

Permessi, congedi e aspettativa

*Le novità del decreto legislativo
di riordino della disciplina*

Dlgs 18 luglio 2011, n. 119
(G.U. 27 luglio 2011, n. 173)

Permessi per assistenza disabili: restyling della disciplina

Paolo Rossi e Rossella Quintavalle *Consulenti del lavoro in Roma*



Publicato in Gazzetta Ufficiale 27 luglio 2011, n. 173, il Dlgs 18 luglio 2011, n. 119 che agli articoli 6 e 7 attua quanto previsto dall'art. 23 del cd. Collegato lavoro - legge n. 183/2010 - che ha delegato il Governo al riordino della normativa vigente in particolare in materia di permessi per assistenza di disabili fruibili dai lavoratori dipendenti di datori di lavoro pubblici o privati

Il Dlgs n. 119/2011 detta ulteriori modifiche al regime di protezione della disabilità in genere, seguendo, in un certo senso, la scia già tracciata dal Collegato lavoro a novembre 2010; rivisitazione che pare abbia già dato i suoi frutti, nell'ambito di una materia particolarmente sensibile che richiedeva ormai da tempo un intervento di rinnovamento e adeguamento alle dinamiche dell'attuale mercato del lavoro.

Questo ulteriore intervento sulla materia è mirato a razionalizzare la normativa, onde evitare che la stessa sia terreno di interpretazioni distorte, e a contenere illeciti e abusi.

Il nuovo provvedimento riordina le diverse tipologie dei permessi ridefinendone i presupposti oggettivi e soggettivi degli aventi diritto attraverso più opportune precisazioni e modifiche che non fanno che puntualizzare alcune disposizioni adeguandosi ai vari interventi giurisprudenziali e di prassi.

In questo lavoro di primo approfondimento analizzeremo in particolare gli articoli 6 e 7 del Dlgs n. 119/2011 in commento.

Cumulabilità dei permessi

Ricordiamo che il Collegato lavoro (legge 4 novembre 2010, n. 183) aveva già corposamente modificato il comma 3 dell'articolo 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e ritoccata la disciplina in materia di permessi per l'assistenza a portatori di handicap in situazione di gravità contenuta nella legge quadro già rivisitata da leggi successive quali la n. 53 dell'8 marzo 2000 e il Dlgs n. 151 del 26 marzo 2001.

Una delle modifiche più eclatanti, avvenuta attraverso la sostituzione del comma 3 dell'articolo 33 ad opera dell'articolo 24 della legge 4 novembre 2010, n. 183, è stata la restrizione nel grado di parentela e affinità che intercorre tra il portatore di handicap e il familiare che può fruire di tre giorni di permesso mensile per la sua assistenza, riducendolo dal terzo al secondo.

La parentela di terzo grado può giocare il suo ruolo solo nel caso in cui i genitori o il coniuge della persona da assistere abbiano compiuto i sessantacinque anni di età o siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o deceduti o mancanti.

Il permesso di tre giorni mensile non può essere riconosciuto a più di un lavoratore per la stessa persona disabile, mentre per l'assistenza al figlio, il diritto è riconosciuto ad entrambi i genitori ma alternativamente.

Ora con la modifica contenuta nell'articolo 6 del decreto legislativo n. 119/2011 in via di pubblicazione, viene aggiunto un ultimo periodo al comma 3 dell'articolo 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104 e un ulteriore comma 3-bis.

Per una maggiore comprensione delle modifiche apportate alla norma rivediamo come in poco tempo si

trasforma l'assetto di tali commi (si veda tabella riportata a pagina seguente).

Mentre nelle modifiche apportate dal Collegato lavoro si limitava il diritto ai tre giorni di permesso ad un solo lavoratore per l'assistenza della stessa persona con handicap in situazione di gravità (salvo il caso di assistenza prestata alternativamente dai genitori al figlio), con la modifica indicata nel decreto legislativo n. 119/2011 in esame, viene dichiarata la possibilità per il singolo lavoratore di assistere più persone in situazione di handicap grave che però rientrino in un grado di parentela più ristretto.

Sarà infatti possibile assistere anche più soggetti colpiti da disabilità grave solo nel caso in cui la persona da assistere sia il coniuge o un parente

Per l'assistenza oltre i 150 km è necessaria la prova della distanza percorsa

Comma 3, art. 33, legge n. 104/1992

Ante Collegato lavoro	Post Collegato lavoro	Modifica Dlgs n. 119/2011
<p>Comma 3 Successivamente al compimento del terzo anno di vita del bambino, la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre, anche adottivi, di minore con handicap in situazione di gravità, nonché colui che assiste una persona con handicap in situazione di gravità parente o affine entro il terzo grado, convivente, hanno diritto a tre giorni di permesso mensile coperti da contribuzione figurativa, fruibili anche in maniera continuativa a condizione che la persona con handicap in situazione di gravità non sia ricoverata a tempo pieno.</p>	<p>Comma 3 A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità. Per l'assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità, il diritto è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente.</p>	<p>Al comma 3 è aggiunto infine il seguente periodo: Il dipendente ha diritto di prestare assistenza nei confronti di più persone in situazione di handicap grave, a condizione che si tratti del coniuge o di 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;</p> <p>Nuovo comma 3-bis Il lavoratore che usufruisce dei permessi di cui al comma 3 per assistere persona in situazione di handicap grave, residente in comune situato a distanza stradale superiore a 150 chilometri rispetto a quello di residenza del lavoratore, attestata con titolo di viaggio, o altra documentazione idonea, il raggiungimento del luogo di residenza dell'assistito.</p>

o affine entro il primo grado o ancora entro il secondo, se i genitori o il coniuge della persona da assistere abbiano compiuto i 65 anni o siano affetti da patologie ovvero siano deceduti o mancanti.

Solo a queste condizioni sarà permesso il cumulo dei permessi previsti dalla legge.

È utile ricordare che l'Inps, nelle circolari n. 155 del 3 dicembre 2010 e n. 45 del 1° marzo 2011, aveva fornito un quadro riepilogativo delle principali novità previste in materia di permessi ai sensi dell'articolo 33 fornendo anche un'ulteriore precisazione circa l'espressione «mancanti» citata dal legislatore.

L'Inps ha precisato, infatti, che per «mancanti» si deve intendere non solo l'assenza naturale e giuridica quale il celibato o lo stato di figlio naturale non riconosciuto, ma anche tutte quelle condizioni giuridicamente assimilabili che perdurino nel tempo e siano certificabili dall'autorità giudiziaria o altra autorità pubblica, come in caso di divorzio, separazione legale o abbandono.

Lo stato di affezione da «grave patologia», inve-

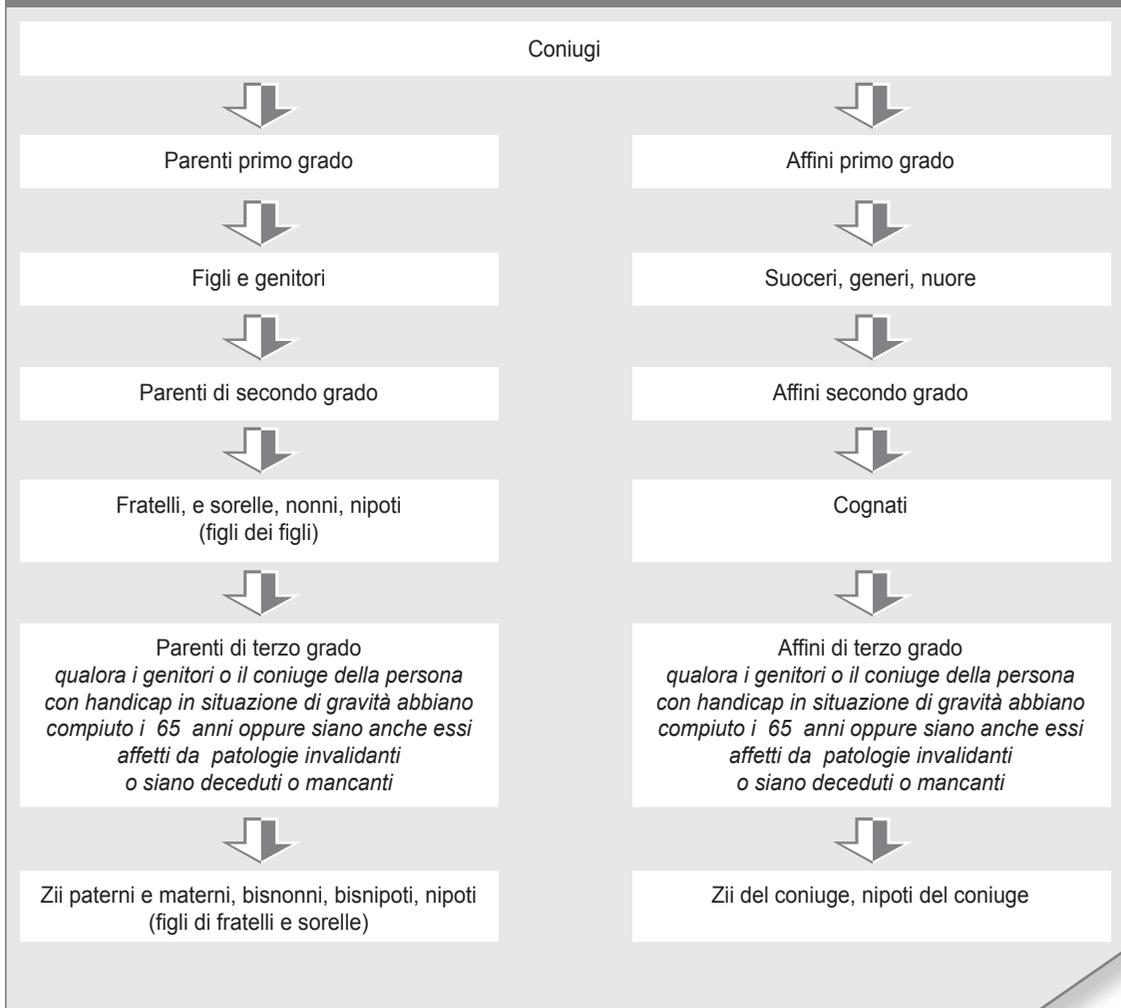
ce, deve riguardare le patologie invalidanti e permanenti a cui si fa riferimento per la concessione del congedo per gravi motivi di cui all'articolo 4, comma 2 della legge n. 53/2000⁽¹⁾ riportate alla lettera d) dell'articolo 2 del decreto interministeriale n. 278 del 21 luglio 2000 e più precisamente:

- 1) patologie acute o croniche che determinano temporanea o permanente riduzione o perdita dell'autonomia personale, ivi incluse le affezioni croniche di natura congenita, reumatica, neoplastica, infettiva, dismetabolica, post-traumatica, neurologica, neuromuscolare, psichiatrica, derivanti da dipendenze, a carattere evolutivo o soggette a riacutizzazioni periodiche;
- 2) patologie acute o croniche che richiedono assistenza continuativa o frequenti monitoraggi clinici, ematochimici e strumentali;
- 3) patologie acute o croniche che richiedono la partecipazione attiva del familiare nel trattamento sanitario.

Si ricorda inoltre che proprio nel mese di giugno 2011 l'Istituto di previdenza sociale ha comuni-

(1) I dipendenti di datori di lavoro pubblici o privati possono richiedere, per gravi e documentati motivi familiari, fra i quali le patologie individuate ai sensi del comma 4, un periodo di congedo, continuativo o frazionato, non superiore a due anni. Durante tale periodo il dipendente conserva il posto di lavoro, non ha diritto alla retribuzione e non può svolgere alcun tipo di attività lavorativa. Il congedo non è computato nell'anzianità di servizio né ai fini previdenziali; il lavoratore può procedere al riscatto, ovvero al versamento dei relativi contributi, calcolati secondo i criteri della prosecuzione volontaria.

Gradi di parentela ammessi per assistenza portatori di handicap



cato con messaggio n. 12000 del 1° giugno 2011, la pubblicazione sul proprio sito, dei nuovi modelli di domanda relativi ai permessi ex legge 5 febbraio 1992, n. 104, oltre a quelli relativi al congedo straordinario ex articolo 42, comma 5 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151.

Assistenza di soggetto disabile residente in località distanti

Con l'eliminazione da parte della precedente normativa del requisito della convivenza, si è aperta la possibilità di assistere un soggetto disabile residente in località distanti.

Tuttavia per le distanze che sono oltre i 150 Km dal luogo di residenza del lavoratore, il legislatore richiede la dimostrazione dell'effettiva assi-

stenza, attraverso comprovata documentazione dei titoli di viaggio. Il richiedente i permessi dovrà quindi dimostrare di essersi effettivamente recato ad assistere il familiare disabile presso il suo domicilio conservando biglietti di mezzi pubblici o fatture autostradali o altra documentazione idonea a fornire la prova di aver raggiunto l'assistito.

Resta da chiarire quali potrebbero essere i documenti a riprova nel caso in cui, per esempio, il lavoratore utilizzi la propria autovettura e non vi sia pedaggio autostradale.

Gradi di parentela e affinità: nozione

L'affinità è il vincolo tra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge che nasce con il matrimonio e di conseguenza, nella linea e nel grado in cui un

Permessi per assistenza portatori di handicap in situazione di gravità

Un solo lavoratore può assistere, in riferimento alla stessa persona con handicap in situazione di gravità



Parenti di primo e secondo grado:
figli e genitori, fratelli, e sorelle, nonni, nipoti
(figli dei figli)

Affini di primo e secondo grado:
suoceri, generi, nuore, cognati

Un solo lavoratore può assistere, in riferimento alla stessa persona con handicap in situazione di gravità



Parenti di terzo grado:
zii paterni e materni, bisnonni, bisnipoti, nipoti
(figli di fratelli e sorelle)

Affini secondo grado:
zii del coniuge, nipoti del coniuge

Solo nel caso in cui i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti

Il lavoratore può assistere anche più persone con handicap grave a condizione che:



Si tratti del coniuge o di 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

I genitori, anche adottivi



Assistono entrambi lo stesso figlio con handicap in situazione di gravità ma **alternativamente**.

soggetto è parente di uno dei due coniugi, egli è affine dell'altro coniuge.

Congedo per cure a favore dei lavoratori invalidi civili

L'articolo 7 del decreto legislativo 18 luglio 2011, n. 119 in commento si occupa di razionalizzare il congedo per cure dei lavoratori invalidi. In particolare, viene previsto che i lavoratori mutilati e invalidi civili cui sia stata riconosciuta una riduzione della capacità lavorativa superiore al cinquanta per cento possono fruire ogni anno, anche in maniera frazionata, di un periodo di congedo per cure non superiore a trenta giorni.

Il diritto al congedo si perfeziona solo a seguito di specifica domanda del dipendente interessato, da presentare al datore di lavoro, accompagnata dalla richiesta del medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale o appartenente ad una struttura sanitaria pubblica dalla quale risulti la necessità della cura in relazione all'infermità invalidante riconosciuta.

In precedenza, l'istituto era disciplinato dall'articolo 26 della legge 30 marzo 1971, n. 118 (recante «Conversione in legge del decreto legge 30 gennaio 1971, n. 5 e nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili»), e dall'articolo 10 del decreto legislativo 23 novembre 1988 (recante «Norme per la revisione delle categorie

delle minorazioni e malattie invalidanti, nonché dei benefici previsti dalla legislazione vigente per le medesime categorie, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, della legge 26 luglio 1988, n. 291), ora entrambi abrogati.

La prima norma prevedeva a favore dei lavoratori mutilati e invalidi civili cui fosse stata riconosciuta una riduzione della capacità lavorativa inferiore ai due terzi, un congedo straordinario per cure non superiore a 30 giorni, su loro richiesta e previa autorizzazione del medico provinciale.

La seconda norma, invece, prevedeva che il medesimo congedo potesse essere concesso ai lavoratori mutilati ed invalidi ai quali sia stata riconosciuta una riduzione dell'attitudine lavorativa superiore al 50%, sempreché le cure fossero connesse alla infermità invalidante riconosciuta.

In sostanza, si tratta semplicemente di un riordino della materia con razionalizzazione e confluenza di due distinte norme in una unica.

Vengono dunque confermate tutte le seguenti condizioni:

- per accedere al congedo il lavoratore deve rientrare nella categoria dei mutilati e invalidi civili, con una riduzione della capacità lavorativa superiore al 50%;

- il congedo è fissato a massimo 30 giorni per anno e può essere fruito anche in maniera frazionata;

- il lavoratore deve presentare apposita domanda al datore di lavoro;

- la domanda deve essere accompagnata da un certificato, rilasciato da un medico del Servizio sanitario nazionale, che attesti la necessità della cura;

- la cura deve essere specifica e strettamente attinente all'infermità invalidante riconosciuta. Sotto il profilo retributivo, la norma prevede il diritto per il dipendente in congedo a percepire il trattamento calcolato secondo il regime economico delle assenze per malattia.

È importante rilevare come il legislatore imponga al lavoratore di documentare in maniera idonea l'avvenuta sottoposizione alle cure.

Diversamente, una precisazione del tutto ovvia è data dal legislatore in chiusura dell'articolo 7 del Dlgs n. 119/2011 in commento e cioè:

«In caso di lavoratore sottoposto a trattamenti terapeutici continuativi, a giustificazione dell'assenza può essere prodotta anche attestazione cumulativa».

Da notare infine che l'assenza per congedo, allorché sia previsto il trattamento economico della malattia, non concorre alla determinazione del periodo di comporto.

Le novità in materia di flessibilità del congedo di maternità

Francesco Natalini *Consulente del lavoro in Vercelli*



L'art. 2 del Dlgs n. 119/2011 modifica l'art. 16 del Dlgs n. 151/2001 in materia di flessibilità del congedo di maternità nel caso di aborto o nel caso di decesso del bambino all'atto della nascita o durante il congedo di maternità

L'art. 2 del Dlgs 18 luglio 2011, n. 119 in attuazione della delega contenuta nell'art. 23 della legge n. 183/2010 (cd. Collegato lavoro), in materia di congedi, aspettative e permessi, ruota intorno al tema della interruzione della gravidanza (aborto) ovvero al caso in cui il bambino deceda all'atto della nascita o durante il congedo di maternità⁽¹⁾. Va premesso però che la norma novellata non incide direttamente sul regime giuridico a cui assoggettare tali eventi, i quali, ai sensi dell'art. 12, c. 2, del Dpr n. 1026/1976 (che risulta tutt'ora vigente, nonostante l'accorpamento delle norme nel Testo unico: Dlgs n. 151/2001), nonché dello stesso art. 19, comma 1, del Dlgs n. 151/2001, sono ormai classificati rispettivamente quali:

- maternità (e quindi come parto) a tutti gli effetti, se l'interruzione spontanea o terapeutica della gravidanza sia avvenuta successivamente al 180° giorno dall'inizio della gestazione, considerato che «lo stato di puerperio non è escluso in caso di bambino nato morto, non implicando tale stato necessariamente la contestualità con la maternità»⁽²⁾;

- malattia *tout court*, se l'interruzione della gravidanza sia avvenuta antecedentemente al 180° giorno dall'inizio della gestazione.

Il precedente orientamento

La norma contenuta nello decreto si interessa invece alle sorti della lavoratrice che ha subito l'interruzione di gravidanza, ovvero la morte prematura del proprio figlio (cioè durante il congedo di maternità), introducendo la facoltà per la stessa:

1. di beneficiare del congedo di maternità o di continuare ad usufruirne;
2. di riprendere l'attività lavorativa.

Mentre la prima opzione era ed è tutt'ora prevista, stante, come si è detto, l'assimilazione a tutti gli effetti di legge della interruzione della gravidanza oltre il 180° giorno, ovvero della morte durante il congedo obbligatorio, alla maternità *tout court*, la seconda era stata invece negata, in ragione di una paventata indisponibilità del diritto da parte della lavoratrice, sulla scorta del precetto contenuto nell'art. 16 del Dlgs n. 151/2001, peraltro sanzionato penalmente dal successivo art. 18. Sulla questione del possibile rientro al lavoro *ante tempus* era infatti intervenuto due anni fa il Ministero, che rispondendo all'interpello n. 51 del 5.6.2009 aveva stabilito che il divieto di cui all'art. 16 del Tu (in particolare quello di cui al comma 1, lettera c) permarrrebbe anche nei casi di interruzione spontanea o terapeutica della gravidanza avvenuta successivamente al 180° giorno dall'inizio della gestazione, in quanto circostanza equivalente al parto. La lavoratrice non potrebbe, pertanto, essere adibita al lavoro nel periodo di astensione obbligatoria successivo all'evento interruttivo, evento coincidente non con la morte del nascituro, bensì con l'espulsione del feto⁽³⁾, con conseguente diritto all'indennità di maternità⁽⁴⁾. Sempre il Ministero, nel richiamato interpello, aveva sostenuto che «il divieto di adibizione in questione non decade né in presenza dell'esplicita rinuncia della lavoratrice al diritto di fruire del periodo di congedo obbligatorio post partum, trattandosi di diritto indisponibile, né tantomeno in presenza dell'attestazione da parte del medico curante e/o del medico competente dell'assenza di controindicazioni alla ripresa dell'attività lavorativa», aggiungendo poi che «L'inservanza al predetto divieto, infatti, costituisce ipotesi di reato penalmente sanzionata⁽⁵⁾, indipendentemente dall'accertamento in concreto delle condizioni psicofisiche della puerpera, poiché l'illecito ricorre sulla base della semplice presunzione, operata dal Legislatore,

(1) Cioè di norma entro i 3 mesi successivi al parto, salvo l'utilizzo del congedo flessibile prolungato al 4° mese.

(2) V. in tal senso Cass. civ., sez. lav., n. 1532/1993.

(3) Cfr. anche Cass. civ., sez. lav., n. 3993/1984.

(4) In senso conforme cfr. anche circ. Inps n. 134382/1982 e n. 139/2002.

(5) La sanzione penale consiste nell'arresto fino a 6 mesi ed è contemplata nell'art. 18 del Dlgs n. 151/2001.

della idoneità della condotta a ledere, o semplicemente mettere in pericolo, la salute della lavoratrice nel periodo di congedo post partum». A tal ultimo riguardo viene richiamata anche una pronuncia della Cassazione nella quale si dispone che «lo stato effettivo di salute della donna in tale periodo può risultare indifferente al datore di lavoro considerata l'obbligatorietà in ogni caso dell'astensione dal lavoro»⁽⁶⁾. Va premesso che chi scrive nutre qualche perplessità verso una siffatta e rigorosa interpretazione, in ordine cioè alla indisponibilità assoluta del diritto della lavoratrice a poter rientrare anticipatamente al lavoro, atteso che la *ratio legis* sottesa all'art. 16/Tu (peraltro in linea con quanto già previsto dall'art. 4, legge n. 1204/1971) era quella di salvaguardare la «neo mamma» nei primi 3 mesi, puntando più l'attenzione sulla difficoltà a gestire il bambino nel predetto periodo (di norma il più difficile: vuoi perché sono le prime settimane di vita, vuoi perché magari l'allattamento avviene al seno, oppure anche solo per i ritmi di veglia/sonno/pasto del neonato, che non sempre sono in linea con quello dei genitori).

Se però, a causa di tali eventi traumatici, la condizione di mamma viene meno, non si vedono i motivi per impedire alla medesima di riprendere l'attività lavorativa, anche in ragione dei possibili effetti benefici che, sul piano psicologico, paradossalmente, possono derivare dal ritornare a svolgere un'attività lavorativa. Che il periodo di congedo di maternità *post partum* fosse finalizzato a sopperire ad esigenze più che altro «organizzative» della madre è corroborato anche proprio dal fatto di poter utilizzare, in alternativa, anche il congedo flessibile ex art. 20 Tu che, come si è detto (vedi nota n. 1), concede alla lavoratrice (sussistendo determinate condizioni tali da non pregiudicare la salute della donna e del nascituro) la possibilità di rinunciare fino ad un mese di astensione *pre partum* in cambio di un mese in più (quindi 4 mesi al posto di 3) nel periodo successivo alla nascita. Ad avviso di chi scrive però, una certa «incrinatura» del dogma della inderogabilità e del rigore letterale con cui si è interpretata la disposizione dell'art. 16 Tu, si è avuta (anche se in merito ad una fattispecie non propriamente coincidente con quella in esame) con la recente sentenza della Corte Cost. n. 116/2011 nella quale, stabilendo da una parte che il congedo di maternità decorre dal momento in cui bambino entra in famiglia (laddove si sia reso necessario un ricovero successivo alla nascita) si è permesso alla lavoratrice di rioccuparsi *medio tempore*, proprio per permettere di poter godere in pieno del predet-

to periodo (ad esempio 3 mesi) quando il bambino ne ha effettivamente bisogno, cioè dal suo arrivo in famiglia, al termine cioè della degenza ospedaliera.

Superamento del veto al rientro anticipato

Il problema sembra oggi risolto attraverso la prospettata modifica normativa che, tecnicamente, interviene sul già citato art. 16 del Tu sulla maternità, attraverso l'introduzione del comma 1-bis (non si comprende peraltro perché non si sia inserito il comma 2), il quale prevede, testualmente che: «1-bis. Nel caso di interruzione spontanea o terapeutica della gravidanza successiva al 180° giorno dall'inizio della gestazione, nonché in caso di decesso del bambino alla nascita o durante il congedo di maternità, le lavoratrici hanno facoltà di riprendere in qualunque momento l'attività lavorativa, con un preavviso di dieci giorni al datore di lavoro, a condizione che il medico specialista del Ssn o con esso convenzionato e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla loro salute». Quindi, riprendere o meno l'attività lavorativa nel corso del congedo di maternità (o, come si definiva in passato, durante il periodo della cd. «astensione obbligatoria») diventerà una scelta della lavoratrice, ponendo fine in tal modo alla supposta indisponibilità di tale diritto, da cui scaturiva una conseguente sanzionabilità penale (a questa stregua non escludendo a priori anche il possibile coinvolgimento della stessa lavoratrice consenziente, anzi richiedente), peraltro non depenalizzabile attraverso l'istituto della prescrizione obbligatoria ex art. 15 Dlgs n. 124/2004, in quanto trattasi di reato contravvenzionale sanzionato con la sola pena detentiva (arresto fino a 6 mesi). Ovviamente, pur con le modifiche annunciate, la scelta della lavoratrice non è totalmente libera, in quanto deve essere accompagnata dall'attestazione che non vi siano pregiudizi per la sua salute, rilasciata dal medico specialista del Ssn (o con esso convenzionato) e dal medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro. In tal senso si rileva una perfetta sovrapposizione con la procedura prevista dall'art. 20 Tu (salvo il necessario «adattamento lessicale» del testo del 2011 al fatto che non si può più parlare né di madre né di nascituro) per la richiesta del congedo di maternità flessibile (per intenderci quella che, come si è detto, permette di ritardare l'astensione fino all'ottavo mese per avere poi 4 mesi nel periodo *post partum*). Anche in tal caso si stabilisce infatti che il predetto congedo flessibile può essere concesso «a condizione che il medico specialista del

(6) Cfr. Cass. civ., sez. lav. n. 2466/2000.

Ssn o con esso convenzionato e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro».

Possibile estensibilità delle disposizioni previste in materia di congedo flessibile

Stante quanto appena sopra evidenziato, in ordine ad una sostanziale sovrapposibilità dei testi normativi sotto il profilo degli adempimenti procedurali, si tratta di capire se dovranno ritenersi valide tutte le disposizioni normative e della prassi emanate in merito alla fattispecie ex art. 20. In merito alle prime si ricorda che, ad esempio, il comma 2 del citato art. 20 aveva previsto che «*il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con i Ministri della sanità e per la solidarietà sociale, sentite le parti sociali, definisce con proprio decreto l'elenco dei lavori ai quali non si applicano le disposizioni del comma 1*», cioè attività per le quali fosse inibita la possibilità di richiedere il congedo flessibile. A prescindere dal fatto che a tutt'oggi tale decreto non risulta emanato ed alla sua assenza sta soppesando ancora una circolare del Ministero (la n. 43/2000) che aveva individuato, nelle more dell'emanazione di detto decreto, i casi in cui il ricorso all'opzione di cui trattasi fosse immediatamente esercitabile, la disposizione del comma 2 dell'art. 20 non si ritiene estensibile alla fattispecie del (nuovo) comma 1-bis dell'art. 16, proprio per l'assenza di un testuale richiamo alle disposizioni del citato comma 2, facendo quindi venir meno il collegamento alla norma-precetto e, conseguentemente, escludendo ogni possibile sanzionabilità, pena la palese violazione del principio di legalità, che regola l'applicazione delle sanzioni penali (oltre che amministrative). Sul fronte della prassi amministrativa si ritiene invece che talune indicazioni, già impartite in tema di congedo flessibile, possano essere mutate anche per il caso di specie. A tal riguardo ad esempio si ricorda che sempre nella stessa circ. n. 43/2000 il Ministero aveva disposto che, pur prendendo atto che il legislatore delegato del 2001 (ed oggi anche quello che ha elaborato lo schema di decreto del 2011) utilizzando la formula congiuntiva («e») sembra (inevitabilmente) esigere il doppio giudizio sanitario: il primo (quello del medico specialista Asl o con essa convenzionato) finalizzato a verificare la salute intrinseca della donna; il secondo (il medico competente)⁽⁷⁾ a verificare invece che non vi siano rischi legati all'ambiente di

lavoro, nondimeno «*non introduce una nuova specifica ipotesi di sorveglianza medica, ma intende tener conto delle situazioni lavorative per le quali la legislazione di salute e sicurezza sul lavoro già richiede una sorveglianza sanitaria*». Ciò significa che, solo ove ricorra tale ultima fattispecie, la lavoratrice, ferma restando l'obbligatorietà di acquisire la certificazione del medico specialista del Ssn o con esso convenzionato, dovrà procurarsi anche la certificazione del medico competente attestante l'assenza di rischi alla salute; mentre nell'ipotesi che la sorveglianza sanitaria non sia obbligatoria «*il predetto medico specialista, sulla base delle informazioni fornite dalla lavoratrice sull'attività svolta, esprime altresì una valutazione circa la compatibilità delle mansioni e delle relative modalità di svolgimento ai fini della tutela della salute*» della lavoratrice. Se queste indicazioni, come si è detto, potranno essere recepite anche per il caso prospettato dall'art. 2 dello schema di decreto di riordino, non è però chiaro se debbano anche valere le precedenti istruzioni ministeriali in tema di congedo flessibile, laddove si prevedeva che la lavoratrice dovesse presentare un'istanza, corredata dalla documentazione sanitaria, sia al datore di lavoro che all'Inps. Ciò in quanto, in tale ipotesi, all'istituto previdenziale non si chiede di erogare alcuna indennità, ma semmai si prospetta una rinuncia alla stessa, visto che intende riprendere l'attività lavorativa.

Il preavviso al datore di lavoro

Da ultimo, riguardo all'obbligo di informare il datore della volontà di riprendere il lavoro «*con un preavviso di 10 gg.*» si ritiene innanzitutto che se, anche il testo del novellato comma 1-bis, come introdotto dall'art. 2 del decreto, non lo dice espressamente, la disposizione non può che essere intesa nel senso di dover informare il datore «*con un preavviso di almeno 10 gg.*». In ogni caso tale onere posto a carico della lavoratrice risponde ad una esigenza di tutela del datore di lavoro, permettendogli, nel lasso di tempo considerato, di poter predisporre le misure necessarie ad accogliere il rientro della dipendente. Ciò però sta anche a significare che se il datore (destinatario della tutela) intendesse rinunciare al preavviso o si accontentasse di un periodo inferiore ai 10 gg., non per questo la procedura debba considerarsi inficiata e quindi, in tale ipotesi, la lavoratrice ben potrebbe riprendere il lavoro, una volta in possesso della menzionata documentazione sanitaria richiesta dalla legge.

(7) Per quanto attiene al «medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro»; questi va identificato con quello nominato dal datore di lavoro, ai sensi (attualmente) dell'art. 2 del Dlgs n. 81/2008, nei casi previsti dall'art. 41 dello stesso decreto legislativo.

Le modifiche al prolungamento del congedo parentale

Marina Bentivoglio *Manager lawyer Studio Montemarano, avvocati e commercialisti in Roma, Milano, Bologna*



I genitori dei bambini portatori di handicap in situazione di gravità possono prolungare il congedo parentale fino a tre anni complessivamente e fruirne in misura frazionata

È trascorso più di un decennio da quando, con l'emanazione della legge 8 marzo 2000, n. 53, l'istituto del congedo parentale ha innovato l'astensione facoltativa *post partum* disciplinata dall'art. 7 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, di tutela delle lavoratrici madri, a sua volta abrogata e sussunta nel vigente Dlgs 26 marzo 2001, n. 151, recante il Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità.

Il Dlgs 18 luglio 2011, n. 119 torna ora ad incidere sulla materia, con specifico riferimento ai bambini portatori di handicap in situazione di gravità, modificando l'art. 33 Dlgs n. 151/2001.

Il congedo parentale

Il congedo parentale consiste nel diritto di entrambi i genitori di astenersi dal lavoro, anche contemporaneamente, entro i primi otto anni di vita del bambino.

Al riguardo è opportuno ricordare che la legge 17.10.67, n. 977, a seguito delle modifiche introdotte dal Dlgs 4.8.99, n. 345, seppure ai fini della tutela del lavoro, definisce bambino il minore che non abbia ancora compiuto 15 anni di età o che sia ancora soggetto all'obbligo scolastico e adolescente il minore di età compresa tra i 15 e i 18 anni di età e che non sia più soggetto all'obbligo scolastico. L'art. 32 Dlgs n. 151/2001 limita, pertanto, l'esercizio del diritto al congedo parentale ad una prima fascia di età del bambino, appunto quella che si esaurisce al compimento dell'ottavo anno di vita. Le principali innovazioni rappresentate dal congedo parentale rispetto all'originaria astensione facoltativa, che a seguito degli interventi della Corte costituzionale e del legislatore era già fruibile in modo frazionato e da entrambi i genitori, consistono nella durata, nell'arco temporale in cui può essere collocato, nella possibilità di fruizione contemporanea da parte dei genitori, nell'utilizzabilità da parte del padre durante il perio-

do di congedo di maternità della madre e contemporaneamente alla fruizione da parte di questa dei riposi giornalieri (ex allattamento), nel regime di premialità per il padre coinvolto in modo più diretto nella cura dei figli. Il citato art. 32, infatti, dispone che i congedi parentali dei genitori non possono complessivamente eccedere il limite di dieci mesi, ma che, qualora il padre lavoratore eserciti il diritto di astenersi dal lavoro per un periodo continuativo o frazionato non inferiore a tre mesi, il limite complessivo è elevato a undici mesi. Nell'ambito del predetto limite, il diritto di astenersi dal lavoro compete alla madre lavoratrice, trascorso il periodo di congedo di maternità, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi e al padre lavoratore, dalla nascita del figlio, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi, elevabile a sette nel caso anzidetto. Se vi è un solo genitore, il congedo spetta a lui per un periodo, continuativo o frazionato, non superiore a dieci mesi.

L'handicap in situazione di gravità

L'intervento del legislatore delegato riguarda la fruizione del congedo parentale da parte dei genitori di minori con handicap in situazione di gravità accertata.

La legge 5 febbraio 1992, n. 104, definisce persona handicappata «colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione» (art. 3), equiparando così in modo integrale i soggetti affetti da invalidità fisica e quelli affetti da invalidità psichica. La situazione assume connotazione di gravità quando 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.

La gravità dell'handicap è accertata dalle Asl, mediante le commissioni preposte agli accertamenti sanitari relativi alle domande per ottenere la pensione, l'assegno o le indennità di invalidità civile, integrate da un operatore sociale e da un esperto nei casi da esaminare in servizio presso le stesse Asl.

Le controversie concernenti gli esiti degli accertamenti sanitari, investendo un atto di certazione della commissione medica con riflessi su diritti soggettivi, appartengono alla giurisdizione ordinaria (Cass. sez. unite 23 novembre 2006, n. 24862). Tra gli obiettivi che l'ordinamento si pone vi è quello di assicurare alla famiglia della persona handicappata adeguato sostegno e, nei casi strettamente necessari e per il periodo indispensabile, interventi economici integrativi. Particolari impegni sono quindi previsti in favore dei minori portatori di handicap, quali la garanzia dell'inserimento negli asili nido; il diritto all'educazione e all'istruzione nelle sezioni della scuola per l'infanzia, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie; l'assistenza di personale in possesso di specifica formazione psico-pedagogica nei centri di cura; l'inserimento negli ordinari corsi di formazione professionale. In questo quadro, rientrano le agevolazioni previste per i genitori che lavorano, al fine di consentire loro una presenza più assidua a fianco del figlio portatore di handicap in situazione di gravità.

Il prolungamento del congedo parentale

L'art. 33 Dlgs n. 151/2001 finora prevedeva per la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre di minore con handicap in situazione di gravità accertata:

- il diritto al prolungamento fino a tre anni del congedo parentale, a condizione che il bambino non fosse ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati (comma 1), fermo il diritto di fruire del congedo parentale ordinario (comma 4, primo periodo);

- il diritto a fruire, in alternativa al prolungamento del congedo, dei riposi di due ore giornaliere retribuite, cumulabili con il congedo parentale ordinario, fino al compimento del terzo anno di vita del bambino (comma 2, con riferimento all'art. 42, comma 1);

- il diritto a fruire, in alternativa al prolungamento del congedo, successivamente al compimento del terzo anno di vita del bambino, di tre giorni di permesso mensile retribuito, cumulabile con il congedo parentale ordinario, coperto da contribuzione figurativa (c. 2, con riferimento all'art. 42, c. 2).

Circa il prolungamento del congedo parentale, nel corso del tempo erano emerse alcune perplessità, in parte in termini di opportunità e in parte nascenti da contrasti interpretativi. In particolare, ci si chiedeva:

- se il prolungamento del congedo parentale fosse cumulabile con il godimento del congedo parentale ordinario, come espressamente previsto per i riposi giornalieri e mensili;

- quale fosse il fondamento dell'esclusione del diritto al prolungamento nell'ipotesi di ricovero extradomiliare richiedente la presenza del genitore;

- se il prolungamento del congedo ordinario potesse tradursi nel diritto al suo godimento anche una volta compiuto l'ottavo anno;

- se il prolungamento del congedo potesse essere fruito in misura frazionata, così come possibile per il congedo parentale ordinario.

L'art. 3 del Dlgs n. 119/2011 interviene a fugare i dubbi interpretativi, abrogando il primo periodo del c. 4 art. 33 e modificando il c. 1 che, a seguito della modifica, risulta così formulato: «Per ogni minore con handicap in situazione di gravità accertata ai sensi dell'art. 4, c. 1, legge 5.2.92, n. 104, la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre, hanno diritto, entro il compimento dell'ottavo anno di vita del bambino, al prolungamento del congedo parentale, fruibile in misura continuativa o frazionata, per un periodo massimo, comprensivo dei periodi di cui all'articolo 32, non superiore a 3 anni, a condizione che il bambino non sia ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati, salvo che, in tal caso, sia richiesta dai sanitari la presenza del genitore».

La disciplina del prolungamento del congedo parentale deve pertanto ritenersi, ormai, la seguente:

- il prolungamento del congedo parentale non è cumulabile con il godimento del congedo parentale ordinario, sicché i tre anni comprendono i periodi di congedo ordinario e non si aggiungono ad essi;

- il prolungamento del congedo parentale ordinario non spetta quando il bambino sia ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati, tranne nell'ipotesi in cui sia richiesta dai sanitari la presenza del genitore;

- i periodi di prolungamento del congedo ordinario possono essere goduti solo entro il compimento dell'ottavo anno da parte del bambino e non oltre;

- il congedo prolungato può essere fruito sia in misura continuativa che in misura frazionata.

Restano fermi gli altri presupposti e condizioni di godimento. In particolare, l'insorgere di affezione morbosa durante il periodo di congedo parentale ne interrompe il godimento, facendo maturare il trattamento economico spettante ai lavoratori assenti per malattia, mentre il genitore ha l'obbligo di preavvisare il datore, salva la sussistenza di ragioni giustificatrici oggettive, secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva e, comunque, non meno di quindici giorni prima dell'inizio dell'assenza.

Prolungamento del congedo parentale anche se il bambino è ricoverato, purché richiesta dai sanitari la presenza del genitore

Adozione e affidamento dopo il decreto sul riordino dei congedi

Alberto Bosco *Consulente aziendale in Milano*



Il Dlgs 18 luglio 2011, n. 119, offre lo spunto per l'illustrazione delle principali novità e per un sintetico riepilogo della disciplina giuslavoristica vigente con riguardo alla genitorialità non biologica

Con l'articolo 23 della legge 4 novembre 2010, n. 183, il Governo è stato delegato ad adottare uno o più decreti legislativi finalizzati al riordino della normativa vigente in materia di congedi, aspettative e permessi, comunque denominati, fruibili dai lavoratori dipendenti di datori di lavoro pubblici o privati. Un iniziale mirato intervento è rappresentato, come avvertito dai primi commenti pubblicati su questa stessa rivista⁽¹⁾, dal Dlgs 18 luglio 2011, n. 119 approvato dal Consiglio dei Ministri il 9 giugno 2011.

Congedo di maternità o paternità

La lavoratrice o, in alternativa, il lavoratore (art. 31) che abbia adottato un minore hanno diritto a fruire del congedo di maternità per un periodo massimo di 5 mesi. Nel caso di affidamento di minore, il congedo può essere fruito entro cinque mesi dall'affidamento, per un periodo massimo di tre mesi (art. 26, Dlgs n. 151/2001).

Se si tratta di adozione nazionale, il congedo deve essere fruito durante i primi cinque mesi successivi all'effettivo ingresso del minore nella famiglia. Invece, in caso di adozione internazionale, il congedo - a scelta della lavoratrice (o del lavoratore) - può essere fruito (nel limite complessivo dei 5 mesi predetti):

a) prima dell'ingresso del minore in Italia, durante il periodo di permanenza all'estero richiesto per l'incontro con il minore e gli adempimenti relativi alla procedura adottiva;

b) entro i cinque mesi successivi all'ingresso del minore in Italia.

La lavoratrice (e il lavoratore) che, per il periodo di permanenza all'estero necessario per l'incontro con il minore e gli adempimenti relativi alla procedura, non richieda o richieda solo in parte il congedo di maternità, può fruire di un congedo non retribuito, senza diritto ad indennità. A questi fini, la durata del periodo di permanenza all'estero è certificata dall'ente autorizzato che ha ricevuto l'incarico di curare la procedura di adozione.

Decesso del bambino durante il congedo di maternità

Al riguardo va registrata una prima novità, contenuta nel comma 1-bis, aggiunto dal Dlgs n. 119/2011 in commento, all'art. 16, Dlgs n. 151/2001.

Tale norma, tra l'altro, prevede che in caso di decesso del bambino durante il congedo di maternità, la lavoratrice ha la facoltà di riprendere, in qualunque momento, l'attività lavorativa, con un preavviso di 10 giorni al datore di lavoro, a condizione che il medico specialista del Ssn o con esso convenzionato e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla sua salute. Senza voler approfondire quanto ivi previsto, merita tuttavia rilevare come il caso del decesso durante il congedo di maternità potrebbe riguardare anche il bambino adottato⁽²⁾.

Congedo parentale

Il congedo parentale, ossia l'astensione facoltativa della lavoratrice o del lavoratore, spetta anche in caso di affidamento, adozione nazionale e adozione internazionale (art. 36). Esso può essere fruito - da parte dei genitori adottivi e affidatari, a prescindere dall'età del minore, entro un periodo di 8

(1) In proposito si veda S. Facello e M. Tiraboschi: *Congedi, aspettative e permessi: al via il riordino della normativa*, in *Guida al Lavoro* n. 24/2011, pag. 15 ss.

(2) Anche se la norma sembra occuparsi principalmente di interruzione spontanea o terapeutica della gravidanza e di decesso alla nascita, non è dato comprendere in base a quali ragioni o argomentazioni l'ipotesi - parimenti prevista - del decesso del bambino durante il congedo di maternità non dovrebbe trovare applicazione in caso di adozione.

anni dall'ingresso del minore in famiglia, e comunque non oltre il raggiungimento della maggiore età. Nei primi tre anni dall'ingresso in famiglia del minore spetta l'indennità per astensione facoltativa nei limiti previsti dalla legge.

Riposi giornalieri

Ai sensi dell'art. 39 e seguenti, la madre e il padre affidatari o adottivi (sia che si tratti di adozione nazionale o internazionale) hanno diritto, e qui sta la prima novità⁽³⁾ - entro il primo anno dall'ingresso del minore in famiglia⁽⁴⁾ - a uno o due periodi di riposo, anche cumulabili, come di seguito:

- un periodo di riposo di un'ora se l'orario giornaliero di lavoro è inferiore a sei ore;

- due periodi di riposo di un'ora ciascuno (anche cumulabili) negli altri casi⁽⁵⁾.

Le condizioni per la fruizione dei riposi da parte del padre (art. 40) sono:

a) affidamento al solo padre;

b) in alternativa alla madre lavoratrice dipendente che non se ne avvalga;

c) nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente;

d) in caso di morte o di grave infermità della madre.

In caso di adozione contestuale di almeno due minori, i riposi di cui sopra sono raddoppiati e - sempre alla luce del chiarimento appena introdotto⁽⁶⁾ - la loro fruizione è consentita, in caso di adozione e di affidamento, entro il primo anno dall'ingresso dei minori nella famiglia. Resta ferma la disposizione già contenuta nell'art. 41 del Dlgs n. 151/2001, secondo la quale le ore aggiuntive nel caso di adozione di almeno due minori possono essere utilizzate anche dal padre.

Malattia del bambino

L'articolo 50, comma 1, del Dlgs n. 151/2001, espressamente dispone che il congedo per la malattia del bambino spetta anche per le adozioni e gli affidamenti. In base al combinato disposto con l'art. 47, la disciplina è la seguente:

- bambino fino a sei anni: diritto di entrambi i genitori ad astenersi dal lavoro, alternativamente, per i periodi corrispondenti alle malattie di ciascun figlio;

- bambino fino a otto anni di età: diritto di ciascun genitore, alternativamente, di astenersi dal lavoro, nel limite di cinque giorni lavorativi all'anno.

Qualora, all'atto dell'adozione o dell'affidamento, il minore abbia un'età compresa fra i sei e i dodici anni, ciascun genitore, alternativamente, ha altresì diritto di astenersi dal lavoro, nel limite di cinque giorni lavorativi all'anno nei primi tre anni dall'ingresso del minore nel nucleo familiare

Divieto di licenziamento in caso di adozione o affidamento entro il primo anno di ingresso del minore nella famiglia

La fruizione dei suddetti congedi è condizionata alla presentazione di un certificato di malattia rilasciato da un medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato (senza che possano essere disposte le visite di controllo). Inoltre, la malattia del bambino che dia luogo a ricovero ospedaliero interrompe, a richiesta del genitore, il decorso delle ferie in godimento per i periodi di cui sopra.

Licenziamento

La disciplina che limita il potere di recesso del datore di lavoro è - fatte le debite distinzioni - del tutto simile quanto a portata della tutela a quella prevista per la filiazione biologica. Quindi, fatti salvi i casi previsti dal comma 3 dell'art. 54⁽⁷⁾, a pena di nullità del licenziamento, in caso di adozione e affidamento il divieto opera fino a un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare. In caso di adozione inter-

(3) La modifica è contenuta nell'art. 8 del Dlgs 18.7.2011, n. 119, che modifica il comma 1 dell'art. 45 del Dlgs n. 151/2001. La precedente stesura, cui il Dlgs 18.7.2011, n. 119, pone ora rimedio, prevedeva il diritto ai permessi «anche in caso di adozione e di affidamento entro il primo anno di vita del bambino».

(4) Va ricordato che tale previsione era già stata censurata dalla Corte Costituzionale la quale, con sentenza 1° aprile 2003, n. 104, ne aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui prevede che i riposi di cui agli artt. 39, 40 e 41 si applichino, anche in caso di adozione e di affidamento, «entro il primo anno di vita del bambino» anziché «entro il primo anno dall'ingresso del minore nella famiglia». Il legislatore, dando esplicita attuazione alle indicazioni della Corte, ha ora definitivamente risolto la questione.

(5) I periodi di riposo sono di mezz'ora ciascuno quando la lavoratrice fruiscia dell'asilo nido o di altra struttura idonea, istituiti dal datore di lavoro nell'unità produttiva o nelle immediate vicinanze di essa (art. 39, comma 3).

(6) Anche in questo caso, ad ogni modo, la tutela della genitorialità adottiva era stata garantita dalla sentenza n. 104/2003 della Corte Costituzionale che aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 45, comma 1, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità), nella parte in cui prevede che i riposi di cui agli artt. 39, 40 e 41 si applichino, anche in caso di adozione e di affidamento, «entro il primo anno di vita del bambino» anziché «entro il primo anno dall'ingresso del minore nella famiglia».

(7) Art. 54, comma 3. «Il divieto di licenziamento non si applica nel caso:

nazionale, il divieto di licenziamento vige sin dal momento della comunicazione della proposta di incontro con il minore adottando, ovvero della comunicazione dell'invito a recarsi all'estero per ricevere la proposta di abbinamento.

Dimissioni

In caso di dimissioni volontarie presentate entro un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare a seguito di adozione e affidamento, alla lavoratrice spetta l'indennità prevista da disposizioni di legge e contrattuali per il caso di licenziamento. La richiesta di dimissioni presentata dalla lavoratrice nel primo anno di accoglienza del minore adottato o in affidamento deve essere convalidata dal servizio ispettivo del Ministero del lavoro, competente per territorio. A detta convalida è condizionata la risoluzione del rapporto di lavoro (art. 55, Dlgs n. 151/2001). Nel caso di dimissioni durante tale periodo, la lavoratrice o il lavoratore non sono tenuti al preavviso.

Diritto al rientro e alla conservazione del posto

In caso di adozione e affidamento si applicano le disposizioni di cui all'art. 56, che prevedono, fino a un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare:

1) il diritto alla conservazione del posto di lavoro e di rientrare nella medesima unità produttiva o in altra ubicata nel medesimo comune e di permanervi (anche per il padre lavoratore che abbia fruito del congedo di paternità);

2) il diritto allo svolgimento delle mansioni da ultimo svolte o a mansioni equivalenti.

Inoltre, in tutti gli altri casi di congedo, permesso o riposo disciplinati dal Dlgs n. 151/2001, la lavoratrice e il lavoratore hanno diritto alla conservazione del posto di lavoro e, salvo che espressamente vi rinuncino, al rientro nella stessa unità produttiva ove erano occupati al momento della richiesta, o in altra ubicata nel medesimo comune; hanno altresì diritto di essere adibiti alle mansioni da ultimo svolte o a mansioni equivalenti.

Assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti alle amministrazioni pubbliche

Un'altra novità riguarda i dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Per questi soggetti, l'art. 42-bis del Dlgs n. 151/2001, prevede (nel caso di figli minori fino a 3 anni di età) la possibilità di essere assegnati, a richiesta, anche in modo frazionato e per un periodo complessivamente non superiore a tre anni, ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa, subordinatamente alla sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva e previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione. Grazie alle modifiche da ultimo introdotte all'art. 45 del Dlgs n. 151/2001, dall'art. 8 del Dlgs n. 119/2011, tale norma si applica, in caso di adozione e affidamento, entro i primi tre anni dall'ingresso del minore nella famiglia, indipendentemente dalla sua età.

a) di colpa grave da parte della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro;

b) di cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta;

c) di ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine;

d) di esito negativo della prova; resta fermo il divieto di discriminazione di cui all'articolo 4 della legge 10 aprile 1991, n. 125, e successive modificazioni».

Permessi, congedi e aspettativa, il testo del decreto in Gazzetta Ufficiale

IL PRESIDENTE
DELLA REPUBBLICA

Decreto legislativo 18 luglio 2011, n. 119
(G.U. 27.7.2011, n. 173)

Oggetto: Attuazione dell'articolo 23 della legge 4 novembre 2010, n. 183, recante delega al Governo per il riordino della normativa in materia di congedi, aspettative e permessi

Visti gli articoli 76 e 87 della Costituzione;

Vista la legge 4 novembre 2010, n. 183, recante deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di

servizi per l'impiego di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro;

Visto in particolare l'articolo 23 della citata legge n. 183/2009 che conferisce delega al Governo ad adottare disposizioni finalizzate al riordino della normativa vigente in materia di congedi, aspettative e permessi, comunque denominati, fruibili dai lavoratori dipendenti di datori di lavoro pubblici e privati; Sentite le associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale;

Vista la preliminare deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 7 aprile 2011, in attuazione di quanto previsto dall'articolo 23, comma 2, della citata legge n. 183/2010;

Acquisito il parere della Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, espresso nella seduta del 5 maggio 2011; Acquisiti i pareri delle competenti Commissioni parlamentari della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica;

Vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 9 giugno 2011;

Sulla proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione e del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e per le pari opportunità;

Emana

il seguente decreto legislativo:

Articolo 1

Oggetto e finalità

1. Le disposizioni del presente decreto legislativo, in attuazione dell'articolo 23, comma 1, della legge 4 novembre 2010, n. 183, recano modifiche in materia di congedi, aspettative e permessi, in particolare ai sensi del citato comma 1, lettere c), d) ed e), al fine di riordinare le tipologie dei permessi, ridefinire i presupposti oggettivi e precisare i requisiti soggettivi, i criteri e le modalità per la fruizione dei congedi, dei permessi e delle aspettative, comunque denominati, nonché di razionalizzare e semplificare i documenti da presentare ai fini della loro fruizione.

Articolo 2

Modifica all'articolo 16

*del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 51,
in materia di flessibilità del congedo di maternità*

1. All'articolo 16 del Testo unico delle disposizioni legislative in

materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 51, dopo il comma 1 è aggiunto il seguente:

«1-bis. Nel caso di interruzione spontanea o terapeutica della gravidanza successiva al 180° giorno dall'inizio della gestazione, nonché in

caso di decesso del bambino alla nascita o durante il congedo di maternità, le lavoratrici hanno facoltà di riprendere in qualunque momento l'attività lavorativa, con un preavviso di dieci giorni al datore di lavoro, a condizione che il medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla loro salute.».

Articolo 3

*Modifiche all'articolo 33,
decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151,
in materia di congedo parentale*

1. All'articolo 33 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il comma 1 è sostituito dal seguente:

«1. Per ogni minore con handicap in situazione di gravità accertata ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre, hanno diritto, entro il compimento dell'ottavo anno di vita del bambino, al prolungamento del congedo parentale, fruibile in misura continuativa o frazionata, per un periodo massimo, comprensivo dei periodi di cui all'articolo 32, non superiore a tre anni, a condizione che il bambino non sia ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati, salvo che, in tal caso, sia richiesta dai sanitari la presenza del genitore.»;

b) al comma 4, il primo periodo è soppresso.

Articolo 4

*Modifiche all'articolo 42, decreto legislativo
26 marzo 2001, n. 151, in materia di congedo
per assistenza di soggetto portatore di handicap grave*

1. All'articolo 42 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il comma 2 è sostituito dal seguente:

«2. Il diritto a fruire dei permessi di cui all'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e successive modificazioni, è riconosciuto, in alternativa alle misure di cui al comma 1, ad entrambi i genitori, anche adottivi, del bambino con handicap in situazione di gravità, che possono fruirne alternativamente, anche in maniera continuativa nell'ambito del mese.»;

b) il comma 5 è sostituito dai seguenti:

«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 all'articolo 33, comma 3, della legge n. 104/1992 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.

5-quater. I soggetti che usufruiscono dei congedi di cui al comma 5 per un periodo continuativo non superiore a sei mesi hanno diritto ad usufruire di permessi non retribuiti in misura pari al numero dei giorni di congedo ordinario che avrebbero maturato nello stesso arco di tempo lavorativo, senza riconoscimento del diritto a contribuzione figurativa.

5-quinquies. Il periodo di cui al comma 5 non rileva ai fini della maturazione delle ferie, della tredicesima mensilità e del trattamento di fine rapporto. Per quanto non espressamente previsto dai commi 5, 5-bis, 5-ter e 5-quater si applicano le disposizioni dell'articolo 4, comma 2, della legge 8 marzo 2000, n. 53.»

Articolo 5

Modifiche all'articolo 2

della legge 13 agosto 1984, n. 476,

in materia di aspettativa per dottorato di ricerca

1. All'articolo 2 della legge 13 agosto 1984, n. 476 sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il terzo periodo del comma 1 è sostituito dal seguente:

«Qualora, dopo il conseguimento del dottorato di ricerca, cessi il rapporto di lavoro o di impiego con qualsiasi amministrazione pubblica per volontà del dipendente nei due anni successivi, è dovuta la ripetizione degli importi corrisposti ai sensi del secondo periodo.»;

b) dopo il comma 1 è inserito il seguente:

«Le norme di cui al presente articolo si applicano anche al personale dipendente dalle pubbliche amministrazioni disciplinato in base all'articolo 2, commi 2 e 3, del decreto legislativo

30 marzo 2001, n. 165, in riferimento all'aspettativa prevista dalla contrattazione collettiva.».

Articolo 6

Modifiche all'articolo 33

della legge 5 febbraio 1992, n. 104, in materia di assistenza a soggetti portatori di handicap grave

1. All'articolo 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 3 è aggiunto, in fine, il seguente periodo:

«Il dipendente ha diritto di prestare assistenza nei confronti di più persone in situazione di handicap grave, a condizione che si tratti del coniuge o di 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.».

b) dopo il comma 3 è inserito il seguente:

«3-bis. Il lavoratore che usufruisce dei permessi di cui al comma 3 per assistere persona in situazione di handicap grave, residente in comune situato a distanza stradale superiore a 150 chilometri rispetto a quello di residenza del lavoratore, attesta con titolo di viaggio, o altra documentazione idonea, il raggiungimento del luogo di residenza dell'assistito.».

Articolo 7

Congedo per cure per gli invalidi

1. Salvo quanto previsto dall'articolo 3, comma 42, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, e successive modificazioni, i lavoratori mutilati e invalidi civili cui sia stata riconosciuta una riduzione della capacità lavorativa superiore al cinquanta per cento possono fruire ogni anno, anche in maniera frazionata, di un congedo per cure per un periodo non superiore a trenta giorni.

2. Il congedo di cui al comma 1 è accordato dal datore di lavoro a seguito di domanda del dipendente interessato accompagnata dalla richiesta del medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale o appartenente ad una struttura sanitaria pubblica dalla quale risulti la necessità della cura in relazione all'infermità invalidante riconosciuta.

3. Durante il periodo di congedo, non rientrante nel periodo di comporto, il dipendente ha diritto a percepire il trattamento calcolato secondo il regime economico delle assenze per malattia. Il lavoratore è tenuto a documentare in maniera idonea l'avvenuta sottoposizione alle cure. In caso di lavoratore sottoposto a trattamenti terapeutici continuativi, a giustificazione dell'assenza può essere prodotta anche attestazione cumulativa.

4. Sono abrogati l'articolo 26 della legge 30 marzo 1971, n. 118, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 30 gennaio 1971, n. 5, e l'articolo 10 del decreto legislativo 23 novembre 1988, n. 509.

Articolo 8

Modifiche all'articolo 45

del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151,

in materia di adozioni e affidamenti

1. All'articolo 45 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1 le parole: «entro il primo anno di vita del bambino» sono sostituite dalle seguenti: «entro il primo anno dall'ingresso del minore nella famiglia»;

b) dopo il comma 2 è inserito il seguente: «2-bis. Le disposizioni di cui all'articolo 42-bis si applicano, in caso di adozione ed affidamento, entro i primi tre anni dall'ingresso del minore nella famiglia, indipendentemente dall'età del minore.».

Articolo 9

Disposizioni finali

1. Dall'attuazione del presente decreto non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.