



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI CREMONA**

in persona del Giudice del Lavoro ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al **N.** ; **R.G.** promossa da:

D (C.F.), con il patrocinio dell'avv. NOSTRO
ALESSANDRO ATTORE

contro

A (C.F. l), con il patrocinio dell'AVVOCATURA
DISTRETTUALE DELLO STATO DI BRESCIA CONVENUTA

e contro

MINISTERO (C.F.), con il
patrocinio dell'AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI BRESCIA CONVENUTO

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con ricorso iscritto a ruolo il 24.09.2018 il dott. (di seguito l'attore per
brevità) ha convenuto in giudizio l'A - alle cui dipendenze egli presta
servizio dal 5.05.2014 - e il Ministero

L'attore ha chiesto di annullare e/o revocare l'ingiunzione di pagamento della somma di €
33.067,80 lordi a egli notificata il 3.09.2018 ¹ emessa dalla
per competenze indebitamente percepite dall'1.02.2017 al
30.04.2018.

I fatti che hanno portato all'ingiunzione di pagamento sono i seguenti.

¹ Il documento è stato prodotto in copia dall'A (doc. 11), tuttavia dalla copia prodotta non si ricava né il numero di protocollo (informatico) né la data di emissione dell'atto; unico dato certo è che la partita di spesa fissa è stata iscritta al n.

Nel periodo che va dall'1.02.2017 al 30.04.2018 l'attore ha beneficiato di un congedo straordinario retribuito per assistere la propria madre, affetta da handicap con connotazione di gravità ai sensi dell'art. 3, comma 3, della Legge 104/1992.

L'attore ha chiesto e ottenuto il congedo straordinario retribuito in applicazione dell'art. 42, comma 5, del D.L.vo 26.03.2001, n. 151 a norma del quale:

"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."

Nella domanda di congedo straordinario retribuito l'attore ha dichiarato di essere figlio convivente che entrambi erano residenti in Napoli, via Del Parco Grifeo n. 7.

Con atto dispositivo prot. n. 18334 del 10.04.2018 l'A ha disposto la conversione del congedo straordinario *retribuito* originariamente concesso all'attore in congedo *non retribuito* disciplinato dall'art. 4 della Legge 8.03.2020, n. 53 per la durata complessiva di 515 giorni a partire dall'1.02.2017 e fino al 30.06.2018 (doc. 2 dell'attore).

L'A ha effettuato la suddetta conversione del congedo (da retribuito a non retribuito), in quanto ha ritenuto che mancasse il requisito legislativo (del congedo straordinario retribuito) della *convivenza* tra l'attore e la madre in epoca anteriore alla fruizione del congedo medesimo; in particolare, l'A ha evidenziato che l'attore fino all'1.02.2017 (data di inizio del congedo straordinario retribuito) pur essendo formalmente residente a Napoli al medesimo indirizzo della madre aveva, in realtà, prestato servizio effettivo presso la Cremona, di modo che attesa la distanza geografica tra le due città doveva presumersi l'insussistenza – prima

della fruizione del congedo straordinario retribuito – di una situazione di coabitazione effettiva tra l'attore e la madre.

Da qui la richiesta rivolta all'attore di restituire la somma di € 33.067,80 lordi indebitamente percepita dall'1.02.2017 al 30.04.2018 a titolo di indennità per congedo straordinario ex art 42, comma 5, del D.L.vo 151/2001.

Va preliminarmente dichiarato il difetto di legittimazione passiva del Ministero _____, in quanto – come rappresentato dall'Avvocatura dello Stato – esso è un mero ordinatore secondario di spesa, mentre l'ordinatore primario di spesa è l'Agenzia delle Entrate, il datore di lavoro dell'attore che ha disposto la conversione del congedo straordinario da retribuito a non retribuito così dando luogo alla richiesta – formulata all'attore dalla _____ – Cremona – di restituzione della somma di € 33.067,80 lordi.

Nel merito, si osserva che successivamente all'iscrizione a ruolo di questa causa la Corte Costituzionale con sentenza 7.11.2018, n. 232 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, del D.L.vo 151/2001 *"nella parte in cui non include nel novero dei soggetti legittimati a fruire del congedo straordinario retribuito ivi previsto, e alle condizioni stabilite dalla legge, **il figlio che, al momento della presentazione della richiesta del congedo, ancora non conviva con il genitore in situazione di disabilità grave, ma che tale convivenza successivamente instauri**, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti del coniuge convivente, del padre e della madre, anche adottivi, dei figli conviventi, dei fratelli e delle sorelle conviventi, dei parenti o affini entro il terzo grado conviventi, legittimati a richiedere il beneficio in via prioritaria secondo l'ordine determinato dalla legge."*

La Corte Costituzionale ha così argomentato la propria decisione:

"Nell'estendere il congedo straordinario oltre l'originaria cerchia dei genitori, il legislatore ha attribuito rilievo esclusivo alla preesistente convivenza con il disabile, al fine di salvaguardare quella continuità di relazioni affettive e di assistenza che trae origine da una convivenza già in atto. La convivenza non si esaurisce in un dato meramente formale e anagrafico, ma esprime, nella quotidiana condivisione dei bisogni e del percorso di vita, una relazione di affetto e di cura."

Tale presupposto, ispirato a una finalità di preminente tutela del disabile, rischia nondimeno, per una sorta di eterogenesi dei fini, di pregiudicarlo, quando manchino i familiari conviventi indicati in via prioritaria dalla legge e vi sia solo un figlio, all'origine non convivente, pronto a impegnarsi per prestare la necessaria assistenza.

In questa specifica circostanza, l'ancoraggio esclusivo al criterio della convivenza finisce con il vanificare la finalità del congedo straordinario. Quest'ultimo mira a colmare le lacune di tutela e a far fronte «alle emergenti situazioni di bisogno e alla crescente richiesta di cura che origina, tra l'altro, dai cambiamenti demografici in atto», in particolare, a «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» (sentenza n. 203 del 2013, punto 3.4. del Considerato in diritto).

Un criterio selettivo così congegnato compromette il diritto del disabile di ricevere la cura necessaria dentro la famiglia, proprio quando si venga a creare una tale lacuna di tutela e il disabile possa confidare - come extrema ratio - soltanto sull'assistenza assicurata da un figlio ancora non convivente al momento della richiesta di congedo.

Tali situazioni sono ugualmente meritevoli di adeguata protezione, poiché riflettono i mutamenti intervenuti nei rapporti personali e le trasformazioni che investono la famiglia, non sempre tenuta insieme da un rapporto di prossimità quotidiana, ma non per questo meno solida nel suo impianto solidaristico. Può dunque accadere che la convivenza si ristabilisca in occasione di eventi che richiedono la vicinanza - in questo caso fra padre e figlio - quale presupposto per elargire la cura al disabile. Il ricomporsi del nucleo familiare si caratterizza in questi casi per un ancor più accentuato vincolo affettivo.

Il requisito della convivenza ex ante, inteso come criterio prioritario per l'identificazione dei beneficiari del congedo, si rivela idoneo a garantire, in linea tendenziale, il miglior interesse del disabile. Tale presupposto, tuttavia, non può assurgere a criterio indefettibile ed esclusivo, così da precludere al figlio, che intende convivere ex post, di adempiere in via sussidiaria e residuale i doveri di cura e di assistenza, anche quando nessun altro familiare convivente, pur di grado più lontano, possa farsene carico."

Per quanto attiene all'efficacia di tale pronuncia nel presente giudizio, si richiamano l'art. 136 Cost. (*"quando la Corte dichiara la illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione"*), l'art. 30, comma 3, della Legge 87/1953 (*"le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione"*) e la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione secondo cui le pronunce di illegittimità costituzionale *"hanno effetto retroattivo, inficiando fin dall'origine la validità e la efficacia della norma dichiarata contraria alla Costituzione, salvo il limite delle situazioni giuridiche "consolidate" per effetto di eventi che l'ordinamento giuridico riconosce idonei a produrre tale effetto, quali le sentenze passate in giudicato, l'atto amministrativo non più impugnabile, la prescrizione e la decadenza."* (Cass. 28.07.1997, n. 7057).

Dunque nel caso di specie l'attore aveva diritto a fruire del congedo straordinario di cui all'art. 42, comma 5, del D.L.vo 151/2002 ancorché alla data di presentazione della domanda di congedo egli non fosse ancora effettivamente convivente con la madre; unico dato rilevante era l'assenza di altri familiari già conviventi con la madre dell'attore in grado di prestarle assistenza; tale assenza non è mai stata contestata dall'A

ed è stata provata con documenti dall'attore in questo giudizio; in particolare, egli ha prodotto (su richiesta del Giudice) lo stato di famiglia storico della madre [] da cui risulta che alla data del 12.12.2016 (data in cui l'attore ha presentato all'A [] la domanda di congedo straordinario retribuito) il nucleo familiare della signora [] era composto dall'attore e da sua sorella, [] e ha, altresì, documentato che quest'ultima non era in grado di prendersi cura della madre, in quanto a sua volta portatrice di handicap con connotazione di gravità per Sindrome di Down (vedi il verbale della Commissione Medica prodotto dall'attore sub doc. 11).

Per tutto quanto finora esposto, si dichiara il diritto dell'attore a fruire del congedo straordinario retribuito di cui all'art. 42, comma 5, del D.L.vo 151/2001 per il periodo dall'1.02.2017 al 30.04.2018 e conseguentemente si dichiara l'illegittimità dell'ingiunzione di pagamento della somma di € 33.067,80 lordi emessa dalla

– Cremona nei confronti dell'attore per competenze indebitamente percepite dall'1.02.2017 al 30.04.2018.

Le spese processuali tra l'attore e il Ministero vengono integralmente compensate.

Le spese processuali tra l'attore e l'A vengono compensate per metà, in quanto l'attore risulta vittorioso per fatti sopravvenuti all'instaurazione del giudizio (pronuncia della sentenza n. 232/18 della Corte Costituzionale), mentre la metà restante, liquidata in dispositivo, viene posta a carico dell'A .

Sul punto si osserva che l'A : ha insistito nelle proprie posizioni anche dopo il deposito della sentenza n. 232/2018 della Corte Costituzionale (avvenuto il 7.12.2018 ossia prima della costituzione in giudizio dell'A), da ultimo, all'udienza di discussione della causa del 7.07.2020 ove il difensore dell'attore ha dichiarato la disponibilità di costui a rinunciare alle spese processuali in cambio dell'annullamento in autotutela del provvedimento impugnato.

P.Q.M.

dichiara il difetto di legittimazione passiva del Ministero ;
dichiara l'illegittimità dell'ingiunzione di pagamento della somma di € 33.067,80 lordi emessa dalla – Cremona nei confronti di per competenze indebitamente percepite dall'1.02.2017 al 30.04.2018;
compensa per intero le spese processuali tra l'attore e il Ministero ;
compensa per metà le spese processuali tra l'attore e l'A e condanna l'A a rimborsare all'attore la metà restante che liquida in € 1.700,00 oltre rimborso forfettario del 15%, I.V.A. e C.P.A.

Cremona, 7 luglio 2020

Il Giudice del Lavoro