

Osservazioni sullo "Schema di decreto legislativo recante attuazione dell'articolo 23 della Legge 4 novembre 2010, n. 183" della Federazione Italiana per il Superamento dell'Handicap

La Federazione Italiana per il Superamento dell'Handicap (FISH), rispetto alle agevolazioni lavorative previste nei confronti di chi assista un congiunto con grave disabilità, da sempre sostiene due principi:

1. i reali beneficiari di quelle agevolazioni sono le persone con disabilità;
2. è necessario evitare abusi nella concessione e nella fruizione dei benefici in parola.

Il primo punto, in particolare, non è affatto scontato: si ritiene comunemente che i reali ed ultimi beneficiari siano i lavoratori che assistono le persone con disabilità e non queste ultime. Tale concezione trova riscontro sia nella legge 183/2010 che nello schema di decreto legislativo in parola.

Si rammenta che la legge 183/2010, all'articolo 24 ha abrogato il requisito dell'assistenza "continuativa ed esclusiva" previsto in precedenza per la concessione dei permessi lavorativi ex art. 33 della legge 104/1992, nei casi in cui il lavoratore non fosse convivente con il disabile assistito.

Eliminando anche questo vincolo (l'obbligo di convivenza era già stato soppresso nel 2000 dalla legge 53), non viene imposto dal Legislatore alcun elemento che possa garantire in modo certo che l'assistenza venga certamente effettuata nei giorni in cui il lavoratore fruisce dei giorni di permesso.

Altro elemento a riprova di quanto si stia scordando quali siano i reali beneficiari delle agevolazioni in parola, risiede nella lacuna normativa che non impone l'obbligo di concedere tali benefici solo in presenza di un contestuale assenso da parte della persona con disabilità (o dal tutore, o amministratore di sostegno) e la possibilità da parte dello stesso di revocare tale assenso.

Tale lacuna normativa è rilevabile anche nello Schema di decreto in esame.

Passando all'esame dell'articolato, va osservato che pur essendo comprensibile lo sforzo di razionalizzazione e di precisazione alla luce della Giurisprudenza prevalente, il testo proposto conserva profili di disparità del tutto simili a quelli che già hanno dato luogo a diversi pronunciamenti di censura da parte del Giudice delle Leggi.

L'articolo 2 reca la modifica all'articolo 20, decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 in materia di flessibilità del congedo di maternità: in caso di interruzione della gravidanza spontanea o terapeutica dopo il 180° giorno dalla gestazione, inserisce la possibilità per la lavoratrice di rientro al lavoro, previa autorizzazione del medico specialista del SSN o convenzionato.

La modifica è condivisibile, ma non include formalmente le lavoratrici (artt. 61 e 62 – D. lgs. 151/2001) che non hanno diritto all'esercizio del congedo di maternità in forma flessibile .

L'articolo 3 modifica l'art. 33, decreto legislativo 26 marzo 2001 n. 151 in materia di congedo parentale: *"1. Per ogni minore con handicap in situazione di gravità accertata (...), la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre, anche adottivi, hanno diritto a fruire, entro il compimento dell'ottavo anno di vita del bambino, del congedo parentale, in misura continuativa o frazionata, per un periodo massimo non superiore a tre anni, inclusi i periodi di cui all'art. 32, a condizione che il bambino non sia ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati."*

Il testo si presta a dubbi interpretativi in particolare nella frase "inclusi i periodi di cui all'art. 32", laddove non è chiaro se il riferimento sia ai periodi del solo genitore lavoratore che abbia chiesto l'estensione, o ai periodi a cui hanno diritto entrambi i genitori.

Inoltre va considerato che spesso in occasione di ricovero di una persona con disabilità, specialmente se si tratta di un bambino, è lo stesso personale medico a chiedere la presenza dei genitori a fini terapeutici. Si propone pertanto di aggiungere alla frase "a condizione che il bambino non sia ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati" la seguente locuzione "e non via sia certificazione medico-sanitaria dell'istituto di ricovero che attesti la necessità a fini terapeutici della presenza di un genitore" o eliminare la condizione visto che oggi Inps e Funzione Pubblica sono concordi nel concedere le agevolazioni ai genitori che producono tale certificazione in caso di figli minori ricoverati.

L'articolo 4 modifica l'articolo 42, decreto legislativo 26 marzo n. 151 in materia di congedo per assistenza di soggetto portatore di handicap grave. L'articolo non può che tenere in considerazione le tre sentenze di Corte Costituzionale che, negli anni, hanno ampliato la platea dei beneficiari (ai figli e al coniuge). Tuttavia il nuovo testo, pur confermando i beneficiari potenziali (coniuge, genitori, figli, fratelli e sorelle), fissa condizioni diverse di priorità nell'accesso ai congedi.

L'ordine di priorità è: coniuge, genitori, figli, fratelli e sorelle. Rimane ferma la condizione dell'assenza di ricovero. Il primo beneficiario è, quindi, il coniuge convivente con la persona gravemente disabile.

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 (anche se non conviventi con il figlio). Da far rilevare che, diversamente dalla disciplina sui permessi, in questi casi non viene previsto alcun limite di età di chi dovrebbe assistere il disabile.

In caso di decesso, mancanza o in presenza di patologie invalidanti del "padre e della madre" (nel testo è usata la formula congiuntiva "e", non quella disgiuntiva "o"), anche adottivi, ha diritto a fruire del congedo uno dei figli conviventi.

Se anche i figli conviventi sono deceduti, mancanti o invalidi, il beneficio passa ai fratelli o alle sorelle conviventi.

Per quanto riguarda i genitori, il congedo può essere fruito anche quando uno dei due non sia un lavoratore, oppure sia un lavoratore autonomo (che quindi non può accedere a questi benefici). In tutti gli altri casi, questa eccezione non è ammessa. Quindi, nel caso in cui un disabile conviva con la moglie casalinga, il congedo non può essere concesso, ad esempio, al figlio convivente, a meno che la madre non sia essa stessa affetta da patologie invalidanti.

Tale esclusione saranno verosimilmente all'origine di nuovi ricorsi alla Corte Costituzionale, per disparità di trattamento.

Va anche evidenziato che lo Schema non tiene in considerazione, oltre alle patologie invalidanti del familiare convivente, anche la sua età avanzata.

Ciò comporta – ad esempio – che il congedo non può essere concesso al figlio della persona con handicap grave, se questi convive con la moglie, non anch'essa invalida, ma, supponiamo, ottantenne.

Infine lo Schema non chiarisce la *voxata quaestio* della definizione della "convivenza", elemento su cui vi sono stati ripetuti e disomogenei interventi amministrativi, da ultimo la Circolare del Ministero del Lavoro del 18 febbraio 2010, Prot. 3884 tutt'altro che risolutiva.

Il Ministero premette: "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." E prosegue: "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."

Una considerazione condivisibile, addirittura più ampia di quella indicata dalla Corte Costituzionale, ma contraddetta nella forma e nella sostanza dalla disposizione successiva: "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 che il soggetto che lo assiste abbiano la residenza nello stesso Comune, riferita allo stesso indirizzo: stesso numero civico anche se in interni diversi.”

Il che crea non poche disparità di trattamento ad esempio rimangono esclusi i casi in cui “assistito” ed “assistente”, pur abitando nello stesso stabile, abbiano ingressi principali diversi e quindi diversi numeri civici.

Il nuovo testo dell'articolo 42 proposto non conferma espressamente l'originale possibilità di godere del congedo “di due anni in modo continuativo o frazionato”, come previsto oggi dall'articolo 4 comma 2 legge 53/2000, opportunità quanto mai utile al lavoratore e all'azienda, oltre che allo stesso disabile assistito.

Per quanto riguarda l'indennità, il riferimento alle “voci fisse e continuative” dell'ultima retribuzione comporta un trattamento peggiorativo rispetto alla situazione attuale.

L'integrazione al testo che prevede l'applicabilità solo in via residuale delle disposizioni di cui all'articolo 4, comma 2 del decreto legislativo 151/2001 dovrebbe, per maggior chiarezza essere integrato anche dal riferimento al relativo Regolamento, cioè al DM 21 luglio 2000 n. 278, consentendo così la concessione dei congedi anche nel caso in cui – pur in presenza di ricovero - via sia certificazione medico-sanitaria della struttura sanitaria di ricovero che attestati la necessità a fini terapeutici della continuità di presenza di un familiare.

L'articolo 6 reca modifiche alla legge 5 febbraio 1992, n. 104 in materia di assistenza a soggetti portatori di handicap grave.

Dal primo comma viene affrontata una fattispecie tutt'altro che infrequente: la cumulabilità dei permessi in capo allo stesso lavoratore per l'assistenza a più familiari con grave disabilità. Finora la fattispecie non era disciplinata dalla normativa: se n'era occupato il Consiglio di Stato nel lontano 1996 e alcune circolari amministrative di INPS e INPDAP nel corso degli anni.

La soluzione proposta dallo Schema è, sotto il profilo operativo, piuttosto farraginoso e potenzialmente foriera di inefficacia o di disparità di trattamento.

Il Decreto fissa una regola: si possono cumulare i permessi, in capo al medesimo lavoratore, solo a condizione che il “secondo” familiare da assistere sia il coniuge o un parente o affine entro il primo grado o entro il secondo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni di età oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti. Non è mai ammessa la cumulabilità nel caso in cui anche il “secondo” familiare da assistere sia un parente o un affine di terzo grado, nemmeno nel caso in cui il coniuge o il genitore sia deceduti o mancanti o invalidi o ultra65enni.

Il periodo inserito dallo Schema al comma 3 dell'articolo 33 dalla legge 104/1992, lascia perplessi se letto unitamente alle più recenti modifiche introdotte dall'articolo 24 della legge 183/2010.

Quell'articolo prevede la concessione dei permessi solo per i parenti e gli affini fino al secondo grado, salvo eccezioni (decesso, età, patologie) che consentono la concessione fino al terzo grado.

Quindi: il “primo” assistito deve essere un parente/affine al massimo fino al secondo grado (o, eccezionalmente al terzo); il “secondo” assistito deve essere un parente/affine al massimo fino al primo grado (o, eccezionalmente al secondo).

Tale imposizione genererà delle situazioni applicative alquanto “singolari”, ma non infrequenti.

1. Un lavoratore che gode dei permessi in forza della prima parte del comma 3 per assistere un parente di terzo grado, può usufruire di un permesso aggiuntivo per un parente di secondo grado.
2. Un lavoratore che gode dei permessi in forza della prima parte del comma 3 un parente di secondo grado, NON può usufruire di un permesso aggiuntivo per un parente di terzo grado.

La situazione è paradossale oltre che fonte di disparità di trattamento a fronte di identica situazione; si tratta di fattispecie destinate ad essere censurate dalla Giurisprudenza.

Nella **seconda parte l'articolo 6** - vista l'abrogazione delle condizioni di "esclusività e continuità" dell'assistenza prevista dalla Legge 183/2010 - fissa una regola dagli intenti antielusivi imponendo che il lavoratore che usufruisce dei permessi *"per assistere persona in situazione di handicap grave, residente in comune situato a distanza stradale superiore a 150 Km rispetto a quello di residenza del lavoratore, attesta con titolo di viaggio, o altra documentazione idonea, il raggiungimento del luogo di residenza dell'assistito"*.

Il limite "chilometrico" appare privo di una motivazione della sua quantificazione e comunque non offre alcuna garanzia che vi sia effettiva assistenza alla persona con disabilità che ne dovrebbe beneficiare.

L'articolo 7 tratta di congedo per cure per gli invalidi sancendo definitivamente il relativo trattamento di malattia. Andrebbe specificato con chiarezza il riconoscimento del diritto al trattamento economico di malattia per l'intero periodo di congedo e la non computabilità del medesimo periodo ai fini del calcolo della malattia durante il rapporto di lavoro (cd. comporto), già affermati nella più recente produzione giurisprudenziale e amministrativa.

Roma, 16 maggio 2011