



IL CONGEDO STRAORDINARIO RETRIBUITO TRA CORTE COSTITUZIONALE E PARLAMENTO

di

Alfonso Scimia

*(Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico,
Università degli studi di Perugia)*

22 aprile 2009

1. Il giudizio *a quo* e l'evoluzione della normativa in materia di congedo straordinario retribuito.

Il Tribunale di Tivoli in funzione di giudice del lavoro con ordinanza del 26 marzo 2008¹ ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dubitando che l'art. 42, comma 5, del D. Lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità)² contrastasse con gli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione “nella parte in cui esclude dal novero dei soggetti legittimati a fruire del congedo ivi previsto il figlio convivente, in assenza di altri soggetti idonei a prendersi cura della persona affetta da disabilità grave”

Il giudizio *a quo* era stato instaurato per effetto di un ricorso proposto ai sensi dell'art. 700 c.p.c. avverso un provvedimento con cui un Istituto statale di Istruzione superiore non aveva accolto l'istanza avanzata da un proprio dipendente diretta ad ottenere il riconoscimento al congedo straordinario retribuito per poter assistere l'anziana madre in condizione di grave disabilità.

¹ L'ordinanza è pubblicata in G.U. 1^a serie spec. n. 35 del 20 agosto 2008.

² Sul D. Lgs. 26 marzo 2001, n. 151 si rinvia tra gli altri a M. MISCIONE (a cura di), *I congedi parentali*, Milano, 2001; R. DEL PUNTA e D. GOTTARDI (a cura di), *I nuovi congedi*, Milano, 2001, nonché a L. CALAFA', *Congedi e rapporto di lavoro*, Padova, 2004 che sottolinea come la tematica dei congedi valorizza la qualità della vita delle persone e la flessibilità della dimensione temporale della prestazione lavorativa.

Il ricorrente aveva dichiarato di essere l'unico soggetto convivente e che dalla documentazione depositata risultava come la stessa ASL locale avesse certificato la situazione di grave disabilità ai sensi dell'art. 3, comma 3 della Legge 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate); ciononostante, l'amministrazione aveva respinto l'istanza adducendo che l'art. 42, comma 5, non prevedeva espressamente il figlio del genitore disabile tra i soggetti legittimati alla fruizione del congedo.

Il giudice di Tivoli evidenzia particolarmente la centralità del ruolo della famiglia nell'assistenza del disabile e sottolinea come lo *status* di figlio sia fonte dell'obbligo alimentare (art. 433 cod. civ) nell'ambito del quale il figlio medesimo è collocato in una posizione prioritaria rispetto allo stesso genitore dell'avente diritto; viene altresì richiamato l'art. 315 cod. civ. che stabilisce il dovere di "rispetto" del figlio convivente nei confronti dei genitori pur se in una sede dedicata all'esercizio della potestà del suo figlio minore.

Pertanto, il mancato riconoscimento del diritto al congedo determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra il figlio convivente e gli altri componenti beneficiati del nucleo familiare in violazione dell'art. 3, comma 1, Cost.

Inoltre la disciplina censurata non sarebbe conforme all'art 2 Cost., che richiama i doveri inderogabili di solidarietà e dunque presuppone misure che ne consentano l'adempimento, nonché contrasterebbe con l'art. 32 Cost. perché il diritto alla salute non verrebbe sufficientemente tutelato non potendo il lavoratore, figlio convivente di una persona in condizione di disabilità grave, predisporre di idonee misure finalizzate alla prestazione della necessaria assistenza.

Ancora una volta, dunque, si controverte sull'art. 42, comma 5, del D. Lgs 151 del 2001.

Tale disposizione disciplina una specifica tipologia di congedo inquadrabile nel più ampio *genus* previsto per eventi e cause particolari dall'art. 4 della Legge 8 marzo 2000, n. 53³.

Si tratta di un beneficio economico dalla durata massima di due anni, pari all'ultima retribuzione e comunque non superiore al tetto massimo di Lire 70 milioni, da rivalutarsi ogni anno sulla base dell'Indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed

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, p. 149 ss.; D. GOTTARDI, *I congedi parentali entrano nel nostro ordinamento*, in *Guida al lav.*, 2000, p. 12 ss.; D. GOTTARDI, voce *Congedi parentali*, in *Dig. comm.,Agg.*, 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, p. 207 ss.; A. RICCIARDI, *I congedi parentali*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 350 ss.

impiegati, cui va aggiunta sul piano previdenziale una contribuzione figurativa che copre l'intero periodo di assenza dal lavoro.

L'importo, erogato entro 60 giorni dalla richiesta, rappresenta un vero e proprio diritto per il lavoratore che assiste un familiare disabile in situazione di gravità *ex art. 3, comma 3* della Legge 104 del 1992; pertanto, in presenza dei presupposti previsti dalla legge, non è necessario il consenso del datore di lavoro per usufruirne.

Le difficoltà applicative della disposizione impugnata sono risultate da subito evidenti come dimostrano anche le numerose modifiche legislative intervenute negli anni.

Già con la Legge finanziaria per il 2001 (Legge n. 388 del 2000, art. 80, comma 2) si era provveduto ad accrescere il numero e la qualità delle forme di tutela esistenti rispetto a quanto previsto dall'art. 4, comma 4 bis, della Legge 53 del 2000. Tale previsione, ulteriormente corretta, era poi confluita 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 della Legge 350 del 2003) il legislatore aveva rimosso il vincolo dei 5 anni di riconoscimento della situazione di gravità del disabile che in precedenza era un presupposto indispensabile per usufruire del beneficio.

Tuttavia è stata proprio la Corte costituzionale ad evidenziare, nelle sentenze 16 giugno 2005, n. 233 e 8 maggio 2007, n. 158, le lacune di una disposizione che, è bene ricordarlo, intreccia la condizione di disabilità con gli obblighi connessi al lavoro subordinato e dunque media tra istanze sociali di particolare rilievo⁴.

Appare pertanto necessario ed opportuno un nuovo intervento del Parlamento che, anche sulla base delle indicazioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale, possa finalmente colmare i numerosi vuoti di tutela emersi sul piano applicativo al fine di offrire una copertura normativa ad aspetti della realtà che abbisognano di una particolare attenzione.

2. La centralità della famiglia nell'assistenza al disabile: il beneficio di cui all'art. 42, comma 5 del D. Lgs 151/2001 spetta anche al figlio convivente.

Nell'accogliere la questione sollevata dal giudice *a quo*, la Corte nella sentenza 30 gennaio 2009, n. 19 incentra il proprio ragionamento sulla figura del disabile secondo una prospettiva tesa ad assicurare una piena ed effettiva valorizzazione della famiglia nell'attività di assistenza e di cura del medesimo⁵.

⁴ Sulle problematiche di ordine teorico connesse alla nozione di "lacuna" nell'ordinamento giuridico v. per tutti N. BOBBIO, voce *Lacune del diritto*, in *Nov. Dig. it.*, 1963, p. 419 ss., nonché R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. Dir.civ.comm.*, a cura di A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1998, p. 243 ss.

⁵ Così P. BOZZAO, *La protezione sociale della famiglia*, in *Lav. dir.*, 2001, p. 88.

Nel richiamare la sentenza n. 233 del 2005, i giudici costituzionali ribadiscono come il beneficio in esame rientri tra gli interventi economici integrativi di sostegno alle famiglie che si fanno carico dell'assistenza di un disabile e dunque sia strumentale rispetto alle finalità perseguite dalla Legge n. 104 del 1992 con particolare riferimento a quelle di tutela della salute psicofisica del disabile e di promozione della sua integrazione nella famiglia⁶.

Altro precedente invocato è quello della sentenza n. 158 del 2007: la Consulta, in quella occasione, si era soffermata sulla *ratio* dell'istituto in esame sottolineando che l'interesse primario perseguito dalla norma *de qua* "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"⁷.

Il giudice costituzionale, estendendo il diritto al congedo a fratelli e sorelle (sent. n. 233 del 2005), nonché al coniuge (sent. n. 158 del 2007) conviventi con il disabile, aveva inteso censurare un inammissibile impedimento all'effettività dell'assistenza e all'integrazione del disabile stesso non solo nella famiglia di origine, ma anche nel proprio nucleo familiare.

A parere della Corte la norma finiva per trascurare situazioni gravi di compromissione delle capacità fisiche, psichiche e sensoriali, tali da richiedere necessariamente "un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione" (art. 3 L. n. 104 del 1992).

Sulla base di tali assunti, a parere dei giudici costituzionali, nel caso di specie non si poteva negare il congedo all'unico figlio convivente del disabile; tale evenienza avrebbe infatti potuto incidere sulla continuità delle cure e della assistenza al disabile medesimo in ambito familiare finendo per determinare un trattamento deteriore per il figlio convivente rispetto agli altri congiunti legittimati per legge.

La soluzione appena illustrata appare in linea con il riconoscimento di una funzione primaria svolta dalla famiglia in vista dello svolgimento della personalità dei singoli e di un

Sulla relazione tra famiglia ed assistenza v. per tutti V.M. CAFERRA, *Famiglia e assistenza. Il diritto della famiglia nel sistema della sicurezza sociale*, Bologna, 2003.

⁶ Su Corte cost., sent. 16 giugno 2005, n. 233 si rinvia a 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.*, 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.

⁷ Su Corte cost. sent. 8 maggio 2007, n. 158 v. R. NUNIN, *La Consulta estende al coniuge del disabile il diritto al congedo straordinario retribuito*, in *Fam. dir.*, p. 870 ss., nonché A. SCIMIA, *L'assistenza familiare al soggetto disabile: la Corte costituzionale estende al coniuge convivente il diritto al congedo straordinario retribuito*, in www.federalismi.it n.5/2008.

pieno sviluppo della società nel suo complesso⁸; a tale fondamentale ruolo deve corrispondere una particolare azione delle istituzioni in genere, e del legislatore in particolare, che realizzi quel delicato equilibrio tra il rispetto delle libertà individuali e dell'autonomia familiare da una parte e la necessità di intervenire ove specifiche condizioni richiedano la tutela e la salvaguardia di componenti deboli dall'altra⁹.

La presenza di un soggetto portatore di handicap pertanto sollecita particolarmente le valenze solidaristiche dell'esperienza familiare: l'obiettivo primario, condiviso anche dalla Legge quadro n. 104 del 1992, sarà allora quello di arricchire e potenziare la personalità del disabile non solo con interventi di sostegno assistenziali, ma anche attraverso un pieno ed effettivo inserimento nelle comunità di cui fa parte¹⁰.

Pertanto, ove si convenga con la tesi per cui la famiglia è sempre luogo di compromesso tra natura e cultura¹¹, non può tacersi la necessità di un approccio al ruolo della famiglia nell'assistenza al disabile veramente innovativo, anche sul piano culturale, che permetta di inverare gli artt. 3, comma 2 Cost e l'art. 2 Cost. non secondo una logica meramente protettiva, che faccia avvertire al disabile il "peso della diversità", ma attraverso

⁸ Cfr. C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sulla garanzia dei singoli nelle formazioni sociali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Milano, 1978, p. 1577 il quale sottolinea come la priorità assunta dalla comunità familiare discende dalla speciale posizione che ad essa proviene dal rapporto con lo Stato che ne riconosce la necessità in quanto società naturale (art. 29 Cost) ad esso stesso preesistente, nonché P. PERLINGIERI (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, p. 18 dove si precisa che "La famiglia come formazione sociale, come "società naturale" è garantita costituzionalmente, non come portatrice di un interesse superiore e superindividuale, bensì in funzione della realizzazione delle esigenze umane". Tuttavia, rispetto alla locuzione "società naturale" ed al suo significato per il diritto, evidenzia "un vasto panorama di contraddizioni pratiche ed ermeneutiche" R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Lav. dir.*, 2001, p. 9 ss.

⁹ Così L. CALIFANO, *La famiglia ed i figli nella costituzione italiana*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. NANIA e P. RIDOLA, Torino, 2006, p. 938, nonché E. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale*, Bologna, 1981, p. 283.

Quanto al tema della "debolezza", v. tra gli altri P. CENDON, *I diritti delle persone deboli*, in *Persone e danno*, a cura di P. CENDON, Milano, 2004, p. 2109 ss.; L. AZZENA, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti "deboli". Spunti per una teoria della "debolezza"*, in AA.VV., *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale – Atti del Convegno di Perugia del 18 marzo 2005*, a cura di C. CALVIERI, Torino, 2006, p. 35 ss.

Sul ruolo della Corte costituzionale nella tutela dei soggetti deboli v. per tutti M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 25 ss, nonché 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*, cit., p. 425 ss.

¹⁰ La Legge quadro tende dunque a superare una logica meramente protettiva nel trattamento dei soggetti portatori di handicap al fine di "equalizzare" le loro opportunità. Al riguardo si rinvia a P. CENDON, *Handicap e diritto*, Torino, 1997, p. 3 ss, nonché alle "dense" pagine di M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana*, Bologna, 2002, p. 27 ss. per la quale una società giusta e degna è quella caratterizzata da politiche pubbliche che, oltre a favorire l'erogazione di risorse aggiuntive, provvedano ad eliminare quegli ostacoli di tipo naturale, sociale e familiare che finiscono per aggravare la situazione di disabilità.

¹¹ In questo senso, v. N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, Milano, 1992, p. 398.

interventi che mirino a responsabilizzarlo, a tutelarlo e a garantirlo anzitutto sotto il profilo dei diritti di libertà, dell'autonomia e della dignità umana¹².

La stessa Corte costituzionale in più occasioni ha optato per una strategia di integrazione tesa a superare le situazioni di emarginazione di soggetti deboli: il pieno inserimento dei disabili nelle comunità di cui fanno parte appare del resto conforme a quel progetto di sicurezza sociale di cui agli artt. 29, 30 e 31 Cost¹³.

La famiglia, in quanto “comunità d'amore e di affetti”, rappresenta quindi la sede ideale in cui il disabile può svolgere al meglio la propria personalità: strumenti come il congedo straordinario retribuito risultano allora fondamentali per una effettiva concretizzazione del suo processo di cura, riabilitazione e socializzazione¹⁴.

3. I precedenti giurisprudenziali e la sentenza 19/2009: una decisione “inevitabile”.

Si è già evidenziato come la Corte costituzionale ricorra anche nel caso di specie ad una pronuncia “correttiva” del dettato legislativo applicando principi già espressi nelle sentenze additive n. 233 del 2005 e n. 158 del 2007.

La ripetitività di tali tipologie di pronunce in una materia delicata quale quella delineata dall'art 42, comma 5, del D. Lgs. 151 del 2001 induce pertanto ad una riflessione non solo sui problemi della loro legittimità nel rapporto con il Parlamento, ma anche sotto il profilo della loro opportunità nella risoluzione della controversia in esame.

¹² Cfr. A. RUGGERI- A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. ANGIOLINI, Torino, 1992, p. 228 in cui si chiarisce che “la dignità dell'uomo è il con-fine delle libertà costituzionalmente protette, proprio perché – a ben vedere – essa costituisce l'unico vero fine che esse possono e devono perseguire”

¹³ Cfr. Corte cost. sent. 5 dicembre 2003, n. 350, su cui si rinvia al commento di L. FILIPPI, *La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno nella detenzione domiciliare*, in *Giur.cost.*, 2003, p. 3643 ss., nonché Corte cost., sent. 8 giugno 1987, n. 215 per la quale v. G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, p. 74 ss., nonché A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3206.

Quanto agli articoli della Costituzione richiamati, v. per tutti F.CAGGIA e A. ZOPPINI, *Art. 29*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI, Torino, 2006, p. 601 ss.; E. LAMARQUE, *Art. 30*, *ibidem*; L.CASSETTI, *Art 31*, *ibidem*.

¹⁴ L'espressione è di A. BALDASSARRE, *Diritti delle persone e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 185. In senso analogo v. anche C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Cicu.*, Milano, 1951, p. 556 per il quale la Costituzione “... ha riconosciuto i diritti, le facoltà, le potestà proprie della famiglia, i legami di straordinaria estensione cui danno luogo i rapporti familiari, la devozione quasi illimitata che deve esistere tra i suoi membri tenuti a reciproca fedeltà, l'intensità e la costanza dei vincoli”; C. GRASSETTI, *I principii costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. CALAMANDREI e A. LEVI, Firenze, 1950, p. 286, nonché M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1976, pp. 7-8.

In altri termini, occorre chiedersi in primo luogo se l'intervento additivo in esame sia stato "a rime obbligate"¹⁵ per poi riflettere se, nel caso di specie, vi fosse uno spazio per altre tecniche decisorie attesa anche la mancanza di conseguenze legislative ai citati precedenti giurisprudenziali.

E' noto come i giudici costituzionali siano tradizionalmente ricorsi alle additive quando, a fronte dell'inerzia e della lentezza del legislatore, per evitare l'*horror vacui* che poteva determinarsi in seguito a una sentenza di accoglimento tradizionale, hanno ritenuto necessario "costruire un ponte teso a far passare la Costituzione e farla entrare in territori che non erano stati raggiunti dalla forza delle norme costituzionali"¹⁶.

Ciò ha indotto molti a prospettare un ruolo di supplenza o interferenza della Corte costituzionale nei confronti del potere legislativo in quanto tali pronunce finiscono per aggiungere un *quid novi* all'interno dell'ordinamento ponendosi ai limiti di quella sottile linea di confine che scorre tra l'ambito della legittimità, di competenza del giudice costituzionale, ed il merito, che è di pertinenza parlamentare¹⁷.

Il rispetto delle prerogative legislative proclamato dall'art. 28 della Legge 11 marzo 1953, n. 87, riconosciuto dalla stessa Consulta, impone allora un "giusto ed equilibrato dosaggio" tra le prerogative della Corte come organo giurisdizionale e quei "momenti politici" che finiscono spesso per connotare l'attività dei giudici costituzionali¹⁸.

¹⁵ Sulla celeberrima espressione v. V. CRISAFULLI, *La Corte ha vent'anni*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, a cura di N. OCCHIOCUPO, Bologna, 1978, p. 84.

¹⁶ Così L.ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in AA.VV. *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, p. 531. Sulle "ragioni pratiche contingenti" e "sulle ragioni istituzionali permanenti" che giustificano il ricorso a dispositivi aggiuntivi e sostitutivi v. C. COLAPIETRO, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa, 1990, p. 30 ss.

Sulle problematiche concernenti il c.d. *horror vacui* nel giudizio di costituzionalità v. per tutti R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007.

¹⁷ Al riguardo si v. A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro it.*, 1980, p. 117 e ss, nonché V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati: aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Milano, 1977, p. 236. Particolarmente significative appaiono anche le osservazioni di G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur.cost.*, 1981, p. 1696 che chiarisce come la Corte, mediante l'aggiunzione normativa, favorisca la legittimazione costituzionale della disposizione illegittima, fungendo, in tal modo, da *organo di bonifica costituzionale*, nonché F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, p. 46 per il quale è "nella natura delle cose" che la funzione di supplenza della Corte potrebbe progressivamente ridursi fino a scomparire ove il Legislatore si riappropriasse della sua funzione attiva.

¹⁸ Così E. CHELI, *Introduzione a Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, p. 15. In senso analogo v. C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, p. 134 ss.; V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, cit., p. 132 per il quale "la vera garanzia... sta nel *fair play* delle assemblee, così come la migliore garanzia contro il pericolo di sconfinamento dei tribunali costituzionali sta... nel loro *self restraint*"; G. RIZZA, *La Corte costituzionale fra politica e diritto: appunti preliminari*, in *Dir. e soc.*, 1973, pp. 339-340 che a proposito delle "ricostruzioni politicizzanti della giustizia costituzionale" riprende

La Corte quindi non è libera di “creare” diritto: l’addizione deve essere una soluzione logicamente necessaria, imposta dalla mancanza di alternative, l’unica in grado di offrire una disciplina costituzionalmente adeguata ad una disposizione lacunosa¹⁹.

Il ripristino della coerenza nell’ordinamento giuridico passa allora attraverso un’attività interpretativa tesa a colmare le lacune legislative con una norma “già implicata nel sistema, e magari addirittura ricavabile dalla stessa disposizione costituzionale di cui ha fatto applicazione”²⁰.

Nella fattispecie in esame i giudici costituzionali hanno esteso il diritto al congedo straordinario retribuito anche al figlio convivente del disabile ripristinando in tal modo la parità di trattamento rispetto agli altri componenti della famiglia contemplati nella disposizione impugnata.

La decisione sembra rappresentare la “*summa*” degli orientamenti espressi nelle sentenze n. 233 del 2005 e n. 158 del 2007 e colma un grave vuoto normativo.

La pretesa azionata poteva infatti risolversi solamente chiarendo se l’esclusione del figlio del disabile dai possibili beneficiari del congedo fosse conforme a Costituzione; e ciò anche in considerazione di quell’obbligo agli alimenti (433 cod. civ.), espressamente richiamato dalla sentenza n. 158 del 2007, che vede il figlio medesimo collocarsi in via prioritaria anche rispetto allo stesso genitore cui la disposizione impugnata espressamente si riferisce²¹.

La sentenza n. 19 del 2009 non fa che estendere al figlio il trattamento già previsto per altri componenti della famiglia, evidenziando come una situazione omogenea a quelle contemplate nella disposizione impugnata fosse ingiustamente trascurata: trattasi quindi di

e sviluppa la distinzione tra la politica come ideologia e la politica come esercizio concreto del potere politico; A. LOIODICE, *La Corte costituzionale tra tecnica giuridica e contatti con la politica*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Atti del Seminario di Otranto – Lecce svoltosi il 4-5 giugno 2004, a cura di V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R.G.RODIO, Torino, 2005, p. 1 ss., nonché G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, pubblicato in *23° premio Chiarelli*, Corte costituzionale, Roma, 2004. Per un’analisi delle problematiche connesse all’art. 28 della Legge 11 marzo 1953, n. 87 v. per tutti A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull’uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv.trim.dir e proc.civ.*, 1986, p. 795 ss (spec. p 797 ss), nonché, in modo assai significativo, Corte cost. ord. 18 luglio 1998, n. 294; sent. 19 giugno 1998, n. 217; sent. 7 novembre 1994, n. 378.

¹⁹ Cfr. in particolare A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2007, p. 262, nonché Corte cost. sent. 23 aprile 1986, n. 109 dove la Consulta ha 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.”

²⁰ Così si esprime V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. L’ordinamento costituzionale italiano. (La Corte costituzionale)*, Padova, 1984, p. 407-408.

²¹ Sull’obbligo agli alimenti in una prospettiva di solidarietà familiare v. per tutti T. A. AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984, *passim*, (spec. pp. 16 ss.).

una estensione “a rime obbligate” in quanto il giudice costituzionale ha esplicitato una norma già insita nelle pieghe del sistema individuando l’unica possibile soluzione adeguata in base ai disposti costituzionali richiamati.

La decisione in esame deve essere apprezzata non solo perché legittima sul piano costituzionale, ma anche perché appare il frutto di una scelta processuale meditata, l’unica probabilmente possibile al terzo intervento additivo sull’art 42, comma 5 del D. Lgs n. 151 del 2001.

Infatti il giudice delle leggi, ove avesse deciso con una declaratoria secca di incostituzionalità, avrebbe determinato la caducazione dell’intera normativa impugnata disattivando, in tal modo, un istituto fondamentale per assicurare che le cure e l’assistenza del disabile si svolgano in un contesto ideale quale è quello familiare.

D’altro canto, ulteriori problemi sul piano pratico avrebbe probabilmente importato il ricorso ad una additiva di principio, un tipo di decisione intermedia tra la sentenza di mero annullamento e le additive tradizionali con cui la Corte individua un principio rinviando alle scelte politico – normative del legislatore per la sua attuazione²².

Infatti, in attesa che il legislatore intervenisse a definire l’esatta estensione del diritto controverso, i giudici avrebbero potuto applicare il principio in modo non univoco, con possibili violazioni sul piano della certezza del diritto e del principio di uguaglianza, oppure, optare per una sospensione dei processi con ulteriori ritardi nel riconoscimento del congedo.

A ciò si aggiunga che il principio avrebbe avuto comunque una valenza transitoria, con evidenti rischi sul piano della legittimazione della stessa Corte costituzionale ove il Parlamento non avesse provveduto a svilupparlo²³.

Pertanto, la soluzione adottata dalla Corte nel caso di specie sembra rispettosa delle prerogative del legislatore ed in linea con una piena ed immediata tutela degli interessi sostanziali azionati dal ricorrente nel processo principale.

In definitiva, anche in considerazione delle “vicissitudini” normative e giurisprudenziali della disposizione censurata, si ritiene che il ricorso ad una additiva

²² Cfr. L. PESOLE, *L’inammissibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 419.

Ripercorre la “storia” delle additive di principio, evidenziando le loro ripercussioni nei rapporti tra Corte da un lato e Parlamento e Magistratura dall’altro, G. DOLSO, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 4111 ss.

²³ Sui possibili limiti delle additive di principio v. per tutti C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996, p. 57 ss.; A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3214 ss; nonché C. COLAPIETRO, *Garanzia e promozione dei diritti sociali nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 1995, p. 125 ss.

tradizionale abbia evitato “risultati di incostituzionalità peggiori di quelli di partenza”²⁴, consentendo, da un lato, l’applicazione immediata del beneficio economico, dall’altro, il consolidamento di un orientamento giurisprudenziale incentrato sulla persona del disabile e sul ruolo decisivo della famiglia nelle attività di cura e di assistenza al medesimo.

4. Sulla necessità (opportunità) di conseguenze legislative alle tre sentenze additive della Corte Costituzionale in materia di congedo straordinario retribuito.

Il caso di specie impone infine qualche riflessione in ordine all’esigenza di un maggiore coordinamento tra l’esercizio della funzione legislativa ed il giudizio di costituzionalità delle leggi.

La presenza di ben tre additive che hanno profondamente inciso su un testo di legge più volte modificato nel corso degli anni impone un’attenta considerazione da parte del Legislatore chiamato a rimodulare una materia “sensibile” senza poter, a nostro avviso, trascurare le indicazioni offerte dall’organo che ha il compito di specificare in sede interpretativa i limiti imposti dalla Costituzione.

Le difficoltà di dialogo, naturalmente insite nei rapporti tra Corte e Parlamento, si sono progressivamente rinforzate in seguito all’utilizzo da parte dei giudici costituzionali di tecniche decisorie sempre più incisive che, giungendo a “manipolare” i testi di legge, hanno reso assai evanescenti i confini già labili tra gli ambiti di rispettiva competenza²⁵.

Per accertare il “livello di permeabilità” delle attività parlamentari rispetto alla decisioni della Corte²⁶, è necessario allora fare brevi cenni alla tematica del “seguito” legislativo in modo da cogliere quali possibili influenze potranno avere gli enunciati espressi nella pronuncia in esame sulla conseguente (ed auspicabile) azione politica²⁷.

²⁴ Così L. ELIA, *op. cit.*, p. 527.

²⁵ Sulle problematiche connesse al rapporto tra Corte e Parlamento v. E. CATALANI, *Tecniche processuali e rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento. Spunti in margine alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di meccanismo*, in *Quad. cost.*, 1994, p. 149, mentre R. PINARDI, *L’horror vacui nel giudizio sulle leggi*, cit, p. 155 ss. rileva come il dialogo tra Corte e giudici comuni sia “più soddisfacente”. Secondo V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni, op. cit.*, p. 86 “una certa tensione tra Corte ed organi legislativi rientra nella fisiologia del sistema”, mentre per C. TUCCIARELLI, *Le istituzioni a due marce: Corte costituzionale e Parlamento tra sentenze poco seguite e seguito poco sentito*, in *Quad. cost.*, 1996, p. 293 “le difficoltà legate sia all’evoluzione registrata nella prassi sia alla collocazione dei due organi sono in buona parte insite nelle stesse funzioni loro assegnate e nelle opzioni prescelte dal costituente”
In particolare, gli interventi “manipolativi” della Corte costituzionale hanno diviso la dottrina: con specifico riferimento alle posizioni assunte in tema di pronunce additive v. per tutti A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3672 ss.

²⁶ L’espressione è tratta da R. BIN – C. BERGONZINI, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in “*Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*”, a cura di R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, Napoli, 2006, p. 215.

²⁷ In questa sede non saranno presi in considerazione quei profili concernenti il seguito legislativo regionale, comunque da non sottovalutare dopo la riforma del Titolo V, né il ruolo che può avere il Governo nel dar seguito

In particolare, ai sensi dell'art. 136, comma 2 Cost., “la decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali”.

Tale disposizione, sostanzialmente ribadita a livello di legislazione ordinaria dall'art. 30 della Legge 87 del 1953²⁸, è concordemente considerata come il presupposto costituzionale del seguito parlamentare alle sentenze della Corte costituzionale²⁹.

Inoltre, di particolare rilievo è l'art. 23 della stessa Legge 87 del 1953, per il quale l'ordinanza di rimessione deve essere comunicata dal cancelliere del giudice *a quo* ai Presidenti delle due Camere del Parlamento o al Presidente del Consiglio regionale. In tal modo, infatti, si mette il legislatore nelle condizioni di conoscere preventivamente che sono stati avanzati dubbi di costituzionalità su una norma dell'ordinamento, aprendo ad eventuali interventi normativi di modifica in senso conforme alla Costituzione anche prima dell'effettiva instaurazione del giudizio di costituzionalità³⁰.

alle decisioni della Corte costituzionale. Sul “seguito” legislativo cfr. per tutti G. D'ORAZIO, *Prime osservazioni sull'esercizio della funzione legislativa “conseguenziale” alle decisioni della Corte costituzionale*, in *Arch. Giur.*, 1967, p. 92 e ss; N. ASSINI, *Il seguito (legislativo) delle sentenze della Corte costituzionale in Parlamento*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 1853 ss; L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento*, Padova, 1987; C. TUCCIARELLI, *op. cit.*, p. 297 ss; P. FALZEA, *Aspetti problematici del seguito legislativo alle sentenze della Corte costituzionale*, in A. RUGGERI – G.SILVESTRI, *Corte costituzionale e Parlamento*, Milano, 2000, p. 121 ss; nonché E. GUARDUCCI, *Sul necessario potenziamento del seguito delle sentenze della Corte costituzionale in Parlamento*, in *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, p. 431 ss. In particolare, A. RUGGERI, *Le attività “conseguenziali” nei rapporti fra la Corte costituzionale e il Legislatore*, Milano, 1988, pp 175-176 sottolinea che, così come le tipologie di sentenze della Corte dipendono da come è “fatta” la legge, anche l'ulteriore attività normativa susseguente la decisione non può che essere condizionata dai limiti costituzionali che i giudici hanno provveduto ad individuare. Tra sentenza e legge vi è dunque un “rapporto circolare di reciproca condizionalità produttiva”.

Inoltre, si v. A. RUGGERI, *La Corte costituzionale nel sistema istituzionale*, in *Foro it.*, 2000, p. 24 per il quale l'esigenza di mantenere l'equilibrio tra le istituzioni non può che passare attraverso una cooperazione tra le loro attività pur nel rispetto dei ruoli; ID., *Le “attività conseguenziali” nei rapporti fra la Corte costituzionale e il Legislatore*, cit., p. 90 dove si sostiene la necessità della collaborazione tra gli organi costituzionali al fine di soddisfare in pieno gli interessi primari ed irrinunciabili dell'ordinamento, nonché A. CELOTTO, *Corte costituzionale e Legislatore. Riflessioni sugli interventi normativi volti a limitare l'efficacia nel tempo di decisioni di incostituzionalità*, in AA.VV., *Trasformazioni della funzione legislativa*, I, a cura di F. MODUGNO, Milano, 1999, p. 153 che ritiene il rapporto collaborativo tra Corte costituzionale e Parlamento “indispensabile”.

²⁸ Ai sensi dell'art. 30, comma 2, della legge 87 del 1953, infatti, “La sentenza, entro due giorni dalla data del deposito, viene altresì comunicata alle Camere e ai Consigli regionali interessati affinché, ove lo ritengano necessario, adottino i provvedimenti di loro competenza.”.

²⁹ Così. C. TUCCIARELLI, *op. cit.*, p 297 ss. Nel complesso, secondo l'Autore, “ l'Assemblea Costituente non si pose come problema principale quello delle conseguenze dell'intervento della Corte costituzionale e dei suoi possibili effetti rispetto all'opera successiva del Parlamento”. In senso analogo si esprime N. ASSINI, *Il seguito (legislativo) delle sentenze della Corte costituzionale in Parlamento*, cit., pp. 1854 – 1855 per il quale, sebbene il costituente italiano avesse pensato a forme di raccordo tra Corte e Parlamento “ben più consistenti”, sostanzialmente sottovalutò il problema del vuoto legislativo come effetto delle sentenze, specie di accoglimento, della Corte costituzionale.

³⁰ Sulla necessità di valorizzare tale disposizione v. P. FALZEA, *op. cit.*, pp. 177-178.

Infine, i regolamenti parlamentari prevedono procedure speciali di raccordo che tuttavia, alla prova dei fatti, risultano applicate poco ed in modo troppo macchinoso per essere veramente efficaci³¹.

Una produttiva collaborazione tra legislazione e giurisprudenza costituzionale dovrebbe invece estrinsecarsi in relazioni, magari “fluide” e “mobili”, ma comunque all’insegna di un dialogo interistituzionale leale, effettivo e rispettoso delle competenze rispettivamente ascritte dalla Costituzione.

Non è semplice stabilire in concreto quali siano i vincoli sussistenti per un organo politico come il Parlamento a fronte di una sentenza del giudice costituzionale; tuttavia, ove il legislatore decidesse di intervenire, non sembra possa discostarsi di molto dalla giurisprudenza della Corte quantomeno per evitare il rischio di future censure di incostituzionalità³².

Anche Vezio Crisafulli, in un noto saggio, affermò di non saper dare una risposta “precisa ed appagante” alla domanda, “*a chi spetta l’ultima parola*”, nei rapporti tra Consulta e Parlamento³³.

Infatti, da un lato il potere legislativo anche dopo il giudizio di costituzionalità può godere di ampi margini di azione pur se differenziabili in base ai singoli casi; dall’altro, anche alla Corte resta un notevole raggio di manovra a prescindere dalle reazioni legislative alle sue pronunce.

³¹ L’art. 108 Reg. Camera stabilisce che tutte le sentenze della Corte costituzionale vengano stampate, distribuite e inviate contemporaneamente alla commissione competente per materia e alla commissione affari costituzionali. L’esame della commissione competente deve avvenire entro 30 giorni ed è previsto l’intervento di un rappresentante del Governo e di uno o più relatori designati dalla commissione affari costituzionali. Terminato il dibattito, la commissione esprime il proprio avviso sulla necessità di iniziative legislative, indicandone i criteri informativi, a meno che all’ordine del giorno della commissione non risulti già iscritto un progetto di legge sull’argomento o questo sia stato presentato nel frattempo: in tal caso, le procedure saranno abbinate e la sentenza della Corte sarà oggetto di discussione durante l’istruttoria legislativa. Quando tale abbinamento non sarà possibile, la procedura di seguito si concluderà con un documento finale che viene stampato e distribuito ai deputati e successivamente comunicato dal Presidente della Camera al Presidente del Senato, al Presidente del Consiglio e al Presidente della Corte costituzionale.

L’art. 139 Reg. Senato invece prevede che le sentenze di accoglimento della Corte siano comunicate dal Presidente all’Assemblea e trasmesse alla commissione competente per materia; anche le sentenze di rigetto possono essere trasmesse alla commissione competente purchè il Presidente lo ritenga opportuno. Il dibattito svolto in commissione si conclude con l’approvazione di una risoluzione con cui si invita il Governo ad adottare le opportune iniziative legislative oppure altri provvedimenti che si rendano necessari a seguito della decisione del giudice costituzionale. Tali risoluzioni sono trasmesse dal Presidente del Senato al Presidente del Consiglio e sono comunicate al Presidente della Camera.

L. PEGORARO, *op. cit.*, p. 315, a proposito dell’attività legislativa e delle procedure parlamentari, parla di un “affresco dai colori spenti”: infatti, secondo l’Autore l’iniziativa delle leggi è rimessa sostanzialmente alla volontà delle parti, i raccordi istituzionali sono insufficienti e raramente percorsi nella prassi, il rapporto dialettico tra l’indirizzo tracciato dalla Corte e quello indicato dal Parlamento risulta “privo di linfa”.

³² Cfr al riguardo Corte cost., sent. 6 luglio 1966, n. 88 in cui si è sottolineato come la violazione del c.d. giudicato costituzionale possa frustrare la forza giuridica connessa alle declaratorie di illegittimità costituzionale i cui effetti *erga omnes* vincolano anche il legislatore.

³³ Si fa riferimento a V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, cit., pp.146-147.

Ad ogni modo, un assetto di rapporti ispirato ad un dovere generale di “correttezza” non può che tendere alla realizzazione di un punto di equilibrio tra l’esigenza di un *self restraint* degli organi legislativi ed un *judicial restraint*³⁴.

Pertanto, tornando al caso in esame, non sembra possa configurarsi un vero e proprio obbligo giuridico di intervento in capo al Parlamento; tuttavia, la peculiarità della controversia analizzata ed i delicati interessi ad essa sottesi potrebbero giustificare un’azione legislativa obbligatoria, quantomeno sotto il profilo “politico”³⁵, che sappia razionalizzare la normativa *de qua* all’interno di un più vasto programma di riforme diretto ad adeguare al meglio le esigenze della famiglia con quelle lavorative.

Questo non facile obiettivo potrebbe efficacemente realizzarsi solo mediante un approccio metodologico innovativo, anche sul piano culturale, che superi l’idea di una relazione conflittuale tra famiglia e lavoro per approdare ad una concezione sempre più sinergica tra due mondi ormai non più contrapposti, ma perfettamente integrati e comunicanti³⁶.

La legge n. 53 del 2000, in questo senso, ha tentato di realizzare un effettivo coordinamento tra il sistema dei servizi territoriali della città, gli orari delle imprese e le scelte della vita quotidiana degli individui formalizzando, a livello di legislazione nazionale, una vera e propria “politica dei tempi della città”³⁷.

La giurisprudenza costituzionale in materia di congedo straordinario retribuito deve quindi inquadarsi all’interno di un contesto giuridico e culturale in cui risulta particolarmente avvertita l’esigenza di “personalizzare” il diritto del lavoro.

Lo sviluppo di questa “nuova filosofia della soggettività” sembra infatti costituire la base per un “sistema delle garanzie” che bilanci in maniera equa le necessità lavorative con quelle familiari³⁸.

³⁴ In questo senso v. V. CRISAFULLI, *La Corte ha vent’anni*, cit., p. 86 per il quale è necessario adoperarsi al fine di ricercare “punti di incontro per realizzare quella collaborazione dialettica tra chi fa le leggi e chi è chiamato a controllarne la costituzionalità”, nonché F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, pp. 1663 –1664 che vede nella collaborazione tra Corte e potere legislativo “l’unico o non facilmente dispensabile mezzo di garanzia del pluralismo istituzionale, il canale alternativo più efficace per la trasmissione dell’accresciuta domanda sociale e in definitiva il mezzo per realizzare il punto di equilibrio tra le forze politiche, parti sociali e potere giurisdizionale”.

³⁵ Al riguardo v. ancora P. FALZEA, *op. cit.*, pp. 143 – 144.

³⁶ Sulla necessità di un nuovo inquadramento dei rapporti tra famiglia e lavoro e sulla ricerca di nuove sinergie v. per tutti AA.VV., *Famiglia e lavoro: dal conflitto a nuove sinergie*, Milano, 2005, *passim*.

³⁷ Così M. MISCIONE, *I congedi parentali*, cit., p.10.

³⁸ Cfr. L. CALAFA’, *Congedi e rapporto di lavoro*, cit., p. 2.

Tale obiettivo risulta di particolare importanza quando un lavoratore deve assistere un familiare disabile: infatti, la famiglia rappresenta la sede in cui il recupero funzionale e sociale della persona debole ha maggiori possibilità di realizzarsi.

Il congedo *de quo* rientra allora tra le politiche legislative tese ad integrare e sostenere i compiti di quelle comunità familiari in cui sussistono situazioni di debolezza: la Corte, estendendo progressivamente il beneficio a familiari non contemplati dalla norma censurata, ha contribuito ad espandere la *vis* del principio solidaristico (art. 2 Cost.), al di là di meri *status familiae*, in nome del primario interesse all'effettivo recupero ed alla piena integrazione delle persone disabili.