

Il diritto all'assistenza e alla cura nella prospettiva costituzionale tra eguaglianza e diversità*

di **Antonello lo Calzo** – *Assegnista di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Università di Pisa*

ABSTRACT: The social rights system in Italy based on the principles of equality and solidarity and it is necessary to verify if these principles allow us to extend the catalogue of social rights to “new rights”. The right to care is often included among the new rights and it requires an intervention of constitutional revision that recognizes it expressly.

A second question concerns the practice of care, provided almost exclusively by women who face with problems and personal dilemmas that affect the free development of the personality and the right to equality.

The introduction of a new right to care permit the principle of equality to be better achieved, but the economic crisis is an obstacle difficult to overcome in recognizing new social rights.

SOMMARIO: 1. Il fondamento dei diritti sociali nella Costituzione italiana quale premessa di una loro potenzialità espansiva. – 2. Il diritto alla cura come “nuovo” diritto sociale costituzionale. – 3. Cenni sul sistema di assistenza alla persona nell’ordinamento, alla luce della mancata affermazione costituzionale di un espresso “diritto alla cura”. Un caso pratico di cura alla persona: la legge n. 112/2016 sul “dopo di noi”. – 4. Il tentativo di enucleazione del diritto alla cura, caso per caso, nella più recente giurisprudenza costituzionale. – 5. Diritto alla cura ed eguaglianza di genere: sul ruolo della donna nella prestazione della cura. - 6. Conclusioni. La rimozione delle diseguaglianze attraverso un nuovo diritto sociale alla cura.

1. Il fondamento dei diritti sociali nella Costituzione italiana quale premessa di una loro potenzialità espansiva

Lo studio del diritto alla cura e all’assistenza presuppone la sua contestualizzazione nel più ampio e generale tema dei diritti sociali a livello costituzionale. Tale approccio è essenziale perché

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le Linee guida della rivista. Il contributo costituisce la rielaborazione del testo dell’intervento al I *Congreso internacional del cuidado la igualdad y la diversidad*, tenuto presso l’Università di Valencia (Spagna), il 28 e 29 maggio 2018.

mira a rintracciare le basi che il sistema dei diritti sociali rinviene nei c.d. principi fondamentali al fine di verificare se sussistano le condizioni per una sua implementazione anche in assenza di una espressa affermazione positiva di taluni diritti, come sembra essere nel caso del c.d. diritto alla cura.

La Costituzione italiana appartiene proprio al novero di quelle Carte fondamentali che, partendo dai principi propri dello Stato liberale¹, muovono verso la realizzazione di uno Stato sociale di diritto attraverso la previsione di ampie sfere di intervento necessarie ad assicurare la rimozione delle situazioni limitative dell'uguaglianza dei cittadini².

La più intuitiva ricostruzione del sistema dei diritti sociali nella Costituzione è quella che ne individua le basi negli artt. 2 e 3, e più nello specifico nel principio personalista, in quello solidarista e in quello di eguaglianza sostanziale.

Personalismo e solidarismo definiscono uno dei tratti caratterizzanti la forma di Stato che la Costituzione vuole delineare. Con il primo la Costituzione pone la “persona” a valore informatore dell'intero sistema costituzionale, non consentendone alcuna connotazione in chiave strumentale per il raggiungimento dei fini pubblici dello Stato, ma identificandola come oggetto ultimo della tutela costituzionale³, in netta contrapposizione alle scelte del precedente regime⁴.

¹ Per quanto le istanze tipiche delle “democrazie sociali” fossero ben anteriori è solo nel secondo dopoguerra che le Costituzioni europee iniziano a dotarsi di sistemi compiuti di diritti sociali, non più attraverso la mera previsione di una serie di doveri pubblici più o meno cogenti in capo allo Stato, ma mediante la formulazione di ampi “cataloghi” di diritti definiti come fondamentali al pari dei diritti di libertà. Le prime affermazioni dei germi della democrazia sociale possono rinvenirsi già nella Dichiarazione dei diritti della Costituzione francese del 1793, nonché nell'art. 8 del Preambolo alla Costituzione francese del 1848, e, infine, nella più nota Costituzione di Weimar del 1919. Per tali riferimenti si veda L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria della democrazia*, II, Bari-Roma, 2007, 394 ss.

² Il ruolo attivo dello Stato si esprime attraverso i diritti sociali, definiti diritti di “seconda generazione”. La possibilità di suddividere i diritti per “generazioni” appare quanto mai controversa. La ragione di ciò dipende dal fatto che, in primo luogo, non vi è unanimità tra gli studiosi nel ricondurre un determinato diritto ad una generazione piuttosto che ad un'altra, e, in secondo luogo, perché non è facile individuare una chiara successione storica tra generazioni tale da giustificare che un diritto appartenente ad una delle supposte categorie sia nato prima di un altro. Cfr. G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, 2017, 190 ss. Altrettanto scettico su una netta classificazione dei diritti fondamentali per periodi storici è stato A. PIZZORUSSO, *Le “generazioni” dei diritti nel costituzionalismo moderno*, in M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA e L. PEPINO (a cura di), *Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Bologna, 2010, 68.

³ P. PERLINGIERI e R. MESSINETTI, *Sub art. 2 Cost.*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, 6 ss. Il principio sopra espresso è stato affermato con particolare chiarezza da C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 155.

⁴ La scelta dei costituenti non può certo essere ritenuta pleonastica, ma esprime una forte carica polemica rispetto al passato regime fascista, ove spesso il diritto individuale (delle donne, dei minori o dei disabili) era sacrificato al raggiungimento di un superiore interesse dello Stato, ma anche rispetto al sistema dello Stato liberale che, nella sua apparente neutralità, non offriva adeguata protezione alla persona, in particolare debole, nello Statuto. Si trattava di un testo di “prima generazione” dove nessuno spazio era riservato al riconoscimento di diritti sociali. Infatti, il principio di eguaglianza in esso affermato, si delineava essenzialmente come parità dinanzi alla legge nel godimento di diritti civili e politici (art. 24). Inoltre, il catalogo delle libertà era limitato a quelle strutturate in negativo. Non è al riguardo secondario il fatto che mancasse del tutto qualsiasi riferimento alla “persona” quale destinataria di tutela. In altre parole, il principio personalista non era riconosciuto nello Statuto albertino e, di conseguenza, mancava un forte argine ad una possibile deriva autoritaria dello Stato in grado di comprimere i diritti della persona.

Il solidarismo, a sua volta, costituisce il principio che giustifica l'esistenza di diritti sociali intesi quali prestazioni positive⁵. La solidarietà cui allude la Costituzione, e che è rilevante ai nostri fini, può essere intesa in una duplice prospettiva: come solidarietà "doverosa o fraterna" e come solidarietà "pubblica o paterna"⁶. Potendo essere intesa in entrambe le prospettive, la solidarietà costituzionale si pone a giustificazione tanto delle prestazioni fornite da un soggetto pubblico, quanto di quelle fornite da un soggetto privato⁷. Vale a dire, con riferimento ad un supposto diritto alla "cura", esso potrebbe trovare giustificazione costituzionale, e quindi tutela, sia nel caso in cui fosse prestata da un congiunto, sia nel caso in cui fosse lo Stato a farsene carico con appositi servizi.

Il principio di solidarietà deve, poi, essere letto in stretta connessione con il principio di eguaglianza sostanziale, in particolare con il fatto che il fine ultimo della solidarietà è quello di concorrere alla rimozione degli ostacoli cui allude l'art. 3, proprio per mezzo di quel sistema di diritti sociali definito in Costituzione.

L'eguaglianza sostanziale presupporrebbe quindi, per la sua realizzazione, un intervento positivo dello Stato⁸, con la particolarità che i diritti sociali, anche all'assistenza, si strutturano quali veri e propri doveri in capo allo Stato e "diritti dei cittadini derivanti dalla loro eguaglianza"⁹.

La semplice non discriminazione non sarebbe sufficiente ad assicurare la pari dignità sociale¹⁰, la quale può essere conseguita solo ove, oltre alla rimozione delle ragioni di discriminazione, siano posti in essere gli strumenti sociali necessari ad assicurare il pieno sviluppo della persona umana¹¹.

⁵ Il principio di solidarietà nella Costituzione presuppone, infatti, una stretta connessione tra diritti e doveri i quali possono arrivare al punto di imporre allo Stato, o meglio, alla collettività, il costo di determinate prestazioni. Cfr. G. DI COSIMO, *Sub art. 2 Cost.*, in S. BARTOLE e R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 14. La prestazione, come elemento coesenziale di un diritto sociale, è allo stesso tempo strumento di soddisfazione di un diritto e modo di adempimento di un dovere. L'importanza che tale principio assume nel sistema costituzionale italiano ha portato a identificare la solidarietà come il "dovere dei doveri", dotata di grande potenzialità espansiva, al punto che si ha «la sensazione che ess[a] sia come il cervello dell'uomo, conosciuto e sfruttato solo in minima parte rispetto al suo formidabile potenziale espressivo». Così A. RUGGERI, *Le modifiche tacite della Costituzione*, Intervento programmato al Convegno del Gruppo di Pisa su Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale, in *www.gruppodipisa.it*, Giugno 2018, 24, nota 91.

⁶ Nel primo senso essa opera sul piano orizzontale nei rapporti tra persone ed è idonea a giustificare l'adempimento di una serie di prestazioni poste in essere direttamente tra le persone senza l'intervento dello Stato, proprio in ragione dell'assunzione di una reciproca responsabilità solidaristica. Nel secondo senso, invece, essa opera su un piano verticale, presupponendo l'intervento dello Stato in capo al quale andrebbero a porsi una serie di obblighi assistenziali a contenuto positivo nei confronti dei cittadini. E. ROSSI, *Sub art. 2 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 57 ss.

⁷ In tal senso G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., 172; nonché ulteriori riferimenti a G. LOMBARDI, *Diritti di libertà e diritti sociali*, in *Pol. dir.*, 1999, 16; G. AZZARITI, *Ipotesi sui diritti sociali*, in AA.VV., *Ai confini dello Stato sociale*, Roma, 1995, 27 ss.; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, II, 1995, 97 ss.

⁸ Ciò porrebbe in stretta relazione il principio di eguaglianza sostanziale affermato in modo astratto dalla Costituzione con il sistema dei diritti sociali richiedenti un impiego di mezzi economici. Si veda G.P. DOLSO, *Sub art. 3 Cost.*, in S. BARTOLE e R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 33 s.

⁹ M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 803.

¹⁰ La connessione tra pari dignità sociale ed eguaglianza sostanziale sarebbe indissolubile. Infatti, la pari dignità sociale non può porsi come oggetto statico di garanzia, «ma rappresenta un'istanza primaria cui l'ordinamento giuridico

La stretta connessione del sistema dei diritti sociali al principio di eguaglianza fa sorgere un primo interrogativo sul quale si avrà modo di tornare più avanti: l'attuazione di un diritto sociale nel senso della solidarietà "orizzontale", e quindi diretto a realizzare l'eguaglianza sostanziale, può essere a sua volta un fattore che genera diseguaglianze in capo a chi pone in essere la prestazione? Detto diversamente, chi si fa carico per ragioni solidaristiche di una determinata prestazione (anche assistenziale) inerente ad un diritto sociale può per ciò solo subirne un pregiudizio in termini di discriminazione?

Individuato il fondamento dei diritti sociali in alcuni principi fondamentali della Costituzione occorre verificare se, a loro volta, anche questi diritti possano essere qualificati come fondamentali o se tale qualità spetti esclusivamente ai diritti di libertà.

Va subito chiarito, come ampiamente osservato in dottrina, che la pretesa distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali è più apparente che reale¹²: perché anche i diritti sociali avrebbero carattere di universalità e non sarebbero meri diritti particolari; perché gli aspetti negativi e positivi convivrebbero sia nei diritti sociali che in quelli di libertà (anche se per questi ultimi gli interventi positivi non sarebbero un dato necessario ed imprescindibile); perché sia i diritti sociali che quelli di libertà richiedono investimenti di risorse economiche per la loro attuazione e garanzia¹³, anche se va osservato che, mentre un diritto sociale ha un costo "necessario", un diritto di libertà ha un costo "eventuale", mentre un diritto sociale ha un costo "diretto", un diritto di libertà ha un costo "indiretto"¹⁴; ancora, perché non solo ai diritti sociali potrebbe riconoscersi natura programmatica; e, infine, perché i diritti sociali non si distinguerebbero da quelli di libertà sulla base di una pretesa loro non azionabilità in giudizio.

Il carattere fondamentale di un diritto sociale non può essere, quindi, escluso dalla pretesa differenza di questo rispetto ai diritti di libertà. Tale carattere dovrà quindi essere indagato secondo altri criteri.

deve dare attuazione positiva là dove il pieno e libero sviluppo della persona sia ostacolato da condizioni economiche e sociali tali da incidere negativamente sull'esercizio effettivo delle libertà fondamentali, si da escludere che vi sia eguaglianza». P. PERLINGIERI e R. MESSINETTI, *Sub art. 3 Cost.*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, cit., 15 s.

¹¹ Secondo L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto*, I, Bari-Roma, 2007, 747, «i diritti sociali assicurano [...] la solidarietà sociale, promuovendo livelli minimi di uguaglianza sostanziale tramite la rimozione o almeno la riduzione delle diseguaglianze sociali».

¹² Individua questi cinque punti per contestare una assoluta distinzione tra diritti sociali e diritti di libertà G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., 173 ss.

¹³ Secondo M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, cit., 806, la tutela dei diritti di libertà comporta comunque un onere organizzativo per lo Stato che ha un costo economico. Tale profilo è approfondito anche da M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 121; e S. HOLMES e C. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti*, Bologna, 2000, 45 ss. Per i diritti sociali potrebbe valere, quindi, quello che è stato definito "principio di gradualità", ossia la necessità che gli interventi legislativi devono provvedere alla implementazione dei diritti sociali tenendo conto delle risorse disponibili. Cfr. B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale: un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984, 143.

¹⁴ Sul punto cfr. G. CORSO, *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, Roma, 2014, 277 ss.; al riguardo si vedano anche E. MENICETTI, *Accesso ai servizi sociali e cittadinanza*, in *Dir. pubb.*, 2000, 859; A. IURATO, *La ragionevolezza dei limiti al riconoscimento dei diritti sociali in favore degli stranieri: una questione ancora aperta*, in *Federalismi.it*, Focus Human Rights, 3/2015, 9.

La natura fondamentale di un diritto non deriva da qualificazioni espresse a livello costituzionale, nel senso che le Costituzioni non sempre definiscono cosa sia fondamentale e cosa non lo sia, essa deve essere ricavata direttamente dalla forma di Stato che un testo costituzionale intende disegnare¹⁵. La creazione di uno stato sociale di diritto induce a considerare come fondamentali tutti quei diritti che, pur essendo soggetti a determinate condizioni di disciplina o di costi, siano coessenziali alla piena realizzazione della dignità umana¹⁶.

A ciò va aggiunto che i diritti sociali possono essere considerati come fondamentali anche per ragioni di ordine logico, perché operano come “pre-condizioni” al concreto godimento degli altri diritti¹⁷. I problemi maggiori non si porrebbero dunque su un piano definitorio, ragioni logiche ed assiologiche inducono a ritenere, infatti, che anche i diritti sociali siano fondamentali, ma sul piano più concreto delle garanzie¹⁸.

Se è fuori discussione che un giudice possa offrire tutela in caso di violazione di un diritto sociale positivamente affermato, più complesso sarebbe il discorso con riferimento alla supposta

¹⁵ Al riguardo si pensi a quanto affermato dalla Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, nel noto caso “ILVA”, che, proprio in relazione al diritto alla salute osservava che l’espreso carattere “fondamentale” ad esso attribuito non sarebbe indice di una sua preminenza rispetto agli altri diritti costituzionali della persona, in quanto i diritti fondamentali «si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri». Il dato “letterale” sarebbe, in tal modo, svalutato dalla Corte costituzionale a favore di un approccio maggiormente improntato alla ricostruzione sistematica del rapporto tra diritti.

¹⁶ G. RAZZANO, *Lo “statuto costituzionale” dei diritti sociali*, in E. CAVASINO, G. SCALA e G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013, 29, ed ivi ulteriore bibliografia citata alla nota 20. D’altra parte, una tale tesi parrebbe supportata anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che, in diverse occasioni, ha rilevato che i diritti sociali siano allo stesso tempo fondamentali diritti dell’individuo e interessi della collettività, sia per la stretta inerenza alla persona umana, sia perché strumenti di realizzazione della forma di stato sociale di diritto voluto in Costituzione. Cfr. Corte cost., 16 ottobre 1990, n. 455, Corte cost., 1 giugno 1995, n. 218.

¹⁷ Secondo L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 397. Essendo, infatti, diretti a rimuovere quelle condizioni di disuguaglianza che di fatto limitano la piena libertà e partecipazione dei cittadini, la mancata soddisfazione dei diritti sociali non consentirebbe nemmeno un effettivo godimento dei diritti di libertà. La garanzia dei diritti sociali assicura i presupposti materiali dei diritti di libertà.

¹⁸ Ferrajoli, ad esempio, le distingue in “primarie” e “secondarie”. Le prime, definibili in un certo senso “fisiologiche”, riguarderebbero la necessità di una copertura economica per far fronte ai costi che inevitabilmente i diritti sociali hanno e la necessità di un intervento dei pubblici poteri per l’organizzazione dei servizi necessari alla erogazione materiale delle prestazioni. Se, come si è detto, costi e attuazione mediata dai poteri non sono elementi distintivi tra diritti sociali e alcuni diritti di libertà, ciò non toglie che i diritti sociali abbiano “sempre” un costo e necessitino “sempre” di attuazione in via mediata. Le seconde, definibili come “patologiche”, mirano invece a rimediare agli inadempimenti e alle lacune nelle garanzie primarie da parte del legislatore e dei pubblici poteri. Si tratta in sostanza della possibilità di far valere in giudizio le possibili violazioni di un diritto sociale. Se in altri ordinamenti un requisito del carattere fondamentale di un diritto può essere quello della sua protezione attraverso un ricorso diretto al giudice costituzionale (*amparo*), in Italia tale eventualità è esclusa dal sistema di giustizia costituzionale che non prevede una tale forma di ricorso diretto. Ciò non toglie però che le violazioni possano essere fatte valere innanzi alle giurisdizioni comuni le quali, se del caso, potranno sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale. Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 398 ss.

violazione di un diritto che è privo di un riconoscimento costituzionale espresso¹⁹, vale a dire, di un c.d. nuovo diritto²⁰.

La potenzialità espansiva delle clausole di cui agli art. 2 e 3 della Costituzione induce a ritenere che con riferimento ai diritti, più che di novità in senso proprio, si debba parlare di esplicitazione di nuove dimensioni che, per quanto ancora non conosciute, siano pur sempre espressione di quei principi fondamentali di promozione della persona che informano l'intero sistema²¹.

Il discorso potrebbe valere anche per i diritti sociali, tuttavia, se ciò è pienamente condivisibile a livello teorico, sul piano pratico possono sorgere maggiori difficoltà nel garantire la loro effettività. La ragione di ciò è dovuta essenzialmente al fatto che i diritti sociali sono diritti che richiedono necessariamente una prestazione positiva e che hanno sempre un costo economico diretto, aspetti politici ed economici che non rientrano nelle valutazioni di un giudice.

Questi motivi inducono a ritenere preferibile che, nelle ipotesi in cui si voglia riconoscere un nuovo diritto sociale, ciò debba avvenire non per via interpretativa, ricavandolo implicitamente dai principi fondamentali, ma in via positiva, ossia attraverso una espressa affermazione costituzionale.

2. Il diritto alla cura come “nuovo” diritto sociale costituzionale

La premessa in cui si illustrava il fondamento del sistema dei diritti sociali consente ora di calarci più da vicino nel tema centrale del lavoro: ci si deve interrogare se nel novero dei “nuovi” diritti sociali possa essere compreso anche il diritto alla cura e, in tal caso, quali siano i suoi tratti distintivi rispetto ad altri diritti sociali espressamente previsti in Costituzione.

Dare una definizione di diritto alla “cura” non è semplice. Già l'uso del termine nella lingua italiana è ambivalente. Infatti, in una accezione puramente materiale, la “cura” indica una prestazione medica, un qualcosa di legato a parametri strettamente scientifici nel rapporto malattia-cura della persona. Ma, allo stesso tempo, “cura” è anche qualcosa di più ampio, che va al di là del semplice aspetto medico-scientifico, che coinvolge aspetti sociali, relazionali e affettivi, che presuppone l'instaurarsi di un legame tra colui che presta la cura (*care giver*) e colui che la riceve

¹⁹ Al riguardo si veda mio *Garanzia dei diritti e ruolo del giudice*, in R. ROMBOLI e M. NISTICÒ (a cura di), *Esperienze di tutela dei diritti fondamentali a confronto*, Pisa, 2017, 9 ss.

²⁰ Si intendono con tale locuzione quei diritti che non sono esplicitamente contemplati nelle Carte costituzionali. S. SCAGLIARINI, “L'incessante dinamica della vita moderna”. *I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in E. CAVASINO, G. SCALA e G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, cit., 235 ss.

²¹ Detto altrimenti, questa novità non si tradurrebbe in una vera e propria attività di creazione del diritto, ma in una semplice attività di estrapolazione di un diritto specifico già implicitamente sottinteso da un principio fondamentale. D'altra parte, in un sistema a Costituzione rigida quale quello italiano, sarebbe precluso ai giudici svolgere una vera e propria attività di creazione di nuovi diritti, innovativa del testo costituzionale. Al riguardo A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in ID. (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, XVIII, sostiene che i nuovi diritti non sono altro che «nuove formulazioni, nuove proiezioni [...] di un materiale che è sempre e pienamente riconducibile alla Costituzione nel suo “volto” positivo ed espresso».

(*care receiver*)²². Volendo dare una definizione della “cura” alla quale in questa sede si intende far riferimento essa andrebbe intesa quale concetto a “più dimensioni”, comprensivo sia di fattori materiali che di fattori esistenziali e, più in generale, “umani”. In questo senso la “cura” coinvolgerebbe, attraverso una serie di progressive astrazioni, sia la cura medica e l’assistenza materiale alla persona in senso stretto (ad es. l’assistenza e la cura di cui possono necessitare un disabile o un bambino), sia le misure di sostegno assistenziale a carattere economico o i servizi, sia, infine, tutte quelle forme di attenzione di cui una persona può avere bisogno nella sua sfera affettiva e che, per quanto in apparenza non essenziali, concorrono in maniera determinante al benessere di ciascuno (si pensi, ad es., al semplice fatto che un genitore passi del tempo con il proprio figlio per parlarci, per giocare o per aiutarlo nello studio). Proprio queste ultime, infatti, valgono a “saldare” indissolubilmente il rapporto tra colui che presta la cura e colui che la riceve, basandolo, più che su un’assistenza di tipo materiale, su un’assistenza di tipo affettivo (e, pertanto, difficilmente fungibile).

A ben vedere, quindi, non si tratta di una questione puramente terminologica perché la ricostruzione del significato di “cura” a cui ci stiamo riferendo costituisce il punto di partenza per verificare l’esistenza di un espresso diritto alla cura nella Costituzione.

L’impressione più immediata che emerge dalla lettura del testo costituzionale è che in esso non sia possibile riscontrare alcuna disposizione che preveda espressamente il riconoscimento e la garanzia del diritto alla “cura” nel senso sopra inteso. Diversi articoli, invece, si riferiscono puntualmente ad alcuni aspetti relativi alla cura e all’assistenza, intesi come manifestazioni parziali del diritto di cui si sta discorrendo, e sui quali pare opportuno soffermarsi brevemente.

Si vuole far riferimento in particolare agli artt. 32 e 38 della Costituzione, che disciplinano rispettivamente il diritto alla salute e il diritto all’assistenza, ai quali può, in un certo senso, essere accostata la nozione di “cura” in senso ampio.

L’art. 32 Cost., nel qualificare il diritto alla salute come diritto fondamentale²³, pone l’accento su una sua duplice dimensione di «diritto dell’individuo e interesse della collettività» e proprio con riferimento a tale diritto-dovere il costituente utilizza il termine “cure”, che devono essere garantite

²² In questo senso la distinzione potrebbe apparire più chiara se si guarda ad altre lingue, ad esempio allo spagnolo, dove possono usarsi due termini, apparentemente sinonimi, ossia “*atención*” e “*cuidado*”, ma che, allo stesso tempo, possono assumere significati diversi, a seconda dell’ampiezza di situazioni a cui intendono riferirsi.

²³ Il diritto alla salute avrebbe nella prospettiva costituzionale il carattere di «nucleo fondativo di tutti gli altri diritti costituzionali e presupposto irrinunciabile per la piena realizzazione della persona umana». Tale natura strumentale del diritto alla salute sarebbe recepita anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Cfr. C. TRIPODINA, *Sub art. 32 Cost.*, in S. BARTOLE e R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 321. A tale approdo si giunge soltanto dopo un lungo percorso che ha visto il progressivo passaggio da una concezione del diritto alla salute quale “neutro” diritto sociale avente natura programmatica al diritto alla salute come diritto fondamentale al pari di quelli definiti inviolabili dall’art. 2 Cost. Cfr. L. MONTUSCHI, *Rapporti etico-sociali. Sub art. 32 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna, 1976, 146 ss.; P. PERLINGIERI e P. PISACANE, *Sub art. 32 Cost.*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, cit., 202 s. Sul diritto alla salute come diritto fondamentale, basato sui principi di solidarietà, eguaglianza e dignità, si veda anche R. BALDUZZI e G. CARPANI, *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 43 ss. Più in generale sulla ricostruzione del significato del carattere fondamentale del diritto alla salute vedi D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2013, 56 ss.

anche agli indigenti. Quando l'art. 32 Cost. parla di "cura" la intende nella prospettiva del "diritto ad essere curati", il quale assume a sue volta tre diverse declinazioni: come diritto a ricevere le cure in generale, da parte di soggetti pubblici o privati, assumendosi i costi della prestazione, come diritto a ricevere cure gratuite all'interno di un sistema pubblico che valorizza il carattere sociale del diritto alla cura²⁴, e come diritto a ricevere cure gratuite da parte di strutture pubbliche quando si versi in condizioni di indigenza (secondo quanto previsto dal comma 1 dell'art. 32 Cost.)²⁵.

La nozione tradizionale di "cure" che emerge dall'art. 32 Cost., in connessione al diritto alla salute, è quindi essenzialmente coincidente con quella di "prestazione" medica, ossia, quell'insieme di prestazioni dirette a mantenere o ripristinare la salute psico-fisica della persona²⁶. Il tratto distintivo della nozione, nonostante le letture "evolutive" fornite, è pertanto prevalentemente medico. Si può affermare, quindi, che mentre l'art. 32 Cost. sia diretto a garantire esplicitamente il "diritto alle cure", manca in esso adeguata copertura per quello che si è tentato di definire come "diritto alla cura", il quale si caratterizza per dinamiche che vanno al di là del semplice aspetto medico-scientifico, ma che coinvolgono aspetti direttamente inerenti la persona e la sfera delle sue relazioni sociali, affettive e familiari²⁷. Ciò che pare essere distinto è l'approccio, anche ad oggetto invariato della tutela: se il bene tutelato è sempre quello della "persona", nel caso delle "cure" il profilo preminente è quello del ripristino dell'equilibrio psico-fisico attraverso un intervento medico, mentre nel caso della "cura" l'equilibrio coinvolge in senso più ampio anche gli aspetti della dinamica affettiva e relazionale del soggetto.

²⁴ Su tale profilo, in particolare, M. LUCIANI, *Diritto alla salute*, in *Enc. giur.* Treccani, XXVII, Roma, 1991, 8.

²⁵ In dottrina non è mancato chi abbia tendenzialmente distinto il diritto ad essere curati dal diritto a ricevere cure gratuite in quanto espressione di posizioni giuridiche separate. Cfr. E. FERRARI, *Il diritto alla salute è diritto a qualunque prestazione ritenuta "indispensabile"?*, in *Le Regioni*, 1989, 1923 ss.

²⁶ Uno dei profili più controversi sul concetto di "cure" riguarda però il risvolto "negativo" delle stesse, ossia il diritto a rifiutare le cure. Se, infatti, in base all'art. 32 Cost. deve essere riconosciuto a tutti il diritto a rifiutare gli atti diagnostici e terapeutici discusso è stato l'aspetto se tra questi dovessero essere ricompresi soltanto i trattamenti terapeutici in senso stretto oppure anche i trattamenti di alimentazione e idratazione artificiale. Il profilo non è privo di rilievo per il nostro tema perché la soluzione "distintiva" avrebbe consentito la possibilità di rifiutare soltanto i primi e non i secondi, i quali devano essere ricompresi nel "prendersi cura minimo che deve essere garantito ad ogni persona affinché non muoia di fame o di sete". La questione, emersa con particolare evidenza polemica nel noto "caso Englaro" ha trovato soluzione nella sentenza Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in cui anche l'alimentazione e l'idratazione forzata sono classificate quale trattamento sanitario, quindi, rifiutabile. «Esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche».

²⁷ Non mancano ricostruzioni di più ampio respiro sul concetto di diritto alla salute che mirano ad affrancare la ricostruzione da una prospettiva puramente "biologica", ovvero legata alla cura, fino a comprendere gli aspetti relazionali e sociali di cui in questa sede si discute. Cfr. D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 7 s. Anche a livello legislativo si è assistito ad un'evoluzione in tale prospettiva del diritto alla salute, tanto che il d.lgs. n. 81 del 2008 lo definisce come «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità».

Chiarito che tra le due nozioni di “cure” e “cura”, lette nell’ottica dell’art. 32 Cost., non sia possibile rintracciare una sostanziale coincidenza occorre adesso soffermarsi sul rapporto tra “cura” e “assistenza” al quale si riferisce l’art. 38 Cost.²⁸.

Nel prevedere che «ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all’assistenza sociale», la Costituzione, attraverso tale disposizione, vuole realizzare un sistema definito di “sicurezza sociale”, in modo da garantire condizioni di vita adeguate ai cittadini economicamente e socialmente più deboli²⁹. L’assistenza (distinta nello stesso articolo dalla previdenza), quindi, si pone in stretta relazione al principio di eguaglianza sostanziale, in quanto diretta ad eliminare quei bisogni economici che possono essere di ostacolo al pieno sviluppo della persona³⁰, ma, allo stesso tempo, si connette al principio di solidarietà, nella misura in cui abbia come scopo la liberazione dalla situazione di bisogno che mina la dignità umana³¹.

L’aspetto che, però, non consente di assimilare l’assistenza alla cura risiede nel fatto che, mentre l’assistenza viene concepita in ambito costituzionale essenzialmente come una prestazione di tipo materiale o economico³², la cura ha una portata sicuramente più ampia, comprensiva non soltanto di fattori puramente materiali, ma anche affettivi e relazionali. Mentre l’approccio puramente assistenziale mira a rimuovere le situazioni di bisogno da un punto di vista materiale, quello della “cura” comprende l’insieme delle necessità della persona, sia materiali che socio-affettive.

Una maggiore affinità a tale nozione potrebbe forse leggersi in un’altra disposizione della Costituzione, l’art. 30, relativo a genitorialità e filiazione, quando al primo comma accenna al diritto-dovere dei genitori di “mantenere, istruire ed educare i figli”. Il combinato di tali oneri per i genitori non riguarderebbe soltanto la sfera economica del figlio (mantenimento), ma mira a realizzare un interesse che è di natura prevalentemente esistenziale³³. Si tratta in ogni caso di diritti-doveri ben determinati che attengono all’istruzione e all’educazione dei figli, che vanno a

²⁸ Sulla connessione tra la tutela della salute di cui all’art. 32 Cost. e l’assistenza sociale di cui all’art. 38 Cost., si veda R. BALDUZZI e G. CARPANI, *Manuale di diritto sanitario*, cit., 46 ss.

²⁹ Sul punto C. TRIPODINA, *Sub art. 38 Cost.*, in S. BARTOLE e R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 370. In realtà, è stato osservato, il concetto di sicurezza sociale è accolto solo in modo implicito dalla disposizione citata. Cfr. M. PERSIANI, *Rapporti etico-sociali. Sub art. 38 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna, 1979, 237.

³⁰ P. PERLINGIERI e S. BALLETTI, *Sub art. 38 Cost.*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, cit., 231.

³¹ C. TRIPODINA, *Sub art. 38 Cost.*, cit., 372. È stato osservato che il diritto all’assistenza sociale trova una protezione soltanto parziale nell’art. 38 Cost. Il motivo di ciò starebbe nel fatto che l’assistenza non può essere intesa in un’ottica puramente settoriale, ma va riferita alla persona in quanto tale, non limitata ad un supporto di tipo economico, ma estesa a «diritto della persona ad essere assistita per superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che incontra nella vita». A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2014, 29.

³² Ulteriore aspetto di differenza sarebbe quello tra diritto alla salute e diritto all’assistenza, secondo il quale, mentre il primo è un diritto che può contare su risorse certe, anche in ragione del suo carattere fondamentale, il secondo conserverebbe ancora la sua tradizionale impostazione programmatica. Cfr. E. VIVALDI, *Il terzo settore e le risposte ai bisogni delle persone con disabilità: l’esperienza delle fondazioni di partecipazione per il “dopo di noi”*, in ID. (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà. Il “dopo di noi” tra regole e buone prassi*, Bologna, 2012, 157.

³³ P. PERLINGIERI, *Sui rapporti personali nella famiglia*, in *Dir. fam.*, 1979, 1261; nonché in ID. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, 22.

completare l'aspetto materiale del mantenimento con un aspetto esistenziale, ma pur integrando soltanto in parte il diritto alla cura di cui si sta trattando.

La differenza tra assistenza e cura pare, inoltre, seguire di pari passo quella tra autonomia ed autosufficienza. Si tratta di due concetti distinti, l'autosufficienza presuppone la capacità di assolvere materialmente le azioni della vita quotidiana, mentre l'autonomia implica la più ampia capacità di prendere decisioni e fare scelte che implicano la relazione con l'esterno³⁴. Non necessariamente le esigenze di "cura" derivano dalla simultanea carenza di autonomia e autosufficienza, dato che è ben frequente il caso di persone perfettamente autonome, ma non del tutto autosufficienti, e viceversa. A titolo di esempio, si pensi ad un minore in età preadolescenziale che avrà un livello di autosufficienza maggiore rispetto a quello che può avere un adulto affetto da gravi disabilità motorie o sensoriali, ma sicuramente un grado inferiore di autonomia rispetto a quest'ultimo. L'assistenza intesa in senso stretto può ovviare ai limiti derivanti dalla carenza di autosufficienza, ma la cura costituisce il miglior modo di far fronte ad una situazione di limitata autonomia. Assistenza e cura, pertanto, si integrano a vicenda nella più generica "attenzione" alla persona (che in questa sede è stata definita come "diritto alla cura").

Il diritto alla cura andrebbe poi valutato in una duplice prospettiva, sia come diritto "passivo" a ricevere la cura, sia come diritto "attivo" a prestarla³⁵, si può dire al riguardo che questo è un "diritto biunivoco". Tale aspetto non avrebbe un rilievo meramente classificatorio in quanto il diritto di una persona a prestare la cura ad un proprio prossimo si traduce necessariamente in una diminuzione di opportunità³⁶. In questo caso verrebbero a confrontarsi situazioni esistenziali con situazioni economiche (legate alle opportunità ad esempio lavorative) che, come si è detto in precedenza, possono condurre al paradosso per cui il godimento di un diritto alla cura da parte di una persona si possa tradurre in un fattore di discriminazione per chi la presta.

In questo breve *excursus* abbiamo visto che la Costituzione italiana non contiene un riferimento espresso al "diritto alla cura", ossia a quel diritto, inteso in senso ampio, che va al di là della salute e dell'assistenza, ma che coinvolge in senso ampio anche gli aspetti di attenzione alla persona intimamente relazionali ed esistenziali.

Se questo diritto non è espressamente previsto occorre in ipotesi immaginare di che diritto si tratti e la premessa a questo intervento lo vorrebbe astrattamente compreso nel sistema dei c.d.

³⁴ Per tale distinzione si veda C. CASTEGNARO e D. CIOLETTI, *Il ruolo della famiglia nella cura della persona e nella costruzione del "dopo di noi"*, in E. VIVALDI (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà*, cit., 115.

³⁵ In questo senso si veda A. MARRADES, *Los nuevos derechos sociales: El derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional*, in *Rev. der. pol.*, 2016, 237 s.

³⁶ Il diritto a prestare la cura ad un prossimo non deve essere confuso con la libertà a prestare assistenza riconosciuta ad un privato. Le due situazioni discendono da logiche opposte, la prima espressione di una scelta di tipo solidaristico, ideale ed esistenziale, attraverso la quale la persona che la presta concorre alla piena realizzazione di sé; la seconda che esprime invece la logica dell'iniziativa, intesa come libertà a prestare una determinata attività che, in quanto libera, non può essere appannaggio esclusivo dei soggetti pubblici. Cfr. A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., 171.

diritti sociali in quanto diritto “a prestazione”³⁷. Come diritto sociale nuovo il diritto alla cura potrebbe andare incontro ad alcuni limiti che sono connaturati a questa categoria.

In parte si è già visto che un aspetto tipico dei diritti sociali è quello del costo, che nel caso specifico potrebbe porsi in termini anche “negativi”. Ciò significa che anche per il diritto alla cura, ove se ne volesse garantire la piena attuazione, andrebbero reperite le risorse necessarie per farvi fronte, anche nell’ipotesi di costo “negativo” riscontrabile nel caso di cura prestata da un congiunto che per ragioni affettive è costretto a dedicare proprie risorse e tempi potenzialmente lavorativi (e, quindi, economicamente produttivi) al *care receiver*.

In secondo luogo, al pari di altri diritti sociali fondamentali, anche il diritto alla cura potrebbe risentire di una tutela giurisdizionale non piena, ma condizionata dalle risorse e, pertanto, rimessa in parte alla discrezionalità del legislatore. Si intende far riferimento agli sviluppi avuti negli anni dalla giurisprudenza costituzionale italiana in materia di garanzia del diritto fondamentale alla salute, ove la Corte ha distinto un “nucleo essenziale” del diritto che deve essere garantito in maniera incondizionata a tutti ed una parte “accessoria” che può subire limitazioni dettate dalle esigenze economiche³⁸.

L’implementazione dei nuovi diritti sociali per via interpretativa-giurisprudenziale, alla quale si accennava nel primo paragrafo, pur essendo astrattamente praticabile dalle Corti, offrirebbe minori garanzie di certezza. Per tale ragione si può ritenere che, una volta riconosciuto il diritto alla “cura” come nuovo ed autonomo diritto sociale, sarebbe preferibile una sua affermazione attraverso un processo di revisione costituzionale diretto ad introdurre un’espressa disposizione nella Prima parte della Costituzione sui rapporti etico-sociali³⁹. Al momento deve, però, osservarsi che in Italia il discorso intorno alle riforme costituzionali è concentrato in maniera esclusiva sugli aspetti relativi alla forma di governo, mentre scarsa è l’attenzione riservata ai c.d. “nuovi diritti”. Pare dunque che, mentre la Prima parte della Costituzione, quella relativa ai diritti, sia tutt’ora espressione di un sistema di valori condiviso che ha superato la prova del tempo e non necessita di ritocchi, la Seconda parte, quella relativa alla forma di governo, sia ormai “invecchiata” e bisognosa di un’opera di revisione. Con queste prospettive il discorso sui diritti nel dibattito pubblico-costituzionale passa sicuramente in un immeritato secondo piano.

³⁷ Secondo A. MARRADES, *Los nuevos derechos sociales: El derecho al cuidado*, cit., 224, il diritto al *cuidado* sarebbe un diritto sociale fondamentale. Sociale in quanto si riferisce alla prestazione di assistere e favorire il benessere della persona e fondamentale perché è essenziale per una vita degna, al pari del diritto alla salute, e per questo deve essere protetto con le massime garanzie.

³⁸ Si vedano in particolare le sentenze Corte cost., 17 luglio 2001, n. 151; Corte cost., 2 dicembre 2005, n. 432; Corte cost., 22 luglio 2010, n. 269. Sul punto cfr. D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 73 ss.

³⁹ La necessità di una riforma costituzionale che introduca un espresso diritto al *cuidado* è riconosciuta anche da A. MARRADES, *Los nuevos derechos sociales: El derecho al cuidado*, cit., 219 ss.

3. Cenni sul sistema di assistenza alla persona nell'ordinamento alla luce della mancata affermazione costituzionale di un espresso "diritto alla cura". Un caso pratico di cura alla persona: la legge n. 112/2016 sul "dopo di noi"

Nel complessivo discorso che si sta portando avanti è possibile aprire una parentesi concreta, dando uno sguardo agli aspetti essenziali della disciplina vigente in Italia in materia di assistenza. Preliminarmente occorre precisare che il diritto alla "cura" di cui si parla ha una valenza generale e si riferisce ad ogni persona, tuttavia non esiste nel sistema una legge "organica" in materia, ma una serie di singoli provvedimenti che pongono attenzione ad alcuni aspetti specifici, prevalentemente incentrati sulla necessità di garantire assistenza alle persone disabili. Ciò, però, non significa che i titolari del "diritto alla cura" siano soltanto questi ultimi, ma comunque essi costituiscono i principali destinatari di una serie di misure concrete predisposte dal legislatore, in particolare con due provvedimenti: la legge n. 104/1992 e la legge n. 328/2000.

La legge n. 104, relativa alla "assistenza e integrazione sociale e i diritti delle persone diversamente abili", costituisce il primo intervento organico in Italia che tutela i diritti delle persone disabili. Essa si rivolge, quindi, alle persone affette da handicap, ovvero da una minorazione fisica, psichica o sensoriale. È interessante osservare che tale provvedimento preveda alcune misure che sono dirette non solo a favorire l'inserimento sociale del disabile e i suoi diritti (a favore del disabile), ma anche a consentire il rispetto e il riequilibrio dei diritti delle persone che prestano assistenza (in un certo senso, quindi, a favore di chi si occupa della cura). In particolare la legge in questione prevede, all'art. 33, comma 3, che i lavoratori che assistono un familiare disabile possono usufruire di un permesso lavorativo retribuito di tre giorni al mese. Agevolazioni lavorative sono, inoltre, previste a favore dei genitori di figli minori disabili. Accanto a queste misure che hanno lo scopo di conciliare l'attività di assistenza al disabile con il lavoro dei familiari che vi provvedono la legge prevede anche forme di agevolazione fiscale.

La legge n. 328 per la "realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali", invece, ha lo scopo non solo di promuovere interventi socio-sanitari a favore di soggetti in difficoltà, ma, anche all'interno del proprio nucleo familiare, rispetto a chi si occupa dell'assistenza. Sono, infatti, previste misure a favore di disabili, anziani non autosufficienti e famiglie attraverso una serie particolarmente ampia di interventi e servizi. Ad esempio, è previsto il sostegno domiciliare per le persone anziane non autosufficienti, anche per sostenere il nucleo familiare nell'ipotesi in cui si occupi dell'assistenza domiciliare. Il sistema di interventi pone particolare attenzione poi alla valorizzazione del ruolo delle famiglie sia nell'assistenza nei momenti critici che nella vita quotidiana della persona non autosufficiente: si pensi ad esempio alle misure previste dall'art. 16 della legge in esame le quali hanno proprio lo scopo di sostenere «il ruolo peculiare delle famiglie nella formazione e nella cura della persona, nella promozione del benessere e nel perseguimento della coesione sociale»⁴⁰.

⁴⁰ Tra le misure previste dall'art. 16, comma 3, rientrano: l'erogazione di assegni di cura e altri interventi a sostegno della maternità e della paternità responsabile; le politiche di conciliazione tra il tempo di lavoro e il tempo di cura,

Il tratto che accomuna i due provvedimenti è dato dal fatto che con essi si intendono adottare una serie di misure a favore delle famiglie (e, quindi, anche dei *care givers* familiari) in ipotesi del tutto peculiari, ad esempio nel caso di disabilità grave dell'assistito. Non si può dire quindi che tali provvedimenti riguardino in generale il diritto alla cura, ma semplicemente si possono riscontrare elementi di connessione nel caso in cui il soggetto beneficiario delle misure svolga funzioni di *care giver*. In altri termini, è come dire che tali provvedimenti non presuppongono il riconoscimento del diritto alla cura come un autonomo e più ampio diritto dalla portata generale, secondo la definizione che si data in precedenza, ma lo riconoscono “di fatto” come mera derivazione del diritto all'assistenza (o meglio dell'assistenza prestata). Volendo riprendere uno spunto espresso in precedenza, i provvedimenti in questione intendono rimediare alle situazioni di non autosufficienza, mentre il diritto alla cura in senso ampio riguarda tutte le situazioni di “non autonomia”, finendo così per offrire una tutela che per quanto ampia è ancora parziale.

Più di recente occorre far riferimento alla disciplina adottata in Italia sul c.d. dopo di noi che presenta alcuni profili di connessione con il diritto alla cura. Infatti essa riguarda prevalentemente una categoria specifica di persone deboli – i disabili – ma comporta anche una più ampia valutazione dal punto di vista dei familiari, che sono i soggetti che si occupano della cura e che sono spesso investiti da un compito difficile e gravoso⁴¹.

Negli ultimi anni si è assistito ad un progressivo sviluppo della normativa in materia, volta a favorire la permanenza del disabile presso il proprio domicilio e a potenziare una serie di interventi per accrescere le possibilità di sviluppo psico-sociale della persona, attraverso la preferenza per un intervento di tipo familiare⁴². Questo percorso si è concluso con l'approvazione di una specifica normativa in materia, dettata dalla legge n. 112/2016⁴³.

La legge sul “dopo di noi” si propone di rimediare proprio a quelle situazioni in cui la “cura” non possa essere prestata per impedimenti oggettivi, dettati dalla morte o dalla vecchiaia dei familiari che in genere si fanno carico della persona in stato di bisogno. In questo senso mi pare si possa

promosse anche dagli enti locali ai sensi della legislazione vigente; i servizi formativi e informativi di sostegno alla genitorialità, anche attraverso la promozione del mutuo aiuto tra le famiglie; le prestazioni di aiuto e sostegno domiciliare, anche con benefici di carattere economico, in particolare per le famiglie che assumono compiti di accoglienza, di cura di disabili fisici, psichici e sensoriali e di altre persone in difficoltà, di minori in affidamento, di anziani; i servizi di sollievo, per affiancare nella responsabilità del lavoro di cura la famiglia, ed in particolare i componenti più impegnati nell'accudimento quotidiano delle persone bisognose di cure particolari ovvero per sostituirli nelle stesse responsabilità di cura durante l'orario di lavoro; i servizi per l'affido familiare, per sostenere, con qualificati interventi e percorsi formativi, i compiti educativi delle famiglie interessate.

⁴¹ C. CASTEGNARO e D. CIOLETTI, *Il ruolo della famiglia nella cura della persona*, cit., 113.

⁴² Per un approfondimento sull'evoluzione della normativa in materia, a partire dalle leggi n. 104/1992 e n. 328/2000 si veda E. VIVALDI, *Il terzo settore e le risposte ai bisogni delle persone con disabilità*, cit., 140 ss.

⁴³ Secondo G. ARCONZO, *La legge sul «dopo di noi» e il diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità*, in *Quad. cost.*, 2016, 787 ss., tale provvedimento avrebbe il triplice merito di portare all'attenzione il tema dei diritti delle persone con disabilità, istituire un apposito Fondo per assicurare assistenza alle persone disabili prive di sostegno familiare e mirare a garantire il diritto ad una vita indipendente per la persona disabile.

leggere una connessione tra il tema che in generale qui si sta affrontando ed una disciplina concreta che apparentemente non lo riguarda⁴⁴.

L'art. 1 della legge n. 112 indica quelle che sono le finalità del provvedimento in questione, ossia, disciplinare «misure di assistenza, cura e protezione nel superiore interesse delle persone con disabilità grave, non determinata dal naturale invecchiamento o da patologie connesse alla senilità, prive di sostegno familiare in quanto mancanti di entrambi i genitori o perché gli stessi non sono in grado di fornire l'adeguato sostegno genitoriale, nonché in vista del venir meno del sostegno familiare, attraverso la progressiva presa in carico della persona interessata già durante l'esistenza in vita dei genitori».

Tra le misure individuate dall'art. 4, e gravanti sull'apposito fondo di cui all'art. 3, figurano i «programmi di intervento volti a favorire percorsi di deistituzionalizzazione e di supporto alla domiciliarità in abitazioni o gruppi-appartamento che riproducano le condizioni abitative e relazionali della casa familiare»; gli interventi residuali per la permanenza temporanea in una soluzione abitativa extrafamiliare per far fronte ad eventuali situazioni di emergenza; gli «interventi innovativi di residenzialità per le persone con disabilità grave di cui all'articolo 1, comma 2, volti alla creazione di soluzioni alloggiative di tipo familiare e di *co-housing*»; i «programmi di accrescimento della consapevolezza, di abilitazione e di sviluppo delle competenze per la gestione della vita quotidiana e per il raggiungimento del maggior livello di autonomia possibile delle persone con disabilità».

Si tratta quindi di una serie di misure che, pur nella necessità di trovare soluzioni adeguate nelle ipotesi in cui le «cure» non possano essere prestate per impedimenti oggettivi, pongono l'assistenza familiare a parametro di riferimento prioritario, in quanto ogni intervento sostitutivo deve tendere a garantire un tipo di cura il più possibile simile a quella prestata da un congiunto. In questo modo si torna al punto di partenza: la cura delle persone in stato di bisogno (minori, disabili o anziani) è rimessa soprattutto all'opera dei familiari, gravando, nello specifico, in prevalenza su alcuni di essi⁴⁵. La conclusione sull'importanza dell'assistenza prestata a livello familiare trova conferma anche in recenti interventi legislativi – ad esempio nella legge di bilancio per il 2018 – la quale ha istituito un apposito «Fondo per il sostegno del ruolo di cura e di assistenza del *caregiver* familiare», destinato alla copertura economica di una serie di interventi «finalizzati al riconoscimento del valore sociale ed economico dell'attività di cura non professionale del *caregiver* familiare», fornendo, allo stesso tempo, una definizione molto ampia di *care giver* familiare, diretta

⁴⁴ Il dato statistico consente di osservare che nella assoluta maggioranza dei casi le persone disabili sono assistite quotidianamente dai familiari e in particolare dalle madri. Cfr. al riguardo l'indagine ANFASS del 2010 «Il futuro si pianifica nel presente. Indagine conoscitiva tra le famiglie associate sui bisogni del dopo di noi», così come riportano M. D'AMICO e G. ARCONZO, *I diritti della persona con disabilità grave. Osservazioni al D.D.L. A.S. 2232 approvato dalla Camera dei Deputati sul cosiddetto "Dopo di noi"*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2016, 2.

⁴⁵ Osserva G. ARCONZO, *La legge sul «dopo di noi» e il diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità*, cit., 789, che tale legge, ponendo l'accento sul «noi», pare prestare maggiore attenzione al profilo delle persone che prestano la cura e che, per ragioni legate all'invecchiamento, non saranno più in grado di prestarla in futuro, piuttosto che sulle persone che la ricevono, retaggio di un approccio «tradizionale» nell'affrontare il tema dei diritti delle persone con disabilità.

a comprendere una pluralità di persone che possono avere legami familiari o affettivi con la persona destinataria della cura⁴⁶.

4. Il tentativo di enucleazione del diritto alla cura, caso per caso, nella più recente giurisprudenza costituzionale

La portata generale del “diritto alla cura”, come riferito ad ogni persona, emerge con maggiore evidenza dalla giurisprudenza della Corte costituzionale la quale, anche in assenza di una disciplina “organica”, riconosce come bisognose di protezione una serie di situazioni afferenti a persone “deboli”, si pensi in particolare ai minori.

La medesima giurisprudenza, inoltre, conferma che la mancanza di un’affermazione espressa del diritto alla cura nell’ordinamento costituzionale italiano non implica che lo stesso sia sprovvisto di ogni riconoscimento, in quanto, anche dalla lettura di recenti decisioni, emerge come il Giudice delle leggi abbia in più di un’occasione tentato di ricavarlo per via interpretativa. È possibile osservare, quindi, che vi sono delle situazioni particolari nelle quali la Corte – attraverso una valutazione casistica – ha offerto tutela in situazioni particolarmente delicate che si riferivano al diritto all’assistenza per persone “deboli”.

La considerazione sul “diritto alla cura” che in questa sede si vuole sostenere riguarda, quindi, l’opportunità di introdurre una norma costituzionale espressa per ragioni di certezza del diritto, piuttosto che la critica per la mancanza di qualsiasi forma di tutela al riguardo. Tutela che, in mancanza di una norma espressa, avviene attraverso un approccio giurisprudenziale casistico.

È interessante osservare, infatti, che la Corte costituzionale è recentemente intervenuta per dare attuazione al “diritto alla cura”, ricavandolo implicitamente con riferimento ad una pluralità di situazioni diversificate, per cui si focalizzerà l’attenzione in particolare su due temi delicati che valgono esemplificativamente a dimostrare l’attenzione del Giudice delle leggi in tale ambito: quello, già visto al precedente paragrafo, dell’assistenza alle persone con disabilità, e quello del rapporto tra madri carcerate e figli minori.

Per quanto riguarda il primo profilo vanno segnalate le sentenze n. 236 del 2012, n. 203 del 2013 e, più di recente, n. 213 del 2016.

Con la prima sentenza la Corte costituzionale⁴⁷ ha dichiarato l’illegittimità della normativa della Regione Puglia nella parte in cui preclude alle Aziende Sanitarie Locali della Regione la possibilità

⁴⁶ Nello specifico, la Legge, 27 dicembre 2017, n. 205, (Legge di bilancio per il 2018), ha stabilito, all’art. 1, comma 255, che nella nozione di *care giver* familiare debba rientrare «la persona che assiste e si prende cura del coniuge, dell’altra parte dell’unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall’articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell’articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della legge 11 febbraio 1980, n. 18»

di stipulare accordi contrattuali con strutture sanitarie private aventi sede legale fuori dal territorio regionale, relativamente all'erogazione di prestazioni riabilitative domiciliari a favore di pazienti residenti in Puglia.

La Corte ha ritenuto che tale limitazione fosse irragionevole e discriminatoria, soprattutto nei confronti dei disabili. Infatti, se è vero che i soggetti pubblici devono perseguire esigenze di razionalizzazione del sistema sanitario, ciò non può avvenire a danno dei diritti della persona in assenza di un vantaggio apprezzabile. La scelta della Regione Puglia è quindi irragionevole perché la limitazione della possibilità di accedere a strutture esterne alla Regione per l'assistenza è stabilita a priori e senza alcuna valutazione sugli eventuali risparmi di spesa per il servizio sanitario. Essa si traduce, quindi, soltanto in una violazione del diritto della persona a scegliere il luogo di cura, anche al di fuori della Regione.

Inoltre, trattandosi di prestazioni di assistenza domiciliare, la scelta sarebbe anche discriminatoria e contraria al principio di eguaglianza, visto che coloro che ne subirebbero maggiormente le conseguenze sarebbero i disabili gravi che necessitano di ricevere prestazioni a domicilio.

Nella sentenza n. 203 del 2013⁴⁸ la Corte ha dichiarato l'illegittimità della norma che non consentiva al parente entro il terzo grado, convivente con la persona disabile, di fruire del congedo straordinario.

Tale congedo⁴⁹ ha la funzione di consentire alla persona che presta assistenza di dedicarsi ad un proprio congiunto senza perdere il posto di lavoro ed è stato oggetto di una serie di interventi di riforma che hanno ampliato i soggetti che ne possono beneficiare. Per il tema che qui interessa, la limitazione nei confronti dei parenti entro il terzo grado violava sia l'art. 29 Cost. «poiché l'assistenza rappresenta anche una forma di tutela della famiglia e i soggetti ammessi a fruire del congedo sono tutti in rapporto di parentela con la persona affetta da patologie», sia gli artt. 4 e 35 Cost. «poiché il congiunto del disabile, per poter garantire a quest'ultimo cure ed assistenza, è costretto a rinunciare alla propria attività lavorativa o a ridurre il numero di ore, o a sceglierne una diversa, maggiormente compatibile con detta finalità».

La Corte è molto chiara nell'affermare che «una tutela piena dei soggetti deboli richiede, oltre alle necessarie prestazioni sanitarie e di riabilitazione, anche la cura, l'inserimento sociale e, soprattutto, la continuità delle relazioni costitutive della personalità umana». Ciò si può ottenere

⁴⁷ Corte cost., 22 ottobre 2012, n. 236. Sugli aspetti del bilanciamento in concreto nella sentenza in esame tra diritto alla scelta del luogo di cura ed esigenze finanziarie, si vedano F. MINNI e A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013, 6.

⁴⁸ Corte cost., 18 luglio 2013, n. 203. Sulla sentenza E. LONGO, *La rilettura dei diritti sociali passa per il congedo straordinario a tutela di un parente disabile*, in *Giur. cost.*, 2013, 2853 ss., osserva che la decisione, assieme ad altre, ha «contribuito a costruire un meccanismo che tanto tende ad includere nuove "pretese" sulla base della meritevolezza della posizione del caregiver e dell'assistito quanto si fonda su un meccanismo di deroga, e che dunque è sostanzialmente aperto a nuove richieste di tutela».

⁴⁹ Tale istituto è disciplinato dall'art. 42 del d.lgs. n. 151 del 2001 e prevede la possibilità per la persona che presta assistenza di astenersi dall'attività lavorativa per un periodo massimo di due anni, mantenendo un'indennità commisurata all'ultima retribuzione percepita.

attraverso una piena valorizzazione del ruolo della famiglia, garantendo le misure adeguate quando a farsi carico della persona disabile non siano soltanto i familiari appartenenti al nucleo in senso stretto. In mancanza di questi (per morte o malattia) anche il parente entro il terzo grado può beneficiare dello stesso congedo, così come, ad esempio, avviene per altre misure assistenziali (es. tre giorni di permesso retribuito previsti dalla legge n. 104/1992).

Da ultimo la Corte, con la sentenza n. 213 del 2016⁵⁰, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. dell'articolo 33, comma 3, della legge n. 104 del 1992, «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».

Nella decisione in esame il Giudice delle leggi ha riscontrato uno stretto collegamento tra il diritto alla salute e all'assistenza del disabile e il suo diritto alla socializzazione, che sarebbe leso ove il primo fosse subordinato ad un vincolo "formale" nei rapporti di relazione, quale appunto il matrimonio. Questo perché, osserva la Corte, «il diritto – costituzionalmente presidiato – del portatore di handicap 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».

Si viene in questo modo a definire una stretta relazione tra "cura" e aspetti relazionali che vanno ben al di là del concetto di famiglia intesa in senso stretto, dando preminente rilievo alle esigenze di assistenza, piuttosto che alla sussistenza di ragioni formali che ne giustificano la prestazione.

Tutte le decisioni in commento denotano una particolare attenzione al rapporto tra "cura" e famiglia, intesa non solo in senso formale, perché pongono l'accento sulla necessità di assicurare prioritariamente un'assistenza di tipo familiare (in senso ampio) per il particolare apporto affettivo-relazionale che questa è in grado di garantire al disabile, anche al di là dei limiti che possano derivare dalla sussistenza di un regime dei rapporti personali ritenuto più stabile dall'ordinamento.

Un secondo gruppo di decisioni si riferisce al problema della necessità di garantire assistenza ai figli minori di genitori reclusi e, in particolare, per l'ipotesi del rapporto tra madre reclusa e figlio minore⁵¹.

Con la sentenza n. 239 del 2014⁵² la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale della norma che estende il divieto di benefici per le persone reclusi che abbiano commesso

⁵⁰ Corte cost., 23 settembre 2016, n. 213. In merito a questa decisione osserva M. BARONE, *Tutela delle persone con disabilità grave: prospettive di ampliamento a partire dalla sentenza n. 213 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2017, 3, che il pregio maggiore della sentenza sia quello di aver superato un approccio meramente formalistico nella delimitazione dei soggetti legittimati a beneficiare dei permessi previsti dalla legge, ponendo l'accento sulla "rilevanza emotiva" della relazione.

⁵¹ In generale su tale tema si veda D. MONE, *Bambini e madri in carcere. Il rapporto detenute madri e figli fra esigenze di sicurezza sociale, dignità umana e diritti del bambino*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna – Online*, n. 2/2017; nonché M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016.

determinati reati e non collaborino con la giustizia anche alla “detenzione domiciliare speciale”⁵³. La funzione di tale istituto sarebbe quella di consentire alla madre di prole di età non superiore a dieci anni, condannata a pena detentiva di lunga durata – o anche all’ergastolo – di essere ammessa ad espriare la pena presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora.

A ben vedere, secondo la Corte, si tratterebbe di un istituto che ha una duplice funzione: premiale per la madre detenuta e assistenziale per il figlio minore. La limitazione disposta dalla norma impugnata ha il carattere della “presunzione assoluta” perché la valutazione non tiene conto del connesso e prevalente interesse del minore all’assistenza. Infatti, «nell’economia dell’istituto assume un rilievo del tutto prioritario l’interesse di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, quale quello del minore in tenera età ad instaurare un rapporto quanto più possibile “normale” con la madre (o, eventualmente, con il padre) in una fase nevralgica del suo sviluppo». Tale interesse del minore potrebbe subire una compressione rispetto alle esigenze di protezione dal crimine soltanto attraverso una valutazione in concreto effettuata dal giudice, ma mai in astratto attraverso una presunzione assoluta.

D’altra parte, la Corte costituzionale osserva che in questo modo il legislatore finisce per equiparare illegittimamente la misura in questione, che ha anche una funzione assistenziale, con altre misure premiali aventi diverse finalità.

Sulla falsariga della sentenza sopra citata si colloca la sentenza n. 76 del 2017⁵⁴ con cui la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 47 *quinquies* dell’ordinamento penitenziario nella parte in cui prevede che l’istituto della “detenzione domiciliare speciale” non possa applicarsi nei casi di gravi delitti indicati dall’art. 4 *bis* della stessa legge. Lo scopo della detenzione domiciliare speciale, si è detto, era quello di consentire anche alle madri condannate a pene detentive superiori a

⁵² Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239. Sulla quale – congiuntamente alla sentenza n. 76 del 2017 – D. GALLIANI e A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell’ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 17 ss., osservano che proprio il parametro dell’art. 31 Cost. e il superiore interesse del minore farebbero cadere una preclusione altrimenti insuperabile.

⁵³ La legge sull’ordinamento penitenziario (legge n. 354 del 1975 e successive modificazioni) prevede una serie di istituti diretti a favorire il rapporto tra madre detenuta e figlio minore. In particolare, l’art. 47 *ter* disciplina la “detenzione domiciliare ordinaria” che consente, in particolare, alla madre di prole di età inferiore a dieci anni, con lei convivente, di espriare in forma extracarceraria la pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena. L’art. 47 *quinquies*, invece, disciplina la “detenzione domiciliare speciale” che trova applicazione ove non possa applicarsi quella ordinaria e consente alla madre condannata con prole di età non superiore a dieci anni di essere comunque ammessa ad espriare la pena «nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e alla assistenza dei figli», a condizione che abbia già espriato almeno un terzo della pena o almeno quindici anni, nel caso di condanna all’ergastolo.

⁵⁴ Corte cost., 12 aprile 2017, n. 76. Lo stretto legame con la precedente sentenza del 2014 è osservato in dottrina, in particolare si vedano E. FARINELLI, *Verso il superamento delle presunzioni penitenziarie tra ragionevolezza in concreto e prevalenza dello “speciale interesse del minore”*, in *Proc. pen. e giust.*, n. 5/2017, 872 ss.; e G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell’ordinamento penitenziario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 maggio 2017.

quattro anni di accedere al beneficio della detenzione domiciliare quando non ricorrevano appunto i presupposti di quella ordinaria, alla condizione, però, che avessero già scontato almeno un terzo della pena, ovvero almeno quindici anni in caso di condanna all'ergastolo.

L'automatica esclusione per determinate tipologie di reati costituisce, ad opinione della Corte, una presunzione assoluta che non tiene conto dell'interesse del minore all'assistenza⁵⁵ e si traduce in una lesione dell'art. 31 Cost.

Ancora più di recente è intervenuta la sentenza n. 174 del 2018⁵⁶, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità della norma che esclude dal beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci il detenuto condannato «per reato ostativo» che non abbia ancora espiato almeno un terzo della pena⁵⁷. Tale istituto va ad integrare la detenzione domiciliare ordinaria e speciale, sempre nella prospettiva della garanzia dell'assistenza ai figli.

Anche in questa ipotesi, secondo la Corte, il legislatore avrebbe determinato una presunzione assoluta perché il beneficio dell'assistenza all'esterno sarebbe subordinato ai medesimi presupposti che la legge stabilisce per l'accesso al lavoro esterno. In pratica, anche per l'assistenza il detenuto o la detenuta dovrebbero aver scontato almeno un terzo della pena e dovrebbero aver manifestato un atteggiamento di collaborazione con la giustizia.

Le finalità della giustizia, cui si connette la collaborazione, non potrebbero però incidere su soggetti terzi (minori) senza un adeguato bilanciamento. Anche in tale caso, quindi, vi sarebbe una lesione dell'art. 31 Cost. dovuta alla circostanza che l'automatismo presuntivo previsto dal legislatore determina un pregiudizio assoluto dell'interesse del minore, dimostrato dal fatto che anche in questa ipotesi varrebbero posti sullo stesso piano i presupposti di istituti con finalità distinte: premiali per il lavoro all'esterno e assistenziali per l'assistenza all'esterno.

Tutti gli esempi da ultimo citati sono accomunati dalla necessità di un bilanciamento tra le esigenze di assistenza del minore ed altre finalità astrattamente perseguibili. In tal modo la Corte costituzionale dà protezione al diritto del minore all'assistenza, ricavandone la preminenza attraverso l'interpretazione dell'art. 31 Cost. il quale, nella sua portata generale, si presta nel caso specifico a ricomprendere in via interpretativa ogni situazione che possa incidere negativamente sullo sviluppo del minore, anche in presenza di esigenze di repressione dei reati.

I casi giurisprudenziali richiamati a titolo di esempio dimostrano quindi lo sforzo compiuto, anche in tempi recenti, dalla Corte costituzionale italiana nel dare attuazione al “diritto alla cura” attraverso un approccio casistico che mira a ricavarlo dal sistema dei diritti già vigente, in mancanza di una sua affermazione positiva a livello costituzionale.

⁵⁵ La Corte definisce l'interesse del figlio minore a «mantenere un rapporto continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione [...] complesso ed articolato in diverse situazioni giuridiche».

⁵⁶ Corte cost., 23 luglio 2018, n. 174.

⁵⁷ L'assistenza all'esterno è disciplinata dall'art. 21 *bis* della legge n. 354 del 1975 e ha una funzione integrativa della garanzia offerta dalla detenzione domiciliare ordinaria e speciale, consentendo, ove non ricorrano i presupposti delle prime due, alla madre di provvedere alla cura dei figli in ambiente non carcerario per un periodo di tempo predeterminato nel corso della giornata.

5. Diritto alla cura ed eguaglianza di genere: sul ruolo della donna nella prestazione della cura

In precedenza si era posto il quesito se l'attuazione di un diritto sociale, espressione di uno strumento di realizzazione dell'eguaglianza sostanziale, potesse essere a sua volta causa di un elemento di diseguaglianza. Più nello specifico, se l'attuazione del diritto alla cura nella sua duplice prospettiva "attiva" e "passiva" – a dare o a ricevere la cura – potesse essere allo stesso tempo fattore di "eguaglianza" per chi la riceve, ma di "diseguaglianza" per chi la presta, pur non configurandosi nella veste esclusiva del dovere di prestare la cura.

Per rispondere a tale quesito occorre valutare in concreto quali sono i soggetti che prevalentemente si occupano della "cura" e il dato che mi pare evidente è che nella tradizione culturale dei paesi mediterranei, tra i quali sicuramente va ad inserirsi l'Italia, si faccia prevalente ricorso all'assistenza informale domestica, sia per ragioni legate ad un minore sviluppo dei servizi sociali rispetto ai paesi nordici, sia per una diversa concezione di rapporti familiari⁵⁸. In questo contesto bisogna aggiungere che la cura prestata a livello domestico è quasi esclusivamente un'attività femminile e tale dato impone delle riflessioni dal punto di vista dell'eguaglianza costituzionale.

Il tradizionale ruolo delle donne che le vede principalmente coinvolte nella cura prestata a livello domestico, se da una parte costituisce fattore espressivo di un loro diritto a prestare la cura, dall'altra può essere causa di una ulteriore discriminazione basata sul genere?

Il tema ha avuto ampia trattazione sociologica nel dibattito femminista, in particolare nelle teorie relative alla c.d. etica della cura. Nelle sue riflessioni Gilligan osserva come vi sarebbe un diverso modo di ragionare tra uomini e donne: mentre i primi ragionano secondo un'etica dei diritti, dove assume centralità il concetto di autonomia, le seconde ragionano secondo un'etica della cura, incentrata sull'attenzione per la relazione⁵⁹.

L'affermazione dell'etica della cura non porta però ad una preconstituita ripartizione di ruoli maschili e femminili nella cura, con naturale prevalenza dei secondi sui primi⁶⁰. L'etica della cura come attitudine femminile non può essere legata a parametri "naturalisti", ossia ad una propensione naturale della donna alla cura, ma sembra da ricondurre a parametri sociali "convenzionali".

In tal senso l'etica della cura cessa di essere un discorso fondato esclusivamente sul genere e finisce per coinvolgere tutti i cittadini al pari di quanto avviene per gli altri diritti sociali⁶¹. La cura⁶²

⁵⁸ Analoga osservazione è fatta in merito alla Spagna da A. MARRADES, *Los nuevos derechos sociales: El derecho al cuidado*, cit., 235 s.

⁵⁹ In particolare si veda nella traduzione italiana C. GILLIGAN, *Con voce di donna* (1982), Milano, 1987.

⁶⁰ B. CASALINI, *L'etica della cura e il pensiero femminista: tra dipendenza e autonomia*, in T. CASADEI (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Torino, 2015, 174.

⁶¹ Al riguardo S. MOLLER OKIN, *Reason and feeling in thinking about justice*, in *Ethics*, 1989, 229 ss., ritiene che l'etica della cura abbia una portata universale che va al di là della divisione dei generi, per cui per giungere ad «una società giusta tanto nei confronti degli uomini che delle donne è necessario affrontare la questione di un'equa divisione del lavoro di cura e di riproduzione sociale, fino ad oggi a carico dei soggetti femminili». B. CASALINI, *L'etica della cura e il pensiero femminista: tra dipendenza e autonomia*, cit., 179.

non è quindi un fenomeno di genere, ma è legata alla struttura socio-economica della società, coinvolgendo anche le istituzioni pubbliche in ragione del rilievo che assume come diritto sociale.

In questa prospettiva è fondamentale il contributo di Tronto e Kittay. La prima autrice⁶³ in particolare critica la concezione dell'etica della cura dal punto di vista del genere in quanto pare fondarsi su una concezione rappresentativa di tutte le donne al di fuori del contesto storico e sociale. In questo modo, appiattendolo la questione esclusivamente sul ruolo femminile si rischia di relegare la cura soltanto all'ambito privato⁶⁴. L'etica della cura deve andare al di là della sfera privata e acquisire rilievo nella sfera pubblica sotto un profilo politico.

La seconda autrice fornisce indicazioni sul modo in cui tale assimilazione debba essere superata. Kittay⁶⁵, infatti, ritiene che la società è pervasa da rapporti di dipendenza delle persone deboli dalla cura. Ciò comporta che il lavoro di cura prestato a favore di queste persone produce esso stesso una forma di dipendenza inversa per coloro che la cura la prestano. Si determina, in pratica, una forma di discriminazione nella misura in cui le donne che prestano la cura, per potersi porre sullo stesso piano degli uomini, dovrebbero abbandonare il lavoro di cura che a sua volta le rende dipendenti.

La disegualianza in tali contesti non riguarderebbe, inoltre, il solo rapporto uomo-donna, ma anche quello tra donne, in quanto molto spesso la "liberazione" dal lavoro privato di cura e l'ingresso nella sfera pubblica del mondo del lavoro può avvenire solo per donne che abbiano una condizione economica che permetta loro di affidare ad altri (in genere ad altre donne, badanti, *babysitter*) la cura che diversamente "dovrebbero" prestare loro. In realtà il discorso non può essere limitato esclusivamente all'aspetto economico-occupazionale, la disparità emergerebbe anche sotto un profilo più strettamente esistenziale nella misura in cui il *care giver* è costretto a rinunciare ad alcune attività che sono manifestazione essenziale della personalità (ad esempio, la semplice partecipazione ad attività di tipo ricreativo o associativo) per dedicarsi al *care receiver*.

L'effettivo ripristino dell'eguaglianza sociale potrebbe avvenire soltanto attraverso la rivalutazione del lavoro di cura e l'inclusione della stessa tra i diritti sociali, come in precedenza si è proposto. Il lavoro di cura non dovrebbe così restare confinato all'ambito privato e domestico, ma dovrebbe assumere pieno rilievo pubblico, attraverso l'assunzione di una responsabilità sociale pubblica verso coloro che l'esercitano, infatti, «non ci può essere una buona cura finché al *care giver* non è garantita l'indipendenza economica e il lavoro di cura è percepito socialmente come un'attività degradante e, per questo, riservata ai soggetti più svantaggiati»⁶⁶.

⁶² Secondo T. CASADEI, *Itinerari del giusfemminismo*, in ID. (a cura di), *Donne, diritto, diritti*, cit., 274, «la cura non è intesa [...] come una disposizione o un'emozione, ma come una pratica complessa che comporta diversi momenti e fasi, nelle quali sono richieste qualità morali quali l'attenzione dell'altro, la responsabilità e la competenza».

⁶³ In particolare nel lavoro J.C. TRONTO, *Confini morali. Un argomento politico per l'etica della cura (1993)*, trad. it. di N. Riva, Reggio Emilia, 2006.

⁶⁴ B. CASALINI, *L'etica della cura e il pensiero femminista: tra dipendenza e autonomia*, cit., 182.

⁶⁵ In particolare E. FEDER KITTAY, *La cura dell'amore. Donne, uguaglianza, dipendenza*, trad. it. di S. Belluzzi, Milano, 2010.

⁶⁶ B. CASALINI, *L'etica della cura e il pensiero femminista: tra dipendenza e autonomia*, cit., 189.

La giustizia sociale presuppone, quindi, il duplice rispetto della persona che riceve la cura e di quella che la presta e non si potrà prescindere dal dedicare attenzione al lavoro di coloro che riservano il proprio tempo alla attività di cura⁶⁷.

Il problema, quindi, è quello di trovare una giusta sintesi tra la prevalenza nell'attività di cura prestata dalle donne – come si può ricavare dai comuni dati sociali – e la garanzia del principio fondamentale di eguaglianza. Problema che potrebbe trovare la sua soluzione naturale attraverso l'assimilazione dell'attività di cura al livello dei diritti sociali, con un intervento positivo da parte dello Stato.

6. Conclusioni. La rimozione delle diseguaglianze attraverso un nuovo diritto sociale alla cura

La rimozione delle diseguaglianze può essere ottenuta soltanto con il passaggio del lavoro di cura dall'ambito privato a quello pubblico. Per molto tempo, infatti, la cura è stata confinata alla dimensione domestica e sottratta ad ogni discorso pubblico relativo alle misure da adottare per far fronte ai bisogni delle persone deboli⁶⁸.

La cura non potrebbe essere considerata più come attenzione legata alla sfera emotiva, ma come vera e propria pratica sociale, meritevole di assumere rilievo anche sul piano giuridico dei diritti oltre che su quello morale. Ciò implicherebbe una presa di posizione da parte dello Stato che, in quanto orientato in senso sociale, dovrebbe adottare tutte quelle misure necessarie a rimuovere le diseguaglianze di fatto, in questo caso anche tra uomini e donne o tra donne che prestano la cura e donne che non la prestano.

In primo luogo, si porrebbe la questione di riconoscere un nuovo diritto sociale a livello costituzionale. I pubblici poteri non potrebbero più trascurare la funzione di cura relegandola alla sfera privata, la stessa dovrebbe configurarsi come vero e proprio diritto sociale espressamente riconosciuto in Costituzione.

Come si è affermato ciò dovrebbe preferibilmente avvenire attraverso una riforma costituzionale espressa, anche se, in mancanza di questa, non può essere trascurato il ruolo svolto nel nostro sistema dalla Corte costituzionale che, anche di recente, ha posto in essere un'operazione ermeneutica diretta ad enucleare tale diritto dal complessivo sistema di valori costituzionali. D'altra parte, un diritto alla cura come nuovo diritto sociale troverebbe immediata copertura nei principi fondamentali della Costituzione, in quanto diretta espressione ed attuazione del principio di solidarietà affermato dall'art. 2 Cost.

⁶⁷ La piena equità e il superamento della diseguaglianza di genere in tale ambito può ottenersi solo attraverso la valorizzazione politica e sociale del lavoro di cura. Cfr. T. CASADEI, *Itinerari del giusfemminismo*, cit., 275.

⁶⁸ M.G. BERNARDINI, *Il soggetto tra cura e diritti. Disabilità, relazioni e inclusione*, in T. CASADEI (a cura di), *Donne, diritto, diritti*, cit., 205 s. osserva che «si tratta di temi che non possono essere demandati esclusivamente al piano etico, ma chiamano direttamente in causa anche l'assetto istituzionale, e costituiscono ulteriori argomenti a favore di una sua riconfigurazione, che dovrebbe prevedere la pubblicizzazione dell'attività di cura».

Il problema da affrontare in definitiva sarebbe duplice: da una parte occorre garantire la piena eguaglianza dei prestatori della cura, e in questo profilo si inserirebbero tutte le questioni che riguardano possibili trattamenti discriminatori (anche tra uomo e donna o tra donne); dall'altra, occorre garantire i diritti di coloro che ricevono la cura, e in tale prospettiva non si può non tener conto del progressivo invecchiamento della società e del fatto che coloro che costituiscono la generazione dei "prestatori" della cura diventerà negli anni quella bisognosa della cura⁶⁹.

Lo Stato non potrebbe più essere spettatore passivo, ma dovrebbe attivarsi per dare maggiore attuazione anche in questo ambito all'art. 3, comma 2, della Costituzione, rimuovendo gli ostacoli che si oppongono alla piena eguaglianza tra i cittadini e che, in tal caso, potrebbero essere individuati nella perdita di occasioni a cui va incontro chi deve occuparsi della cura. Infatti, se, come si è visto, la cura è stata garantita per anni prevalentemente dalle donne, ciò è avvenuto a scapito delle loro scelte lavorative e della loro partecipazione alla vita pubblica, senza che a tale "perdita" corrispondessero misure di pieno riequilibrio.

Il riconoscimento del "diritto alla cura" quale nuovo diritto sociale costituzionale non sarebbe però sufficiente a realizzare una concreta eguaglianza. Come anticipato, in quanto diritto sociale, necessita di una serie di misure attuative che ne garantiscano materiale efficacia.

Al riguardo si potrebbe pensare ad una serie di interventi diversificati, tutti implicanti una chiara scelta politica da parte dei pubblici poteri. Una prima forma di intervento, tra l'altro già esistente in diversi ordinamenti tra cui il nostro, potrebbe essere di tipo meramente economico-assistenziale⁷⁰. Misure di questo tipo, previste in genere per situazioni particolari (ad esempio nel caso in cui la cura sia prestata ad un disabile), dovrebbero essere estese a tutte quelle situazioni, anche meno impegnative, ma che comunque comportano una "limitazione" di scelte e opportunità in capo al *care giver* quando deve occuparsi di una persona non necessariamente non autosufficiente ma anche semplicemente non autonoma.

Più incisiva sarebbe, invece, la portata di quelle misure che, invece, consentissero di contemperare l'attività lavorativa, in particolare della donna, con quella di cura, ad esempio ben al di là dei tempi contenuti del congedo per maternità, in modo da realizzare un effettivo riequilibrio con coloro che non sono nella necessità di doversi occupare della cura.

In ogni caso si torna al punto di partenza, i diritti sociali, in particolare quelli che sono stati sopra indicati, hanno un costo e l'attuale crisi economica globale unita all'esasperata attenzione ai bilanci rendono difficile l'attuazione di riforme nel campo dei diritti sociali⁷¹. Si pongono, quindi, a

⁶⁹ Si condivide tale osservazione di A. MARRADES, *Los nuevos derechos sociales: El derecho al cuidado*, cit., 236 s.

⁷⁰ M.G. BERNARDINI, *Il soggetto tra cura e diritti*, cit., 207, riporta il caso emblematico della Danimarca, dove sono previste diverse misure a sostegno delle famiglie con persone disabili, come, ad esempio, servizi gratuiti e supporto finanziario, sussidi economici che permettono ad un genitore di non lavorare, consulenza e assistenza a domicili, formazione dei genitori. D'altra parte, anche in Italia esistono forme di sostegno economico diretto nel caso di assistenza prestata da *care givers* familiari, ad es. i c.d. buoni socio-sanitari. A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., 198 s.

⁷¹ È noto, infatti, che se nell'attuale momento storico la scarsità delle risorse economiche pubbliche non garantisce la certezza nella tutela dei diritti sociali, a maggior ragione problemi potrebbero sorgere ove se ne volessero riconoscere di nuovi. Cfr. I. CIOLLI, *I diritti sociali e la crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2012.

confronto due prospettive apparentemente inconciliabili, quella astratta dei diritti e quella pratica dell'economia, dove la seconda finisce inevitabilmente per prevalere sulla prima.

Il problema dunque non è solo quello di introdurre un nuovo diritto sociale (se questo è destinato a rimanere inattuato) o prevedere specifiche misure concrete (se mancano le risorse economiche per farvi fronte); il problema richiede un mutamento di prospettiva nei rapporti tra le categorie dell'economia e quelle dei diritti, implica il recupero del significato più vero del principio personalista al quale si connettono tanto diritti inviolabili quanto doveri inderogabili e in questo contesto la "persona" dovrà essere sempre messa al centro delle scelte politiche.

Certo, questo non potrebbe essere solo un discorso astratto, ma in concreto presupporrebbe una redistribuzione delle risorse secondo criteri di maggiore solidarietà e giustizia sociale. Questo significa rimuovere, anche nell'ambito del diritto alla cura, le diseguaglianze che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica economica e sociale del paese, detto altrimenti, significa riequilibrare una situazione tendenzialmente discriminatoria (tra uomini e donne, o tra donne a seconda della loro disponibilità economica) attraverso adeguate misure sociali, equilibrio che ad oggi sarebbe realizzabile ancora al prezzo di rinunciare a prestare la cura, mortificando il lato più umano che la caratterizza.