

**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***

di Luca Pedullà**
(6 febbraio 2017)

SOMMARIO: 1. La *sent.* n. 213 del 2016 della Corte cost. a protezione dell'effettività della tutela del disabile grave; 2. Il precedente "restrittivo" della Corte costituzionale che negava una interpretazione estensiva dell'art. 33, co. 3, della L. n. 104/92; 3. La tutela estensiva offerta ora dalla *sent.* 213/16 della Corte cost. prescinde dall'intervenuto avvicinamento dei modelli familiari; 4. La *ratio* motivazionale sottesa alla *sent.* che si commenta si auspica possa portare - appena la Corte ne verrà investita - all'ulteriore estensione del beneficio anche nei confronti del figlio disabile grave di uno dei due *partners* conviventi; 5. Riflessioni conclusive.

1. Sembra essersi avviata una nuova stagione dei diritti che pone al centro degli interessi del nostro *welfare State* il disabile grave, non più visto come soggetto da integrare poiché portatore di *handicap*, bensì da includere a pieno titolo all'interno della società, al pari di tutti i cittadini "abili".

Ne sono recente testimonianza sia l'approvazione della L. n. 112/16, c.d. sul "*dopo di noi*"¹ - e la successiva emanazione del decreto attuativo del novembre 2016 - sia la *sent. n. 213 del 2016* della *Corte costituzionale*. Finalmente si appresta una più concreta ed ampia tutela al disabile grave, sia in vita - così come previsto dalla detta sentenza - sia, con l'appena richiamata previsione legislativa, a seguito della morte dei genitori o della persona che stabilmente si occupava del disabile grave.

La *sent. n. 213/16*, in particolare, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, co. 3, della L. n. 104/92² - così come modificato dall'art. 24, co. 1, lett. a), della legge n. 183/10³ - laddove non prevede tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito di tre giorni per l'assistenza alla persona gravemente disabile, il convivente di fatto. Ai sensi dell'art. 33, co. 3, infatti, possono fruire dei previsti tre giorni di permesso mensile retribuiti i lavoratori dipendenti, pubblici o privati, che assistono una persona con *handicap* in situazione di gravità, ma limitatamente alle seguenti figure: coniuge (della persona portatrice di *handicap* grave); parente ed affine del disabile, entro il secondo grado, genitori compresi (sempre della persona portatrice di *handicap* grave); parente ed affine entro il terzo grado, solo qualora i genitori o il coniuge della persona portatrice di *handicap* grave abbiano compiuto i 65 anni oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano lontani o deceduti.

* Scritto sottoposto a *referee*.

1 Intitolata "*Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare*" e che si occupa dell'assistenza delle persone con disabilità grave, che alla morte dei genitori o di uno stretto congiunto che li assiste, restano senza sostegno familiare.

2 "*Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*".

3 Riguardante le "*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*", che ha espunto il riferimento testuale alla convivenza dall'art. 33, co. 3, della L. n. 104/92.

Ora, invece, la Corte con la *sent.* "additiva" che si commenta estende siffatti benefici anche al convivente *more uxorio* (e non solo al coniuge e ai parenti e affini entro il terzo grado) invertendosi, così, la strada tracciata dalla precedente giurisprudenza che, invece, aveva interpretato restrittivamente l'art. 33, co. 3, anche nei confronti degli stessi ascendenti e discendenti, ravvisando il pericolo di allargare troppo le maglie dei beneficiari. Ciò al fine di evitare possibili comportamenti opportunistici⁴ tesi a sfruttare, anziché aiutare, le necessità del disabile grave.

2. La Corte cost. si era già occupata della *quaestio* che ci occupa con la *Ordinanza n. 35/2009*, allorché il tribunale ordinario di Savona, in funzione di giudice del lavoro, aveva sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 33, comma 3, della L. n. 104/92, nella parte in cui non prevedeva il convivente *more uxorio* fra i soggetti beneficiari del permesso mensile retribuito, riservandolo in via esclusiva ai parenti ed affini entro il terzo grado del disabile.

Già in detta occasione l'INPS si era costituita in giudizio chiedendo che la questione fosse dichiarata infondata e ciò per tre ordini di motivi. Il primo: la detta esclusione trovava una ragionevole giustificazione nel fatto che il detto beneficio doveva essere riconosciuto solo "*a categorie di persone legate da solidi e certi legami familiari che non possono essere che quelli derivanti dall'appartenere alla cerchia dei familiari legittimi*"; il secondo: la mancata estensione del beneficio non avrebbe potuto cagionare la violazione del diritto alla salute del disabile, perché del suddetto beneficio potevano comunque usufruirne (nel caso di specie) parenti ed affini; il terzo: il beneficio in questione, era da ritenersi avente "*carattere meramente patrimoniale*" e dunque non poteva essere ascritto tra i diritti fondamentali dell'uomo, ex art. 2 Cost. A dette argomentazioni se ne aggiungeva una quarta fornita dall'Avvocatura generale dello Stato che non riteneva irragionevole la norma censurata posto che, da un lato, l'attività di assistenza veniva prestata in base a specifici obblighi giuridici - e non solo in base a vincoli di affetto e di solidarietà - e, dall'altro lato, la "*distinta considerazione costituzionale della convivenza more uxorio e del rapporto coniugale*" comportava l'impossibilità di "*configurare come costituzionalmente necessaria una tutela del rapporto di convivenza*" volta a condurre ad una identità delle due posizioni.

In detta occasione la Corte, però, non entrò nel merito della controversia ritenendo la *quaestio* manifestamente inammissibile a motivo del fatto che il tribunale rimettente aveva ommesso di fornire "*ulteriori precisazioni*" circa la consistenza del nucleo familiare del disabile grave nonché di riferire se questi avesse o meno parenti o affini entro il terzo grado conviventi ed idonei a provvedere alla sua assistenza. Per la Corte mancava, insomma, l'adeguata motivazione dell'asserita violazione degli artt. 2 e 32 Cost. e ciò comportava il difetto di motivazione in ordine alla rilevanza della *quaestio*, precludendo così l'esame nel merito della controversia.

3. La Corte cost., con la *sent.* che si commenta, ha voluto offrire un concreto e ragionevole sostegno al disabile grave estendendo i possibili

⁴ In tal senso, 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, 29.10.2016. Con riferimento alla giurisprudenza qui definita "restrittiva" si vedano, in particolare, le *Decisioni del Consiglio di Stato n. 2964/12 e 8382/10*. Si veda, altresì, S. ASSENNATO, *Il diritto all'assistenza del disabile grave legittima la convivenza di fatto*, su www.responsabilitacivile.it

benefici al convivente *more uxorio* che, al pari del coniuge, grava stabilmente nell'orbita familiare del disabile grave. La strada seguita dalla Corte pare essere quella della valorizzazione dell'art. 32 Cost., ossia della tutela della salute psico-fisica del disabile grave quale diritto inviolabile anche all'interno della propria comunità familiare, essendo irragionevole che l'art. 33, co. 3 della legge n. 104/92 escluda il convivente fra i beneficiari della legge.

Se ciò è vero, 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, ma per la contraddittorietà logica della esclusione del convivente".

Pur essendo trascorsi pochi mesi dalla introduzione nel nostro sistema della L. n. 76/16 che ha riconosciuto in Italia le unioni civili omosessuali nonché disciplinato le convivenze (etero e omosessuali) di fatto, la Corte nel caso specifico non è entrata nel merito della equiparazione dei diritti e degli obblighi tra coniugi legittimamente sposati e quelli conviventi *more uxorio*, intendendo piuttosto tutelare il benessere psico-fisico del soggetto affetto da disabilità, assicurandogli la vicinanza della persona con cui ha in concreto una "relazione affettiva".

Quanto appena detto non significa, però, che nell'ambito della platea dei valori solidaristici postulati dalle "aggregazioni" cui fa riferimento l'art. 2 Cost., la differente considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale debba necessariamente escludere la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'una e dell'altra che possano presentare analogie, fosse solo ai fini del controllo di ragionevolezza, ex art. 3 Cost.⁵

Peraltro, la norma dichiarata parzialmente incostituzionale è contenuta in una "legge-quadro" volta specificamente all'integrazione sociale della persona con *handicap*, laddove i permessi lavorativi retribuiti previsti, quale strumento di politica socio-assistenziale, non sono altro che un'espressione dello Stato sociale "basato sul riconoscimento della cura alle persone con handicap in situazione di gravità prestata dai congiunti e sulla valorizzazione delle relazioni di solidarietà interpersonale e intergenerazionale"⁶. Da ciò discendendo come l'interesse primario da tutelare, *in casu*, resti "la necessità di assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza del disabile" e non certo l'avvicinamento fra gli statuti giuridici dei modelli familiari.

4. Se, da un lato, la sent. n. 213/16 ha stabilito che i permessi retribuiti ex art. 33, co. 3, della L. n. 104/92 non sono più di esclusiva prerogativa dei coniugi, dei parenti e degli affini, dall'altro lato, bisogna individuare se debba trattarsi solo del convivente *more uxorio* del *partner* disabile oppure la previsione possa essere estesa anche al figlio disabile di uno solo dei due *partners* della coppia di fatto.

Il dispositivo della *sent.*, a ben vedere, si riferisce solo al convivente *more uxorio* e dunque è destinato, a sua volta restrittivamente, ad applicarsi solo al convivente della persona disabile. Ciò, d'altronde, non è certo imputabile

5 In tal senso, può richiamarsi, per analogia, la motivazione portata dalla *sent. n. 416/96* della Corte cost. nonché dalla *Ordinanza n. 121/04* della stessa Corte cost.

6 Corte cost., *sent. n. 213/16*.

ad una precisa scelta della Corte bensì al fatto che quest'ultima è stata investita limitatamente al quesito posto dal tribunale rimettente⁷ che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 33, co. 3, della legge 104/92), come modificato dall'art. 24, co. 1, lett. a), della L. n. 183/10, "*nella parte in cui non include il convivente more uxorio tra i soggetti beneficiari dei permessi di assistenza al portatore di handicap in situazione di gravità*", per violazione degli artt. 2, 3 e 32 Cost.

Pertanto, solo in termini di auspicio possiamo qui ipotizzare un prossimo intervento "interpretativo" della Corte che estenda il beneficio anche al figlio disabile di uno solo dei *partners* della coppia di fatto. Ciò sarebbe, d'altronde, del tutto ragionevole atteso che la relazione affettiva non può che investire il concetto di "comunità di vita" del disabile, a prescindere dal modello familiare scelto dal proprio genitore legittimo o naturale e, dunque, a prescindere dalla tipizzazione o meno di un rapporto familiare, apparendo in tal modo irragionevole la non estensione del beneficio al figlio disabile grave di uno solo dei due *partners*. Ciò che va tutelato è, *sic et simpliciter*, il diritto alla salute psico-fisica del disabile grave, nella sua accezione più ampia, collocabile tra i diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost.

D'altronde, ragionando *a contrario*, potrebbe ben sostenersi che il diritto costituzionalmente presidiato del disabile grave di ricevere assistenza nell'ambito della comunità di vita ove si ritrova a vivere, verrebbe ad essere compromesso sotto due profili: l'uno oggettivo, in quanto provocato dalla *lacuna legis* ovvero dall'inerzia del legislatore che (ancora oggi) non ricomprende il convivente stabile nell'alveo dei beneficiari; l'altro soggettivo, causato dall'inesistenza di un rapporto di parentela tra quel disabile e quel *partner* del proprio genitore. Con, al fondo, l'aperta violazione dell'art. 3 Cost., a motivo del difforme trattamento di due situazioni che, invero, tra loro si presentano come assimilabili⁸.

Invero, il richiamato art. 2 Cost. investe ogni forma di comunità - semplice o complessa che sia - purché idonea a consentire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. E, se ciò è vero, allora può sostenersi che la Corte ha voluto tutelare non il disabile grave collocato nella famiglia nucleare, né in quella parentale, ma la sua convivenza all'interno di un aggregato esteso fino a comprendervi anche dei soggetti estranei allo stesso disabile grave. Sembra evidente la volontà dei giudici di farsi interpreti di quel dovere di solidarietà sociale che ha per contenuto l'impedire che il disabile resti privo di assistenza.

Pertanto, dando svolgimento a siffatti principi - più o meno esplicitati dagli stessi giudici nella *sent.* che si commenta - pare siano maturi i tempi affinché il beneficio di cui si discute possa ulteriormente estendersi anche al figlio disabile di uno solo dei due *partners* (e con questi, ovviamente, convivente), e sempre a condizione che il beneficiario richiedente sia lavoratore dipendente, pubblico o privato.

5. La posizione del disabile, pur non essendo espressamente regolata nella nostra Carta fondamentale, com'è noto trova protezione nei programmi di giustizia sociale che la Costituzione dedica ai soggetti deboli, nel

⁷ Tribunale ordinario di Livorno, in funzione di giudice del lavoro.

⁸ In senso conforme, anche se con riferimento ad una fattispecie diversa, ossia al diritto del convivente *more uxorio* di succedere nella titolarità del contratto di locazione in caso di morte del conduttore, si veda *Corte cost., sent. n. 404/88*, in partic. i nn. 4 e 5. Ma si veda, pure, la *Ordinanza n. 121/04* della stessa *Corte cost.*

contesto di un progetto di democrazia emancipante che tende a favorire l'inclusione sociale dei soggetti svantaggiati. Si tratta di garantire loro tutti quegli strumenti che consentono di conseguire la pari dignità sociale, ai sensi dell'art. 3 Cost., finalizzata al pieno sviluppo della persona umana, ex art. 2 Cost. quale sede privilegiata per i soggetti deboli, i cui diritti sono maggiormente esposti "per la loro condizione umana, a condizionamenti e compressioni"⁹.

Il nucleo familiare, quale sede principale delle relazioni affettive dove prevalentemente si trova ad essere collocato il disabile grave, pare uscire rafforzato dalla interpretazione estensiva offerta dai giudici costituzionali, apparendo in sintonia anche con l'indirizzo normativo sovranazionale come, ad es., col *Preambolo della Convenzione per i Diritti Umani per la Persona Disabile* del 2006 delle Nazioni Unite, ratificata in Italia con la L. n. 18/2009, che riconosce nella famiglia quel "nucleo naturale e fondamentale della società" avente "diritto alla protezione da parte della società e dello Stato".

Il principio di solidarietà e di valorizzazione della famiglia, ex artt. 2, 29 e 32 Cost., costituiscono piedistallo della normativa sulla disabilità grave. Ce lo ricorda bene la *Corte costituzionale* con la *sent. n. 203 del 2013* - in materia di congedi retribuiti anche ai parenti e affini entro il terzo grado - dove, tra le varie argomentazioni, ha avuto modo di ribadire come la tutela della salute psico-fisica del disabile postuli anche l'adozione di interventi economici integrativi di sostegno delle famiglie "il cui ruolo resta fondamentale nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap"¹⁰. La Corte ha, cioè, messo in rilievo come una tutela piena dei soggetti deboli richieda, oltre alle necessarie prestazioni sanitarie e assistenziali, anche la cura, l'inserimento sociale e, soprattutto, la continuità delle relazioni costitutive della personalità umana rinvenibili "orizzontalmente" nell'ambito familiare.

E non pare dubbio che la famiglia permanga l'ambito privilegiato di assistenza del disabile, anche alla luce del combinato disposto degli artt. 29 e 118, co. 4, Cost. in base al quale essa va sempre più valorizzata, quale vera risorsa del principio di sussidiarietà orizzontale intesa come strumento di attuazione di interessi generali, quali il benessere della persona e l'assistenza sociale.

Ancor più di recente, e sempre per usare le parole utilizzate dalla *Corte*, resta sempre "la famiglia la sede privilegiata del più partecipe soddisfacimento delle esigenze connesse ai disagi del relativo componente"¹¹.

Non esiste più (o, forse, non è mai esistito) un ideal-tipo di famiglia ma esistono modelli di famiglia possibili che oramai ricomprendono le c.d. "unioni civili" nonché le convivenze stabili costituite con la dichiarazione anagrafica e quelle di fatto non registrate. E se per le prime due tipologie non credo si pongano problemi interpretativi con riferimento all'applicabilità del beneficio previsto dalla *sent. n. 213/16*, problemi si porranno presumibilmente per l'ultima tipologia e ciò anche "in ragione della tecnica assimilatoria utilizzata, per la quale i conviventi sono solo in parte equiparati ai coniugi"¹². Anche perché l'intervenuto avvicinamento dei modelli familiari ha come denominatore comune la stabilità, la certezza dei legami affettivi: requisito che, a ben vedere, manca nella convivenza che le parti non hanno voluto (o potuto) registrare. In tal caso,

9 T. MARTINES, *Considerazioni conclusive*, in A. ROMANO, (a cura di), *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali europee*, Milano 1994, 246 ss.

10 In tal senso, cfr. *Corte cost. sentt. nn. 233 del 2005*, la n. 158 del 2007 e la n. 19 del 2009.

11 *Sent. n. 2/2016*.

12 A. CORDIANO, *La dichiarazione di incostituzionalità della legge 104/92 e l'estensione del beneficio del permesso al lavoratore convivente di fatto*, già cit.

in mancanza di uno specifico intervento legislativo sul punto, e dinanzi al "*niet*" che ben probabilmente verrà in via generale opposto dall'INPS, riteniamo che tornerà a rivivere quella giurisprudenza "restrittiva" di cui abbiamo discusso e che riproporrebbe l'esclusione dall'ambito applicativo della *sent.* qui commentata di quelle persone non legate tra loro da solidi e certi legami familiari.

** Ricercatore confermato di diritto costituzionale - Università "Kore" di Enna

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali