



Congedi familiari e permessi dopo i recenti interpelli

a cura di Eufrazio Massi – Dirigente della Direzione provinciale del Lavoro di Modena*

Con le risposte agli [interpelli nn.30 e 31](#), la Direzione Generale per l'Attività Ispettiva del Ministero del Lavoro, in data 6 luglio 2010, ha chiarito alcune questioni relative alla:

- ▶ *previsione dell'istituto del congedo ordinario finalizzato all'assistenza di un familiare con grave handicap, durante un periodo lavorativo dello stesso disabile (art.42, co.5, del D.Lgs. n.165/01);*
- ▶ *modalità di fruizione dei tre giorni di permesso mensile, frazionabili anche in permessi orari, secondo la previsione contenuta nell'art.33, co.3, della L. n.104/92.*

L'evoluzione del congedo straordinario per l'assistenza del familiare disabile

Le risposte fornite dal Dicastero del Lavoro necessitano, ad avviso di chi scrive, di un inquadramento circa la normativa di riferimento.

Il principio generale che ispira l'istituto del congedo familiare è quello di concedere permessi ai lavoratori che si trovano in situazioni di particolari difficoltà, correlate "in primis" a loro gravi situazioni familiari.

È opportuno sottolineare come la disposizioni di tutela, a partire dagli anni novanta¹ e, poi, anche la stessa Corte Costituzionale con le sentenze n.233/05, n.158/07 e n.19/09, oltre ai chiarimenti amministrativi espressi dal Ministero del Lavoro, dalla Funzione Pubblica e, infine, dall'Inps, abbiano visto di molto ampliato sia il numero dei soggetti aventi diritto che le motivazioni stesse alla base del "godimento". C'è da rimarcare, inoltre, che se in un prossimo futuro sarà approvato il c.d. "collegato lavoro", attualmente all'esame del Parlamento, dopo lo "stop" imposto dal Presidente della Repubblica con il rinvio alle Camere, la materia potrebbe essere interessata da un forte riordino, atteso che l'art.24 prevede profonde modifiche sia all'art.33, co.3 (completamente riscritto), della L. n.104/92, sia all'art.42 del D.Lgs. n.151/01 che, infine, una serie di oneri in capo alle Pubbliche Amministrazioni, le quali dovranno comunicare alla Funzione Pubblica, ai fini della creazione di una banca dati, i nominativi dei dipendenti "beneficiari", degli assistiti, il grado di parentela, il luogo di residenza di questi ultimi, il contingente complessivo di giorni ed ore di permesso fruiti da ciascun lavoratore nel corso dell'anno precedente e per ciascun mese.

Ma ci sarà tempo per esaminare le modifiche allorquando le stesse entreranno in vigore: al momento è opportuno partire, nell'analisi che segue, dalla disposizione "vivente".

Il comma 5 dell'art.42 afferma che la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre o, dopo la loro scomparsa², uno dei fratelli o sorelle conviventi di soggetto con *handicap* in situazione di gravità (l'ipotesi che ricorre è quella prevista dall'art.3, co.3, della L. n.104/92), accertata ai sensi dell'art.4, e che abbiano titolo a fruire dei benefici ex art.33, co.1, per l'assistenza del figlio, hanno diritto a un congedo, frazionato o continuativo, la cui durata massima è di due anni (art.4, co.2, L. n.53/00), riferiti all'arco

* Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

¹ Ci si riferisce alla L. n.104/92, ma anche alla L. n.53/00 e all'art.80, co.2, della L. n.388/00 ed al D.Lgs. n.151/01.

² Si veda Corte Cost. n.233/05.

della vita lavorativa dell'avente diritto. Durante il periodo di congedo, continua il co.5 dell'art.42, il lavoratore ha diritto a percepire un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione e il periodo è coperto da contribuzione figurativa (il tetto massimo per l'anno corrente è fissato in 43.579,06 euro, di cui 32.766,00 per indennità). Dentro questo limite l'indennità è pari all'ultima retribuzione percepita, comprensiva dei ratei di 13^a mensilità, delle eventuali mensilità aggiuntive, dei premi e delle indennità.

Con le sentenze sopra richiamate la Consulta ha allargato la platea degli aventi diritto, sicché, oltre ai soggetti già individuati dal Legislatore, se ne sono aggiunti altri con una certa graduatoria di priorità, come ampiamente chiarito dalla [circolare Inps n.41 del 16 marzo 2009](#):

a) coniuge convivente della persona gravemente disabile;

b) genitori naturali, adottivi o affidatari del portatore di *handicap*, in presenza di almeno una delle seguenti condizioni:

1. figlio non coniugato o non convivente con il coniuge;
2. coniuge del figlio che non presti attività lavorativa o sia lavoratore autonomo;
3. coniuge del figlio che abbia espressamente rinunciato a godere del congedo per lo stesso soggetto e nei medesimi periodi;

c) fratelli o sorelle, in via alternativa, conviventi con il portatore di *handicap* grave, nelle ipotesi in cui si verificano le seguenti due condizioni:

1. la prima concerne il caso in cui il fratello "handicappato" non sia coniugato o non conviva con il coniuge, oppure, laddove sia coniugato e convivente, il consorte non presti attività lavorativa o sia lavoratore autonomo, o abbia rinunciato espressamente a godere per lo stesso soggetto e nei medesimi periodi il congedo stesso;
2. la seconda condizione consiste nel fatto che entrambi i genitori del soggetto portatore di *handicap* siano deceduti o totalmente inabili;

d) figlio convivente della persona disabile, nel caso in cui si verificano le seguenti quattro condizioni:

1. il genitore portatore di *handicap* non sia coniugato o non conviva con il coniuge oppure quest'ultimo non presti attività lavorativa o sia lavoratore autonomo o abbia espressamente rinunciato a fruire del congedo per lo stesso soggetto e nei medesimi periodi;
2. entrambi i genitori del portatore di *handicap* siano deceduti o siano stati dichiarati totalmente inabili;
3. il genitore, lui stesso portatore di grave *handicap*, non abbia altri figli o non conviva con alcuno di essi. Nel caso in cui abbia altri figli conviventi, il congedo spetta qualora i figli, diversi dal richiedente il congedo, non prestino attività lavorativa subordinata o siano lavoratori autonomi, o che abbiano espressamente rinunciato al "godimento" del congedo per lo stesso periodo;
4. il soggetto disabile non abbia fratelli o non conviva con alcuno di essi, oppure, laddove abbia un fratello convivente, ricorra una delle condizioni già espresse in precedenza (fratello convivente che non presti attività lavorativa o sia lavoratore autonomo, oppure che abbia rinunciato espressamente al "congedo" nello stesso periodo).

Il congedo straordinario nel caso in cui il disabile presti attività lavorativa: i chiarimenti del Ministero del Lavoro

Fatta questa breve premessa è necessario esaminare ciò che il Ministero del Lavoro, con la risposta all'interpello n.30/10, ha affermato con la nota indirizzata all'Istituto Nazionale di Statistica, il quale chiedeva espressamente se il congedo straordinario "*de quo*" possa configurarsi anche nel periodo in cui il disabile presta attività lavorativa.

L'esigenza dello stesso scaturiva dal fatto che l'Inps, con la circolare n.64 (punto 3) del 15 marzo 2001, aveva esplicitamente esclusa l'attribuzione del beneficio e l'Inpdap (Istituto previdenziale di riferimento, attesa la natura pubblica dell'Ente richiedente), con la circolare n.2 del 10 gennaio 2002, non aveva affermato alcunché.

Il parere espresso dalla Direzione generale per l'Attività Ispettiva non è assolutamente preclusivo del diritto, come interpretava l'Inps con la nota del 2002: infatti, premesso che una valutazione di carattere generale non si può fare in quanto le casistiche concrete sono del tutto diverse, si ritiene non conforme allo spirito della norma porre un limite alla fruizione del congedo da parte di chi assiste il disabile. Infatti, non si possono dimenticare i principi alla base della L. n.104/92, finalizzati alla promozione piena del portatore di *handicap* nel mondo del lavoro e, soprattutto, la L. n.68/99, la quale, innovando radicalmente la vecchia normativa contenuta nella L. n.482/68, mira a rendere "concreto" il diritto al lavoro, prevedendo forme "agevolate" e "mirate" di ingresso anche, e soprattutto, attraverso l'istituto della convenzione ex art.11, sottoscritta dal datore di lavoro, carente negli adempimenti obbligatori, ed il servizio della Provincia che si occupa della materia.



Il Ministero del Lavoro continua affermando che l'assistenza del familiare si può concretizzare anche in attività ausiliarie e collaterali rispetto allo svolgimento dell'attività del disabile, come l'accompagnamento al luogo di lavoro o la prenotazione o il ritiro di esami clinici.

Una breve considerazione va fatta sull'interpello appena commentato: attesa la valenza generale dell'istituto (l'art.9 del D.Lgs. n.124/04 lo pone, in un certo senso, in posizione di "primazia" rispetto alle note interpretative espresse con le circolari), si ritiene che anche l'Inps, ora, possa procedere ad un riesame della posizione negativa espressa con la circolare n.64/01.

Il congedo straordinario durante le sospensioni per Cig

Per completezza di informazione va ricordato come lo svolgimento di un'attività lavorativa sia presupposto indefettibile per la concessione del congedo straordinario: ciò lo si ricava dall'art.4 della L. n.53/00, laddove si afferma che "*durante tale periodo il dipendente conserva il posto di lavoro, non ha diritto alla retribuzione e non può svolgere alcun tipo di attività lavorativa*".

Il "presupposto di un'attività lavorativa in corso" è alla base del parere espresso dal Ministero del Lavoro con la risposta all'interpello n.70 del 12 ottobre 2009, il quale ha esaminato il rapporto tra richiesta del congedo straordinario e "godimento" della Cig a zero ore: si tratta di una questione che, nello stato attuale di crisi, assume un'importante valenza.



In questa ipotesi, essendo il rapporto completamente sospeso, non è possibile avanzare istanza di congedo straordinario, atteso che la condizione di "totale non lavoro" consente di assolvere alle funzioni di assistenza e di cura.

Diversa è, invece, l'ipotesi nella quale il lavoratore presenti la domanda di congedo straordinario prima che inizi il periodo di Cig, sia essa ridotta che a zero ore. Il rapporto di lavoro sussiste ed è pieno: di conseguenza egli non è interessato alla sospensione o alla riduzione dell'attività lavorativa né, d'altra parte, può percepire l'indennità integrativa (il medesimo discorso concerne l'istituto del contratto di solidarietà difensivo) e, di conseguenza, percepisce l'indennità prevista dall'art.42, co.5.



Ma cosa succede se l'istanza viene presentata dal lavoratore durante una sospensione parziale dell'attività?

Il lavoratore continua a percepire il trattamento di cassa integrazione guadagni (o "di solidarietà difensiva") per le ore integrate, unitamente all'indennità per congedo straordinario ex art.42, co.5. Qui si pone il problema di come debba essere calcolata tale ultima indennità: questa va computata con riferimento all'ultima retribuzione percepita "nettizzata" del trattamento integrativo.

Modalità di fruizione dei permessi mensili

Rispondendo all'Associazione Nazionale delle Cooperative di Consumo, il Ministero del Lavoro, con il parere fornito il 6 luglio 2010 nella risposta all'interpello n.31, ha dettato alcuni principi in materia di fruizione dei permessi mensili previsti dall'art.33, co.3 della L. n.104/92, che, ad avviso di chi scrive, necessitano di un breve quadro di riferimento circa le disposizioni agevolatrici. Vale la pena di ricordare come la materia sia stata delineata dalle L. n.104/92, n.53/00 e dal D.Lgs. n.165/01 e come i permessi per l'assistenza ai portatori di *handicap* non siano concessi allorché la persona da assistere non sia ricoverata a tempo pieno, pur se venga certificata la necessità di un'assistenza familiare da prestare in via continuativa (tale è la posizione espressa dall'Inps con il messaggio n.228/96).

Lo stesso concetto³ vale per il ricovero propedeutico ad un intervento chirurgico, atteso che lo stesso è del tutto assimilabile al ricovero a tempo pieno. L'unica eccezione è rappresentata⁴ dal ricovero a tempo pieno, finalizzato ad un intervento chirurgico o a scopo riabilitativo, di un bambino di età inferiore a tre anni con disabilità grave, per il quale risulti una documentazione sanitaria ove si attesta il bisogno della presenza di un genitore o di un familiare (parente o affine entro il 3° grado).

L'Istituto, con due circolari del 2007 e del 2008, ha dettato alcune istruzioni in materia di riconoscimento del diritto alla fruizione dei permessi, attenendosi agli orientamenti giurisprudenziali evolutivi consolidatisi con le sentenze della Corte di Cassazione n.7701 del 16 maggio 2003 e n.13481 del 20 luglio 2004, del Consiglio di Stato del 19 gennaio 1998 e della Corte Costituzionale n.325/96.

Con la prima circolare, n.90/07, sono stati affermati alcuni principi che possono così sintetizzarsi:

- ▶ è ininfluente il fatto che nell'ambito del nucleo familiare della persona portatrice di grave *handicap* vi siano familiari non lavoratori idonei a fornire l'aiuto necessario;
- ▶ il disabile in situazione di gravità o, in sua vece, l'amministratore di sostegno o il tutore legale, può liberamente scegliere, per la propria assistenza, chi vuole all'interno della famiglia;
- ▶ l'assistenza non deve, necessariamente, essere quotidiana, purché sia adeguata e sistematica alle necessità del portatore di *handicap* grave;

³ Messaggio Inps n.256/06.

⁴ Circolare Inps n.90/07.

- ▶ la fruizione dei permessi è riconosciuta anche a quei lavoratori che, pur risiedendo e lavorando in luoghi distanti da quello di residenza della persona disabile, offrano alla stessa un'assistenza sistematica e adeguata, stante il potere organizzativo del datore di lavoro, non essendo la fruizione dei permessi un diritto potestativo in capo al lavoratore;
- ▶ il requisito dell'esclusività, postulato dal co.3 dell'art.42 del D.Lgs. n.151/01, va inteso in senso "elastico", ossia è perfettamente compatibile con il ricorso a strutture pubbliche di assistenza, al "non profit" ed al personale badante;
- ▶ l'accettazione, da parte del portatore di *handicap*, dell'assistenza del familiare in via continuativa ed esclusiva, si caratterizza come una di quelle ipotesi nelle quali è possibile, ex DPR n.445/00, la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà;
- ▶ resta impregiudicato il diritto/dovere della Pubblica Amministrazione di verificare sia la veridicità di quanto dichiarato dal lavoratore nel modello di domanda (modelli Hand 1, 2 o 3) presentato all'Inps, sia in caso di situazione di gravità "temporaneamente concessa" dalla Commissione medica ex art.4 della L. n.104/92, sia la permanenza del diritto alla fruizione dei permessi in capo al lavoratore che lo ha richiesto.

Con la successiva circolare n.53 del 29 aprile 2008 l'Istituto, dopo aver adottato, "a regime", il sistema della gestione informatizzata delle domande, ha chiarito ulteriori punti critici concernenti le questioni attinenti la fruizione dei permessi:

- ▶ **verifica dei presupposti di legge per la concessione dei permessi: grava sul datore di lavoro il diritto/dovere di verificare nel concreto l'esistenza dei presupposti legali circa la concessione dei permessi, rispetto ai quali non ha alcuna discrezionalità, dovendosi limitare soltanto alla mera verifica della sussistenza dei requisiti.** Tale indirizzo è in linea con la sentenza della Corte di Cassazione n.175 del 5 gennaio 2005, con la quale si ribadisce che è il datore di lavoro il destinatario dell'obbligo di concessione dei tre giorni di premesso mensile;
- ▶ validità temporale del provvedimento di riconoscimento del diritto alla fruizione dei permessi: tranne il caso della eventuale "temporanea disabilità", risultante dal certificato della Commissione medica, non c'è più alcun limite;
- ▶ validità temporale della certificazione provvisoria: qualora la Commissione medica non si pronunci entro 90 giorni dalla presentazione dell'istanza, l'accertamento medico effettuato dallo specialista nella patologia denunciata, trascorsi i 90 giorni, è efficace fino all'accertamento definitivo della Commissione;
- ▶ **possibilità, da parte del lavoratore con grave disabilità, di cumulare i permessi ex art.33, co.6, della L. n.104/92 con quelli mensili per assistere un familiare disabile:** la cosa è possibile anche senza l'acquisizione di un parere medico circa la capacità del lavoratore di soddisfare i bisogni del familiare;
- ▶ possibilità di cumulare nello stesso mese periodi di congedo straordinario e permessi ex art.33 della L. n.104/92. Il divieto di cumulo, previsto dall'art.42, co.5, del D.Lgs. n.151/01, per la fruizione, nello stesso periodo, dei benefici della L. n.104/92 si riferisce alle stesse giornate e non al caso di fruizione nello stesso mese, ma in giornate diverse.

Tornando all'interpello n.31/10, l'Associazione Nazionale delle Cooperative di Consumo chiedeva, in particolare, di conoscere l'indirizzo del Ministero del Lavoro circa:

- a) il preavviso entro il quale il lavoratore deve richiedere il permesso;
- b) il soggetto – datore di lavoro o dipendente – che stabilisce le date di fruizione del godimento;

c) la facoltà del lavoratore di modificare, in via unilaterale, la giornata di “godimento” del permesso, spostandola ad un altro giorno.

La risposta fornita dal Dicastero del Welfare parte da una semplice constatazione: in assenza di una specifica disciplina normativa occorre riferirsi ai principi di carattere generale finalizzati a contemperare l’attività imprenditoriale e il diritto all’assistenza.

Alla luce di quanto sopra, il parere ministeriale si focalizza su alcune questioni fondamentali:

- il datore di lavoro, proprio per le necessità di programmazione dell’attività aziendale, può richiedere una programmazione dei permessi relativi al mese;
- il lavoratore deve, in via preventiva, individuare le giornate o, in caso di permessi frazionati, le ore di assenza;
- la programmazione non deve compromettere il diritto del disabile ad un’effettiva assistenza;
- i criteri debbono, quanto più possibile, essere condivisi con i lavoratori e le loro rappresentanze, in una logica di garanzia del mantenimento della capacità produttiva.

Il rispetto di tali indirizzi dovrebbe fungere da “guida” anche nella possibilità di “cambiare” la giornata di fruizione del permesso già concordata, nel rispetto delle improcrastinabili esigenze di assistenza e di tutela del disabile che, chiosa il Ministero, “*non possono che prevalere sulle esigenze imprenditoriali*”.

Nota bene

Alcune considerazioni pratiche vanno, ad avviso di chi scrive, effettuate, alla luce del parere della Direzione Generale per l’Attività Ispettiva. In assenza di un quadro legislativo di riferimento, per il datore di lavoro la gestione “programmata” dei permessi mensili non può che passare attraverso un accordo aziendale o un “accordo diretto” con il lavoratore: per eventuali questioni di natura comportamentale o disciplinare, soltanto se previsto in un accordo collettivo o in un regolamento disciplinare, il datore di lavoro può lamentare l’inottemperanza ad un obbligo di preavviso e, se del caso, procedere all’irrogazione di una sanzione afflittiva.

Il godimento dei permessi mensili durante le sospensioni per Cig



Ma, cosa succede al diritto a tre giorni di permesso mensili, in pendenza di una cassa integrazione guadagni ordinaria? C’è una decurtazione del diritto?

Il Ministero del Lavoro con la risposta fornita, in data 3 ottobre 2008, all’interpello n.46, proposto dalla FIM – Cisl, ha osservato che l’Inps e l’Inpdap hanno già disciplinato, da un punto di vista amministrativo (si vedano, rispettivamente, le circolari n.133/00 e n.34/00), il “godimento” dei permessi in caso di rapporto a tempo parziale verticale, stabilendo che, nel caso di attività lavorativa limitata ad alcuni giorni del mese, il numero dei giorni di permesso vada ridimensionato in maniera proporzionale.

Nell’interpello il Ministero aveva fatto proprio un criterio di riproporzionamento (applicato in altre situazioni) esposto dall’Inps nella circolare n.128/03, secondo il quale “*per ogni 10 giorni di assistenza continuativa, spetta al richiedente un giorno di permesso ex lege n. 104/1992*”. L’applicazione del criterio in questione comportava, pertanto, che quando l’assistenza fosse inferiore a 10 giorni continuativi non desse diritto a nessuna giornata o frazione di essa. Anche per i periodi superiori a 10 giorni (es. 19) ma inferiori a 20 spetterà un solo giorno di permesso.

Successivamente l'Inps, con suo messaggio n.26411 del 18 novembre 2009, in tema di riproporzionamento per cassa integrazione, chiariva:

“Analogamente, nel caso di riduzione dell'attività lavorativa coincidente con il periodo di integrazione salariale, il diritto alla fruizione dei predetti tre giorni mensili di permesso ex legge n.104/1992, è soggetto a riproporzionamento in funzione dell'effettiva riduzione della prestazione lavorativa richiesta, così come, peraltro, assentito dal Ministero del lavoro, interpellato su richiesta. Pertanto il riproporzionamento va effettuato secondo i medesimi criteri del punto 3.2 della circ. n.133/2000, indicati per il part-time verticale, con l'applicazione del seguente algoritmo, che per comodità si riporta: $x : a = b : c$ (dove «a» corrisponde al numero dei giorni di lavoro effettivi, «b» a quello dei tre giorni di permesso teorici, «c» a quello dei giorni lavorativi). Il risultato numerico va arrotondato all'unità inferiore o a quella superiore a seconda che la frazione sia fino allo 0,50 o superiore”.

Il godimento dei permessi mensili in caso di ricovero del disabile

Come si diceva poc'anzi, uno dei requisiti necessari per la fruizione dei permessi mensili è dato dal “non ricovero” a tempo pieno del disabile in una struttura sanitaria.

Su questo argomento è opportuno registrare un altro parere espresso dal Ministero del Lavoro, in data 20 febbraio 2009, con la risposta all'interpello, presentato dall'Anci (Associazione Nazionale dei Comuni Italiani) che chiedeva la portata applicativa dell'art.33, co.3, della L. n.104/92 in presenza di una richiesta di permessi orari da parte di un lavoratore che assiste un portatore di *handicap* grave già ricoverato.

La risposta ministeriale è negativa, nella misura in cui ribadisce la preclusione normativa in caso di ricovero a tempo pieno. Tuttavia se, come nel caso prospettato, il ricovero sia temporaneamente interrotto per effettuare visite specialistiche o terapie all'esterno della struttura sanitaria, si è al di fuori della preclusione normativa, in quanto la circostanza che il disabile debba recarsi al di fuori della struttura che lo ospita interrompe “il ricovero a tempo pieno”, cosa che comporta l'affidamento all'assistenza del familiare che, quindi, ha diritto alla fruizione dei permessi. Ovviamente, quest'ultimo deve produrre alla propria Amministrazione, o al proprio datore di lavoro privato, la documentazione necessaria attestante la propria presenza alle visite specialistiche o alla terapia.