

OGGETTO: CONGEDO STRAORDINARIO - CONCESSO ANCHE AI FIGLI DEL DISABILE IN SITUAZIONE DI GRAVITÀ NON CONVIVENTI AL MOMENTO DELLA PRESENTAZIONE DELLA DOMANDA

La concessione del **congedo straordinario per l'assistenza a familiari con disabilità grave** (art. 3, comma 3, della legge n. 104/1992 ^[*]) è **fissata con un ordine di priorità dei soggetti aventi diritto al beneficio che, partendo dal coniuge, degrada fino ai parenti e affini di terzo grado** (art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151/2001 ^[**] - CONFIMI ROMAGNA NEWS n. 16/2018).

La norma, nel fissare tale ordine di priorità, indica espressamente anche i soggetti, tra cui il figlio del familiare da assistere, per i quali la convivenza con il disabile è requisito essenziale per rientrare tra i potenziali beneficiari del congedo in esame.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 232/2018 ha dichiarato l'illegitimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151/2001 **"nella parte in cui non include nel novero dei soggetti legittimati a fruire del congedo ivi previsto, e alle condizioni stabilite dalla legge, il figlio che, al momento della presentazione della richiesta del congedo, ancora non conviva con il genitore in situazione di disabilità grave, ma che tale convivenza successivamente instauri, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti del coniuge convivente, del padre e**

[*] **Art. 3, comma 3, legge n. 104/1992**

Qualora la minorenne, 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, la situazione assume connotazione di gravità. le situazioni riconosciute di gravità determinano priorità nei programmi e negli interventi dei servizi pubblici.

[**] **Art. 42, commi 5 - 5 ter, d.lgs. n. 151/2001**

5. 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.

5-bis. 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 congedo è accordato a condizione che la persona da assistere non sia ricoverata a tempo pieno, salvo che, in tal caso, sia richiesta dai sanitari la presenza del soggetto che presta assistenza. il congedo ed i permessi di cui articolo 33, comma 3, della legge n. 104 del 1992 non possono essere riconosciuti a più di un lavoratore per l'assistenza alla stessa persona. per l'assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità i diritti sono riconosciuti ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente, ma negli stessi giorni l'altro genitore non può fruire dei benefici di cui all'articolo 33, commi 2 e 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e 33, comma 1, del presente decreto.

5-ter. Durante il periodo di congedo, il richiedente ha diritto a percepire un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione, con riferimento alle voci fisse e continuative del trattamento, e il periodo medesimo è coperto da contribuzione figurativa; l'indennità e la contribuzione figurativa spettano fino a un importo complessivo massimo di euro 43.579,06 annui per il congedo di durata annuale. detto importo è rivalutato annualmente, a decorrere dall'anno 2011, sulla base della variazione dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati. l'indennità è corrisposta dal datore di lavoro secondo le modalità previste per la corresponsione dei trattamenti economici di maternità. i datori di lavoro privati, nella denuncia contributiva, detraggono l'importo dell'indennità dall'ammontare dei contributi previdenziali dovuti all'ente previdenziale competente. per i dipendenti dei predetti datori di lavoro privati, compresi quelli per i quali non è prevista l'assicurazione per le prestazioni di maternità, l'indennità di cui al presente comma è corrisposta con le modalità di cui all'articolo 1 del decreto-legge 30 dicembre 1979, n. 663, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 febbraio 1980, n. 33.

della madre, anche adottivi, dei figli conviventi, dei fratelli e delle sorelle conviventi, dei parenti o affini entro il terzo grado conviventi, legittimati a richiedere il beneficio in via prioritaria secondo l'ordine determinato dalla legge”.

Nel motivare tale decisione la Corte ha chiarito che *“il requisito della convivenza ex ante, inteso come criterio prioritario per l'identificazione dei beneficiari del congedo, pur rivelandosi idoneo a garantire in linea tendenziale il miglior interesse del disabile, non può considerarsi criterio indefettibile ed esclusivo, così da precludere al figlio, che intende convivere ex post, di adempiere in via sussidiaria e residuale i doveri di cura e di assistenza anche quando nessun altro familiare convivente, pur di grado più lontano, possa farsene carico”.*

In particolare la Corte specifica che *“tale preclusione, in contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 32 Cost., sacrifica in maniera irragionevole e sproporzionata l'effettività dell'assistenza e dell'integrazione del disabile nell'ambito della famiglia, tutelata dal legislatore mediante una disciplina ispirata a presupposti rigorosi e contraddistinta da obblighi stringenti”* e che *“il figlio che abbia conseguito il congedo straordinario ha difatti l'obbligo di instaurare una convivenza che garantisca al genitore disabile un'assistenza permanente e continuativa”.* Pertanto, alla luce di tale principio, **la concreta attuazione dell'inderogabile principio solidaristico**, di cui all'art. 2 della Costituzione, **potrebbe essere garantita mediante l'imposizione di un obbligo di convivenza durante la fruizione del congedo.**

Sulla base di quanto sopra esposto, **il figlio che, al momento della presentazione della domanda, ancora non conviva con il genitore in situazione di disabilità grave, deve essere incluso tra i soggetti legittimati a godere del congedo** di cui all'art. 42, comma 5, del d.lgs n. 151/2001.

Tale soggetto, tuttavia, potrà fruire del beneficio in parola **solo in caso “di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti” di tutti gli altri familiari legittimati a richiedere il beneficio**, secondo l'ordine di priorità previsto dalla legge **e purché la convivenza instaurata successivamente sia garantita per tutta la fruizione del congedo.**

Per quanto precede, l'INPS, con la circolare n. 49 del 5 aprile 2019, ha illustrato, alla luce delle statuizioni di cui alla sentenza della Corte Costituzionale n. 232/2018, gli effetti sul congedo straordinario, di cui all'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151/2001, ai lavoratori dipendenti del settore privato, e fornito le istruzioni operative sotto riportate.

Effetti sul congedo straordinario di cui all'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151/2001, ai lavoratori dipendenti del settore privato

Le disposizioni di cui al comma 5 dell'art. 42 del d.lgs. n. 151/2001 devono essere coordinate con la sentenza della Corte Costituzionale n. 232/2018, sopra illustrata.

Alla luce del quadro normativo vigente, pertanto, è possibile usufruire del congedo in esame secondo il seguente ordine di priorità:

1. il “coniuge convivente”/la “parte dell'unione civile 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”/della “parte dell'unione civile convivente”;

3. uno dei “figli conviventi” della persona disabile in situazione di gravità, nel caso in cui il “coniuge convivente”/la “parte dell’unione civile 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”/la “parte dell’unione civile convivente”, “entrambi i genitori” e 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”/la “parte dell’unione civile convivente”, “entrambi i genitori”, i “figli conviventi” e i “fratelli o sorelle conviventi” siano mancanti, deceduti o affetti da patologie invalidanti;
6. uno dei figli non ancora conviventi con la persona disabile in situazione di gravità, ma che tale convivenza instauri successivamente, nel caso in cui il “coniuge convivente” /la “parte dell’unione civile convivente”, “entrambi i genitori”, i “figli conviventi” e i “fratelli o sorelle conviventi”, i “parenti o affini entro il terzo grado conviventi” siano mancanti, deceduti o affetti da patologie invalidanti.

Ambito di applicazione e istruzioni operative

Ai fini della valutazione della spettanza del diritto al congedo in favore del figlio non convivente, il richiedente è tenuto a dichiarare nella domanda, sotto la propria responsabilità ai sensi dell’art. 46 del d.P.R. n. 445/2000, che provvederà a instaurare la convivenza con il familiare disabile in situazione di gravità entro l’inizio del periodo di congedo richiesto e a conservarla per tutta la durata dello stesso.

Sarà cura dell’operatore della struttura territoriale competente dell’INPS provvedere, secondo le consuete modalità, all’espletamento dei controlli delle dichiarazioni sostitutive di certificazioni.

La sentenza della Corte Costituzionale estende i suoi effetti esclusivamente ai rapporti non ancora esauriti a decorrere dal 12 dicembre 2018, giorno della sua pubblicazione sulla «*Gazzetta Ufficiale*» n. 49.

Pertanto, le strutture territoriali INPS dovranno riesaminare le richieste già pervenute relativamente ai rapporti non esauriti, intendendosi come tali quelle situazioni giuridiche per le quali non sia intervenuta sentenza passata in giudicato o estinzione del diritto per prescrizione.