

Precisazioni e chiarimenti sull'applicazione delle leggi n.104/92 e n.151/01

Riportiamo di seguito le circolari INPS del 2007, riguardanti l'applicazione delle leggi suddette per l'assistenza ai portatori di handicap. In particolare:

Precedenti criteri adottati in merito all'accertamento dei requisiti della continuità e della esclusività dell'assistenza offerta dal lavoratore alla persona con disabilità grave per la concessione dei benefici riconosciuti dalla L.104/1992, vengono riveduti ed adeguati alla luce dell'orientamento consolidato della giurisprudenza

Estensione del diritto al congedo di cui all' art. 42, comma 5, D.Lgs. 151/2001 al coniuge convivente con soggetto con handicap in situazione di gravità.

Settembre 2007

INPS

Istituto Nazionale
Previdenza Sociale



Direzione Centrale
Prestazioni a Sostegno del Reddito

Direzione Centrale
Organizzazione

Coordinamento Generale
Medico-Legale

Roma, 23 Maggio 2007

Circolare n. 90

*Ai Dirigenti centrali e periferici
Ai Direttori delle Agenzie
Ai Coordinatori generali, centrali e
periferici dei Rami professionali
Al Coordinatore generale Medico legale e
Dirigenti Medici*

e, per conoscenza,

*Al Presidente
Ai Consiglieri di Amministrazione
Al Presidente e ai Membri del Consiglio
di Indirizzo e Vigilanza
Al Presidente e ai Membri del Collegio dei
Sindaci
Al Magistrato della Corte dei Conti delegato
all'esercizio del controllo
Ai Presidenti dei Comitati amministratori
di fondi, gestioni e casse
Al Presidente della Commissione centrale
per l'accertamento e la riscossione
dei contributi agricoli unificati
Ai Presidenti dei Comitati regionali
Ai Presidenti dei Comitati provinciali*

OGGETTO: ||permessi ex art. 33 legge 05 febbraio 1992, n.104. Questioni varie.|||

SOMMARIO: *i precedenti criteri adottati in merito all'accertamento dei requisiti della continuità e della esclusività dell'assistenza offerta dal lavoratore alla persona con disabilità grave per la concessione dei benefici riconosciuti dalla L.104/1992, vengono riveduti ed adeguati alla luce dell'orientamento consolidato della giurisprudenza*

La Corte di Cassazione Sezione Lavoro con la sentenza n.7701 del 16.05.2003, ha censurato l'interpretazione dell'art. 33 della legge 104/92 sostenuta da questo Istituto, che la presenza in famiglia di altra persona che sia tenuta o possa provvedere all'assistenza del parente con disabilità in situazione di gravità esclude il diritto ai tre permessi mensili retribuiti ed ha affermato il seguente principio:

"non par esservi dubbio che lo spirito della legge sia quello di non lasciare il minore gravemente handicappato in balia di se stesso neanche momentaneamente e privo di affetto ad opera di chi lo possa assistere convenientemente anche dal punto di vista materiale. Se questo è lo scopo della legge, ove tale convenienza non sia raggiunta, come non è raggiunta ove il congiunto non lavoratore debba provvedere da solo all'incombenza, un'interpretazione conforme agli scopi della legge pretende che un'altra persona possa sostituire almeno momentaneamente l'avente diritto originario. Orbene, se questa seconda persona è un lavoratore appare ovvio e necessario che possa godere di brevi permessi retribuiti".

La stessa Corte, con la sentenza n.13481 del 20.07.2004, ha poi confermato il proprio precedente orientamento, ulteriormente specificando che:

"essendo presupposto del diritto la circostanza che il portatore di handicap non sia ricoverato a tempo pieno, è presumibile che, durante l'orario di lavoro di chi presta l'assistenza e può fruire dei permessi, all'assistenza provveda altra persona presente in famiglia ed è ragionevole il bisogno di questa di fruire di tre giorni di libertà, coincidenti con la fruizione dei permessi retribuiti del lavoratore. Il criterio è analogo a quello previsto per i genitori di portatori di handicap, regolato nel medesimo articolo, per i quali la circostanza che uno di essi non lavori, e quindi possa prestare assistenza, non esclude il diritto ai permessi retribuiti. Si deve concludere che né la lettera, né la ratio della legge escludono il diritto ai permessi retribuiti in caso di presenza in famiglia di persona che possa provvedere all'assistenza".

Anche la giustizia amministrativa era pervenuta ad analoghe conclusioni.

Il Consiglio di Stato, infatti, pronunciandosi circa l'applicabilità ad un docente di una scuola pubblica dell'articolo 33 comma 5 della legge 104/92, con sentenza del 19.01.1998, n.394/97 della propria Terza Sezione, aveva affermato che non si può negare il beneficio allorché sussista il presupposto dell'effettiva assistenza continuativa da parte del lavoratore medesimo sulla considerazione che il rapporto possa essere instaurato da altri familiari. Nella stessa sentenza il Consiglio di Stato ha evidenziato che il beneficio in questione non è subordinato alla mancanza di altri familiari in grado di assistere il portatore di handicap.

Giova, infine, sottolineare che anche la Corte Costituzionale, nella sentenza n.325/1996 aveva posto in evidenza la ratio della legge nel suo insieme: *superare o contribuire a far superare i molteplici ostacoli che il disabile incontra quotidianamente nelle attività sociali e lavorative e nell'esercizio di diritti costituzionalmente protetti.* Nella stessa sentenza, il giudice delle leggi aveva anche sottolineato come non debba corrersi il rischio opposto, cioè, *il dare alla norma un rilievo eccessivo, perché non è immaginabile che l'assistenza al disabile si fondi esclusivamente su quella familiare.*

In base a tale orientamento giurisprudenziale ormai consolidato appare improcrastinabile che l'Istituto riveda le precedenti indicazioni fornite alle strutture territoriali in merito alla concessione dei benefici previsti dai commi 2 e 3 dell'articolo 33 della legge n.104/92, ispirandosi ai seguenti nuovi criteri:

1. che a nulla rilevi che nell'ambito del nucleo familiare della persona con disabilità in situazione di gravità si trovino conviventi familiari non lavoratori idonei a fornire l'aiuto necessario ;
2. che la persona con disabilità in situazione di gravità - ovvero il suo amministratore di sostegno ovvero il suo tutore legale - possa liberamente effettuare la scelta su chi, all'interno della stessa famiglia, debba prestare l'assistenza prevista dai termini di legge;
3. che tale assistenza non debba essere necessariamente quotidiana, purché assuma i caratteri della *sistematicità* e dell'*adeguatezza* rispetto alle concrete esigenze della persona con disabilità in situazione di gravità;
4. che i benefici previsti dai commi 2 e 3 si debbano riconoscere altresì a quei lavoratori che - pur risiedendo o lavorando in luoghi anche distanti da quello in cui risiede di fatto la persona con disabilità in situazione di gravità (come, per esempio, nel caso del personale di volo delle linee aeree, del personale viaggiante delle ferrovie o dei marittimi) - offrano allo stesso un'*assistenza sistematica ed adeguata*, stante impregiudicato il potere organizzativo del datore di lavoro, non attenendo la fruizione dei benefici de quo all'esercizio di un diritto potestativo del lavoratore. A tal fine, in sede di richiesta dei benefici ex art. 33 della legge 104/92, sarà prodotto un "Programma di assistenza" a firma congiunta del lavoratore richiedente e della persona con disabilità in situazione di gravità che dell'assistenza si giova - ovvero del suo amministratore di sostegno ovvero del suo tutore legale -, sulla cui eventuale valutazione di congruità medico legale si esprimerà il dirigente responsabile del Centro medico legale della sede INPS competente;
5. che il requisito dell'esclusività della stessa non si debba far coincidere con l'assenza di qualsiasi altra forma di assistenza pubblica o privata, essendo compatibile con la fruizione dei benefici in questione il ricorso alle strutture pubbliche, al cosiddetto "non profit" ed a personale badante;
6. che, per esplicita previsione legislativa, non dia titolo ai benefici il solo caso del ricovero a tempo pieno, per ciò intendendosi il ricovero per le intere ventiquattro ore;
7. che al caso di cui al punto precedente, faccia eccezione quello rappresentato dal ricovero a tempo pieno, finalizzato ad un intervento chirurgico oppure a scopo riabilitativo, di un bambino di età inferiore ai tre anni con disabilità in situazione di gravità, per il quale risulti documentato dai sanitari della struttura ospedaliera il bisogno di assistenza da parte di un genitore o di un familiare (parente o affine entro il 3° grado) nonché, su valutazione del dirigente responsabile del Centro medico legale della Sede INPS, quello della persona con disabilità in situazione di gravità in coma vigile e/o in situazione terminale, contesti questi assimilabili al piccolo minore;
8. che l'accettazione da parte del portatore di handicap in situazione di gravità dell'assistenza continuativa ed esclusiva offerta dal familiare possa rientrare

tra le fattispecie previste dal T.U. n.445/2000 sulla documentazione amministrativa per la cui prova è ammessa dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà;

9. che rimanga impregiudicato il diritto/dovere della Pubblica Amministrazione di verificare *sia* la veridicità della dichiarazione di cui sopra e di quanto dichiarato dal lavoratore nel modello di domanda *sia*, in caso di disabilità in situazione di gravità "temporaneamente concesso" dalla Commissione medica ex art. 4 della medesima legge 104/92, il permanere del diritto a fruire i suddetti benefici in capo al lavoratore che ne abbia richiesto l'attribuzione.

Si dispone, pertanto, che fin da adesso le Sedi adottino nel procedimento di concessione dei benefici in questione i sopra esposti criteri.

Il Direttore Generale
Crecco

INPS

Istituto Nazionale
Previdenza Sociale



Direzione Centrale □
Prestazioni a Sostegno del Reddito □

Roma, 07-06-2007

Messaggio n. 15021

OGGETTO: ||permessi ex lege n.104/1992. Programma di assistenza.|||

Sono pervenute dalle Sedi diverse richieste di chiarimenti riguardo al "Programma di assistenza" previsto dalla [Circolare n.90 del 23 maggio 2007](#).

Al riguardo occorre, innanzitutto, premettere che **tale programma deve essere prodotto esclusivamente dai lavoratori che ricadono nella fattispecie prevista dal punto 4 della circolare** suddetta e precisamente: **i lavoratori che risiedono o lavorano in luoghi distanti da quello in cui risiede di fatto la persona con disabilità in situazione di gravità**, ma che, comunque, prestano al portatore di handicap un'**assistenza sistematica ed adeguata**.

Ciò premesso, le Sedi richiederanno, di norma, il programma in questione, quando il **tempo normalmente necessario per coprire tale distanza superi i sessanta minuti**.

A tal proposito si specifica che il "Programma di assistenza" consiste in una **sostanziale pianificazione motivata delle modalità con cui il lavoratore intende assistere il disabile in situazione di gravità**.

Si tratta, quindi, di una **dichiarazione congiunta**, del lavoratore e del portatore di handicap – rinnovata annualmente in occasione della richiesta dei permessi - dalla quale si evincono:

- le motivazioni della richiesta (visite mediche programmate in Italia e all'Estero,

sostituzione programmata di personale badante, sostituzione di altro familiare nell'assistenza, ecc.);

- il piano mensile di utilizzo dei permessi.

Ove intervengano **variazioni significative** (annullamento del programma, ricovero a tempo pieno della persona disabile, slittamento di date, ecc.), il **fruitore** dei permessi dovrà **informare con ogni tempestività sia il datore di lavoro sia la Sede INPS competente**, mediante riproposta preventiva del programma.

IL COORDINATORE GENERALE

MEDICO LEGALE

PICCIONI

IL DIRETTORE CENTRALE PRESTAZIONI

A SOSTEGNO DEL REDDITO

GOLINO

INPS

Istituto Nazionale
Previdenza Sociale



Direzione Centrale □
Prestazioni a Sostegno del Reddito □

Roma, 28-06-2007

Messaggio n. 16866

OGGETTO: ||frazionabilità dei permessi ex articolo 33 comma 3 della legge n.104/1992- Massimale orario mensile- Ulteriori istruzioni.|||

Si fa seguito al [messaggio n.15995 del 18/06/2007](#) per fornire ulteriori istruzioni in merito alla determinazione del numero massimo di ore di permesso fruibili nel mese, da parte dei lavoratori beneficiari dei tre permessi giornalieri mensili previsti dall'articolo 33 comma 3 della legge n.104/1992 per l'assistenza ai disabili in condizione di gravità.

Occorre, innanzitutto, premettere che il limite orario mensile opera esclusivamente laddove i permessi giornalieri vengano utilizzati, anche solo parzialmente, frazionandoli in ore e non quando vengano tutti fruiti per giornate lavorative intere.

E' necessario, in secondo luogo, precisare che il massimale di diciotto ore mensili, indicato nel messaggio citato in premessa, si applica ai lavoratori con orario normale di lavoro settimanale di trentasei ore articolato su sei giorni lavorativi.

Infatti, l'**algoritmo di calcolo**, da applicare alla **generalità dei lavoratori** con orario normale di lavoro determinato su **base settimanale**, ai fini della quantificazione del massimale orario mensile di permessi, è il seguente:

(orario normale di lavoro settimanale/numero dei giorni lavorativi settimanali) x 3 = ore mensili fruibili.

A titolo esemplificativo, un lavoratore con orario di lavoro settimanale pari a 40 ore, articolato su 5 giorni, potrà beneficiare mensilmente di 24 ore di permesso. Infatti, in tale caso l'algoritmo di calcolo sarà il seguente:

$$(40/5) \times 3 = 24$$

Similmente, l'**algoritmo di calcolo**, da applicare alla **generalità dei lavoratori** con orario normale di lavoro determinato dai contratti collettivi di lavoro su **base plurisettimanale**, ai fini della commisurazione del massimale in argomento, è il seguente:

(orario normale di lavoro medio settimanale / numero medio dei giorni lavorativi settimanali) x 3 = ore mensili fruibili.

Per tale fattispecie, si riporta come esempio il caso di un lavoratore con orario di lavoro plurisettimanale articolato nella seguente maniera:

8 settimane da 32 ore su 4 giorni lavorativi alla settimana,
4 settimane da 40 ore su 5 giorni lavorativi alla settimana,
4 settimane da 36 ore su 6 giorni lavorativi alla settimana.

Applicando l'algoritmo sopra enunciato, nel caso in esempio, il lavoratore avrà diritto a 22,1 ore mensili.

Infatti, in tale caso l'algoritmo di calcolo sarà il seguente:

$$(35/4,75) \times 3 = 22,10$$

IL DIRETTORE CENTRALE
GOLINO

INPS

Istituto Nazionale
Previdenza Sociale



Direzione centrale □

Prestazioni a sostegno del reddito □

□

Direzione Centrale □

Sistemi informativi e telecomunicazioni □

□

Coordinamento Generale □

LEGALE □

Roma, 3 Agosto 2007

Circolare n. 112

*Ai Dirigenti centrali e periferici
Ai Direttori delle Agenzie
Ai Coordinatori generali, centrali e
periferici dei Rami professionali
Al Coordinatore generale Medico legale e
Dirigenti Medici*

e, per conoscenza,

*Al Presidente
Ai Consiglieri di Amministrazione
Al Presidente e ai Membri del Consiglio
di Indirizzo e Vigilanza
Al Presidente e ai Membri del Collegio dei
Sindaci
Al Magistrato della Corte dei Conti delegato
all'esercizio del controllo
Ai Presidenti dei Comitati amministratori
di fondi, gestioni e casse
Al Presidente della Commissione centrale
per l'accertamento e la riscossione
dei contributi agricoli unificati
Ai Presidenti dei Comitati regionali
Ai Presidenti dei Comitati provinciali*

OGGETTO: ||estensione del diritto al congedo di cui all' art. 42, comma 5, D.Lgs. 151/2001 al coniuge convivente con soggetto con handicap in situazione di gravità. |||

SOMMARIO: *la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 42, comma 5, del D.L.gs 151/2001 nella parte in cui non prevede anche per il coniuge convivente con soggetto con handicap in situazione di gravità, il diritto a fruire del congedo indicato.*

La Corte Costituzionale, con sentenza n.158 del 18 aprile 2007, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, del D.L.gs 26 marzo 2001, n.151 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità) nella parte in cui non prevede, in via prioritaria rispetto agli altri congiunti indicati dalla norma, anche per il coniuge convivente con soggetto con handicap in situazione di gravità, il diritto a fruire del congedo indicato.

Secondo il dispositivo della sentenza, pertanto, il congedo di cui trattasi deve essere riconosciuto in via prioritaria al coniuge convivente con il soggetto gravemente disabile.

Ai fini dell'erogazione dell'indennità connessa alla fruizione del congedo di cui trattasi, si forniscono le indicazioni che seguono.

SOGGETTI AVENTI DIRITTO

Alla luce di quanto esposto, hanno titolo a fruire dei benefici in argomento i lavoratori dipendenti secondo il seguente ordine di priorità:

- a) coniuge della persona gravemente disabile qualora convivente con la stessa,
- b) genitori, naturali o adottivi e affidatari, del portatore di handicap grave nel caso in cui si verifichi una delle seguenti condizioni:
 - il figlio non sia coniugato o non conviva con il coniuge,
 - il coniuge del figlio non presti attività lavorativa o sia lavoratore autonomo,
 - il coniuge del figlio abbia espressamente rinunciato a godere per lo stesso soggetto e nei medesimi periodi del congedo in esame.

In caso di figli minorenni la fruizione del beneficio in questione spetta anche in assenza di convivenza.

In caso di figli maggiorenni il congedo in esame spetta anche in assenza di convivenza, ma a condizione che l'assistenza sia prestata con continuità ed esclusività.

Si ribadisce che il congedo in questione spetta in via alternativa alla madre o al padre (o ad uno degli affidatari in caso di affidamento contemporaneo a due persone della stessa famiglia); non può quindi essere utilizzato contemporaneamente da entrambi.

- c) Fratelli o sorelle – alternativamente- conviventi con il soggetto portatore di handicap grave, in caso si verifichino le seguenti due condizioni:
 1. entrambi i genitori siano deceduti o totalmente inabili,
 2. il fratello portatore di handicap grave non sia coniugato o non conviva col coniuge, oppure, laddove sia coniugato e convivente col coniuge, ricorra una delle seguenti situazioni:

- il coniuge non presti attività lavorativa o sia lavoratore autonomo,
- il coniuge abbia espressamente rinunciato a godere per lo stesso soggetto e nei medesimi periodi del congedo in esame.

CHIARIMENTI

Si coglie l'occasione per evidenziare che, conformemente alle linee generali della normativa vigente, alle pronunce giurisprudenziali e ai conseguenti indirizzi interpretativi del Ministero della Solidarietà Sociale, anche per il diritto alla fruizione del congedo straordinario, conformemente a quanto precisato per i permessi ex lege 104/92 con circolare n.90/2007, non è più necessario dimostrare l'impossibilità di prestare assistenza da parte di altri familiari conviventi, stante l'esclusiva riconducibilità all'autonomia privata e familiare della scelta su chi, all'interno della famiglia del portatore di handicap, debba prestargli assistenza.

Per assistenza continuativa ed esclusiva al disabile, inoltre, non deve intendersi necessariamente la cura giornaliera, purché essa sia prestata con i caratteri della sistematicità e dell'adeguatezza rispetto alle concrete esigenze del portatore di handicap, secondo quanto indicato con la circolare suddetta.

MODULISTICA

Sono in corso di aggiornamento e verranno a breve inseriti su "modulistica on line" i nuovi modelli di domanda che terranno conto delle innovazioni introdotte dalla sentenza della Corte Costituzionale n.158/2007, e dei nuovi indirizzi programmatici del Ministero della Solidarietà Sociale.

In particolare, i modelli hand 4 e hand 5 verranno rivisitati tenendo conto del diritto prioritario del coniuge alla fruizione del congedo, dei criteri di sistematicità e adeguatezza nell'assistenza al portatore di handicap e di autonomia privata e familiare nella scelta del soggetto che la presta. E', inoltre, in corso di predisposizione un nuovo modello, denominato hand 6, per la richiesta del congedo straordinario da parte del coniuge.

AMBITO DI APPLICAZIONE

Le sedi potranno 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.

Il Direttore Generale
Crecco