

**Prestazioni** - Congedo straordinario per assistenza familiare con *handicap* grave - Requisito della convivenza - Mancata coincidenza della residenza anagrafica del beneficiario con l'abitazione dell'assistito – Irrilevanza.

**Corte di Appello di Torino – 17.7.2017 n. 554 - Pres. Girolami - Rel. Cons. Aus. Peronace - Comune di Torino (Avv.ti Tuccari, Martini) - M.G. (Avv. Carapelle).**

*In tema di assistenza al familiare portatore di handicap grave, ai fini della concessione del congedo straordinario di cui all'art. 42, D.lgs. n. 151/2001, il concetto di convivenza con il familiare disabile non comporta l'obbligo di coincidenza della residenza anagrafica del beneficiario con l'abitazione dell'assistito.*

FATTO - Con ricorso al Tribunale di Torino depositato in data 08.01.2015 M.G. conveniva in giudizio il Comune di Torino esponendo:

- di aver richiesto in data 04.08.2010 di poter usufruire di congedo straordinario ex art. 42 D.Lgs. 151/2001 per assistere la propria madre, C.R., in condizioni di *handicap* grave dal 01.09.2010 al 30.04.2011, periodo poi prorogato sino al 15.01.2012;
- di aver acquistato in data 25.08.2011 un immobile nel Comune di Giaveno ove per ragioni fiscali, aveva trasferito la propria residenza, pur continuando a convivere stabilmente con la propria madre disabile presso la casa familiare di Torino, Via Richelmy n. 20;
- di aver ricevuto in data 09.09.2014 lettera dal Comune di Torino nella quale veniva comunicato l'avvio del procedimento di recupero delle competenze stipendiali per la fruizione del congedo, in quanto la stessa non ne avrebbe avuto diritto dal 25.08.2011 al 15.01.2012, essendo venuto meno, dal 25.08.2011, il requisito della convivenza con il disabile da assistere e non risultando avvenuta, nel periodo indicato, alcuna iscrizione nel registro temporaneo della popolazione residente in Torino;
- di aver dato prontamente riscontro alla missiva confermando, sin dalla nascita, la convivenza con la madre presso l'abitazione di Via Richelmy n. 20;
- di aver ricevuto dal Comune la nota datata 29.09.2014, con cui il Comune ribadiva la correttezza del proprio operato; precisava l'ente che ai fini della fruizione del congedo era necessaria la convivenza certificata fra il lavoratore e la persona disabile da assistere;
- di aver ricevuto il prospetto paga del mese di ottobre 2014 nel quale veniva indicato un asserito indebito di € 8.499,14, che il Comune avrebbe recuperato con una rateizzazione di € 47,00 mensili.

In virtù di tali premesse e in considerazione di non aver mai trasferito l'effettiva residenza dalla casa familiare, chiedeva al Tribunale di dichiarare l'illegittimità del provvedimento di recupero delle competenze salariali maturate nel periodo 25.08.2011 - 15.01.2012, con condanna di parte convenuta alla restituzione dell'importo di € 8.499,16.

Costituendosi in giudizio, il Comune contestava il fondamento delle domande, chiedendone il rigetto.

Con sentenza del 01.04.2016 il Tribunale, in accoglimento del ricorso, dichiarava l'illegittimità del provvedimento di recupero e condannava la convenuta alla restituzione dell'importo di € 8.499,16, oltre al pagamento delle spese di lite.

Il Tribunale disponeva inoltre l'invio della sentenza alla competente Agenzia delle entrate per valutare la decadenza dei benefici fiscali "prima casa" ottenuti per l'effetto dell'acquisto dell'immobile sito nel Comune di Giaveno.

Con ricorso depositato in data 19.09.2016 proponeva appello il Comune di Torino chiedendo l'integrale riforma della sentenza impugnata.

L'appellata costituitasi resisteva al gravame.

All'udienza del 09.05.2017, all'esito della discussione, la Corte ha deciso la causa come da dispositivo trascritto in calce.

DIRITTO - Il giudice di prime cure ha accolto il ricorso sulla scorta dei seguenti motivi:

- il presupposto normativo per l'attribuzione del beneficio di cui all'art. 42 D.Lgs. 151/2001 è la convivenza del lavoratore con il soggetto disabile;
- la convivenza non necessariamente coincide con la residenza anagrafica la quale ha valore presuntivo e può essere superata dalla prova contraria;
- la residenza va determinata dalla abituale e volontaria dimora in un determinato luogo, la quale può essere diversa dalla residenza anagrafica;
- le risultanze istruttorie hanno accertato che sin dalla nascita la M. abitava insieme ai genitori in Torino, Via Richelmy n. 20: circostanza confermata dalla domiciliazione sanitaria nel Comune di Torino ottenuta dalla ricorrente nel periodo oggetto di causa;
- la mancata comunicazione al datore di lavoro del mutamento della residenza anagrafica non può comportare, in caso di comprovata convivenza con la persona disabile, la decadenza dei benefici concessi dalla legge.

Con il primo motivo di appello il Comune solleva violazione e falsa applicazione degli artt. 43 c.c. e art. 42 D.Lgs. 151/2001. Deduce l'appellante che la concessione del congedo in disamina - durante il quale il dipendente ha diritto ad un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione e alla contribuzione figurativa - è subordinata alla convivenza del lavoratore con il soggetto disabile e che il requisito della convivenza deve essere provato - secondo diverse circolari INPS e del Dipartimento della Funzione Pubblica - dagli aventi diritto mediante la produzione di dichiarazioni sostitutive dalle quali risulti la concomitanza della residenza anagrafica e della coabitazione.

Nel caso di specie la M. avrebbe sempre fornito al Comune dichiarazioni attestanti la propria residenza in Torino, pertanto, dovendosi, per legge, ricollegare il concetto di convivenza con quello di residenza anagrafica, il procedimento di recupero sarebbe pienamente legittimo.

Il motivo di gravame è infondato.

Osserva preliminarmente questa Corte che non possa riconoscersi alcuna falsità nell'affermazione della M. nella dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, di essere convivente con la propria madre. In tema di assistenza al familiare portatore di handicap, il concetto di convivenza non può essere ritenuto coincidente con quello di coabitazione poiché, in tal modo, si darebbe un'interpretazione restrittiva della disposizione che, oltre che arbitraria, sembra andare contro il fine perseguito dalla norma di agevolare l'assistenza degli handicappati, di talché sarebbe incomprensibile escludere dai suddetti benefici il lavoratore che conviva costantemente con il parente disabile pur avendo una diversa residenza anagrafica.

Secondo l'art. 43 c.c. la residenza è il luogo della dimora abituale. Ugualmente, la definizione giuridica di residenza, mutuabile dalle disposizioni processuali sulla notificazione degli atti giudiziari, (artt. 138 e ss. del codice di rito) si fonda sul criterio dell'effettività, da ritenersi prevalente ove provata, sulla residenza anagrafica. (Cass. Civ. 17.05.2017 n. 12380).

Le risultanze anagrafiche hanno, secondo il costante insegnamento della Suprema Corte (Cass.2814/ 2000, Cass.Civ. 5726/2002 e Cass. 24422/2006), valore presuntivo che può essere superato dalla prova contraria.

L'istruttoria di primo grado ha accertato che la M.: a) sin dalla nascita ha sempre vissuto con i genitori nella casa di Via Richelmy n. 20 (testi M.M.L. , M.G. e B.E.); b) dalla morte del padre, nel 2007, ha costantemente accudito la madre disabile con il solo aiuto del fratello che si recava dal genitore la domenica (testi M.M.L., M.G. e B.E.); c) anche dopo l'acquisto della casa di villeggiatura di Giaveno, ove era solita portare anche la madre, ha continuato a vivere nella casa di famiglia (testi M.M.L. e M.G.); d) nel periodo oggetto di causa avrebbe ottenuto la domiciliazione sanitaria a Torino; e) la certificazione medica a firma del Dott. F.B. attesa che il sanitario quando si recava a visitare a domicilio la C. era solito trovare la figlia G. ad assisterla.

Sulla base delle dichiarazioni testimoniali oltre che della documentazione prodotta dalle parti, il Tribunale ha ritenuto essere provata l'effettiva convivenza della M. nel periodo di congedo presso l'abitazione della madre ed ha correttamente ritenuto provati i requisiti richiesti dalla legge per ottenere i benefici del congedo straordinario richiesto.

Con il secondo motivo di gravame, il Comune censura la sentenza di primo grado per violazione dell'art. 2033 c.c. per non aver il Tribunale interpretato ed applicato correttamente i presupposti dell'azione di recupero delle somme indebitamente percepite dalla M..

Il motivo di gravame oltre a risultare infondato appare di difficile comprensione.

Osserva questa Corte come il Tribunale non abbia affatto censurato l'operato dell'Ente, ma, per effetto dell'accoglimento della domanda della ricorrente, ha conseguentemente disposto la restituzione di quanto recuperato dal Comune in seguito alla revoca dei benefici concessi all'appellante.

Non si comprende, pertanto, la supposta violazione dell'art. 2033 c.c.

Con il terzo motivo di appello il Comune solleva la violazione e falsa applicazione dell'art. 116 c.p.c. per non aver il giudice interpretato correttamente le risultanze istruttorie. Il motivo di appello è infondato.

Premesso che per i motivi già rilevati ai fini della concessione del congedo di cui all'art. 42 D.Lgs. 151/2001, il concetto di convivenza non deve coincidere con quello di residenza anagrafica, osserva questa Corte come la valutazione delle risultanze delle prove ed il giudizio di attendibilità dei testi, come la scelta, tra le varie risultanze probatorie, di quelle ritenute più idonee a sorreggere la motivazione, involgono apprezzamenti di fatto riservati al giudice di merito, come anche il giudizio di attendibilità dei testi e la loro credibilità che il giudice deve discrezionalmente valutare alla stregua di elementi oggettivi (la precisione e completezza della dichiarazione, possibili contraddizioni con altri testi ecc.) e di carattere soggettivo (la credibilità delle dichiarazioni in relazioni alle qualità personali, ai rapporti con le parti ed all'eventuale interesse ad un determinato esito della lite) (Cass. Civ. 10.10.2011 n. 20802 e Cass. Civ. 30.03.2010 n. 7763). Va invero rilevato come il Tribunale, per pervenire alla qualificazione giuridica della residenza, abbia valutato attentamente e complessivamente tutte le risultanze istruttorie, pertanto, il percorso argomentativo seguito dal giudicante è immune da censure.

Con il quarto motivo di appello l'Ente contesta il *quantum* della condanna restitutoria.

Deduce l'appellante che il Tribunale avrebbe erroneamente determinato il *quantum* che il Comune avrebbe dovuto restituire alla M., che alla data del 05 agosto 2016 sarebbe stata pari ad € 705,00 e non certo all'ammontare della somma oggetto di condanna (€ 8.499,16).

Quanto dedotto dall'Ente trova conferma nella nota 05.08.2016 prot. N. 012385 nella quale viene comunicato alla M. l'importo totale delle trattenute effettuate sullo stipendio dal datore di lavoro nel periodo ottobre 2014 - gennaio 2016; la somma indicata ammonta ad € 705,00.

Ciò posto appare evidente come la somma oggetto di restituzione debba essere limitata a quanto effettivamente corrisposto dall'appellata al Comune in esecuzione del provvedimento di recupero delle competenze salariali maturate ex art. 42 D.Lgs. 151/2001.

Sul punto la sentenza di primo grado deve essere riformata limitatamente all'importo della condanna restitutoria, il quale deve essere ridotto conformemente a quanto effettivamente recuperato dall'Ente.

Con il quinto motivo di appello il Comune impugna la sentenza relativamente alla statuizione delle spese.

Osserva l'Ente che la condanna risulta sproporzionata in considerazione che il provvedimento oggetto di condanna sarebbe stato emesso nel pieno rispetto di indicazioni fornite dall'INPS e dal Dipartimento della Funzione Pubblica.

Sul punto osserva questa Corte come secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità l'interpretazione della normativa contributiva, contenuta in circolari o in risoluzioni, non vincola i giudici e, cosa più importante, non costituisce fonte del diritto. Gli atti ministeriali medesimi, quindi, possono dettare agli uffici periferici criteri di comportamento da seguire nella concreta applicazione di norme di legge ma non possono imporre nessun adempimento non previsto dalla legge né, soprattutto, attribuire all'inadempimento un effetto non previsto da una norma di legge.

Pertanto valutati gli elementi ora delineati, ed in considerazione della totale soccombenza dell'Ente, il Tribunale, nel rispetto del principio sancito dall'art 91 c.p.c., ha correttamente condannato l'Amministrazione al pagamento, per intero, delle spese di lite. Il parziale accoglimento dell'appello e la notevole riduzione della condanna restitutoria giustificano la compensazione nella misura del 50% delle spese del presente grado, che vengono liquidate - con la disposta compensazione - come da dispositivo

*(Omissis)*

---