

omissis

MOTIVI DELLA DECISIONE

V. B. ha asserito :

di essere docente di ruolo a tempo indeterminato presso l'istituto magistrale C. di Piacenza nelle materie di scienze naturali e chimica;

di essere attualmente genitore affidatario , insieme al coniuge C. G., ai sensi della legge 184/1993 di un minore A. O. (nato il 24.12.2003) portatore di handicap, certificato ai sensi della legge 104/1992 come grave;

presso la famiglia della ricorrente è in affido fin dal 1994 anche P. L., a sua volta portatrice di handicap, certificato ai sensi della legge 104/2002 come grave ed attualmente in regime di proroga di affido in quanto divenuta maggiorenne (essendo nata il 12.5.1990);

sia O. A. che P. L. sono stati dichiarati invalidi al 100%, con necessità di assistenza continua, non essendo in grado di compiere gli atti della vita quotidiana;

in precedenza la ricorrente aveva richiesto ed ottenuto dall'Istituto scolastico C. quale affidataria di P. L. ai sensi dell'art. 42, comma 5 del d. Lvo 26.3.2001 n. 151 : un primo congedo dal 1 settembre 2002 fino al 30 giugno 2003, successivamente prorogato fino al 19 luglio 2003 ; un secondo periodo dal 1 settembre 2006 al 30 giugno 2007 , prorogato poi fino al 31 agosto 2007 (dunque complessivamente : 1 anno, 10 mesi, 19 giorni) ;

di aver presentato in data 15 giugno 2007 istanza ai sensi dell'art. 42, comma 5 citato in relazione al piccolo O. per un ulteriore periodo di congedo per il periodo 1 settembre 2007 – 30.6.2008;

l'istanza è stata rigettata : il dirigente scolastico ha rilevato che la ricorrente avrebbe potuto usufruire ex art. 42, comma 5 citato ancora e soltanto di un congedo per mesi 1 e giorni 11 , operando il limite biennale previsto dalla norma. (doc. 8).

La ricorrente , censurando tale provvedimento, ha chiesto al Tribunale di accertare il suo diritto ad usufruire di un ulteriore congedo ex art. 42, comma 5 citato per altri due anni.

L'assunto della ricorrente appare fondato.

Va ricordato il quadro normativo in discussione.

Come è noto , il **congedo straordinario retribuito** per l'assistenza di **soggetto con handicap grave** era regolato dal comma 4 bis dell'art. 4 della legge 53/2000 (disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità) : il comma 4 bis era stato aggiunto dall'art. 80, comma 2 della legge 23 dicembre 2000 n. 388.)

Il decreto legislativo 26 gennaio 2001 n. 151 reca oggi il testo unico delle disposizioni legislative riguardanti i congedi, i riposi, i permessi e la tutela delle lavoratrici e dei lavoratori , connessi alla maternità e paternità dei figli naturali , adottivi o in affidamento.

In tale ambito l'art. 42 del testo unico in tema di riposi e permessi per l'assistenza di figli con handicap grave , ha richiamato e sostanzialmente confermato il

preesistente quadro normativo di cui al comma 4 bis dell'art. 4 della legge 8 marzo 2000 n. 53.

L'art. 42 , comma 5 dispone testualmente (nelle parti rilevanti ai fini della decisione):

“ La lavoratrice madre o, in alternativa , il lavoratore padre o, dopo la loro scomparsa uno dei fratelli o sorelle conviventi del soggetto con handicap in situazione di gravità di cui all'art. 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992 n. 104.....hanno diritto a fruire del congedo di cui al comma 2 dell'art. 4 della legge 8 marzo 2000 n. 53 , entro sessanta giorni dalla richiesta. Durante il periodo di congedo, il richiedente ha diritto a percepire una indennità corrispondente all'ultima retribuzione e il periodo medesimo è coperto da contribuzione figurativa....Il congedo fruito ai sensi del presente comma alternativamente da entrambi i genitori non può superare la durata complessiva di due anni... “

L'art. 4 comma 2 legge 53/2000 (si ribadisce che alla norma era stato aggiunto il comma 4 bis ora trasfuso nel comma 5 dell'art. 42) dispone , in materia di **congedi straordinari non retribuiti** per eventi o cause particolari. *“ I dipendenti di datori di lavoro pubblici e privati possono richiedere , per gravi e documentati motivi familiari , fra cui le patologie individuate ai sensi del comma 4, un periodo di congedo , continuativo o frazionato , non superiore a due anni. Durante tale periodo il dipendente conserva il posto di lavoro, non ha diritto alla retribuzione e non può svolgere alcun tipo di attività lavorativa ... “*

Orbene, il dirigente scolastico , anche in forza di quanto precisato nelle circolari INPDAP e dell'Ufficio scolastico Regionale prodotte (doc. 10 e ss.) , battendo l'accento sull'espresso richiamo presente nell'art. 42, comma 5 alla norma inerente il congedo straordinario non retribuito , ha ritenuto che il congedo straordinario retribuito per l'assistenza di soggetti con handicap grave debba comunque rientrare e sia soggetto al limite temporale di 2 anno previsto dal comma 2 dell'art. 4 della legge 53/2000.

Tale assunto, ad avviso di questo giudice , non appare condivisibile. .

L'inciso “ hanno diritto ad usufruire del congedo di cui all'art. 4, comma 2 della legge 53/2000 “ presente nel comma 5 dell'art. 42 significa soltanto che la “ possibilità di una richiesta per gravi e documentati motivi familiari “ (comma 2 art. 4) diviene un diritto in caso di assistenza di soggetti con handicap grave ; non può però ritenersi che il congedo straordinario retribuito sia assorbito nei limiti temporali di quello non retribuito, dovendosi esso considerarsi invece un diritto autonomo, caratterizzato da una disciplina ben differente (indennità – con i limiti previsti - commisurata alla ultima retribuzione , contribuzione figurativa).

In tal senso, al di là della nuova autonoma configurazione sistematica (il congedo straordinario retribuito in esame costituisce ora oggetto di una apposita norma e non più di un comma 4 bis inserito nella disposizione del congedo non retribuito) va osservato che lo stesso comma 5 dispone che “ il congedo fruito ai sensi del

presente comma alternativamente da entrambi i genitori **non può superare la durata complessiva di due anni** " : tale precisazione non avrebbe alcun senso e sarebbe del tutto superflua se si ritenesse operante il limite di due anni del richiamato art. 4, comma 2 legge 53/2000.

Ritiene allora questo giudice che in caso di soggetti con handicap grave il congedo straordinario retribuito debba essere svincolato dalla disciplina relativa a quello non retribuito ed il limite di due anni debba essere valutato considerando soprattutto la necessità di tutela del soggetto handicappato ; ne consegue che , in caso di più soggetti handicappati, il limite di due anni deve valere per ciascun soggetto handicappato.

Va in proposito ricordato quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 19 /2009 ; la Corte , ribadendo quanto già affermato nelle precedenti sentenze n. 233/2005 e 158/2007 e con le quali è stato esteso l'ambito soggettivo di applicazione del congedo straordinario retribuito , ha precisato che " *il congedo straordinario retribuito si iscrive negli interventi economici integrativi di sostegno alle famiglie che si fanno carico dell'assistenza della persona diversamente abile " ed ha sottolineato " il rapporto di stretta e diretta correlazione di detto istituto con le finalità perseguite dalla legge 104/1992 ed in particolare con quelle di tutela della salute psico - fisica della persona handicappata e di promozione della sua integrazione nella famiglia ; ha chiarito poi la Corte che " l'interesse primario cui è preposta la norma in questione - ancorché sistematicamente collocata nell'ambito di un corpo normativo in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità - è quello di assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza del disabile che si realizzano in ambito familiare, indipendentemente dall'età e dalla condizione di figlio dell'assistito "*

L'interpretazione proposta, pur nel bilanciamento e valutazione complessiva dei vari interessi in gioco, mira ad assicurare in termini quanto più soddisfacenti la tutela dei soggetti svantaggiati ed a privilegiare , in senso costituzionalmente orientato (articoli 2, 3, comma 2, 32 Cost.) , lo sviluppo e la salute del soggetto disabile quali diritti fondamentali dell'individuo .

Tale tutela rischierebbe di vanificarsi laddove , in presenza di più soggetti handicappati , si ritenesse operante il limite temporale biennale previsto per il congedo straordinario non retribuito .

Si consideri proprio la fattispecie in esame : la ricorrente ai fini dell'assistenza di O. A. , bimbo con handicap grave nato nel dicembre 2003 , potrebbe usufruire di un congedo retribuito soltanto di un mese ed undici giorni (è circostanza pacifica che la ricorrente ha usufruito di un congedo straordinario di anni uno, mesi dieci e giorni 19 per l'assistenza di P. L., in affidamento fin dal 1994.).

L'interpretazione proposta pare poi possa collocarsi nel solco tracciato dalla recente sentenza della Suprema Corte con la quale è stato riconosciuto " il diritto della lavoratrice madre o del lavoratore padre di figli con handicap in situazione di gravità

di usufruire, in alternativa al prolungamento fino a tre anni del congedo parentale, di due ore di permesso giornaliero retribuito per ciascun bambino fino al compimento del terzo anno di vita e , quindi, di un permesso doppio in caso di figli gemelli, entrambi con handicap grave “ (Cass. Civile. Sez. Lav. 25. 2.2010 n. 4623 in Foro It. 2010, 5, 1423).

Nella motivazione di tale sentenza la Corte Suprema , richiamando quanto già affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza 16102/2009 , ha ribadito che la disciplina di cui all’art.42 , 1 comma del decreto legislativo 165/2001 (NDR: ma il discorso investe ovviamente anche il 5 comma e il complesso normativo ora in discussione) è in funzione del diritto del soggetto svantaggiato a ricevere assistenza. Si legge infatti nella sentenza: “ *Può osservarsi 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. 19/2009)....L’efficacia di questa tutela si realizza anche mediante una regolamentazione del contratto di lavoro in cui è parte il familiare della persona tutelata, là dove il riconoscimento di diritti in capo al lavoratore è in funzione del diritto del soggetto svantaggiato a ricevere assistenza...*”

Per quanto sopra va dichiarato il diritto della ricorrente ad usufruire per ulteriori due anni in relazione alla posizione del figlio A. O. del congedo straordinario previsto dall’art. 42, comma 5 D.Lvo 151/2001.

Sussistono giusti motivi (oggettiva complessità delle questioni proposte) per compensare le spese processuali.

PQM

Dichiara il diritto di V. B. ad usufruire per ulteriori due anni in relazione alla posizione del figlio A. O. del congedo straordinario previsto dall’art. 42, comma 5 D.Lvo 151/2001.

Spese compensate. Motivazione entro 60 giorni.

Piacenza 8 settembre 2010

Dep. il 14 ottobre 2010