



TRIBUNALE DI ROMA
SEZIONE II LAVORO
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Giudice, dott.ssa [redacted] all'esito della camera di consiglio del 06/06/2022 dà lettura della seguente

SENTENZA

nella controversia iscritta al n. 33410/2021 R.G.

TRA

[redacted] rappresentato e difeso dall'Avv. [redacted]
[redacted] per procura allegata al ricorso,

RICORRENTE

E

[redacted] in persona del legale
rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. [redacted]
per procura allegata alla memoria di costituzione,

RESISTENTE

OGGETTO: indennità *ex art 42*, comma 5, D.Lgs. n. 151/2001.

CONCLUSIONI: per le parti, come nei rispettivi scritti difensivi, nei verbali e nelle note di udienza.

FATTO E MOTIVI DELLA DECISIONE

Con atto di ricorso depositato in forma telematica il 10/12/2021 la parte ricorrente in epigrafe conveniva in giudizio la [redacted], esponendo di lavorare alle sue dipendenze dal 5/09/2016, con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, *full time*, con mansioni di guardia giurata, e di essere inquadrato nel IV livello del CCNL Vigilanza privata; di aver chiesto, in data 7/04/2020, di fruire del congedo straordinario di cui all'art. 4, comma 5, del D.lgs. 151/2001 per assistere la madre convivente e che la relativa istanza veniva accolta dall'Ente previdenziale competente.

Lamentava, tuttavia, che il datore di lavoro aveva applicato, per i periodi di congedo usufruito, una indennità minore di quella effettivamente dovuta, avendo errato nell'esatta determinazione della retribuzione di riferimento, precisando, altresì, che, quale retribuzione del mese precedente da prendere in considerazione doveva essere considerata l'intera retribuzione dovuta, comprensiva dei ratei di 13^a e 14^a mensilità.

Tanto premesso e rappresentato, parte ricorrente concludeva domandando l'accoglimento delle seguenti, testuali, conclusioni: *“accertare e dichiarare - che, il ricorrente lavora alle dipendenze dell'intestata società dal 5.9.2016, con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, fulltime, mansioni di guardia giurata, inquadramento al IV livello del CCNL Vigilanza privata e servizi fiduciari, applicato di fatto dalla convenuta e, comunque, applicabile ex art. 36 Cost. ed art. 2099 Cod. Civ. - che, in data 7 aprile 2020, ha chiesto di fruire, ai sensi dell'art. 42, comma 5, D.lgs n. 151/2011, del congedo straordinario previsto dalla menzionata normativa, avendo necessità di assistere la madre, con lui convivente, affetta da disabilità grave, accertata. - che, l'istanza è stata debitamente accolta dall'Ente previdenziale competente, che ne ha dato comunicazione anche alla società datrice di lavoro del ricorrente, autorizzando la stessa ad eseguire il conguaglio delle somme anticipate al ricorrente per il relativo beneficio; - che il ricorrente ha percepito un'indennità ex art. 42, comma 5 ter, D.Lgs n. 151/2001 determinata in misura inferiore a quella spettante, per erronea determinazione della stessa in ragione dell'ultima retribuzione effettivamente percepita dal ricorrente nel mese precedente la fruizione del beneficio e per omesso conteggio dei ratei delle mensilità aggiuntive. - che, il ricorrente ha diritto a percepire l'integrazione della indennità corrisposta nella esatta misura dovuta e, quindi, in relazione alla retribuzione spettante, comprensiva dei ratei di mensilità aggiuntive e, per l'effetto, condannare - la società convenuta e/o l'INPS, al pagamento in favore del ricorrente delle somme di euro 611,31 (euro seicentoundici/31) al netto INPS, come meglio evincibile dai conteggi in atti, o la diversa somma ritenuta di giustizia, quale importo dovuto e non corrisposto a titolo di indennità ex art. 42, comma 5 ter, L. 151/2001, salvo conguaglio con l'INPS; - al pagamento degli interessi legali e del danno da svalutazione monetaria su tutti gli importi dovuti, dal giorno della maturazione del diritto - al pagamento degli interessi sugli interessi dal giorno della proposizione della domanda giudiziale ai sensi dell'art. 1283 C.c. nonché al pagamento degli interessi moratori dalla data di notifica del ricorso introduttivo ex art. 429 Cpc ed art. 1284 del Codice Civile come modificato dal Decreto Legge n. 132 del 2014, convertito con Legge 10 novembre 2014 n. 162”*.

Ritualmente instaurato il contraddittorio, si costituiva in giudizio la convenuta [redacted], deducendo che l'ammontare dell'indennità di congedo era stata correttamente determinata avendo riguardo alla sola *“indennità corrispondente all'ultima retribuzione, con riferimento alle voci fisse e continuative del trattamento”*, come per legge,

esclusi pertanto gli emolumenti variabili della retribuzione e le mensilità supplementari, sicché concludeva per il rigetto del ricorso, con vittoria di spese.

La controversia veniva istruita mediante l'acquisizione della documentazione allegata agli scritti difensivi di entrambe le parti.

Autorizzato il deposito di note scritte e disposta contestualmente con decreto, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, lettera b), n. 7), del D.L. 125/2020, la sostituzione della odierna udienza di discussione con lo scambio di note scritte, a cagione della emergenza sanitaria nazionale per il rischio di contagio da Covid-19, lette le note di discussione depositate dalle parti, la controversia veniva assunta nella odierna camera di consiglio e decisa.

Così ricostruito l'iter procedimentale, nel merito, il ricorso non è fondato.

L'indennità per cui è causa è espressamente riconosciuta dall'art. 42 comma 5 *ter* del D.lgs. 151/2001, il quale prevede che:

“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”.

Il dato normativo è chiaro nel determinare la misura dell'indennità, la quale deve essere calcolata facendo riferimento all'ultima retribuzione percepita dal beneficiario, avuto riferimento alle sole voci fisse e continuative.

In tal senso, è noto che le voci fisse e continuative di cui si compone la retribuzione si sostanziano negli elementi retributivi che compongono la paga base, costituiti dal c.d. minimo tabellare determinato dalla contrattazione collettiva di riferimento, cui si aggiungono gli scatti di anzianità, l'indennità di contingenza, l'elemento distinto della retribuzione EDR ed il terzo elemento.

Sono, di contro, elementi variabili della retribuzione quelli occasionali o, ad esempio, riconosciuti solo in determinati periodi dell'anno, quali la 13^a e 14^a mensilità.

L'interpretazione letterale della normativa richiamata trova conferma nel comma 5 *quinquies* del medesimo articolo, il quale prevede espressamente che: *“Il periodo di cui al comma 5 non rileva ai fini della maturazione delle ferie,*

della tredicesima mensilità e del trattamento di fine rapporto. Per quanto non espressamente previsto dai commi 5, 5-bis, 5-ter e 5-quater si applicano le disposizioni dell'articolo 4, comma 2, della legge 8 marzo 2000, n. 53", sicché appare verosimile che se i ratei di 13^a e 14^a mensilità non maturano durante il periodo di congedo, essi non possano, altresì, essere presi in considerazione per la determinazione della relativa indennità.

Non rileva, di contro, l'interpretazione fornita dalla circolare INPS del 15/01/2007, invocata da parte ricorrente, in quanto emessa in un momento storico anteriore all'introduzione del comma 5 ter all'articolo 42, inserito solo dall'articolo 4, comma 1, lettera b), del D.Lgs. 119/2011, la quale, peraltro, erroneamente ricomprende nel calcolo anche elementi che la stessa parte ricorrente riconosce come elementi variabili della retribuzione e, pertanto, esclusi dal predetto calcolo, quali gratifiche, premi e indennità.

Nulla aggiungono le ulteriori circolari INPS allegata in atti, le quali fanno tutte riferimento alla sole voci fisse e continuative della retribuzione, senza specificare alcunché in merito al riconoscimento, nel calcolo dell'indennità, anche dei ratei delle mensilità aggiuntive.

A titolo esemplificativo, si rileva che la circolare del 20/02/2012 precisa che *"l'indennità deve essere corrisposta nella misura dell'ultima retribuzione percepita e cioè quella dell'ultimo mese di lavoro che precede il congedo con esclusione degli elementi variabili della retribuzione accessoria, che non abbiano cioè carattere fisso e continuativo"*.

Né è rilevante la circostanza secondo cui i ratei delle mensilità aggiuntive dovrebbero trovare spazio nell'indennità menzionata alla luce del *"rapporto di stretta e diretta correlazione di detto istituto con le finalità perseguite dalla L. 104/92"* ascrivendo il beneficio *de quo* fra *"gli interventi economici integrativi di sostegno alle famiglie che si fanno carico dell'assistenza della persona diversamente abile"*.

L'affinità di *ratio* non determina alcun automatismo nella quantificazione delle rispettive indennità, né può superare il dato normativo espresso.

Piuttosto, l'articolo 2, comma 3 ter, D.L. 324/1993 ha stabilito che, all'articolo 33, comma 3, della legge 104/1992, le parole *"hanno diritto a tre giorni di permesso mensile devono interpretarsi nel senso che il permesso mensile deve essere comunque retribuito"*.

La norma, nonostante di interpretazione autentica, ha omissa alcuna indicazione sulla quantificazione della retribuzione spettante per i permessi fruiti ex articolo 33 legge 104/1992, con la conseguenza che, in difetto di indicazione normativa, le circolari Inps intervenute in materia l'hanno interpretata nel senso di dover parametrare tale indennità a tutti gli elementi della retribuzione rientranti nel concetto di paga globale di fatto giornaliera, inclusi i ratei di 13^a e 14^a mensilità, diversamente da quanto espressamente stabilito per l'indennità in esame.

Non si ravvisa, d'altro canto, disparità alcuna di trattamento, suscettibile di essere rimessa alla valutazione della Corte Costituzionale - come richiesto

dalla parte ricorrente nelle note conclusive - trattandosi, piuttosto, della scelta normativa di disciplinare diversamente fattispecie differenti, quali, da un canto, i permessi retribuiti *ex lege* n. 104/92 e, d'altro canto, l'indennità per congedo straordinario.

Analoghe considerazioni debbono svolgersi nel raffronto dell'indennità prevista dall'articolo 42 comma 5 *ter*, con quella prevista dalla stessa legge, all'articolo 23, per il congedo di maternità.

L'articolo 23, comma 2, D.Lgs. n. 151/2001 prevede, infatti, espressamente, che alla retribuzione media globale giornaliera del periodo di paga "va aggiunto il rateo giornaliero relativo alla gratifica natalizia o alla tredicesima mensilità".

Il rilievo consente agevolmente di escludere che lo stesso legislatore abbia inteso, al successivo articolo 42, comma 5 *ter*, qui in esame, ricomprendere, nella base di calcolo per l'indennità, tale rateo, senza esprimerlo.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte si ritiene che la società resistente abbia correttamente determinato l'ammontare dell'indennità relativa al congedo straordinario erogata al ricorrente, prendendo a riferimento la retribuzione base di € 1.300,01, come risultante dalle buste paga.

Quanto, in ultimo, al divisore da applicare, si ritiene corretta l'applicazione di quello annuo - 365 giorni - in luogo di quello convenzionale mensile - 26 giorni - in considerazione dell'espressa previsione di cui al comma 5 *ter* dell'articolo 42 citato, il quale stabilisce che "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", mentre il divisore richiamato da parte ricorrente fa riferimento al diverso istituto della "retribuzione mensile normale e di fatto".

L'oggettiva difficoltà interpretativa della complessa materia specialistica e l'apparente contrasto tra le circolari Inps susseguitesi sull'argomento costituiscono giusti motivi per l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Lette le note di discussione scritta, definitivamente pronunciando, rigetta il ricorso e dichiara interamente compensate fra le parti le spese di lite.

Roma, 6 giugno 2022

Il Giudice
