

Congedo biennale per assistenza al disabile: chi può fruirne, come si gestisce

 www.orizzontescuola.it/guida/congedo-biennale-assistenza-al-disabile-chi-pu-fruirne-come-si-gestisce/

A richiesta ripubblichiamo guida del 16 aprile 2015. Il congedo biennale per assistenza al disabile: normativa, soggetti legittimati, criteri e documentazione. Guida per tutto il personale della scuola

A richiesta ripubblichiamo guida del 16 aprile 2015. Il congedo biennale per assistenza al disabile: normativa, soggetti legittimati, criteri e documentazione. Guida per tutto il personale della scuola

LA NORMATIVA

L'**art. 4 del d.lgs. n. 119 del 2011** ha modificato la disciplina del congedo straordinario contenuta nell'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001. L'attuale disciplina del congedo è pertanto contenuta nei commi da 5 a 5 quinquies del menzionato art. 42. Sono inoltre da prendere in considerazione diverse circolari INPS e della Funzione Pubblica, nonché gli Interpelli del Ministero del Lavoro di cui si riporteranno le parti principali che interessano specifici aspetti del congedo.

Il comma 5 del novellato d.lgs. n. 151 del 2001 stabilisce che:

“Il coniuge convivente di soggetto con handicap in situazione di gravità accertata ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ha diritto a fruire del congedo di cui al comma 2 dell'articolo 4 della legge 8 marzo 2000, n. 53, entro sessanta giorni dalla richiesta. In caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti del coniuge convivente, ha diritto a fruire del congedo il padre o la madre anche adottivi; in caso di decesso, mancanza o in presenza di patologie invalidanti del padre e della madre, anche adottivi, ha diritto a fruire del congedo uno dei figli conviventi; in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti dei figli conviventi, ha diritto a fruire del congedo uno dei fratelli o sorelle conviventi.”

La **Corte costituzionale con la sentenza n. 203 del 3 luglio 2013** ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 26 marzo 2001 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità) nella parte in cui, in assenza di altri soggetti idonei a prendersi cura della persona disabile in situazione di gravità, non include nel novero dei soggetti legittimati a fruire del congedo straordinario il parente o l'affine entro il terzo grado convivente della persona in situazione di disabilità grave, in violazione degli artt. 2,3,4,29,32,35 e 118, 4° comma, della Costituzione.

I SOGGETTI LEGITTIMATI ALLA FRUIZIONE DEL CONGEDO

Tenendo presente il comma 5 sopra citato e alla luce della sentenza in della Corte Costituzionale, il congedo biennale può essere riconosciuto al familiare o affine entro il terzo grado convivente del disabile in situazione di gravità, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti degli altri soggetti individuati dalla norma, **secondo il seguente ordine di priorità:**

1. il coniuge convivente della persona disabile in situazione di gravità;
2. il padre o la madre, anche adottivi o affidatari, della persona disabile in situazione di gravità, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti del coniuge convivente;
3. 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;
4. uno dei fratelli o sorelle conviventi della persona disabile in situazione di gravità nel caso in cui il coniuge convivente, entrambi i genitori ed i figli conviventi del disabile siano mancanti, deceduti o affetti da patologie invalidanti;

5. un parente o affine entro il terzo grado convivente della persona disabile in situazione di gravità nel caso in cui il coniuge convivente, entrambi i genitori, i figli conviventi e i fratelli o sorelle conviventi siano mancanti, deceduti o affetti da patologie invalidanti.

- **L'ordine non è derogabile**

L'ordine dei soggetti possibili beneficiari è stato indicato direttamente ed espressamente dalla legge, la quale ha pure stabilito le condizioni in cui si può "scorrere" in favore del legittimato di ordine successivo, tale ordine non è derogabile.

Pertanto per l'individuazione dei legittimati non pare possibile accogliere dichiarazioni di rinuncia alla fruizione al fine di far "scattare" la legittimazione del soggetto successivo, né dare rilievo a situazioni di fatto o di diritto che non siano state esplicitamente considerate nella norma (come, ad esempio, la circostanza che il coniuge convivente sia lavoratore autonomo o imprenditore).

- **Il convivente more uxorio non è soggetto legittimato a fruire del congedo per assistenza disabili in situazione di gravità**

Il **Ministero del Lavoro con INTERPELLO N. 23/2014** ha affermato che l'individuazione dei soggetti aventi diritto al periodo di congedo non sia comunque suscettibile di interpretazione analogica ma risulti tassativa anche in ragione del fatto che durante la fruizione dello stesso il richiedente ha diritto a percepire una specifica indennità. In risposta al quesito avanzato, si ritiene pertanto che, nell'ipotesi in cui il disabile non risulti coniugato o non conviva con il coniuge, ovvero quest'ultimo abbia effettuato espressa rinuncia nei termini sopra indicati, l'art. 42, comma 5, D.Lgs. n. 151/2001 consenta al genitore non convivente di beneficiare del periodo di congedo, anche laddove possa essere garantita idonea assistenza da parte di un convivente more uxorio, non essendo tale soggetto legittimato a fruire del diritto.

REFERENTE UNICO

Il congedo non può essere riconosciuto a più di un lavoratore per l'assistenza alla stessa persona in situazione di handicap grave.

Ai sensi della **circolare INPS 62/2012** il nuovo comma 5-bis dell'art. 42 del decreto legislativo n. 151/2001 estende anche al congedo straordinario il principio del "referente unico" già introdotto dall'art. 24 della legge n. 183/2010 per i permessi ex lege 104/92.

In particolare stabilisce che il congedo straordinario di cui all'art. 42 citato ed i permessi di cui all'art. 33 della legge n. 104/92 non possono essere riconosciuti a più di un lavoratore per l'assistenza alla stessa persona disabile in situazione di gravità.

Pertanto, qualora per l'assistenza ad una persona disabile in situazione di gravità risulti già esistente un titolare di permessi ai sensi dell'art. 33 della legge n. 104/92, un eventuale periodo di congedo straordinario potrà essere autorizzato solo in favore dello stesso soggetto già fruitore dell'altro beneficio.

Il nuovo comma 5-bis, tuttavia, dando rilievo alla particolarità del rapporto genitoriale, prevede specifiche disposizioni in deroga a favore dei genitori. Infatti, ai genitori, anche adottivi, di figli disabili in situazione di gravità viene riconosciuta la possibilità di fruire di entrambe le tipologie di benefici per lo stesso figlio anche alternativamente, fermo restando che nel giorno in cui un genitore fruisce dei permessi, l'altro non può utilizzare il congedo straordinario.

La fruizione di tali benefici deve intendersi alternativa, trattandosi di istituti rispondenti alle medesime finalità di assistenza al disabile in situazione di gravità.

**REQUISITI DI "MANCANZA", DI AFFEZIONE DA "PATOLOGIE INVALIDANTI" E DI "CONVIVENZA".
INOLTRE L'ETÀ AVANZATA DI UNO DEI FAMILIARI NON PERMETTE DA SOLA LO "SCORRIMENTO" DI
PARENTELA**

- **Mancanza:** Per quanto concerne la “mancanza”, deve essere intesa non solo come situazione di assenza naturale e giuridica (celibato o stato di figlio naturale non riconosciuto), ma deve ricomprendere anche ogni altra condizione ad essa giuridicamente assimilabile, continuativa e debitamente certificata dall’autorità giudiziaria o da altra pubblica autorità, quale: divorzio, separazione legale o abbandono.
- **Patologie invalidanti:** Ai fini dell’individuazione delle “patologie invalidanti”, in assenza di un’esplicita definizione di legge, si ritiene corretto prendere a riferimento soltanto quelle, a carattere permanente, indicate dall’art. 2, comma 1, lettera d), numeri 1, 2 e 3 del Decreto Interministeriale n. 278 del 21 luglio 2000 (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.
- **L’età avanzata di uno dei familiari non permette da sola lo “scorrimento” di parentela:** Il **Ministero del Lavoro con INTERPELLO N. 43/2012** ha affermato che la legge consente l’ampliamento della platea dei familiari legittimati a fruire del congedo di cui all’art. 42, comma 5, solo in presenza di una delle situazioni individuate dal medesimo decreto, comprovate da idonea documentazione medica. Ciò in quanto si ritiene che i soggetti affetti da tali patologie non siano in grado di prestare un’adeguata assistenza alla persona in condizioni di handicap grave (cfr. circ. 1/2012, par. 3; circ. 28/2012, par. 1.1. citate). In base a quanto sopra è possibile dunque sostenere che il diritto a fruire dei congedi in questione possa essere goduto da un soggetto diverso dal precedente “titolare” solo in ragione delle ipotesi tassativamente indicate dal Legislatore, fra le quali rientra quella legata alla presenza di “patologie invalidanti”. In tal senso, pertanto, l’età avanzata del titolare del diritto non costituisce un requisito sufficiente per legittimare il godimento del congedo da parte di altri soggetti titolari.
- **Convivenza:** La **Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 1 del febbraio 2012** afferma che il diritto al congedo è subordinato per tutti i soggetti legittimati, tranne che per i genitori, alla sussistenza della convivenza. Questo requisito è provato mediante la produzione di dichiarazioni sostitutive, rese ai sensi degli artt. 46 e 47 d.P.R. n. 445 del 2000, dalle quali risulti la concomitanza della residenza anagrafica e della convivenza, ossia della coabitazione (art. 4 del d.P.R. n. 223 del 1989).

NOTA BENE

La circolare prosegue affermando che al fine di venire incontro all’esigenza di tutela delle persone disabili, il requisito della convivenza previsto nella norma si intende soddisfatto anche nel caso in cui la dimora abituale del dipendente e della persona in situazione di handicap grave siano nello stesso stabile (appartamenti distinti nell’ambito dello stesso numero civico) ma non nello stesso interno.

Sempre al fine di agevolare l’assistenza della persona disabile, il requisito della convivenza potrà ritenersi soddisfatto anche nei casi in cui sia attestata, mediante la dovuta dichiarazione sostitutiva, la dimora temporanea, ossia l’iscrizione nello schedario della popolazione temporanea di cui all’art. 32 del d.P.R. n. 223 del 1989, pur risultando diversa la dimora abituale (residenza) del dipendente o del disabile. Le amministrazioni disporranno per gli usuali controlli al fine di verificare la veridicità delle dichiarazioni (art. 71 del citato d.P.R. n. 445 del 2000).

Pertanto un’eccezione al concetto di “convivenza” è prevista per l’ipotesi in cui la dimora abituale non coincida con la dimora temporanea:

in questo caso però bisogna che tale situazione non si verifichi dopo la richiesta del congedo, ma che ne sia il presupposto. È quindi necessario che il dipendente lo dichiari fin da subito cosicché l’Amministrazione ne sia a conoscenza.

L’**INPS con circolare n. 159/2013** a tal proposito precisa che il requisito della “convivenza” sarà accertato d’ufficio **PREVIA INDICAZIONE** da parte dell’interessato degli elementi indispensabili per il reperimento dei dati inerenti la residenza anagrafica, **ovvero** l’eventuale dimora temporanea (vedi iscrizione nello schedario della popolazione temporanea di cui all’art.32 D.P.R. n. 223/89), ove diversa dalla dimora abituale (residenza) del dipendente o del disabile.

DISABILITÀ DEL FAMILIARE, RICOVERO A TEMPO PIENO E DOCUMENTAZIONE DA PRESENTARE

Il requisito indispensabile per poter fruire del congedo è che il familiare sia un disabile con handicap grave.

La persona da assistere deve essere in stato di handicap in situazione di gravità e inoltre non deve essere ricoverato a tempo pieno in istituto specializzato o altro centro.

Ricordiamo che lo "stato di handicap in situazione di gravità" è così definito dall'articolo 3, comma 3, della Legge n. 104/1992:

Qualora la minorazione, singola o plurima abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione.

Quanto al **ricovero a tempo pieno presso un centro specializzato** il **punto 6 della circolare INPS n. 32/2011** recita:

tenuto conto anche di quanto normativamente previsto per i permessi ex lege 104/92, si elencano di seguito alcune ipotesi che fanno eccezione al requisito della assenza del ricovero a tempo pieno sia per quanto concerne i suddetti permessi (prolungamento del congedo parentale, riposi orari, permessi giornalieri) sia relativamente al congedo straordinario:

1. interruzione del ricovero a tempo pieno per necessità del disabile in situazione di gravità di recarsi al di fuori della struttura che lo ospita per effettuare visite e terapie appositamente certificate (messaggio n. 14480 del 28 maggio 2010);
2. ricovero a tempo pieno di un disabile in situazione di gravità in stato vegetativo persistente e/o con prognosi infausta a breve termine (circolare n. 155 del 3 dicembre 2010, p.3);
3. a tempo pieno di un **soggetto** disabile in situazione di gravità per il quale risulti documentato dai sanitari della struttura il bisogno di assistenza da parte di un genitore o di un familiare, **ipotesi precedentemente prevista per i soli minori** (circolare n. 155 del 3 dicembre 2010, p.3)."

Pertanto il dipendente che intenda fruire del congedo deve innanzitutto presentare una copia autenticata del certificato attestante l'handicap rilasciato dalla competente commissione medica legge 104/1992 operante presso l'Asl di riferimento, poi autocertificare il grado di parentela con il disabile, dichiarare di essere convivente con esso (o precisare il caso della dimora abituale) e che lo stesso non è ricoverato a tempo pieno in istituto specializzato o altro centro (fermo restando le deroghe sopra richiamate dalla circolare INPS).

Inoltre se fruisce del congedo per "scorrimento" di parentela rientrando nei casi di "mancanza" o "patologie invalidanti" indicate in precedenza, deve autocertificare le prime (es. celibato o stato di figlio naturale non riconosciuto ecc.) e produrre copia della certificazione delle seconde.

Infine deve dichiarare che da parte degli altri familiari non vi è contemporaneità di fruizione del congedo ovvero che nessun altro stia fruendo del congedo.

FRAZIONABILITÀ DEL CONGEDO E COMPUTO DEI GIORNI FESTIVI

La **circolare INPDAP 28.12.2011, N. 22** dispone che Ai fini della frazionabilità del congedo biennale, tra un periodo e l'altro di fruizione, è necessaria, affinché non vengano computati nel periodo di congedo i giorni festivi, i sabati e le domeniche, l'effettiva ripresa del lavoro. Il requisito della ripresa del lavoro non è richiesto nei casi di domanda di congedo dal lunedì al venerdì (cfr. nell'ipotesi di settimana corta, il sabato e la domenica antecedenti la ripresa del lavoro non sono conteggiati, sempreché non si presenti una nuova richiesta di congedo dello stesso tipo per il lunedì successivo), né nella fruizione di ferie oppure malattia in prosieguo. In questo caso, cioè nell'ipotesi di giorni di ferie collocate immediatamente dopo il congedo, con una ripresa quindi dell'attività lavorativa, le giornate festive ed i sabati (in caso di settimana corta) non vanno computate in conto congedo.

