

**L' INCOSTITUZIONALITÀ DELLA LEGGE 104/1992
TRA COSTRUZIONE E RICOSTRUZIONE DELLA *RATIO LEGIS*
Brevi cenni su Corte cost., sent. 213 del 2016***

di Matteo Caldironi **
(22 maggio 2017)

SOMMARIO: § 1. L'oggetto della pronuncia. – § 2. La *ratio legis* della norma. – § 3. Un'ipotesi di illegittimità consequenziale? – § 4. In sintesi.

§ 1. – *L'oggetto della pronuncia*

Con la sentenza n. 213 del 2016 la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità dell'art. 33, comma terzo, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), come modificato dall'art. 24, comma 1, lettera a), della legge 4 novembre 2010, n. 183 (Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro)¹.

La disposizione originaria prevedeva che: «a condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità. Per l'assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità, il diritto è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente».

Con ricorso del 23 aprile 2013 la ricorrente B. D. adiva il Tribunale ordinario di Livorno, in funzione di giudice del lavoro, per vedersi riconosciuto il diritto ad usufruire dei permessi di assistenza a favore del compagno (convivente *more uxorio*) affetto dal morbo di Parkinson, e per contrastare la pretesa dell'Azienda USL 6 di Livorno (della quale era

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ La Corte costituzionale era già stata investita della stessa vertenza quando, il Tribunale ordinario di Savona, in funzione di giudice del lavoro, aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale relativamente alla medesima disposizione (sempre) in relazione agli artt. 2, 3 e 32 Cost. Tuttavia la Corte non entrò nel merito della controversia e, con l'ordinanza del 26 gennaio 2009, n. 35, dichiarò la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale per difetto di motivazione.

dipendente) di recuperare nei suoi confronti le ore di permesso di cui aveva usufruito nel periodo 2003-2010. In via subordinata, chiedeva che fosse sollevata questione di legittimità costituzionale della sovraccitata disposizione, nella parte in cui non includeva il convivente *more uxorio* tra i beneficiari del permesso, per violazione degli artt. 2, 3, 32 e 38 Cost. nonché dell'art. 117 Cost., in relazione agli artt. 1, 3, 7, 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il Tribunale di Livorno ha ritenuto non manifestamente infondata la questione relativa alla mancata inclusione dei conviventi *more uxorio* fra i possibili beneficiari dei tre permessi mensili retribuiti per l'assistenza del disabile in relazione agli articoli 2, 3 e 32 Cost.

Secondo l'ordinanza di rimessione del 15 settembre 2014 la norma risulterebbe incostituzionale nella parte in cui subordinerebbe la possibilità di godere del permesso alla presenza di un vincolo matrimoniale. Tra gli aspetti esaminati viene sottolineato che «il concetto di famiglia preso in considerazione dalla norma non sia quello di famiglia nucleare tutelata dall'art. 29 Cost. quanto quello di famiglia estesa nella quale sono ricompresi i parenti e gli affini sino al terzo grado, anche se non conviventi con l'assistito»². In altri termini, il concetto di 'famiglia' presupposto dal legislatore all'interno del contesto normativo in parola sarebbe, già nella disposizione originaria, inteso *in senso ampio*, quale formazione sociale che il disabile stesso avrebbe contribuito a creare e che sarebbe sede di svolgimento della sua personalità (in accordo con l'art. 2 Cost.). E se tale è l'idea "allargata" di famiglia implicita nella norma, osserva il Tribunale, allora la disparità di trattamento tra il soggetto inserito in una famiglia di fatto e quello parte di una famiglia fondata sul matrimonio risulterebbe *irragionevole* rispetto alla *ratio* della norma, individuata nella tutela del disabile (e contraria pertanto all'art. 3 Cost.), con conseguenti implicazioni sul diritto alla salute di quest'ultimo (art. 32 Cost.).

La Corte ha ritenuto la questione fondata nel merito condividendo la ricostruzione della *ratio legis*³ della norma, ricondotta all'«assicurare in via prioritaria la continuità nelle

² Corte costituzionale, sentenza 15 luglio 2016, n. 213.

³ Si considera qui la *ratio* di una norma come un *posterius* rispetto alla sua interpretazione (*rectius*: all'interpretazione della disposizione ad essa corrispondente). In questa prospettiva non sembra pertanto che l'argomento della *ratio legis* possa considerarsi strettamente "interpretativo" o, più correttamente, che in chiave interpretativa possa contribuire in maniera significativa alla ricostruzione del significato di una determinata disposizione e, pertanto, solamente dopo averne individuato il significato sarà poi possibile l'individuazione di un suo ruolo all'interno di un sistema prescrittivo, della sua "ragion d'essere" (cfr. A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011, 214-253, e relative note).

Sull'utilità di porre in essere tale operazione si rimanda sempre alle riflessioni esposte in A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., 235, laddove si evidenzia che «chiaramente, da un punto di vista semplicemente descrittivo, operare congetture sulla *ratio* della singola disposizione, così come sul principio informatore della singola norma, può anche condurre a risultati di non piccola utilità sotto il profilo della ricostruzione (e della miglior comprensione) sistematica d'un complesso normativo: riflettere insomma, sul "ruolo" oggettivamente giocato dalla singola regola in un sistema più ampio – o sul perché (oggettivamente razionale) di una specifica scelta legislativa –, pare tutt'altro che infruttifero sia per la comprensione dei particolari di funzionamento (e delle virtualità applicative) di essa (singola regola), sia per una miglior visione dell'insieme, coi suoi meccanismi e nei suoi nessi».

cure e nell'assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare»⁴. Con una sentenza "additiva" ha reputato quindi irragionevole l'esclusione del convivente della persona con handicap in situazione di gravità – pur ribadendone la condizione diversificata rispetto a quella del coniuge⁵ – «dalla previsione di una norma che intende tutelare il diritto alla salute psico-fisica del disabile»⁶. Tutto ciò in quanto risulterebbero violati gli artt. 2 e 32 Cost. con riferimento «al diritto fondamentale alla salute psicofisica del disabile grave, sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità»⁷.

§ 2. – *La ratio legis della norma*

Il Giudice delle leggi, nelle proprie argomentazioni, ha ricostruito la *ratio* dell'istituto prendendo le mosse dai precedenti della norma in questione, analizzando il contesto storico che ha portato alla legge n. 104 del 1992 così come definitivamente formulata⁸. In particolare, proprio facendo leva sull'*excursus* normativo⁹, la Consulta ha individuato la

⁴ Corte costituzionale, sentenza 26 gennaio 2009, n. 19 e Corte costituzionale, sentenza 18 aprile 2007, n. 158.

⁵ Così si rileva anche in L. PEDULLÀ, *La sent. "additiva" n. 213 del 2016 della Corte costituzionale estende al convivente more uxorio del soggetto disabile grave i benefit previsti dall'art. 33, co. 3 della L. n. 104/92*, su *www.forumcostituzionale.it*, 06 febbraio 2017, 3: «la *ratio* sottesa al ragionamento dei giudici non sembra rientrare direttamente nell'alveo delle pronunce giurisprudenziali volte all'avvicinamento fra i diversi modelli familiari esistenti e ciò lo si può cogliere in un passaggio della sent., laddove i giudici annotano che, *in casu*, l'art. 3 Cost. va "invocato, dunque, non per la sua portata eguagliatrice, restando comunque diversificata la condizione del coniuge da quella del convivente"» (*corsivi dell'autore*). Analoghe motivazioni, seppur relativamente a diverse questioni, in Corte costituzionale, sentenza 24 marzo 1988, n. 404: «l'art. 3 della Costituzione va qui invocato dunque non per la sua portata eguagliatrice, restando comunque diversificata la condizione del coniuge da quella del convivente more uxorio, ma per la contraddittorietà logica della esclusione di un convivente dalla previsione di una norma che intende tutelare l'abituale convivenza», Corte costituzionale, sentenza 11 gennaio 1996, n. 8 dove si ribadisce che seppur sia «riconosciuta la rilevanza costituzionale del "consolidato rapporto" di convivenza, ancorché rapporto di fatto, lo ha tuttavia distinto dal rapporto coniugale, secondo quanto impongono il dettato della Costituzione e gli orientamenti emergenti dai lavori preparatori».

⁶ Corte cost., sent. n. 213/2016.

⁷ Corte cost., sent. n. 213/2016.

⁸ Ossia come modificata dalla legge 4 novembre 2010, n. 183.

⁹ Corte cost., sent. n. 213/2016: «La formulazione originaria dell'art. 33, comma 3, della legge n. 104 del 1992 riconosceva il diritto a fruire dei tre giorni di permesso mensile, anche in maniera continuativa, alla lavoratrice madre o, in alternativa al lavoratore padre, anche adottivi, di minore con handicap in situazione di gravità che avesse compiuto i tre anni di età, nonché a colui (lavoratore dipendente) che assistesse una persona con handicap in situazione di gravità, parente o affine entro il terzo grado, convivente. L'art. 19, comma 1, lettera a), della legge 8 marzo 2000, n. 53 (Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città), modificando l'art. 33 della legge n. 104 del 1992, ha previsto la copertura da contribuzione figurativa dei giorni di permesso retribuito di cui al comma 3 dello stesso articolo. L'art. 20 della medesima legge n. 53 del 2000 ha sancito l'applicabilità delle disposizioni dell'art. 33 della legge n. 104 del 1992 ai genitori ed ai familiari lavoratori, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assistono con continuità e in via esclusiva un parente o un affine entro il terzo grado portatore di handicap, ancorché non convivente. Dalla lettura congiunta dell'art. 33 della legge n. 104 del 1992 con l'art. 20 della legge n. 53 del 2000, la prevalente giurisprudenza amministrativa (*ex plurimis*, Consiglio di Stato, sezione quarta, 22 maggio 2012, n. 2964; Consiglio di Stato, sezione sesta, 1° dicembre 2010, n. 8382) ha desunto la eliminazione del requisito della

causa razionale e astratta della stessa (norma), come anticipato, nella tutela del disabile nell'ambito familiare, secondo un concetto di 'famiglia' da considerarsi però esteso, basato sugli *affetti* piuttosto che su specifiche *formalizzazioni giuridiche*¹⁰. Di conseguenza, è giunta a considerare irragionevole la limitazione prevista dal legislatore e apparentemente basata su un'idea di 'famiglia' più ristretta e basata sul matrimonio.

Per giungere a tali conclusioni, tuttavia, la Corte svolge un'analisi che – per lo meno in alcuni suoi passaggi – parrebbe mostrare alcune criticità.

Più nello specifico, se si può tranquillamente concedere che la *ratio* della legge 104/1992, complessivamente intesa, sia principalmente la tutela del disabile¹¹, sembrerebbe che altri elementi non siano stati considerati con la stessa attenzione dalla Consulta. Quest'ultima, infatti, parrebbe a tratti dimentica del fatto che la *tutela del disabile*, riconosciuta come finalità del provvedimento legislativo, evidentemente non è – né potrebbe giuridicamente essere – assoluta, onnicomprensiva e dunque senza limiti adeguatamente precisati (o precisabili). Cosicché desta qualche perplessità la pretesa di dichiarare l'incostituzionalità dei requisiti stabiliti dall'art. 33, comma terzo, sulla base del principio di per sé molto *generico* della *cura personae* del disabile¹².

In una prospettiva "*omnibus*" di tutela del disabile, invero, bisognerebbe poi

«convivenza» anche per i permessi mensili retribuiti di cui al comma 3 dell'art. 33, nonché l'introduzione dei diversi requisiti della «continuità ed esclusività» dell'assistenza ai fini della concessione delle agevolazioni in questione».

10 Chiaramente anche la famiglia *more uxorio* gode di protezione giuridica ed è pertanto riconosciuta dall'ordinamento, tuttavia il punto non è la *definizione* del concetto di 'famiglia', che peraltro non ricorre nella disposizione oggetto di lagnanza, ma semmai il suo uso da parte della Corte.

11 Infatti all'art. 1 si precisa che essa: «a) garantisce il pieno rispetto della dignità umana e i diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata e ne promuove la piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; b) previene e rimuove le condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, nonché la realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali; c) persegue il recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali e assicura i servizi e le prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, nonché la tutela giuridica ed economica della persona handicappata; d) predisporre interventi volti a superare stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata».

12 A beneficio delle riflessioni che seguiranno si vuole proporre qui una prima "suggerione" facendo riferimento alla legge 9 gennaio 2004, n. 6 che introduce la figura dell'amministratore di sostegno. Con l'introduzione di tale norma «la persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio». Il giudice, per la nomina, può scegliere liberamente il soggetto che reputi più idoneo per la cura persone dell'infermo (anche se «l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata», ma comunque deve preferire «ove possibile, il coniuge che non sia separato legalmente, la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio o il fratello o la sorella, il parente entro il quarto grado ovvero il soggetto designato dal genitore superstite con testamento, atto pubblico o scrittura privata autenticata»), cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto Privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, 138-142. E proprio questo sembrerebbe un caso in cui il legislatore abbia realmente voluto considerare la *cura personae* quale elemento assorbente di tutta la *ratio* della norma. A questo proposito è interessante rilevare, che questo avviene al fine di tutelare il disabile dal punto di vista patrimoniale e non da quello del suo diritto alla salute (bene che può considerarsi senza dubbio di molto superiore). Come vedremo, invece, nel caso oggetto del presente commento le cose parrebbero stare ben diversamente.

giocoforza chiedersi immediatamente quale sarebbe la differenza costituzionalmente apprezzabile fra la figura del parente (o del coniuge, del convivente *more uxorio*, dell'affine e via seguitando) e quella dell'amico, o di chiunque possa dimostrare di godere di una stabile *affectio* col disabile¹³. Né gioverebbe il semplice rilievo della oggettiva differenza tra le due situazioni, poiché tale differenza, per essere giuridicamente apprezzabile, implicherebbe la (implausibile) dimostrazione del fatto che un parente dovrebbe *presumersi* più idoneo (rispetto a questi altri soggetti) ad occuparsi del portatore di handicap¹⁴. In altri termini, ogni discriminazione in ordine alla qualificazione dei rapporti che vada al di là degli affetti potrebbe (*rectius*: dovrebbe) essere valutata illegittima.

Viceversa, la *vis expansiva* del novero dei beneficiari che il semplice concetto di 'tutela del disabile' potrebbe implicare sembra trovare un primo argine normativo nell'art. 1 della legge 104/1992, laddove, elencando le finalità della disciplina in questione, si parla di promuovere la «piena integrazione *nella famiglia*» del portatore di handicap¹⁵. Una tutela, dunque, non *generica* e *indifferenziata*, bensì *determinata* e *diversamente graduata* a seconda del tipo di rapporto affettivo instaurato, relativamente alla quale un ulteriore elemento di identificazione si può ricavare proprio dall'art. 33 quando, definendo i possibili beneficiari di determinate agevolazioni economiche (i permessi), si riferisce al solo *coniuge*, e quindi alla famiglia basata sul matrimonio. Il che – sulla scorta dell'evoluzione non soltanto *sociale* ma anche *normativa* nel senso di un crescente rilievo (pure giuridico) delle c.d. famiglie di fatto¹⁶ – fa sorgere appunto l'interrogativo sulla liceità di una simile soluzione.

In proposito, giova rilevare che il citato articolo 33, per la sua interna struttura – ossia di elenco specificativo di soggetti che devono godere di precise qualificazioni per poter usufruire di determinate agevolazioni, inserito in un istituto volto alla promozione dei diritti del disabile – può ritenersi una norma legislativa *attuativa* di una più ampia norma costituzionale *programmatica* sul diritto alla salute sancito dall'art. 32 Cost. Ebbene, tenuto conto dell'alto tasso di discrezionalità connesso alle scelte del legislatore ordinario¹⁷

13 Ovviamente estensione che sarebbe stata impraticabile per la Corte anche soltanto considerando che questa può esprimersi soltanto nei limiti della questione che le è stata sottoposta, non potendo trattare argomenti di portata generale al di fuori del *petitum*.

14 Come è facile immaginare, infatti, a un simile ragionamento conseguirebbe un allargamento che potrebbe incidere significativamente sul piano della certezza e della prevedibilità di applicazione della norma, cosa che, a contrario, soltanto con un legame formalizzato giuridicamente si potrebbe scongiurare.

15 Quindi già identificando le finalità dell'istituto complessivamente inteso (senza entrare pertanto ancora nel merito della disposizione censurata) la ricostruzione della *ratio legis* parrebbe differenziarsi da quanto rilevato dalla Corte. La stessa infatti pone in essere una ricostruzione del concetto sì di famiglia, ma basato piuttosto sul rapporto di *affectio* che sul vero e proprio rapporto di parentela.

16 A titolo meramente esemplificativo si riporta la recente legge 20 maggio 2016, n. 76, sulle unioni civili fra persone dello stesso sesso e sulle convivenze di fatto.

17 Derivare infatti dal principio della *cura personae* la potenziale illegittimità di qualsiasi tipo di limite sarebbe ovviamente un assurdo, giacché non prenderebbe in alcun modo in considerazione il fatto che il legislatore non soltanto *possa*, ma (giuridicamente e costituzionalmente) *debba* operare all'interno di margini di discrezionalità particolarmente rilevanti, soprattutto allorché si tratti dell'attuazione di una norma programmatica riconducibile ad uno di quei c.d. diritti sociali per i quali l'attributo della socialità deriva dal

in sede di attuazione degli obiettivi programmatici indicati dalla Costituzione¹⁸ si ha qualche riserva non tanto sull'opportunità dell'intervento additivo effettuato dalla Corte, quanto – daccapo – sul tipo di argomentazione utilizzata a supporto della pronuncia.

La chiave del ragionamento da svolgere passa dalla considerazione secondo cui, nel caso di specie, la *ratio* dei criteri formali stabiliti dal legislatore per l'accesso ai permessi si ricollega *non soltanto* alla (certamente prioritaria) finalità “promozionale” del disabile, ma pure alla (secondaria eppure non trascurabile) intenzione di prevenire possibili strumentalizzazioni (anche) economiche¹⁹ «tes[e] a sfruttare, anziché aiutare, le necessità del disabile grave»²⁰. È con specifico riguardo a questo secondo scopo che, per un corretto scrutinio di costituzionalità, non conta soltanto l'*affectio* (del soggetto beneficiario dei permessi nei confronti del disabile) in sé considerata, rilevando altresì la (presunta) *certezza e stabilità* di tale *affectio*, la “certificazione” (sia pure solo sulla base di criteri presuntivi) della quale è affidata dal legislatore ordinario all'esistenza di un vincolo matrimoniale.

Posto ciò, l'art. 3 Cost. avrebbe potuto essere richiamato per dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 33 laddove escludeva anche i rapporti a loro volta caratterizzati, oltre che da un'*affectio* quotidiana, da un'esplicita *formalizzazione giuridica*, la cui presenza avrebbe costituito un'idonea garanzia per le finalità di contenimento della platea dei possibili beneficiari dei permessi, senza discriminare situazioni familiari (almeno da questo punto di vista) analoghe. Una soluzione del genere, infatti, sarebbe forse stata più rispettosa della *ratio* della norma, supportando forse in modo più convincente la medesima conclusione (estensione dei benefici ai conviventi *more uxorio*) a cui perviene la Corte ed evitando di legittimare le aspettative dei soggetti che, pur essendo legati da un rapporto affettivo col portatore di handicap, non abbiano con esso un vincolo formalizzato²¹.

§ 3. – Un'ipotesi di illegittimità consequenziale?

necessario intervento pubblico per la loro realizzazione, (e proprio in tal senso s'intendono i «permessi lavorativi retribuiti previsti, quale strumento di politica socio-assistenziale [...] espressione dello Stato sociale», L. PEDULLÀ, *La sent. "additiva" n. 213 del 2016 della Corte costituzionale*, cit., 3). Cfr. anche, a tal proposito, C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione italiana*, in IDEM, *Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 1972, passim; nonché A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2010, 566-570).

18 Cfr. sul punto A. VIGNUDELLI, “Quant'è bella correttezza, che si fugge tuttavia...”. *Parte seconda. Dinamica giuridica*, di prossima pubblicazione su *Diritto e Questioni Pubbliche*, 17/2017.

19 Sulla possibilità che l'interpretazione (che potremmo definire) “restrittiva” del concetto di ‘famiglia’ possa contribuire anche a disincentivare comportamenti opportunistici cfr. A. CORDIANO, *La dichiarazione di incostituzionalità della legge 104/92 e l'estensione del beneficio del permesso al lavoratore convivente di fatto*, su *www.forumcostituzionale.it*, 29 ottobre 2016 (cui fa riferimento anche L. PEDULLÀ, *La sent. "additiva" n. 213 del 2016 della Corte costituzionale*, cit.).

20 L. PEDULLÀ, *La sent. "additiva" n. 213 del 2016 della Corte costituzionale*, cit., 2.

21 Viceversa, se si volesse impostare il ragionamento sul piano della *situazione concreta* e delle relative specificità, allora la premessa della Corte avrebbe dovuto portare ad una pronuncia di incostituzionalità ancora più ampia, che imponesse l'accertamento *in concreto* della stabilità del rapporto di *affectio* sussistente tra il disabile e qualsiasi richiedente il permesso, fosse esso parente o meno.

Da ultimo, va osservato che la decisione della Consulta pone un ulteriore problema per quanto concerne gli affini sino al secondo grado (ovvero «entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano a loro volta affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti»²²) che, come si è visto sopra, possono usufruire delle suddette agevolazioni. Infatti, se si ritiene che il concetto di famiglia a cui si debba fare riferimento sia quello “allargato”²³ parrebbe palesemente irragionevole la limitazione ai soli affini ex art. 78 c.c., ai quali, seguendo la *ratio decidendi* della decisione di incostituzionalità, dovrebbero essere equiparati gli “affini” (*lato sensu*) del convivente *more uxorio*.

Non sfugge come la questione poc’anzi tratteggiata sia estranea al ricorso. Tuttavia, essa parrebbe al tempo stesso strettamente correlata (*logicamente e funzionalmente*) al *thema decidendum*. Per cui, sembrerebbero sussistere i requisiti previsti dall’art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 per dichiarare la nullità consequenziale²⁴ della (parte di) norma che include *soltanto* gli affini fino al secondo grado del coniuge tra i beneficiari dei permessi e non quelli (*rectius*: i parenti fino al secondo-terzo grado) del convivente *more uxorio*.

§ 4. – *In sintesi*

Riprendendo le considerazioni svolte sino ad ora, nell’interpretare l’art. 33, comma terzo, della legge 104/1992 si sarebbe potuto giungere alla conclusione che la finalità del legislatore fosse sì di tutelare il disabile all’interno di quella comunità degli affetti corrispondente all’ambito familiare (che avrebbe contribuito a creare), ma nel contempo anche di circoscrivere il novero dei beneficiari dei permessi di lavoro (strumentali alla sua tutela) a quei soli soggetti in grado di “garantire” un’*affectio qualificata giuridicamente* in modo da evitare possibili strumentalizzazioni.

In questa chiave, si sarebbe inoltre potuta estendere anche ai parenti (entro il secondo-terzo grado) del “convivente qualificato” la possibilità di godere dei permessi retribuiti, giacché la giustificazione di una loro possibile esclusione sta e cade con la liceità di differenziare – nell’ottica della *cura personae* del disabile – il trattamento della “famiglia di fatto qualificata” da quello della famiglia “basata sul matrimonio”.

** Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

²² Legge 5 febbraio 1992, n. 104.

²³ Per i motivi di cui *supra* § 2.

²⁴ Infatti, «il potere di dichiarare l’illegittimità consequenziale spetta *sempre e comunque* alla Corte», «rimanendo in ogni caso nella disponibilità della [stessa] la possibilità di utilizzare l’istituto di cui all’art. 27, L. 87/1953», in deroga, quindi, al principio del chiesto e pronunciato (D. CHINNI, *Processo costituzionale e illegittimità consequenziale. Spunti a margine di alcune osservazioni compiute dalla Corte nella sent. n. 138/2009*, su www.forumcostituzionale.it, 28 ottobre 2009, 2).