

25/3
V.
IL VICE CAPO VICARIO
Dott. Luigi Pagano



Ministero della Giustizia
Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria
Direzione Generale del Personale e della Formazione

Prot.



GDAP - 0325597 - 2014

LETTERA CIRCOLARE

PU-GDAP-1a00-26/09/2014-0325597-2014

AL SIGNOR DIRETTORE DELL'ISTITUTO SUPERIORE
DEGLI STUDI PENITENZIARI
ROMA

AI SIGNORI DIRETTORI GENERALI
SEDE

ALL'UFFICIO DEL CAPO DEL DIPARTIMENTO - U.O.R.
SEDE

AI SIGNORI PROVVEDITORI REGIONALI
LORO SEDI

AI SIGNORI DIRETTORI DELLE SCUOLE DI FORMAZIONE E
AGGIORNAMENTO DEL PERSONALE
LORO SEDI

E, P.C.

AI SIGNORI VICE CAPI DEL DIPARTIMENTO
SEDE

AL SIGNOR CAPO DEL DIPARTIMENTO PER LA GIUSTIZIA MINORILE
ROMA

ALL'UFFICIO DEL CAPO DEL DIPARTIMENTO - RELAZIONI SINDACALI
SEDE

OGGETTO: Congedo ordinario biennale per assistenza a congiunto gravemente disabile - modifiche introdotte dall'art. 4 del decreto legislativo del 18 luglio 2011 n. 119; parere del Consiglio di Stato n. 8190/12 del 28 dicembre 2012 relativo alla commutabilità dei periodi di congedo ai fini della progressione in carriera; sentenza della Corte Costituzionale n. 203 del 3 luglio 2013 relativa all'estensione del congedo al parente o l'affine entro il terzo grado.



Ministero della Giustizia
Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria
Direzione Generale del Personale e della Formazione

Il decreto legislativo 119/2011 ha introdotto un vero e proprio ordine di priorità tra gli aventi diritto al beneficio in parola, così graduato.

§ 1. Aventi diritto

1. Al primo posto è collocato il **coniuge** del disabile “in situazione di gravità”, con questo convivente. Solo in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti del coniuge, hanno diritto a fruire del congedo:
2. il **padre o la madre**, anche se adottivi, ancorché non conviventi con il figlio gravemente disabile, se ricorrano le seguenti condizioni:
 - a. il disabile non sia coniugato o sia legalmente separato o divorziato ovvero non conviva con il coniuge (nel qual caso devono essere resi espliciti e documentati i motivi che impediscono la coabitazione);
 - b. o, alternativamente, il coniuge del disabile abbia cessato di vivere o sia a sua volta affetto da patologie invalidanti.
3. il **figlio convivente** con il genitore disabile nel caso in cui si verificano le seguenti condizioni:
 - a. il genitore disabile sia legalmente separato o divorziato ovvero non conviva con il coniuge (nel qual caso devono essere resi espliciti e documentati i motivi che impediscono la coabitazione);
 - b. o, alternativamente, il coniuge del disabile abbia cessato di vivere o sia a sua volta affetto da invalidità grave;
 - c. entrambi i genitori del disabile abbiano cessato di vivere o siano totalmente inabili ovvero versino nella materiale impossibilità di prestare assistenza al figlio disabile a causa della lontananza fisica – che deve essere puntualmente comprovata e documentata – da quest’ultimo;
4. uno dei **fratelli o delle sorelle** conviventi con il disabile, quando ricorrano le seguenti condizioni:
 - a. il disabile non sia coniugato o sia legalmente separato o divorziato ovvero non conviva con il coniuge (nel qual caso devono essere resi espliciti e documentati i motivi che impediscono la coabitazione);



Ministero della Giustizia
Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria
Direzione Generale del Personale e della Formazione

- b. o, alternativamente, il coniuge del disabile abbia cessato di vivere o sia a sua volta affetto da patologie invalidanti;
 - c. entrambi i genitori del disabile abbiano cessato di vivere o siano totalmente inabili ovvero versino nella materiale impossibilità di prestare assistenza al figlio disabile a causa della lontananza fisica – che deve essere puntualmente comprovata e documentata – da quest'ultimo;
 - d. e, infine, il disabile non abbia figli o non conviva con alcuno di essi ovvero i figli conviventi siano a loro volta affetti da patologie invalidanti.;
5. un **parente o affine entro il terzo grado** convivente con il disabile, quando ricorrano le seguenti condizioni (Sentenza Corte Costituzionale 3 luglio 2013, n. 203):
- a. il disabile non sia coniugato o sia legalmente separato o divorziato ovvero non conviva con il coniuge (nel qual caso devono essere resi espliciti e documentati i motivi che impediscono la coabitazione);
 - b. o, alternativamente, il coniuge del disabile abbia cessato di vivere o sia a sua volta affetto da patologie invalidanti;
 - c. entrambi i genitori del disabile abbiano cessato di vivere o siano totalmente inabili ovvero versino nella materiale impossibilità di prestare assistenza al figlio disabile a causa della lontananza fisica – che deve essere puntualmente comprovata e documentata – da quest'ultimo;
 - d. il disabile non abbia figli o non conviva con alcuno di essi ovvero i figli conviventi siano a loro volta affetti da patologie invalidanti;
 - e. e infine, il disabile non abbia sorelle o fratelli o non conviva con alcuno di essi ovvero gli stessi siano a loro volta affetti da patologie invalidanti.

§ 2. Patologie invalidanti

Per quanto concerne le patologie invalidanti, in assenza di un'esplicita definizione legislativa, si ritiene di potere quivi richiamare quanto già in merito disposto, peraltro con riferimento all'istituto affine dei permessi mensili, dalle circolari dell'INPS del 3 dicembre 2010, n. 155, e della Funzione Pubblica n. 13-



Ministero della Giustizia
Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria
Direzione Generale del Personale e della Formazione

2010. Entrambe prevedono che: "In mancanza di un'espressa scelta sul punto, sentito il Ministero della salute, un utile punto di riferimento per l'individuazione di queste patologie è rappresentato dall'art. 2, comma 1, lettera d), numeri 1, 2 e 3 del Decreto Interministeriale - Ministero per la Solidarietà Sociale, di concerto con i Ministeri della Sanità, del Lavoro e della Previdenza Sociale e per le Pari Opportunità - del 21 luglio 2000, n. 278, (Regolamento recante disposizioni di attuazione dell'articolo 4 della L. 8 marzo 2000, n. 53, concernente congedi per eventi e cause particolari), che individua le ipotesi in cui è possibile accordare il congedo per gravi motivi di cui all'art. 4, comma 2, della legge n. 53 del 2000. In particolare, si tratta delle: "1) patologie acute o croniche che determinano temporanea o permanente riduzione o perdita dell'autonomia personale, ivi incluse le affezioni croniche di natura congenita, reumatica, neoplastica, infettiva, dismetabolica, post-traumatica, neurologica, neuromuscolare, psichiatrica, derivanti da dipendenze, a carattere evolutivo o soggette a riacutizzazioni periodiche; 2) patologie acute o croniche che richiedono assistenza continuativa o frequenti monitoraggi clinici, ematochimici e strumentali; 3) patologie acute o croniche che richiedono la partecipazione attiva del familiare nel trattamento sanitario".

In presenza di queste situazioni, che naturalmente debbono essere tutte documentate, anche l'art. 42, comma 5, del decreto legislativo n. 151 del 2001 (al pari del novellato art. 33, comma 3, della legge n. 104 del 1992) consente di allargare la cerchia dei familiari legittimati a fruire della presente agevolazione, "stimando a priori che i soggetti affetti dalle patologie in esame non siano in grado di prestare un'assistenza adeguata alla persona in situazione di handicap grave. Pertanto, nel caso in cui il coniuge o i genitori della persona in situazione di handicap grave siano affetti da patologie rientranti in questo elenco, l'assistenza potrà essere prestata da uno dei figli conviventi," ove, peraltro, anche questi siano affetti dalle succitate patologie, il diritto a fruire del congedo straordinario passa a uno dei fratelli o sorelle conviventi.

§ 3. Presupposti – condizione di handicap

Presupposto per la concessione del beneficio *de quo* è che la situazione di handicap del congiunto da assistere sia stata accertata ai sensi dell'art. 4, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104.



Ministero della Giustizia
Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria
Direzione Generale del Personale e della Formazione

Come noto, lo stato di handicap è definito e graduato dall'art. 3 della legge n. 104/1992: in particolare, il comma 1. dà la definizione di "persona handicappata", mentre il comma 3. chiarisce quali caratteristiche debba possedere la situazione di handicap per assumere "la connotazione di gravità".

Ne consegue che, ove il provvedimento che certifica lo stato di handicap grave abbia un termine di validità, il beneficio in parola non può ovviamente essere accordato per un periodo superiore.

Del pari, ove la condizione di handicap venga meno durante il periodo di efficacia del provvedimento di concessione, quest'ultimo deve essere revocato a far tempo dalla data di cessazione della condizione di handicap del congiunto assistito.

§ 4. Certificazione

Ove l'interessato non disponga già della certificazione attestante la situazione di handicap grave, può presentare – giusta la previsione contenuta nell'art. 20 (*Contrasto alle frodi in materia di invalidità civile*), comma 3., della legge n. 102/2009 – la domanda volta a ottenere il riconoscimento di tale situazione all'INPS, che provvederà a trasmetterla alla competente Azienda Sanitaria Locale.

La situazione di gravità dell'handicap, infatti, è valutata da un'apposita Commissione medica, operante presso l'Azienda Sanitaria Locale di appartenenza del disabile, e composta secondo le indicazioni contenute nell'art. 1 della legge 15 ottobre 1990, n. 244, dall'art. 4 della legge n. 104/1992 e, da ultimo, dall'art. 20, comma 1, della legge n. 102/2009. La Commissione medica deve pronunciarsi, in ordine agli accertamenti della situazione di handicap, nel termine di centottanta giorni dalla data di presentazione della domanda (art. 2, comma 3-bis, del decreto legge 27 agosto 1993, convertito nella legge del 27 ottobre 1993, n. 423).

Qualora, peraltro, l'organo tecnico collegiale non si pronunci entro novanta giorni da tale data, l'accertamento può essere effettuato *in via provvisoria* da un medico, specialista nella patologia denunciata presso l'Azienda Sanitaria Locale da cui è assistito l'interessato (art. 2, comma 2, della legge 27 ottobre 1993, n. 423).

A quest'ultimo proposito, peraltro, bisogna osservare che l'art. 2, comma 2, della legge del 27 ottobre 1993, n. 423 prevede *letteralmente* che l'accertamento



Ministero della Giustizia
Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria
Direzione Generale del Personale e della Formazione

provvisorio dell'handicap sia utile "ai soli fini previsti dall'art. 33" della legge n. 104/1992, quindi esclusivamente a fruire delle agevolazioni dei permessi mensili e dell'assegnazione alla sede di servizio più vicina al domicilio del disabile, non anche ai fini dell'art. 42, comma 2, del decreto legislativo n. 151/2001.

Tale omissione si giustifica se si considera che l'istituto del congedo straordinario biennale è stato introdotto in epoca successiva a quella di entrata in vigore della disposizione in esame.

Inoltre, l'*eadem ratio* delle agevolazioni previste dagli artt. 33, cit. e 42, comma 5, induce ad estendere la disposizione di cui all'art. 2, comma 2, della legge del 27 ottobre 1993, n. 423 anche al beneficio previsto dall'articolo 42, del decreto legislativo n. 151/2001. (Circolare INPS 29 aprile 2008, n. 53, recante:

"Nuove disposizioni in materia di diritto alla fruizione dei permessi di cui all'articolo 33 della legge n. 104/99").

L'accertamento provvisorio produce evidentemente effetto fino alla emissione della valutazione definitiva da parte della Commissione medica (art. 2, comma 3, della legge del 27 ottobre 1993, n. 423).

In questo caso, la certificazione provvisoria, per essere idonea, deve contenere, oltre alla diagnosi clinica, anche la specificazione delle difficoltà socio-lavorative, relazionali e situazionali che la stessa provoca, in cui, come visto, si sostanzia il giudizio di gravità dell'handicap.

§ 5. Mancanza di ricovero a tempo pieno

Altra condizione indispensabile per il riconoscimento della spettanza del beneficio *de quo* si concretizza nella circostanza che la persona da assistere non sia ricoverata a tempo pieno. Per ricovero a tempo pieno deve intendersi quello, per le intere ventiquattro ore, presso strutture ospedaliere o simili, pubbliche o private, che assicurano assistenza sanitaria continuativa.

Peraltro il decreto legislativo n. 119/2001 ha introdotto un temperamento a tale condizione, disponendo che il congedo in commento può essere accordato anche nel caso in cui la persona da assistere sia ricoverata a tempo pieno purché "sia richiesta dai sanitari la presenza del soggetto che presta assistenza".



Ministero della Giustizia
Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria
Direzione Generale del Personale e della Formazione

§ 6. Convivenza nei casi previsti dalla legge

Il legislatore ha previsto come necessario il requisito della convivenza qualora a richiedere il congedo siano: il coniuge, il figlio, un fratello o una sorella del disabile o un parente o affine entro il terzo grado.

Per comprendere la portata dell'espressione adoperata dal legislatore, sono necessarie alcune considerazioni che, prendendo le mosse dalle conclusioni sul punto raggiunte dagli organi di altre Amministrazioni, tentano di andare oltre, attribuendo rilevanza, ai fini della concessione del beneficio in parola, non tanto al dato formale – residenza anagrafica – quanto a quello sostanziale di dimora abituale.

A questo proposito, è bene ricordare il Messaggio INPS – Direzione Centrale Prestazioni a Sostegno del Reddito – 2 settembre 2009, n. 19583 recante “Chiarimenti sul concetto di “convivenza”, espresso nella sentenza n. 19/2009, in caso di richiesta di congedo straordinario di cui all’art. 42, 5° co., del D. Lgs. n. 151/2001”.

“Con circolare n. 41 del 16/03/2009” – si legge nel messaggio in parola – “è stata recepita la sentenza della Corte Costituzionale n. 19 del 26/01/2009, con la quale è stata estesa al figlio convivente la possibilità di fruire del congedo straordinario ex art. 42, comma 5, D. Lgs. n. 151/2001.

In riferimento all'esatta portata del termine “convivenza”, citato nella suindicata sentenza, il Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, su espressa richiesta di questa Direzione, ha evidenziato quanto enunciato dalla stessa Corte Costituzionale circa la necessità primaria di “assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell’assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare, al fine di evitare lacune nella tutela della salute psico-fisica dello stesso”.

Lo stesso Ministero ha concluso “che, alla luce della necessità di una assistenza continuativa, per convivenza si deve fare riferimento, in via esclusiva, alla residenza, luogo in cui la persona ha la dimora abituale, ai sensi dell’art. 43 c. c., non potendo ritenersi conciliabile con la predetta necessità la condizione di domicilio né la mera elezione di domicilio speciale previsto per determinati atti o affari dall’art. 47 c. c.”.

Argomenta, in sostanza, il Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, che, se la “ratio legis della disposizione normativa” di cui



Ministero della Giustizia
Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria
Direzione Generale del Personale e della Formazione

all'art. 42, comma 5, cit. "consiste nel favorire l'assistenza al soggetto con handicap grave mediante la previsione del diritto ad un congedo straordinario – remunerato in misura corrispondente all'ultima retribuzione e coperto da contribuzione figurativa – che," ha "l'evidente fine di assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza ed evitare vuoti pregiudizievoli alla salute psicofisica del soggetto diversamente abile, indipendentemente dall'età e dalla condizione di figlio dell'assistito" (sentenza n. 233/1995), è evidente che quando si va a determinare l'esatta portata del termine "convivenza", non può che farsi riferimento al concetto di residenza, quale dimora abituale della persona, e non già evidentemente a quello di domicilio, per la determinazione del quale si deve fare riferimento alla sede principale in cui la persona ha localizzato i propri interessi patrimoniali.

A questo proposito può essere utile ricordare che la Corte di Cassazione ha da tempo stabilito (Sez. 1^a, sent. n. 3322 del 1960) che, mentre la residenza si ricollega al concetto di una dimora della persona in un dato luogo, avente carattere di relativa stabilità e durata, e riguarda il fatto della sua presenza abituale in un determinato luogo, il domicilio prescinde dal fatto della dimora o dalla presenza della persona in un luogo, in quanto esso, pur riposando su un elemento di fatto, costituito dall'aver la persona stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi, consiste in una relazione tra la persona e detto luogo, essenzialmente ed anche soltanto giuridica, caratterizzata dalla volontà della persona di stabilire in quel luogo la sede generale delle sue relazioni e dei suoi interessi.

Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha poi avuto modo di esprimersi nuovamente sull'esatto contenuto da attribuire al controverso concetto di "convivenza", con propria Circolare 18 febbraio 2010, prot. 3884, avente per oggetto: "D. lgs. 151/01 art. 42 co. 5 – Sentenza Corte Costituzionale n. 19/2009 – inclusione del figlio convivente nel novero dei soggetti legittimati a fruire del congedo. Chiarimenti sul concetto di "convivenza".

La determinazione amministrativa prende le mosse dalle numerose rimostranze pervenute al predetto Ministero da parte di persone alle quali era stato opposto il diniego del beneficio in esame sul presupposto che i soggetti interessati, pur avendo la residenza nello stesso Comune e allo stesso indirizzo (identità di stabile e numero civico) del disabile da assistere, non condividevano lo stesso appartamento.



Ministero della Giustizia
Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria
Direzione Generale del Personale e della Formazione

Il Ministero osservava che, "al riguardo, com'è noto, il fine perseguito dalla normativa che si occupa dei permessi per coloro che assistono soggetti disabili – ribadito anche dalle sentenze additive della Corte Costituzionale su questa materia – risiede nella tutela psico-fisica del disabile e il suo fondamento è ravvisabile nei principi di solidarietà sociale di rango costituzionale in materia di salute e famiglia. Del resto, è di tutta evidenza che la residenza nel medesimo stabile, sia pure in interni diversi, non pregiudica in alcun modo l'effettività e la continuità dell'assistenza al genitore disabile. Ancorare, quindi, la concessione del diritto esclusivamente alla coabitazione priverebbe in molti casi il disabile della indispensabile assistenza atteso che, il più delle volte, gli aventi diritto hanno già conseguito una propria indipendenza. Pertanto, al fine di addivenire ad una interpretazione del concetto di convivenza che faccia salvi i diritti del disabile e del soggetto che lo assiste, rispondendo, nel contempo, alla necessità di contenere possibili abusi e un uso distorto del beneficio, si ritiene giusto ricondurre tale concetto a tutte quelle situazioni in cui, sia il disabile sia il soggetto che lo assiste abbiano la residenza nello stesso Comune, riferita allo stesso indirizzo: stesso numero civico anche se interni diversi."

L'INPS, in conformità, con proprio messaggio 4 marzo 2010, n. 6512 avente per oggetto "Sentenza Corte Costituzionale n. 19/2009. Inclusione del figlio convivente nel novero dei soggetti legittimati a fruire del congedo straordinario di cui all'art. 42, 5° comma, del D. Lgs. n. 151/2001. Chiarimenti sul concetto di convivenza", ha disposto che "alla luce delle sopravvenute indicazioni ministeriali, l'accertamento del requisito della "convivenza", nei casi di specie, dovrà essere effettuato attenendosi a tali indicazioni, ritenendosi condizione sufficiente solo la residenza nel medesimo stabile, stesso numero civico, ma non anche nello stesso interno (appartamento)."

Si tratta a questo punto di stabilire se, ai fini dell'applicazione della normativa in parola, sia sufficiente la mera indicazione anagrafica o se non si debba piuttosto accertare, qualora la casa di abitazione e il luogo in cui la persona esercita il proprio lavoro non si trovino nello stesso comune, in quale di essi vi sia una consuetudine di vita prevalente, onde stabilire l'effettivo comune di residenza.

Per rispondere al quesito è necessario inquadrare esattamente i concetti di residenza, dimora abituale e domicilio.

La residenza, quale dimora abituale è il luogo di normale abitazione, ossia il luogo dove la persona vive normalmente l'intimità sua e della sua



Ministero della Giustizia
Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria
Direzione Generale del Personale e della Formazione

famiglia (Bianca). Secondo la Suprema Corte di Cassazione, a partire dalla sentenza n. 1925 del 1955, la residenza è determinata dall'abituale e volontaria dimora di una persona in un dato luogo, cioè dall'*elemento oggettivo* della permanenza in esso e dall'*elemento soggettivo* dell'intenzione di avervi stabile dimora, rilevata dalla consuetudine di vita e dallo svolgimento di normali relazioni sociali (Cass. 08/14058). La presenza anche di un elemento soggettivo è indotta dallo stesso dato materiale: conseguenza della rilevanza secondaria dell'elemento intenzionale è l'impossibilità di conservare la residenza *solo animo*, indipendentemente, cioè, dal fatto di dimorare stabilmente nel luogo.

L'abitudine che definisce la dimora come residenza, poi, viene intesa come stabilità della permanenza nel luogo. Ciò significa che non è necessario che la relazione sia perpetua o continua: eventuali allontanamenti, anche se frequenti, non sarebbero pertanto incompatibili con la persistenza della residenza nel luogo in cui la persona è solita ritornare (v. Cass. 08/14058). La residenza, quale dimora abituale, potrà infatti considerarsi mutata solo quando lo stare della persona in un altro luogo assuma il connotato della abitudine, prevalendo sul precedente luogo di dimora, con la conseguenza che quest'ultimo cessa di essere luogo della dimora abituale e si costituisce un'altra residenza.

Quando la durata dell'allontanamento sia tale da interrompere il legame di stabilità è questione da risolvere volta per volta, considerando le circostanze del caso concreto. Si è, peraltro, osservato che il concetto di abitudine porta con sé un elemento di prevalenza quantitativa.

Coerentemente con queste premesse si è rilevato che, se è vero che la nozione giuridica di residenza infatti rimandi in qualche modo alla legge sull'anagrafe (legge 24 dic. 1954, n. 1228 e reg. d.p.r. 30 maggio 1989, n. 223), è assai discussa la compatibilità tra quest'ultima disciplina e quella civilistica.

La nozione di residenza identifica una situazione di fatto, mentre le registrazioni anagrafiche sono atti.

L'indicazione anagrafica non vale perciò a determinare la residenza in senso civilistico, ma assume comunque rilevanza probatoria, ancorché ai terzi è consentito provare con ogni mezzo che l'effettiva residenza, cioè l'abituale dimora, non coincide con quella anagrafica (vedi, ex plurimis, Cass. Sentenza 22 novembre 2006, n. 24852, la quale, in tema di notificazione, nega che la prova della residenza effettiva del destinatario possa essere fornita mediante la produzione di risultanze anagrafiche che indicano una residenza diversa dal



Ministero della Giustizia
Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria
Direzione Generale del Personale e della Formazione

luogo in cui è stata effettuata la notifica, in quanto siffatte risultanze, aventi valore meramente dichiarativo, offrono a loro volta una mera presunzione, superabile alla stregua di altri elementi idonei a evidenziare, in concreto, una diversa ubicazione in concreto della residenza effettiva; nonché sentenza 16 novembre 2006, n. 24422, per la quale in tema di notificazioni, ai fini della determinazione del luogo di residenza occorre fare riferimento a quella effettiva del destinatario dell'atto, tenuto conto che le risultanze anagrafiche, rivestendo valore meramente presuntivo, possono essere superate dalla prova contraria, che può essere desunta da qualsiasi fonte di convincimento idoneo a dimostrare che la dimora abituale del soggetto si trova in luogo diverso).

Sulla scorta delle considerazioni che si sono sin qui svolte qualora non vi sia coincidenza tra risultanze anagrafiche del dipendente e luogo in cui questi dimori abitualmente, (nel senso che alla stregua delle prime il dipendente risulti risiedere nella stessa circoscrizione comunale e allo stesso indirizzo del soggetto disabile, ma l'Amministrazione accerti che il medesimo dipendente abbia instaurato la propria dimora abituale in altro comune), viene meno la condizione che integra la previsione di legge e la domanda va rigettata.

A questo riguardo, si può, ancora, richiamare (Sez. I Corte di Cassazione 9 aprile 1996 n. 3281) la quale, seppure in tema di notificazione ex art. 139 c. p. c., afferma che "la consegna dell'atto a un membro del nucleo familiare, il quale abbia pure la qualità di convivente del destinatario, riposa, implicitamente, ma necessariamente, sul presupposto della effettuazione del relativo adempimento presso l'abitazione del destinatario medesimo, tenendosi conto che **il familiare è anche convivente se ed in quanto stabilmente presente nella dimora abituale**".

§ 7. Durata

In relazione alle modalità di fruizione, l'art. 42, comma 5bis, del decreto legislativo n. 151/2001, nella più recente formulazione, stabilisce che il congedo **non può superare la durata complessiva di due anni per ciascuna persona portatrice di handicap** (primo periodo) e nell'arco della vita lavorativa. Inoltre esso non può essere riconosciuto a più di un lavoratore per l'assistenza alla stessa persona (secondo cpv).



Ministero della Giustizia
Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria
Direzione Generale del Personale e della Formazione

Il combinato disposto di tali disposizioni importa che:

- 7.1 il periodo massimo di congedo di due anni si applica *complessivamente* a tutti gli interessati, nell'arco della vita lavorativa di tutti, e può essere fruito alternativamente dagli aventi diritto (circolare INPDAP 10 gennaio 2002, n. 2), con la sola eccezione rappresentata dall'ipotesi in cui l'assistenza debba essere prestata a favore del figlio con handicap in situazione di gravità, nel qual caso entrambi i genitori possono fruire del congedo in parola, sia pure *alternativamente*. Peraltro nei giorni in cui uno dei genitori è assente dal servizio *ex art. 42, comma 5, cit.*, l'altro non solo non può assentarsi dal servizio per il medesimo motivo, ma neppure può fruire dei permessi di cui all'art. 33, commi 2 e 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e 33, comma 1, del decreto;
- 7.2 in presenza di più persone in situazione di disabilità grave il beneficio spetta per ciascuna di esse.

§ 8. Rapporto di lavoro in essere

È controverso se se sia configurabile l'istituto giuridico in parola anche durante lo svolgimento dell'attività lavorativa da parte del soggetto disabile da assistere.

L'INPS (già con circolare n. 2 del 10 gennaio 2002) è precisa nell'affermare che: "durante la fruizione del congedo straordinario vige il divieto di svolgere alcun tipo di attività lavorativa. Lo spirito e la finalità della legge escludono che il beneficio *de quo* sia concedibile se la persona da assistere presta, a sua volta, attività lavorativa, nel periodo di godimento del congedo da parte degli aventi diritto. Ciò va inteso nel senso che il gravemente disabile può essere parte di un rapporto di lavoro, ma non deve prestare concretamente l'attività lavorativa nel periodo di godimento del congedo da parte degli aventi diritto (ad esempio: ferie, malattie, infortunio...)".

L'INPDAP ha fornito indicazioni di pari tenore nella sua Circolare 12 maggio 2004, n. 31, per la quale il congedo straordinario in oggetto è fruibile "a condizione che" i soggetti con handicap in situazione di gravità "non siano ricoverati a tempo pieno presso istituti specializzati e non prestino attività lavorativa".



Ministero della Giustizia
Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria
Direzione Generale del Personale e della Formazione

Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali – Direzione generale per l'attività ispettiva, con propria più recente risoluzione 6 luglio 2010, n. 30, dopo avere premesso che: “la necessità o meno di assistenza, per il periodo di svolgimento dell'attività lavorativa da parte del disabile, andrebbe valutata caso per caso, **non sembra conforme allo spirito della normativa porre, a priori, un limite alla fruizione del congedo da parte di colui che assiste il familiare disabile.**

Tale lettura della norma risulterebbe, peraltro, in contrasto con i principi formulati dalla L. n. 104/1992 che mira invece a promuovere la piena integrazione del disabile nel mondo del lavoro e l'adozione delle misure atte a favorirla, così come in contrasto con le finalità di cui alla L. n. 68/1999. L'assistenza ben può sostanzarsi in attività collaterali ed ausiliarie rispetto al concreto svolgimento dell'attività lavorativa da parte del disabile, quali l'accompagnamento da e verso il luogo di lavoro, ovvero attività di assistenza che non necessariamente richiede la presenza del disabile, ma che risulta di supporto per il medesimo (ad esempio prenotazione e ritiro di esami clinici).

Si ritiene pertanto, alla luce dell'attuale normativa, che il diritto alla fruizione del congedo *de quo* da parte del familiare non può essere escluso, a priori, nei casi in cui il disabile svolga, per il medesimo periodo, attività lavorativa”.

§ 9. Frazionabilità

Il beneficio può essere fruito anche per periodi frazionati, anche se non inferiori alla giornata intera. Non è ammesso, quindi, il frazionamento a ore.

Nel periodo di fruizione del congedo biennale in parola si computano anche i giorni festivi (quindi le domeniche nonché i festivi infrasettimanali) ricadenti nel periodo stesso.

Ne discende che, in caso di godimento frazionato del congedo straordinario *de quo*, tra un periodo e l'altro di fruizione è necessario – perché nel congedo non si computino anche le festività nonché il sabato – che ci sia una effettiva ripresa dell'attività lavorativa da parte del dipendente. Così, per esempio, in caso di orario di servizio articolato su cinque giorni lavorativi, è necessario, ove il dipendente abbia chiesto di fruire per l'intera settimana del congedo *de quo*, che almeno il lunedì successivo o, comunque, la prima giornata lavorativa successiva, presti normalmente servizio, se non vuole che nel



Ministero della Giustizia
Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria
Direzione Generale del Personale e della Formazione

periodo di congedo straordinario fruito siano computati anche il sabato, la domenica e gli altri giorni festivi eventualmente ricadenti nel periodo di assenza.

§ 10. La retribuzione

Il comma 5-ter aggiorna e rende più circostanziata la disposizione in materia di indennità spettante e contribuzione figurativa: durante il periodo di congedo, il richiedente ha diritto a vedersi corrisposta un'indennità corrispondente alla retribuzione percepita nell'ultimo mese di lavoro che precede il congedo, con riferimento alle voci fisse e continuative del trattamento (comprensivo, quindi, del rateo di tredicesima mensilità, altre mensilità aggiuntive, gratifiche, indennità, premi, ecc.).

Il periodo di fruizione del congedo straordinario di cui trattasi è coperto da contribuzione figurativa. **Si ricorda che i contributi figurativi sono utili sia per raggiungere il diritto a pensione sia per aumentare il diritto a pensione.**

L'indennità e la contribuzione figurativa spettano fino a un importo complessivo massimo di euro 43.579,06 annui per il congedo di durata annuale. Detto importo è rivalutato annualmente, a decorrere dall'anno 2011 (in cui l'importo massimo *de quo* è pari a 44.276,32 euro), sulla base della variazione dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati.

§ 11. Le ferie, la tredicesima mensilità e il TFR

Il comma 5-quinquies, art. 42, cit. precisa che "il periodo di cui al comma 5 **non rileva**", cioè non si computa, "ai fini della maturazione delle ferie, della tredicesima mensilità e del trattamento di fine rapporto", in sostanza la fruizione del congedo retribuito importa una proporzionale riduzione delle ferie, della tredicesima mensilità e del t.f.r..

Con ciò il legislatore si è conformato a quanto già affermato in via interpretativa dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica con il parere 18 marzo 2008 n. 21/08.



Ministero della Giustizia
Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria
Direzione Generale del Personale e della Formazione

§ 12. Permessi non retribuiti

Per il nuovo comma 5-*quater*, i soggetti che usufruiscono del congedo straordinario biennale per un periodo *continuativo non superiore a sei mesi* hanno diritto ad usufruire di permessi non retribuiti in misura pari al numero di giorni di ferie (congedo ordinario) che avrebbero maturato nello stesso arco di tempo lavorativo, senza riconoscimento del diritto a contribuzione figurativa.

§ 13. Computabilità nell'anzianità di servizio (Consiglio di Stato parere 28 novembre 2012 n. 8190/12)

Il Consiglio di Stato con parere 28 novembre 2012 n. 8190/12, ha confermato quanto espresso dal Dipartimento della Funzione Pubblica nella Circolare 3 febbraio 2012 n. 1, e cioè che "la validità dei periodi ai fini del calcolo dell'anzianità riguarda la loro commutabilità ai fini del raggiungimento del diritto a pensione, essendo coperti da contribuzione, ma non sembra poter raggiungere l'equivalenza al servizio effettivo da prendere in considerazione ai fini della progressione in carriera".

§ 14. I Signori Provveditori vorranno cortesemente diramare le presenti istruzioni alle dipendenti articolazioni.

L'Ufficio Organizzazione e relazioni del Capo del Dipartimento, con pari cortesia, si compiacerà diramarle agli uffici e servizi di staff.

IL DIRETTORE GENERALE
Riccardo Turrini Vita