



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO

**Rimessione
 alla Corte
 costituzionale
 art. 42, co.5,
 d.lgs. n.151
 del 2001**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. UMBERTO BERRINO	-	Presidente	-	Cron. Rep. Ud. 11/06/2024 PU
Dott. ROSSANA MANCINO	-	Rel. - Consigliere	-	
Dott. LUIGI CAVALLARO	-	Consigliere	-	
Dott. FRANCESCO BUFFA	-	Consigliere	-	
Dott. SIMONA MAGNANENSI	-	Consigliere	-	

R.G.N. 20265/2023

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso 20265-2023 proposto da:

I.N.P.S. - ISTITUTO NAZIONALE PREVIDENZA SOCIALE, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA CESARE BECCARIA 29, presso l'Avvocatura Centrale dell'Istituto, rappresentato e difeso dagli avvocati [REDACTED]

2024

2710

- ricorrente -

contro

[REDACTED] domiciliato in ROMA PIAZZA CAVOUR presso LA CANCELLERIA DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso dagli avvocati [REDACTED]

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 482/2023 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 21/04/2023 R.G.N. 600/2022;



udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza
del 11/06/2024 dal Consigliere Dott. ROSSANA MANCINO;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale
Dott. CARMELO CELENTANO, che ha concluso per il rigetto
del ricorso;
udito l'avvocato [REDACTED]

Numero registro generale 20265/2023

Numero sezionale 2710/2024

Numero di raccolta generale 30785/2024

Data pubblicazione 02/12/2024

RILEVATO CHE

1. Si controverte dell'ambito di applicazione dell'art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001, *ante* novella introdotta nel 2022, e, precisamente, s'interroga la Corte di legittimità per l'inclusione, in via interpretativa, nel novero dei soggetti beneficiari del congedo ivi previsto, del convivente *more uxorio* del familiare con disabilità grave;
2. [REDACTED] ha agito in giudizio per il riconoscimento del diritto a fruire del congedo straordinario per il periodo dal 27 luglio al 30 novembre 2020 e per il pagamento della relativa indennità;
3. la Corte d'appello di Milano, con la sentenza in epigrafe indicata, ha confermato la decisione di primo grado che aveva accolto la domanda, ex art. 42, co.5, d.lgs. n.151 *cit.*, nel testo applicabile *ratione temporis*, per il periodo di convivenza *more uxorio* antecedente al matrimonio contratto con la coniuge, disabile in situazione di gravità, rigettata dall'INPS sul presupposto dell'assenza del vincolo coniugale (accolta, in seguito, dall'INPS per il periodo seguito al matrimonio e fino al decesso della coniuge);
4. la Corte di merito, letta la disposizione citata anche alla luce della successiva modifica normativa che, con l'art. 2, comma 1, lett. n) d.lgs. n.105 del 2022, benché non applicabile *ratione temporis*, aveva incluso il convivente di fatto del soggetto in condizioni di disabilità grave nella



pletora dei beneficiari dei permessi oggetto di causa, conformava la disposizione ad un'interpretazione evolutiva, anche alla luce della lettura data dalla Corte costituzionale del congedo straordinario, equiparando il convivente al coniuge convivente e alla parte di un'unione civile;

5. ricorre avverso tale sentenza l'INPS, con ricorso affidato ad un motivo, ulteriormente illustrato con memoria, avverso il quale resiste [REDACTED] con controricorso;

CONSIDERATO CHE

6. ritiene questo Collegio, per le ragioni che di seguito si andranno ad esporre, che sia rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art.42, comma 5, d.lgs. 151/2001, nel testo anteriore alla novella, nella parte in cui non include il convivente *more uxorio* tra i soggetti beneficiari del congedo straordinario finalizzato all'assistenza del familiare con disabilità grave, per violazione degli artt. 2,3,32 Cost.;

SULLA RILEVANZA

7. [REDACTED] non rientra tra i soggetti elencati dalla norma in questione, nel testo applicabile *ratione temporis*, e, in assenza di una pronuncia della Corte costituzionale che dichiari l'illegittimità dell'art. 42, comma 5, decreto legislativo n. 151/2001, nella parte in cui non include il convivente *more uxorio* tra i soggetti beneficiari del congedo straordinario per l'assistenza al disabile grave, la domanda azionata dovrebbe essere senz'altro rigettata;
8. la formulazione della disposizione, che provvede ad elencare un numero chiuso di soggetti legittimati alla percezione del beneficio (coniuge convivente e, in via



- gradata, genitori, anche adottivi, figli conviventi, fratelli o sorelle conviventi), esclude la praticabilità di una interpretazione costituzionalmente orientata (cfr. Corte cost. nn. 58 del 2017 e 198 del 2003), evidenza avvalorata anche dalle quattro pronunce della Corte costituzionale intervenute ad ampliare il novero dei soggetti legittimati a ricevere il beneficio (Corte cost. nn. 233 del 2005, 19 del 2009, 203 del 2013, 232 del 2018);
9. non ignora il Collegio che, nel giudizio incidentale promosso per analoga questione, con ordinanza n. 158 del 2023 è stato richiesto, al giudice remittente, un nuovo apprezzamento della rilevanza e della non manifesta infondatezza, in considerazione dello *jus superveniens* costituito dal d.lgs. n. 105 del 2022, il cui art. 2, comma 1, lettera n), ha riformulato l'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001 equiparando, ai fini del godimento del congedo straordinario per l'assistenza del congiunto con disabilità grave, ex art. 3, comma 3, della legge n. 104 del 1992, il convivente di fatto, di cui all'art. 1, comma 36, della legge n. 76 del 2016, al coniuge convivente;
10. si legge, invero, nell'ordinanza n. 158 *cit.*, che detto *jus superveniens* ha inciso in modo significativo sul quadro normativo di riferimento, integrando il contenuto della disposizione censurata secondo il verso del sollevato dubbio di legittimità costituzionale;
11. nondimeno ritiene il Collegio che il mutato quadro normativo non apra l'adito ad un'interpretazione evolutiva della disposizione *ante* riforma sì da ritenerla comprensiva dell'equiparazione del convivente di fatto al coniuge del disabile in condizione di gravità estendendo il numero chiuso dei beneficiari di un trattamento a carico della collettività, fin da epoca antecedente alla sopravvenuta modifica del quadro normativo per effetto



del decreto legislativo 30 giugno 2022, n. 105 ovvero per il tramite di un'interpretazione costituzionalmente orientata;

12. si legge nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo di attuazione della direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, e che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio, che: «Con la lettera m) [*recte*: lett n) nel testo in G.U.], all'articolo 42, comma 5, del T.U. sono stati aggiunti, quali soggetti beneficiari del congedo straordinario per l'assistenza a parenti affetti da disabilità grave, la parte di un'unione civile di cui all'articolo 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76 e il convivente di fatto di cui all'articolo 1, comma 36, della medesima legge. Per quanto riguarda la parte dell'unione civile, la nuova previsione ha un mero intento chiarificatore, in quanto il comma 20 dell'articolo 1 della legge n. 76/2016 stabilisce già che "le disposizioni contenenti le parole «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". L'inserimento della categoria del convivente di fatto si ritiene opportuno in questa sede nel rispetto del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'articolo 3, comma 2, della Costituzione. È stato, inoltre, aggiunto un ultimo periodo all'articolo 42 in esame, per specificare che il diritto al congedo spetta anche nel caso in cui la convivenza con il soggetto da assistere sia stata instaurata dal richiedente successivamente alla richiesta. La previsione risponde



all'esigenza di conformarsi al principio espressamente
affermato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 232/2018, per lo specifico caso del figlio nei confronti del
genitore»;

Numero registro generale 20265/2023

Numero sezionale 2710/2024

Numero di raccolta generale 30785/2024

Data pubblicazione 02/12/2024

13. come reso palese dalla relazione illustrativa, l'intento chiarificatore è attribuito solo alle unioni di fatto, e non anche alle convivenze, l'inclusione del convivente nel disposto normativo è improntata al rispetto del canone di ragionevolezza, infine, i profili di diritto intertemporale sono valorizzati con esclusivo riferimento alla convivenza con il soggetto da assistere instaurata in epoca successiva alla richiesta di congedo;
14. la norma sopravvenuta ha equiparato, ai soli fini della fruizione del congedo straordinario, di cui all'art. 4, comma 2, della legge n. 53 del 2000, il convivente di fatto al coniuge e alla parte dell'unione civile, senza con ciò valorizzare, in sé, la convivenza di fatto ma proseguendo in quell'opera di specifico allargamento della protezione e del diritto del disabile, in condizione di gravità, di ricevere assistenza dalla parte alla quale è unita da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza, morale e materiale;
15. il legislatore delegato del 2022 ha, dunque, ulteriormente ampliato i diritti del convivente di fatto, come già riconosciuto con legge n. 76 del 2016: nella materia dell'ordinamento penitenziario; in caso di malattia o ricovero; in caso di morte del precedente assegnatario di alloggi di edilizia popolare; nell'impresa familiare, ex art. 230-*bis* cod. civ.; in caso di domanda d'interdizione o inabilitazione; nella nomina a tutore, curatore o amministratore di sostegno; quanto ai diritti spettanti al superstite in caso di decesso del convivente dovuto al fatto illecito di un terzo (art. 1, commi 38, 39, 44-49, legge n. 76 *cit.*);



16. non vi è dunque un rilievo autonomo della famiglia di fatto ma solo un costante e progressivo riconoscimento del catalogo dei diritti del convivente di fatto in un contesto in cui, come rilevato da ultimo da Cass., Sez. Un., n. 35385 del 2023, la convivenza prematrimoniale è ormai un fenomeno di costume sempre più radicato nei comportamenti della nostra società cui si affianca un accresciuto riconoscimento - nei dati statistici e nella percezione delle persone - dei legami di fatto intesi come formazioni familiari e sociali di tendenziale pari dignità rispetto a quelle matrimoniali e costantemente si ripresenta, soprattutto nella materia del diritto di famiglia, l'esigenza che la giurisprudenza si faccia carico dell'evoluzione del costume sociale nella interpretazione della nozione di famiglia, concetto caratterizzato da una commistione intrinseca di relazioni fattuali e giuridiche, e nell'interpretazione dei vari modelli familiari;
17. come ribadito da Cass., Sez. Un. n. 35385 *cit.*, in linea generale, tra i canoni che orientano l'interpretazione della legge deve annoverarsi anche quello dell'interpretazione storico - evolutiva, che si aggiunge ai canoni letterale, teleologico e sistematico e, nutrendosi anche del diritto positivo successivo alla disciplina regolatrice della fattispecie, getta sulla stessa una luce retrospettiva capace di disvelarne significati e orientamenti anche differenti da quelli precedentemente individuati (Cass. Sez. Un. n. 24413/2021, ove si sono anche efficacemente rimarcati i limiti di tolleranza ed elasticità dell'enunciato normativo, che l'attività interpretativa non può superare);
18. tuttavia, il detto canone non sembra soccorrere l'interprete nella soluzione della questione sottesa al giudizio d'impugnazione all'esame, in considerazione

Numero registro generale 20265/2023

Numero sezionale 2710/2024

Numero di raccolta generale 30785/2024

Data pubblicazione 02/12/2024



della delimitata cornice del decreto legislativo n. 105 del 2022, volta ad armonizzazione, nel diritto interno, la direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, e che ha abrogato la direttiva 2010/18/UE del Consiglio;

19. si è trattato, dunque, dell'esercizio di un potere legislativo delegato per il tramite della legge 22 aprile 2021, n. 53, legge di delegazione europea 2019-2020, recante delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea (art. 1, comma 1, e l'allegato A, punto 27, legge n. 53/2021 *cit.*);
20. dall'articolato della legge di delegazione non si evincono criteri specifici al quale informare la potestà legislativa delegata conferita al Governo per l'armonizzazione della direttiva (UE) 2019/1158 (genericamente indicata, nell'allegato A, tra le plurime direttive oggetto di recepimento nei termini prescritti), diversamente da altre direttive, del pari oggetto di armonizzazione ma affidate, dagli articoli dal 3 al 29 legge n.53 *cit.*, a specifici criteri di delegazione;
21. soccorrono, pertanto, all'interprete del decreto legislativo le direttrici rese palesi dalla direttiva medesima;
22. dal considerando n. 16 si evince che: «La presente direttiva stabilisce prescrizioni minime relative al congedo di paternità, al congedo parentale e al congedo per i prestatori di assistenza e a modalità di lavoro flessibili per i lavoratori che sono genitori o i prestatori di assistenza. Facilitando la conciliazione tra lavoro e vita familiare per tali genitori e prestatori di assistenza, la presente direttiva dovrebbe contribuire a conseguire gli obiettivi del trattato di parità tra uomini e donne per quanto



riguarda le opportunità sul mercato del lavoro, la parità di trattamento sul posto di lavoro e la promozione di un livello di occupazione elevato nell'Unione»;

23. dal considerando n. 38 si evince la *ratio* delle disposizioni, per quanto in questa sede rileva, «destinate ad aiutare i lavoratori che sono ...prestatori di assistenza durante uno specifico periodo di tempo e mirano a mantenere e promuovere il loro collegamento ininterrotto con il mercato del lavoro»;
24. l'articolo 6 della direttiva *cit.*, rubricato «Congedo per i prestatori di assistenza» recita: «1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché ciascun lavoratore abbia diritto di usufruire di un congedo per i prestatori di assistenza di cinque giorni lavorativi all'anno. Gli Stati membri possono specificare modalità supplementari riguardo all'ambito e alle condizioni del congedo dei prestatori di assistenza in conformità del diritto o delle prassi nazionali. La fruizione di tale diritto può essere subordinata a un'adeguata attestazione, in conformità del diritto o delle prassi nazionali. 2. Gli Stati membri possono assegnare il congedo dei prestatori di assistenza sulla base di un periodo di riferimento diverso da un anno, per singola persona che necessita di assistenza o sostegno o per singolo caso»;
25. in definitiva, nessun passaggio della direttiva *cit.* reca riferimenti idonei ad armonizzare illimitatamente e indefinitamente, nella legislazione nazionale, fin da epoca antecedente alla novella, la tutela del prestatore di cura e assistenza nella convivenza di fatto e ad equiparare il convivente di fatto al coniuge e alla parte di un'unione civile;
26. l'armonizzazione della direttiva nell'ordinamento interno è stata di certo preordinata alla più pregnante tutela del



diritto alla salute del disabile, valorizzando il familiare che presta assistenza e accudimento sollevandolo dai concomitanti impegni quotidiani di lavoro e familiari in funzione di una miglior condizione complessiva del *caregiver* foriera di una vantaggiosa assiduità per la persona cara, fragile, assistita;

Numero registro generale 20265/2023

Numero sezionale 2710/2024

Numero di raccolta generale 30785/2024

Data pubblicazione 02/12/2024

27. pur non dando tutela ai *caregivers* familiari - prestatori di assistenza alla stregua della traduzione della direttiva - il decreto legislativo del 2022 ha introdotto ampie garanzie per il familiare che accudisca il congiunto (non dimenticando che il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità ha rilevato come i *caregiver* familiari, in Italia, siano discriminati e il 3 ottobre 2022 ha condannato l'Italia nella incapacità di fornire servizi di supporto individualizzati alle famiglie di persone con disabilità, nella rilevata violazione dei loro diritti alla vita familiare, a vivere in modo indipendente e per un tenore di vita adeguato, per violazione degli obblighi previsti dagli artt. 19, 23 e 28, comma 2, lett. c), in combinato disposto con l'art. 5 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità);
28. non vi è dunque, nell'ordinamento, alcuna fonte normativa primaria che, per il convivente, rechi disposizione analoga a quella introdotta dal legislatore del 2016 che ha esteso ad ognuna delle parti dell'unione civile, tra persone dello stesso sesso, tutte le disposizioni contenenti le parole «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi (art.1, co.20 L. n. 76/2016 *cit.*);

SULLA NON MANIFESTA INFONDATEZZA

29. la norma dettata dall'art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001, nel testo anteriore alla riforma, applicabile *ratione*



temporis, viola la tutela costituzionale da riconoscersi all'aggregazione costituita dalla convivenza di fatto e quindi dalla famiglia di fatto, in quanto comunità d'affetti in cui l'individuo sviluppa la propria personalità nella garanzia dei diritti inviolabili;

30. l'indicata esclusione comprime in modo irragionevole (art. 3 Cost.) il diritto alla salute psicofisica (art. 32 Cost.) del disabile grave - inteso come diritto inviolabile dell'uomo ex art. 2 Cost. - limitandone l'assistenza all'interno della propria comunità di vita in funzione di un dato normativo integrato «dal mero rapporto di coniugio» (art. 29 Cost.);
31. il diritto inviolabile alla salute del disabile grave nella sua dimensione piena - anche relazionale - non può essere obliterato ove custodito e protetto in seno alla famiglia di fatto alla cui preminente valutazione, come comunità capace di sostenere ogni componente nello sviluppo della personalità, concorrono:
 - a) il riconoscimento operato dalla normativa sull'esercizio della responsabilità genitoriale nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio (art.337-*bis* e ss. cod. civ., inserito dall'art. 7, comma 12, del decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 recante «Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219»);
 - b) l'eliminazione dall'ordinamento, con legge 10 dicembre 2012, n. 219 (Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali), delle distinzioni tra figli legittimi e figli naturali, in affermazione del principio dell'unicità dello stato giuridico dei figli (art. 315 cod. civ.);
 - c) la precedente introduzione dell'affido condiviso dei figli rispetto ai genitori non legati da vincolo matrimoniale



con legge 8 febbraio 2006, n. 54, recante «Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli»;

Numero registro generale 20265/2023

Numero sezionale 2710/2024

Numero di raccolta generale 30785/2024

Data pubblicazione 02/12/2024

- d) la previsione che possa essere nominata come amministratore di sostegno anche la persona stabilmente convivente con il beneficiario, persona che può anche promuovere il procedimento per l'interdizione e l'inabilitazione (legge 9 gennaio 2004, n. 6 (Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia d'interdizione e d'inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali);
32. il riconoscimento delle posizioni risarcitorie in capo ai componenti della famiglia di fatto e l'affermazione di un principio di responsabilità dei terzi, svolgerebbe analoga convergente funzione;
33. la prospettiva è quella adottata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 213 del 2016 che nel riconoscere al convivente di fatto il permesso mensile retribuito di cui all'art. 33 L. n. 104 del 1992, ha sostenuto che, altrimenti: « [...] il diritto – costituzionalmente presidiato – del portatore di handicap (ora, *recte*, del disabile) di ricevere assistenza nell'ambito della sua comunità di vita, verrebbe ad essere irragionevolmente compresso, non in ragione di una obiettiva carenza di soggetti portatori di un rapporto qualificato sul piano affettivo, ma in funzione di un dato "normativo" rappresentato dal mero rapporto di parentela o di coniugio» aggiungendo che «[...] se, dunque, l'art. 3 Cost. è violato per la non ragionevolezza



della norma censurata, gli artt. 2 e 32 Cost. lo sono, quanto al diritto fondamentale alla salute psico-fisica del disabile grave, sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità»;

34. va ricordata, inoltre, la posizione che, nel tempo, ha assunto la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo;
35. fin dalla sentenza *Marckx vs Belgio* (ricorso n. 683/74) del 13 giugno 1979, la Corte EDU ha affermato che la vita familiare comprende anche gli interessi materiali ed ha esteso la nozione di vita familiare di cui all'art. 8 anche alla famiglia non legittima che, nel caso di specie, era costituita da una madre e dalla figlia nata fuori dal matrimonio;
36. così nel caso *Keegan vs Irlanda*, sentenza del 26 maggio 1994, ha affermato che la nozione di famiglia di cui all'art. 8 non è limitata alle relazioni fondate sul matrimonio e può oltrepassare di fatto i legami familiari quando le parti convivono fuori dal matrimonio (nella specie la legge irlandese sull'adozione negava al padre naturale, convivente di fatto con un'altra donna al momento della nascita del figlio, il diritto di prestare il proprio consenso all'affidamento del bambino da parte della madre);
37. ancora nel caso *X., Y. e Z. vs Regno Unito*, sentenza del 22 aprile 1997, la Corte europea ha ribadito che la nozione di vita familiare non è limitata alle coppie sposate e sottolineato che i criteri rilevanti per la definizione sono la convivenza della coppia, la lunghezza della relazione, la presenza di figli, occorrendo accertare l'esistenza di una relazione effettiva (nel caso di specie, la Corte ha ritenuto si potesse parlare di vita familiare in relazione alla situazione di convivenza tra un



transessuale, la compagna e la figlia nata dalla loro unione);

38. ancora, con la sentenza del 5 gennaio 2010, nel caso *Jaremowicz vs Polonia* (ricorso n. 24023/03), la Corte dei diritti ha sottolineato le affinità e le differenze strutturali tra il diritto a contrarre matrimonio garantito dall'art. 12 CEDU e il diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 CEDU;
39. con la medesima sentenza ha rimarcato le differenze che, in particolare, si riflettono sull'ampiezza del sindacato che può operare in materia la stessa Corte: nel caso dell'art. 12 CEDU, il controllo di conformità alla Convenzione deve limitarsi alla verifica dell'arbitrarietà e sproporzionalità delle scelte operate dagli Stati in virtù del margine di apprezzamento che la Convenzione riserva loro in materia (§ 50);
40. ancora, nel caso *Moretti e Benedetti vs Italia* (ricorso n. 16318/07), sentenza del 27 aprile 2010, la Corte ha ribadito che l'art. 8 trova applicazione anche rispetto a legami familiari di fatto, in presenza di vincoli di natura affettiva (i ricorrenti si erano visti rigettare la domanda di adozione di un neonato che, subito dopo la nascita, era stato collocato provvisoriamente presso di loro, in quanto la madre aveva rifiutato di riconoscerlo: la Corte europea ha osservato che l'art. 8 è applicabile anche nei confronti dei ricorrenti, benché essi non abbiano potestà genitoriale sul bambino, perché tale disposizione si applica anche ai legami familiari di fatto, in presenza di vincoli di natura affettiva);
41. ebbene, la famiglia è considerata, dalla normativa e giurisprudenza europea, sia nella sua versione tradizionale, composta da due membri di sesso diverso uniti in matrimonio, sia nella versione moderna



costituita da coppie non unite in matrimonio, ma semplicemente conviventi, siano esse di sesso diverso o dello stesso sesso e la convivenza qualifica il rapporto che lega i famigliari di fatto; non si esige una disciplina dei differenti modelli familiari identica a quella del matrimonio ma una disciplina non discriminatoria (art. 14 della CEDU) che salvaguardi e rispetti le scelte familiari della persona;

42. sempre la Corte EDU, *Schalk and Kopf vs Austria*, decisione del 24 giugno 2010, ha riconosciuto alle coppie omoaffettive il diritto al rispetto della vita familiare ex art. 8 CEDU, includendole nella definizione di famiglia, anche in base ad una interpretazione evolutiva dell'art. 12 CEDU («Diritto al matrimonio: A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto») e in relazione all'art. 9 della Carta di Nizza («Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia: Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio»);
43. la Corte EDU, *Grande Chambre, 7 novembre 2013, Vallianatos e altri vs Grecia*, ha statuito circa il diritto del singolo, una volta instaurato il legame di coppia, all'uguaglianza con il partner, tutelato non tanto in base all'art. 5 del Protocollo n. 7 alla Convenzione, sulla parità tra i coniugi, quanto sul fondamento degli artt. 8 e 14 CEDU, e confermato la non necessaria coabitazione per l'individuazione della famiglia di fatto;
44. sempre la Corte EDU, *Oliari e altri vs Italia*, decisione del 21 luglio 2015, ha sancito la violazione dell'art. 8 CEDU per omissioni del Governo italiano, ossia per non aver



adempito all'obbligo positivo di assicurare alle coppie omoaffective la disponibilità di uno specifico strumento/istituto di tutela dei propri diritti e doveri, nonostante la giurisprudenza ne avesse ravvisato la necessità di intervento;

45. insomma, prendendo le mosse dai principi generali che vengono in rilievo nelle materie della famiglia, del lavoro e della protezione dei soggetti fragili, sia la Corte EDU sia la Corte costituzionale, pur riconoscendo la discrezionalità del legislatore nel prevedere diverse soglie di tutela dei vincoli discendenti dal matrimonio e dalla convivenza di fatto in relazione alla necessità di proteggere i controinteressi in gioco, hanno tuttavia stigmatizzato che nessuna situazione espressiva della scelta di un differente modello familiare può restare priva di tutela;
46. benché la Corte EDU riconduca nella sfera applicativa dell'art. 8 CEDU, nella parte in cui protegge la vita familiare, la tutela dei vincoli affettivi discendenti dalla convivenza di fatto, tuttavia, considera legittima la limitazione di tale diritto, riconoscendo altresì la possibilità di bilanciamenti differenziati per le coppie sposate e le convivenze di mero fatto, secondo la discrezionale valutazione del legislatore (cfr., Corte EDU, 3 aprile 2012, Van der Heijdel vs Netherlands);
47. di bilanciamento deve pur sempre trattarsi e non di indifferenza del legislatore allorché vengono in gioco, nella comunità degli affetti, i profili relativi alla protezione del componente fragile, protezione immutata e conformata a doveri di solidarietà indipendentemente dall'esservi o meno il crisma del vincolo coniugale;
48. la salute psicofisica del disabile, quale diritto fondamentale dell'individuo tutelato dall'art. 32 Cost.,



rientra tra i diritti inviolabili che la Repubblica riconosce e garantisce all'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2 Cost.);

Numero registro generale 20265/2023

Numero sezionale 2710/2024

Numero di raccolta generale 30785/2024

Data pubblicazione 02/12/2024

49. la cura, l'accudimento, la protezione del disabile e il soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione conformato alle delicate modalità del vivere correlate alla disabilità, costituiscono fondamentali fattori di sviluppo della personalità e idonei strumenti di tutela della salute del disabile, nella sua accezione più ampia di salute psicofisica e sulla condizione giuridica della persona con disabilità confluisce un complesso di valori che attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale (Corte cost. n. 42 del 2024);
50. il ruolo fondamentale svolto dalla famiglia, nella cura e nell'assistenza dei soggetti disabili, ribadito, da ultimo, da Corte cost. n.42 del 2024 *cit.*, richiamando numerosi precedenti, tra cui Corte cost. n. 203 del 2013, va affermato, pur nella distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale, nella comunità di vita e affetti in cui, l'assenza del vincolo coniugale costituisce un mero dato normativo che, ove così non fosse, comprimerebbe irragionevolmente l'effettività dell'assistenza ed integrazione del disabile nella comunità affettiva discriminando altresì i *caregiver* o prestatori di assistenza dediti, in identica misura, ad apprestare accudimento premuroso al congiunto disabile;
51. peraltro, la legge di bilancio per l'anno 2018 - legge 27 dicembre 2017, n. 205 - ha già attribuito, con l'art.1, co.255, la definizione di *caregiver* familiare alla persona che assiste e si prende cura del convivente di fatto ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76 (che, vale



- ricordare, ai limitati fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67 della legge n. 76 *cit.*, ha introdotto la definizione di conviventi di fatto, vale a dire di «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile»;
52. la convivenza di fatto è in concreto capace di corrispondere alle esigenze di realizzazione dei fondamentali bisogni di cura e protezione della persona disabile grave al pari del rapporto coniugale;
53. sul piano del diritto unionale va richiamato l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. («Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio»), approvata dal Parlamento europeo il 14 novembre 2000, formalmente proclamata a Nizza il 7-8 dicembre 2000 e divenuta giuridicamente vincolante (ex art. 6, par. 1, TUE) a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona;
54. con tale disposizione, infatti, il diritto di sposarsi viene riconosciuto tra le libertà fondamentali tutelate dal capo secondo, in modo disgiunto rispetto al diritto di fondare una famiglia, così realizzando una significativa apertura nei confronti delle famiglie di fatto, in quanto la meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso la scelta, del tutto legittima, di convivere senza matrimonio viene riconosciuta e tutelata anche al di fuori della presenza di vincoli formali nei rapporti familiari;
55. i giudici di Strasburgo, come già sopra accennato, hanno interpretato evolutivamente la nozione di vita familiare di cui all'art. 8 CEDU, includendovi, oltre al rapporto di coniugio in senso stretto, la parentela tra



nonni e nipoti (sentenza 13 luglio 2000, n. 39221, Numero registro generale 20265/2023
Scozzari e Giunta vs Italia), zii e nipoti (sentenza 3 Numero sezione 2710/2024
giugno 2004, 1[^] sez., E. Zampieri vs Italia) purché Numero di raccolta generale 30785/2024
venga provata l'esistenza di legami personali affettivi Data pubblicazione 02/12/2024
(come la coabitazione o le visite frequenti) ed anche la
relazione di una coppia omosessuale (v. la già ricordata
sentenza del 24 giugno 2010, prima sezione, caso
Schalk and Kopf vs Austria);

56. ed infatti, per la consolidata giurisprudenza della Corte
EDU, in materia di coppie eterosessuali, la nozione di
famiglia, in base alla predetta disposizione, non è
limitata alle relazioni basate sul matrimonio e può
comprendere altri legami familiari di fatto, se le parti
convivono fuori dal vincolo del matrimonio;
57. conclusivamente, non essendo percorribile la strada di
una interpretazione della disposizione conforme a
Costituzione, ritiene il Collegio che l'art. 42, comma 5,
d.lgs. n. 151 del 2001, *ante* novella, nella parte in cui
non include, nel novero dei beneficiari del congedo
straordinario, il convivente di fatto, ponga seri dubbi di
costituzionalità per violazione degli artt. 2,3,32 della
Costituzione.

P.Q.M.

La Corte, visti gli artt. 134 Cost. e 23 della legge 11 marzo
1953, n. 87, dichiara rilevante e non manifestamente
infondata, in riferimento agli artt. 2,3,32 della Costituzione,
la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 42,
comma 5, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151
(Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela
e sostegno della maternità e della paternità, a norma
dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), nel testo
antecedente alla modifica normativa introdotta con l'art. 2,
comma 1, lett. n) del decreto legislativo 30 giugno 2022,



n.105. Sospende il presente giudizio. Ordina che, a cura della cancelleria, la presente ordinanza sia notificata alle parti del giudizio di cassazione, al Pubblico Ministero presso questa Corte e al Presidente del Consiglio dei ministri; ordina, altresì, che l'ordinanza venga comunicata dal cancelliere ai Presidenti delle due Camere del Parlamento; dispone l'immediata trasmissione degli atti, comprensivi della documentazione attestante il perfezionamento delle prescritte notificazioni e comunicazioni, alla Corte costituzionale.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio dell'11 giugno 2024.

Il Presidente
Umberto Berrino

