

A.C.I. *IL DIRIGENTE*
Dott. SSA M. F. *CRABU*

Roma 21/06/2013
Protocollo P 12410/2013



N. 48 / 2013 Reg. Circolari

Consiglio Superiore della Magistratura

Nella risposta si prega di indicare il numero di protocollo di riferimento, nonché il medesimo oggetto contenuto nella presente nota.

Profess

M - DG		
Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Sassari - 09006400709 - Segr. Amm.		
N. <i>1626</i>		<i>21-06-2013</i>
GOR	CC	R.U.O.
Funzione <i>15</i>	Macroattività <i>1</i>	Attività
Fascicolo		Sottofascicolo

Al Dipartimento
dell'Organizzazione Giudiziaria
del Ministero della Giustizia
Direzione Generale dei Magistrati
ROMA

Ill.mo sig. Primo Presidente
della Corte di Cassazione
ROMA

Ill.mo sig. Procuratore Generale
della Repubblica presso
la Corte di Cassazione
ROMA

Ill.mo sig. Procuratore
Nazionale Antimafia
ROMA

Ill.mi sigg. Presidenti
delle Corti di Appello
LORO SEDI

Ill.mi sigg. Procuratori Generali
presso le Corti di Appello
LORO SEDI

Ill.mi sigg. Presidenti
dei Tribunali
LORO SEDI

Ill.mi sigg. Procuratori
della Repubblica presso
i Tribunali
LORO SEDI

Ill.mi sigg. Presidenti
dei Tribunali per i Minorenni
LORO SEDI

V° in Sassari, addì 21 GIU. 2013
L'AVVOCATO GENERALE



A.CI

Com	Roma	21/06/2013
	Protocollo	P 12410/2013



Ill.mi sigg. Procuratori
della Repubblica presso i
Tribunali per i Minorenni
LORO SEDI

Ill.mi sigg. Presidenti
dei Tribunali di Sorveglianza
LORO SEDI

Oggetto: Pratica num. 376/VV/2013 e 429/VV/2010. Risposta a quesito del Presidente del Tribunale di Napoli avente ad oggetto: "Riconoscimento della normativa e della giurisprudenza amministrativa ed ordinaria in materia di benefici previsti dalla legge n. 104/1992 e successive integrazioni e modifiche" - Conseguente modifica del par. 47.2 della Circolare in materia di organizzazione tabellare.

Comunico che il Consiglio Superiore della Magistratura, nella seduta del 19 giugno 2013, ha adottato la seguente delibera:

"1. Con nota pervenuta in data 1 marzo 2013 il Presidente del Tribunale di Napoli rappresentava quanto segue:

<< Il paragrafo 47.2 della vigente circolare consiliare sulle tabelle, prevede che ".....al magistrato portatore di handicap ai sensi dell'art. 21 L. n. 104/1992, nonché al magistrato che assista con continuità un familiare convivente ... debba essere accordata preferenza nella scelta tra sede centrale e sezioni distaccate..."

Nel rispetto di tale disposizione, in sede di attivazione delle procedure di concorso interno, in passato si disponeva che al magistrato nelle suddette condizioni, fosse data precedenza nella scelta soltanto in presenza della situazione di "convivenza" con il familiare portatore di handicap grave.

All'esito di un approfondito esame di specifiche osservazioni sulla materia e dell'intera normativa vigente, invece, è emersa una apparente situazione di contrasto tra il citato par. 47.2 della circolare consiliare e la normativa primaria di riferimento.

Come è noto, l'art. 33, comma 5, L. 5.2.1992, n. 104, nella sua versione originaria, disponeva che "il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, con lui convivente, ha diritto di scegliere, ove possibile la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio..."

L'art. 19 l. 8.03.2000 n. 53, al comma 5, invece, ha eliminato dalle norme il requisito della "convivenza" ed il successivo art. 20 ha precisato che le disposizioni dell'art. 33 della L. n. 104/92 si applicano ai genitori ed ai familiari lavoratori..., che assistono "con continuità ed in via esclusiva" un familiare portatore di handicap.

Tale disposizione ha ricevuto una ulteriore modifica ad opera della L. 4.11.2012 n. 183, che ha eliminato anche il requisito della "assistenza esclusiva e continuativa".

Al momento attuate, pertanto, nessuna normativa primaria prevede più l'obbligo di convivenza, l'esclusività e la continuità assistenziale.

L'Ufficio Studi del C.S.M., rispondendo ad una specifica richiesta di parere della Terza Commissione, "finalizzato alla ricognizione della normativa e della giurisprudenza amministrativa ed ordinaria in materia di benefici previsti dalla l. n. 104/1992", in data 14.5.2012 (con fasc. n. 169/2012) ha evaso la richiesta sollecitando il C.S.M. ad "adeguare la disciplina secondaria alle modifiche di legge intervenute negli anni 2000 e 2010, con riferimento ai soggetti legittimati, alla non necessità della convivenza ed ai requisiti dell'attività ed esclusività dell'attività prestata".

E' opinione dello scrivente che, anche se il C.S.M. non ha ancora provveduto a modificare la disciplina della circolare in materia di l. n. 104/1992 ed in attesa che ciò avvenga, il palese contrasto con la normativa primaria in precedenza richiamata non consenta di continuare ad applicare tale disciplina e costituisca un preciso obbligo di adeguarla alla normativa primaria.

Com	Roma	21/06/2013
	Protocollo	P12410/2013

A. Nell'espletamento delle procedure dei concorsi interni, pertanto già attualmente si applica il principio secondo cui al magistrato che assista con continuità un familiare anche se non convivente, ..., viene accordata preferenza nella scelta tra sede centrale e sezione distaccata, o tra diverse sezioni distaccate.

Si chiede, pertanto, a Codesto Spettabile Consiglio di esprimere il parere di competenza sulla scelta appena indicata e di valutare l'opportunità di modificare la vigente circolare in linea con le indicazioni fornite dall'Ufficio Studi e già applicate (sia pure in via temporanea e salvo ratifica del Consiglio) in questo Tribunale.>>

2. Alla luce della normativa primaria vigente e degli arresti giurisprudenziali in materia, può essere accolta la sollecitazione di modifica del paragrafo 47.2 della vigente Circolare in materia di organizzazione tabellare, che prevede che nella scelta tra sede centrale e sezioni distaccate o tra diverse sezioni distaccate debba essere accordata preferenza al magistrato che assista con continuità un familiare portatore di handicap grave ex lege n. 104/1992 solo nel caso di "convivenza" con tale soggetto.

Non va invece accolta la sollecitazione, pure fatta nella citata nota del Presidente del Tribunale di Napoli, di escludere la necessità anche del requisito della *esclusività* della assistenza, così come, peraltro, plurime volte affermato da questo Consiglio, anche in recenti delibere.

L'art. 33, comma 5, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 disponeva in origine che: "*Il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, con lui convivente, ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede*".

La disposizione fa parte della legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale ed i diritti delle persone handicappate, il cui complessivo disegno è fondato sull'esigenza di perseguire un evidente interesse nazionale, stringente ed infrazionabile, quale è quello di garantire in tutto il territorio nazionale un livello uniforme di realizzazione di diritti costituzionalmente fondamentali dei soggetti portatori di handicap.

Si è venuta così a realizzare una tutela del portatore di handicap destinata ad incidere in settori diversi, prevedendosi interventi di tipo sanitario ed assistenziale, forme concrete di integrazione scolastica e di inserimento nel campo della formazione professionale e nell'ambiente di lavoro, e contemplandosi altresì l'eliminazione di tutti quegli ostacoli (quali, ad es., le barriere architettoniche) che limitano il regolare dispiegarsi della vita di relazione per ledere - attraverso una non completa possibilità di esercizio di diritti costituzionalmente garantiti - la sua "persona".

Nell'ottica di piena soddisfazione delle indicate esigenze, va letto l'art. 33 della legge 104/1992 e, in particolare, il quinto comma di detto articolo, che trova la sua *ratio* nell'esigenza di evitare l'interruzione del rapporto assistenziale.

Il **requisito della "convivenza"** è stato eliminato dall'art. 19, comma 1, della legge 8 marzo 2000 n. 53 ("al comma 5, le parole: «, con lui convivente,» sono soppresse"), ma il successivo art. 20 ha precisato che "*Le disposizioni dell'art. 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104... si applicano... ai genitori ed ai familiari lavoratori, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assistono con continuità e in via esclusiva un parente o un affine entro il terzo grado portatore di handicap*".

Il Consiglio di Stato, con decisione della VI Sezione (sent. n. 3758 del 15 giugno 2010 - ud. del 18 maggio 2010), ha chiaramente definito i requisiti prescritti dalla legge ai fini del riconoscimento del beneficio in parola: il riconoscimento da parte dell'Asl dell'handicap in situazione di gravità dell'assistito; l'insussistenza di ricovero a tempo pieno del medesimo presso le apposite strutture; la relazione di parentela o affinità entro il terzo grado da parte dell'assistito stesso; la continuità dell'assistenza; l'inesistenza di altri parenti o affini che abbiano usufruito della medesima normativa o siano comunque in grado di sopperire alle esigenze del portatore di handicap; il gradimento del disabile all'assistenza da parte del richiedente.

<i>Com</i>	Roma	21/06/2013
	Protocollo	P12410/2013



A.CI

La disciplina della legge n. 104/1992, dunque, fonda la propria *ratio* sull'opportunità di garantire, in carenza di possibili alternative perseguibili, la protrazione del rapporto di assistenza al disabile da parte del parente magistrato, senza che, al contempo, possa configurarsi una situazione di vantaggio da conferirsi *ex se* allo stesso magistrato. Il vaglio, dunque, deve essere attento ed approfondito.

Si deve, quindi, ribadire che la previsione dell'inesistenza di altri soggetti in grado di prestare l'assistenza continuativa richiesta dalla condizione di portatore di handicap grave del parente o affine portatore di handicap (la cd. *esclusività assistenziale*, appunto) rappresenta una diretta conseguenza della previsione normativa primaria di cui all'art. 33 della legge 5.5.1992 n. 104 e ne costituisce la corretta interpretazione, anche successivamente alla modifica normativa di cui alla legge 8 marzo 2000, n. 53, che ha eliminato il precedente requisito della convivenza con il parente o affine portatore di handicap, attualmente non più necessaria.

Tale interpretazione non risulta essere superata dalle modifiche recentemente introdotte dall'articolo 24, comma 3, della legge 4 novembre 2010, n. 183, in vigore dal 24 novembre 2010, che ha modificato gli articoli 20 e 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104.

Infatti, la soppressione del periodo contenuto nell'articolo 20 della legge 5 febbraio 1992, n. 104 [nonchè ai genitori ed ai familiari lavoratori, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assistono con continuità e in via esclusiva un parente o un affine entro il terzo grado portatore di handicap, ancorchè non convivente] attiene ad una disposizione che disciplina l'estensione delle agevolazioni per l'assistenza a portatori di handicap di cui all'art. 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ora puntualmente disciplinate nel nuovo testo di legge; mentre l'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992 n. 104, nella sua formulazione attuale ed innovata, ha ulteriormente precisato i contenuti del diritto in relazione al grado di parentela, riconoscendone espressamente la fruibilità a un solo lavoratore dipendente per la stessa persona con handicap in situazione di gravità, essendo l'intento del legislatore quello di razionalizzare i presupposti e l'utilizzo della disciplina di tutela delle persone con handicap, contrastando ogni forma di abuso (l'alternanza nella fruizione del permesso è prevista soltanto per i genitori, anche adottivi, che assistano lo stesso figlio con handicap in situazione di gravità).

La giurisprudenza del Consiglio di Stato viene in ausilio dell'interprete, laddove ha chiarito di recente e sotto il vigore della nuova normativa (cfr. sent. n. 8527 del 3.12.2010 Sez. IV) che l'art.33 co.5 della L. n.104 del 1992 "*...va letta ed applicata con il giusto rigore che consenta di conciliare i contrapposti interessi pubblici e privati in essa coinvolti ed eviti i consueti e ripetuti abusi del diritto da essa riconosciuto...*". Ancora, con sentenza n.1430 del 14.4.2012 della Sez.IV del Consiglio di Stato, si è affermato, nell'accogliere l'appello proposto dal C.S.M. in contenzioso relativo alla graduatoria definitiva per l'assegnazione delle sedi ai magistrati ordinari, che "*...anche valutate le modifiche introdotte dalla L.n.183/2010 alla L.n.104/1992 – non può prescindere dalla valutazione della esistenza di ulteriori familiari potenzialmente idonei ad assicurare assistenza*".

3. – Alla luce di quanto sopra rappresentato, va disposta la modifica, mediante soppressione della parola "*convivente*" del paragrafo 47.2 della vigente Circolare in materia tabellare, che attualmente così sancisce:

47.2 – Al magistrato portatore di handicap ai sensi dell'art. 21 legge n.104/1992, nonché al magistrato che assista con continuità un familiare convivente o sia affidatario di minore portatore di handicap grave o con minorazione ai sensi dell'art. 21, 2° comma legge 104/1992, deve essere accordata preferenza, nella scelta tra sede centrale e sezione distaccata o tra diverse sezioni distaccate.

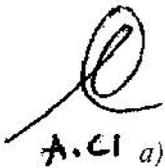
E' ovvio che tale norma è destinata ad essere integralmente rivista nel prossimo futuro, in conseguenza della piena attuazione della normativa in materia di revisione delle circoscrizioni giudiziarie, che –come è noto- prevede la soppressione di 220 sezioni distaccate.

Tanto premesso, il Consiglio

delibera

di rispondere ai quesiti e alle indicazioni indicate in premessa nel seguente modo:

Com.	Roma	21/06/2013
	Protocollo	P12410/2013



A.CI

a) non è necessario il requisito della "convivenza" per la tutela del magistrato che assista con continuità un familiare portatore di handicap grave o con minorazione ai sensi dell'art. 21, 2° comma legge 104/1992, mentre è necessaria la sussistenza del requisito della c.d. esclusività assistenziale;

b) il paragrafo 47.2 della vigente Circolare in materia di organizzazione tabellare è sostituito con il seguente testo:

47.2 – Al magistrato portatore di handicap ai sensi dell'art. 21 legge n.104/1992, nonché al magistrato che assista con continuità un familiare o sia affidatario di minore portatore di handicap grave o con minorazione ai sensi dell'art. 21, 2° comma legge 104/1992, deve essere accordata preferenza, nella scelta tra sede centrale e sezione distaccata o tra diverse sezioni distaccate, al fine di ottenere la sede più vicina al domicilio della persona da assistere."

IL SEGRETARIO GENERALE
(Carlo Visconti)

