

Sede Centrale
Area tutela del danno alla persona

00198 Roma - Via Giovanni Paisiello 43
Telefono 06-855631 - Fax 06-85352749
Internet : <http://www.inca.it>
e-mail : area-tutela-danno-alla-persona@inca.it

Roma, 4 marzo 2010

Prot. n. 20/2010/MPS/rb

- Ai Coordinatori Regionali INCA
 - Direttori Comprensoriali INCA
 - Agli Uffici Zona INCA
 - I Dipartimento Welfare e Nuovi Diritti
 - Alle Categorie Nazionali CGIL
 - Al Dipartimento Handicap CGIL
- LORO SEDI

- Oggetto: 1. **Cassazione Sez. Lavoro, sentenza n. 4623 del 25.2.2010.** Diritto ad usufruire di due permessi giornalieri retribuiti in presenza di due figli gemelli riconosciuti portatori di handicap in situazione di gravità.
2. **Corte Costituzionale, sentenza n. 80 depositata il 26 febbraio 2010.** Diritto all'istruzione dei disabili ed illegittimità costituzionale delle disposizioni che stabiliscono un limite al numero degli insegnanti di sostegno.

Care compagne, cari compagni,

portiamo alla vostra conoscenza due rilevanti pronunciamenti delle Alte Corti in materia di diritti dei cittadini con disabilità.

La prima sentenza, di Cassazione sezione Lavoro, è stata promossa dalla sede Inca di Bergamo e patrocinata dagli avvocati Assennato ed Andreoni della consulenza legale dell'Inca nazionale, e stabilisce il diritto di un lavoratore, padre di due figli gemelli di età inferiore a 3 anni, ambedue portatori di grave handicap, ad usufruire del raddoppio dei permessi orari giornalieri.

Commento [IL1]: PADRE DI 2 GEMELLI ENTRAMBI PORTATORI DI GRAVE HANDICAP-RADDOPPIO DEI PERMESSI

Il fatto

Il lavoratore, presentata regolare domanda all'Inps, si era visto negare il beneficio dall'Istituto che sosteneva che la norma non prevede la possibilità di un raddoppio dei permessi giornalieri in presenza di due figli gemelli. La nostra sede Inca propone azione legale ma il Tribunale rigetta la domanda, decisione poi confermata anche in appello.

Il lavoratore decide insieme all'Inca di domandare la cassazione di tale sentenza; l'Inps resiste con contro ricorso.

Il diritto

I motivi che sostengono il ricorso in Cassazione sono:

1. il permesso di due ore al giorno è finalizzato all'assistenza di ciascun bambino con handicap grave e deve perciò raddoppiarsi, così come previsto nell'ipotesi di parto plurimo, ove i bambini da assistere siano due. Un meccanismo di cumulo dei permessi d'altronde viene già applicato dall'Inps -a seguito del parere del Consiglio di Stato- nel caso di più familiari handicappati di età superiore a 3 anni.
2. La sentenza di 1° grado impugnata sottomette la salute del bambino agli interessi del datore di lavoro e dell'ente previdenziale mentre la giurisprudenza costituzionale le riconosce una tutela prioritaria.
3. L'esclusione del doppio permesso orario determina una disparità di trattamento rispetto all'ipotesi di più figli handicappati di età superiore a tre anni, per i quali, come già indicato, viene riconosciuto il raddoppio.

Commento [IL2]: CASS. IL PERMESSO DI 2 ORE E' PREVISTO X 1 FIGLIO-SE I FIGLI SONO 2 SI RADDOPPIA

Commento [IL3]: CASS TUTELA PRIORITARIA DELLA SALUTE BAMBINO RISPETTO INTERESSI DATORE LAVORO

Commento [IL4]: CASS:DISPARITA' DI TRATTAMENTO RISPETTO A CASO DI FIGLI HANDICAPPATI DI ETA'> 3 ANNI

La Corte nel ritenere fondato il ricorso espone un interessante ragionamento che apre ad una interpretazione diversa ed estensiva della norma in questione ed alla sua applicazione nell'interesse dei bambini disabili.

Il ragionamento dei giudici si dipana partendo dalla constatazione che "...la configurazione giuridica delle posizioni soggettive riconosciute dalla L. n. 104 del 1992, art. 33, e i limiti del relativo esercizio all'interno del rapporto di lavoro, devono essere individuati alla luce dei numerosi interventi della Corte costituzionale, che - collocando le agevolazioni in esame all'interno di un'ampia sfera di applicazione della legge, **diretta ad assicurare, in termini quanto più possibile soddisfacenti, la tutela dei soggetti svantaggiati, destinata a incidere sul settore sanitario e assistenziale, sulla formazione professionale, sulle condizioni di lavoro, sulla integrazione scolastica - ha tuttavia precisato la discrezionalità del Legislatore nell'individuare le diverse misure operative finalizzate a garantire la condizione del disabile mediante la interrelazione e la integrazione dei valori espressi dal disegno costituzionale (cfr. Corte Cost. n. 406 del 1992; id., n. 325 del 1996).**

E pertanto "la misura prevista dall'art. 33, comma 2, deve intendersi come razionalmente inserita in un ampio complesso normativo - riconducibile ai principi sanciti dall'art. 3 Cost., comma 2, e dall'art. 32 Cost., - che deve trovare attuazione mediante meccanismi di solidarietà che, da un lato, non si identificano esclusivamente con l'assistenza familiare e, dall'altro, devono coesistere e bilanciarsi con altri valori costituzionali".

Nel proseguo del ragionamento, osservano i giudici, come l'agevolazione in questione sia volta ad evitare che il bambino resti privo di tutela psico-fisica e che questo possa compromettere la sua integrazione nella famiglia e nella collettività.

Si afferma infatti nuovamente il principio -già presente nella sentenza di Corte Costituzionale n. 19 del 2009 dichiarativa di illegittimità costituzionale della norma laddove non prevedeva il diritto dei figli di assistere i genitori disabili fruendo del congedo biennale retribuito- che **il destinatario della tutela realizzata mediante le agevolazioni lavorative previste dalla legge 104 del 1992 è la persona portatrice di handicap e non il lavoratore che la assiste.**

Commento [IL5]: DESTINATARIO TUTELA L.104 E' IL PORTATORE DI HANDICAP E NON IL LAVORATORE CHE ASSISTE

Anche la "Convenzione ONU dei diritti delle persone con disabilità" nell'indicare la finalità delle diverse legislazioni, conferma che deve essere quella di "permettere alle persone disabili una piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di uguaglianza con gli altri."

Inoltre, osserva la Corte, il lavoratore deve a sua volta poter esercitare i suoi diritti di lavoratore che assiste il familiare disabile, diritti che si configurano "in funzione del diritto del soggetto svantaggiato a ricevere assistenza." In altre parole, negando il diritto al lavoratore ad assistere il familiare disabile di fatto si impedisce al soggetto svantaggiato di ricevere assistenza.

In questo senso, una tutela più efficace può realizzarsi mediante una regolamentazione contrattuale, come auspicato e quasi sollecitato dai giudici.

I valori costituzionali rilevanti in questo caso sono l'esigenza del bambino di ricevere un'assistenza continua e adeguata dai propri genitori, l'interesse del datore di lavoro a ricevere la prestazione e la compatibilità economica delle prestazioni assistenziali con la generale funzione di assicurazione sociale svolta dall'istituto.

Di questi valori ha tenuto conto il Legislatore che definisce con esattezza le agevolazioni spettanti.

Per quanto riguarda l'esigenza del bambino i giudici osservano che la impossibilità di raddoppiare l'agevolazione prevista nel caso di bambini disabili di età inferiore a tre anni determinerebbe, tra l'altro, una irragionevole disparità, in senso opposto alle intenzioni del Legislatore, rispetto all'ipotesi di pluralità di bambini non svantaggiati, per i quali viene espressamente prevista la moltiplicazione dei periodi di riposo giornaliero (c.d. allattamento).

In ordine all'interesse del datore di lavoro invece viene osservato che optando per le due ore e non per il prolungamento del congedo parentale, il lavoratore mantiene attivo il rapporto di lavoro per il quale quotidianamente deve prestare attività.

L'opzione del prolungamento del congedo parentale infatti, produrrebbe una sospensione del rapporto di lavoro ed una conseguente assenza della prestazione lavorativa con un pregiudizio rilevante anche per il datore di lavoro, oltre che per il lavoratore che subirebbe la decurtazione della retribuzione e la perdita di professionalità conseguente al distacco dal lavoro.

Infine, conclude la Cassazione accogliendo il ricorso, *il bilanciamento dei diversi interessi coinvolti non può che avvenire secondo (il) parametro, che presuppone **la prevalenza dell'interesse del bambino e la tutela, prioritaria, del suo sviluppo e della sua salute quali diritti fondamentali dell'individuo** (ex art. 3 Cost., comma 2, e art. 32 Cost.), sì che, alla luce di una interpretazione della L. n. 104 del 1992, art. 33, comma 2, orientata alla complessiva considerazione di tale prevalente tutela, deve riconoscersi il diritto della lavoratrice madre, o del lavoratore padre, di figli con handicap in situazione di gravità ad usufruire, in alternativa al prolungamento fino a tre anni del congedo parentale, di due ore di permesso giornaliero retribuito per ciascun bambino sino al compimento del terzo anno di vita (e quindi di un permesso doppio in caso di figli gemelli, entrambi con handicap grave).*

La sentenza, bella e ben motivata, stabilisce un orientamento della giurisprudenza che non può essere ignorato dall'Istituto previdenziale.

Riteniamo che qualora si dovessero presentare nelle nostre sedi lavoratrici o lavoratori con problematiche analoghe a quella trattata dalla sentenza, sia opportuno presentare la richiesta all'Inps richiamando la sentenza stessa.

2. La sentenza della Corte Costituzionale riguarda il diritto di una bambina disabile a fruire di 25 ore settimanali di sostegno e non di sole 12 ore come invece stabilito dall'amministrazione scolastica in forza della legge 244/2007, articolo 2, commi 413 e 414, che ha limitato il numero di posti di insegnanti di sostegno a partire dall'anno scolastico 2008-2009.

Il provvedimento dell'amministrazione scolastica compromette il diritto del disabile ad una effettiva assistenza didattica, diritto tutelato dalla Costituzione e da norme internazionali. Ricordiamo che anche la legge 104 del 1992 stabilisce che venga garantito ai disabili, ai fini della loro integrazione scolastica, il necessario sostegno per mezzo di docenti specializzati (artt. 12 e 13).

La Corte ricorda inoltre la disposizione contenuta nell'articolo 40 della legge 449/97 volta ad assicurare l'integrazione scolastica degli alunni disabili con interventi adeguati al tipo ed alla gravità dell'handicap, compresa la possibilità di assumere con contratto a t.d. Insegnanti di sostegno, in deroga al rapporto decenti alunni, in presenza di handicap particolarmente gravi.

Questa disposizione si situa in linea di continuità con lo spirito della legge 104 proprio perché considera che ad un maggior livello di disabilità debba corrispondere un maggior grado di assistenza.

Le disposizioni invece della legge 244/2007 (finanziaria di Tremonti) contraddicono la ratio del summenzionato articolo 40 al punto da non garantire il diritto all'integrazione scolastica ai disabili che versano in condizioni di maggiore gravità.

Rinviamo alla lettura della sentenza, ricca di argomentazioni e spunti- taluni già presenti nel ricorso di remissione preparato dal giudice rimettente (il consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana)-, e ci limitiamo ad evidenziarne alcuni punti.

- i disabili non costituiscono un gruppo omogeneo. Vi sono forme di disabilità diverse: alcune hanno carattere lieve ed altre gravi. Per ognuna di esse è necessario individuare meccanismi di rimozione degli ostacoli che tengano conto della tipologia di handicap da cui risulti essere affetta in concreto una persona;

- nel processo di riabilitazione finalizzato ad un completo inserimento nella società del disabile, l'istruzione e l'integrazione scolastica rivestono un ruolo di primo piano;
- il diritto all'istruzione dei disabili è oggetto di specifica tutela da parte sia dell'ordinamento internazionale che di quello interno;
- la legge 104 del 1992 è volta a *“perseguire un evidente interesse nazionale , stringente ed frazionabile, quale è quello di garantire in tutto il territorio nazionale un livello uniforme di realizzazione di diritti costituzionali fondamentali dei soggetti portatori di handicap”*;
- il diritto del disabile all'istruzione si configura come diritto fondamentale e le norme censurate si pongono in contrasto con tale principio costituzionale;
- la discrezionalità di cui gode il Legislatore nell'individuare le misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili non ha carattere assoluto e trova un limite nel *“rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati”*;
- le norme censurate hanno inciso proprio su tale nucleo indefettibile di garanzie e per questo non trovano alcuna giustificazione nel nostro ordinamento.

Questi sono i principali motivi per i quali la Corte ritiene le disposizioni censurate irragionevoli e pertanto illegittime nella parte in cui, stabilendo un limite massimo invalicabile relativamente al numero di ore di insegnamento di sostegno, comportano automaticamente l'impossibilità di avvalersi di insegnanti specializzati che assicurino al disabile grave il miglioramento della sua situazione nell'ambito sociale e scolastico.

Alleghiamo il testo delle due sentenze.

Cari saluti.

p. il Settore
M.P. Sparti

p. Il Collegio di Presidenza
F. Gasparri

ALL. 2

Cassazione civile sez. lav.
25 febbraio 2010
n. 4623

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROSELLI Federico	- Presidente -
Dott. D'AGOSTINO Giancarlo	- Consigliere -
Dott. CURCURUTO Filippo	- Consigliere -
Dott. TOFFOLI Saverio	- Consigliere -
Dott. MORCAVALLO Ulpiano	- rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 28077/2006 proposto da:

O.D., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA BERGAMO 3, presso lo studio dell'avvocato ANDREONI AMOS, che lo rappresenta e difende, giusta mandato a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro

I.N.P.S. - ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DELLA FREZZA 17, presso l'Avvocatura Centrale dell'Istituto, rappresentato e difeso dagli avvocati FABIANI GIUSEPPE, TRIOLO VINCENZO, DI MEGLIO ALESSANDRO, giusta mandato in

calce al controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 7/2006 della CORTE D'APPELLO di BRESCIA, depositata il 22/02/2006 r.g.n. 254/05;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 28/01/2010 dal Consigliere Dott. ULPIANO MORCAVALLO;
udito l'Avvocato ASSENNATO G. SANTE per delega ANDREONI AMOS;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. FUCCI Costantino, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con ricorso al Tribunale di Brescia, in funzione di giudice del lavoro, O.D. domandava, nei confronti dell'INPS, l'accertamento del suo diritto ad usufruire di due permessi giornalieri retribuiti, ai sensi della L. n. 104 del 1992, art. 33, e D.Lgs. n. 151 del 2001, art. 42, e quindi doppio rispetto a quello ordinario, essendo padre di due gemelli riconosciuti

portatori di "handicap in situazione di gravità", di età inferiore ai tre anni. Esponeva di avere chiesto al proprio datore di lavoro di poterne usufruire, ma si era visto negare il beneficio poiché l'Istituto aveva escluso specificamente il suo diritto, sicché, vanamente esperita la procedura amministrativa, aveva infine proposto l'azione in giudizio. Costitutosi l'INPS, il Tribunale rigettava la domanda con sentenza del 21 luglio 2004.

2. Tale decisione veniva confermata dalla Corte d'appello di Brescia, che, con sentenza del 22 febbraio 2006, respingeva il gravame proposto dall' O. rilevando: a) che persisteva l'interesse dell'appellante ad ottenere una decisione dichiarativa del diritto da lui dedotto - pur avendo i suoi figlioli intanto compiuto i tre anni di età - in vista di una eventuale tutela risarcitoria; b) la domanda, peraltro, non era fondata, poiché il Legislatore aveva previsto la moltiplicazione dei permessi per l'allattamento in caso di parto plurimo, ma, significativamente, non aveva inserito una analoga disposizione per l'ipotesi di pluralità di bambini portatori di inabilità; c) in generale, l'interesse del lavoratore a svolgere una prestazione alleviata in ragione di particolari esigenze di famiglia doveva comunque contemperarsi con l'interesse del datore di lavoro ad ottenere una prestazione lavorativa apprezzabile e con quello dell'ente previdenziale a sopportare un costo non eccessivo, come era confermato, del resto, dalla prevista limitazione del permesso per allattamento in caso di orario lavorativo inferiore alle sei ore; d) non poteva ravvisarsi alcuna ingiustificata disparità rispetto all'ipotesi di più figli disabili di diverse età - per la quale era pacificamente ammesso il cumulo dei permessi - stante la diversità delle situazione e considerata, altresì, la facoltà del lavoratore di astenersi completamente dalla prestazione prolungando il congedo parentale.

3. Di questa sentenza il lavoratore domanda la cassazione deducendo tre motivi di impugnazione. L'Istituto resiste con controricorso.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Preliminarmente, ai fini della verifica della *legitimatio ad causam* nella controversia (che si impone anche in questa sede in mancanza di esplicite statuizioni al riguardo: cfr. Cass., sez. un., n. 26019 del 2008), osserva la Corte che la domanda proposta in giudizio si riferisce specificamente al provvedimento dell'ente previdenziale relativo alla richiesta preventiva di riconoscimento della fruibilità dei permessi previsti dalla L. n. 104 del 1992, art. 33. In generale, il contenuto di tale provvedimento si sostanzia nell'autorizzazione preventiva al datore di lavoro (o nel suo diniego) a compensare le somme eventualmente corrisposte a tale titolo con i contributi obbligatori dovuti all'INPS, al cui carico è posto l'onere finanziario dei benefici; sussiste, perciò, la legittimazione passiva dell'Istituto in relazione alla pretesa del soggetto interessato di riconoscimento del diritto, allorchè - come nella specie - la domanda concerna il diniego di tale autorizzazione preventiva.

2. Il ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione della L. n. 104 del 1992, art. 33, e del D.Lgs. n. 151 del 2001, art. 42, nonché la violazione di principi costituzionali (artt. 3, 30, 31, 32, 36 e 38 Cost.). In particolare, con il primo motivo, osserva che il permesso di due ore al giorno è finalizzato all'assistenza di ciascun bambino con handicap grave e deve perciò raddoppiarsi, necessariamente, ove i bambini da assistere siano due, così come viene previsto nell'ipotesi di parto plurimo per i riposi di cui al D.Lgs. n. 151 del 2001, art. 39, e osserva che un meccanismo di cumulo dei permessi - già riconosciuto dalla giurisprudenza nell'ipotesi di lavoratore disabile maggiorenne (cumulo di permessi giornalieri e permessi mensili) - viene correntemente applicato dallo stesso Istituto, in virtù di un parere espresso al riguardo dal Consiglio di Stato, in relazione ai permessi di tre giorni al mese per familiari handicappati di età superiore ai tre anni; con il secondo motivo, rileva che la contraria interpretazione adottata dalla sentenza impugnata finisce per sottomettere l'interesse alla salute del bambino, cui - nel bilanciamento con gli altri

interessi in gioco, fra cui quello del datore di lavoro e quello dell'ente previdenziale - la giurisprudenza costituzionale riconosce una tutela prioritaria; con il terzo motivo, osserva che l'esclusione del doppio permesso giornaliero determinerebbe una irragionevole disparità rispetto all'ipotesi di più figli handicappati di età superiore ai tre anni, per la quale - come sopra indicato - l'Istituto riconosce la cumulabilità.

3. Il ricorso è fondato.

3.1. La L. 5 febbraio 1992, n. 104 (legge -quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate) prevede, all'art. 33, agevolazioni per i lavoratori che assistono soggetti portatori di handicap (la cui condizione deve essere accertata mediante le commissioni mediche previste dall'art. 4 della stessa L. n. 104 del 1992: cfr., ex plurimis, Cass. n. 8436 del 2003).

In particolare, il comma 2, dispone che la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre, anche adottivi, possono chiedere ai rispettivi datori di lavoro di usufruire, in alternativa al prolungamento fino a tre anni del periodo di astensione facoltativa, di due ore di permesso giornaliero retribuito fino al compimento del terzo anno di vita del bambino. Questa disposizione è stata recepita nel D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151, art. 42, comma 1, recante il testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma della L. 8 marzo 2000, n. 53, art. 15. Per tale permesso (che l'art. 42, comma 1, cit. definisce "riposo giornaliero retribuito") è dovuta un'indennità, a carico dell'ente assicuratore, pari all'intero ammontare della retribuzione, che viene anticipata dal datore di lavoro e viene portata a conguaglio con gli apporti contributivi dovuti all'ente (art. 43, comma 1, del T.U.); il periodo di permesso è computato nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie e alla tredicesima mensilità (art. 43, comma 2, e art. 34, comma 5, del T.U.).

3.2. Sul piano sistematico, come le Sezioni unite di questa Corte hanno precisato con la sentenza n. 16102 del 2009, la configurazione giuridica delle posizioni soggettive riconosciute dalla L. n. 104 del 1992, art. 33, e i limiti del relativo esercizio all'interno del rapporto di lavoro, devono essere individuati alla luce dei numerosi interventi della Corte costituzionale, che - collocando le agevolazioni in esame all'interno di un'ampia sfera di applicazione della legge, diretta ad assicurare, in termini quanto più possibile soddisfacente, la tutela dei soggetti svantaggiati, destinata a incidere sul settore sanitario e assistenziale, sulla formazione professionale, sulle condizioni di lavoro, sulla integrazione scolastica - ha tuttavia precisato la discrezionalità del Legislatore nell'individuare le diverse misure operative finalizzate a garantire la condizione del disabile mediante la interrelazione e la integrazione dei valori espressi dal disegno costituzionale (cfr. Corte cost. n. 406 del 1992; id., n. 325 del 1996).

In questa ottica, la misura prevista dall'art. 33, comma 2, deve intendersi come razionalmente inserita in un ampio complesso normativo - riconducibile ai principi sanciti dall'art. 3 Cost., comma 2, e dall'art. 32 Cost., - che deve trovare attuazione mediante meccanismi di solidarietà che, da un lato, non si identificano esclusivamente con l'assistenza familiare e, dall'altro, devono coesistere e bilanciarsi con altri valori costituzionali.

Può osservarsi, al riguardo, che l'agevolazione è diretta non tanto a garantire la presenza del lavoratore nel proprio nucleo familiare, quanto ad evitare che il bambino handicappato resti privo di assistenza, di modo che possa risultare compromessa la sua tutela psico-fisica e la sua integrazione nella famiglia e nella collettività, così confermandosi che, in generale, il destinatario della tutela realizzata mediante le agevolazioni previste dalla legge non è il nucleo familiare in sé, ovvero il lavoratore onerato dell'assistenza, bensì la

persona portatrice di handicap (cfr. Corte cost. n. 19 del 2009). Una configurazione siffatta, d'altronde, è in linea con la definizione contenuta nella Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, approvata il 13 dicembre 2006, la quale ha la finalità comune dei diversi ordinamenti viene identificata nella piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri, nonché con la nuova classificazione adottata nel 1999 dalla Organizzazione Mondiale della Sanità, che ha definito la disabilità come difficoltà all'espletamento delle "attività personali" e alla "partecipazione sociale" (cfr. Cass., sez. un., n. 16102 del 2009, cit.).

3.3. L'efficacia di questa tutela si realizza anche mediante una regolamentazione del contratto di lavoro in cui è parte il familiare della persona tutelata, la quale ha il riconoscimento di diritti in capo al lavoratore è in funzione del diritto del soggetto svantaggiato a ricevere assistenza.

Per l'ipotesi di lavoratori che assistono figli "con handicap in situazione di gravità", il Legislatore, in ragione della concomitanza degli implicati valori di rilievo costituzionale (quali l'esigenza del bambino di ricevere un'assistenza continua e adeguata dai propri genitori, l'interesse del datore di lavoro a ricevere la prestazione e la compatibilità economica delle prestazioni assistenziali con la generale funzione di assicurazione sociale svolta dall'Istituto), ha definito con esattezza l'agevolazione spettante prevedendo il diritto della madre-lavoratrice, o del padre-lavoratore, a fruire, in alternativa al prolungamento del congedo parentale, di permessi giornalieri di due ore per il bambino di età sino a tre anni. In tal modo, la norma in esame esprime una precisa scelta di valori che è collegata alla primaria necessità di assistenza secondo uno "standard" orario - all'interno della giornata di lavoro - commisurato alla presenza di un bambino disabile e che si realizza con la previsione di un più esteso arco temporale di tutela, in caso di opzione per la non sospensione del rapporto lavorativo, rispetto all'ipotesi del bambino senza handicap; scelta che risulterebbe evidentemente vanificata ove si escludesse che, in ipotesi di pluralità di bambini con handicap, spetta un permesso giornaliero di due ore per ciascun bambino, che si configurerebbe in tal caso una evidente alterazione rispetto al predetto parametro (due ore al giorno per ogni bambino) e, peraltro, si determinerebbe una irragionevole disparità, in senso del tutto opposto alla intentio legis, rispetto all'ipotesi di pluralità di bambini non svantaggiati, per i quali viene espressamente prevista dall'art. 41 del T.U. la moltiplicazione dei periodi di riposo giornaliero (sì che i genitori di due bambini senza handicap fruirebbero di quattro ore al giorno, mentre per due bambini con handicap spetterebbero solo due ore). D'altra parte, il cumulo di permessi è consentito - come riconosce lo stesso Istituto - fra permessi giornalieri (per bambini "con handicap grave" sino a tre anni di età) e permessi mensili di tre giorni (oltre tale età) e, dunque, a maggior ragione esso si giustifica in relazione alla necessità di assistere durante la stessa giornata due bambini con disabilità, entrambi di età inferiore a tre anni.

3.4. La configurazione del predetto parametro (due ore al giorno di riposo per ciascun bambino) in base alla norma in esame, così intesa, resiste alle osservazioni contenute nella sentenza impugnata, con riguardo all'ipotizzato "svuotamento" della prestazione di lavoro. Basti considerare che la lavoratrice, o il lavoratore, potrebbe optare per il prolungamento del congedo parentale sino a tre anni - secondo un diritto potestativo esplicitamente riconosciuto dalla stessa norma - e, in tal caso, il rapporto di lavoro resterebbe sospeso e la prestazione sarebbe del tutto assente, con un più rilevante pregiudizio anche per il datore di lavoro (oltre che per la lavoratrice, o il lavoratore, che subirebbe la decurtazione della retribuzione secondo quanto previsto dall'art. 34, comma 2, del T.U. e dovrebbe sopportare anche la perdita di professionalità conseguente al distacco dal lavoro). Nè potrebbe rilevare, in proposito, la previsione dell'art. 39, comma 1, del T.U., secondo cui "il riposo è uno solo quando l'orario giornaliero di lavoro è inferiore a

sei ore", che è riferita, esclusivamente, ai riposi giornalieri della madre - durante il primo anno di vita del bambino (non portatore di disabilità) -, che sono frazionati in dipendenza dell'esigenza dell'allattamento, ed è evidentemente incompatibile con la necessità dell'assistenza continuativa richiesta dalla presenza di bambini "con handicap in situazione di gravità".

In quest'ultima ipotesi, dunque, il bilanciamento dei diversi interessi coinvolti non può che avvenire secondo l'indicato parametro, che presuppone la prevalenza dell'interesse del bambino e la tutela, prioritaria, del suo sviluppo e della sua salute quali diritti fondamentali dell'individuo (ex art. 3 Cost., comma 2, e art. 32 Cost.), sì che, alla luce di una interpretazione della L. n. 104 del 1992, art. 33, comma 2, orientata alla complessiva considerazione di tale prevalente tutela, deve riconoscersi il diritto della lavoratrice madre, o del lavoratore padre, di figli con handicap in situazione di gravità ad usufruire, in alternativa al prolungamento fino a tre anni del congedo parentale, di due ore di permesso giornaliero retribuito per ciascun bambino sino al compimento del terzo anno di vita (e quindi di un permesso doppio in caso di figli gemelli, entrambi con handicap grave).

4. In conclusione, il ricorso è accolto. La sentenza impugnata va perciò cassata e, decidendosi la causa nel merito ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 2, va dichiarato il diritto del ricorrente ad usufruire di un permesso giornaliero di due ore retribuite per ciascuno dei due figli e fino al compimento del terzo anno di vita dei medesimi.

5. La complessità della questione induce a compensare fra le parti le spese dell'intero processo.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, dichiara il diritto di O.D. ad usufruire di un permesso giornaliero di due ore retribuite per ciascun figlio e fino al compimento del terzo anno di vita dei due figli. Compensa le spese dell'intero processo.

Così deciso in Roma, il 28 gennaio 2010.
Depositato in Cancelleria il 25 febbraio 2010