

# *Centro Studi Cafasso*

*del Dr. Nino Carmine Cafasso*

*Consulenza Amministrativa del Lavoro*

*80122 Napoli – Viale A. Gramsci, 15*

*Tel. 081/2461068 – Fax 081/2404444 – Email info@cafassoefigli.it*

*Napoli, li 6 dicembre 2010*

## *Circolare informativa n° 58/2010*

**A tutte le Aziende Assistite  
LORO SEDI**

### *Approfondimento*

## **CONGEDI FAMILIARI E PERMESSI DOPO I RECENTI INTERPELLI**

Il Ministero del Lavoro con risposta gli interPELLI n.30 e n.31 del 6 luglio scorso ha fornito importanti chiarimenti in ordine alle seguenti argomentazioni:

- Istituto del congedo ordinario finalizzato all'assistenza di un familiare con grave handicap, durante un periodo lavorativo dello stesso disabile;
- Fruizione dei tre giorni di permesso mensile frazionabili anche in permessi orari, secondo quanto stabilito all'art.33 co.3 Legge 104/1992.

Pertanto, riteniamo importante predisporre un approfondimento che faccia luce sugli interventi della Direzione Generale per l'Attività Ispettiva del Ministero.

*Prima di entrare nel vivo delle argomentazioni, riteniamo partire da un excursus normativo.*

### **Congedo straordinario per l'assistenza a familiare disabile**

Il principio ispiratore dell'Istituto del congedo familiare è quello di elargire dei permessi ai lavoratori che soffrono particolari condizioni a seguito di gravi situazioni familiari.

La Legge n.388/2000 "Finanziaria 2001" (art.80 co.2) e la Legge n.53/2000 "Disposizioni a sostegno della maternità, paternità, per il diritto alla cura ed alla formazione" (art.4) dispongono che, i familiari di soggetto con handicap in situazione di particolare gravità possono beneficiare di un congedo retribuito massimo pari a due anni.

*Andiamo con ordine*

*L'art.80 Legge n.388/2000 dispone "La lavoratrice madre o, in alternativa il lavoratore padre o, dopo la loro scomparsa uno dei fratelli o sorelle conviventi di soggetto con handicap in situazione di gravità accertata, e che abbiano titolo a fruire dei benefici per l'assistenza del figlio, hanno diritto ad un congedo, frazionato o continuativo, la cui durata massima è pari a due anni. Durante il periodo di congedo, il lavoratore conserva il diritto a percepire un'indennità*

corrispondente all'ultima retribuzione percepita, comprensiva dei ratei di 13<sup>a</sup> mensilità, eventuali mensilità aggiuntive, premi ed indennità”.

**L'art.4 Legge n.53/2000** sancisce “La lavoratrice e il lavoratore hanno diritto ad un permesso retribuito di tre giorni lavorativi all'anno in caso di decesso o di documentata grave infermità del coniuge o di un parente entro il secondo grado o del convivente, purché la stabile convivenza risulti da certificazione anagrafica. In alternativa, e nei casi di documentata e grave infermità, il lavoratore e la lavoratrice possono concordare col datore di lavoro diverse modalità di realizzazione dell'attività lavorativa”.

**La Legge n.104/1992** “Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale ed i diritti delle persone handicappate” all'art.3 “Soggetti aventi diritto” fornisce la definizione di soggetto con grave handicap disponendo “Laddove 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, la situazione assume la connotazione di gravità”.

La Corte Costituzionale è intervenuta in più di un'occasione sancendo la illegittimità dell'art.42 D.Lgs n.151/2001 nella parte in cui non includeva tra i beneficiari il coniuge ed il figlio del soggetto disabile e pertanto con le sentenze n.158/2007 e 19/2009 ha ampliato la platea dei beneficiari.

Alla luce delle sentenze di cui sopra, l'INPS con circolare n.41/2009 ha stabilito che, hanno diritto a beneficiare del congedo i lavoratori dipendenti secondo il seguente ordine di priorità:

- **Coniuge della persona gravemente disabile qualora convivente con la stessa;**
- **Genitori naturali, adottivi e affidatari del portatore di handicap grave nel caso in cui si verifichi una delle seguenti condizioni:**
  - il figlio non sia coniugato o non conviva con il coniuge;
  - il coniuge del figlio non presti attività lavorativa o sia lavoratore autonomo;
  - il coniuge del figlio abbia espressamente rinunciato a godere per lo stesso soggetto e nei medesimi periodi del congedo in esame.
- **Fratelli o sorelle conviventi con il soggetto portatore di handicap grave nel caso in cui si verifichino le seguenti condizioni:**
  - il fratello portatore di handicap grave non sia coniugato o non conviva col coniuge, oppure laddove sia coniugato e convivente col coniuge ricorra una delle seguenti condizioni:
    - a) il coniuge non presti attività lavorativa o sia lavoratore autonomo;
    - b) il coniuge abbia espressamente rinunciato a godere per lo stesso soggetto e nei medesimi periodi del congedo in esame.
  - entrambi i genitori siano deceduti o totalmente inabili.
- **Figlio convivente con la persona in situazione di disabilità grave, nel caso si verifichino le seguenti condizioni:**
  - il genitore portatore di handicap grave non sia coniugato o non conviva col coniuge, oppure laddove sia coniugato e convivente col coniuge ricorra una delle seguenti condizioni:
    - a) il coniuge non presti attività lavorativa o sia lavoratore autonomo;
    - b) il coniuge abbia espressamente rinunciato a godere per lo stesso soggetto e nei medesimi periodi del congedo in esame.
  - entrambi i genitori del portatore di handicap siano deceduti o totalmente inabili;
  - il genitore portatore di disabilità grave non abbia altri figli o non conviva con alcuno di essi, oppure laddove abbia altri figli conviventi, ricorra una delle seguenti situazioni:

- a) *tali figli (diversi dal richiedente il congedo) non prestino attività lavorativa o siano lavoratori autonomi;*
  - b) *i figli conviventi (diversi dal richiedente il congedo) abbiano esplicitamente rinunciato a godere del congedo in esame per il suddetto genitore nel medesimo periodo;*
- il portatore di disabilità grave non abbia fratelli o non conviva con alcuno di essi, oppure laddove abbia un fratello convivente, ricorra una delle seguenti situazioni:
- a) *il fratello convivente non presti attività lavorativa o sia lavoratore autonomo;*
  - b) *il fratello convivente abbia espressamente rinunciato a godere per lo stesso soggetto e nei medesimi periodi del congedo in esame.*

### **Il congedo straordinario nel caso in cui il disabile presti attività lavorativa**

#### **Chiarimenti ministeriali**

Il Ministero del lavoro con interpello n.30/2010 si è espresso in merito alla possibilità di beneficiare del congedo straordinario “*de quo*” nel periodo in cui il soggetto portatore di handicap presta attività lavorativa.

La problematica trae origine dalla circolare n.64 del 15 marzo 2001, con la quale l’INPS respinge l’attribuzione del beneficio laddove il disabile presta attività lavorativa nel periodo di godimento del congedo.

Dopo aver acquisito il parere della Direzione generale della Tutela delle Condizioni di Lavoro, il Ministero del Lavoro si è espresso sottolineando preliminarmente che, una valutazione di carattere generale non può essere fatta e che occorre considerare le diverse sfumature che nel concreto possono presentare le diverse casistiche.

D’altra parte, non sembra essere conforme allo spirito della normativa porre dei confini alla fruizione del congedo da parte del familiare che assiste il disabile a priori.

In tal modo, il Dicastero sostiene il principio cardine che è alla base della Legge n.104/1992 e mirante al riconoscimento ed alla promozione del portatore di handicap nel mondo del lavoro, concretizzando il diritto al lavoro dei soggetti diversamente abili attraverso forme agevolate di ingresso.

Viene sottolineato, infatti, che l’assistenza al familiare disabile può realizzarsi anche in attività sussidiarie quali ad esempio accompagnamento del disabile al luogo di lavoro, prenotazioni e ritiro di esami clinici che non richiedano necessariamente la presenza del disabile, ma che ad ogni modo risulta di supporto per il disabile stesso.

In conclusione occorrerà valutare il singolo caso concreto e che, pertanto, il diritto alla fruizione del congedo straordinario non può essere escluso soltanto sulla base dello svolgimento per il medesimo periodo di un’attività lavorativa da parte dello stesso disabile.

### **Il congedo straordinario durante le sospensioni per CIG**

A completezza di informazione, riteniamo importante far conoscere la posizione del Ministero del Lavoro in ordine alla possibilità per il lavoratore di giovare del congedo straordinario nel periodo di totale sospensione dell’attività lavorativa.

Pertanto, alla luce della nota ministeriale n.70 del 12 ottobre 2010 analizzeremo le seguenti casistiche:

- sospensione totale dell’attività lavorativa con intervento delle integrazioni salariali;
- sospensione parziale dell’attività lavorativa con intervento delle integrazioni salariali (CIG ad orario ridotto).

Precisiamo nuovamente come lo svolgimento dell’attività lavorativa da parte del soggetto che avanza la richiesta di permesso, sia presupposto indefettibile per ottenerne il beneficio.

Pertanto nell'*ipotesi di sospensione totale del rapporto non è possibile avanzare alcuna richiesta di congedo, in quanto la circostanza in essere già consente di soddisfare le funzioni di cura ed assistenza.*

*Diversa è l'ipotesi in cui la domanda sia stata presentata prima che l'azienda abbia disposto il collocamento in CIG del personale in forza.*

In tale circostanza, *il lavoratore ha diritto a beneficiare del congedo straordinario con conseguente erogazione dell'indennità, pertanto non sarà investito dalla sospensione dell'attività lavorativa o, dalla riduzione di orario per CIG ed infine non percepirà il contributo integrativo previsto per la CIG.*

Nell'*ipotesi di sospensione parziale dell'attività lavorativa, il lavoratore percepisce sia il trattamento di integrazione salariale per le ore di CIG che, l'indennità relativa al congedo straordinario.*

In tal caso, l'indennità andrà calcolata con riferimento all'ultima retribuzione percepita al netto del trattamento integrativo.

### **Modalità di fruizione dei permessi mensili**

Il Ministero del Lavoro si è espresso anche in materia di permessi mensili di cui alla **Legge n.104/1992** "Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale ed i diritti delle persone handicappate" fornendo validi principi.

Anche in tal caso, riteniamo necessario un excursus normativo circa le disposizioni agevolatrici.

La legislazione in materia di permessi si prefigge lo scopo di garantire il rispetto della dignità umana e i diritti di libertà ed autonomia della persona sofferente di handicap, sostenendo e promuovendo la piena integrazione nella famiglia, nel lavoro e nella società.

L'**INPS** con il **messaggio n.228/1996** è intervenuto precisando che, i permessi per l'assistenza ai portatori di handicap e le agevolazioni previste all'art.33 della Legge n.104/92 sono subordinate alla condizione che il soggetto non sia ricoverato a tempo pieno presso Istituti specializzati.

Va precisato che, anche il ricovero presso una struttura ospedaliera finalizzato ad un intervento chirurgico è da ritenersi "ricovero a tempo pieno", e pertanto non consente la fruizione dei permessi in argomento.(così l'**INPS** con messaggio n.256/2006)

Con la **circolare n.90 del 2007**, l'Istituto ha dettato ulteriori istruzioni aderendo così ai nuovi orientamenti giurisprudenziali rafforzati dalle sentenze della Cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte Costituzionale.

I principi affermati dalla circolare possono così sintetizzarsi:

- non assume rilevanza il fatto che nell'ambito familiare del soggetto con grave disabilità vi siano familiari conviventi non lavoratori e pertanto idonei a prestare l'aiuto necessario;
- il disabile in situazione di gravità ovvero, il suo amministratore di sostegno ovvero, il suo tutore possono liberamente scegliere il soggetto che, all'interno della famiglia debba prestare assistenza nei termini previsti dalla legge;
- l'assistenza prestata non deve essere necessariamente quotidiana, purché presenti i caratteri della sistematicità e dell'adeguatezza rispettando pienamente le esigenze concrete della persona disabile;
- la fruizione dei permessi viene riconosciuta anche ai lavoratori che, lavorando o risiedendo in luoghi diversi e distanti dal soggetto con disabilità grave offrano, ad ogni modo adeguata e sistematica assistenza, stante impregiudicato il potere organizzativo del datore di lavoro e non essendo il beneficio dei permessi identificabile con un diritto potestativo del lavoratore;
- il comma 3 dell'art.42 "Riposi e permessi per figli con handicap grave" DLgs n.151/2001 "Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità" dispone quanto segue "Successivamente al raggiungimento della

*maggiore età del figlio con handicap in situazione di gravità, la lavoratrice madre o, in alternativa il lavoratore padre hanno diritto ai permessi di cui alla Legge n.104/1992. Tali permessi fruibili anche in maniera continuativa nell'ambito del mese, spettano a condizione che sussista convivenza col figlio ovvero, in assenza di convivenza l'assistenza deve essere prestata in maniera continuativa ed esclusiva".* Orbene, il requisito di "esclusività" deve essere interpretato in maniera elastico e quindi compatibile con l'eventuale ricorso a strutture pubbliche di assistenza, badanti;

- è fatto salvo il diritto/dovere della Pubblica Amministrazione di verificare periodicamente la veridicità di quanto dichiarato dal lavoratore in ordine alla "situazione di gravità" che di "permanenza del diritto alla fruizione dei permessi".

In ordine alla problematica legata alla **frazionabilità dei permessi giornalieri**, data la diversa interpretazione adottata dagli enti previdenziali INPS ed INPDAP, il Ministero del Lavoro con propria circolare ha ammesso la possibilità di fruire degli stessi frazionandoli in permessi orari.

Ad ogni modo, tale frazionamento non potrà superare le 18 ore mensili considerando l'ipotesi in cui l'orario di lavoro sia di 36 ore suddiviso in 6 giorni lavorativi.

Negli altri casi, il monte ore andrà ricalcolato con una formula diversa a seconda che l'orario sia fissato su base settimanale o plurisettimanale.

Successivamente, con la **circolare n.53/2008** l'Istituto ha fatto luce su ulteriori punti relativamente all'area dei permessi e congedi per l'assistenza ai disabili rispondendo ad una politica di maggiore tempestività, trasparenza e correttezza dei benefici "de quo".

Anche in tal caso, i principi affermati dalla circolare possono così sintetizzarsi:

- è onere del datore di lavoro verificare concretamente la sussistenza dei presupposti di legge in ordine alla concessione dei permessi, pertanto non gode di alcun potere discrezionale ed il suo controllo è puramente formale limitandosi al riscontro circa l'esistenza degli stessi;
- per tutti i nuovi provvedimenti di riconoscimento del diritto alla fruizione dei permessi e per i rinnovi di quelli già emessi, non viene più apposto il limite temporale di validità, tranne il caso di "temporanea disabilità" risultante dal certificato della Commissione medica;
- laddove la Commissione medica non si pronunci entro 90 giorni dalla presentazione dell'istanza, la verifica medica eseguita dallo specialista nella patologia denunciata è efficace sino all'accertamento definitivo della Commissione;
- sempre nel rispetto e nell'ottica di garantire il godimento dei benefici previsti dalla normativa, il lavoratore affetto da disabilità grave, che beneficia dei permessi Legge n.104/1992 per se stesso, può cumulare il godimento dei tre giorni di permesso mensile per assistere un familiare con handicap grave, senza che venga acquisito alcun parere medico-legale circa la capacità del soggetto di soddisfare le necessità del familiare disabile;
- l'art.42 del D.Lgs n.151/2001 dispone al comma 5 che, durante il periodo di congedo non è possibile beneficiare dei permessi di cui all'art.33 Legge n.104/1992. Il divieto riferisce all'ipotesi in cui si richiedono per lo stesso soggetto disabile i due benefici nelle stesse giornate, mentre non riguarda la circostanza in cui la richiesta venga fatta nello stesso mese ma per giornate diverse.

L'**interpello n.31/2010 del Ministero del lavoro** ha chiarito alcuni aspetti relativi alle modalità di fruizione dei permessi, in particolar modo per quel che concerne:

- il preavviso che il lavoratore deve rispettare riguardo alla richiesta di permesso;
- il soggetto (*datore di lavoro o lavoratore*) che stabilisce le date di fruizione del godimento;
- la facoltà unilaterale del lavoratore di differire la giornata di godimento del permesso ad altro giorno.

Alla luce delle considerazioni esposte, il Ministero si è espresso sostenendo che, in assenza di una normativa specifica è necessario riferirsi ai principi generali volti a bilanciare le esigenze dell'attività imprenditoriale con il diritto all'assistenza da parte del disabile.

Pertanto, il datore di lavoro può richiedere una programmazione mensile o, settimanale dei permessi laddove il lavoratore sia in grado di individuare anticipatamente le giornate di assenza e sempreché tale programmazione non pregiudichi il diritto del disabile all'assistenza, ed in un'ottica di funzionalità operativa dell'impresa stessa.

E' chiaro che i criteri da seguire per la programmazione devono essere condivisi con i lavoratori o, le loro rappresentanze sindacali.

Ci auguriamo come sempre, che i contenuti siano stati sufficientemente esplicativi e come di consueto i nostri uffici saranno disponibili per gli opportuni chiarimenti e confronti.

Cordiali saluti

*Centro Studi Cafasso*