SENTENZA DELLA CORTE COST. N. 203 DEL 3 LUGLIO 2013 - ESTENSIONE DEL DIRITTO AL CONGEDO DI CUI ALL’ ART. 42, COMMA 5, D.LGS. N. 151 DEL 26 MARZO 2001 A PARENTE O AFFINE ENTRO IL TERZO GRADO CONVIVENTE CON LA PERSONA IN SITUAZIONE DI DISABILITÀ GRAVE – CIRCOLARE INPS

Come è noto la Corte costituzionale con la sentenza n. 203 del 3 luglio 2013 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 26 marzo 2001 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità) nella parte in cui, in assenza di altri soggetti idonei a prendersi cura della persona disabile in situazione di gravità, non include nel novero dei soggetti legittimati a fruire del congedo straordinario il parente o l’affine entro il terzo grado convivente della persona in situazione di disabilità grave, in violazione degli artt. 2,3,4,29,32,35 e 118, 4° comma, della Costituzione.

La Consulta afferma, nella pronuncia in argomento, che il testo attualmente in vigore dell’art. 42 sopracitato, come modificato dal decreto legislativo n. 119 del 18 luglio 2011 ha, da un lato, ampliato la platea dei soggetti a cui è riconosciuto il diritto alla fruizione del beneficio, e, dall’altro, ha individuato, tra i soggetti medesimi, un rigido ordine gerarchico.

Alla luce dell’evoluzione legislativa sopra esposta ed in linea con l’orientamento giurisprudenziale già consolidato, la Corte ha individuato nella limitazione della sfera soggettiva attualmente vigente un fattore di pregiudizio dell’assistenza del disabile grave nei casi in cui i soggetti legittimati dalla norma a prestare assistenza si trovino impossibilitati a svolgere tale funzione.

La Consulta ha considerato, inoltre, che il legislatore ha già riconosciuto il ruolo dei parenti e degli affini entro il terzo grado nell’assistenza ai disabili in condizione di gravità, attribuendo loro il diritto ai tre giorni mensili di permessi retribuiti ai sensi dell’art. 33, comma 3, della legge n. 104 del 5 febbraio 1992 nell’ipotesi di mancanza, decesso o patologie invalidanti degli altri soggetti.

La Corte, quindi, evidenzia che tale discrasia normativa costituisce ulteriore argomento a sostegno della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 42, comma 5, del citato d.l.gs. 26 marzo 2001, n. 151 nella parte in cui non include nel novero dei soggetti legittimati a fruire del congedo ivi previsto, e alle condizioni ivi stabilite, il parente o l’affine entro il terzo grado convivente, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti degli altri soggetti idonei a prendersi cura della persona in situazione di disabilità grave.

A riguardo l’Inps, con la circolare n. 159 del 15/11 u.s. ha precisato che il congedo di cui trattasi può essere riconosciuto al familiare o affine entro il terzo grado convivente del disabile in situazione di gravità, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti degli altri soggetti individuati dalla norma, secondo il seguente ordine di priorità:

1. il coniuge convivente della persona disabile in situazione di gravità;

2. il padre o la madre, anche adottivi o affidatari, della persona disabile in situazione di gravità, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti del coniuge convivente;

3. **uno dei figli conviventi della persona disabile in situazione di gravità, nel caso in cui il coniuge convivente ed entrambi i genitori del disabile siano mancanti, deceduti o affetti da patologie invalidanti**;

4. uno dei fratelli o sorelle conviventi della persona disabile in situazione di gravità nel caso in cui il coniuge convivente, entrambi i genitori ed i figli conviventi del disabile siano mancanti, deceduti o affetti da patologie invalidanti;

5. un parente o affine entro il terzo grado convivente della persona disabile in situazione di gravità nel caso in cui il coniuge convivente, entrambi i genitori, i figli conviventi e i fratelli o sorelle conviventi siano mancanti, deceduti o affetti da patologie invalidanti.

Inoltre, con riguardo ai requisiti soggettivi per il riconoscimento del congedo straordinario ha specificato che:

* per quanto concerne la “mancanza”, deve essere intesa non solo come situazione di assenza naturale e giuridica (celibato o stato di figlio naturale non riconosciuto), ma deve ricomprendere anche ogni altra condizione ad essa giuridicamente assimilabile, continuativa e debitamente certificata dall’autorità giudiziaria o da altra pubblica autorità, quale: divorzio, separazione legale o abbandono;
* ai fini dell’individuazione delle “patologie invalidanti”, in assenza di un’esplicita definizione di legge, sentito il Ministero della Salute, è da ritenersi corretto prendere a riferimento soltanto quelle, a carattere permanente, indicate dall’art. 2, comma 1, lettera d), numeri 1, 2 e 3 del Decreto Interministeriale n. 278 del 21 luglio 2000 (Regolamento recante disposizioni di attuazione dell'articolo 4 della L. 8 marzo 2000, n. 53, concernente congedi per eventi e cause particolari), che individua le ipotesi in cui è possibile accordare il congedo per gravi motivi di cui all’art. 4, comma 2, della legge n. 53 del 2000;
* il requisito della “convivenza” è da accertare d’ufficio previa indicazione da parte dell’interessato degli elementi indispensabili per il reperimento dei dati inerenti la residenza anagrafica, ovvero l’eventuale dimora temporanea (iscrizione nello schedario della popolazione temporanea di cui all’art.32 D.P.R. n. 223/89), ove diversa dalla dimora abituale (residenza) del dipendente o del disabile.