

Permessi e congedi per l'assistenza alle persone con disabilità.
Stato dell'arte e profili critici alla luce della l. n. 76 del 2016*

Giovanna Pistore

1. Gli strumenti offerti dall'ordinamento. Caratteri generali.	259
2. Cosa succede alla luce della l. n. 76/2016?	260
3. Quali prospettive per il futuro?	263

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 375/2018

1. Gli strumenti offerti dall'ordinamento. Caratteri generali.

«One in six people in the European Union (EU) has a disability that ranges from mild to severe making around 80 million who are often prevented from taking part fully in society and the economy because of environmental and attitudinal barriers».

Questo è l'*incipit* della *European Disability Strategy 2010-2020*⁷⁷⁶, che evidenzia come la persona disabile si trovi in una situazione di svantaggio nell' «accessibilità all'ambiente fisico, sociale, economico e culturale, alla salute, all'istruzione, all'informazione e alla comunicazione»⁷⁷⁷.

Tale situazione si ripercuote anche sulla vita dei congiunti, richiedendo l'intervento dello Stato tramite strumenti e tutele che permettano la conciliazione tra il lavoro e le necessità di cura, assistenza ed inclusione del disabile⁷⁷⁸.

In questo solco, nel nostro ordinamento, si inseriscono i permessi retribuiti previsti dall'art. 33, comma 3, della l. n. 104/1992 e il congedo straordinario retribuito di cui all'art. 42, c. 5, del d. lgs. n. 151/2001, che vanno oltre una logica meramente assistenziale guardando a una «piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società» (art. 1, comma 1, lett. a), l. n. 104/1992) per superare gli «stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata» (art. 1, c. 1, lett. d), l. n. 104/1992).

L'interesse primario sotteso «è quello di assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare»⁷⁷⁹, nel quadro della protezione accordata dagli artt. 2, 32 e 38 c. 1 Cost.⁷⁸⁰. Si tratta di «interventi economici integrativi di sostegno alle famiglie che si fanno carico dell'assistenza della persona diversamente abile, evidenziando il rapporto di stretta e diretta correlazione (...) con le finalità (...) di tutela della salute psico-fisica della persona handicappata e di promozione della sua integrazione nella famiglia»⁷⁸¹. Sono quindi misure che hanno carattere latamente assistenziale, non essendo erogate direttamente dallo Stato, che preferisce affidare i compiti di cura a chi è più vicino al disabile.

Riassumendo, il fulcro di questi istituti è a) l'esigenza di tutela della persona disabile che si esplica attraverso b) un vincolo solidaristico, espresso da un rapporto affettivo qualificato tra il disabile e la persona che usufruisce dei permessi e congedi previsti dalla legge. Nonostante il richiamo alla dimensione familiare, il nucleo considerato ricomprende anche soggetti estranei alla scelta matrimoniale, purché legati da un rapporto di assistenza morale e materiale rispetto al disabile.

⁷⁷⁶ Il documento può essere letto all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0636:FIN:en:PDF>.

⁷⁷⁷ Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, Preambolo, lett. v). La Convenzione, del 13 dicembre 2006, è stata ratificata dall'Italia con la l. 3 marzo 2009, n. 18.

⁷⁷⁸ Per una disamina dei problemi in materia, A. MURATORIO, *Handicap (diritto del lavoro)*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, 2007. Il ruolo centrale della famiglia è evidenziato anche nella Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, che nel Preambolo, lett. x), sottolinea come «la famiglia (...) è il naturale e fondamentale nucleo della società e merita la protezione da parte della società e dello Stato, (...) le persone con disabilità ed i membri delle loro famiglie dovrebbero ricevere la necessaria protezione ed assistenza per permettere alle famiglie di contribuire al pieno ed eguale godimento dei diritti delle persone con disabilità».

⁷⁷⁹ Corte cost. 18 aprile 2007, n. 158.

⁷⁸⁰ Questa è la *ratio* specificata dalla giurisprudenza che, nel corso del tempo, ha allargato il novero dei beneficiari. In particolare il congedo straordinario biennale, inizialmente previsto solo per i genitori del disabile, è stato esteso dalla Corte costituzionale, nell'ordine, a fratelli e sorelle (sentenza 16 giugno 2005, n. 233), al coniuge in via prioritaria (sentenza 8 maggio 2007, n. 158), ai figli (sentenza 30 gennaio 2009, n. 19); a parenti o affini entro il terzo grado (sentenza 18 luglio 2013, n. 203).

⁷⁸¹ Corte cost. 16 giugno 2005, n. 233.

Da un punto di vista operativo le due fattispecie presentano numerosi punti di contatto.

È richiesto innanzitutto un comune requisito di carattere sanitario, cioè la situazione di disabilità grave della persona da assistere, accertata dalla Commissione medica integrata ASL/INPS, e consistente in una «minorazione, singola o plurima, [che] abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione» (art. 3, c. 3, l. n. 104/1992).

Analogo è anche il novero dei soggetti che possono usufruirne, secondo una regola di esclusività, pur con alcune differenze. I permessi spettano⁷⁸² al coniuge, a parenti e affini entro il secondo grado, oppure entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con *handicap* abbiano compiuto i sessantacinque anni di età, siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti.

Diversamente, per il congedo straordinario, è prevista una gradazione gerarchica tra i beneficiari, dato che può farne richiesta in prima battuta solo il coniuge convivente, mentre gli altri soggetti (padre e madre anche adottivi, figli, fratelli o sorelle, il parente o l'affine entro il terzo grado) ne fruiranno solo nel caso di mancanza, decesso o patologie invalidanti delle categorie precedenti. È richiesto inoltre, in questo caso, il requisito della convivenza⁷⁸³, inteso però dalla giurisprudenza in senso non coincidente alla coabitazione⁷⁸⁴, ricomprendendo anche le ipotesi in cui il lavoratore si rechi presso la residenza del disabile limitatamente ad una fascia oraria della giornata.

In entrambe le ipotesi è prevista l'erogazione di un'indennità a carico dell'INPS, anticipata dal datore di lavoro e coperta da contribuzione figurativa accreditata su domanda di parte. Possono usufruirne unicamente i lavoratori dipendenti del settore pubblico e privato, mentre nulla è previsto in favore dei lavoratori autonomi anche se l'identità del bene protetto, cioè la cura e l'integrazione del disabile, solleva dubbi di illegittimità costituzionale in relazione all'art. 3 Cost.

I permessi vengono concessi per tre giorni al mese, in maniera frazionata anche ad ore o continuativa e concorrono alla maturazione delle ferie⁷⁸⁵. Il congedo straordinario può essere anch'esso fruito in modo continuativo o frazionato e ha una durata massima di due anni.

2. Cosa succede alla luce della l. n. 76/2016?

Il riconoscimento ad opera della l. n. 76/2016 delle unioni civili e delle convivenze di fatto ha innegabili riflessi anche sulla disciplina dei permessi e congedi per l'assistenza ai disabili, ridefinendo l'ambito applicativo delle fattispecie. Nonostante forti similitudini, i due tipi di legame vengono trattati diversamente dal Legislatore quanto a peso del vincolo solidaristico ed effetti, pertanto la loro intersezione con la normativa lavoristica richiede un'analisi differenziata.

Cominciamo dalle unioni civili. Il comma 20 della legge n. 76/2016 sgombera il campo da ogni dubbio, facendo ritenere che le garanzie previste dalla legge n. 104/1992 e dal d. lgs. n. 151/2001 valgono anche nei confronti dei membri dell'unione⁷⁸⁶. È previsto infatti che «le disposizioni che

⁷⁸² I permessi *ex lege* n. 104 spettano anche allo stesso lavoratore disabile.

⁷⁸³ INPS, Circolare 6 marzo 2012, n. 32 e Messaggio 4 marzo 2010 n. 6512.

⁷⁸⁴ Cass. pen. sez. II 16 febbraio 2017, n. 24470.

⁷⁸⁵ Cass. civ. sez. lav. 7 giugno 2017, n. 14187.

⁷⁸⁶ Così peraltro anche la Circolare INPS 27 febbraio 2017, n. 38.

si riferiscono al matrimonio e [quelle] contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso».

Problematica invece è la possibilità di accedere ai permessi o ai congedi qualora la persona da assistere sia ad esempio il figlio biologico del *partner* oppure il genitore, il fratello o la sorella dello stesso. Questo perché la legge n. 76/2016 omette di richiamare l'art. 78 c.c. in materia di affinità: secondo la dottrina maggioritaria ne discende che, a differenza del matrimonio, gli effetti nell'unione civile sono limitati ai soli paciscenti⁷⁸⁷, non instaurandosi alcun legame al di fuori della coppia. La questione però non è pacifica, dato che al mancato richiamo fa da contraltare il rinvio, senza alcuna riserva di compatibilità, alle norme in materia di alimenti e a quelle sull'impresa familiare, le quali postulano invece reciproche obbligazioni pure tra affini⁷⁸⁸, ma il rinvio esteso sembra frutto di disattenzione legislativa, più che di un intento cosciente di totale assimilazione al matrimonio. La delimitazione degli effetti civili si ripercuote a cascata anche sulle norme lavoristiche escludendo in questi casi la possibilità di accedere ai permessi *ex lege* n. 104 o al congedo straordinario, con conseguenze distoniche sul piano della coscienza sociale poiché, nonostante l'esistenza di un legame affettivo, il membro dell'unione non potrà prestare assistenza al disabile parente del *partner*, ove quest'ultimo sia nell'impossibilità di provvedervi direttamente.

Forse è possibile giungere a diversa soluzione nel caso dei figli geneticamente discendenti da un solo membro della coppia. Il comma 20 della l. n. 76/2016 conclude facendo salvo, ambigualmente, «quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti», e quindi anche l'istituto dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, l. n. 184/1983, utilizzato dalla giurisprudenza per ammettere la c.d. *stepchild adoption*⁷⁸⁹ nelle unioni omosessuali facendo leva sulla tutela del preminente interesse del minore⁷⁹⁰. Sotto questo profilo, pertanto, non sembrano esservi ostacoli alla fruizione dei permessi e dei congedi anche per l'assistenza al minore disabile figlio biologico di un *partner* e adottato dall'altro.

Ad avviso di chi scrive, inoltre, nessuna questione potrebbe sorgere pure nel caso in cui venga trascritto o rettificato il certificato di nascita straniero da cui risulti che il minore è figlio di una coppia omosessuale⁷⁹¹, potendo entrambi i genitori, di conseguenza, avvalersi delle tutele previste in caso di disabilità del bambino.

⁷⁸⁷ G. DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, 1, 101 ss.; M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. Dir.*, n. 10/2016, p. 881 ss. e segnatamente p. 885; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 3/2016, p. 367 ss. Si veda anche, per un quadro complessivo, F. AZZARRI, *Unioni civili e convivenze (diritto civile)*, voce in *Enc. Dir.*, Annali X, 2017, p. 997 ss. e in particolare p. 1008, cui si rinvia per gli ampi riferimenti bibliografici.

⁷⁸⁸ G. OBERTO, *I regimi patrimoniali delle unioni civili*, in *Giur. it.*, 2016, 1800 ss. e in particolare p. 1806.

⁷⁸⁹ Cass. civ. sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962.

⁷⁹⁰ Si veda sul tema G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, reperibile all'indirizzo http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Prof_ssa_Ferrando.pdf

⁷⁹¹ Trascrizione ammessa da Cass. civ. sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878, in *Giust. Civ. Mass.* 2017; Cass. civ. sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, in *GiustiziaCivile.com* 27 febbraio 2017.

Diverso è invece l'approccio nella considerazione delle convivenze *more uxorio*, che nella valutazione legislativa – frutto di un'intensa e conforme elaborazione giurisprudenziale sul tema – seguivano a non essere equiparate al coniugio per l'insussistenza di un vincolo dotato dei medesimi caratteri di stabilità, tant'è che la l. n. 76/2016 neppure le riconduce all'art. 2 Cost. Tale circostanza indurrebbe ad escludere il convivente dai beneficiari dei permessi e congedi, ove sia necessario assistere il compagno disabile grave.

Questa sarebbe la conclusione sul piano dei principi, in realtà la differenziazione tra i legami seguita a non essere chiara, come emerge dalla sentenza della Corte costituzionale n. 213/2016, che ha esteso anche al convivente di fatto la possibilità di usufruire dei permessi mensili *ex lege* n. 104/1992.

Il caso riguardava la dipendente di un'Azienda USL che chiedeva il riconoscimento del diritto ad usufruire di tali permessi per assistere il proprio compagno e, al contempo, resisteva alla pretesa della datrice di recuperare nei suoi confronti le ore già usufruite a tale titolo, concesse dalla stessa Azienda ma poi revocate proprio per l'assenza di legami di parentela, affinità o coniugio con il disabile. Il fatto peraltro è curioso e testimonia il riconoscimento del dato metagiuridico, attraverso una prassi amministrativa incauta alla luce della legge ma già aperta alla concessione dei permessi anche nel caso della convivenza *more uxorio*.

Il Tribunale di Livorno, giudice remittente, pur ribadendo la diversità tra convivenza e vincolo di coniugio rilevava come la famiglia presa in considerazione dall'art. 33, c. 3, l. n. 104/1992 non sia quella nucleare protetta dall'art. 29 Cost., ma quella intesa come «formazione sociale» *ex art. 2* della Carta. Di conseguenza l'esclusione dall'accesso ai permessi *ex lege* n. 104/1992 non avrebbe consentito alla persona affetta da disabilità grave «di beneficiare di piena ed effettiva assistenza nell'ambito di una formazione sociale che la stessa ha contribuito a creare e che è sede di svolgimento della propria personalità individuale», con conseguenti profili di irragionevolezza, tenuto conto della disparità di trattamento tra il disabile inserito in una stabile formazione di fatto e quello coniugato. Ad avviso del Tribunale, inoltre, l'impossibilità per un lavoratore di assistere il proprio convivente disabile contrasterebbe pure con quanto sancito dall'art. 8 CEDU, che tutela la «vita familiare» anche di coloro che siano parte di un legame *more uxorio*. L'esclusione dei conviventi dall'accesso ai permessi retribuiti comporterebbe pertanto una possibile violazione degli artt. 2, 3, 32 Cost.⁷⁹².

Il ricorso viene accolto dalla Corte, facendo però leva non su una possibile discriminazione del lavoratore che assista il disabile (aspetto questo rinvenibile nelle pieghe nell'ordinanza di rimessione⁷⁹³), ma sulla *ratio* dell'istituto, cioè la tutela della salute psico – fisica del portatore di *handicap*. Si tratta di un diritto inviolabile ai sensi dell'art. 32 Cost., che va garantito e tutelato nei confronti del disabile grave sia come singolo che come parte di una formazione sociale ai sensi dell'art. 2 Cost., dovendosi intendere per formazione sociale «ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione,

⁷⁹² Trib. Livorno, Ord., 15 settembre 2014, Est. Calò, che può essere letta all'indirizzo

http://www.questionegiustizia.it/doc/Tribunale_Livorno_ordinanza_15_settembre_2014.pdf

⁷⁹³ Lo scopo diretto di permessi e congedi non è aiutare il lavoratore, ma tutelare il disabile, per questo si è ritenuto che «nessun elemento testuale o logico consente di attribuire al beneficio una funzione meramente compensativa o di ristoro delle energie impiegate dal dipendente per l'assistenza prestata al disabile» (Cass. civ. sez. lav. 13 settembre 2016, n. 17968).

nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico»⁷⁹⁴. L'esclusione del convivente da coloro che possono accedere ai permessi di cui alla legge n. 104/1992 integra, pertanto, una violazione dell'art. 3 della Costituzione, non per la differenziazione tra convivenza e coniugio, ma per la diversa considerazione della persona disabile a fronte della medesima esigenza di tutela.

A parte la notazione di stampo privatistico per cui, nonostante il silenzio nella l. n. 76/2016, le convivenze vengono ricondotte all'art. 2 Cost., la censura di irragionevolezza appare pertinente ove si consideri il rapporto tra la disciplina lavoristica/assistenziale e quella civilistica dell'istituto. È stato rilevato poc'anzi come i permessi e i congedi poggino sul legame solidaristico sussistente tra disabile e lavoratore. Benché si affermi una diversità ontologica tra i vincoli sottesi a matrimonio e convivenza, all'atto pratico la differenza sfuma e risulta di difficile individuazione. Il comma 36 dell'art. 1, l. n. 76/2016, esordisce qualificando come conviventi di fatto «due persone maggiorenni unite *stabilmente* da legami affettivi di coppia e di *reciproca assistenza morale e materiale*», assistenza esplicitata, anche se in modo non compiuto, nelle successive disposizioni. Il comma 38 riconosce ai conviventi di fatto gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario. Il comma 39 prevede invece che in caso di malattia o ricovero i conviventi di fatto abbiano diritto reciproco di visita, di *assistenza* nonché di accesso alle informazioni personali, anche se poi i commi 40 e 41 subordinano la rappresentanza per le decisioni in materia di salute o di donazione degli organi alla necessaria designazione effettuata in forma scritta o alla presenza di un testimone. Ad ogni modo, sarebbe incongruo limitare la possibilità di reciproca assistenza escludendo le ipotesi in cui il convivente sia disabile grave.

Allo stato resta invece esclusa la possibilità, per i conviventi, di accedere al congedo straordinario biennale previsto dal d. lgs. n. 151/2001, come confermato dalla Circolare INPS n. 37/2018. L'atteggiamento dell'ente previdenziale è comprensibile, considerato che all'estensione della platea dei beneficiari non corrisponde un uguale allargamento dei contribuenti⁷⁹⁵. E infatti lo stesso Legislatore della l. n. 76/2016 si mostra molto attento al versante economico dei nuovi istituti, imponendo al Ministero del lavoro di attuare, sulla base dei dati forniti dall'INPS, il monitoraggio degli oneri di natura previdenziale e assistenziale previsti in forza dell'equiparazione tra unioni civili e coniugio e, in caso, di provvedere alle necessarie modifiche di bilancio (art. 1, c. 67, l. n. 76/2016). Abbiamo visto però come congedi e permessi rispondano ad un'identica *ratio*: è facile immaginare quindi la futura instaurazione di un contenzioso sul punto.

Anche per le convivenze residuano i medesimi problemi derivanti dall'insussistenza di alcun legame di affinità nei confronti del figlio biologico o dei parenti del convivente. Si segnala però come la giurisprudenza ammetta l'adozione in casi particolari anche dei figli del convivente, con conseguente accesso ai benefici previsti in caso di disabilità a favore del genitore adottivo.

3. Quali prospettive per il futuro?

La presenza di situazioni di bisogno tuttora non coperte dalla legge induce a chiedersi se comunque, alla luce del quadro normativo esistente, vi siano margini per un progressivo allargamento delle tutele.

⁷⁹⁴ Così la Corte, richiamando la propria sentenza del 15 aprile 2010, n. 138.

⁷⁹⁵ Cfr. C. A. NICOLINI, *Quali i riflessi previdenziali delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze di fatto?*, in *RDSS*, n. 3/2016, p. 563 ss.

Alcuni spiragli sembrano essere aperti dalle argomentazioni seguite dalla Consulta nell'estensione ai conviventi *more uxorio* dei permessi di cui alla l. n. 104/1992.

Si è detto che permessi e congedi poggiano su due pilastri, cioè l'esigenza di tutela della persona e il vincolo solidaristico col lavoratore. La Corte però considera i due aspetti in via congiunta ed anzi li assorbe nel diritto fondamentale alla tutela della salute che va garantito al portatore di *handicap* sia come singolo che nelle formazioni sociali di cui fa parte. Applicando tale assioma, la presenza di un legame affettivo stabile, benché non giuridicizzato, consentirebbe di estendere le previsioni su congedi e permessi anche alle situazioni testé esaminate e tuttora escluse.

In questo senso deporrebbe pure l'interpretazione del diritto interno alla luce della normativa comunitaria. L'art. 26 della Carta di Nizza «riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità». La norma sembrerebbe applicabile anche *in subiecta materia*: è vero che l'art. 51 della Carta ne definisce l'ambito di applicazione «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», però tale attuazione viene intesa non come trasposizione *stricto sensu* considerata, ma in senso ampio, quale «sfera di competenza» del diritto comunitario⁷⁹⁶. A questo proposito l'art. 4, c. 2 lett. b) TFUE attribuisce all'Unione competenza concorrente nella «politica sociale» per quanto riguarda gli aspetti definiti nel trattato, tra cui rientra proprio la protezione delle persone con disabilità.

In aggiunta, per quanto concerne i minori potrebbe essere invocato anche l'art. 24 della Carta di Nizza, che al comma 1 riconosce e tutela il diritto dei minori alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere e soprattutto, al comma 2, stabilisce che «in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente».

Qualcosa però non torna nella ricostruzione della Consulta perché il vincolo di solidarietà, che costituisce specificazione del diritto, è pure il *prius* logico per l'operatività dell'istituto. Sorge quindi una domanda: il diritto alla salute del portatore di *handicap* può avere una latitudine tale da valorizzare un qualsivoglia legame, seppur stabile? La «formazione sociale», per ammissione unanime della dottrina costituzionalistica, nonché come rilevato nell'ordinanza di rimessione e

⁷⁹⁶ CGUE, Grande sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, par. 21: «i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, non possono quindi esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione. L'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta». Si veda anche G. BRONZINI, *Happy birthday; il primo anno di "obbligatorietà" della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in B. CARUSO – M. MILITELLO (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - *Collective Volumes* - 1/2011, p. 26 ss., che evidenzia un approccio estensivo della Corte di giustizia. A questo riguardo L. MARI, *La Carta di Nizza: contenuto e principi ispiratori*, in M. NAPOLI (a cura di), *La carta di Nizza. I diritti fondamentali dell'Europa*, V&P, 2004, p. 13, sottolinea come vi sia una «sfera indefinita del campo di attuazione del diritto dell'Unione, con la conseguenza che la Carta dei diritti appare tale da potersi sovrapporre alle disposizioni costituzionali nazionali in tutta l'area nella quale le istituzioni europee decidono di intervenire». Riguardo all'applicazione della Carta di Nizza ad opera della Corte costituzionale, M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali - il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, relazione tenuta all'Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Santiago de Compostela 16-18 ottobre 2014, reperibile al sito https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_santiago2014.pdf

nella sentenza, resta tuttora un concetto indeterminato⁷⁹⁷. In assenza di una delimitazione civilistica del legame rimane il rischio di una applicazione indiscriminata della norma, di possibili frodi alla legge e di evidenti ripercussioni sul piano della certezza del diritto.

È quindi importante individuare un criterio discretivo che permetta di valorizzare un vincolo effettivo. Il tema, delicatissimo, non pertiene di certo al giuslavorista. Si segnala però che l'art. 4 del Regolamento Anagrafico della popolazione residente, allegato al d.P.R. n. 223/1989, definisce famiglia anagrafica «un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, unione civile, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune», valorizzando quindi anche un legame di reciproca assistenza non giuridicizzato ma ancorandolo a saldi dati fattuali. Il requisito della coabitazione però andrebbe in controtendenza rispetto a quanto già previsto in materia di permessi e congedi, per cui la necessaria convivenza è esclusa oppure viene intesa in senso estensivo.

Resta da chiedersi se nell'individuazione di paletti all'applicabilità dell'istituto sia possibile utilizzare quale parametro interposto⁷⁹⁸ il riferimento dall'art. 8 CEDU invocato però – diversamente da come fa il Tribunale di Livorno - non a tutela del lavoratore che richieda i permessi ma del disabile da assistere.

Ciò richiederebbe, ad opera del giudice nazionale, l'applicazione delle categorie come delineate dal formante esterno. Al riguardo, la nozione di «vita familiare» elaborata dalla Corte EDU è più ampia rispetto a quella forgiata sull'art. 29 Cost. ma sembra ricomprendere, allo stato attuale, solo i soggetti ascrivibili a quella che possiamo indicare come «famiglia» nucleare. Già quando il legame trascende tale dimensione, come ad esempio nel caso del rapporto tra nonni e nipoti⁷⁹⁹ o zii e nipoti⁸⁰⁰, la Corte si muove in modo molto cauto, facendovi rientrare la parentela più lata alla condizione di una prova stringente circa l'esistenza di un legame personale effettivo, desumibile dalla coabitazione o da visite frequenti.

Forse, tuttavia, c'è un altro modo per andare oltre le strettoie della disciplina civilistica, valorizzando le categorie lavoristiche e in particolare i divieti di discriminazione.

⁷⁹⁷ Si rinvia, per una ricostruzione del tema, a F. DAL CANTO, *I principi fondamentali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, vol. I, Giappichelli, 2015, p. 113 ss. e soprattutto p. 128 ss.

⁷⁹⁸ Occorre rammentare – anche se la questione non è pacifica alla luce del richiamo alla Convenzione EDU contenuto nell'art. 6 TUE – che, diversamente dalle norme comunitarie, il contrasto con una norma CEDU non potrebbe legittimare una disapplicazione del diritto interno ma unicamente una sua applicazione conforme o, nel caso in cui questa sia impossibile, il sollevamento della questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, comma 1, Cost. Così Corte cost. sentenze 24 ottobre 2007, n. 348 e 349, confermate dalla giurisprudenza successiva. La dottrina sul punto è vastissima: per una rassegna che costituisce utile punto di partenza per un approfondimento bibliografico, si segnala M. FIERRO (a cura di), *L'efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo nei confronti dei paesi contraenti che non sono parte del giudizio*, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/decisioni_Corte_Strasburgo.pdf Si veda anche M. CARTABIA, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in *Atti del Seminario All'incrocio tra Costituzione e Cedu: il rango delle norme della convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Giappichelli, 2007.

⁷⁹⁹ Corte EDU 9 giugno 1998, *Bronda c. Italia*.

⁸⁰⁰ Corte EDU 23 marzo 1999, *Ticli e Mancuso c. Italia*; 3 giugno 2004, *Zampieri c. Italia*.

Occorre ricordare che «l'efficacia della tutela della persona con disabilità si realizza (...) anche mediante la regolamentazione del contratto di lavoro di cui è parte il familiare della persona tutelata essendo il riconoscimento di diritti in capo al lavoratore in funzione del diritto del congiunto con disabilità alle immutate condizioni di assistenza⁸⁰¹».

Nel caso dell'“affine” (ci si perdoni l'utilizzo improprio del termine) dell'unito civilmente, sarebbe possibile ravvisare una possibile discriminazione ai sensi della Direttiva 2000/78/CE, non basata sull'*handicap*, ma sull'orientamento sessuale, perché la persona che potrebbe assistere il disabile non può accedere ad uno strumento giuridico che dispieghi i medesimi effetti del matrimonio⁸⁰².

Diverso invece è il caso dei rapporti tra convivente di fatto e parenti dell'altro convivente. In questo caso non sarebbe possibile invocare nei confronti degli “affini” né l'irragionevolezza né la discriminatorietà. Sul primo punto, l'irragionevolezza è ravvisabile unicamente nella disciplina dei rapporti interni alla coppia, in cui il vincolo di solidarietà non si traduce nella possibile assistenza in caso di disabilità. Non è possibile inoltre ritenere che sussista una discriminazione, la quale non potrebbe essere basata sull'orientamento sessuale né sulle convinzioni personali, posto che adottando quest'ultima categoria si darebbe spazio alle idee che hanno guidato la libera scelta di dare al proprio legame una determinata forma giuridica pur avendo a disposizione strumenti più stringenti.

Ci si rende conto di come le costruzioni prospettate siano particolari, facendo emergere in modo impietoso le discrasie e l'urgenza una revisione profonda dell'impianto legislativo, che tenga profondamente in considerazione tutte le istanze di tutela e le interconnessioni tra le diverse norme dell'ordinamento.

Avrebbe potuto occuparsene la l. n. 76/2016, ma questa è un'altra storia.

⁸⁰¹ Cfr. Trib. Roma 12 marzo 2014, n. 2781

⁸⁰² Queste d'altronde sono le argomentazioni sottese a numerose sentenze della Corte di giustizia. Si veda CGUE 12 dicembre 2013, C-267/12, *Hay*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, n. 3/2014, p. 672 ss, con nota di G. BOLEGO, *Congedo matrimoniale e diritto antidiscriminatorio di “seconda generazione”*; Id. 20 maggio 2011, C-147/08, *Römer*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, p. 215 ss., con commento di M. BORZAGA, *Unioni civili, trattamenti pensionistici e discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale: fin dove può spingersi il diritto comunitario del lavoro?*; Id. 1 aprile 2008, C-267/06, *Maruko*, in *Riv. Giur. Lav.*, n. 1/2009, p. 248 ss., con nota di L. CALAFA', *Unione solidale registrata fra persone omosessuali e pensione ai superstiti: il caso Tadao Maruko dinanzi alla Corte di Giustizia Ce*; Id. 7 gennaio 2004, C-117/01, *National Health Service Pensions Agency*. Ci si permette di rinviare alle considerazioni identiche già svolte, anche se con riferimento ai profili pensionistici, a G. PISTORE, *Convivenza di fatto e tutela dei superstiti tra problemi vecchi e nuovi*, in *WP CSDLE D'Antona.it*, n. 345/2017 e in *Var. Temi Dir. Lav.*, n. 4/2017.