

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE CIVILE DI UDINE

In funzione di giudice del lavoro, in persona del giudice Dott. Giuliano Berardi, ha pronunciato la presente

SENTENZA

nella causa civile in primo grado iscritta al n. 400/2011 R.L., vertente

TRA

A., rappresentato e difeso dall'Avv. X ed elettivamente domiciliato in Udine presso lo studio di quest'ultimo per mandato a margine del ricorso

RICORRENTE

E

AGENZIA DELLE DOGANE - Direzione Interregionale per il Veneto e il Friuli Venezia Giulia, in persona del direttore pro tempore, rappresentata e difesa dal Direttore interregionale pro tempore, Dr. Z, ed elettivamente domiciliata presso la propria sede in Trieste

RESISTENTE

OGGETTO: “accertamento del diritto a fruire del congedo per gravi motivi previsto dall'art. 42 del d. lgsl. 151/2001 congiuntamente ai permessi retribuiti previsti dall'art. 33 delle legge 104/92”

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Per il ricorrente: “nel merito: *contrariis reiectis*, accertare e dichiarare il diritto del lavoratore ad usufruire del congedo per gravi motivi previsto dall'art. 42 del d.lgs. 151/2001 e dei permessi retribuiti previsti dall'art. 33, comma 3 della l. 104/1992, potendo cumulare i due benefici nello stesso mese lavorativo; ricalcolare altresì i giorni di congedo già usufruiti da A.

dal mese di gennaio del 2010 e fino alla data della decisione della presente controversia e commutarli in giornate di permesso; spese di lite rifuse.”

Per l’Agenzia delle Dogane: “nel merito, in via principale, accertare e dichiarare l'impossibilità di cumulo del congedo per gravi motivi previsto dall'art. 42 del d.lgs n. 151/2001 e dei permessi retribuiti previsti dall'art. 33 comma 3 della legge n. 104/1992, rigettando integralmente, per le citate ragioni, il ricorso avverso, anche con riguardo alla richiesta di ricalcolare i giorni di congedo usufruiti da gennaio 2010, commutandoli in giorni di permesso retribuito; tutto ciò, con condanna al pagamento delle spese di lite.”

FATTO E DIRITTO

Con ricorso ai sensi degli artt. 414 e segg. c.p.c. depositato il 16/3/2011 e ritualmente notificato, A., funzionario di III area alle dipendenze della Agenzia delle Dogane addetto alla sede di Udine, premesso di dover prestare assistenza al padre ed alla madre conviventi, entrambi invalidi con totale e permanente invalidità lavorativa ed in condizione di disabilità grave ai sensi dell'art. 3 della legge n. 104/92, chiedeva accertarsi il diritto a cumulare i tre giorni mensili di permesso retribuito spettanti ai sensi dell'art. 33 comma 3 della legge n. 104/92 con il congedo per gravi motivi previsto dall'art. 42 comma 5 del d.lgs. n. 151/2001, concessogli con determinazione n. 2/2010 della Direzione Regionale per il Friuli Venezia Giulia e fruito in modalità frazionata con decorrenza dal gennaio 2010.

Esponendo che, con nota n. 11449/RU del 26.03.2010, l'Ufficio delle Dogane di Udine gli aveva comunicato l'impossibilità di usufruire del cumulo e che aveva pertanto dovuto presentare una richiesta di commutazione dei nove giorni di permesso retribuito sino ad allora goduti in altrettanti giorni di

congedo straordinario di cui all'art. 42 comma 5 del d.lgs. n. 151/2001; che, tuttavia, tale richiesta era illegittima, in quanto il divieto di fruizione congiunta dei due benefici contenuto nell'art. 42 comma 5 del d.lgs. n. 151/2001 doveva ritenersi limitato ai soli giorni di effettivo utilizzo dei giorni di permesso retribuito ex art. 33 comma 3 della legge n. 104/92, e non anche ai restanti giorni dello stesso mese di riferimento.

Richiamava, in tal senso, il contenuto della circolare INPS del 29 aprile 2008 n. 53, pertinente al caso di specie, avendo fruito del periodo di congedo straordinario in modo non continuativo, ma frazionato in giorni interi.

Si costituiva L'Agenzia Delle Dogane - Direzione Interregionale per il Veneto e il Friuli Venezia Giulia, confermando che, con la citata nota del 26.03.2010 aveva comunicato l'impossibilità di usufruire del cumulo e richiamava, in senso contrario all'accoglimento delle richieste del ricorrente, l'orientamento espresso dal Dipartimento della Funzione Pubblica con il parere n. 1/07 del 6.02.2007 ed il divieto di cumulo tra i due benefici previsto, durante il periodo di congedo, da parte del comma 5, ultimo capoverso, dell'art. 42 del d.lgs. n. 151/2001.

Radicatosi il contraddittorio, in esito all'odierna discussione, veniva successivamente emessa, sulle epigrafate conclusioni e sulla scorta delle seguenti considerazioni, la presente sentenza, della quale veniva resa pubblica e contestuale lettura.

* * *

Il comma 5, ultimo capoverso, dell'art. 42 del d.lgs. n. 151/2001, nel testo vigente all'epoca dei fatti oggetto di causa, stabiliva: *“Il congedo fruito ai sensi del presente comma alternativamente da entrambi i genitori non può*

superare la durata complessiva di due anni; durante il periodo di congedo, entrambi i genitori non possono fruire dei benefici di cui all'articolo 33, comma 1, del presente testo unico e all'articolo 33, commi 2 e 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, fatte salve le disposizioni di cui ai commi 5 e 6 del medesimo articolo”.

Nella vigenza di tale norma, si era posto un problema interpretativo relativamente alla definizione della portata temporale del divieto di cumulo nonché in ordine all'esatto significato da attribuire all'espressione “*periodo di congedo*”, in particolare nel caso di fruizione non continuativa del congedo straordinario, ma bensì frazionata in giorni interi.

Secondo il parere n. 1/07 espresso dal Dipartimento della Funzione Pubblica in data 6 febbraio 2007, riguardante i “*benefici spettanti... ai sensi dell’art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001*” l’utilizzo del congedo previsto dall’art. 42 comma 5 cit. in maniera frazionata doveva ritenersi preclusivo della possibilità di usufruire, nello stesso mese, dei permessi retribuiti previsti dall’art. 33, comma 3 della legge n. 104 del 1992, essendo identica la finalità sottesa alla concessione dei due benefici, e dovendo l’espressione “*periodo di congedo*” riferirsi alla medesima base mensile nel cui ambito erano stati fruiti i tre giorni di permesso previsti dall’art. 33, comma 3 della legge n. 104 del 1992.

Viceversa, secondo quanto esposto nella circolare INPS successivamente diramata il 29 aprile 2008 n. 53, recante “*nuove disposizioni in materia di diritto alla fruizione dei permessi di cui all’articolo 33 della legge n.104/92*”, il divieto previsto dall’art. 42 comma 5 del d.lgs. n. 151/2001 doveva ritenersi riferibile al solo caso in cui si richiedevano, per lo stesso disabile, i due benefici nelle stesse giornate e non anche al caso della

fruizione nello stesso mese, ma in giornate diverse, sussistendo, con ciò, la possibilità di cumulare, nello stesso mese, periodi di congedo straordinario e permessi di cui all'art. 33 della legge 104/92, in ragione del fatto che *“tale interpretazione... non sembra causare alcun onere economico aggiuntivo, comportando esclusivamente un'anticipazione dell'esercizio del diritto al congedo straordinario fruibile, comunque, per un massimo complessivo, tra tutti gli aventi diritto, di due anni per ogni soggetto in condizione di handicap grave”*.

Ciò premesso, deve rilevarsi come tale seconda opzione interpretativa sia stata successivamente accreditata dal medesimo legislatore, atteso che, con l'art. 4 comma 1 lett. b) del d.lgs. n. 119/2011 è stato riformulato l'art. 42 del d.lgs. n. 151/2001 ed introdotto il comma 5 bis nel quale, a modifica della statuizione secondo la quale *“durante il periodo di congedo, entrambi i genitori non possono fruire dei benefici di cui all'articolo 33, comma 1, del presente testo unico e all'articolo 33, commi 2 e 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104”* si stabilisce che *“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”*.

Ciò posto, essendo rimasta sostanzialmente invariata sia la disciplina sostanziale che la *ratio legis* dei benefici previsti dall'art. 42 del d.lgs. n. 151/2001, ed essendo la scelta operata dal legislatore a ben vedere corrispondente ad uno dei significati già in precedenza astrattamente attribuibili alla disposizione in oggetto, non pare potersi riconoscere alla

nuova disposizione una portata realmente innovativa, apparendo pertanto preferibile ritenere la portata interpretativa della nuova norma, come - cioè - rivolta a precisare l'espressione "*periodo di congedo*", circoscrivendo il divieto di cumulo agli "*stessi giorni*" di effettiva fruizione dei permessi di cui all'art. 33, comma 3 della legge n. 104 1992.

Ne discende che la tesi prospettata dall'Amministrazione resistente non possa ritenersi condivisibile, dovendo essere viceversa accertata, a margine delle considerazioni che precedono, l'astratta possibilità del cumulo del congedo per gravi motivi previsto dall'art. 42 comma 5 del d.lgs. 151/2001 con i permessi retribuiti previsti dall'art. 33, comma 3 della l. 104/1992 anche nell'ambito dello stesso mese lavorativo.

Va tuttavia precisato, anche in ordine alla domanda volta ad ottenere il ricalcolo dei giorni di congedo usufruiti dal ricorrente sin dal gennaio del 2010 ed alla loro commutazione in giornate di permesso che - secondo quanto condivisibilmente affermato nella circolare INPS dell'11 luglio 2003 n. 128 in materia di "*Permessi ai sensi della legge 104/92, Disposizioni varie*" (punto 3) in ordine alla concreta operatività del cumulo nello stesso mese di permessi lavorativi e congedo straordinario retribuito - i giorni di permesso astrattamente spettanti ai sensi dell'art. 33 comma 3 della legge n. 104/92 devono essere in tal caso riparametrati sulla base dei giorni effettivamente lavorati.

Più in particolare, "*In caso di assistenza a un portatore di handicap per periodi inferiori a un mese vanno proporzionalmente ridimensionati i 3 giorni di permesso ai sensi della legge 104 spettanti al richiedente. Tale criterio scaturisce da orientamenti Ministeriali secondo cui, quando l'assistenza alla persona handicappata non viene prestata abitualmente,*

per ogni 10 giorni di assistenza continuativa, spetta al richiedente un giorno di permesso ex lege 104. L'applicazione del criterio in questione comporta pertanto che quando l'assistenza sia inferiore a 10 giorni continuativi non dà diritto a nessuna giornata o frazione di essa. Anche per i periodi superiori a 10 giorni (es.: 19) ma inferiori a 20 spetterà un solo giorno di permesso.”

Ne discende che la domanda in oggetto, così come concretamente proposta, non possa trovare accoglimento, stante la necessità di riparametrare i giorni di permesso ottenibili mensilmente sulla base del criterio sopra indicato e considerato altresì che il ricorrente non ha allegato il numero esatto di giorni di congedo per gravi motivi mensilmente fruiti.

Quanto al regolamento delle spese, la rilevante complessità e novità delle questioni trattate, l'esistenza di diversi contrapposti orientamenti interpretativi e la reciproca soccombenza giustificano pienamente la integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P. Q. M.

Il Tribunale di Udine in funzione di Giudice del Lavoro, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza, eccezione e deduzione disattesa e reietta, così provvede:

- 1) Accerta, nei termini indicati in motivazione, la possibilità del cumulo tra il congedo per gravi motivi previsto dall'art. 42 comma 5 del d.lgs. 151/2001 ed i permessi retribuiti previsti dall'art. 33, comma 3 della l. 104/1992 anche nell'ambito dello stesso mese lavorativo;
- 2) Rigetta ogni altra domanda;
- 2) Dichiara integralmente compensate tra le parti le spese del giudizio;

Così deciso in Udine, lì 19 settembre 2012

IL GIUDICE

Dott. Giuliano Berardi