



L'ASSISTENZA FAMILIARE AL SOGGETTO DISABILE: LA CORTE COSTITUZIONALE ESTENDE AL CONIUGE CONVIVENTE IL DIRITTO AL CONGEDO STRAORDINARIO RETRIBUITO.

di

Alfonso Scimia

(Dottorando di ricerca in diritto pubblico, Università degli studi di Perugia)

5 marzo 2008

1. Premessa.

Con la sentenza n. 158 del 2007 la Corte costituzionale è tornata ad occuparsi del congedo straordinario retribuito previsto dall'art. 42, comma 5, del D. Lgs 26 marzo 2001, n. 151 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela a sostegno della maternità e paternità), a meno di due anni dalla sentenza n. 233 del 2005¹ con cui già aveva ampliato il novero dei possibili beneficiari delle tutele ivi previste².

La norma *de qua* intreccia la condizione di disabilità con quella di lavoro subordinato e disciplina una particolare tipologia di congedo, *species* del *genus* di quello previsto per eventi e cause particolari all'art. 4, comma 2, della L. 8 marzo 2000, n. 53³.

Trattasi, più precisamente, di un'indennità pari all'ultima retribuzione, cui va aggiunta, sul piano previdenziale, una contribuzione figurativa che copre l'intero periodo di assenza dal lavoro; tale beneficio economico ha una durata massima

¹ Su Corte cost., sent. 16 giugno 2005, n. 233 v. i commenti di F. GIRELLI, *Ai fratelli di persone con disabilità spetta il congedo straordinario retribuito non solo dopo la "scomparsa" dei genitori ma anche quando questi siano totalmente inabili*, in www.giurcost.org; D. GOTTARDI, *Più ampia la titolarità del congedo straordinario per gravi motivi di famiglia*, in *Guida lav.*, n. 27/2005, p. 10 ss, nonché R. NUNIN, *Diritto al congedo anche per i fratelli di un disabile se i genitori sono impossibilitati all'assistenza*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 578 ss.

² Sul D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151 v. tra gli altri M. MISCIONE, (a cura di), *I congedi parentali*, Milano, 2001, nonché R. DEL PUNTA e D. GOTTARDI (a cura di), *I nuovi congedi*, Milano, 2001. Per ulteriori approfondimenti sul tema dei congedi, "tra valorizzazione della qualità della vita delle persone e flessibilità della dimensione temporale della prestazione lavorativa" v. anche L. CALAFA', *Congedi e rapporto di lavoro*, Padova, 2004, *passim*.

³ Sulla L. 8 marzo 2000, n.° 53 v. R. DEL PUNTA, V. LAZZERONI, L. VALLAURI, *I congedi parentali*, Milano, 2000; R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 149 ss.; D. GOTTARDI, *I congedi parentali entrano nel nostro ordinamento*, in *Guida lav.*, 2000, n.° 9, p. 12 ss.; D. GOTTARDI, voce *Congedi parentali*, in *Dig. comm., Agg.*, I, Torino, 2000, p. 185 ss.; R. NUNIN, *La direttiva n. 96/34/CE sui congedi parentali ed il suo recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Dir. lav.*, 2000, I, p. 207 ss.; A. RICCIARDI, *I congedi parentali*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 350 ss.

di due anni e non potrà superare il tetto massimo di lire 70 milioni annue da rivalutarsi ogni anno sulla base dell'Indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati. L'importo sarà erogato al lavoratore entro 60 giorni dalla richiesta, senza la necessità del consenso del datore di lavoro, in quanto rappresenta, ove ne ricorrano i presupposti, un vero e proprio diritto per il lavoratore che assiste un familiare disabile in situazione di gravità *ex art. 3, comma 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale ed i diritti delle persone handicappate)*.

Originariamente previsto dall'art 4, comma 4 bis, della legge n. 53 del 2000, l'istituto in esame è risultato da subito scarsamente soddisfacente sul piano applicativo tanto che è stato oggetto di alcune importanti modifiche nel corso degli anni. Già con la Legge finanziaria per il 2001 (l. n. 388 del 2000, art. 80, comma 2) se ne erano ampliati i contenuti, accrescendo il numero e la qualità delle forme di tutela esistenti; in seguito, la previsione del congedo *de quo*, ulteriormente corretta, era stata inserita nel Testo Unico n. 151 del 2001 al comma 5 dell'art. 42, mentre con la Legge finanziaria per il 2004 (art 3, comma 106, l. n.350 del 2003), si era di nuovo intervenuti per rimuovere il vincolo dei 5 anni di riconoscimento della situazione di gravità del disabile da assistere, presupposto in precedenza necessario per poter fruire del beneficio.

Infine, con la decisione n. 233 del 2005, il giudice delle leggi aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma sopra richiamata nella parte in cui non prevedeva il diritto di uno dei fratelli o delle sorelle conviventi con il soggetto portatore di handicap in situazione di gravità a fruire del congedo in questione nell'ipotesi in cui i genitori fossero stati impossibilitati a provvedere all'assistenza del figlio handicappato perché totalmente inabili.⁴

Tale sentenza, richiamata sia dal giudice remittente che nella motivazione della sentenza in esame, veniva a sanare un importante "vuoto" di tutela non solo nei confronti delle persone diversamente abili, ma anche dei lavoratori che si trovavano a vivere, nelle relazioni familiari, situazioni particolarmente delicate dove risultava difficile contemperare le esigenze di vita e quelle di lavoro⁵.

2. Il giudizio *a quo*.

La sentenza in commento aggiunge un ulteriore tassello alle regole in materia di congedo straordinario per gravi motivi di famiglia per la cura di disabili dichiarando incostituzionale l'art. 42, comma 5 del D. Lgs n. 151 del 2001 "nella parte in cui non prevede, in via prioritaria rispetto agli altri congiunti indicati dalla norma, anche per il coniuge convivente con 'soggetto con handicap in situazione di gravità' il diritto di fruire del congedo ivi indicato"⁶.

⁴ In proposito v. nota n.1.

⁵ Così R. NUNIN, *op. ult. cit.*, p. 619.

⁶ Cfr. R. NUNIN, *La Consulta estende al coniuge del disabile il diritto al congedo straordinario retribuito*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 870 ss.

La questione di costituzionalità era stata sollevata dal Tribunale di Cuneo in funzione di giudice del lavoro con ordinanza del 10 luglio 2006⁷.

Oggetto del giudizio *a quo* era una controversia di lavoro promossa da un dipendente di un Istituto di istruzione superiore, con contratto a tempo determinato, nei confronti del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, al fine di ottenere il riconoscimento del diritto al congedo straordinario retribuito previsto dall'art. 42, comma 5 del D. Lgs n.151 del 2001 stante la necessità di assistere la moglie in situazione di disabilità grave *ex art. 3, commi 1 e 3, della legge n. 104 del 1992*.

La domanda di congedo era stata respinta dall'Amministrazione dell'Istituto superiore sulla considerazione che il citato art. 42, comma 5, non includeva il coniuge del disabile tra gli aventi diritto.

E ciò, nonostante che il richiedente fosse l'unico in grado di assistere la moglie in quanto del nucleo familiare della disabile facevano parte solo le due figlie minori, mentre nessuno della sua famiglia di origine risultava in grado di prestare assistenza, essendo il padre deceduto, la madre invalida al 74%, e l'unica sorella non convivente impegnata ad attendere alle incombenze del proprio nucleo familiare.

Il Tribunale di Cuneo riteneva pertanto di sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma *de qua* per contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 32 Cost. assumendo che la disciplina vigente riservava al coniuge del disabile grave un trattamento peggiore rispetto a quello assicurato ai genitori o, in caso di loro impossibilità (scomparsa o, dopo la sentenza n. 233 del 2005, totale inabilità) ai fratelli e alle sorelle del disabile, in relazione alla possibilità di adempiere ai doveri di assistenza e di cura del proprio consorte (art. 2 Cost.).

Inoltre, secondo il remittente, tale disposizione avrebbe determinato una minore tutela sia al nucleo familiare proprio del disabile rispetto a quella spettante alla sua famiglia di origine, sia al diritto alla salute del disabile medesimo rispetto al portatore di handicap che poteva essere assistito dai genitori o, in mancanza, dai fratelli conviventi.

Pertanto, valutato complessivamente il caso concreto, mancando lo spazio per una interpretazione adeguatrice, al giudice *a quo* non restava altro che sollecitare l'intervento della Corte costituzionale in quanto la fattispecie non poteva che essere risolta in seguito ad una declaratoria di incostituzionalità⁸.

Tale prospettiva dimostra come il Tribunale di Cuneo abbia pienamente compreso l'importanza di "inverare" i valori costituzionali, valorizzando la funzione del giudice quale anello di collegamento tra lo Stato e la società,

⁷ L'ordinanza è pubblicata sulla *G.U.*, 1ª serie spec., n.º 49 del 13 dicembre 2006.

⁸ In proposito v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, p. 203 ss per il quale "la problematica coesistenza tra i vari aspetti costitutivi del diritto (diritti, giustizia, legge) e l'adeguatezza tra casi e regole richiedono un particolare atteggiamento spirituale da parte di chi opera giuridicamente". Si presti particolare attenzione a p. 213 dove l'Autore sottolinea la responsabilità che nella vita del diritto grava sui giudici quali "garanti della complessità del diritto nello Stato costituzionale, cioè della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia".

ovvero tra l'applicazione delle norme poste dal legislatore e la risoluzione dei casi concreti⁹.

3. Il ruolo della famiglia nell'assistenza al disabile.

Il giudice delle leggi, nel giudicare fondata la questione di costituzionalità, preliminarmente ha evidenziato la *ratio* dell'istituto del congedo retribuito ricostruendone presupposti ed evoluzione normativa¹⁰.

Le argomentazioni dei giudici costituzionali si sono incentrate sulle scelte di valore compiute dal legislatore, delle quali è stata saggiata la complessiva sostenibilità in rapporto ai parametri costituzionali.

In particolare, a parere della Consulta, "l'interesse primario cui è preposta la norma in questione – ancorché sistematicamente collocata nell'ambito di un corpo normativo in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità – è quello di assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare, indipendentemente dall'età e dalla condizione di figlio dell'assistito".

Sotto altro profilo, la Corte costituzionale, richiamando la propria precedente giurisprudenza, ribadisce anche nella sentenza in commento il ruolo di assoluta centralità svolto dalla famiglia nell'ambito dell'assistenza al disabile¹¹.

Appare particolarmente significativo il rinvio esplicito alla sentenza n. 350 del 2003 che, in tema di concessione del beneficio della detenzione domiciliare alla madre condannata convivente con un figlio portatore di un handicap invalidante, aveva particolarmente evidenziato il ruolo della famiglia nella assistenza e nella socializzazione del soggetto disabile riconoscendo il pregiudizio che a quest'ultimo sarebbe stato provocato dalla mancanza delle cure parentali.

Più precisamente, la Corte aveva sottolineato che la possibilità di concedere la detenzione domiciliare al genitore condannato, convivente con un figlio totalmente handicappato, "appare funzionale all'impegno della Repubblica, sancito nel secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, di rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che impediscono il pieno sviluppo della personalità".¹²

Tuttavia, ripercorrendo la giurisprudenza costituzionale meno recente, non può non menzionarsi la sentenza n. 215 del 1987 che, in tema di diritto alla frequenza scolastica dei portatori di handicap, ha sottolineato che i fattori di recupero e di superamento dell'emarginazione dei disabili sono rappresentati "non solo dalle pratiche di cura e di riabilitazione, ma anche dal pieno ed

⁹ Cfr. L. PESOLE, *L'attuazione del principio di non discriminazione nelle pronunce costituzionali che manipolano più volte lo stesso testo legislativo*, in AA.VV., *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale* – Atti del Seminario di Perugia del 18 marzo 2005, a cura di C. CALVIERI, Torino, 2006, pp. 435-436, nonché G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 206-207.

¹⁰ Sulla ricostruzione della *ratio legis* nella giurisprudenza costituzionale, v. per tutti G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, p. 111 ss.

¹¹ Cfr. in particolare M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 25 ss.

¹² Su Corte cost., sent. 5 dicembre 2003, n. 350 si segnala il commento di L. FILIPPI, *La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno nella detenzione domiciliare*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3643 ss.

effettivo inserimento dei medesimi anzitutto nella famiglia e, quindi, nel mondo scolastico ed in quello del lavoro”.¹³

In quella occasione la Consulta ha avuto modo altresì di precisare che tale esigenza di socializzazione può essere attuata soltanto rendendo doverose le misure di integrazione e di sostegno a favore delle persone diversamente abili: il mancato riconoscimento in sede normativa di diritti e provvidenze economiche in capo ai portatori di handicap viola, a parere dei giudici costituzionali, la Costituzione in quanto “si risolve in un inammissibile impedimento all’effettività dell’assistenza e dell’integrazione”¹⁴.

Nella fattispecie in esame, anche alla luce di tale orientamento giurisprudenziale, la Corte ha appuntato la sua attenzione sul ruolo assunto dalla famiglia nell’assistenza e nella socializzazione del disabile, con particolare riferimento al “soddisfacimento dell’esigenza di socializzazione quale fondamentale fattore di sviluppo della personalità e idoneo strumento di tutela della salute del disabile intesa nella sua accezione più ampia”.

In tale ambito, dunque, l’istituto del congedo straordinario retribuito può inquadrarsi tra gli interventi economici integrativi di sostegno alle famiglie che si fanno carico dell’assistenza delle persone diversamente abili, evidenziandosi, così, lo stretto legame con quelle finalità perseguite dalla legge n. 104 del 1992 (Legge quadro per l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate) tra cui rientra anche la tutela della salute psico-fisica dei disabili e la promozione della loro integrazione nella famiglia¹⁵.

L’obiettivo della legge quadro, in generale, è quello di superare una logica meramente protettiva nel trattamento dei soggetti portatori di handicap per “equalizzare”¹⁶ le loro opportunità.

Del resto, la Repubblica ha l’obbligo di intervenire per realizzare condizioni di effettiva uguaglianza sostanziale *ex art 3, comma 2 Cost.* in linea con quella più ampia finalità indicata nell’art 2 Cost. che garantisce la tutela dei diritti inviolabili dell’uomo non solo come singolo, ma anche nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità.

In questo senso, gli interventi a favore dei disabili devono essere tali da realizzare anche queste ulteriori finalità: la strategia corretta, infatti, appare quella della integrazione, diretta, non solo ad offrire interventi di sostegno, ma

¹³ Su Corte cost., sent. 8 giugno 1987, n. 215 si rinvia a G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, p. 74 ss, nonché a A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3206.

¹⁴ Cfr. anche Corte cost., sent. 10 maggio 1999, n. 167, nonché sent. 9 luglio 2002, n. 329 e sent. 22 novembre 2002, n. 467.

¹⁵ In proposito v. P. CENDON, *Handicap e diritto*, Torino, 1997, p. 3 ss nonché, M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana*, Bologna, 2002, p. 27 ss per la quale le politiche pubbliche che mirano ad una società giusta e degna sono quelle che non si limitano a fornire risorse aggiuntive, ma provvedono anche a rimuovere quegli ostacoli di tipo naturale, sociale e familiare che finiscono per aggravare, anziché alleggerire, la situazione di disabilità.

¹⁶ È un’espressione tratta dal documento “*Standard rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities (St. RE)*” approvato dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 dicembre 1993. Il documento è reperibile sul sito internet <http://www.un.org/>.

anche a favorire un reale ed effettivo inserimento nella comunità di cui fanno parte.

L'inserimento e l'integrazione nelle formazioni sociali, ed in particolare nella famiglia, assumono dunque una fondamentale importanza per i disabili al fine di favorire un reale recupero di soggetti che vanno pienamente garantiti sul piano della dignità umana, dei diritti di libertà, dell'autonomia¹⁷.

Del resto, ogni componente del nucleo familiare¹⁸, sia esso coniuge, genitore o figlio, ha un generale "diritto all'assistenza" per l'adempimento dei rispettivi compiti, che in sede di legislazione ordinaria tende a concretizzarsi in situazioni di diritto soggettivo a diverse prestazioni assistenziali, tali comunque da attuare quel progetto di sicurezza sociale delineato dagli artt. 29, 30 e 31 Cost.¹⁹.

In particolare l'art. 31 Cost. enuncia direttive di politica del diritto per agevolare con misure economiche ed altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei relativi compiti e per proteggere con appositi istituti la maternità, l'infanzia e la gioventù: tale disposizione va dunque inquadrata nella più ampia strategia del comma 2 dell'art. 3 Cost. e contribuisce allo sviluppo della società italiana e alla trasformazione delle sue strutture essenziali²⁰.

La famiglia, quindi, anche a parere della Corte costituzionale, non può essere assente nel processo di prevenzione, riabilitazione e socializzazione del disabile in quanto, più di ogni altro, costui ha bisogno di una risposta affettiva e relazionale del nucleo familiare di appartenenza²¹.

4. Diritti e doveri di solidarietà familiare: il coniuge del disabile tra i possibili beneficiari del congedo straordinario retribuito.

¹⁷ In questo senso, v. ancora P. CENDON, *op. cit.*, pp. 5-6.

¹⁸ Per uno studio introduttivo dei diritti dei singoli nelle formazioni sociali v. in particolare C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sulla garanzia dei singoli nelle formazioni sociali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, III, Milano, 1978, p. 1563 ss., nonché A.M. SANDULLI, *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI, Vol. I, Padova, 1992, p. 3 ss.

¹⁹ Cfr. per tutti F. CAGGIA e A. ZOPPINI, *Art. 29*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2006, I, p. 601 ss.; E. LAMARQUE, *Art. 30*, *ibidem*; L. CASSETTI, *Art. 31*, *ibidem*.

Per quanto concerne i rapporti tra famiglia ed assistenza si v. per tutti V. M. CAFERRA, *Famiglia e assistenza. Il diritto della famiglia nel sistema della sicurezza sociale*, Bologna, 2003, *passim*.

²⁰ Così L. CASSETTI, *op. ult. cit.*, pp. 641-642.

²¹ Sulle relazioni familiari ed i rapporti con il principio personalista ed il principio di eguaglianza v. E. LAMARQUE, voce *Famiglia (Dir. cost.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (diretto da), Vol. III, Milano, 2006, p. 2421 ss. nonché M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, e M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto: principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Bologna, 2002, *passim*.

Va tuttavia osservato che la Corte costituzionale nella sentenza in commento allude alla famiglia *tout court* non distinguendo tra famiglia legittima e famiglia di fatto (convivenza *more uxorio*).

Il problema del diritto al congedo retribuito potrebbe infatti porsi anche con riferimento ad un rapporto stabile di convivenza in cui uno dei soggetti sia un disabile. Anche in tal caso, pur mancando una specifica disciplina normativa, non sembra poter venir meno quella esigenza di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona, configurando una coppia non sposata che conviva stabilmente comunque una formazione sociale in cui si svolge la personalità dell'individuo (art 2 Cost.).

Ciò posto, uno degli aspetti più interessanti della sentenza in commento è quello concernente il trattamento peggiore che, ai sensi dell'art. 42, comma 5 del D. Lgs n. 151 del 2001, veniva riservato al coniuge del disabile rispetto ai componenti della famiglia di origine: infatti, il coniuge convivente era irragionevolmente escluso dai possibili beneficiari pur trattandosi di una situazione che esigeva la medesima protezione ed il medesimo trattamento rispetto a quelle contemplate dalla norma²².

La Consulta nella sentenza in commento non si è limitata a constatare tale lacuna, ma ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata "nella parte in cui non prevede in via prioritaria rispetto agli altri congiunti indicati dalla norma, anche per il coniuge convivente con soggetto con handicap in situazione di gravità, il diritto a fruire del congedo ivi indicato".

In altri termini, a parere dei giudici costituzionali, non solo è irragionevole escludere dal novero dei beneficiari del congedo il coniuge convivente del disabile ma, anzi, costui ne deve aver diritto "in via prioritaria rispetto agli altri congiunti indicati dalla norma".

E ciò – spiega la Corte – in ragione del fatto che è proprio il coniuge ad essere tenuto per primo ad adempiere gli obblighi di assistenza morale e materiale del proprio consorte sulla base del vincolo matrimoniale ed in conformità dell'ordinamento giuridico vigente (art. 433 cod. civ.).

Orbene, se è vero che in generale l'ambito del diritto di famiglia si caratterizza per essere principalmente il luogo delle relazioni di carattere personale, è proprio nel rapporto coniugale che quel principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. trova la più puntuale traduzione giuridica, fondando il vincolo matrimoniale una comunione spirituale e materiale tra soggetti moralmente e giuridicamente uguali²³.

Tale comunione di vita si realizza liberamente con l'*affectio maritalis*, che come sostenuto da autorevole dottrina "dà un significato spontaneo all'adempimento del dovere di solidarietà, oltre che degli altri doveri derivanti dal matrimonio"²⁴.

In definitiva la Costituzione, riconoscendo i "diritti di famiglia", valorizza anche sul piano costituzionale i diritti-doveri di solidarietà familiare: tali sono quelli inerenti al rapporto coniugale, improntato ai sensi dell'art. 29 Cost. sul principio di uguaglianza dei diritti e doveri reciproci tra i coniugi²⁵.

Può dunque dirsi che la famiglia è una formazione sociale pienamente garantita dalla Costituzione, non essendo perciò ammissibili deroghe come quella che riguardava il coniuge convivente del disabile grave in relazione alla possibilità di fruizione del congedo retribuito prima della sentenza in commento.

²² Sul canone della ragionevolezza e sull'ampio margine di cui gode la Corte quando vi ricorre, cfr. G. SCACCIA, *op cit.*, spec. pp. 398-399.

²³ La legge n. 898 del 1970, nell'introdurre il divorzio nel nostro ordinamento, ha indicato agli artt. 1 e 2, tra le condizioni dello scioglimento del matrimonio, l'impossibilità di ricostituire la comunione materiale e spirituale tra i coniugi. Dunque, è lo stesso legislatore a riconoscere espressamente che il vincolo coniugale dà luogo a detta comunione. Sul tema v. V. M. CAFERRA, *Famiglia e assistenza*, cit., p. 34.

²⁴ Così ancora V.M. CAFERRA, *ibidem*.

²⁵ Cfr. su tutti F. CAGGIA e A. ZOPPINI, *Art. 29*, cit., p. 612 ss.

Pertanto la sentenza in commento interviene a colmare un'altra importante lacuna legislativa e si inserisce in quell'importante filone della giurisprudenza costituzionale che vede la Consulta perseguire l'uguaglianza sostanziale con particolare riferimento ai profili di tutela dei soggetti deboli quali sono i disabili²⁶.

E ciò evidenziando che i fattori di recupero e di superamento dell'emarginazione di tali soggetti sarebbero rappresentati non solo dalle pratiche di cura e riabilitazione, ma anche dal pieno ed effettivo inserimento nella famiglia che svolge un ruolo fondamentale nella cura e nella assistenza dei disabili, rispetto al quale l'istituto del congedo straordinario retribuito si porrebbe quale specifico intervento economico integrativo di sostegno.

Per converso, il mancato riconoscimento a livello normativo del diritto al congedo per il coniuge del disabile determinava una minore tutela del suo nucleo familiare, proprio nei casi in cui sarebbe stata più forte l'esigenza di garantire che il lavoratore conservasse la medesima retribuzione nel periodo destinato all'assistenza del consorte.

5. La tutela dei soggetti disabili ed il ricorso alle manipolazioni di tipo additivo.

Una sentenza, dunque, che deve essere particolarmente apprezzata in quanto non solo rappresenta un notevole passo in avanti verso una piena ed effettiva tutela delle persone diversamente abili ma, al tempo stesso, seguendo la linea già tracciata dalla sentenza n. 233 del 2005, va incontro a quei lavoratori che si trovino a vivere, nelle relazioni familiari, situazioni particolarmente difficili e bisognose di sussidio²⁷.

Trattasi, più precisamente, di una nuova pronuncia "correttiva" dell'art. 42, comma 5 del D. Lgs n.151 del 2001, già oggetto in questi anni di numerosi interventi normativi e giurisprudenziali, e su cui probabilmente il Legislatore tornerà di nuovo atteso il Disegno di legge approvato il 16 novembre 2007 dal Consiglio dei Ministri, collegato alla Legge finanziaria per il 2008, che prevede tra l'altro una delega al Governo per riordinare la materia dei congedi.

La Corte costituzionale ancora una volta ha inteso valorizzare in concreto i principi fondamentali della solidarietà (art. 2 Cost.) e dell'uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.), dimostrandosi pienamente consapevole della necessità di garantire una tutela piena ed effettiva ai diritti sociali²⁸.

²⁶ Cfr. ad esempio Corte cost., sent. 18 febbraio 1988, n. 183, sent. 2 febbraio 1990, n. 44, sent. 5 febbraio 1998, n. 10, sent. 5 luglio 1999, n. 283 nelle quali il soggetto debole tutelato è il minore adottando, il cui interesse viene talvolta contemperato con quello della famiglia.

²⁷ Cfr. R. NUNIN, *op. cit.*, p. 873.

²⁸ Del resto - come ebbe a dire Piero Calamandrei - il vero problema politico non è tanto quello di riuscire ad inserire nella Costituzione le enunciazioni dei c.d. diritti sociali, quanto quello ben più complesso "di predisporre i mezzi pratici per soddisfarli e per evitare che essi rimangano come vuota formula teorica scritta sulla carta, ma non traducibile nella realtà".

Per un inquadramento generale dei diritti sociali v. da ultimo A.GIORGIS, voce *Diritti sociali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (diretto da), Vol. III, Milano, 2006, p. 1903 ss., per una ricostruzione dei diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei, tra "desideri sentimentali" e diritti costituzionali, cfr. A. PACE, *Diritti*

I giudici costituzionali non si sono infatti limitati ad eliminare dall'ordinamento giuridico una disposizione incostituzionale, ma sono intervenuti a colmare una lacuna normativa offrendo così una copertura giuridica ad aspetti della realtà vivente evidentemente trascurati o non pienamente tutelati sul piano legislativo.²⁹

Secondo parte della dottrina, con gli interventi additivi³⁰ come quello in commento la Corte verrebbe a svolgere un vero e proprio ruolo di "supplenza" nei confronti del Parlamento o, comunque, una funzione "paralegislativa", in quanto, anziché limitarsi ad un'attività meramente interpretativa dell'ordinamento vigente, finirebbe per sovrapporsi al legislatore elaborando nuove norme giuridiche.³¹

Lo stessa Consulta ha tuttavia chiarito che "una decisione additiva è consentita, com'è *ius receptum*, soltanto quando la soluzione adeguatrice non debba essere frutto di una valutazione discrezionale ma consegua necessariamente al giudizio di legittimità, sì che la Corte in realtà 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 profili una pluralità di soluzioni, derivanti da varie possibili valutazioni, l'intervento della Corte non è ammissibile, spettando la relativa scelta unicamente al legislatore"³².

Pertanto, il ricorso a questo strumento decisorio dovrebbe essere il frutto di una scelta logicamente e costituzionalmente necessaria che, pur non arrivando al punto di invadere l'ambito riservato alla discrezionalità legislativa (art. 28 L. n. 87 del 1953), consenta di far emergere un elemento additivo "già presente ed in

di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei, in *Pol. dir.*, 1988, p. 695 ss, mentre per un esame sulle tecniche decisorie adottate dai giudici costituzionali a garanzia dei diritti sociali v. per tutti C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamento e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, *passim*.

²⁹ Cfr. C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996, p. 1 per il quale la giurisprudenza costituzionale ha svolto negli anni un ruolo centrale nella costruzione dell'edificio dello Stato sociale contribuendo ad impedire le disarmonie tra realtà vivente e regola giuridica.

³⁰ Per una approfondita indagine sulle sentenze manipolative ed in particolare sugli interventi additivi della Corte costituzionale si v. per tutti C. COLAPIETRO, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa, 1990, *passim*.

³¹ Sull'attività di "supplenza" della Corte costituzionale e delle altre istituzioni di garanzia (Presidente della Repubblica ed Ordine giudiziario) v. per tutti N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale come giudice di "opportunità" delle leggi*, in AA.VV., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, p. 23 ss. In particolare, l'Autore colloca la Corte tra gli organi di indirizzo politico *tout court* così come L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento*, Padova, 1987, p. 333 per il quale il giudice delle leggi attraverso gli indirizzi rivolti al Legislatore finisce per condizionare lo stesso indirizzo politico sviluppato dagli altri organi costituzionali, contribuisce ad elaborarlo, influenza ampiamente la fase formativa della legge. In questo senso, v. anche A. SPADARO, *Di una Corte che non si limita ad "annullare" le leggi, ma "corregge" il Legislatore e dunque, "scrive" – o "riscrive" per intero – le leggi (il caso emblematico della giurisprudenza normativa sulle adozioni)*, in A. RUGGERI-G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Milano, 2000, p. 357 ss. per il quale la Corte partecipa al procedimento di formazione della legge mediante gli interventi manipolativi. Ha tuttavia osservato E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996, p. 31 che "un buon sistema di giustizia costituzionale è quello che riesce a individuare un giusto punto di equilibrio in grado di evitare [...] tanto la 'politicizzazione' della giurisdizione che la 'giurisdizionalizzazione' della politica".

³² Cfr. Corte cost., sent. 23 aprile 1986, n. 109.

modo obbligante” nella disposizione di legge impugnata, pur se formalmente non espresso³³.

La Corte quindi non è legittimata a “creare”³⁴ diritto, ma, semmai, può limitarsi, attraverso l’attività interpretativa, a far emergere dalla “logica del sistema legislativo e costituzionale”³⁵ norme che si impongono “a rime obbligate”³⁶.

Nella fattispecie in esame i giudici costituzionali hanno esteso il diritto al congedo straordinario retribuito anche al coniuge del disabile, precisando che costui ne deve aver diritto “in via prioritaria rispetto agli altri congiunti indicati dalla norma”.

Dal matrimonio, infatti, derivano una serie di diritti e di obblighi, tra i quali, sul piano personale, si segnalano l’obbligo reciproco alla fedeltà, all’assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell’interesse della famiglia e alla coabitazione (art 143 cod. civ.).

Un’interpretazione moderna e costituzionalmente orientata di tale disposizione non può che condurre alla conclusione che tutti gli aspetti della vita familiare devono essere improntati ai principi dell’unità della famiglia, della parità tra i coniugi, della reciproca solidarietà: un impegno globale e reciproco deve dunque responsabilizzare i coniugi e l’inclusione del coniuge del disabile tra i possibili beneficiari del congedo sembra andare in questa direzione.

La Corte, applicando analogicamente l’art. 433 cod. civ., ha individuato proprio nel coniuge il soggetto da preferire nel caso in cui diversi siano gli aventi diritto al congedo, con ciò ritenendo non giustificabile la normativa impugnata nella parte in cui escludeva proprio chi aveva bisogno più di ogni altro della necessaria assistenza economica per dare effettiva attuazione ai diritti e doveri discendenti dal vincolo matrimoniale e tutelati sul piano costituzionale.

Ciò finiva per discriminare non solo il disabile, che andava incontro al rischio di non poter essere assistito dal proprio coniuge per mancanza di risorse economiche, ma anche il medesimo coniuge, che finiva per essere trattato dalla legge in modo irragionevolmente diverso rispetto ai componenti della famiglia di origine del disabile.

In definitiva, con la pronuncia in commento la Corte sembra aver attinto a tutte le potenzialità interpretative insite nel sistema costituzionale e nel quadro codicistico di riferimento, dimostrandosi, al tempo stesso, particolarmente

³³ Così, G. D’ORAZIO, *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*, in *Riv. Trim. Dir. pubbl.*, 1992, p.63.

³⁴ Al riguardo, in considerazione degli elementi di “novità” apportati dalle decisioni manipolative, si è autorevolmente sostenuto come in ogni caso non si possa parlare di una “creatività *ex nihilo*”, ma, semmai, di una creatività “strumentale”, ovvero tesa ad adeguare il diritto legislativo alla Costituzione: così, L. ELIA, *Il potere creativo delle corti costituzionali*, in AA.VV., *Le sentenze in Europa – metodo, tecnica, stile*, Padova, 1988, p. 217; F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, p. 52 ss. e 63.

³⁵ Così A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2007, p. 262.

³⁶ L’espressione è di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. L’ordinamento costituzionale italiano. (La Corte costituzionale)*, Padova, 1984, pp. 407-408, per il quale la Corte non si sostituisce al Legislatore, ma opera in modo da colmare una lacuna legislativa attraverso una norma “già implicata nel sistema , e magari addirittura ricavabile dalle stesse disposizioni costituzionali di cui ha fatto applicazione”.

sensibile a fronte di lacune normative che finivano, in violazione dell'art. 3, comma 2 Cost., per impedire o limitare la realizzazione della persona disabile traducendosi in concreti ostacoli economici e sociali.

Del resto, da un lato il giudice delle leggi, quando si pronuncia su una questione di costituzionalità, dall'altro, il Parlamento, in sede di approvazione delle leggi, tutelano sufficientemente e in maniera non discriminatoria una situazione di debolezza solo quando “riescono a tenerla in puntuale e apposita considerazione”; e ciò, come accaduto nella fattispecie analizzata, anche “alla luce delle esigenze di giustizia rilevate dai giudici di merito nell'ambito dei casi concreti”³⁷.

³⁷ Così L. PESOLE, *op. cit.*, p. 437.

Sul ruolo dei giudici “comuni” v. per tutti A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: ruolo del Legislatore e dei Giudici “comuni”*, in AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Scritti in onore di Paolo Barile, Padova, 1990, spec. pp. 121-23.