

Congedo straordinario e tutela del disabile nell'interpretazione evolutiva della Corte costituzionale *

di **Alessandro Candido** – *Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico, Università Cattolica del Sacro Cuore*

Abstract: Con la sentenza n. 232 del 2018 la Corte costituzionale dichiara illegittima la norma sul congedo straordinario nella parte in cui, ai fini dell'ottenimento della provvidenza, si richiede la convivenza del figlio con il soggetto da assistere al momento della proposizione della domanda. L'interpretazione evolutiva dell'istituto del congedo straordinario da parte del giudice delle leggi consente di riflettere sul tema della disabilità, con particolare riferimento all'effettività del diritto all'assistenza e all'integrazione del disabile, specie nella famiglia. Inoltre, la pronuncia costituisce l'occasione per ragionare sui limiti alla discrezionalità del legislatore, quando vi sia la necessità di garantire un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati.

1. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia ha sollevato una questione di legittimità costituzionale nel corso di un procedimento instaurato da un agente penitenziario, il quale aveva rivendicato il diritto a un periodo di congedo straordinario retribuito per poter assistere il padre in condizioni di disabilità grave. Nell'ambito del giudizio *a quo*, il ricorrente aveva dedotto l'illegittimità del provvedimento dell'amministrazione, che non aveva accolto la sua istanza a causa della mancanza di una preesistente convivenza tra padre e figlio.

La norma censurata è l'art. 42, comma 5, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151¹, nella parte in cui, ai fini dell'ottenimento del congedo, richiede la convivenza del figlio con il soggetto da assistere al momento della proposizione della domanda e non consente invece che la convivenza costituisca una condizione richiesta durante l'effettiva fruizione del congedo.

Ad avviso del remittente, tale scelta normativa rispecchia una concezione statica (e superata) della famiglia, incompatibile con l'evoluzione registrata dalla società moderna, che in molti casi e per svariate ragioni, ad esempio di natura lavorativa, è caratterizzata dalla necessità dei figli di vivere

* Questa nota è destinata alla pubblicazione nella rivista *Giurisprudenza Costituzionale*. Si ringrazia il professor Alessandro Pace per aver autorizzato la pubblicazione in questa sede.

¹ Si tratta del Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità. Con specifico riguardo al caso di specie, l'art. 43, comma 5 dispone che «[i]l coniuge convivente di soggetto con handicap in situazione di gravità accertata ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ha diritto a fruire del congedo di cui al comma 2 dell'articolo 4 della legge 8 marzo 2000, n. 53, entro sessanta giorni dalla richiesta. In caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti del coniuge convivente, ha diritto a fruire del congedo il padre o la madre anche adottivi; in caso di decesso, mancanza o in presenza di patologie invalidanti del padre e della madre, anche adottivi, ha diritto a fruire del congedo uno dei figli conviventi; in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti dei figli conviventi, ha diritto a fruire del congedo uno dei fratelli o sorelle conviventi».

lontani dalla famiglia d'origine. Invero, sarebbe al contrario proprio la distanza del figlio dal nucleo familiare di appartenenza a rendere necessario il congedo straordinario, al fine di consentirgli di prestare assistenza continuativa al genitore disabile. Pertanto, secondo il giudice *a quo*, l'art. 42 si pone in primo luogo in contrasto con il principio di solidarietà (anche) familiare risultante dal combinato disposto degli artt. 2, 29 e 32 della Costituzione, che ad esempio potrebbe essere attuato imponendo un obbligo di convivenza durante la fruizione del congedo.

Inoltre, secondo il Tar di Milano, la disposizione in questione viola ulteriori norme della Costituzione e, segnatamente: l'art. 3, determinando una disparità di trattamento tra coloro che possono liberamente scegliere il luogo in cui risiedere e quanti invece non si trovano nelle condizioni di compiere tale scelta; gli artt. 4 e 35, poiché l'individuazione dei beneficiari del congedo straordinario in base al requisito della convivenza comporta una discriminazione legata alla tipologia del lavoro svolto.

Infine, i giudici amministrativi ritengono che l'art. 42 in esame sia irragionevole, richiedendo lo stesso un requisito ulteriore rispetto ad altri istituti aventi la stessa finalità assistenziale², come i permessi di cui alla legge 5 febbraio 1992, n. 104, che prescindono invece dal presupposto della convivenza³.

Con la sentenza n. 232 del 2018 che si annota, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della norma impugnata per violazione degli artt. 2, 3, 29 e 32. In particolare, siffatta previsione è stata dichiarata illegittima nella parte in cui non annovera tra i beneficiari del congedo straordinario il figlio che, al momento della presentazione della richiesta, ancora non conviva con il genitore in situazione di disabilità grave, «ma che tale convivenza successivamente instauri, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti del coniuge convivente, del padre e della madre, anche adottivi, dei figli conviventi, dei fratelli e delle sorelle conviventi, dei parenti o affini entro il terzo grado conviventi, legittimati a richiedere il beneficio in via prioritaria secondo l'ordine determinato dalla legge»⁴.

La decisione presenta diversi aspetti di interesse; non tanto e non solo perché ricostruisce compiutamente il quadro normativo e giurisprudenziale sul congedo straordinario, ma anche e soprattutto perché l'interpretazione evolutiva dell'istituto da parte del giudice delle leggi consente di riflettere sul tema della disabilità, con particolare riferimento all'effettività del diritto all'assistenza e all'integrazione del disabile, specie nella famiglia.

2. Il congedo straordinario, previsto dal menzionato art. 42 del d.lgs. n. 151 del 2001, è riconducibile agli «interventi economici integrativi di sostegno alle famiglie»⁵ e rinvia la sua *ratio* nell'esigenza di garantire la continuità delle cure e dell'assistenza al disabile nell'ambito familiare⁶. Tale istituto, accanto ad altre provvidenze, quali i permessi e il trasferimento⁷,

² Sulle ulteriori ipotesi in cui la legge attribuisce al lavoratore il diritto di assentarsi dal lavoro, cfr. A. TURSI, P.A. VARESI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Assago 2016, 451 ss.

³ Vale la pena rilevare che, secondo la Suprema Corte, “convivenza” non è sinonimo di “coabitazione”, «essendo sufficiente, in difetto di quest'ultima, la prestazione di un'assistenza assidua e continuativa al familiare portatore di handicap» (Cass. pen., sez. II, n. 24470 del 2017).

⁴ Corte cost., sent. n. 232 del 2018, n. 7 Cons. in dir.

⁵ Corte cost., n. 158 del 2007, n. 2.3 Cons. in dir., con commento di A. SCIMIA, *L'assistenza familiare al soggetto disabile: la Corte costituzionale estende al coniuge convivente il diritto al congedo straordinario retribuito*, in *federalismi.it* 2008; cfr. anche Corte cost., n. 233 del 2005, n. 2.3 Cons. in dir.

⁶ Cfr. ad es. Corte cost., nn. 233 del 2005 cit., 158 del 2007 cit., 19 del 2009 e 203 del 2013.

costituisce espressione di quello Stato sociale che si realizza non soltanto attraverso benefici economici, ma anche mediante la «valorizzazione delle relazioni di solidarietà interpersonale e intergenerazionale, di cui la famiglia costituisce esperienza primaria»⁸, nella consapevolezza che quest'ultima «resta fondamentale nella cura e nell'assistenza»⁹ dei soggetti disabili.

Il congedo concerne l'assistenza a un soggetto in condizioni di disabilità grave debitamente accertata¹⁰, non può superare la durata complessiva di due anni per ciascuna persona portatrice di *handicap*, è retribuito con un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione e si configura come un periodo di sospensione del rapporto di lavoro. Come accade per i permessi¹¹, il congedo non può essere riconosciuto a più di un lavoratore per l'assistenza alla stessa persona¹².

In base all'art. 42, i beneficiari del congedo sono, secondo un ordine gerarchico, il coniuge convivente, oppure, in caso di mancanza, di decesso o di patologie invalidanti del medesimo, il padre o la madre (anche adottivi), in assenza dei quali subentra uno dei fratelli o delle sorelle conviventi, a condizione che anche i figli conviventi manchino, siano deceduti o soffrano di patologie invalidanti. Inoltre, alla luce della sentenza del giudice delle leggi n. 203 del 2013, in caso di mancanza, decesso, o in presenza di patologie invalidanti dei soggetti poc'anzi menzionati, beneficiari del congedo straordinario sono anche i parenti o gli affini entro il terzo grado conviventi¹³.

Con la sentenza annotata la Corte costituzionale ricostruisce preliminarmente l'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'istituto del congedo straordinario, che negli anni «ha visto progressivamente estendersi l'ambito di applicazione»¹⁴; esso è stato infatti svincolato da requisiti temporali¹⁵ ed è stata ampliata la platea dei beneficiari¹⁶, al punto da perdere il suo primigenio connotato di «strumento di tutela rafforzata della maternità in caso di figli portatori di handicap

⁷ Tali provvidenze sono disciplinate dall'art. 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104. Sul punto, appare opportuno segnalare che, con sent. n. 213 del 2016, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della predetta norma nella parte in cui non include il convivente tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza alla persona con handicap in situazione di gravità, in alternativa al coniuge, parente o affine entro il secondo grado. In dottrina, cfr. R. ROMBOLI, *In tema di assistenza ai soggetti affetti da grave disabilità*, in *Il Foro Italiano* 2016, 3386 ss.

⁸ Corte cost., n. 203 del 2013 cit., n. 3.4 Cons. in dir.

⁹ Corte cost., n. 233 del 2005 cit., n. 2.3 Cons. in dir. Con la sentenza in questione il giudice delle leggi utilizza per la prima volta la locuzione «soggetto diversamente abile» (n. 2.1 Cons. in dir.).

¹⁰ Si tratta di quella disabilità derivante da una minorazione che, riducendo l'autonomia personale, renda «necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione» (art. 3, comma 3, legge n. 104 del 1992).

¹¹ Cfr. art. 33, comma 3, legge n. 104 del 1992.

¹² Cfr. art. 42, comma 5-bis, terzo periodo, d.lgs. n. 151 del 2001.

¹³ Cfr. Corte cost., n. 203 del 2013 cit.

¹⁴ Corte cost., n. 232 del 2018, n. 5 Cons. in dir.

¹⁵ Basti pensare che, almeno inizialmente, il congedo straordinario era riconosciuto ai soli genitori e, in caso di loro scomparsa, ai fratelli o alle sorelle conviventi con la persona in condizioni di disabilità grave in atto da almeno cinque anni e aventi titolo a fruire dei permessi retribuiti di cui all'art. 33 della legge n. 104 del 1992.

¹⁶ Ad esempio: con la sentenza n. 233 del 2005, la Corte costituzionale ha incluso i fratelli o le sorelle conviventi con il disabile, anche nel caso in cui i genitori siano impossibilitati ad assistere il figlio perché a loro volta inabili; con la successiva decisione n. 158 del 2007, il congedo straordinario è stato riconosciuto anche al coniuge convivente e, con sentenza n. 19 del 2009, al figlio convivente, in assenza di altri soggetti idonei a prendersi cura del disabile.

grave»¹⁷, per assumere quello di strumento di tutela della salute e di piena integrazione sociale del disabile¹⁸.

Secondo il giudice delle leggi, poiché lo strumento in questione mira alla tutela del disabile, in assenza dei familiari conviventi indicati in via prioritaria dalla legge e in presenza di un figlio all'origine non convivente, ma pronto a impegnarsi per prestare la necessaria assistenza, ancorare l'istituto esclusivamente «al criterio della convivenza finisce con il vanificare la finalità del congedo straordinario»¹⁹. Del resto, prosegue la Corte, «un criterio selettivo così congegnato compromette il diritto del disabile di ricevere la cura necessaria dentro la famiglia, proprio quando si venga a creare una tale lacuna di tutela e il disabile possa confidare – come *extrema ratio* – soltanto sull'assistenza assicurata da un figlio ancora non convivente al momento della richiesta di congedo»²⁰.

3. La decisione annotata si colloca all'interno di quel filone giurisprudenziale oramai consolidato che abbraccia una concezione della disabilità non soltanto in una prospettiva di carattere medico, ma soprattutto sociale.

È noto che le definizioni di disabilità oggi presenti muovono: da un lato, dalla nozione di salute dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), che – valorizzando il profilo sanitario e assistenziale – fa riferimento a uno «stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia»; dall'altro, dalla previsione di strumenti idonei a superare le c.d. barriere «comportamentali e ambientali»²¹, con la conseguente necessità di inclusione sociale. Si che, nel definire la disabilità, occorre guardare a un modello misto, che tenga conto di una condizione «collegata sia alla presenza di fattori medici sia all'esistenza di barriere sociali»²², ma che miri in ogni caso al perseguimento del principio di uguaglianza nella sua doppia accezione, formale e sostanziale.

Sul piano medico-assistenziale, basti fare riferimento alla nozione di handicap contenuta nella legge n. 104 del 1992, con riguardo a «colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione». In particolare, nel considerare il modello c.d. bio-medico, l'*International classification of impairment, disability and handicap* individua tre concetti distinti che concorrono a definire la disabilità e che si rinviengono all'interno della menzionata legge n. 104 del 1992: la menomazione, cioè la perdita o l'anormalità di una struttura o di una funzione fisiologica, anatomica o psicologica; la causa della disabilità, inerente la limitazione o la perdita, conseguente alla menomazione, della capacità di svolgere le attività di base della normale vita quotidiana; l'handicap, consistente in uno svantaggio di natura sociale, culturale, economico o ambientale.

¹⁷ Corte cost., n. 203 del 2013, n. 3.4 Cons. in dir.

¹⁸ Cfr. Corte cost., n. 158 del 2018, n. 7.2. Cons. in dir.

¹⁹ Corte cost., n. 232 del 2018, n. 6.1 Cons. in dir.

²⁰ *Ibid.*

²¹ V. il Preambolo della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2007. Al riguardo, cfr. L. POFFÉ, *Towards a New United Nations Human Rights Convention for Older People?*, in *Human Rights Law Review* 2015. Cfr. anche P. ADDIS, *La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità e la Corte costituzionale. Osservazioni a partire dalla sentenza 2/2016*, in *federalismi.it*, Focus Human Rights 2016.

²² L. BUSATTA, *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, in F. CORTESE, M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, Napoli 2016, 339.

Tuttavia, una lettura esclusivamente medica di una situazione di fragilità, che fa perno sull'idea della menomazione senza occuparsi della rete relazionale all'interno della quale la persona è inserita, rischia di non salvaguardare appieno lo stesso disabile, tenuto conto dell'invasività di alcuni interventi a tutela della sua salute e, al contempo, della necessità di tutelare nei limiti del possibile la sua autonomia, nonché la sua libertà di scelta²³.

Per tali ragioni, soprattutto in Europa (a partire dal Regno Unito), è oggi prevalente una lettura ispirata al modello sociale della disabilità, secondo cui quest'ultima «è il risultato di una interazione (negativa) tra individuo e ambiente circostante, a causa di una serie variabile di barriere che si frappongono tra la persona in condizioni di fragilità e il mondo circostante»²⁴. Del resto, ogni persona può trovarsi in condizioni di salute che, se l'ambiente è sfavorevole, diventano disabilità²⁵; ragion per cui, a differenza della lettura esclusivamente medica, nel modello sociale la responsabilità della disabilità diventa collettiva (e non soltanto individuale).

Volendo utilizzare le parole contenute nel Preambolo della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, può affermarsi che «la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri». In altri termini, nella rete di relazioni e nella comunità si costruisce l'identità della persona e si previene l'esclusione sociale²⁶.

È questa la lettura fatta propria dalla Corte costituzionale nella sentenza annotata ove, muovendo dall'istituto del congedo straordinario, radicalmente trasfigurato rispetto alle sue origini, si sottolinea l'importanza del «diritto del disabile di ricevere assistenza nell'ambito della sua comunità di vita»²⁷; diritto «inscindibilmente connesso con il diritto alla salute e a una integrazione effettiva»²⁸.

Peraltro, come ha osservato il giudice delle leggi in altra occasione, i disabili «non costituiscono un gruppo omogeneo. Vi sono, infatti, forme diverse di disabilità: alcune hanno carattere lieve ed altre grave. Per ognuna di esse è necessario, pertanto, individuare meccanismi di rimozione degli ostacoli che tengano conto della tipologia di handicap da cui risulti essere affetta in concreto una persona»²⁹. Ciascun disabile deve allora essere coinvolto «in un processo di riabilitazione finalizzato ad un suo completo inserimento nella società»³⁰.

Sul problema definitorio è più volte intervenuta la Corte di giustizia dell'Unione europea che, con l'obiettivo di distinguere il concetto di handicap da quello di malattia, inizialmente ha abbracciato il modello bio-medico, precisando che la prima nozione vada intesa come un limite derivante da minorazioni fisiche, mentali o psichiche destinato a ostacolare la partecipazione della persona

²³ Sui rischi di una lettura della disabilità ispirata esclusivamente a un paternalismo medico-assistenziale, cfr. L. BUSATTA, *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, cit., 345 ss.

²⁴ *Ibid.*, 347.

²⁵ Cfr. C. COLAPIETRO, *Disabilità, crisi economica e giudice delle leggi*, in C. COLAPIETRO, A. SALVIA (a cura di), *Atti del Convegno internazionale Fondazione Santa Lucia IRCCS, Roma – Università degli Studi di Roma Tre*, 13-14 giugno 2012, Napoli 2013, 164.

²⁶ Cfr. F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale*, Giuffrè, Milano, 2004, 151.

²⁷ Corte cost., n. 232 del 2018, n. 5 Cons. in dir.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 80, n. 3 Cons. in dir.

³⁰ *Ibid.*

considerata alla vita professionale³¹. In un'altra decisione, invece, invocando la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, i giudici comunitari hanno superato il proprio precedente orientamento, sottolineando che l'handicap si «riferisce ad una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori»³².

Collocandosi all'interno di tale prospettiva, con la sentenza annotata la Corte costituzionale richiama: la Carta sociale europea, che garantisce al disabile «l'effettivo esercizio del diritto all'autonomia, all'integrazione sociale ed alla partecipazione alla vita della comunità» (art. 15); la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che tutela «il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità» (art. 26)³³; la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, che nel preambolo prescrive di assicurare alle famiglie la protezione e l'assistenza indispensabili per «contribuire al pieno ed uguale godimento dei diritti delle persone con disabilità»³⁴.

Vi è dunque un impegno comune da parte delle istituzioni alla sensibilizzazione dei Paesi membri (e, più in generale, della società civile) sulle problematiche legate alla disabilità e alla promozione dei diritti dei disabili, nella consapevolezza che le famiglie si fanno quotidianamente carico delle gravose necessità assistenziali dei loro parenti, subendo spesso una radicale trasformazione delle proprie condizioni economiche, personali e sociali.

4. Tutelare i diritti dei disabili significa rimuovere gli ostacoli che impediscono la loro piena partecipazione alla vita della comunità, mettendo in rilievo il principio della centralità della persona umana³⁵.

Indubbiamente, non si può negare che dagli anni '60 ad oggi il legislatore abbia compiuto notevoli passi in avanti sul tema della disabilità, con l'obiettivo di adempiere ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale richiamati dall'art. 2 della Costituzione e al fine di assicurare la pari dignità sociale di cui al successivo art. 3. Prendendo le mosse da un percorso di

³¹ Cfr. Corte giustizia UE, 11 luglio 2006, causa C13/05, *Chacón c. Navas*, punto 43. A proposito degli sviluppi della giurisprudenza comunitaria, si rinvia ad A. VENCHIARUTTI, *Sistemi multilivello delle fonti e divieto di discriminazione per disabilità in ambito europeo*, in *Nuova giur. civ.* 2014, 409 ss.

³² Corte giustizia UE, 11 aprile 2013, cause riunite C335/11 e C337/11, *HK Danmark*, punto 38. Nella medesima prospettiva del *social model* va letta la sentenza della Corte di Giustizia UE, 4 luglio 2013, causa C312/11, *Commissione c. Italia*. Nello stesso senso dell'abbandono di una prospettiva esclusivamente medica, in favore di una lettura (anche) sociale della disabilità, cfr.: Corte di Giustizia UE, 18 marzo 2014, causa C-363/12, *Z. c. A Government department e The Board of management of a community school*; Corte di Giustizia UE, 18 dicembre 2014, causa C-354/13, *Fag og Arbejde che agisce per conto di Karsten Kaltoft c. Kommunernes Landsforening che agisce per conto del Billund Kommune*. A commento delle menzionate decisioni, si rinvia a M. PASTORE, *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 199 ss. Sulla definizione della disabilità in base alla durata della menomazione, cfr. Corte di Giustizia UE, 1 dicembre 2016, causa C-395/15, *Daouidi c. Bootes Plus SL e al.*

³³ Si rinvia a M. OLIVETTI, *Art. 26 — Inserimento dei disabili*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna 2001, 202 ss.

³⁴ Nel Preambolo si riconosce «*the importance for persons with disabilities of their individual autonomy and independence, including the freedom to make their own choices*». Sul tema, si rinvia a G. ARCONZO, *Il diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e territorio. Il valore delle autonomie nell'ordinamento repubblicano*, Torino 2015, 128 ss.

³⁵ Cfr. C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli 2011, 26.

inserimento delle persone disabili nella società e proseguendo successivamente in una logica di integrazione, solo in tempi relativamente recenti è stata finalmente intrapresa la via dell'inclusione sociale³⁶.

Oltre che dal legislatore, sia pure su un piano diverso, la tutela dei diritti dei disabili (non solo dal punto di vista del diritto all'assistenza, ma altresì nella menzionata prospettiva della socializzazione) è stata inoltre garantita e arricchita grazie alla giurisprudenza della Corte costituzionale³⁷. Quest'ultima, facendosi garante della domanda di uguaglianza proveniente dai soggetti deboli, ha infatti avuto il merito di attribuire a siffatto diritto sociale lo stesso destino dei diritti di libertà, elevandolo da mero principio politico a diritto giuridicamente strutturato³⁸. Non è ad esempio un caso se, pur in presenza degli imprescindibili equilibri di bilancio, il giudice delle leggi abbia posto i disabili in una posizione privilegiata nella tutela dei diritti che costano, ricordando che sulla condizione giuridica di questi ultimi «confluiscono un complesso di valori che attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale; e che, conseguentemente, il canone ermeneutico da impiegare in siffatta materia è essenzialmente dato dall'interrelazione e integrazione tra i precetti in cui quei valori trovano espressione e tutela»³⁹. Sì che, in materia di tutela della disabilità, è «la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»⁴⁰. Infatti, la garanzia in tutto il territorio nazionale di un livello uniforme di realizzazione dei diritti dei disabili, che sono diritti costituzionali fondamentali, costituisce «un evidente interesse nazionale, stringente ed infrazionabile»⁴¹.

Siffatta prospettiva trova conferma nella sentenza annotata, con la quale la Corte dichiara incostituzionale l'art. 42, comma 5, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, nella parte in cui, ai fini dell'ottenimento del congedo, richiede la convivenza del figlio con il soggetto da assistere al momento della proposizione della domanda, poichè tale norma «sacrifica in maniera irragionevole e sproporzionata l'effettività dell'assistenza e dell'integrazione del disabile nell'ambito della famiglia»⁴².

Si tratta di una scelta indubbiamente opportuna, tenuto anche conto delle trasformazioni intervenute nella società moderna, che nel tempo è completamente cambiata, dato che l'odierna famiglia «deve occuparsi della cura di un numero sempre più rilevante di persone, perché le persone vivono di più, potendo, al tempo stesso, contare su un numero più ristretto di persone in grado di dare aiuto»⁴³.

La decisione in questione contiene dunque un'interpretazione ancora una volta evolutiva della norma censurata, dovendo la Corte considerare i «mutamenti intervenuti nei rapporti personali e le trasformazioni che investono la famiglia, non sempre tenuta insieme da un rapporto di prossimità quotidiana, ma non per questo meno solida nel suo impianto solidaristico»⁴⁴. Per tale ragione, se è vero che il requisito della convivenza *ex ante* rimane il criterio prioritario per l'identificazione dei

³⁶ *Ibid.*, 35-37.

³⁷ Cfr. ad es. Corte cost., n. 80 del 2010.

³⁸ Cfr. M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del diritto* 1999, 35.

³⁹ Corte cost., n. 215 del 1987, n. 6 Cons. in dir.

⁴⁰ Corte cost., n. 275 del 2016, n. 11 Cons. in dir.

⁴¹ Corte cost., n. 406 del 1992, n. 2 Cons. in dir.

⁴² Corte cost., n. 232 del 2018, n. 6.1 Cons. in dir.

⁴³ M.C. GUERRA, *Gli ostacoli e i nemici della riforma e le prospettive della sua realizzabilità*, in *Prospettive sociali e sanitarie* 2016, n. 2-3, 16.

⁴⁴ Corte cost., n. 232 del 2018, n. 6.1 Cons. in dir.

beneficiari del congedo, è altrettanto vero che esso non può diventare il presupposto esclusivo, «così da precludere al figlio, che intende convivere ex post, di adempiere in via sussidiaria e residuale i doveri di cura e di assistenza, anche quando nessun altro familiare convivente, pur di grado più lontano, possa farsene carico»⁴⁵.

Svolta tale premessa, non appare tuttavia banale ricordare che, come anticipato, il legislatore e la Corte costituzionale tutelano i soggetti deboli muovendosi su due binari completamente diversi.

Soltanto il primo può infatti attribuire o negare loro un particolare *status*, dato che il compito di rimuovere le disuguaglianze e di individuare le modalità di intervento (*rectius*, l'uguaglianza sostanziale) è affidato esclusivamente all'indirizzo politico parlamentare. Viene allora qui in rilievo la nota questione secondo cui la Corte non può intercettare la discrezionalità del legislatore⁴⁶, alle cui scelte «non è sovrapponibile una ricostruzione diversa da parte del giudice delle leggi»⁴⁷, pur avendo quest'ultimo la possibilità di aprire un varco nel merito della legge attraverso il controllo della sua «razionalità-ragionevolezza»⁴⁸ e il bilanciamento dei diritti, secondo l'art. 3 della Costituzione⁴⁹.

Alla Corte compete allora esclusivamente la razionalizzazione dell'ordinamento vigente sul piano dell'uguaglianza formale⁵⁰. Detto in altri termini, «la strada maestra per l'attuazione dei diritti sociali [...] deve continuare ad essere considerata quella legislativa»⁵¹; invece, «l'attuazione giudiziaria immediata è solo un rimedio a una situazione patologica»⁵².

Proprio sulla base del principio di ragionevolezza e ragionando in un'ottica di contemperamento di tutti gli interessi costituzionalmente rilevanti, la Corte ha ritenuto la norma censurata illegittima, ricordando che, in ogni caso, «la discrezionalità del legislatore incontra [...] un limite invalicabile nel rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati»⁵³.

In conclusione, la sentenza annotata costituisce un ulteriore tassello nella prospettiva della costruzione di un sistema di effettiva inclusione sociale dei disabili, troppo a lungo in passato rimasti degli «invisible citizens»⁵⁴.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Come ha osservato M. MASSA, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Quad. cost.* 2017, 77, «lo spazio privilegiato della discrezionalità politica è proprio quella della legislazione dei diritti fondamentali; tale spazio è massimo con riguardo ai diritti sociali, perché il loro contenuto è indeterminato e non predeterminabile nella misura».

⁴⁷ L. ARCIDIACONO, *Discrezionalità legislativa e giurisprudenza della Corte a confronto in tre recenti decisioni*, in A. CIANCIO, *Persona e «demos»*. Studi sull'integrazione politica in Italia e in Europa, Torino 2010, 2.

⁴⁸ L'espressione è di A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista AIC* 2010, 11.

⁴⁹ Cfr. F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna 1982, spec. 52 ss. Cfr. inoltre R. BIN., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992. A proposito dell'onnipresenza del canone della ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale e della sua pervasività, cfr. su tutti L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, I, Milano 1997, 899 ss.

⁵⁰ Cfr. M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 51-52.

⁵¹ G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991, Milano 1993, 154.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Corte cost., n. 232 del 2018, n. 5 Cons. in dir. Nello stesso senso, cfr. Corte cost., n. 251 del 2008, n. 16 Cons. in dir.

⁵⁴ H. MORGAN, H. STALFORD, *Disabled People and the European Union: equal citizens?*, in *The Social Model of Disability: Europe and Majority World*, Leeds 2005, 98.