritaria ed essenziale per accedere ai permessi retribuiti è che il soggetto disabile sia in possesso della certificazione di disabilità (verbale di accertamento) con connotazione di gravità (art. 3 comma 3 della legge 104/1992)».

decisione originaria, risolvendo la questione dirimente a favore dell'Amministrazione.

Le argomentazioni utilizzate rivestono, con ogni evidenza, un rilievo che trascende i confini del singolo caso deciso. Esse ci restituiscono, infatti, un quadro articolato e sufficientemente composito degli interventi normativi interni e sovranazionali a sostegno delle persone disabili, la cui tutela passa anche dal riconoscimento di diritti⁴ a coloro che se ne prendono cura e assistenza⁵, secondo una logica universale⁶ di *welfare* integrato tra lavoro e solidarietà sociale⁷.

2. *La disciplina del lavoro notturno nel sistema delle fonti nazionali e sovranazionali*

Nel tentativo di ricostruire organicamente i profili normativi della disciplina, il Consiglio di Stato passa primariamente in rassegna la disciplina del lavoro notturno, rammentando che “la *ratio* del ricorso ad articolazioni dell'orario lavorativo durante la fascia notturna è riconducibile a esigenze di competitività ovvero di efficienza del servizio erogato”.

Non si tratta, però, di esigenze “incondizionate” dell'Amministrazione, ma che richiedono, come nel caso di specie, la ricerca di un ideale equilibrio con quelle, contrapposte, di tutela della salute del lavoratore, mediante l'impiego di adeguate politiche e strumenti normativi in grado di combinare gli interessi antagonisti in gioco. L'organizzazione del lavoro deve essere infatti

⁴C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 13-14: «Il “riconoscimento” e la “garanzia” dei diritti dei disabili (art. 2 Cost.), per il conseguimento di quella “pari dignità sociale” (art. 3 al. Cost.) che consente il “pieno sviluppo della persona umana” (art. 3 cpv. Cost.) trovano un saldo fondamento in quel parametro espansivo offerto dalla Costituzione e rappresentato dalla pienezza dello sviluppo della persona. Attraverso l'espansività del suddetto parametro costituzionale (..) a venire in evidenza è proprio il riconoscimento in favore dei cc.dd. soggetti deboli – quali appunto le persone con disabilità – di quei diritti alla riduzione delle disuguaglianze, condizione imprescindibile “per realizzare il loro diritto ad avere pari opportunità”».

⁵S. BARUTTI, S. CAZZANTI, *L'assistenza alle persone non autosufficienti. La funzione di cura tra forme di tutela esistenti e nuove prospettive*, in *Lav. dir.*, 2010, 267.

⁶F. FURLAN, *La tutela costituzionale del cittadino portatore di handicap*, in C. CATTANEO (a cura di), *Terzo settore, statualità e solidarietà sociale*, Giuffrè, Milano, 2001, 257, in quale rileva che «i problemi dei disabili sono i problemi dell'intera collettività».

⁷V. LAMONACA, *Le agevolazioni ed i limiti al trasferimento dei lavoratori che prestano assistenza ai disabili gravi*, in *Lav. giur.*, 2014, 1052.

a “misura” della persona⁸, per una piena ed effettiva valorizzazione dei tempi di lavoro e di riposo⁹, nonché per la salvaguardia dei suoi diritti fondamentali¹⁰.

In questa prospettiva, ben si comprende l’importanza di una normativa *ad hoc* in tema di lavoro notturno, considerata la maggiore gravosità della prestazione lavorativa rispetto alla normalità¹¹.

Le definizioni di periodo notturno e di lavoratore notturno si rintracciano in ambito sia nazionale sia europeo¹². Il “periodo notturno” è considerato come un qualsiasi periodo svolto in un arco temporale di almeno sette ore consecutive, comprendente, in ogni caso, l’intervallo fra la mezzanotte e le cinque del mattino¹³, mentre il “lavoratore notturno” è colui che svolge durante il periodo notturno, in via non eccezionale, almeno tre ore del suo tempo di lavoro giornaliero o colui che svolge, sempre in via non eccezionale¹⁴, almeno una parte del suo orario normale durante il periodo notturno secondo le norme de-

⁸ Si veda l’art. 13 della direttiva 2003/88/CE: «(...) il datore di lavoro che prevede di organizzare il lavoro secondo un certo ritmo tenga conto del principio generale di adeguamento del lavoro all’essere umano, segnatamente per accentuare il lavoro monotono e ripetitivo, a seconda del tipo di attività e delle esigenze in materia di sicurezza e salute, in particolare per quanto riguarda le pause durante l’orario di lavoro».

⁹ Sul punto, S. BELLOMO, A. MARESCA, *Tempi di lavoro e di riposo*, Sapienza University Press, Roma, 2022.

¹⁰ L. MONTUSCHI, *Aspettando la riforma: riflessioni sulla legge n. 229 del 2003 per il riassetto in materia di sicurezza sul lavoro*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, 1199.

¹¹ M. DELFINO, *Il lavoro notturno e a turni fra problemi teorici e questioni applicative*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 55.

¹² Si fa riferimento al d.lgs. n. 532/1999, che alla luce dei contenuti della direttiva comunitaria 93/104/CE fornisce la definizione generale di lavoro e lavoratore notturno. Tale definizione è stata successivamente ripresa dall’art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 112/2008, convertito dalla legge n. 133/2008, di attuazione sia della direttiva 93/104/CE sia della direttiva 2000/34/CE, concernenti taluni aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro, poi codificate nella direttiva 2003/88/CE.

¹³ Sul punto, si è osservato che l’art. 1, comma 2, lett. d), d.lgs. n. 66/2003 rimetta l’esatta collocazione del lavoro notturno alla libera determinazione del datore di lavoro. Si veda, a tal proposito, G. BOLEGO, *Finalità e definizioni*, in V. LECCESE (a cura di), *L’orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, Milano, 2004, 83.

¹⁴ Nello stesso senso, la circolare del Ministero del Lavoro n. 13/2000 ha chiarito che è lavoro notturno quello svolto almeno tra le ore 22 e le ore 5, tra le ore 23 e le ore 6, tra le ore 24 e le ore 7, stabilendo espressamente che il prestatore di lavoro notturno deve svolgere le proprie mansioni di notte in via ordinaria, escludendo, quindi, il carattere di eccezionalità della prestazione.

finite dai contratti collettivi di lavoro¹⁵. In mancanza di specifica disciplina collettiva¹⁶, è considerato lavoratore notturno chiunque svolga almeno tre ore di lavoro notturno per un minimo di ottanta giorni all'anno¹⁷. Tale limite minimo è riproporzionato in caso di lavoro a tempo parziale¹⁸.

Una regolamentazione specifica del lavoro notturno è inoltre prevista per particolari categorie di lavoratori, che necessitano di maggiore e adeguata tutela da parte dell'ordinamento: i minori, le lavoratrici madri e i lavoratori padri, nonché, come nel caso di specie, i lavoratori che assistono familiari con disabilità.

Il diritto a non essere utilizzati in turni notturni, ovvero la facoltà di chiedere di essere esonerati dagli stressi, è disciplinato in due diversi apparati normativi, che hanno mantenuto nel tempo la propria autonomia, in ragione della diversità dell'oggetto delle tutele. Infatti, sia il d.lgs. n. 151/2001 sia il d.lgs. n. 66/2003¹⁹ prevedono da un lato un generalizzato divieto di prestare lavoro notturno per alcune categorie di lavoratori²⁰, da un altro lato introducono una

¹⁵ Si ritiene che tale rappresenti due diverse tipologie di lavoratori notturni: il lavoratore notturno "verticale" e il lavoratore notturno "orizzontale". Tale interpretazione è di G. BOLEGO, *op. cit.*, 83.

¹⁶ Un ruolo di primissimo piano è attribuito alla contrattazione collettiva, che, integrando la legge, potrebbe stabilire condizioni sia di miglior favore sia peggiorative rispetto al limite degli ottanta giorni lavorativi l'anno. Sul punto, U. CARABELLI, V. LECCESE, *Il d.lgs. n. 66/2003, di attuazione delle direttive in materia di orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in V. LECCESE (a cura di), *op. cit.*, 53; V. FERRANTE, *La disciplina del lavoro notturno*, in *Nuove legg. civ. comm.*, 2000, 3-4, 547.

¹⁷ Discipline speciali e differenziate sono previste per particolari categorie di lavoratori in base al contratto collettivo nazionale di riferimento.

¹⁸ Art. 1, comma 2, lett. e), d.lgs. n. 66/2003.

¹⁹ Si considera che il d.lgs. n. 66/2003 esclude dal suo campo di applicazione alcuni settori, tra i quali quelli delle forze armate o di polizia, il lavoro della gente di mare, del personale di volo nell'aviazione civile, dei lavoratori mobili, del personale scolastico e dei servizi pubblici di cui all'art. 2, comma 2, in presenza di particolari esigenze inerenti allo svolgimento di quei servizi o di ragioni connesse ai servizi di protezione civile.

²⁰ L'art. 11, comma 2, del d.lgs. n. 66/2003, oltre a prevedere un inderogabile divieto di lavoro notturno per determinate categorie di lavoratori, evidenzia, inoltre, il superamento dell'originaria disciplina limitativa dell'accesso al lavoro notturno applicabile solo alle donne. Infatti, la nota sentenza *Stoeckel* aveva ritenuto tale principio, riconosciuto in altri ordinamenti nazionali, discriminatorio, condannando l'Italia per inadempimento alle disposizioni dell'art. 5 della direttiva n. 76/207/Cee in materia di parità di trattamento fra uomini e donne e generando, pertanto, un vivace dibattito in dottrina. Sul punto, M. BARBERA, *Tutto a posto, niente in ordine: il caso del lavoro notturno delle donne*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, 301 ss.; S. SCIARRA, *Integrazione dinamica tra fonti nazionali e comunitarie: il caso del lavoro notturno delle don-*

deroga a tale principio, rimettendo tale scelta alla libera determinazione del diretto interessato.

Nell'ambito della prima categoria, entrambe le normative stabiliscono il divieto assoluto di svolgimento dal lavoro notturno, nel periodo tra le ore 24 e le ore 6, per le donne in gravidanza nonché per le madri fino al compimento di un anno di età del bambino²¹. La seconda categoria, invece, prevede che non sono obbligati a svolgere attività lavorativa²² nel periodo notturno²³: le lavoratrici madri di un figlio di età inferiore ai tre anni o, in alternativa, i lavoratori padri conviventi con la stessa, i genitori unici affidatari di minori di anni dodici²⁴, i genitori adottivi o affidatari di un minore, nei primi tre anni dall'ingresso del minore in famiglia e comunque non oltre il raggiungimento dei dodici anni di età da parte di quest'ultimo²⁵, nonché "la lavoratrice o il lavoratore che abbia a proprio carico persone con disabilità ai sensi della legge n. 104/1992"²⁶.

ne, in *Dir. lav.*, 1995, 152 ss.; E. TARQUINI, *Il principio di parità retributiva tra discipline protettive e divieti di discriminazione*, in *Lav. dir. Eur.*, 2019, 3, 4-5.

²¹ A titolo ulteriore, l'art. 10 del d.lgs. n. 345/999 prevede un inderogabile divieto di prestare lavoro notturno anche per i minori, intendendo con il termine "notte" un periodo di almeno dodici ore consecutive comprendente l'intervallo tra le ore 22 e le ore 6 o tra le ore 23 e le ore 7. Si veda, L. PUNTIN, *Lavoro notturno: normativa italiana, disciplina comunitaria e contrattazione collettiva*, in *Lav. giur.*, 2000, 3, 227.

²² M. BARBERA, *op. cit.*, 311, ritiene che la disposizione configuri un vero e proprio "diritto di esenzione dal lavoro notturno".

²³ L'art. 18-bis del d.lgs. n. 66/2003, introdotto dal d.lgs. n. 213/2004, prevede che, sia in caso di violazione del divieto di adibire le donne al lavoro, dalle ore 24 alle ore 6, dall'accertamento dello stato di gravidanza sino al compimento di un anno di età del bambino, sia in caso di adibizione al lavoro notturno nonostante il dissenso espresso in forma scritta e comunicato al datore di lavoro entro ventiquattro ore anteriore al previsto inizio della prestazione, la legge applica la sanzione dell'arresto da due a quattro mesi o l'ammenda da 516 euro a 2.582 euro. Il ministero del Lavoro, con la circolare n. 8/2005, punto 19, evidenzia, inoltre, che, affinché vi sia violazione della previsione normativa, il datore di lavoro deve essere a conoscenza della condizione soggettiva del lavoratore che fa scattare il divieto.

²⁴ In caso di affidamento condiviso tra i due genitori, entrambi possono beneficiare dell'esenzione dal lavoro notturno nei periodi di convivenza con il figlio o la figlia.

²⁵ Il d.lgs. n. 80/2015, emanato in attuazione della legge n. 183/2014, ha modificato, per il tramite dell'art. 11, l'art. 53, comma 2, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, e, mediante l'art. 22, l'art. 11, comma 2, del d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, estendendo le tutele sul lavoro notturno alle famiglie adottive e affidatarie che altrimenti rischiavano di essere discriminate.

²⁶ Dizione mutuata alla lettera dall'art. 5, comma 2, lett. c) della previgente legge 9 dicembre 1977, n. 903, sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro.

3. La tutela diretta e indiretta del disabile

La possibilità di non essere adibiti a turni notturni in caso di assistenza a un soggetto disabile rappresenta uno degli strumenti di tutela rinvenuti nell'attuale assetto normativo, fondato sia sulla capacità di rispondere alle sempre maggiori istanze di conciliazione tra vita professionale e vita familiare, sia sul riconoscimento delle relazioni di solidarietà interpersonale²⁷.

Il primo aspetto, recentemente rivisitato con il d.lgs. n. 105/2022²⁸, costituisce il “punto di approdo” del progressivo ampliamento degli istituti che tutelano il bene “tempo”²⁹ da dedicare alla cura e all'educazione dei figli, consentendo una maggiore programmabilità del tempo libero³⁰, “restituito ad una sfera di autodeterminazione del lavoratore”³¹, anche mediante la promozione di modalità lavorative agili nel rispetto del principio di parità di genere³².

Il secondo aspetto costituisce il cuore della pronuncia, dal momento che esprime una diretta manifestazione del regime protettivo delineato dalla legge n. 104/1992. La normativa quadro in materia di assistenza e protezione dei soggetti portatori di *handicap* contempla, infatti, tutele dirette e indirette di tipo economico e normativo riconosciute al lavoratore disabile³³, a chi lo assume e a chi garantisce una sua assistenza, tutte misure riconducibili al generale

²⁷ A.R. TINTI, *Conciliazione e misure di sostegno. Sulle azioni positive di cui all'art. 9 della legge n. 53/2000*, in *Lav. dir.*, 2009, 173: «La conciliazione è un diritto alla parità di trattamento, alla promozione di pari opportunità occupazionali, alla possibilità di dedicare tempo a compiti di cura familiare e, specularmente, diritto a ricevere cura».

²⁸ Il d.lgs. n. 105/2022, di attuazione della direttiva 2019/1158 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio.

²⁹ Per un approfondimento del tempo nel sistema giuridico v. E.GRAGNOLI, *Tempo e contratto di lavoro subordinato*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, 439 ss.

³⁰ L'importanza del “tempo libero” nel lavoro era già stata sottolineata da A. OCCHINO, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010.

³¹ In questi termini, C. CESTER, *Lavoro e tempo libero nell'esperienza giuridica*, in *Quaderni dir. lav. rel. ind.*, 1995, 7, 10.

³² La modifica introdotta dal d.lgs. n. 105/2022 si pone nel solco dei numerosi tentativi europei di promozione della conciliazione delle esigenze familiari e professionali nella prospettiva della parità di genere (v. artt. 16 e 27 della Carta sociale Europea; Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2013 sull'eliminazione degli stereotipi di genere nell'Unione Europea; Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2016 sulla creazione di condizioni del mercato di lavoro favorevoli all'equilibrio tra vita privata e vita professionale).

³³ V. LAMONACA, *Le agevolazioni per l'assistenza ai disabili gravi: le assenze dal lavoro (permessi e congedi)*, in *Lav. giur.*, 2014, 955.

principio di inclusione sociale delle persone disabili previsto espressamente dall'art. 38 Cost.³⁴.

L'accesso a tali strumenti è subordinato al riconoscimento in capo al soggetto assistito non solo dello stato di disabilità, ai sensi dell'art. 3, legge n. 104/1992³⁵, ma soprattutto della connotazione di gravità, ai sensi del combinato disposto dell'art. 3, comma 3³⁶ e dell'art. 33 della medesima legge.

Il catalogo delle agevolazioni lavorative per la tutela dei disabili è stato oggetto di continue modifiche e integrazioni, anche sulla scorta di diverse pronunce della Corte costituzionale³⁷, che hanno contribuito a delineare in maniera più nitida il suo perimetro applicativo. Il segno più tangibile dell'azione legislativa in materia di benefici spettanti per l'assistenza a persone con disabilità grave è rappresentato dalle novità introdotte dalla legge n. 183/2010³⁸ e dal successivo d.lgs. n. 119/2011, le quali hanno portato al progressivo ampliamento della platea dei soggetti aventi diritto, nonché al superamento dei requisiti della continuità³⁹ ed "esclusività"⁴⁰ dell'assistenza⁴¹ e all'introdu-

³⁴C. COLAPIETRO, *L'inclusione sociale delle persone con disabilità: un imperativo costituzionale*, in *Noprofit*, 2, 2011, 2 ss.

³⁵L'art. 3, comma 1, legge n. 104/1992, definisce la persona handicappata come chi "presenta minorazione fisica, psichica e sensoriale, stabilizzata o progressiva, causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione".

³⁶L'art. 3, comma 3, stabilisce che vi è una situazione di grave handicap, cui consegue la priorità nei programmi e negli interventi dei servizi pubblici, quando «la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione".

³⁷Corte Cost., 8 giugno 2005, n. 233; Corte Cost., 18 aprile 2007, n. 158; Corte Cost., 26 gennaio 2019, n. 19, relativa all'art. 42, d.lgs. n. 151/2001; Corte Cost., 23 settembre 2016, n. 2013, tutte in *dejure.it*.

³⁸E. VILLA, *Permessi per assistenza ai disabili in condizioni di gravità*, in M. MISCIONE, D. GAROFALO (a cura di), *Il collegato lavoro 2010. Commentario alla legge n. 183/2010*, Ipsos, Milano, 2011, 1015 ss.

³⁹Prima dell'intervento della legge n. 183/2010, si veda circ. INPS n. 133/2000, secondo cui il requisito della continuità «consiste nell'effettiva assistenza del soggetto handicappato, per le sue necessità quotidiane, da parte del lavoratore, genitore o parente del soggetto stesso, per il quale vengono richiesti i giorni di permesso. Pertanto, la continuità di assistenza non è individuabile nei casi di oggettiva lontananza delle abitazioni, lontananza da considerare non necessariamente in senso spaziale, ma anche soltanto semplicemente temporale».

⁴⁰Sul significato della esclusività, sempre secondo circ. INPS n. 133/2000, essa andava «intesa nel senso che il lavoratore richiedente i permessi deve essere l'unico soggetto che presta assistenza alla persona handicappata: la esclusività stessa non può perciò considerarsi rea-

zione del c.d. “referente unico”⁴², recentemente eliminato a seguito del richiamato d.lgs. n. 105/2022.

Questi interventi – come sottolinea il Consiglio di Stato nel proprio provvedimento – sono andati ad “incidere sempre sulle corrispondenti norme sia della legge n. 104/1992 che del d.lgs. n. 151/2001, senza che ci si sia mai preoccupati di un’effettiva armonizzazione, sì da evitare lacune e difetti di coordinamento, finanche a livello terminologico”.

4. La decisione del Consiglio di Stato

Tale intreccio normativo, non brillando pertanto per chiarezza espositiva e presentando non pochi elementi di ambiguità, incontra un forte elemento di criticità proprio con riferimento alla possibilità di esonero dal lavoro notturno accordata al lavoratore *caregiver*⁴³: la connotazione di gravità del soggetto as-

lizzata 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 handicappato, ovvero soggetti non lavoratori in grado di assisterlo».

⁴¹ Cfr. Circolare INPS, 3 dicembre 2010, n. 155; Circolare Dip. Funzione Pubblica, 6 dicembre 2010, n. 13. Sul punto, P.A. DE SANTIS, *Sui presupposti di esclusività e continuità dei permessi parentali di cui all’art. 33, l. n. 104 del 1992*, in *Giur. mer.*, 2008, 2532; O. BONARDI, *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, 780 ss.; G. DE SIMONE, *I confini giuslavoristici dell’assistenza familiare alla persona gravemente disabile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 842 ss.

⁴² C. GAROFALO, *I congedi per l’assistenza ai figli e per la cura ai disabili: la funzionalizzazione dei diritti*, in *Lav. giur.*, 2018, 821.

⁴³ L’art. 1, comma 255, della legge n. 205/2017, nota anche come Legge di Bilancio 2018, ha riconosciuto ufficialmente il profilo del *caregiver* familiare come la persona che assiste e si prende cura «del coniuge, dell’altra parte dell’unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall’articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell’articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della legge 11 febbraio 1980, n. 18». Si tratta di un passo importante nel riconoscimento della figura del *caregiver*, finora, comunque, formale più che sostanziale. La normativa richiede un completamento con una definizione più puntuale dei diritti fondamentali di una persona che si ritrova a ricoprire il ruolo di *caregiver*. Un contributo, a tal fine, giunge dalla direttiva 2019/1158, che identifica il prestatore di assistenza come chi fornisce assistenza o sostegno personale a un familiare o a una perso-

sistito, requisito rinveniente solo nella legge n. 104/1992 e non nel d.lgs. n. 151/2001.

È proprio la diversa formulazione delle disposizioni richiamate a costituire motivo di ricorso in appello. Infatti, se da un lato il Ministero dell'Interno, contestando l'*iter* logico-argomentativo seguito in primo grado, ritiene che il combinato disposto della previsione di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 151/2001 e del quadro sistematico che si evince dalla legge n. 104 del 1992 implichi necessariamente la gravità della condizione della persona che si deve assistere⁴⁴, da un altro lato la difesa, a supporto della sua tesi, richiama la giurisprudenza, da ultimo anche del Consiglio di Stato⁴⁵, confermativa dell'orientamento espresso dal Tribunale amministrativo⁴⁶.

na convivente che «necessita di notevole assistenza o sostegno a causa di condizioni di salute gravi».

⁴⁴ Tale interpretazione, secondo l'amministrazione appellante, avrebbe trovato da tempo conferma nella circolare n. 90 del 23 maggio 2007 dell'INPS e nella risoluzione del 6 febbraio 2009, con la quale il Ministero del Lavoro ha fornito risposta all'interpello n. 4/2009 di Confindustria avente ad oggetto proprio l'esatta accezione da attribuire alla dicitura «a proprio carico» utilizzata nel Testo unico del 2001 con riferimento al rapporto tra lavoratore e disabile. Inoltre, nel silenzio del Dipartimento della Funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che non ha invece inteso esprimersi in merito, benché formalmente richiesto, tale sarebbe la lettura delle norme unanimemente in uso tra le forze di polizia, come documentato dalla circolare del 3 gennaio 2011 del Comando Generale della Guardia di finanza e dalle Linee guida dello Stato Maggiore della Difesa, edizione 2017, in materia di pari opportunità, tutela della famiglia e della genitorialità.

⁴⁵ Cfr. TAR per la Campania, sez. VI, 1 febbraio 2019, n. 540, riferita a personale militare, per il quale trovava applicazione *ratione temporis* l'identica disposizione contenuta nell'art. 17 del d.P.R. 16 aprile 2009, n. 52, recante il recepimento del provvedimento di concertazione per le Forze armate, integrativo del decreto del Presidente della Repubblica 11 settembre 2007, n. 171, relativo al quadriennio normativo 2006-2009 e al biennio economico 2006-2007; TAR per la Campania, sez. VI, 10 dicembre 2021, n. 7962, avverso la quale è pendente appello; Cons. Stato, sez. IV, ordinanza cautelare 13 novembre 2020, n. 6596, ove si afferma che «la normativa, art. 53 del d.lgs. 26 marzo 2001 n.151 e art. 17 del d.P.R. 2009 n.52, non prevede che per avere l'esonero dai turni notturni il disabile che si assiste debba essere anche un disabile in condizione di gravità ai sensi dell'art. 3 comma 3 della legge 5 febbraio 1992 n.104».

⁴⁶ Cfr., inoltre, la sentenza n. 2216 del 18 settembre 2016 del Tribunale di Milano, secondo cui «negli stessi termini si è anche espressa, di recente, la giurisprudenza amministrativa, secondo cui l'interpretazione fornita dall'amministrazione intimata nel richiedere che l'handicap del disabile presenti connotazione di gravità finisce con attribuire una valenza additiva alla normativa in esame introducendo surrettiziamente un requisito non richiesto peraltro in una materia, come quella della tutela dei diritti dei disabili, coperta da garanzie costituzionali, che non tollera elisioni nell'ambito della tutela garantita dal legislatore se non nell'ambito di quanto esplicitamente tipizzato».

In questa prospettiva, il lavoratore sostiene che l'art. 53, comma 3, del d.lgs. n. 151/2001 sarebbe stato recepito in tutti gli accordi sindacali per il personale non dirigente delle Forze di polizia ad ordinamento civile e militare succedutisi dal 1999 ad oggi, da ultimo nell'art. 18, comma 1, lettera f) del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2009, n. 51.

Tale disposizione stabilisce espressamente che «oltre a quanto previsto dal decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, al personale delle forze di polizia ad ordinamento civile si applicano le seguenti disposizioni: (...) esonero, a domanda, dal turno notturno per i dipendenti che abbiano a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104⁴⁷». Identico contenuto si ritrova, peraltro, all'art. 41, comma 1, lett. f), rubricato “Tutela delle lavoratrici madre”, relativa al personale delle forze di polizia ad ordinamento militare.

L'interpretazione letterale della normativa richiamata, suffragata dalla considerazione secondo la quale per i pubblici dipendenti il cui rapporto di lavoro è regolato dal c.d. regime pubblicistico i contratti collettivi nazionali di lavoro vengono recepiti nell'ordinamento positivo mediante decreti del Presidente della Repubblica, rende evidente come la disposizione da applicare non sia il solo art. 53, comma 3, d.lgs. n. 151/2001, ma anche l'art. 18 del d.P.R. n. 51/2009, come dimostra, peraltro, l'espressione “oltre a quanto previsto dal d.lgs. n. 151/2001” contenuta nell'*incipit* del decreto.

Tali argomentazioni, però, per quanto sufficientemente articolate, finiscono per scontrarsi con la decisione del Consiglio di Stato, secondo cui: «il più volte citato art. 53, comma 3, del d.lgs. n. 151/2001 non possa essere letto in maniera avulsa dal contesto normativo nel quale si inserisce, ovvero nell'ambito del regime delle tutele della genitorialità, all'interno del quale sono state innestate misure per i prestatori di assistenza ad un disabile, anche non genitori. L'infelice formulazione della norma che non si è data cura di inserirvi l'esplicito richiamo al requisito della gravità, presente invece nell'art. 42 del medesimo Testo unico con riferimento all'istituto del congedo, non può certo risolversi nel generalizzato riconoscimento della fruizione del beneficio in relazione all'assistenza di un invalido purché sia, in assenza peraltro di qualsiv-

⁴⁷ In termini diversi, il vigente art. 24 del d.P.R. 20 aprile 2022, n. 57, di recepimento dell'accordo sindacale per il personale non dirigente delle Forze di polizia ad ordinamento civile e del provvedimento di concertazione (...), secondo il quale “oltre a quanto previsto dal decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, al personale delle forze di polizia ad ordinamento civile si applicano le seguenti disposizioni: (...) esonero, a domanda, dal turno notturno per i dipendenti che abbiano a proprio carico un soggetto disabile per il quale risultano già godere delle agevolazioni previste dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104”.

glia disciplina giuridica aggiuntiva (si pensi alla necessità della convivenza), comunque desumibile dal richiamo alla l. n. 104/1992 nel suo complesso, seppure nel caso di specie sussistente, essendo stato l'esonero richiesto per accudire la moglie del lavoratore, riconosciuta portatrice di handicap alcuni anni prima in quanto sottoposta ad intervento chirurgico per asportazione di carcinoma mammario, in attuale terapia ormonale».

Inoltre, una tale ricostruzione porterebbe inevitabilmente a «operare una sorta di indebita addizione interpolativa nel testo della norma in controversia, siccome affermato dal primo giudice (...), laddove al contrario la lettura suggerita, oltre che irrazionale sul piano della coerenza di sistema, si paleserebbe, essa sì, indebitamente soppressiva di un'indicazione chiaramente fornita dal legislatore e non suscettibile di ignoranza da parte dell'interprete. Con ciò addivenendo anche alla conclusione – invero paradossale – che ai fini dell'ottenimento di un permesso orario, mensile, di un congedo e perfino della priorità nell'accesso al lavoro agile o ad altre forme di lavoro flessibile il lavoratore richiedente deve motivare avuto riguardo all'assistenza di una persona con disabilità in situazione di gravità, mentre ciò non sarebbe necessario in caso di richiesta di esonero dal servizio notturno».

Altro profilo interessante della pronuncia riguarda l'esatta interpretazione da attribuire alla dicitura “a proprio carico” riferita al soggetto disabile da assistere per il quale si chiede l'esonero dal lavoro notturno. In questa prospettiva, si rivelano particolarmente efficaci i riferimenti normativi introdotti nel giudizio di appello dal Ministero dell'Interno: la circolare n. 90 del 23 maggio 2007 nell'INPS⁴⁸ e la risoluzione del 6 febbraio 2009, con la quale il Ministero del lavoro ha fornito risposta all'interpello n. 4/2009 di Confindustria⁴⁹.

In particolare, il Ministero del Lavoro rappresenta che il disabile debba essere considerato «a proprio carico» ai fini della concessione delle agevolazioni lavorative, tra le quali l'astensione dal lavoro notturno, quando riceva un'effettiva assistenza da parte della lavoratrice o del lavoratore, da inten-

⁴⁸ L'INPS, con la circolare n. 90 del 23 maggio 2007, ha sottolineato la necessità, sulla scorta di orientamenti ormai consolidati della giurisprudenza, di provvedere ad una rivisitazione e un adeguamento dei criteri adottati in merito all'accertamento dei requisiti della continuità e dell'esclusività dell'assistenza offerta dal lavoratore alla persona con disabilità grave per la concessione dei benefici riconosciuti dalla legge n. 104/1992.

⁴⁹ La Confindustria ha avanzato istanza di interpello n. 4/2009 per conoscere il parere dell'Amministrazione in merito alla corretta interpretazione dell'art. 11, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 66/2003, secondo il quale sono esonerati dal lavoro notturno, fra l'altro, “la lavoratrice o il lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e successive modificazioni”.

dersi secondo le indicazioni fornite dalla circolare INPS del 23 maggio 2007, n. 90: l'assistenza «non (deve) essere necessariamente quotidiana, purché assuma i caratteri della sistematicità e dell'adeguatezza rispetto alle concrete esigenze della persona con disabilità in situazione di gravità». Pertanto, «solo il soggetto che risulti già godere dei benefici della L. n. 104/1992 – o possederne i requisiti per goderne – secondo gli attuali criteri normativi e giurisprudenziali richiamati potrà richiedere l'esonero dalla prestazione dal lavoro notturno».

Il Consiglio di Stato, aderendo a tale interpretazione, perviene, dunque, alla considerazione che la c.d. “vivenza a carico” non possa essere in alcun modo assorbita nel concetto di “fiscalmente a carico”, ma debba essere interpretata, in coerenza con la legge, dando rilievo non al fatto che il lavoratore sia tenuto al mantenimento del disabile, ma al fatto che abbia compiti di assistenza nei suoi confronti ai sensi della legge n. 104/1992.

Tale situazione si verifica esclusivamente in presenza del requisito di gravità della persona con *handicap*. Se così non fosse, ovvero se il disabile fosse comunque in grado di provvedere a se stesso, l'esonero dal lavoro notturno del *caregiver* si trasformerebbe in una sorta di “privilegio automatico” tale da comportare una grave discriminazione nei confronti degli altri lavoratori.

5. Conclusioni

Il caso di specie mostra, con tutta evidenza, la complessità dell'interesse protetto, giustificando l'obbligo a carico del datore di lavoro di assecondare la richiesta del proprio dipendente solo laddove questa sia funzionale alla necessità di assistenza di un soggetto disabile in condizioni di gravità, ai sensi della legge n. 104/1992. L'obbligo, dunque, non può essere inteso in senso assoluto e le esigenze di buon andamento della PA, che nel caso di specie si traducono nella effettività del presidio del territorio cui gli organi di polizia sono preposti, non possono essere sempre soccombenti rispetto ad un'accezione di tutela del disabile a così ampio spettro, tale da prescindere dalle sue “effettive” esigenze di aiuto e supporto.

Se da un lato, dunque, il percorso tracciato dal Consiglio di Stato appare condivisibile, considerato che «anche la più recente legislazione in materia di assistenza ai disabili, nel riconoscere e delineare normativamente la figura del *caregiver* (art. 1, commi 254-256 della legge n. 205/2017, legge di bilancio 2018), ovvero colui/colei che, a titolo gratuito, si prende cura in modo significativo e continuativo di un congiunto, presuppone la non autosufficienza di

quest'ultimo a causa di una grave disabilità, individuata mediante rinvio ancora una volta all'art. 3, comma 3, della l. n. 104 del 1992», da un altro lato non può passare sotto traccia il recente e opposto orientamento della Corte di Cassazione.

Invero, l'ordinanza n. 12649/2023 offre l'occasione per procedere ad una diversa interpretazione e, quindi, applicazione della normativa in materia di esonero dall'obbligo di prestare lavoro notturno per i *caregiver*. La Suprema Corte ha infatti evidenziato che, ai fini della fruizione di tale beneficio, sia necessaria solo una relazione di assistenza tra lavoratore e disabile, che prescinde totalmente dalla dichiarazione di gravità dello stato di *handicap* di quest'ultimo.

Rigettando il ricorso di una società che si opponeva al riconoscimento del diritto all'esonero al lavoro notturno di un dipendente e per la quale andava accertata la gravità di handicap del familiare, i giudici rimandano dunque alla legge n. 104/1992, interpretata nel senso che non richiede la dichiarazione di gravità dello stato di handicap del disabile a carico del lavoratore, ai fini della possibilità di esonero dai turni notturni.

Secondo i Giudici di legittimità, l'essere "a carico" prescinde dal grado di invalidità da cui debba essere affetta la persona con *handicap*, essendo sufficiente una relazione di assistenza che deve evidentemente sussistere tra lavoratore e disabile.

A conferma di ciò, la sentenza sottolinea che, laddove il legislatore ha inteso subordinare la concessione di un beneficio alla circostanza che sussista una situazione di *handicap* con connotato di gravità, lo ha esplicitamente richiesto, come nel caso dei permessi giornalieri e mensili ovvero dei limiti al trasferimento.

La Cassazione si mostra allineata con quanto già stabilito dal Giudice di primo grado e dalla Corte d'Appello, che avevano accertato il diritto del lavoratore nei confronti della datrice di lavoro a non prestare lavoro notturno "sino a quando [...] avrà a suo carico la madre disabile ai sensi delle Legge n. 104 del 1992".

Si tratta – si legge nella decisione – di un esonero rimesso alla volontà del lavoratore che si trovi nelle condizioni elencate dalla legge.

La conclusione della Suprema Corte sarebbe avvalorata dal fatto che l'art. 3 della legge n. 104/1992 definisce sia la condizione di *handicap* (comma 1) sia quella di *handicap grave* (comma 3). Perciò, risulterebbe sufficiente, sulla base del solo dato testuale, presentare le menomazioni delineate dal suindicato comma 1 per essere già considerato in condizioni di disabilità.

Tale linea argomentativa chiaramente consente, dunque, alla Corte di af-

fermare che il diritto all'esonero dal lavoro notturno sia del tutto indipendente dal grado di disabilità, ritenendo assolutamente irrazionale che il beneficio medesimo possa essere subordinato all'assistenza da parte del lavoratore di un disabile in situazione di gravità *ex art. 3, comma 3, legge n. 104/1992*.

Dunque, a fronte di un complesso e sovrapponibile quadro delle tutele, sia dirette che indirette, accordabili a favore delle persone disabili, tale da generare evidenti incertezze normative, si ritiene assolutamente necessario individuare un orientamento giurisprudenziale univoco per la risoluzione di casi analoghi, improntato alla "ricerca del migliore diritto possibile"⁵⁰.

⁵⁰ Così L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967, 522.