



TRIBUNALE DI SPOLETO
Sezione Lavoro

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Giudice del Tribunale di Spoleto, dott. Luca Marzullo, in funzione di giudice del Lavoro, all'esito dell'udienza di discussione ai sensi dell'art. 429 c.p.c., ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 451/2015 tra

██████████
Rappresentata e difesa dall'avv. Gianluca Magnani e dall'avv. Marta Bocci ed elettivamente domiciliata con i propri difensori presso lo studio dell'avv. Maria Letizia Angelini Paroli, sito in Spoleto, via Filitteria n. 27;

Ricorrente

CONTRO

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA, in persona del legale rappresentante *p.t.*

UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER L'UMBRIA, AMBITO TERRITORIALE PER LA PROVINCIA DI PERUGIA, in persona del legale rappresentante *p.t.*

DIREZIONE DIDATTICA STATALE I Circolo di Spoleto, in persona del legale rappresentante *p.t.*

Rappresentato e difeso dal funzionario delegato dott.ssa ██████████ ed elettivamente domiciliata presso l'Ufficio Scolastico Regionale per l'Umbria, sito in Perugia, via C. Manuali, giusta delega in atti;

Resistente

CON L'INTERVENTO DI

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE – Ragioneria Territoriale dello Stato di Perugia, in persona del legale rappresentante *p.t.*

Rappresentata e difesa dalla dott.ssa ██████████ e dalla dott.ssa ██████████ ed elettivamente domiciliata presso l'Ufficio di Servizio in via Martiri dei Lager n. 77, Perugia, giusta delega in atti;

chiamata in causa



RAGIONI IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA DECISIONE

1. La ricorrente si è rivolta al Tribunale di Spoleto, quale giudice del Lavoro, onde ottenere, in contraddittorio con le Amministrazioni convenute l'accertamento del proprio diritto a fruire del congedo straordinario di cui all'art. 42, c. 5 del D. Lgs. 151/2001, percependo una indennità che sia corrispondente al trattamento retribuito intero previsto dalle tabelle contrattuali o, comunque – ed in via subordinata – pari all'ultima retribuzione da individuarsi in quella percepita per il mese di giugno 2014.

Ha quindi chiesto la declaratoria di illegittimità de provvedimento del 31.3.2015 con il quale le è stato precluso il rientro anticipato in servizio; ha, ancora, chiesto la condanna delle amministrazioni al pagamento, anche a titolo risarcitorio, della somma di € 19.120,30 oltre interessi legali ed il conseguente annullamento della pretesa restitutoria avente ad oggetto la somma netta di € 2.880,29, richiesta a titolo di indebito erariale derivante dall'erroneo pagamento dell'indennità di congedo straordinario.

Ha, infine, sollevato questione di legittimità costituzione dell'art. 42, c. 5 *ter*; del citato decreto delegato per l'ipotesi in cui l'interpretazione dalla stessa proposta dovesse essere disattesa.

1.1. A fondamento del proprio ricorso la ricorrente espone di essere insegnante abilitata all'insegnamento dal 2002 e di aver sottoscritto, dopo diversi incarichi a tempo determinato, un contratto a tempo indeterminato con decorrenza giuridica ed economica a far data dal giorno **01.09.2014**.

Allega di aver avuto, nelle more dell'anno di prova, la sede provvisoria del I circolo di Spoleto e di aver cessato l'ultimo incarico a tempo determinato in data **30 giugno 2014**.

Allega, ancora, che, preso servizio in data 01.09.2014, la stessa ha avanzato in data **02.09.2014** (e fino al 31.08.2015) domanda di congedo straordinario ai sensi dell'art. 42, c. 5, del D. Lgs. 151/2001, onde prestare assistenza alla propria figlia portatrice di handicap grave.

Senonché, concesso il beneficio invocato, deduce di aver ricevuto la richiesta da parte della Ragioneria territoriale di Perugia di restituzione dell'importo di € 2.880,29 derivante dall'erroneità degli importi corrisposti a titolo di assegni stipendiali per i mesi di settembre e ottobre 2014.

Tale determinazione, prosegue la ricorrente, è scaturita dalla erronea interpretazione dell'art. 42 citato secondo cui l'ultima retribuzione cui è ancorato l'ammontare dell'assegno è stata erroneamente parametrata ad 1/30 del normale stipendio mensile, avendo la ricorrente prestato la propria attività per l'anno scolastico in questione unicamente in data 01.09.2014, presentando per il giorno successivo domanda di congedo straordinario.

1.2. Da qui, richiamata l'importanza e la funzione del congedo straordinario e la situazione di discriminazione che si verrebbe a creare, la ricorrente ha avanzato le richieste sopra sintetizzate, evidenziando in particolare che, in forza del contratto a tempo indeterminato sottoscritto, la stessa ha diritto alla retribuzione annua lorda di € 19.324,27 e che, al più, l'ultima retribuzione effettivamente percepita era quella riferita all'incarico di supplenza sino al 30 giugno 2014, pari ad € 1.866,44 lordi; ha,



altresì, lamentato l'erroneità della determinazione del dirigente che, sull'assunto che era stato nominato un docente in supplenza temporanea per la sostituzione della ricorrente, ha impedito il rientro anticipato in servizio.

1.3. Si sono costituite le amministrazioni convenute.

La resistente ha dedotto in via preliminare, il difetto di legittimazione passiva dell'organo periferico dell'amministrazione statale nonché della Direzione Didattica Statale I circolo di Spoleto.

Ha, quindi, dedotto il difetto di integrità del contraddittorio stante l'omessa notifica del ricorso sia al M.E.F. sia alla insegnante [REDACTED] nominata supplente proprio per sopperire alla assenza della ricorrente.

Ha, quindi, contestato la fondatezza della domanda nella sua interezza, tanto con riferimento all'interpretazione offerta dell'art. 42 del D. Lgs. 151/2001 che in relazione alla dedotta illegittimità della nota con cui è stata negata l'interruzione del congedo e la ripresa del servizio.

Quindi, integrato il contraddittorio nei confronti del Ministero dell'Economia e delle Finanze – Ragioneria Territoriale dello Stato di Perugia, quest'ultima si è costituita contestando la fondatezza della domanda, reiterando, in via di sintesi, le stesse deduzioni già svolte dalle altre Amministrazioni convenute.

1.4. All'udienza odierna, la causa è stata quindi discussa e decisa, ai sensi dell'art. 429 c.p.c., nel testo modificato dall'art. 53, secondo comma, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 convertito in legge 6 agosto 2008 n. 133, mediante lettura del dispositivo con contestuali motivazioni.

2. In via preliminare, va rilevata la fondatezza dell'eccezione preliminare svolta dalle Amministrazioni resistenti laddove le stesse hanno rilevato il difetto di legittimazione passiva con riferimento alle domande proposte nei confronti dell'ambito territoriale della Provincia di Perugia, in quanto trattasi di mera articolazione periferica del Ministero dell'Istruzione priva di capacità processuale di agire/resistere autonomamente in giudizio.

Di contro, è, invece, corretto il coinvolgimento processuale dell'Ufficio Scolastico Regionale, in quanto, nelle controversie intraprese dal personale scolastico inerenti a rapporti di lavoro in essere o alla gestione delle graduatorie per l'affidamento di futuri incarichi di supplenza, infatti, è legittimato a resistere solo il MIUR quale potenziale/attuale datore di lavoro, ma è provvisto di legittimazione passiva concorrente ed aggiuntiva l'Ufficio Scolastico Regionale, di talché la sua presenza, seppure non indispensabile, è comunque possibile nel presente giudizio.

In tal senso dispone l'art. 8, secondo comma, del D.P.C.M. 98/2014, regolamento di organizzazione emesso sulla base del disposto di norme di fonte primaria contenute nel d.lgs. 300/1999 (cfr in particolare art. 75) e dal d.l. 95/2012, conv. con modificazioni nella legge 135/2012 (cfr in particolare l'art. 2, comma 10-ter) e ciò in linea di continuità con quanto previsto già dall'art. 8 del d.p.r. 17/2009 e dall'art. 8 del d.p.r. 319/2003.



Ed invero, l'Ufficio Scolastico Regionale per l'Umbria, a norma dell'art. 8 D.P.R. 20 gennaio 2009, n. 17, "costituisce un autonomo centro di responsabilità amministrativa"; oggi anche l'art. 8 del D.P.C.M. 98 del giorno 11 febbraio 2014 contiene analoga previsione.

Si precisa che la medesima disposizione attribuisce poi all'Ufficio scolastico regionale competente la rappresentanza in giudizio, ma non crea (né lo avrebbe potuto, visto il rango della norma) un nuovo ed autonomo soggetto giuridico. Il conferimento di poteri previsto dalla norma costituisce fatto interno al Ministero, che è e rimane soggetto unitario, restando indifferente rispetto ai terzi la sua articolazione organizzativa.

Pertanto la dizione "legittimazione passiva" contenuta nell'art. 8 D.P.R. n. 17/2009 (come già prima nell'art.7 D.P.R. n. 260 /2007 ed ancor prima nell'art. 8 D.P.R. n. 319/2003) ed **oggi ribadita nell'art. 8 del D.P.C.M. 98/2014** è impropria perché la norma ha semplicemente inteso richiamare la legittimazione processuale dei dirigenti prevista dall'art. 16 co. 1° lettera f, d.lgs. n. 165/2001 di talché la legittimazione di cui al citato art. 8 deve quindi intendersi come legittimazione processuale, concorrente ed aggiuntiva; ciò nondimeno, come detto, la stessa è tale da rendere, seppur non indispensabile, possibile la presenza dell'Ufficio Scolastico Regionale nel presente giudizio, pur nei sensi e nei limiti appena espressi.

2.1. Di contro non può ritenersi fondata l'eccezione di carenza del contraddittorio in relazione alla docente nominata in supplenza nel periodo dell'assenza della odierna ricorrente, atteso che in relazione a tale posizione (a tutto voler concedere, idonea ad esprimere un interesse di mero fatto, non già rilevante al punto da imporre una partecipazione nel presente giudizio) non viene svolta alcuna domanda.

La sig.ra [REDACTED] infatti, si duole dell'illegittimità del provvedimento con il quale è stato negato il suo rientro anticipato dal servizio ma, quand'anche si addivenisse a tale soluzione, non vi sarebbero necessitati effetti sulla posizione della docente nominata in supplenza, né, in ogni caso, in relazione a tale dedotta illegittimità viene fatta discendere una qualche domanda.

Sicché l'eccezione è fondata.

2.2. Corretto, si ribadisce, è infine il coinvolgimento dell'Ministero dell'Economia e delle Finanze – Ragioneria dello Stato di Perugia.

Tale organo, invero, funge quale ente ordinatore di spese ed ha adottato il provvedimento di recupero somme censurato in questa sede, tale per cui si giustifica ampiamente la sua partecipazione al presente giudizio.

3. Tanto premesso, nel merito si osserva quanto segue.

Come è emerso dalla sintetica ricostruzione in punto di fatto, punto controverso della presente vicenda non è rappresentato dalla spettanza o meno del diritto della ricorrente alla fruizione del congedo straordinario di cui all'art. 42 del D. Lgs. 151/2001 né, tanto meno, dalla funzione che lo stesso assolve: è pacifico, infatti, che finalità e presupposti del predetto congedo sono da ravvisarsi nella esigenza di assistere



in via continuativa il congiunto convivente che si trovi in situazione di handicap grave accertato ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104.

E, del resto, è assolutamente dato non controverso quello per cui la ricorrente abbia goduto di tale periodo di congedo.

Il vero nodo problematico è rappresentato, piuttosto, dalla misura dell'indennità spettante all'istante, se, in particolare, nella misura concretamente erogata dall'Amministrazione e rapportata al solo giorno di effettivo servizio prima della domanda di congedo, o se in quella diversa richiesta dalla sig.ra [REDACTED] e rapportato, in via alternativa, alla retribuzione spettante in forza del contratto di lavoro concluso ovvero, in via subordinata, a quella percepita in forza dell'ultimo contratto di lavoro (a tempo determinato) in essere fino alla data del 30 giugno 2014 – giorno di scadenza del contratto a tempo determinato – e precedente alla stipula del nuovo contratto a tempo indeterminato – sottoscritto in data 28 agosto 2014, con decorrenza giuridica ed economica al 01.09.2014.

Ciò in quanto è pacifico che la sig.ra [REDACTED] abbia beneficiato del congedo straordinario sin dal 02.09.2014, come da conforme richieste.

Naturalmente, tale questione assume carattere evidentemente pregiudiziale rispetto all'ulteriore questione dedotta – e legittimante, per le ragioni esposte nell'ordinanza del 21.06.2016 e qui da intendersi integralmente trascritte, la partecipazione al giudizio del M.E.F. – circa la illegittimità del provvedimento di recupero delle somme erogate in misura ritenuta indebita.

3.1. A mente dell'art. 42, c. 5 *ter*, del D. Lgs. 151/2001, inserito dall'articolo 4, comma 1, lettera b), del D.L.g.s. 18 luglio 2011, n. 119, «...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...».

L'art. 42, c. 5 comma, D.Lgs. n. 151 del 2001 prevede, a favore di lavoratori che abbiano familiari in condizione di handicap, la possibilità di beneficiare di periodi di congedo per assistenza. Il relativo trattamento economico viene erogato dai datori di lavoro e, ove si tratti di datori di lavoro privati, gli stessi possono detrarre le somme a tale titolo versate da quelle dovute ad INPS per contributi.



La disposizione in esame prevede ancora il diritto a percepire una indennità e che quest'ultima sia commisurata «...all'ultima retribuzione...» in relazione alle voci fisse e continuative del trattamento nonché la spettanza di una contribuzione figurativa.

Come del tutto evidente, l'indennità ha, dunque, lo scopo di sopperire alla mancanza di retribuzione, nel periodo in cui il lavoratore assiste il figlio con handicap e la stessa può essere erogata solo in costanza di un rapporto di lavoro, e non dopo che questo sia cessato.

3.2. Secondo l'interpretazione di tale disposizione maggiormente diffusa l'indennità per il congedo viene corrisposta nella misura dell'ultima retribuzione percepita sovente intesa, per come risultante anche dalle circolari prodotte, quale quella percepita nell'ultimo mese di lavoro che precede il congedo.

Ora, la peculiarità di siffatta interpretazione proposta dalle entrambe le amministrazioni resistenti – che talvolta impropriamente pongono sullo stesso piano il concetto di “retribuzione corrisposta in forza dell'effettiva prestazione lavorativa” e quello di “retribuzione dell'ultimo mese di lavoro che precede il congedo” – è di immediata evidenza: la fattispecie posta all'attenzione del Tribunale si caratterizza per il fatto che, nel periodo immediatamente precedente alla richiesta di congedo, la sig.ra [REDACTED] non aveva alcun rapporto di lavoro dal momento che quello precedentemente in essere, peraltro con la stessa amministrazione, era cessato alla data del 30 giugno 2014, mentre quello in forza del quale ha chiesto la fruizione del predetto congedo è stato sottoscritto in data 28.08.2014 ed aveva decorrenza economica e giuridica dal 01.09.2014: sicché, in punto di fatto, è indiscutibile che al momento della richiesta, in relazione al rapporto di lavoro in seno al quale ha avanzato la propria richiesta, la sig.ra [REDACTED] avesse un solo giorno di attività effettiva e, soprattutto, seguendo tale linea interpretativa, non aveva una retribuzione nell'ultimo mese di lavoro che precede il congedo.

3.3. Orbene, reputa lo scrivente anzitutto di non poter convenire con quanto affermato da tutte le circolari prodotte dalle Amministrazioni nella parte in cui affermano che l'indennità di che trattasi prenderebbe a riferimento sì le voci retributive fisse e continuative, aggiungendo anche che sarebbero quelle «...spettanti nel mese precedente la fruizione del congedo straordinario...».

Anzitutto, siffatta lettura – nel momento in cui postula implicitamente non solo la sussistenza del rapporto di lavoro ma anche la sua continuità, ancorando, dal punto di vista parametrico, l'indennità alla retribuzione corrisposta nel “mese precedente” – si scontra con il dato letterale della norma che, invece, prevede che l'indennità sia corrisposta in misura pari alle voci fisse e continuative dell'ultima retribuzione, questa soltanto essendo l'indicazione offerta agli interpreti ed agli operatori dal Legislatore, senza alcuna indicazione o delimitazione temporale.

Né siffatto contenuto precettivo può essere attribuito in base a quanto previsto dalle circolari sopra richiamate.



3.4. Ritiene questo Giudice che nella categoria delle fonti del diritto non sono certamente riconducibili norme interne, cioè a dire – con maggior impegno esplicativo – atti con cui le amministrazioni individuano precetti, disposizioni o, più semplicemente, regole di comportamento funzionali a regolamentarne l'azione e l'organizzazione.

In tali casi si è di fronte ad un atto, espressione dell'autonomia organizzativa (prim'ancora che normativa) dell'Ente emanante funzionale a consentire una miglior cura degli interessi pubblici nonché la stessa omogeneità dell'azione amministrativa anche sul territorio nazionale.

Ora, a prescindere dall'origine storia dello strumento, le circolari, secondo un orientamento tradizionale, sono riconducibili proprio a categoria di atti privi, come tali, di natura normativa ma al più vincolanti per gli Uffici chiamati a darne attuazione.

La conseguenza di tale impostazione – cui lo scrivente ritiene di aderire – è quella per cui in nessun caso previsioni, suggerimenti o moniti contenuti nelle circolari hanno efficacia vincolante nell'interpretazione delle norme di diritto, vieppiù nell'ipotesi in cui (ma su questo si tornerà a breve) si tenta di voler ricavare da tali interpretazioni una regola di disciplina del caso concreto.

Infine, senza volersi dilungare eccessivamente sul punto, anche a voler ammettere che la circolare abbia la valenza di una *fonte accessoria*, tale circoscritto spazio di utilizzabilità potrà valere unicamente ove si tratti di meglio integrare o determinare un contenuto precettivo o sanzionatorio *già* espresso dalla norma e non anche a disegnare un precetto ed una conseguenza inesprese nel tessuto normativo.

3.5. Non ignora, invero, lo scrivente che quella qui criticata è la tesi fatta propria dal Tribunale di Pordenone nel precedente prodotto – e che a quanto consta è l'unico in materia che si è rivenuto – nel quale, proprio ravvisando che «...*la richiesta di congedo è avvenuta dopo non meno di 8 giorni dall'immissione in ruolo e da 10 settembre il docente non si è più presentato sul luogo di lavoro, non essendo peraltro pendente alcun rapporto nel mese immediatamente precedente si da poter maturare una retribuzione...*», ha disatteso la pretesa azionata giudizialmente, negando il diritto all'indennità.

In sostanza, al fine di determinare la spettanza o meno di quel diritto al congedo ed alla relativa indennità, si è dato risalto alla esistenza o meno di un pregresso rapporto di lavoro (*recte*: di una retribuzione in forza dello stesso spettante) nel mese precedente a quello della domanda, con l'ulteriore conseguenza che, non essendo maturata una retribuzione nel mese precedente alcuna retribuzione per l'assenza di un rapporto di lavoro, pur mantenendo fermo il diritto a congedo, nulla spetta, invece, a titolo di indennità.

3.6. E tuttavia, tale soluzione non è in alcun modo percorribile, avallando, in maniera decisamente non condivisibile, un trattamento inspiegabilmente differente di situazioni assolutamente identiche che non pochi dubbi in punto di legittimità costituzionale porrebbe alla disposizione in esame.



In verità, seguendo siffatta impostazione, si dovrebbe arrivare alla paradossale situazione per cui il lavoratore che si trovi alla prima esperienza lavorativa e senza poter vantare alcuna retribuzione spettante nel mese precedente a quello in cui ha chiesto la fruizione del congedo (ma queste situazioni potrebbero porsi anche in termini alternativi), pur potendo beneficiare del congedo, non potrebbe beneficiare del diritto all'indennità, che gli potrebbe di fatto essere riconosciuto *solo dopo* aver preventivamente svolto almeno uno o più giorni di attività lavorativa nel mese che precede la domanda di congedo utili a far maturare una retribuzione; anzi, aderendo alla tesi che la retribuzione sarebbe quella dell'ultimo mese che precede la richiesta di congedo, sarebbe necessario eseguire la prestazione lavorativa almeno per 30 giorni, prima di poter vantare anche il diritto all'indennità.

Significherebbe, cioè, che il lavoratore il quale sin dal primo giorno del primo rapporto di lavoro versi in una situazione tale da far sorgere il diritto al congedo non potrebbe di fatto beneficiarne dovendo necessariamente attendere almeno il secondo mese, perché, altrimenti, pur avendo il diritto al congedo di fatto non avrebbe il diritto all'indennità, non potendo vantare una retribuzione spettante nel mese precedente.

In tal modo, non v'è chi non veda che il *neoassunto* verrebbe posto in una situazione incomprensibilmente differente a quella di altri lavoratori che avessero già "nel mese precedente" il rapporto di lavoro in essere, pur a fronte di uno stesso fatto costitutivo del diritto: la necessità di prestare assistenza ad un minore portatore di handicap in situazione di gravità.

3.7. Così facendo, in sostanza, si negherebbe lo stesso spirito della disposizione.

La misura prevista dall'art. 42 comma 5, d.lg. 26 marzo 2001 n. 151 è riconducibile, al pari di quelle contemplate dalla l. n. 104 del 1992, ai principi sanciti dall'art. 3 comma 2, e dall'art. 32 Cost.

Trattasi, invero, di agevolazioni dirette essenzialmente ad evitare che la persona in situazione di handicap resti priva di assistenza, così confermandosi che, in generale, il destinatario della tutela realizzata mediante il beneficio previsto dalla legge non è il lavoratore onerato dell'assistenza, bensì la persona portatrice di handicap. Il nucleo centrale della tutela è, infatti, il soggetto disabile e l'elemento peculiare, caratterizzante il beneficio in esame, è che il soggetto che chiede di fruire del congedo in questione, viva insieme alla persona disabile da assistere.

Ma se così, è del tutto evidente che il contenuto precettivo della disposizione, laddove discorre di una indennità commisurata ("*corrispondente*") all'ultima retribuzione non può essere interpretato nel senso che ultima retribuzione sia quella spettante nel mese precedente la domanda di congedo, perché questo riferimento temporale, che la norma non prevede, ben potrebbe non esistere.

E del resto, la disposizione, pur postulando evidentemente la *costanza del rapporto di lavoro*, non arriva ad affermarne la *necessaria continuità*.



Ancora, se si accedesse a tale tesi, si ripresenterebbero gli stessi problemi di compatibilità costituzionale di cui si è detto, atteso che, nell'ambito di un rapporto di lavoro a tempo pieno, si farebbe dipendere la misura dell'indennità da un dato del tutto eventuale e casuale, quale è quello della data di presentazione della domanda (se, ad esempio al primo giorno, al quindicesimo o, ancora al ventitreesimo).

Di alcun pregio, poi, sono le deduzioni svolte sul punto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze – Ragioneria Territoriale dello Stato di Perugia laddove affermano che se lo Stato avesse voluto erogare una previdenza sociale in forma indiretta, “*avrebbe semplicemente regolamentato un congedo straordinario retribuito senza la necessità di collegare tale indennità ad una determinata misura (‘ultima retribuzione percepita’)...*”.

In disparte ogni considerazione circa la scarsa chiarezza dell'assunto, giova anzitutto precisare che il predicato con il quale l'Amministrazione resistente ha inteso definire l'ultima retribuzione (percepita) è stato impropriamente riportato tra virgolette, dal momento che, come si è più volte detto, il Legislatore non ha mai definito il contenuto di tale ultima retribuzione.

4.1. Ad ogni buon conto, più in generale, se ben la si è compresa, la doglianza è evidentemente infondata nel merito risultando smentita dalla stessa funzione dell'istituto.

In verità, lasciando spazio alle ben più efficaci parole del Giudice delle Leggi, «...*il congedo straordinario oggi all'esame di questa Corte costituisce uno sviluppo o, meglio, una gemmazione di analoga provvidenza, originariamente prevista dall'art. 4 della legge 8 marzo 2000, n. 53 (Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città). La suddetta disposizione, al comma 2, ha riconosciuto per la prima volta ai lavoratori dipendenti pubblici e privati la possibilità chiedere, per gravi e documentati motivi familiari, un periodo di congedo, continuativo o frazionato, non superiore a due anni, durante il quale il dipendente conserva il posto di lavoro, senza diritto alla retribuzione. Detta previsione è tuttora in vigore.*

Successivamente, l'art. 80, comma 2, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2001), ha aggiunto all'art. 4 della legge n. 53 del 2000 il comma 4-bis in base al quale i genitori, anche adottivi, o, dopo la loro scomparsa, uno dei fratelli o delle sorelle conviventi di soggetto con handicap in situazione di gravità accertata, hanno diritto a fruire del congedo previsto all'art. 4, comma 2, percependo un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione.

In tal modo, dalla previsione generale del congedo straordinario non retribuito, per gravi motivi familiari, di cui all'art. 4, comma 2, della legge n. 53 del 2000, è derivato un analogo, ma autonomo, congedo per l'assistenza a persone in situazione di handicap grave, assistito dal diritto di percepire un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione, nonché coperto da contribuzione figurativa e fruibile alternativamente da parte dei genitori (anche adottivi, o, dopo la loro scomparsa, da uno dei fratelli o delle sorelle conviventi) lavoratori, dipendenti pubblici o privati, i cui figli si trovassero in situazione di disabilità grave da almeno cinque anni, ai sensi degli artt. 3 e 4 della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate).



Peraltro, è per queste stesse ragioni che non è possibile considerare “ultima retribuzione” quella riferita ad un pregresso rapporto di lavoro, giacché, se la fruizione del congedo presuppone la costanza del rapporto di lavoro, è indubbiamente a questo che andrà rapportata l’indennità in discussione, non potendosi certo “recuperare” a tale scopo – e solo in questo è condivisibile il pronunciamento del Tribunale di Pordenone – una retribuzione di un qualsiasi, precedente ed esaurito, periodo paga sol perché collocato antecedentemente – non importa a questo punto se in epoca prossima o remota – a quello in cui è avanzata la richiesta di congedo.

3.8. Invero, di ciò sembrano essere consapevoli le stesse amministrazioni laddove, pur ritenendo di ancorare la misura dell’indennità al solo giorno di lavoro effettivamente prestato, hanno preso a riferimento la retribuzione conseguente all’ultimo rapporto di lavoro in essere.

Ora, pur riconoscendo che in tale ottica detta scelta voleva costituire una interpretazione di favore, non può non evidenziarsi che la linea difensiva delle resistenti, secondo l’assunto che la retribuzione di riferimento cui commisurare l’indennità sia quella riferita al mese precedente la domanda di congedo, avrebbe dovuto coerentemente condurle alla radicale negazione del diritto, come del resto statuito proprio dal precedente richiamato, in considerazione del fatto che nel mese precedente alcuna retribuzione era stata maturata.

Sicché, nel silenzio della legge che alcun limite di durata minima né alcun riferimento temporale pone alla nozione di “ultima retribuzione”, non pare certo percorribile la linea interpretativa che ancora la determinazione di tale indennità alla retribuzione spettante nel mese precedente a quello della domanda di congedo, dovendosi avere riguardo, appunto, all’ultima retribuzione spettante, cioè a dire quella del rapporto di lavoro.

4. Occorre, allora, verificare quale sia il parametro cui ancora la determinazione dell’ultima retribuzione.

Va da sé, naturalmente, che in caso di continuità del rapporto sotto il profilo temporale, sarà sufficiente avere a riferimento la retribuzione del mese precedente a quello in cui è svolta la domanda di congedo.

Più controverso è, invece, il caso, come quello in esame, in cui non vi sia alcuna retribuzione di riferimento.

In tale situazione, le amministrazioni resistenti hanno ritenuto di prendere a riferimento la retribuzione maturata nel solo giorno di effettivo servizio prestato, e dunque, quella del 01.09.2014, prima del congedo maturando l’indennità nella misura di 1/30 della retribuzione spettante “*immediatamente precedente l’assenza dal lavoro per fruizione del congedo*” (cfr. pag. 17 memoria di costituzione MIUR).

E tuttavia, anche tale opzione interpretativa non appare convincente.

Anzitutto, deve osservarsi che la stessa non sembra suffragata dal dato testuale della norma che, come più volte ricordato, parla solo di «...un’indennità corrispondente all’ultima retribuzione, con riferimento alle voci fisse e continuative del trattamento...», senza alcun riferimento alla retribuzione effettivamente percepita.



A seguito dell'emanazione del d.lgs. n. 151 del 2001, l'istituto del congedo straordinario fu inserito al comma 5 dell'art. 42, rubricato «Riposi e permessi per i figli con handicap grave» e, con la modifica operata dall'art. 3, comma 106, della legge 24 dicembre 2003, n. 350 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2004), il beneficio fu riconosciuto a prescindere dal presupposto della permanenza da almeno cinque anni della situazione di disabilità grave.

3.2.- Giova ancora ricordare che il congedo straordinario per l'assistenza a persone portatrici di handicap grave, così come si è venuto configurando a seguito dei ripetuti interventi del legislatore fin qui ricordati, è stato più volte portato all'esame di questa Corte che, con successive pronunce, ha progressivamente ampliato il novero dei soggetti aventi diritto al beneficio.

Ad un primo vaglio della problematica, questa Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001, nella parte in cui non prevedeva il diritto di uno dei fratelli o delle sorelle conviventi con un disabile grave di fruire del congedo straordinario ivi indicato, nell'ipotesi in cui i genitori fossero impossibilitati a provvedere all'assistenza del figlio affetto da handicap, perché totalmente inabili (sentenza n. 233 del 2005).

In una seconda occasione, è stata poi dichiarata l'illegittimità costituzionale della medesima disposizione, nella parte in cui non includeva, in via prioritaria rispetto agli altri congiunti già indicati dalla norma, il coniuge convivente della persona in situazione di disabilità grave (sentenza n. 158 del 2007).

Da ultimo, l'illegittimità costituzionale ha colpito la medesima disposizione nella parte in cui non includeva nel novero dei soggetti beneficiari il figlio convivente, anche qualora questi fosse l'unico soggetto in grado di provvedere all'assistenza della persona affetta da handicap grave (sentenza n. 19 del 2009).

3.3.- Successivamente alle ricordate decisioni della Corte costituzionale, il legislatore è intervenuto nuovamente nella materia dei congedi spettanti per l'assistenza a persone con disabilità grave, in sede di attuazione della delega contenuta nell'art. 23 della legge 4 novembre 2010, n. 183 (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). Tale delega è stata attuata dal decreto legislativo 18 luglio 2011, n. 119 (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), in particolare dagli artt. 3 e 4.

Il testo oggi in vigore dell'art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001, come modificato dal d.lgs. n. 119 del 2011, ha ampliato la platea dei soggetti a cui tale diritto è riconosciuto, recependo gli interventi della giurisprudenza costituzionale succedutesi in questi anni, poco sopra ricordati, ma altresì individuando un rigido ordine gerarchico tra i possibili beneficiari, che non può essere alterato in base ad una libera scelta della persona disabile.

Va ricordato che il d.lgs. n. 119 del 2011 ha inciso anche sugli istituti indiretti della retribuzione, che in passato erano riconosciuti anche in relazione ai periodi di fruizione del congedo, stabilendo che il periodo straordinario di congedo non rileva ai fini della maturazione delle ferie, della tredicesima mensilità e del trattamento di fine rapporto. Il legislatore ha inoltre



stabilito un tetto massimo all'indennità dovuta al lavoratore e alla relativa contribuzione figurativa. D'altra parte il datore di lavoro privato detrae l'importo dell'indennità dall'ammontare dei contributi previdenziali dovuti.

In tal modo, lo Stato eroga una provvidenza sociale in forma indiretta, sostenendo gli oneri relativi al congedo straordinario retribuito, che consentono al lavoratore di farsi carico dell'assistenza di un parente disabile grave, percependo un'indennità commisurata alla retribuzione.

3.4.- Da quanto fin qui esposto, si può osservare che l'istituto dei congedi per assistere familiari portatori di handicap grave ha subito una profonda trasformazione, sotto un duplice profilo: il primo riguarda gli aspetti economici e il secondo i soggetti destinatari della norma.

Sotto il primo profilo, la disposizione impugnata, nel testo oggi in vigore, delinea un beneficio che assicura al lavoratore una entrata per tutto il periodo in cui è esonerato dall'attività lavorativa; detta indennità è commisurata all'ultima retribuzione percepita, anche se non del tutto coincidente con la stessa, entro un tetto massimo annuale e per una durata non superiore ai due anni nell'arco dell'intera vita lavorativa; d'altra parte, l'onere economico non resta totalmente a carico del datore di lavoro, in particolare di quello privato, il quale a sua volta lo deduce dagli oneri previdenziali. In tal modo il legislatore ha istituito una forma indiretta o mediata di assistenza per i disabili gravi, basata sulla valorizzazione delle espressioni di solidarietà esistenti nel tessuto sociale e, in particolare, in ambito familiare, conformemente alla lettera e allo spirito della Costituzione, a partire dai principi di solidarietà e di sussidiarietà di cui agli artt. 2 e 118, quarto comma, Cost. Il legislatore ha inteso, dunque, farsi carico della situazione della persona in stato di bisogno, predisponendo anche i necessari mezzi economici, attraverso il riconoscimento di un diritto al congedo in capo ad un suo congiunto, il quale ne fruirà a beneficio dell'assistito e nell'interesse generale. Il congedo straordinario è, dunque, espressione dello Stato sociale che si realizza, piuttosto che con i più noti strumenti dell'erogazione diretta di prestazioni assistenziali o di benefici economici, tramite facilitazioni e incentivi alle manifestazioni di solidarietà fra congiunti.

Sotto il secondo profilo, il congedo straordinario di cui si discute, benché fosse originariamente concepito come strumento di tutela rafforzata della maternità in caso di figli portatori di handicap grave e sia tuttora inserito in un testo normativo dedicato alla tutela e al sostegno della maternità e della paternità (come recita il titolo del d.lgs. n. 151 del 2001), ha assunto una portata più ampia. La progressiva estensione del complesso dei soggetti aventi titolo a richiedere il congedo, operata soprattutto da questa Corte, ne ha dilatato l'ambito di applicazione oltre i rapporti genitoriali, per ricomprendere anche le relazioni tra figli e genitori disabili, e ancora, in altra direzione, i rapporti tra coniugi o tra fratelli.

Al fine di adeguare le misure di assistenza alle emergenti situazioni di bisogno e alla crescente richiesta di cura che origina, tra l'altro, dai cambiamenti demografici in atto, questa Corte ha ritenuto che il legislatore avesse illegittimamente trascurato quelle situazioni di disabilità che si possono verificare in dipendenza di eventi successivi alla nascita o in esito a malattie di natura progressiva o, ancora, a causa del naturale decorso del tempo. Anche per tali situazioni, come nel caso di figli portatori di handicap, vale il principio che la cura della persona disabile in ambito familiare è in ogni caso preferibile e, ciò



che più rileva, più rispondente ai principi costituzionali, indipendentemente dall'età e dalla condizione di figlio dell'assistito (sentenza n. 158 del 2007).

Nella sua formulazione attuale, dunque, il congedo straordinario di cui all'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001, fruibile per l'assistenza delle persone portatrici di handicap grave, costituisce uno strumento di politica socio-assistenziale, basato sia sul riconoscimento della cura prestata dai congiunti sia sulla valorizzazione delle relazioni di solidarietà interpersonale e intergenerazionale, di cui la famiglia costituisce esperienza primaria, in attuazione degli artt. 2, 3, 29, 32 e 118, quarto comma, Cost.».

4.2. È dunque evidente l'infondatezza dell'assunto difensivo sopra riportato.

Anzitutto, la necessità di collegare l'indennità ad una misura non è certo conseguenza della natura dell'istituto: ed anzi, proprio perché comunque scollegato dall'effettiva erogazione della prestazione lavorativa, tale indennità richiede un ancoraggio parametri individuato nell'ultima retribuzione, peraltro nelle sole voci fisse e continuative della stessa.

Dall'altro lato, con ciò venendo alla risposta che si intende dare al quesito dal quale si era partiti, ad avviso di chi scrive la nozione di ultima retribuzione percepita (così definita, non già dal legislatore bensì dalla Corte Costituzionale) è quella virtuale astrattamente spettante al dipendente nel mese in cui richiede ed usufruisce del congedo straordinario.

4.3. Da quanto sopra, consegue che la sig.ra [REDACTED] aveva diritto a fruire del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42, c.5 e c. 5 *ter*; con una indennità corrispondente alla retribuzione, nei suoi elementi fissi e continuativi, spettante per il mese di settembre secondo il trattamento retributivo contrattualmente previsto.

5. Del pari, e per le stesse ragioni, è evidente che non sussistente l'indebito che il Ministero dell'Economia – Ragioneria Territoriale dello Stato di Perugia ha inteso recuperare, dovendosi riqualificare la domanda della ricorrente come tesa ad accertare l'inesistenza del credito da parte del datore di lavoro.

Si osserva, infatti, che tale provvedimento non può in questa sede essere annullato, esulando dai poteri della giurisdizione ordinaria siffatta tipologia di pronuncia, atteso che l'Autorità giudiziaria ordinaria, salvo i casi espressamente previsti dalla legge, non ha il potere di revocare gli atti dell'amministrazione, ma unicamente di disapplicarli ove i medesimi ostino all'esercizio di un diritto.

6. Da ultimo parte ricorrente ha chiesto la declaratoria di illegittimità del provvedimento con il quale è stata rigettata la richiesta di rientro anticipato in servizio.

Sostiene l'Amministrazione resistente che tale scelta fosse legittima dal momento il dipendente "deve" riprendere servizio al ricorrere di determinate condizioni – quali il decesso del familiare per il quale il congedo è stato richiesto, ricovero presso strutture ospedaliere a tempo pieno, interruzione del ricovero per necessità del disabile di recarsi fuori dalla struttura per fare visite e terapie appositamente dedicate,



ricovero a tempo pieno del disabile in stato vegetativo, il venir meno della convivenza – e che alcune di quelle indicate si erano concretamente verificate.

Deduce ancora che il congedo non può essere interrotto per ragioni che potrebbero giustificare una astensione dal lavoro, salvo malattie o maternità; deduce, infine, che nel caso in esame la docente era stata sostituita mediante la nomina di una docente in supplenza che sarebbe rimasto in servizio per tutta la durata della nomina “...mentre il titolare verrebbe messo a disposizione con conseguente danno all'erario in tutti i casi in cui venisse consentito il rientro in servizio in assenza dei presupposti richiesti dalla norma...”.

6.1. Orbene, e con la precisazione che anche in questa sede vale quanto sopra ricordato circa l'assenza di un potere di annullamento del provvedimento, non è dato ravvisare nelle disposizioni e nella casistica richiamata una preclusione alla ripresa del servizio laddove il dipendente ciò voglia e ciò chieda.

Ed infattila casistica sopra richiamata esula dalla presente fattispecie, disciplinando evidentemente le ipotesi in cui il lavoratore *deve* rientrare in servizio, essendo venute meno le ragioni che giustificavano l'assenza.

Ciò non toglie che, partendo dal presupposto della frazionabilità del congedo straordinario *ex* art.42, il lavoratore – e non è stato indicato un referente normativo ostativo a tale circostanza – non possa rientrare in servizio facendo espressa richiesta: naturalmente tale passaggio comporterà una formale interruzione – per scadenza del termine o, appunto, per revoca – del congedo, in disparte la possibilità di richiedere poi un nuovo periodo di congedo.

La successiva gestione del personale nominato in supplenza è questione, dunque, che esula dalla possibilità giuridica per il docente di riprendere servizio.

7. L'assoluta novità della questione, l'opinabilità delle questioni affrontate, l'assenza di precedenti giurisprudenziali sul punto, è ragione idonea a comportare la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale di Spoleto, in funzione di Giudice del Lavoro, definitivamente pronunciando sulla causa di cui in epigrafe

- **Accoglie** il ricorso e per l'effetto dichiara il diritto della sig.ra [REDACTED] aveva diritto a fruire del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42, c.5 e c. 5 *ter*, con una indennità corrispondente alla retribuzione, nei suoi elementi fissi e continuativi, spettante per il mese di settembre secondo il trattamento retributivo contrattualmente previsto;
- **Condanna** Il Ministero dell'Istruzione dell'Università e delle Ricerca a corrispondere la differenza tra l'indennità spettante ai sensi dell'art. 42, c. 5 e c. 5 *ter* e quella effettivamente percepita;
- **Dichiara** che la ricorrente nulla deve a titolo di indebito, quantificato in € 2.880,29 quali maggiori importi corrisposti per i mesi di settembre e ottobre 2014;



- **Dichiara** che è illegittimo il diniego al rientro anticipato in servizio della sig.ra [REDACTED] di cui alla nota prot. 1987/B3 del 31.03.2015;
- **Compensa** integralmente le spese di lite.

Spoletto, li 30 marzo 2016

Il Giudice
(dott. Luca Marzullo)

