

LE NUOVE LEGGI

Una collana concepita per coniugare tradizione di divulgazione giuridica ed esigenze pratiche dell'avvocato. Ogni volume è un utile strumento di lavoro finalizzato a coordinare le novità legislative all'assetto normativo vigente, mediante un sistema di domande e risposte che chiariscono i dubbi interpretativi derivanti dall'applicazione delle riforme e di schede riepilogative che mettono in evidenza le innovazioni del precetto normativo. La collana si articola in tre sezioni dedicate al diritto civile, penale e amministrativo, sia sostanziale che procedurale.

La XVI Legislatura ha portato a compimento, dopo un lungo e travagliato iter legislativo, la riforma del processo del lavoro, con la pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* del 9 novembre 2010 della legge 4 novembre, n. 183.

Il provvedimento, composto di cinquanta articoli, oltre alle deleghe per la revisione della disciplina in tema di lavori usuranti e la riorganizzazione degli enti soggetti a vigilanza ministeriale, contiene importanti novità in tema di conciliazione ed arbitrato per il settore privato e pubblico e di rilancio dell'istituto della certificazione per la riduzione del contenzioso in materia di lavoro. Senza contare la riforma per le impugnazioni e le decadenze nella disciplina dei licenziamenti.

Oltre alla vera e propria rivoluzione nel processo del lavoro (sono stati sostituiti gli articoli 410 - 412-quater del codice di procedura civile) la legge n. 183/2010 annovera modifiche e integrazioni per i contratti a termine e le collaborazioni coordinate e continuative, per i servizi ispettivi e le attività di vigilanza (con la maxi sanzione per contrastare il lavoro sommerso), nonché per la disciplina previdenziale. Completano il quadro le disposizioni sul mercato del lavoro, sull'apprendistato e, infine, in materia di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Questo commentario, agile nella lettura e con una forte vocazione pratica, intende accompagnare il lettore nella conoscenza e nella corretta interpretazione del contenuto e degli ambiti di applicazione delle tante e fondamentali novità introdotte dalla legge 4 novembre 2010, n. 183.

MICHELE TIRABOSCHI, Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Modena e Reggio Emilia e Visiting professor dell'Università Panthéon-Assas (Paris II). Direttore del Centro studi internazionali e comparati Marco Biagi dell'Università di Modena e Reggio Emilia e Presidente di Adapt. Dirige le riviste *Diritto delle Relazioni Industriali* e *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*. È editorialista de *Il Sole 24 Ore* e *Avvenire* e autore di numerosi studi e saggi sulle tematiche del lavoro e delle relazioni industriali.

GIAMPIERO PROIA, Professore ordinario di Diritto del lavoro presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre. Insegna anche Diritto della previdenza sociale presso la LUISS - Libera Università Internazionale degli Studi Sociali. È Direttore del Master di I livello in *Esperto in relazioni industriali e di lavoro*, istituito presso l'Università Roma Tre, in convenzione con Adapt e Fondazione Studi Consulenti del Lavoro. Avvocato, Presidente dello Studio legale Proia & Partners.

ALESSANDRO CORVINO, Avvocato del foro di Bergamo. Collaboratore Adapt-Centro Studi Marco Biagi, membro del Comitato di redazione della rivista *Diritto delle Relazioni Industriali* (Giuffrè). Autore di numerose pubblicazioni su temi del diritto del lavoro, si occupa prevalentemente di mercato del lavoro, esternalizzazioni produttive, tipologie contrattuali e gestione dei rapporti di lavoro, diritto sanzionatorio e processo del lavoro, certificazione, conciliazione ed arbitrato in ambito lavoristico.

MARCO GAMBACCIANI, Ricercatore di Diritto del lavoro presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre. Avvocato, è autore di numerose pubblicazioni in materia di diritto del lavoro, sindacale e della previdenza sociale.

ISBN 88-14-16063-5



9 788814 160639

EURO 58,00
5555-37

LE NUOVE LEGGI CIVILI
LA RIFORMA DEI RAPPORTI E DELLE CONTROVERSIE DI LAVORO
a cura di GIAMPIERO PROIA - MICHELE TIRABOSCHI



LE NUOVE LEGGI CIVILI

LA RIFORMA DEI RAPPORTI E DELLE CONTROVERSIE DI LAVORO

Commentario alla legge 4 novembre 2010, n. 183 (cd. Collegato lavoro)

a cura di

GIAMPIERO PROIA - MICHELE TIRABOSCHI

con la collaborazione di

**ALESSANDRO CORVINO
MARCO GAMBACCIANI**



GIUFFRÈ EDITORE

5.

ASSENZE DAL SERVIZIO: IL NODO DELLE ASPETTATIVE, DEI CONGEDI E DEI PERMESSI

GERMANA CARUSO

SOMMARIO: 1. Il contenuto della delega. – 2. Le modifiche alla disciplina sui permessi per assistenza ai portatori di handicap in situazione di gravità. – 3. Il sistema di controllo e monitoraggio.

1. Il contenuto della delega.

Le regole che disciplinano la fruizione di congedi, aspettative e permessi per i dipendenti da datori di lavoro pubblici e privati non risultano, allo stato attuale, sistematizzate in un unico *corpus* normativo ⁽¹⁾. Il sostrato normativo di riferimento è frutto di uno sforzo di raccordo, non sempre agevole, tra disposizioni contenute nei principali interventi legislativi adottati in materia: la legge 5 febbraio 1992, n. 104, *Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*; la legge 8 marzo 2000, n. 53, *Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città*; da ultimo, il decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità* ⁽²⁾. Si

⁽¹⁾ Sugli interventi in favore della cura dei portatori di handicap come parte integrante di «un disegno complessivo di umanizzazione del programma contrattuale inerente al rapporto di lavoro subordinato», cfr. R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *RIDL*, 2000, I, 149.

⁽²⁾ Lo sforzo di coordinamento deve essere fatto tenendo in considerazione anche la disciplina rivolta a soggetti affetti da particolari patologie sulla quale, per approfondimenti, si rinvia ad A. SERVIDORI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Marco Biagi, la sua legge e la valorizzazione delle norme a tutela dei lavoratori affetti da patologie oncologiche e invalidanti*, in *Boll. spec. Adapt*, 30 marzo 2010, n. 11. Un quadro completo della disciplina dei permessi di cui all'art. 33 della l. 5 febbraio 1992, n. 104, come riformato dalla l. 8 marzo 2000, n. 53, è offerto da D. GOTTARDI, *Permessi e congedi per persone handicappate*, in *GLav*, 2002, 29, 15.

considerino, altresì, una serie di regole specificamente dettate per i soggetti affetti da particolari patologie ⁽³⁾.

Alla luce di quanto detto è agevole cogliere la *ratio* sottesa all'articolo 23 della legge n. 183/2010, ove si conferisce delega al Governo ad adottare, entro sei mesi dalla entrata in vigore della medesima legge e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, uno o più decreti legislativi finalizzati al riordino della disciplina vigente.

Per ottenere un *unicum* dotato di coerenza giuridica, logica e sistematica, il legislatore detta una serie di principi e criteri direttivi. Il coordinamento formale e sostanziale delle disposizioni vigenti, ai sensi del comma 1, lettera *b*, dovrà passare per l'indicazione esplicita delle norme abrogate e il riordino delle tipologie di permessi, tenuto conto del loro contenuto e della diretta correlazione a posizioni giuridiche costituzionalmente tutelate. Al fine di garantire l'applicazione certa e uniforme della disciplina, il legislatore delegato dovrà altresì ridefinire e precisare i requisiti oggettivi e soggettivi per la fruizione di congedi, permessi e aspettative, nel contesto di una più ampia operazione di razionalizzazione e semplificazione dei criteri e delle modalità operative da seguire (comma 1, lettera *d*).

L'opportunità di pervenire a una chiara identificazione dei soggetti beneficiari e delle condizioni di esercizio dei diritti in questione risulta evidente, solo se si considerino i numerosi chiarimenti forniti in materia dalla prassi amministrativa e al sostanzioso contributo della giurisprudenza costituzionale intervenuta, a più riprese, sull'articolo 42, comma 5, del Testo Unico in materia di sostegno alla maternità e alla paternità, al fine di ampliarne sensibilmente il novero dei soggetti beneficiari del diritto ivi previsto ⁽⁴⁾.

Lo sforzo di razionalizzazione e semplificazione della normativa vigente richiesto al legislatore delegato investe anche la documentazione da presentare, con specifico riferimento ai soggetti portatori di handicap grave ovvero affetti da patologie di tipo neuro-degenerativo e oncologico (comma 1, lettera *e*).

2. Le modifiche alla disciplina sui permessi per assistenza ai portatori di handicap in situazione di gravità.

L'articolo 24 della legge n. 183/2010 modifica la disciplina dei permessi per l'assistenza a portatori di handicap in situazione di gravità di cui all'articolo 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104.

Il legislatore interviene su una legge che trova diretto fondamento nei principi di solidarietà sociale di rango costituzionale, finalizzata a garantire di-

⁽³⁾ Per approfondimenti sul punto si rinvia ad A. SERVIDORI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*

⁽⁴⁾ Si vedano C. Cost. 16 giugno 2005, n. 233; C. Cost. 18 aprile 2007, n. 158; C. Cost. 26 gennaio 2009, n. 19, consultabili in www.adapt.it, indice A-Z, voce *Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie*.

ritti umani fondamentali. Nel *corpus* della *Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate* viene operato, infatti, un bilanciamento tra l'esigenza di tutelare il lavoratore, onerato dal dovere di assistenza di un familiare disabile, e quella di garantire l'efficienza della prestazione lavorativa alle dipendenze di un datore di lavoro, pubblico o privato. Le modifiche apportate avranno, con tutta evidenza, un forte impatto sociale.

Occorre anzitutto precisare che l'articolo 33 della legge succitata riconosce al lavoratore dipendente che assista persone affette da handicap grave il diritto a godere di tre giorni di permesso retribuito per ciascun mese. Requisito indefettibile per la concessione del diritto è che il soggetto disabile versi in condizioni di gravità⁽⁵⁾, ovvero soffra di una minorazione, singola o plurima, tale da ridurne l'autonomia personale in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale. Ulteriore presupposto della fattispecie è l'assenza di un ricovero del disabile a tempo pieno in strutture quali ospedali o case di cura di altro genere.

Il legislatore interviene sulla disciplina in relazione a diversi profili.

La prima sostanziale modifica investe il novero dei soggetti legittimati alla fruizione dei permessi. La nuova formulazione dell'articolo 33, comma 3, individua quali beneficiari del diritto i genitori, i parenti e gli affini entro il secondo grado; l'affinità entro il terzo grado, ammessa in via generale nella precedente formulazione della norma, viene in rilievo ora solo nell'ipotesi in cui i genitori o il coniuge dell'assistito abbiano compiuto 65 anni di età, oppure siano affetti da patologie invalidanti, deceduti o mancanti⁽⁶⁾.

L'indeterminatezza dell'aggettivazione «mancanti», forse impiegata dal legislatore per alludere a una assenza dettata da cause non preventivamente individuabili, con tutta probabilità darà adito a dubbi interpretativi.

Nel testo novellato, per ragioni di coordinamento formale e sostanziale delle disposizioni vigenti in materia, viene meno il requisito della convivenza

⁽⁵⁾ L'accertamento della situazione di gravità compete alle commissioni mediche per l'invalidità civile costituite presso le Asl, di cui all'art. 4 della l. 5 febbraio 1992, n. 104. Il Ministero del lavoro, con circ. 15 marzo 1993, n. 28, ha autorizzato l'accertamento in via provvisoria da parte di un medico specialista nella patologia denunciata, in servizio presso l'Asl competente, qualora siano trascorsi 90 giorni dalla presentazione della richiesta senza che la commissione medica si sia pronunciata. Con la circ. 29 aprile 2008, n. 53 (in *www.adapt.it*, indice A-Z, voce *Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie*), l'Inps ha precisato che la certificazione provvisoria è efficace fino all'accertamento definitivo da parte della commissione.

⁽⁶⁾ Tra le modifiche apportate all'art. 33 figura, da un lato, l'espressa previsione del coniuge tra gli aventi diritto ai permessi; dall'altro, il legislatore opera un restringimento dei soggetti beneficiari incidendo sul grado di parentela ammissibile ai fini della richiesta. Sulla progressiva estensione dei beneficiari operata dalla giurisprudenza costituzionale si legga M. TATARELLI, *L'estensione del beneficio può garantire salute psicofisica e cura del disabile*, in *GLav*, 2005, 27, 41; E. RAIMONDI, *Tutela del disabile e congedi straordinari retribuiti: un'importante decisione della Corte Costituzionale*, in *RIDL*, 2007, II, 776.

(⁷) tra il lavoratore beneficiario dei permessi e il portatore di handicap, invero già superato dall'articolo 20, comma 1, della legge 8 marzo 2000, n. 53 e quelli, oggetto di un nutrito contenzioso (⁸), della continuità ed esclusività dell'assistenza. Allo stato attuale l'unico requisito richiesto per il godimento del diritto, ferma restando la mancanza del ricovero a tempo pieno, è quello dell'assistenza (⁹). Deve sussistere, pertanto, un rapporto di cura tra l'unico soggetto legittimato al godimento del diritto e il disabile in condizione di gravità. Nel caso dei genitori, anche adottivi, il diritto è riconosciuto a entrambi, ma la fruizione dei permessi è alternativa tra i due (¹⁰).

Dalla possibilità di fruire anche in maniera continuativa del diritto di cui all'articolo 33, comma 3, della legge in commento, espressamente indicata nel testo novellato, si deduce *a contrariis* l'ammissibilità del frazionamento dei permessi. Su tale aspetto, supportato dalla più recente produzione giurisprudenziale, è intervenuto il dipartimento della Funzione pubblica con il parere 18 febbraio 2008, n. 13 (¹¹), ammettendo l'elaborazione di un piano per la fruizione dei permessi, concordato tra l'amministrazione e il lavoratore, al fine di «evitare la compromissione del funzionamento dell'organizzazione».

Una ulteriore modifica concerne la scelta della sede di lavoro. Il comma 5 dell'articolo 33, vecchio testo, prevedeva che il lavoratore avesse diritto a scegliere, ove possibile, la sede più vicina al proprio domicilio. Il comma, riscritto, dispone ora che il soggetto che presta assistenza ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio del disabile. Rimane confermata la previsione per cui il soggetto beneficiario dei permessi non può essere trasferito in altra sede di lavoro senza che esprima parere favorevole in tal senso.

(⁷) Per chiarimenti sul requisito della convivenza si rinvia alla circ. Min. lav. 18 febbraio 2010, n. 3884 (consultabile in www.adapt.it, indice A-Z, voce *Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie*).

(⁸) Sul requisito della esclusività assistenziale, anche al fine di cogliere la portata del rischio di abusi cui potrebbe dare adito l'avvenuta eliminazione dello stesso, si legga, da ultimo, la sentenza C. Stato 15 marzo 2010, n. 825. Un adeguamento dei precedenti criteri adottati in merito all'accertamento dei requisiti della continuità e della esclusività dell'assistenza offerta dal lavoratore alla persona con disabilità grave, alla luce dell'orientamento consolidato della giurisprudenza, viene operato con la circ. Inps 23 maggio 2007, n. 90 (in www.adapt.it, indice A-Z, voce *Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie*).

(⁹) Per una lucida ricostruzione dei recenti indirizzi giurisprudenziali sui requisiti di continuità ed esclusività assistenziale, eliminati nella nuova formulazione testuale dell'art. 33, si rinvia a P.A. DE SANTIS, *Sui presupposti di esclusività e di continuità dei permessi parentali di cui all'art. 33, l. n. 104 del 1992*, in *GM*, 2008, 10, 2532.

(¹⁰) Per approfondimenti sul punto si rinvia alla circ. Inps 17 luglio 2000, n. 133 (in www.adapt.it, indice A-Z, voce *Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie*).

(¹¹) Consultabile in www.adapt.it, indice A-Z, voce *Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie*.

3. Il sistema di controllo e monitoraggio.

Il legislatore prevede, altresì, una serie di modifiche alla disciplina preventiva, rilevanti sotto il profilo dei controlli sulla corretta fruizione dei permessi retribuiti e coperti da contribuzione figurativa. Sul punto sembra opportuno richiamare la posizione espressa dall'Inps con circolare 29 aprile 2008, n. 53, laddove viene chiarito che grava sul datore di lavoro il diritto/dovere di verificare nel concreto la sussistenza dei presupposti legali circa la concessione dei permessi, rispetto ai quali non gode di alcuna discrezionalità, dovendosi limitare alla mera verifica della sussistenza dei requisiti. In linea con questa previsione l'articolo 24, introducendo *ex novo* il comma 7-*bis* dell'articolo 33, legge 5 febbraio 1992, n. 104, dispone che qualora venga accertato dall'Inps o dal datore di lavoro il venir meno o l'insussistenza dei presupposti per la fruizione dei permessi, il lavoratore decade dal diritto. Resta ferma la possibilità di irrogare a suo carico le sanzioni disciplinari.

Nella medesima ottica di rigore, volta all'accertamento dei presupposti fattuali di concreta incidenza ai fini del riconoscimento del beneficio, va letto l'obbligo gravante sulle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, di comunicare al dipartimento della Funzione pubblica i requisiti soggettivi e oggettivi che fanno sorgere in capo al lavoratore il diritto alla fruizione dei permessi per l'assistenza al familiare disabile, puntualmente indicati al comma 4 dell'articolo 24, legge n. 183/2010.

Le informazioni così raccolte e inoltrate in via telematica entro il 31 marzo di ogni anno, confluiranno in una banca dati informatica operante nel rispetto della disciplina sul trattamento dei dati personali e sensibili di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196. La previsione è finalizzata a supportare un'attività di monitoraggio costante sulla corretta fruizione dei permessi, volta a limitare i possibili abusi e l'utilizzo distorto dei benefici connessi con ricadute positive in termini di contenimento della spesa pubblica.