

La dichiarazione di incostituzionalità della legge 104/1992 e l'estensione del beneficio del permesso al lavoratore convivente di fatto *

di Alessandra Cordiano**
(29 ottobre 2016)

1. La sentenza n. 213 del 2016 ha pronunciato l'incostituzionalità dell'art. 33, terzo comma, della legge n. 104/1992 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), nella parte in cui non prevede il convivente di fatto tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito di tre giorni per l'assistenza alla persona gravemente disabile, in alternativa al coniuge parente o affine entro il secondo grado. La norma incriminata sia nella previsione originaria, sia nella successiva formulazione modificata dall'art. 24 comma primo, lettera a), l. n. 183/2012 esclude il convivente *more uxorio* dall'ambito soggettivo di applicazione, non consentendo detta estensione neppure in via di interpretazione estensiva. La posizione espressa dalla giurisprudenza in tema, in effetti, ha sempre manifestato un orientamento fortemente restrittivo con riferimento al convivente *more uxorio*, ancorato alla stretta lettera della norma, anche al fine di limitare la portata dei comportamenti opportunistici rispetto alla fruizione dei benefici previsti, poiché la convivenza, sotto il profilo della costituzione e della dissoluzione, evidenzia aspetti fortemente critici.

La norma censurata pone in luce un *vulnus* della disciplina, che era stato in verità già sollevato in altra questione di legittimità, dalla quale era conseguita, però, una dichiarazione di manifesta inammissibilità in ragione della carente descrizione della fattispecie oggetto del giudizio: in narrativa dell'ordinanza n. 35 del 2009, la Corte segnalava che il giudice rimettente aveva ommesso di fornire sufficienti precisazioni circa la consistenza del nucleo familiare, in particolare rispetto alla presenza o meno, di altri parenti, conviventi con il disabile, idonei a fornire adeguata assistenza. Proprio questo profilo mostra una certa significatività rispetto alla questione odierna e non a caso il tribunale rimettente lo ricorda, segnalando tuttavia, per un verso, l'eterogeneità delle fattispecie; per altro verso, il significativo mutamento normativo e culturale intervenuto in ordine ai nuovi modelli familiari, che renderebbe per ciò rilevante e non manifestamente infondata la prospettata questione.

2. Il mutamento normativo *medio tempore* intercorso con riguardo ai modelli familiari si evidenzia mostrando una progressiva rilevanza riconosciuta alla famiglia di fatto, mediante orientamenti consolidati nella giurisprudenza costituzionale e non: ciò renderebbe ancor più ingiustificata l'esclusione del convivente dal novero dei beneficiari dei permessi retribuiti, "non consentendo alla persona affetta da handicap grave di beneficiare della piena ed effettiva assistenza nell'ambito di una formazione sociale che la stessa ha contribuito a creare e che è sede dello svolgimento della propria personalità". In tal senso, la norma di cui all'art. 33, terzo comma, l. 104, violerebbe non solo l'art. 2 Cost., sotto il profilo del mancato riconoscimento della giuridica rilevanza della formazione sociale familiare sottesa, ma anche, di qui, l'art. 3 Cost., per l'irragionevole disparità di trattamento tra soggetti disabili inseriti in contesti familiari coniugali e non, dalla quale disparità deriverebbe una violazione anche dell'art. 32 Cost., protetto dalla legge n. 104 *sub specie* del diritto alla tutela della salute psico-fisica del disabile grave mediante l'assistenza prestata dal convivente. Per questa via, l'apertura nei riguardi di soggetti conviventi, a

* Scritto sottoposto a *referee*.

condizione della stabilità del rapporto sotteso e dell'*affectio* quotidiana, consentirebbe l'accesso alla posizione giuridica di beneficiario del permesso retribuito.

La prospettiva accolta nel giudizio della Corte delle leggi non si colloca, o meglio non si colloca direttamente, nel solco segnato dalle pronunce che hanno sino ad oggi seguito il percorso di avvicinamento fra modelli familiari: la Corte, ricostruendo la storia della disposizione incriminata anche alla luce delle sue connessioni con i congedi straordinari, ne individua la *ratio* nel sostegno all'assistenza e nella tutela della cura delle persone disabili gravi, agevolando quanti gravitano nell'orbita familiare. Il riconoscimento dei congiunti beneficiari della misura assistenziale è strumento che realizza la tutela della salute psicofisica della persona disabile, quale diritto inviolabile di cui all'art. 32, ascrivito alla persona anche all'interno della comunità familiare. Così ricostruito il diritto sotteso alla norma di cui all'art. 33, terzo comma, ne emerge l'irragionevolezza dovuta all'assenza del convivente fra i beneficiari del permesso, così che l'art. 3 Cost. deve essere "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 dalla previsione di una norma che intende tutelare il diritto alla salute psico-fisica del disabile". Non è l'assenza di una previsione equiparatrice dei modelli familiari a poter essere censurata alla luce del principio d'eguaglianza, bensì la mancata assimilazione fra situazioni analoghe - il diritto alla salute del disabile -, e la necessità di tutela in situazioni familiari nelle quali non manchi in sé per sé un soggetto portatore di legame affettivo sostanziale, ma solo un giuridico riconoscimento di chi a questo legame partecipa, con la conseguenza di impedire l'effettività dell'assistenza del disabile e di pregiudicare irragionevolmente quel diritto sancito in premessa.

3. La volontà di precisare la *ratio* della *cura personae* del disabile sottesa alla norma sui benefici assistenziali finisce, come effetto indiretto abbastanza prevedibile, per valorizzare la relazione di solidarietà interpersonale e intergenerazionale presente all'interno di un nucleo familiare e arricchire il già composito statuto giuridico della famiglia non coniugale: a prescindere dalla formalità della costituzione del legame, la famiglia mantiene il suo ruolo fondamentale nella cura del congiunto. In questo senso, anche se il percorso intrapreso dalla Corte esplicitamente esclude la necessità e pure l'opportunità di un'argomentazione con fine equiparatrice, la famiglia non fondata sul matrimonio non può che uscire più forte da questa pronuncia: la posizione del soggetto disabile, irragionevolmente discriminato a seconda della situazione concreta, viene garantita mediante il ruolo essenziale e giuridicamente rilevante assunto dagli appartenenti al nucleo familiare.

Questa ulteriore spinta omologatrice fra gli statuti giuridici dei modelli familiari, a cui si giunge indirettamente e respingendo esplicitamente una volontà in tal senso orientata, appare oggi particolarmente significativa alla luce dei mutamenti normativi e culturali nel frattempo intercorsi, che la Corte segnala solo come un generico riferimento in narrativa e che, altresì, non debbono in alcun modo tradire "una distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale". Sebbene la questione sia stata sollevata nel 2014, infatti, la Corte non fa riferimento all'entrata in vigore della legge n. 76 del 2016, sulle unioni civili fra persone dello stesso sesso e sulle convivenze di fatto. Le unioni civili, anche grazie al comma 20 della legge, vedono esteso al partner dell'unione il trattamento giuridico riservato al *coniuge*, salvo per ciò che attiene ai rapporti verticali di filiazione e adozione; mentre con riguardo alla convivenza costituita con dichiarazione anagrafica, molte delle criticità sorgono in ragione della tecnica assimilatoria utilizzata, per la quale i conviventi sono solo in parte equiparati ai coniugi.

Si può agilmente sostenere, pertanto, che il trattamento favorevole introdotto dall'odierna sentenza di incostituzionalità al regime dei permessi retribuiti potrà *naturaliter* essere

esteso sia al partner dell'unione civile, sia al convivente di fatto della coppia che, con dichiarazione anagrafica, abbia costituito uno stato famiglia, con ciò non solo adottando un comportamento che indirettamente rinvia all'esistenza di una relazione affettiva stabile e duratura, ma soprattutto agevolando l'eventuale accertamento in ordine alla costituzione e allo scioglimento del legame.

In dubbio, piuttosto, è la possibilità di estendere detto trattamento di favore al convivente della coppia che non abbia provveduto alla dichiarazione anagrafica, quindi, con riguardo alla convivenza di fatto non registrata: da un lato, infatti, la sentenza nulla dice sulla questione (non facendo rinvio alla nuova disciplina), ma si rifà solo all'esistenza di una relazione affettiva "tipica del rapporto familiare", ed estende la tutela di favore alla luce della tutela della salute del disabile; dall'altro, però, l'orientamento restrittivo adottato dalle Corti (e dall'Istituto di previdenza), per disincentivare comportamenti opportunistici in ordine alla fruizione dei benefici da parte di soggetti conviventi, potrebbe riemergere proprio in occasione dell'emanazione della disciplina Cirinnà: questa, consentendo una certa assimilazione del rapporto di fatto a quello coniugale, agevola il profilo della certezza dei rapporti giuridici, concedendo di determinare agevolmente la costituzione e la dissoluzione del legame e di limitare l'adozione di condotte illegittime. Con ciò s'intende che, alla richiesta da parte di un soggetto appartenente ad una convivenza di fatto non registrata, potrebbe essere opposto un rifiuto da parte dell'istituto previdenziale, in ragione di una situazione affettiva che, a fronte della possibilità concessa dalla nuova disciplina, rimane difficilmente accertabile con le modalità tipiche dell'ordinamento dello stato civile. Quanto accadrà non è sostenibile con adeguata certezza, ma certo mette in luce che il percorso di assimilazione fra modelli familiari e, con esso, un'opportuna opera di ammodernamento del diritto di famiglia italiano non hanno trovato ancora punto che possa dirsi fermo.

** Associata di Diritto privato, Università di Verona