

Istanza di congedo per cure ai sensi dell'art. 7 (congedo per cure per gli invalidi) del D.Lgs. n. 119/2011".

(Risposta a quesito del 19 novembre 2014)

Il Consiglio superiore della magistratura, nella seduta del 19 novembre 2014, ha adottato la seguente delibera:

- vista la nota pervenuta in data 26 novembre 2013, prot. CSM 70219/2013 dal Presidente della Corte di appello di ... avente ad oggetto: "Dott. ..., consigliere della sezione lavoro in servizio presso la Corte di appello di Istanza di congedo per cure ai sensi dell'art. 7 (congedo per cure per gli invalidi) del D.Lgs. n. 119/2011";

- letto il parere dell'Ufficio studi sulla possibilità di autorizzare il congedo previsto dall'art. 7 del D.Lgs. n. 119/11,

osserva

1. Premessa.

Il 19 novembre 2013 il Presidente della Corte di appello di ... ha comunicato al Consiglio superiore della magistratura di avere concesso al dott. ..., Consigliere della Sezione Lavoro di quell'ufficio giudiziario, in accoglimento dell'istanza del predetto magistrato, un periodo di congedo per cure per gli invalidi dal 18 novembre al 14 dicembre 2013, ai sensi dell'art. 7 del D.Lgs. 119/2011.

Contestualmente, il Presidente della Corte di appello ... ha chiesto al Consiglio superiore della magistratura "la eventuale deliberazione del periodo concesso", ovvero, deve ragionevolmente inferirsi, la conferma, da parte dell'Organo di governo autonomo, della correttezza della decisione assunta a fronte dell'istanza del magistrato interessato.

La Quarta Commissione ha investito della questione l'Ufficio studi, cui ha chiesto di esprimere parere in ordine alla possibilità di autorizzare, in favore di magistrati ordinari, il congedo "per cure termali", ai sensi dell'art. 7 del D.Lgs. n. 119/2011, fattispecie sulla quale il C.S.M. non ha, allo stato, assunto alcuna determinazione.

In via preliminare ha osservato che nella fattispecie non viene in rilievo la questione afferente alla concessione di congedo straordinario per "cure termali".

Da un canto, invero, va considerato che l'art. 119 del D.Lgs. 119/2011 fa salvo, in esordio, "quanto previsto dall'art. 3, comma 42, della legge 24 dicembre 1993, n. 537", disposizione che ha eliminato la possibilità per i dipendenti delle Amministrazioni Pubbliche di essere collocati in congedo straordinario oppure in aspettativa per infermità per attendere alle cure termali, elioterapiche, climatiche e psammoterapiche.

Se a ciò si aggiunge che, nel caso dal quale ha tratto origine la richiesta di parere, il magistrato istante ha esibito documentazione attestante la necessità di essere sottoposto, presso un centro specializzato, a terapia (*omissis*), è agevole concludere nel senso che il riferimento alle cure termali è frutto di involontario refuso.

2. La normativa sostituita dall'art. 7 del D.Lgs. 119/2011 e la sua applicabilità ai magistrati ordinari.

L'art. 7 del D.Lgs. 119/2011, intitolato "Congedo per cure per gli invalidi", fa parte di un decreto introdotto in 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", ed è volto a riempire lo spazio prima occupato dagli istituti disciplinati dal combinato disposto degli artt. 26 della legge 30 marzo 1971, n. 118, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 30 gennaio 1971, n. 5, e 10 del decreto legislativo 23 novembre 1988, n. 509, che sono stati contestualmente abrogati ai sensi del comma 4 del citato art. 7.

La genesi dell'istituto consiglia, dunque, di prendere le mosse da quelli che esso è destinato a sostituire, della cui applicabilità al personale di magistratura si è, in passato, discusso, per poi verificare se ed in quale misura gli approdi *illo tempore* raggiunti possano essere mutuati in relazione alla fattispecie di nuovo conio.

Nella sua versione originaria, l'art 26 della L. 30 marzo 1971, n. 118, rubricato "Congedo per cure", prevedeva che "Ai lavoratori mutilati e invalidi civili cui sia stata riconosciuta una riduzione della capacità lavorativa inferiore ai due terzi può essere concesso ogni anno un congedo straordinario per cure non superiore a trenta giorni, su loro richiesta e previa autorizzazione del medico provinciale".

Il comma 2, comma secondo, di tale legge specificava che “Agli effetti della presente legge, si considerano mutilati ed invalidi civili i cittadini affetti da minorazioni congenite o acquisite, anche a carattere progressivo, compresi gli irregolari psichici per oligofrenie di carattere organico o dismetabolico, insufficienze mentali derivanti da difetti sensoriali e funzionali che abbiano subito una riduzione permanente della capacità lavorativa non inferiore a un terzo o, se minori di anni 18, che abbiano difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie della loro età”.

Su tale norma è intervenuto l’art. 30, comma 2, secondo alinea, della L. 8 novembre 2000, n. 328 - testo che, all’art. 24, conteneva la “Delega al Governo per il riordino degli emolumenti derivanti da invalidità civile, cecità e sordomutismo” - secondo cui “Alla data di entrata in vigore del decreto legislativo di cui all’art. 24 sono abrogate le disposizioni sugli emolumenti economici previste dalle leggi ... 30 marzo 1971, n. 118 ... e successive modificazioni”.

La delega prevista da tale norma non risulta essere stata esercitata e, anzi, è stata ribadita dall’art. 6 della L. del 6 luglio 2002, n. 137 (in G.U. n. 158 dell’ 8 luglio 2002), recante “Delega per la riforma dell’organizzazione del Governo e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, nonché di enti pubblici”, il quale recita che “Il Governo è delegato ad adottare, entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, nel rispetto delle competenze costituzionali delle regioni, uno o più decreti legislativi, ai sensi dell’articolo 24 della legge 8 novembre 2000, n. 328, secondo le procedure, i principi e i criteri direttivi contenuti nel citato articolo ...”. Anche quest’ultima delega non risulta, però, allo stato essere stata esercitata.

Ancor prima, comunque, di dette modifiche è intervenuto l’art. 10 del D.Lgs. 23 novembre 1988, n. 509 (in Gazz. Uff. 26 novembre, n. 278) 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”, secondo il quale “Il congedo per cure previsto dall’articolo 26 della legge 30 marzo 1971, n. 118, può essere concesso ai lavoratori mutilati ed invalidi ai quali sia stata riconosciuta una riduzione della attitudine lavorativa superiore al 50 per cento, sempreché le cure siano connesse alla infermità invalidante riconosciuta”.

Il tema dell’applicabilità dell’istituto ai magistrati ordinari è stato esaminato dall’Ufficio Studi nella relazione n. 287/2007, resa su richiesta della Quarta Commissione referente a seguito della proposizione di specifico quesito da parte del Ministro della giustizia, nella quale si è ritenuto che esso - sicuramente riferibile agli impiegati civili dello Stato e sussumibile nell’ambito applicativo dell’art. 37, comma 1, D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 - potrebbe applicarsi ai magistrati ordinari solo qualora si prescegliesse un’interpretazione strettamente letterale dell’art. 276, comma 3°, O.G., in quanto non direttamente contrario alle norme di Ordinamento giudiziario, mentre ad opposte conclusioni dovrebbe, invece, giungersi ove si privilegiasse un’interpretazione sistematica di detto art. 276, comma 3, O.G., atteso, in specie, che in tal caso emergerebbe la difficile coesistenza del congedo straordinario con l’istituto della dispensa del magistrato dal servizio per infermità¹.

¹ “Stabilita l’applicabilità dell’istituto agli impiegati civili dello Stato, occorre a questo punto, verificarne l’applicabilità ai magistrati ordinari.

Orbene, al riguardo, la norma di riferimento non può che essere costituita dall’art. 276, 3° comma, dell’Ordinamento giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12) che subordina l’applicabilità ai magistrati delle disposizioni generali relative agli impiegati civili dello Stato al fatto che esse non siano “contrarie al presente ordinamento e ai relativi regolamenti”. La norma boccia espressamente solo gli istituti generali che siano “contrari” alle norme di Ordinamento giudiziario. A tal proposito, tuttavia, ci si trova dinanzi ad un bivio interpretativo: da un lato un’interpretazione in senso stretto del concetto di contrarietà alle norme di Ordinamento giudiziario, dall’altro un’esegesi più elastica, tale cioè da fare rientrare nell’ambito applicativo della contrarietà in questione quegli istituti recanti caratteristiche talmente eterogenee da porsi quantomeno in condizione di sostanziale incompatibilità con le categorie giuridiche applicabili allo status dei magistrati ordinari. Non si tratta, in questo caso, di un’interpretazione in malam partem, ma piuttosto di una lettura che va alla ricerca della maggiore coerenza sistematica possibile.

Ciò posto, certamente costituisce un dato fermo che per i magistrati esista, per il caso specifico della malattia invalidante, anche non scaturita da causa di servizio, l’istituto della dispensa di cui all’art. 3 del R.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511. Quest’ultima è prevista, infatti, per i casi in cui il magistrato “per qualsiasi infermità, giudicata permanente, o per sopravvenuta inettitudine” non possa “adempiere convenientemente ed efficacemente ai doveri del proprio ufficio”. Qualora l’infermità abbia carattere temporaneo è possibile il collocamento di ufficio in aspettativa “fino al termine massimo consentito dalla legge”.

Decorso tale termine, se il magistrato non si trovi in condizioni di essere richiamato dall’aspettativa, scatta la dispensa dal servizio.

Non sono mancate, nel corso degli anni, delibere di dispensa riguardanti i magistrati ordinari originate da cattive condizioni di salute sopravvenute.

L'Ufficio studi, dunque, nel parere richiamato, ha prospettato una duplice soluzione al problema sottopostogli ma evidenziato, nella sostanza, la maggiore coerenza sistematica della lettura che conduce a ritenere l'istituto del congedo per cure non estensibile ai magistrati per la sua non armonica sovrapposizione con quello della dispensa ex art. 3 del R.D.L. n. 511/1946.

Tale conclusione non è stata, tuttavia, condivisa dal C.S.M. che, nella risposta al quesito formulato dal Ministro della giustizia (delibera dell'Assemblea plenaria del 17 gennaio 2008, allegata al presente parere), ha osservato che la dispensa, o comunque l'aspettativa che la precede, ed il congedo straordinario per cure si fondano su presupposti eterogenei - la dispensa essendo integrata dalle ipotesi di invalidità permanente che non consenta al magistrato di lavorare efficacemente, laddove il congedo postula la riduzione dell'attitudine lavorativa superiore al 50% - e, pertanto, si pongono in una relazione di reciproca complementarietà che non osta all'autonoma applicabilità del congedo straordinario per cure disciplinato dal combinato disposto delle leggi del 1971 e del 1988.

3. Il congedo ex art. 7 del D.L.gs n. 119/2011 e la sua applicabilità ai magistrati ordinari.

Il legislatore del 2011, chiamato ad attuare la delega finalizzata al riordino complessivo della normativa in materia di congedi, aspettative e permessi, ha operato, attraverso l'art. 7, la sostituzione della disciplina risultante dagli interventi del 1971 e del 1988, onde appare logico verificare preliminarmente se, ed in quale misura, quella con riferimento alla quale è reso il presente parere sia omogenea rispetto a quella abrogata.

Il primo comma dell'art. 7 appare, a grandi linee, coerente con l'art. 26 della legge n. 118/1971 (nel testo coordinato con la novella del 1988), in quanto, come quello, enuclea un congedo per cure per un periodo non superiore a trenta giorni riservato ai lavoratori mutilati e invalidi civili cui sia stata riconosciuta una riduzione della capacità lavorativa superiore al cinquanta per cento.

Il problema si sposta sul versante della valutazione di una reale compatibilità tra l'istituto della dispensa, o comunque dell'aspettativa che la precede, e del congedo straordinario per cure. Adottando l'esegesi ampia sopra riferita, e cioè assimilando il concetto di contrarietà a quello di compatibilità con le norme di Ordinamento giudiziario, l'istituto che ci occupa sembra effettivamente non poter trovare spazio nel panorama ordinamentale giudiziario, proprio ai sensi dell'art. 276, comma 3°, O.G., in quanto la norma sulla dispensa detta una scansione di eventi che sembra non lasciare alternative al riguardo. All'insorgere della malattia, infatti, intesa come "qualsiasi infermità, giudicata permanente" scatta il collocamento di ufficio in aspettativa "fino al termine massimo consentito dalla legge", dopodiché, se il magistrato non si trovi nelle condizioni di tornare a lavorare, si impone la dispensa dal servizio. Il susseguirsi di tali circostanze non permette di trovare una reale autonomia, per i magistrati, ancorché - come si è visto - lo stesso non possa dirsi per gli impiegati civili dello Stato, all'istituto del congedo straordinario per cure.

Ed anzi è francamente agevole ritenere che quest'ultimo si articoli su un presupposto, quale è quello della riduzione della attitudine lavorativa superiore al 50 per cento, il quale ben può rientrare nel parametro più generale della dispensa, costituito da "qualsiasi infermità, giudicata permanente" che non permetta al magistrato di poter "adempiere convenientemente ed efficacemente ai doveri del proprio ufficio". Sicché, nonostante la sua specificità, il presupposto del congedo straordinario per cure potrebbe anche essere letto come una species del genus "infermità permanente".

In tal senso non parrebbe quindi possibile ipotizzare un innesto del congedo per cure sul regime dell'aspettativa, nel senso cioè che il magistrato possa interrompere o sospendere l'aspettativa ricorrendo al congedo straordinario. Va, infatti, ricordato che l'aspettativa consiste in un provvedimento con il quale il dipendente pubblico è temporaneamente esonerato dall'obbligo di prestare servizio e che essa produce l'effetto di una sospensione dell'attività lavorativa. L'aspettativa, quindi, ha meri effetti sospensivi sul rapporto di servizio e pone il dipendente in una situazione che la legge considera di temporanea impossibilità allo svolgimento della prestazione lavorativa. Con essa cessa pertanto, sia pure in via transitoria, l'obbligo di svolgere attività lavorativa, mentre il rapporto di lavoro, in tutti gli altri suoi aspetti giuridicamente rilevanti, rimane fermo. Ciò posto, è del tutto evidente che l'innesto temporale del congedo straordinario sull'aspettativa determinerebbe una sorta di "sospensione ulteriore sulla sospensione preesistente", il che trasmoda francamente in qualcosa di artificioso e poco gestibile (oltre che per nulla proceduralizzato) finanche con riguardo alle relative competenze decisorie.

Ed allora non vi è chi non veda che, secondo detta impostazione, l'unica strada per riconoscere un autonomo spazio al congedo straordinario è quella di ignorare del tutto l'esistenza degli istituti dell'aspettativa per malattia e della dispensa, ritenendo che essi siano altra cosa, essendo basati su presupposti diversi ed eterogenei rispetto al congedo. Così argomentando si finirebbe per ragionare in termini di mera non contrarietà dell'istituto con le norme vigenti di Ordinamento giudiziario e non si affronterebbe, piuttosto, in maniera più sistematica, il nodo della sua compatibilità con queste ultime".

Le uniche novità afferiscono alla possibilità di frazionare, su base annua, il periodo di congedo ed all'espressa salvezza delle previsioni dell'art. 3, comma 42, della legge n. 537/1993, disposizione che, come sopra già chiarito, ha eliminato la possibilità per i dipendenti delle Amministrazioni Pubbliche, di essere collocati in congedo straordinario oppure in aspettativa per infermità per attendere alle cure termali, elioterapiche, climatiche e psammoterapiche (le quali, come per tutto il rimanente personale anche non invalido, vanno effettuate durante il periodo feriale o, in presenza di apposita certificazione attestante la necessità delle cure e la loro indifferibilità al periodo feriale, in regime di malattia).

In un caso e nell'altro si tratta di modifiche prive di portata innovativa, volte esclusivamente a meglio coordinare ed integrare il testo, nonché a chiarire eventuali dubbi interpretativi.

Il secondo comma dell'art. 7 è dedicato al procedimento, che scaturisce dall'istanza del lavoratore, che deve essere accompagnata da richiesta di medico appartenente ad una struttura sanitaria pubblica o convenzionata con il S.S.N., attestante la necessità della cura in relazione all'infermità invalidante riconosciuta, e vagliata dal datore di lavoro.

Anche detta previsione si pone in linea di continuità con quella abrogata, che prevedeva l'istanza di parte, la connessione tra le cure e l'infermità invalidante già riconosciuta, l'intervento di una struttura sanitaria pubblica, congegnato quale autorizzazione del medico provinciale, e la concessione da parte del datore di lavoro.

Il terzo comma è, infine, dedicato alla documentazione dell'avvenuta sottoposizione alle cure durante il congedo, che non rientra nel periodo di comporta ed è equiparato, quanto al trattamento economico, all'assenza per malattia.

In ordine a tale ultimo aspetto, il Presidente della Corte di appello di ... si è, peraltro, rivolto al Ministero della giustizia, competente in ordine ai profili di carattere prettamente economico, di fornire gli opportuni chiarimenti.

Conclusivamente, appare confermato che il legislatore delegato si è limitato a riproporre, in ossequio alle indicazioni tratte dalla legge-delega, un istituto modellato su quello preesistente, del quale ripete le caratteristiche essenziali, onde, in carenza di elementi che abbiano inciso in misura apprezzabile su natura, finalità, modalità di fruizione ed effetti, è ben possibile trasporre alla nuova regolamentazione le considerazioni illo tempore dedicate a quella previgente.

In proposito, le perplessità manifestate dall'Ufficio studi nel parere n. 287/2007 in ordine alla compatibilità, alla luce di un'interpretazione di sistema, tra il congedo straordinario per cure e la normativa di Ordinamento giudiziario, e specificamente la dispensa ex art. 3 del D.Lgs. n. 511/46 e l'aspettativa ad esso correlata, sfumano alla luce delle precisazioni svolte dal C.S.M. nella delibera del 17 gennaio 2008, il cui contenuto si palesa pienamente condivisibile.

Da un canto, infatti, l'aspettativa disciplinata dall'art. 3 della legge sulle guarentigie postula che il magistrato sia affetto da una infermità a carattere temporaneo che gli impedisce di adempiere convenientemente ed efficacemente ai doveri del proprio ufficio, mentre il congedo straordinario per cure è riservato al magistrato che sia affetto da patologia tale da ridurre la sua capacità lavorativa in misura superiore al 50%.

Nel primo caso, dunque, si ha riguardo all'impossibilità di svolgere la prestazione lavorativa in modo conveniente ed efficace, ovvero ad una condizione che non necessariamente è propria di chi si sia visto riconoscere una, pur consistente, riduzione permanente della capacità lavorativa.

Sotto questo profilo, è utile richiamare l'indirizzo giurisprudenziale, formatosi nel settore privato, secondo cui la sopravvenuta infermità permanente del lavoratore legittima l'estinzione del rapporto di lavoro solo in quanto renda definitivamente impossibile la prestazione lavorativa e manchi un apprezzabile interesse del datore di lavoro alle future attività lavorative (ridotte) del dipendente (Cass. 14/12/99 n. 10465; nello stesso senso cfr., più di recente, Cassazione, Sezione Lavoro, 2 luglio 2009, n. 15500).

Trasponendo il canone testé enunciato al settore di diretto interesse, appare evidente che nei confronti del magistrato della cui capacità lavorativa sia stata riconosciuta la forte riduzione sarà possibile attivare gli istituti - aspettativa e dispensa - contemplati dall'art. 3 del D.Lgs. n. 511/1946 solo in quanto gli sia preclusa la possibilità di garantire, comunque - cioè ad onta della menomazione, e magari previa adozione degli opportuni accorgimenti sul piano organizzativo - uno standard lavorativo adeguato.

Detta evenienza, seppure assai probabile, non appare necessariamente ed indefettibilmente connessa alla riduzione della capacità lavorativa generica, potendo invero ipotizzarsi la sussistenza di menomazioni che, sebbene altamente invalidanti, non impediscano lo svolgimento delle principali attività del magistrato, specie se adeguatamente assistito sotto il profilo sanitario e

logistico ed addetto a determinate funzioni, maggiormente compatibili con la minorazione fisica da lui patita.

Se a ciò si aggiunge che il congedo straordinario ex art. 7 si connota per la finalità terapeutica rispetto alla patologia invalidante, finalità che appare, invece, del tutto estranea all'aspettativa ex art. 3 del D.Lgs. n. 511/1946 che, al contrario, è incentrata sull'impossibilità di fornire una prestazione conveniente ed efficace (cioè, sul profilo oggettivo ed effettuale dell'utilità del servizio offerto piuttosto che su quello soggettivo del diritto alla salute), resta confermata la reciproca autonomia degli istituti che, come già sancito dal C.S.M. nella menzionata delibera del 17 gennaio 2008, mantengono autonomi spazi di operatività.

Alla luce delle considerazioni svolte, l'istituto del congedo straordinario per cure per invalidi previsto dall'art. 7 del D.Lgs. n. 119/2011 si applica anche ai magistrati ordinari.

Tanto premesso, il Consiglio

delibera

di rispondere che l'istituto del congedo straordinario per cure per invalidi previsto dall'art. 7 del D.Lgs. n. 119/2011 si applica anche ai magistrati ordinari.