



PATRONATO
INCA CGIL

Sede Centrale
Area tutela del danno alla persona

00198 Roma - Via Giovanni Paisiello 43
Telefono 06-855631 - Fax 06-85563286
Internet : <http://www.inca.it>
e-mail : area-tutela-danno-alla-persona@inca.it

Roma, 30 marzo 2012

Prot. n. 124/2012/MPS/RS/rb

Ai Coordinatori Regionali INCA
Ai Direttori Provinciali INCA
Alle Zone INCA
Alla Dipartimento welfare e nuovi diritti CGIL
Alle Categorie Nazionali
All'Ufficio politiche della disabilità CGIL

LORO SEDI

All. 1

Oggetto: **Circolare Inps 32/2012. Indicazioni operative in materia di congedi e permessi per l'assistenza ai disabili in situazione di gravità, normato dal D.lgs. 119/2011**

Care compagne, cari compagni,

già con una precedente circolare Inca (89/2011) ci eravamo occupati di quanto disposto dal D.lgs. 119/2011, in attuazione dell'art. 23 della legge 183/2010. Con l'emanazione di questa circolare 32/2012 cogliamo l'occasione per rivedere le modifiche apportate dalla novellata norma e le indicazioni operative dettate dall'istituto.

Le modifiche apportate dal sopracitato D.lgs. riguardano:

- art. 3 che sostituisce l'art. 33 comma 1 del D.lgs. 151/2001;
- art. 4 che modifica art. 42 comma 2 D.lgs. 151/2001 e sostituisce il comma 5 del medesimo articolo;
- art. 6 modifica l'art. 33 comma 3 della Legge 104/92

ART. 3

Prolungamento del congedo parentale

Il diritto al prolungamento del congedo, fino all'ottavo anno del figlio, spetta alla madre o in alternativa al padre, per ogni figlio minore disabile in situazione di gravità, per un periodo massimo non superiore a 36 mesi comprensivi dell'eventuale fruizione dei periodi di cui all'art. 32 del D.lgs. 151/2001 (congedo parentale).

Viene previsto il prolungamento del congedo anche se il minore è ricoverato in istituto, qualora i sanitari stabiliscano la necessità della presenza di un genitore.

Il prolungamento del congedo decorre sempre dalla fine del congedo parentale. In definitiva i genitori di un figlio disabile, fino al compimento degli 8 anni, hanno diritto ad usufruire, in base alle esigenze proprie e del bambino, anche in maniera frazionata, a 36 mesi di congedo.

Non comprendiamo perché l'Inps insiste nel ritenere che il prolungamento del congedo parentale decorre dalla fine del congedo parentale. Se la norma stabilisce che i genitori di un bambino disabile hanno diritto complessivamente a 36 mesi di congedo, perché continuare ad applicare il criterio che fa decorrere il prolungamento "dopo la fruizione anche virtuale del congedo parentale normale"?

A noi pare un inutile appesantimento interpretativo che si ripercuote sulla fruizione della agevolazione laddove il legislatore ha, invece, semplificato.

Art.3 D.lgs. 119/2011

NOVITA'	REQUISITI	BENEFICIARI	FRUIZIONE	RETRIBUZIONE
- durata del congedo a 36 mesi fino ad 8 anni del bambino;	- riconoscimento dello stato di handicap grave del figlio; - età del minore fino a 8 anni; - non ricovero a tempo pieno (salvo specifica richiesta dei sanitari)	- lavoratrice madre o in alternativa lavoratore padre; - genitori adottivi	- continuata o frazionata (giorni, settimane, mesi); - possibilità per i genitori di alternarsi nella fruizione sia del congedo parentale sia del prolungamento.	- per tutto il periodo di congedo il 30% della retribuzione

I giorni fruiti, fino all'ottavo anno di età del bambino, a titolo di congedo parentale e di prolungamento del congedo non possono superare complessivamente (tra padre e madre) i 36 mesi.

ART. 4

La previgente normativa (art. 42 comma 2 D.lgs. 151/2001) imponeva la fruizione dei permessi (tre giorni) dopo il compimento del 3° anno di età del bambino con handicap in situazione di gravità. Con il novellato articolo è stata eliminata tale condizione prevedendo l'alternatività fra i tre giorni mensili di permesso retribuito, le due ore di permesso giornaliero retribuito e il prolungamento del congedo parentale.

Pertanto, i genitori di disabile in situazione di gravità, possono, in alternativa al prolungamento del congedo parentale, fino a 3 anni di età del bambino, fruire dei *riposi orari retribuiti* o dei *permessi giornalieri*.

Per quanto esposto, ricapitolando i genitori possono accedere alle seguenti possibilità:

- i genitori, anche adottivi, con bambini **fino a tre anni** di età hanno la possibilità di fruire, in alternativa, dei tre giorni di permesso, ovvero delle ore di riposo giornaliero, ovvero del prolungamento del congedo parentale;
- i genitori, anche adottivi, con bambini **oltre i tre anni e fino agli otto anni** di vita possono beneficiare, in alternativa, dei tre giorni di permesso, ovvero del prolungamento del congedo parentale;
- i genitori, anche adottivi, con figli **oltre gli otto anni** di età possono fruire dei tre giorni di permesso mensile.

CONGEDO STRAORDINARIO

Aventi diritto

Ottemperando agli orientamenti della Corte Costituzionale, con d.lgs. 119/11 viene sostituito il comma 5 dell'art. 42 D.L.vo 151/2001, che disciplina il congedo straordinario (periodo di congedo continuativo o frazionato non superiore a 2 anni), allargando la platea degli aventi diritto e prevedendo un ordine di priorità tra gli stessi:

- il coniuge convivente della persona disabile in situazione di gravità;
- il padre o la madre, anche adottivi o affidatari, della persona disabile in situazione di gravità, in caso di mancanza¹, decesso o in presenza di patologie invalidanti² del coniuge convivente;
- uno dei figli conviventi della persona disabile in situazione di gravità, nel caso in cui il coniuge convivente ed entrambi i genitori del disabile siano mancanti, deceduti o affetti da patologie invalidanti. Si precisa, al riguardo, che la possibilità di concedere il beneficio ai figli conviventi si verifica nel caso in cui tutti i soggetti menzionati (coniuge convivente ed entrambi i genitori) si trovino in una delle descritte situazioni (mancanza, decesso, patologie invalidanti);

1 Per "mancanti" si deve intendere: celibato, figlio naturale non riconosciuto, divorzio, separazione legale, abbandono (circ. Inps 45/2011).

2 Patologie elencate nel Decreto Interministeriale 278/2000.

- uno dei fratelli o sorelle conviventi nel caso in cui il coniuge convivente, entrambi i genitori ed i figli conviventi del disabile siano mancanti, deceduti o affetti da patologie invalidanti.

Molto si è discusso sull'interpretazione del concetto di "convivenza"; l'impegno delle associazioni e, non in ultimo, del Patronato Inca, hanno portato l'Istituto a modificare il precedente orientamento, molto restrittivo. Il requisito della convivenza è soddisfatto non solo quando coincide la residenza anagrafica tra chi assiste e il disabile, ma anche quando uno dei due soggetti abbia fissato la propria dimora temporanea presso la residenza dell'altro e risulti iscritto nello schedario della popolazione temporanea del comune (art. 32 D.p.r. 223/89).

Solo, sostiene l'Inps, in caso di decesso, mancanza o patologie invalidanti dei soggetti titolari si scalerà a favore dei "sostituti".

Alla presenza di soggetti, indicati per legge all'assistenza del disabile, ma portatori di patologie invalidanti, il "familiare subentrante" richiedente il congedo deve allegare (in busta chiusa) alla domanda la documentazione medica, rilasciata dal medico specialista del SSN o convenzionato, medico di base o dalla struttura sanitaria in caso di ricovero, comprovante la patologia invalidante dei soggetti aventi diritto in via prioritaria. Detta documentazione dovrà essere inviata all'Unità Operativa Complessa/Unità Operativa Semplice, competente per territorio, per la valutazione medico legale.

Questa interpretazione della norma da parte dell'istituto sembra essere in contrasto con lo spirito "solidale" della legge e con la libertà di scelta dell'individuo, soprattutto se disabile in situazione di gravità.

Come stabilito dalla Corte di Cassazione, il disabile deve avere il diritto di scegliere, all'interno del proprio nucleo familiare, quale sia la persona più adatta alla sua assistenza, per carattere e disponibilità.

Anche chi presta assistenza, ha il diritto di poter condividere con gli altri componenti del nucleo familiare le difficoltà e le responsabilità che comporta il prendersi cura di un disabile. La possibilità, quindi, di una "rotazione" tra le figure menzionate dalla legge, porterebbe vantaggi sia al disabile sia a chi assiste.

Non può una legge dello stato, che dovrebbe essere a vantaggio del disabile, stabilire con una "scaletta" di priorità il grado di affetto, troppe variabili condizionano i rapporti tra le persone. Non si può alla disabilità aggiungere il disagio.

A nostro avviso, quindi, il legislatore ha solo voluto dare una indicazione di massima lasciando libertà di scelta al disabile, all'interno del suo nucleo familiare, della persona deputata alla sua assistenza.

Su queste problematiche abbiamo coinvolto anche la nostra consulenza legale e, non appena possibile, daremo indicazioni sulla possibilità di eventuale contenzioso.

Referente unico

Nel comma 5 bis del D.lgs. 151/2001, oltre a precisare che il congedo può avere una durata massima di 24 mesi (continuativi o frazionati) per ciascuna persona portatrice di handicap nell'arco della vita lavorativa, viene stabilito il principio del "referente unico".

Laddove il lavoratore che assiste il disabile in situazione di gravità, è già autorizzato a fruire dei permessi ai sensi dell'art. 33 della Legge 104/92, l'eventuale periodo di congedo straordinario sarà concesso allo stesso soggetto già fruitore dell'altro beneficio.

Anche in questo caso l'interpretazione dell'Inps ci sembra troppo restrittiva. Viene negata non solo al disabile la libertà di scegliere il familiare che lo assiste ma si impedisce anche la suddivisione degli oneri all'interno del nucleo familiare. Sarebbe più opportuno, quindi, poter bilanciare, tra gli aventi diritto, le difficoltà che incontra chi è deputato all'assistenza di un disabile in situazione di gravità.

In ultimo, e non per questo meno importante, la difficoltà che possono sorgere sul posto di lavoro, considerando anche le attuali difficoltà socio-economiche. E' innegabile che la durata del periodo influisce negativamente sul rapporto lavoratore-datore di lavoro.

Il concetto di "referente unico", a nostro avviso, deve essere interpretato con lo stesso spirito solidaristico che ha animato la legge. Questo a significare che un solo familiare per volta, all'interno della platea degli aventi diritto, può richiedere i permessi o il congedo.

Va ricordato, che solo ai genitori, anche adottivi, per lo stesso figlio disabile in situazione di gravità, viene concessa la possibilità di fruire, alternativamente, di entrambi i benefici. Unica condizione che nel giorno in cui un genitore fruisce dei permessi l'altro genitore non può far ricorso all'istituto del congedo retribuito.

Durata del congedo

L'introduzione del novellato comma 5 bis dell'art. 42 D.lgs. 151/2001 precisa che: *"il congedo fruito ai sensi del comma 5 non può superare la durata complessiva di due anni per ciascuna persona portatrice di handicap e nell'arco della vita lavorativa"*.

Il disabile in situazione di gravità, quindi, ha diritto ad usufruire dell'assistenza, sotto forma di congedo straordinario, dei famigliari fino ad un massimo di due anni.

I lavoratori dipendenti, pubblici e privati, possono richiedere, ai sensi dell'art. 4 comma 2 legge 53/2000, un congedo non retribuito della durata di due anni (continuativi o frazionati) per gravi e documentati motivi familiari. E' importante rilevare che detto congedo e quello retribuito cumulati tra loro non possono mai superare il limite massimo di 24 mesi nell'arco dell'intera vita lavorativa.

Il genitore, quindi, che già ha fruito di due anni di congedo retribuito per l'assistenza del figlio in situazione di gravità, poiché ha raggiunto già il limite massimo (24 mesi), non potrà beneficiare del congedo non retribuito per gravi e documentati motivi familiari. Potrà invece beneficiare del congedo straordinario, per un secondo figlio, l'altro genitore, o gli altri aventi diritto secondo priorità, decurtando eventuali periodi di congedo non retribuito già fruiti.

Nel rispetto del limite massimo di fruizione del congedo (24 mesi), se un genitore ha già usufruito di 16 mesi di congedo non retribuito, lo stesso, avrà a disposizione 8 mesi di congedo retribuito. Per lo stesso disabile, l'altro genitore potrà invece beneficiare di 16 mesi di congedo retribuito, a condizione che non abbia già fruito di periodi di congedo superiori ad 8 mesi.

Trattamento economico

L'indennità corrisposta è calcolata prendendo a riferimento tutte le voci fisse e continuative della retribuzione percepita il mese precedente la richiesta di congedo. Vengono di fatto esclusi tutti gli elementi variabili della retribuzione (straordinari, le indennità, le ferie, la tredicesima mensilità, le festività, i permessi, ecc..).

La norma ha inoltre fissato un importo complessivo annuo su cui calcolare l'indennità, rivalutato annualmente sulla base delle variazioni dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati, che per il 2012 è di euro **45.472.00**, comprensivo anche della parte contributiva.

In caso di importi eccedenti il limite sopra citato, ovviamente, il calcolo dell'indennità andrà comunque effettuato sul massimale.

Il lavoratore, che assiste il disabile in situazione di gravità, che abbia fruito di un periodo di congedo continuativo inferiore ai 6 mesi, perfeziona il diritto a fruire di permessi non retribuiti e senza copertura contributiva figurativa, nella stessa misura delle ferie che avrebbe maturato nello stesso arco di tempo lavorativo.

I periodi di fruizione del congedo retribuito non sono utili ai fini della maturazione dei principali istituti contrattuali (ferie, tredicesima e trattamento di fine rapporto) ma sono coperti da contribuzione figurativa e possono essere utilizzati ai fini dell'anzianità assicurativa.

ART. 6

L'art. 6 del citato D.lgs. 119/2011 apporta sostanziali modifiche a chi assiste più di una persona disabile, restringendo il campo dei beneficiari. Inoltre, sarà necessario documentare con titolo di viaggio o altra documentazione idonea quando la distanza dalla residenza della persona da assistere è superiore a 150 Km.

Assistenza a più persone disabili

Le modifiche apportate al comma 3 dell'art 33 della legge 104/92 hanno comportato una restrizione dei soggetti (fino al secondo grado di parentela) aventi diritto alla fruizione dei permessi per assistere più persone disabili in situazione di gravità.

Il dipendente ha diritto di prestare assistenza nei confronti di più persone in situazione di gravità, a condizione che si tratti del coniuge o di un parente o affine entro il primo grado (e non più entro il secondo grado), o entro il secondo grado (e non più entro il terzo grado), qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap abbiano compiuto i 65 anni di età oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti (art. 6 D.lgs. 119/2011).

Soddisfatte queste condizioni, solo nei casi sopracitati, al lavoratore è concesso di cumulare più permessi per assistenza a più disabili.

Assistenza a disabile residente a più di 150 km

Se l'assistito risiede in un Comune distante oltre 150 chilometri dal luogo di residenza del lavoratore, quest'ultimo dovrà attestare *"...con un titolo di viaggio o altra documentazione"* di averlo effettivamente raggiunto.

Per quanto disposto dal D.lgs. 119/2011 risulta evidente che è onere del fruitore dei permessi dimostrare l'effettiva presenza nella residenza del disabile nei giorni di assistenza.

Sarà facilmente dimostrabile, se si raggiunge il disabile utilizzando mezzi di trasporto pubblici (treno, autobus, aereo o pedaggi autostradali), presentando al datore di lavoro il titolo di viaggio.

Nel caso di impossibilità o non convenienza dell'uso del mezzo pubblico, il beneficiario dei permessi dovrà comprovare con documentazione certa il raggiungimento della residenza del disabile.

Detta documentazione dovrà essere presentata al datore di lavoro che come enunciato chiaramente dalla Corte Cassazione (175/2005): *"è ... destinatario dell'obbligo di concessione di tre giorni di permesso mensile a favore del lavoratore che assiste una persona con handicap in situazione di gravità"*.

Incombe, quindi, sul datore di lavoro il diritto-dovere di accertare l'esistenza dei presupposti di legge per la concessione dei permessi citati, rispetto alla quale non ha alcuna ulteriore discrezionalità, al di là della verifica della sussistenza dei requisiti di legge.

L'Inps si limiterà, oltre all'erogazione del beneficio, ad un controllo generale sulla congruità della richiesta, non potendo e non dovendo intervenire nella concessione specifica dei permessi, che compete esclusivamente al datore di lavoro.

Viene qui affrontato un altro aspetto molto delicato, e cioè il ruolo svolto dal datore di lavoro nella concessione dei permessi. Non condividiamo l'interpretazione della sentenza di Cassazione sostenuta dall'Inps. Rinviamo alla lettura del capitolo 5 (pag. 207), della Guida Inca *"Oltre le barriere"*, a cura dell'Avv. Roberta Palotti.

Una volta che l'Inps ha concesso l'autorizzazione, riconoscendo il diritto alla compensazione, il lavoratore ha diritto a fruire dei permessi e il datore di lavoro non può rifiutarsi di concederli. Consegnare al datore di lavoro il controllo, della documentazione comprovante il raggiungimento della residenza del disabile, come disposto dall'Inps, conferma con forza la impellente necessità che la contrattazione collettiva stabilisca le modalità di utilizzo dei permessi.

Requisiti per il riconoscimento dei permessi e del congedo straordinario

Tra i requisiti richiesti per la concessione dei permessi ex lege 104/92 e del congedo retribuito il D.lgs. 119/2011, prevede il non ricovero a tempo pieno della persona disabile da assistere, oltre il riconoscimento della situazione di handicap grave

Per ricovero a tempo pieno (per le intere 24 ore) deve intendersi quello in strutture, pubbliche o private, che prestano assistenza sanitaria continuativa.

DEROGHE

- ricovero a tempo pieno di minore con bisogno di assistenza da parte di un genitore o familiare (documentato dalla struttura sanitaria);
- ricovero in stato vegetativo persistente o in situazione terminale;
- interruzione del ricovero a tempo pieno per necessità del disabile di recarsi al di fuori della struttura per effettuare visite e terapie certificate;
- presenza della persona che assiste richiesta dai sanitari della struttura presso la quale è ricoverato il disabile (art.42 comma 5 bis d.lgs. 151/2000).

Con l'entrata in vigore del D.lgs. 119/2011 (11/08/2011), sostiene l'Istituto, dovranno essere riesaminate tutte le domande già evase o ancora in fase istruttoria.

Particolare attenzione, afferma l'Istituto, verrà prestata alle istanze di congedo retribuito, affinché sia rispettato l'ordine prioritario, e a quelle presentate da un familiare diverso da quello già autorizzato a fruire dei permessi ex lege 104/92.

Per quanto riguarda i permessi la procedura presterà maggiore attenzione alle istanze prodotte da parenti e affini di secondo o terzo grado di soggetti disabili in situazione di gravità per l'assistenza a più persone disabili e, come nel caso del congedo retribuito, le sedi Inps dovranno verificare la coincidenza tra il fruitore dei permessi e il congedo sopracitato (referente unico).

Qualora il datore di lavoro o l'inps accertino l'insussistenza o la variazione delle condizioni che hanno dato luogo al beneficio dei tre giorni di permessi mensili, per il lavoratore è prevista la decadenza del diritto.

Il fruitore dei permessi dovrà comunicare, entro 30 giorni, il venir meno dei requisiti accertati al momento della richiesta o contenute in dichiarazioni di responsabilità presentate dallo stesso, producendo una nuova dichiarazione sostitutiva. Precisa inoltre la circolare: *“chiunque rilascia dichiarazioni mendaci, forma atti falsi o ne fa uso (...) è punito ai sensi del codice penale e delle leggi speciali in materia”*.

L'INPS, anche annualmente, provvederà alla verifica a campione delle situazioni dichiarate dai lavoratori richiedenti i permessi in argomento.

Chiediamo alle nostre strutture di monitorare il comportamento dell'Inps e di segnalarci tutte quelle situazioni in merito alle quali può verificarsi la possibilità di avviare un contenzioso.

Cari saluti.

p./Il settore
(Patrizia Sparti - Roberto Scipioni)

p./il Collegio di Presidenza
(Franca Gasparri)