

**La Corte costituzionale amplia il novero dei soggetti a cui spetta il
“congedo straordinario” per assistere il familiare disabile
ex art. 42, co. 5, d.lgs. 151/2001***

di Linda Ardizzone **
(25 febbraio 2019)

SOMMARIO: 1. L’oggetto ed i “soggetti” del giudizio: “disabilità”, “vulnerabilità” e nuove prospettive di inclusione sociale. – 2. Le violazioni poste in essere dal Legislatore statale. – 3. La decisione della Corte costituzionale. – 4. Conclusioni.

1. L’oggetto ed i “soggetti” del giudizio: “disabilità”, “vulnerabilità” e nuove prospettive di inclusione sociale

Con ordinanza del 12 febbraio 2018, il Tar Lombardia ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 42, co. 5, d.lgs. 151/2001 (cfr. “Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell’articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53”) in riferimento alla disciplina del congedo straordinario retribuito concesso al figlio per l’assistenza al padre gravemente disabile. Il rimettente ha rilevato che la disposizione censurata avrebbe attribuito al figlio tale congedo a condizione che egli già convivesse con il padre al momento della presentazione della domanda.

In premessa pare utile chiarire che i destinatari della suddetta disposizione sono le persone affette da disabilità grave, rientranti nella categoria dei soggetti cc.dd. “vulnerabili” a causa di una debolezza prevalentemente fisica¹. Ebbene, al fine di garantire loro uno stile di vita quanto più sereno possibile, costante è la ricerca non soltanto in campo giuridico ma anche sul fronte della scienza medica: in questo filone si inseriscono i c.d. “disability studies”, promotori di una chiave di lettura “rivoluzionaria” della condizione di disabilità, atta a promuovere l’inclusione sociale di tali soggetti. Tale movimento – alimentato dalle teorie esposte all’interno del testo “Politics of Disablement” di Mike Oliver² – opera un’indagine sulla società in cui la persona disabile vive in netto contrasto con l’assunto, ormai diffuso, che lega causalmente l’avere una menomazione con l’essere disabile; ed è impregnato di una forte componente politica, essendo il proprio fine ultimo la promozione del cambiamento della società, in particolar modo attraverso una partecipazione attiva delle persone affette da disabilità che da oggetto di ricerca, diventano soggetti attivi della stessa.

* Scritto proposto dal Prof. Roberto Di Maria.

1 Cfr. T. CASADEI, *Diritti umani e soggetti vulnerabili, Violazioni, trasformazioni, aporie*, Torino, 2012, pp. 3-7.

2 Cfr. M. OLIVER, *The Politics of Disablement*, London, 1990, nonché *Social Work, Disabled People and Disabling Environments*, London 1991; anche M. OLIVER, C. BARNERS, *The New Politics of Disablement*, New York, 2012.

Il suddetto approccio risulta innovativo poiché implica un superamento della visione della disabilità come “tragedia individuale” che affligge una ristretta cerchia della popolazione mondiale, contribuendo ad un’analisi critica di tale *status* attraverso nuovi ambiti di studio e di ricerca, capaci di individuare le barriere sociali che devono essere rimosse per combattere la discriminazione e l’esclusione: è insomma la società a far sentire le persone disabili e tale *status* si addiziona al *deficit* presente in una determinata categoria di soggetti, esclusi ed oppressi senza alcuna ragione valida; per tal motivo è necessario soffermarsi sulla distinzione tra la menomazione/*deficit* e la condizione sociale definita disabilità e vissuta dalle persone con menomazioni, essendo necessario un cambiamento della società da operarsi per il tramite dei rapporti e delle relazioni di potere su cui essa si basa³.

Alla luce di quanto (sinteticamente) *supra* rassegnato, può analizzarsi nel merito la questione sottoposta alla Consulta: infatti – da una rapida analisi dell’art. 42, co. 5 – si intuisce immediatamente che i congedi previsti assurgherebbero non soltanto a garanzia dei soggetti affetti da disabilità, ma anche dei parenti che – per il loro tramite – avrebbero l’opportunità di prendersi cura del genitore, continuando a nutrire i propri interessi familiari e lavorativi; ed invero, spesso non è soltanto il singolo soggetto ad essere fragile ma anche la comunità che lo accoglie e in cui egli vive, nonché le istituzioni che dovrebbero provvedere ai suoi bisogni. È il caso (paradigmatico) di una comune famiglia, allorché uno dei suoi componenti è colpito da disabilità innescando in un meccanismo di “vulnerabilità nella vulnerabilità”: non è soltanto il singolo del nucleo familiare ad essere vulnerabile a causa della propria condizione di *handicap*, ma lo è pure l’intera famiglia a cui egli appartiene e che quotidianamente si vede costretta a fronteggiare situazioni di disagio⁴.

2. Le violazioni poste in essere dal Legislatore statale

Per la migliore intelligenza della pronuncia che ci si appresta ad analizzare, occorre premettere che a favore dell’interpretazione prescelta dal rimettente e suffragata dal Consiglio di Stato (parere n. 2584, reso il 1° agosto 2014, in relazione a un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto da un agente di polizia penitenziaria), avrebbero militato da un lato, il dettato letterale, dall’altro, l’argomento teleologico.

Da un punto di vista letterale, il concetto di “figlio convivente” avrebbe evocato una convivenza già instaurata al momento della formulazione della richiesta; si coglie dunque la corroborazione tra il dato testuale e la finalità

3 Cfr. S. D’ALESSIO, G. VADALÀ, A. MARRA, *Italian Journal of Disability Studies*, Editoriale, pp. 1-5. Ricca e variegata, in materia, anche la recente fioritura dell’argomento nella dottrina italiana: fra i molti contributi in letteratura ci si limita a segnalare, per ragioni di brevità e di sintesi riepilogativa, G. ARCONZO e M. D’AMICO (a cura di), *Università e persone con disabilità*, Milano, 2013; A. CANDIDO, *Disabilità e prospettive di riforma*, Milano, 2018; A. LORENZETTI, *Diseguaglianza e disabilità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2015, https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Anna_Lorenzetti_-_Dis_-_eguaglianza_e_disabilita.pdf.

4 Cfr. M. ALBERTSON FINEMAN, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journal of Law & Feminism*, volume 20, article 2, 2008, pp. 11-13.

dell'istituto del congedo straordinario e cioè tutelare la continuità dell'assistenza, eleggendo a *condicio sine qua non* per la propria applicazione la prossimità del beneficiario al familiare disabile.

In tal senso, pertanto, il giudice *a quo* ha censurato la scelta di subordinare la concessione del congedo straordinario al presupposto della preesistente convivenza del figlio richiedente con il genitore da assistere, in riferimento a molteplici parametri costituzionali.

In primis, sarebbe stato violato il combinato disposto di cui agli artt. 2, 29 e 32 Cost. che affida a ogni componente della famiglia il compito di assistere il disabile: al dovere di solidarietà, che vincola comunitariamente ogni congiunto, avrebbe fatto riscontro il corrispondente diritto del singolo di provvedere all'assistenza materiale e morale degli altri membri, ed in particolare di quelli più deboli e non autosufficienti, secondo le proprie infungibili capacità; la scelta di porre la preesistente convivenza come prerequisito indispensabile per il godimento del beneficio sarebbe stato indice, dunque, di una concezione restrittiva dell'assistenza familiare – limitata al solo nucleo convivente – e, per altro verso, di una visione statica e presuntiva dell'organizzazione familiare, che avrebbe potuto rivelarsi incompatibile con la necessità di prendersi cura, dall'oggi al domani, di una persona divenuta gravemente disabile. Ed invero, il figlio non convivente – essendo impossibilitato a prestare assistenza continuativa al genitore disabile rimasto privo di sostegno da parte di altri familiari – non avrebbe avuto altra scelta che richiedere un congedo straordinario; sotto questo profilo, però, le necessità che conducono i figli ad allontanarsi dalla famiglia natia non avrebbero potuto ostacolare la concreta attuazione dell'inderogabile principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost., eventualmente garantita mediante l'imposizione di un obbligo di convivenza durante la fruizione del congedo.

In secundis, la scelta legislativa di subordinare il beneficio del congedo straordinario a una convivenza che deve sussistere al momento della presentazione della domanda era altresì censurata per l'esplicito contrasto con l'art. 3 Cost. : il rimettente ha ravvisato un'ingiustificata disparità di trattamento tra coloro che liberamente possono scegliere il luogo in cui risiedere (e dunque convivere con il genitore) e quanti invece, per ragioni indipendenti dalla loro volontà (i.e. motivi di studio o di lavoro che conducono i figli lontano dai genitori), non possono compiere tale scelta⁵. Peraltro il principio di eguaglianza sarebbe stato leso anche in relazione alla disparità di trattamento tra il congedo straordinario e i permessi previsti dall'art. 33, co. 3, l. 104/1992 (cfr. "Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate") considerato che – pur trattandosi di istituti preordinati alla tutela dei medesimi valori costituzionali, messi in pratica per il tramite della solidarietà familiare – il Legislatore avrebbe irragionevolmente differenziato i requisiti per godere dei rispettivi benefici, in violazione del combinato disposto di cui agli artt. 2 e 3 Cost.

⁵ Inoltre una disciplina così congegnata avrebbe anche violato gli artt. 4 e 35 Cost., discriminando i soggetti legittimati ad ottenere il beneficio in questione in ragione del tipo di lavoro svolto.

3. La decisione della Corte costituzionale

Con la sentenza in commento la Consulta ha dunque dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, co. 5, d.lgs. 151/2001, nella parte in cui non annoverava, tra i beneficiari del congedo straordinario ivi previsto ed alle condizioni stabilite dalla legge, il figlio che – al momento della presentazione della richiesta – non convivesse ancora con il genitore in situazione di disabilità grave; e che tale convivenza successivamente si instaurasse in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti del coniuge convivente, del padre e della madre, anche adottivi, dei figli conviventi, dei fratelli e delle sorelle conviventi, dei parenti o affini entro il terzo grado conviventi – legittimati a richiedere il beneficio in via prioritaria, secondo l'ordine determinato dalla legge – è invero ritenuto irrilevante, ai fini della valutazione della normativa censurata.

Per l'assistenza a persona disabile, infatti, il Legislatore prevede – oltre alle provvidenze dei permessi e del trasferimento disciplinate dall'art. 33, l. 104/1992 – l'istituto del congedo straordinario, circoscritto a ipotesi tassative e contraddistinto da presupposti rigorosi: spetta soltanto per l'assistenza ad un soggetto che versa in condizioni di disabilità grave, accertata, che si ravvisa in presenza di una minorazione, «singola o plurima», che «abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione» (art. 3, co. 3, l. 104/1992); inoltre il congedo «non può superare la durata complessiva di due anni per ciascuna persona portatrice di handicap e nell'arco della vita lavorativa» (art. 42, co. 5 *bis*, d.lgs. 151/2001) e definisce la misura del trattamento economico spettante al lavoratore⁶.

Sul versante invece soggettivo il Legislatore stabilisce, da un lato, che il congedo straordinario non possa essere riconosciuto a più di un lavoratore per l'assistenza alla medesima persona – art. 42, co. 5 *bis*, terzo periodo, d.lgs. 151/2001, al pari dei permessi di cui all'art. 33, co. 3, l. 104/1992 – e, d'altro lato, delinea una precisa gerarchia dei destinatari: tale beneficio spetta, innanzitutto, al coniuge convivente, che è legittimato a goderne «entro sessanta giorni della richiesta», ed in caso di mancanza, di decesso o di patologie invalidanti di quest'ultimo, subentrano «il padre o la madre anche adottivi»; la mancanza, il decesso o le patologie invalidanti dei genitori, consentono ad uno dei figli conviventi il diritto di richiedere il congedo straordinario che è poi riconosciuto in favore di uno dei fratelli o delle sorelle conviventi quando anche i

6 Il congedo straordinario è retribuito con un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione, in riferimento alle voci fisse e continuative del trattamento, rappresentando un periodo di sospensione del rapporto di lavoro coperto da contribuzione figurativa. L'indennità e la contribuzione non possono superare un importo complessivo massimo di euro 43.579,06 annui per il congedo di durata annuale, importo che 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 (art. 42, co. 5 *ter*, primo e secondo periodo, d.lgs. 151/2001). La concessione di tale beneficio si accompagna a ulteriori limitazioni, che sanciscono l'irrilevanza del relativo periodo ai fini della maturazione delle ferie, della tredicesima mensilità e del t.f.r. (art. 42, co. 5 *quinquies*, primo periodo, d.lgs. 151/2001).

figli conviventi manchino, siano deceduti o soffrano di patologie invalidanti (art. 42, co. 5)⁷.

Inoltre, con l'introduzione dell'art. 3, co. 106, l. 350/2003 il Legislatore ha svincolato il beneficio dal presupposto della permanenza da almeno cinque anni della situazione di disabilità grave. Per il tramite del d.lgs. 119/2011, poi, sono state recepite le indicazioni offerte dalla Consulta e dunque l'istituto in esame – originariamente ~~era stato~~ pensato come strumento di tutela rafforzata della maternità in caso di figli portatori di handicap grave – è stato riscritto.

Anche in conseguenza dell'estensione del novero dei beneficiari, il congedo straordinario ha finito così con l'assumere una portata sempre più ampia, in armonia con l'esigenza di salvaguardare la cura del disabile nell'ambito della famiglia e della comunità di vita cui appartiene, di tutelarne la salute, di preservarne la continuità delle relazioni e di promuoverne una piena integrazione. Nell'apprestare le misure necessarie a rendere effettivo il godimento di tali diritti e a contemperare tutti gli interessi costituzionali rilevanti, la discrezionalità del Legislatore incontra dunque un limite invalicabile nel rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati.

Tanto premesso la Corte ha chiarito che, nell'estensione del congedo straordinario oltre l'originaria cerchia dei genitori, il Legislatore ha attribuito rilievo esclusivo alla preesistente convivenza con il disabile, al fine di salvaguardare quella continuità di relazioni affettive e di assistenza che trae origine da una convivenza già in atto: la convivenza non si esaurisce in un dato meramente formale e anagrafico ma esprime, nella quotidiana condivisione dei bisogni e del percorso di vita, una relazione di affetto e di cura. Nondimeno – ha aggiunto il Giudice delle leggi – detto presupposto, ispirato a uno scopo di preminente tutela del disabile, rischia, per una sorta di eterogenesi dei fini, di pregiudicarlo, quando manchino i familiari conviventi indicati in via prioritaria dalla legge e vi sia solo un figlio, all'origine non convivente, pronto a impegnarsi per prestare la necessaria assistenza. Ad avviso della Consulta quindi, in questa specifica circostanza, l'ancoraggio esclusivo al criterio della convivenza finisce con il vanificare la finalità del congedo straordinario: esso mira infatti a colmare le lacune di tutela ed a far fronte alle emergenti situazioni di bisogno nonché alla crescente richiesta di cura di condizioni di disabilità che si possono verificare in dipendenza di eventi successivi alla nascita, in conseguenza a malattie che si evolvono progressivamente, o infine a causa del trascorrere del tempo.

La Consulta ha evidenziato che un criterio selettivo *ut supra* congegnato compromette il diritto del disabile di ricevere la cura necessaria dentro la famiglia, proprio quando si venga a creare una tale lacuna di tutela e il disabile possa confidare – come *extrema ratio* – soltanto sull'assistenza assicurata da un figlio ancora non convivente al momento della richiesta di congedo: tali situazioni sono ugualmente meritevoli di adeguata protezione, poiché riflettono i mutamenti intervenuti nei rapporti personali e le trasformazioni che investono la famiglia, non sempre tenuta insieme da un rapporto di prossimità quotidiana,

⁷ All'esito di declaratoria di illegittimità costituzionale, devono essere annoverati tra i beneficiari del congedo straordinario anche i parenti o gli affini entro il terzo grado conviventi, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti degli altri soggetti individuati dalla disposizione censurata.

ma non per questo meno solida nel suo impianto solidaristico. Può dunque accadere che la convivenza si ristabilisca in occasione di eventi che richiedono la vicinanza – in questo caso fra padre e figlio – quale presupposto per elargire la cura al disabile: il ricomporsi del nucleo familiare si caratterizza in questi casi per un ancor più accentuato vincolo affettivo.

In tal senso, la Corte ha puntualizzato che il requisito della convivenza *ex ante* – inteso come criterio prioritario per l'identificazione dei beneficiari del congedo – si rivela idoneo a garantire, in linea tendenziale, il miglior interesse del disabile; tale presupposto, tuttavia, non può assurgere a criterio indefettibile ed esclusivo, così da precludere al figlio, che intende convivere *ex post*, di adempiere in via sussidiaria e residuale i doveri di cura e di assistenza, anche quando nessun altro familiare convivente, pur di grado più lontano, possa farsene carico. Sicché, secondo la Corte, siffatta preclusione, in contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 32 Cost., sacrifica in maniera irragionevole e sproporzionata l'effettività dell'assistenza e dell'integrazione del disabile nell'ambito della famiglia, tutelata dal Legislatore mediante una disciplina ispirata a presupposti rigorosi e contraddistinta da obblighi stringenti: il figlio che abbia conseguito il congedo straordinario ha difatti l'obbligo di instaurare una convivenza che garantisca al genitore disabile un'assistenza permanente e continuativa.

4. Conclusioni

Conclusivamente, pare doveroso ricordare che la conquista dei diritti è sempre frutto di percorsi storici sofferti, il cui mantenimento comporta eguale coinvolgimento sociale e di garanzia: come per tutti i valori in cui una società si riconosce, non basta esporli nelle costituzioni e nei trattati, è altresì necessario viverli nella effettività delle relazioni sociali praticate e nei contesti materiali in cui devono svolgersi, attestandosi l'esperienza giuridica come sintesi dei valori professati, delle regole declinate e dei fatti interroganti.

In tal senso, la tutela della salute umana rappresenta certamente un banco di prova per valutare la effettività di un ordinamento nella misura in cui, ai valori formalmente proclamati, fa riscontro una realtà giuridica e materiale incongrua: infatti, la sanità denuncia oggi un odioso divario sociale innescato dalle diverse capacità economiche di accesso alle cure, dalla differenziata efficienza delle strutture sanitarie e, talvolta, anche dalla diversa condizione di salute dei pazienti (i.e. diversamente abili) poiché per ogni condizione psico-fisica sono richieste forme di tutela ed indi cure personalizzate⁸.

Nella pronuncia in commento, si rinviene però una ulteriore tematica su cui da anni dottrina e giurisprudenza dibattono, cioè il rapporto – reso più complesso dalla propria connotazione pluralistica, poiché coinvolge non soltanto il Legislatore statale ma anche le assemblee regionali, nonché quelle delle province autonome – tra Legislatore e Corte costituzionale emergente nelle sentenze additive: dal punto di vista del Legislatore, è necessario partire da un'analisi dell'art. 28, l. 87/1953, che esclude valutazioni di natura politica o sul potere discrezionale del Parlamento all'interno del controllo di legittimità

⁸ F. BOCCHINI, *Salute e sanità tra solidarietà e responsabilità*, in *Contratto e Impresa*, n. 126/18.

costituzionale; nell'esperienza della giurisprudenza costituzionale, invece, è chiaramente espresso da un lato, il concetto di separazione dei poteri, dall'altro, l'incompetenza della stessa Corte a risolvere le *political questions*.

In un sistema come quello italiano, però, il classico principio di separazione dei Poteri è spesso contraddetto a vantaggio del principio di leale collaborazione ed anche dalla non perfetta corrispondenza tra poteri e funzioni; così ragionando, lo stesso sindacato di costituzionalità delle leggi potrebbe essere visto come un *vulnus* gravissimo per le prerogative del Legislatore. In tal senso, il margine di discrezionalità legislativo appare strettamente collegato al principio di eguaglianza, tanto è vero che la stessa Consulta ha più volte ribadito come la valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui vivono i soggetti dei rapporti da disciplinare non può non rientrare all'interno dell'alveo del potere discrezionale del Legislatore, facendo ovviamente salva l'osservanza dei limiti stabiliti nel primo comma dell'art. 3 Cost., ai sensi del quale le distinzioni di sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche e di condizioni personali e sociali non possono essi soltanto essere assunte quali criteri validi per la adozione di una disciplina diversa⁹.

Orbene le sentenze additive, negli anni, hanno scatenato reazioni contrastanti: da un lato, il plauso dei giudici di merito; dall'altro lo sgomento del Legislatore.

Un dato è però certo: anche se la norma oggetto del sindacato di legittimità dovesse essere derogatoria, la Consulta può emettere una pronuncia che ne comporti l'estensione nella misura in cui ciò serva a ristabilire il principio d'eguaglianza, ossia a rispettare una regola fondamentale del sistema costituzionale, sempreché l'estensione sia il risultato di un procedimento logico "necessitato" e riferibile al contesto normativo in cui è inserita la norma impugnata, senza alcuna invasione della sfera di discrezionalità riservata al Legislatore.

Nel caso specifico, una sentenza additiva è *ius receptum* se la soluzione "adeguata" non sia frutto di una valutazione discrezionale ma consegua necessariamente al giudizio di legittimità, in modo che la Consulta proceda ad un'estensione logicamente necessitata e spesso implicita nella potenzialità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata; quando, invece, si profilano diverse soluzioni, derivanti da plurali valutazioni, l'intervento della Corte non è ammissibile, spettando la relativa scelta unicamente all'organo parlamentare.

D'altronde, mai come in questi casi la Corte ha dovuto riflettere sul proprio ruolo istituzionale, sulle proprie competenze, sul proprio rapporto con il Legislatore¹⁰.

** Cultore di Diritto costituzionale e Dottoranda di ricerca in Scienze economiche, aziendali e giuridiche, Università degli studi di Enna "Kore".

9 Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 16/1978, n. 4 del *considerato in diritto*; sent. 28/1957, n. 7 del *considerato in diritto*; sent. n. 106/1986, n. 3 del *considerato in diritto*.

10 Cfr. P. COSTANZO, *Legislature e Corte costituzionale, uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in *Consulta online*.