



L'interpretazione estensiva dell'art. 42, 5° comma, D. Lgs. n. 151/01, ad opera della Corte Costituzionale, ed ulteriori indicazioni rinvenibili a favore dell'incidenza del congedo biennale retribuito sugli istituti di retribuzione differita

Vale la pena di tornare a parlare del congedo biennale retribuito, ex art.42, 5° co., D.Lgs. n.151/01, alla luce della recente sentenza Corte Costituzionale n. 158/2007 – che contribuirà certamente ad incrementare la fruizione di tale istituto – anche per quanto di riflesso in ordine all'argomento della sua incidenza ai fini della maturazione di ferie, TFR e mensilità aggiuntive, già precedentemente trattato su questa rivista.

La Consulta, infatti, con il suo recente pronunciamento, ha dichiarato **“illegittimità costituzionale dell'art.42, comma 5, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n.151, ...nella parte in cui non prevede, in via prioritaria rispetto agli altri congiunti indicati dalla norma, anche per il coniuge convivente con “soggetto con handicap in situazione di gravità”, il diritto a fruire del congedo indicato”**.

Il ragionamento che porta l'organo di legittimità costituzionale a tale conclusione poggia essenzialmente sulla riaffermazione del principio di uguaglianza, in stretto rapporto con la piena attuazione del diritto alla salute, anche grazie e in virtù del sostegno che a tal fine deve essere garantito alla famiglia, e dunque con espresso richiamo all'afferzata violazione degli articoli n. 2,3, 29 e 32 della nostra Costituzione.

Centrale appare, in particolare, il riconoscimento del ruolo della famiglia, come nucleo al quale è affidata la funzione, non solo di cura e assistenza alla persona svantaggiata, ma anche di sostegno al suo inserimento sociale, nella indubbia consapevolezza del ruolo di “supplenza” dello Stato di cui – nella assoluta carenza di servizi – la famiglia è investita in tale ambito.

Non appare azzardato cogliere in alcuni passaggi del percorso logico-giuridico seguito dalla Corte nell'argomentare l'accoglimento della eccezione sollevata, la consapevolezza che lo Stato non può, in altri termini, nel momento in cui trasferisce sulle famiglie gran parte del costo sociale della cura e dell'assistenza al disabile, non prodigarsi nel sostenere lo sforzo, anche economico, che queste sono chiamate a sopportare.

In uno con tali affermazioni di principio è il riconoscimento della avvenuta violazione, nella precedente formulazione della norma censurata, del principio di uguaglianza, ove quest'ultima – nel riconoscere originariamente il diritto al congedo solo ai genitori del disabile, o, in caso di loro scomparsa o di loro accertata incapacità (ex Corte Cost. sentenza n.233/05), ai fratelli o sorelle con il primo conviventi – avrebbe ingiustificatamente favorito la famiglia di origine rispetto a quella propria del disabile stesso. Ciò, proprio ove quest'ultima appare maggiormente bisognosa di sostegno, trattando di garantirsi la possibilità stessa dell'assistenza, senza che abbia a diminuire ulteriormente la capacità reddituale della famiglia, la cui unica residua fonte di reddito può verosimilmente coincidere – come nel caso oggetto del giudizio da cui proviene la rimessione della questione di legittimità costituzionale – con quella offerta dal lavoro del coniuge reclamante il diritto al congedo, nella pressoché certa ricorrenza di una sopraggiunta incapacità lavorativa della persona che necessita dell'assistenza costante del familiare.

Tutto ciò – si dice, sempre da parte della Consulta – non può che andare a detrimento della piena attuazione del diritto alla salute (ex art.32 Cost.) del sog-

A cura dell'avvocato
FRANCESCA FERRETTI
dello Studio legale associato
Piccinini ed Altri
in Bologna



getto svantaggiato, inteso, nella sua più ampia accezione, anche in termini di conseguimento di libertà e autonomia da parte di questi, condizioni nelle quali si esprime la dignità della persona, quale finalità che il D. Lgs. n.151/01 – pur costituendo un corpo normativo in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità

– ha mutuato dalla L. n.104/92, di cui ha inglobato le previsioni relative agli istituti di sostegno all'handicap. Al perseguimento di tale complessa finalità non può non essere di ostacolo la mancanza di un adeguato sostegno economico al nucleo familiare su cui gravi effettivamente l'onere dell'assistenza al disabile.



Dall'intervento della Consulta il quadro normativo appare conseguentemente modificato nel senso che, attualmente, il coniuge convivente con la persona affetta da *handicap* – di rilevante grado di gravità, accertata ai sensi dell'art.3 l. n.104/92 – appare il primo titolato a godere del congedo biennale retribuito.

Il suo diritto cede il passo a favore di uno dei due genitori, naturali, adottivi o affidatari del disabile – purché l'assistenza, se essi non sono conviventi, sia prestata con continuità ed esclusività – o, in caso di loro mancanza o inabilità, a favore di fratelli o sorelle conviventi, in alternativa fra loro, solo ove il coniuge sia disoccupato, lavoratore autonomo, o abbia espressamente rinunciato al diritto al congedo, per l'assistenza allo stesso soggetto e negli stessi periodi (in tal senso Circolare INPS del 3.8.2007, n.112).

Se quelle sopra esposte sono le considerazioni di diritto che hanno portato la Consulta ad estendere, nel modo già visto, il novero dei soggetti titolati a godere della prestazione previdenziale in esame, non appare fuorviante trarre da esse utili spunti per rafforzarci nella convinzione, già espressa in una precedente riflessione sull'argomento, che il godimento del congedo biennale retribuito – come, a maggior ragione, dei permessi e dei riposi di cui all'art.42, 1°, 2° e 3° co., D. Lgs. n.151/01 – non possa non avere effetti sulla maturazione degli emolumenti retributivi differiti, e dunque delle mensilità aggiuntive e del TFR.

L'INPS, con riguardo al settore di lavoro privato, aveva peraltro già provveduto – come già per i permessi e i riposi – a fornire indicazioni, con propria circolare n.64/2001, nel senso che il trattamento, a carico dell'Istituto, è erogato nella *“misura dell'ultima retribuzione percepita e cioè quella percepita nell'ultimo mese di lavoro che precede il congedo (comprensiva del rateo di emolumenti non riferibili al solo mese considerato, e cioè quelli relativi a tredicesima mensilità, altre mensilità aggiuntive, gratifiche, indennità, premi, ecc.)...”*.

Ciò comporta, come appunto già visto a proposito delle analoghe disposizioni impartite dall'istituto per la regolamentazione dei permessi e dei riposi, che anche

nel caso del congedo non si ponga il problema del computo o meno sulle retribuzioni differite del periodo di relativa fruizione, tutte le volte in cui il trattamento, anticipato dal datore di lavoro in ottemperanza alle indicazioni dell'INPS, comprenda già i ratei corrispondentemente maturati a titolo di mensilità aggiuntive.

Discorso diverso non può invece che valere per il TFR, che a sua volta è determinato sulla base del criterio di onnicomprensività. In ragione di ciò, il meccanismo dell'erogazione di un'indennità che comprenda in sé, anticipatamente, le quote frazionarie di mensilità aggiuntive, gratifiche, indennità, premi da corrispondersi nell'anno, non sembra adattabile al TFR, il cui accantonamento viene mensilmente calcolato, a sua volta, in ragione di tutto quanto sistematicamente percepito.

Analogamente a quanto avvenuto per i permessi e riposi, dunque, anche in materia di congedi i criteri per la determinazione della misura della prestazione, espressi dall'INPS con propria circolare n. 64/2001 con riguardo al settore dell'impiego privato, pur fornendo utili indicazioni non esauriscono tuttavia la *“materia del contendere”* riguardo alla nostra questione, lasciandola quantomeno aperta relativamente all'incidenza su TFR e maturazione del diritto alle ferie (oltre che al di fuori del settore di impiego privato).



Le argomentazioni che seguono traggono spunto dal fatto che se è vero – come afferma la Corte Costituzionale – che il sostegno economico alla famiglia del disabile diventa imprescindibile condizione per la piena attuazione del diritto alla salute e alla compiuta integrazione sociale della persona svantaggiata, tale principio non può subire compressioni o deroghe di sorta.

Ciò vale in particolare proprio per il congedo, in ragione della sua estensione temporale, il cui godimento (che lo si fruisca continuativamente o con modalità di fruizione frazionata) finirebbe comunque – nell'interpretazione più restrittiva, che ne nega l'incidenza sulle retribuzioni differite – per escludere la maturazione di due annualità di TFR, oltre che della/e mensilità aggiuntiva/e di due anni, costituenti a pieno titolo parte del complessivo trattamento economico annuale del lavoratore, nella misura diversamente prevista dai contratti collettivi di settore.

L'interpretazione che della materia ha offerto il recente pronunciamento dell'organo di legittimità costituzionale colloca dunque al primo posto le esigenze di tutela del diritto alla salute, in uno con il perseguimento della compiuta integrazione del disabile nella famiglia e nella società, riaffermando indirettamente la centralità che nell'argomento assume il principio di non discriminazione, anche nella forma indiretta, definita dall'art.2 del D. Lgs. n.217/03 come quella ricorrente **“quando una disposizione, un criterio, una**

prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone”.

Il perseguimento del diritto alla salute del disabile, nella complessiva accezione sopra esaminata, non può infatti non ritenersi parte dello sforzo volto a rimuovere ogni situazione di svantaggio, che la normativa contro la discriminazione ha assunto come proprio compito ed obiettivo.

Ci sembra importante in particolare, nell'argomentare della Corte Costituzionale, il nesso chiaramente colto, e come tale ampiamente sottolineato, tra la garanzia di tutela dei diritti del disabile e il sostegno economico alla famiglia, che del perseguimento di tale finalità si rende indispensabile strumento.

Più evidente di prima appare così la complementarità tra il perseguimento delle finalità promozionali di legge e la necessità di un supporto economico adeguato all'assolvimento dell'onere di assistenza, gravante sulle famiglie dei disabili, nesso che non potrà più essere negato, se non contravvenendo ai criteri interpretativi della normativa in materia, indicati dall'organo di controllo della legittimità costituzionale delle leggi.

Tale impostazione ci sembra dunque avvalorata ulteriormente la conclusione, già in precedenza sostenuta, secondo cui la maturazione degli istituti di retribuzione differita (TFR, 13.ma ed eventualmente 14.ma mensilità) non può in alcun modo ritenersi pregiudicata dal godimento di uno qualsiasi degli istituti di sostegno all'*handicap*.

E ciò tanto più in quanto il principio di non discriminazione – violato ogni qualvolta la legge non si adoperi per la rimozione degli ostacoli connessi alle situazioni di svantaggio – deve ritenersi, a maggior ragione alla luce di quanto affermato dalla Consulta, la chiave di lettura della disciplina in materia, così da concludere che le più restrittive previsioni ex D.Lgs. n.151/01, relativamente alla non computabilità su 13.ma mensilità e ferie dei permessi e riposi già previsti dalla legge n.104/92, debbano intendersi tacitamente abrogate dalla sopraggiunta normativa antidiscriminazione contenuta, per quanto qui ci occupa, nel D. Lgs. n.216/03.

Ciò, contrariamente al criterio interpretativo propugnato dal Consiglio di Stato, con proprio Parere n. n. 3389/05 del 9.11.05, che aveva ritenuto, nell'occasione, di dover prescindere, per una corretta impostazione del problema, dall'operatività nel caso di specie del meccanismo di tacita abrogazione delle norme, divenute incompatibili con nuove disposizioni dell'ordinamento giuridico.

Secondo il Consiglio di Stato, invece, sarebbe risolutiva la considerazione per cui – poiché l'originario articolo 33 legge n.104/92, le cui previsioni sono state organicamente trasposte e riordinate nel D. Lgs. n.151/01 (c.d.



T.U. sulla maternità/paternità), disponeva al 4° comma, che *“ai permessi di cui ai commi 2 e 3, che si cumulano con quelli previsti all’art.7 della citata legge n.1204 del 1971, si applicano le disposizioni di cui all’ultimo comma del medesimo art.7 della legge n.1204 del 1971, nonché quelle contenute negli articoli 7 e 8 della legge 9 dicembre 1977, n.903”* – al di fuori dell’ipotesi del cumulo nessuna decurtazione potrebbe legittimamente operarsi sulle ferie o sulle mensilità aggiuntive, maturate in corrispondenza al godimento dei riposi e permessi di che trattasi.

È l’ultimo comma dell’art.7 legge n.1204/71 infatti – a cui rinviava, come visto, l’art. 33 legge n.104/92 – a prevedere che i periodi di astensione facoltativa (oggi congedo parentale) pur essendo computati nell’anzianità di servizio, non hanno effetto rispetto alle ferie, né rispetto alla 13.ma mensilità.

A parere del Consiglio di Stato, dunque, dato che la norma sostanziale prevedeva la non incidenza di permessi e riposi *ex lege* n.104/92 su 13.ma mensilità e ferie, solo se cumulati nella loro fruizione al congedo parentale ordinario e a quello per la malattia del figlio, in assenza di cumulo l’estensione agli istituti di sostegno all’*handicap* delle disposizioni valevoli in materia di maternità non avrebbe motivo di operare.

Da ciò l’affermazione del principio di diritto secondo cui *“alla stregua delle considerazioni che precedono, non si palesa necessario il ricorso alla normativa antidiscriminazione per ritenere non soggette a decurtazioni le ferie e la tredicesima mensilità, quando i riposi e i permessi previsti dall’articolo 42 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n.151, non siano cumulati con il congedo parentale”*.

Tale conclusione, già riduttiva per la limitata operatività del principio all’ipotesi dell’assenza di cumulo tra i diversi istituti, di sostegno all’*handicap* e di tutela della maternità, lo è ancor più in quanto, per giungervi, l’organo di giustizia amministrativa si limita a prendere in esame permessi e riposi, escludendo espressamente i congedi.

Di questi ultimi, anzi – sia pure con riferimento all’istituto dei congedi per maternità – si afferma che essi sono caratterizzati da una sospensione più o meno lunga del rapporto di lavoro, che ne determina una sostanziale quiescenza, a differenza dei permessi, in occasione dei quali la continuità della prestazione lavorativa non viene meno, non alterandosi l’inserimento del lavoratore, che ne fruisca, nell’organizzazione del lavoro dell’impresa dalla quale dipenda.

La loro diversa natura sembra qui richiamata per inferirne la ragione per la quale appare naturale che i primi – ed in particolare i congedi per maternità – non incidano sulla maturazione di ferie e retribuzioni differite, a differenza dei secondi, ciò essendo avvalorato dal fatto che l’attrazione della disciplina dei permessi e riposi nell’ambito di quella dei congedi sembri inevitabile quando i due istituti si cumulano, risultando più difficile la distinzione tra le diverse funzioni loro assegnate.

Sotto nessun profilo, dunque, la fruizione dei congedi sembra, a parere del Consiglio di Stato, rientrare nella più favorevole ipotesi secondo la quale non deve farsi luogo a riduzioni o decurtazioni di sorta.

Ciò, salvo che per un aspetto, pure oggetto di disamina nel parere di cui si discute. Quello, cioè, per il quale tutti gli istituti volti ad agevolare l’assistenza e la cura al disabile costituiscono *“strumento indiretto...di riequilibrio, nell’interesse prioritario del minore stesso”*, dello sforzo richiesto ai familiari per l’assistenza stessa, e per il quale, di conseguenza, gli stessi godono della copertura retributiva al 100%.

“Ora sarebbe ben strano” afferma il Consiglio di Stato *“che a una indennità che copre l’intero ammontare della retribuzione non corrisponda una integrale corresponsione della tredicesima mensilità”*.

Considerazione che, con tutta evidenza, non può non valere anche per il congedo biennale, del tutto omologato ai permessi e ai riposi per quanto attiene al trattamento retributivo.

Un residuo dubbio appare necessario formulare, a chiosa dell’argomento trattato, ed è quello che induce a prudenza nel sostenere l’incidenza dei congedi, in particolare, sulla maturazione delle ferie.



assistenza ai disabili

La riconsiderazione del problema alla luce del pronunciamento della Consulta, se è vero che avvalorava infatti, per i motivi esposti, la conclusione con cui si era già data risposta positiva al quesito, è altrettanto vero che la legittima ulteriormente grazie all'enorme valorizzazione, operata dalla Corte Costituzionale, della stretta connessione tra lo svolgimento della funzione di assistenza e cura al disabile, affidata alla famiglia, e la necessità di assicurare l'adeguato sostegno economico affinché tale funzione possa essere svolta. Ciò, come visto, in una logica di valorizzazione dei principi etici che presiedono alla tutela dell'*handicap* – ispirazione comune al parere del Consiglio di Stato – in uno con la considerazione della “sponda” offerta in tal senso dall'ingresso nel nostro ordinamento della normativa anti-discriminazione.

Tutto ciò, tuttavia, non ha “ricadute” sul diritto alla maturazione delle ferie – che attiene, piuttosto, alle necessità del riposo dal lavoro, quand'anche il relativo diritto si riconosca presidiato da una particolare tutela, di rango costituzionale – in particolare in caso di godimento del congedo.

A tale proposito si è già avuto modo di sottolineare che di regola la giurisprudenza esclude la maturazione delle ferie nei periodi di sospensione dell'attività che non facciano sorgere la necessità di un corrispondente riposo (come nel caso dello sciopero, o della sospensione del lavoro a zero ore, in quanto la mancanza assoluta di una prestazione lavorativa fa venir meno la necessità di ripristino psicofisico), mentre afferma il diritto alla matu-

razione in tutti i casi di sospensione di breve durata, equiparati dalla legge o convenzionalmente a servizio effettivo in quanto non implicano un'apprezzabile flessione di disponibilità e/o di applicazione lavorativa.

Per tale motivo era già apparso necessario operare un distinguo tra permessi e congedi, arrivando alla conclusione che una interpretazione – per la quale i permessi di cui all'art. 33 consentono la maturazione del periodo feriale, poiché non danno origine a quel tipo di flessione – apparisse più coerente sul piano sistematico, rispetto ad un'interpretazione diretta ad escludere tale incidenza.

La tesi secondo cui neanche il godimento dei congedi esclude la maturazione del diritto alle ferie, nel corrispondente periodo – pur essendo questi caratterizzati da una sospensione più o meno lunga del rapporto di lavoro – trae il proprio fondamento nell'ineludibile principio di non discriminazione, che consente di porre rimedio a tutte le situazioni di svantaggio in cui ci si venga a trovare in conseguenza di una particolare condizione personale.

Rimane il dubbio, tuttavia, che la rivendicazione di tale necessità appaia impropria, nel caso delle ferie, rispetto alla funzione che l'ordinamento riconosce alle misure di sostegno all'*handicap*, ed alle corrispondenti necessità che fanno da contraltare allo svolgimento del delicato compito di assistenza e cura, secondo l'interpretazione che ne viene offerta dai massimi organi della giurisdizione.