

L'assistenza alle persone non autosufficienti. La funzione di cura tra forme di tutela esistenti e nuove prospettive

di Sarah Barutti e Sara Cazzanti"

Sommario: 1. Premessa. - 2. I diritti riconosciuti ai familiari (e non) dei disabili dalla normativa nazionale. - 3. I *Welfare* locali. Problemi di effettività tra affermazione di diritti ed esigibilità delle prestazioni. - 4. L'alternativa ai servizi. La famiglia come istituzione di *welfare* e il sistema di "quasi mercato" dei *voucher*. - 5. Uno sguardo d'insieme sul sistema: fruibilità degli istituti e soggetti esclusi. - 6. Valori e principi costituzionali di riferimento. Qualche considerazione conclusiva.

1. Premessa

Questo saggio si propone di ricostruire il quadro normativo delle forme di tutela di cui beneficiano coloro che assistono soggetti incapaci di provvedere autonomamente al soddisfacimento delle più elementari esigenze della vita quotidiana. L'obiettivo è quello di verificare la corrispondenza dell'attuale sistema di protezione ai principi costituzionali, con particolare riferimento al valore fondante del lavoro e alla continua evoluzione del concetto di famiglia, e la capacità dello stesso di rispondere alle sempre maggiori istanze di conciliazione tra vita professionale e vita familiare, intesa come "esercizio combinato di diritti fondamentali"¹.

Tra coloro la cui situazione di bisogno viene riconosciuta dall'ordinamento come meritevole di tutela vi è, anzitutto, il soggetto con funzionalità psico-fisiche alterate. Per esprimere questo concetto l'ordinamento ha utilizzato, nel tempo, una pluralità di locuzioni – disabile, handicappato, invalido, diversamente abile – ciascuna delle quali prende in considera-

¹ Il saggio è frutto dell'elaborazione comune delle autrici, ma i par. 1, 2 e 5 sono scritti da Sara Cazzanti, i par. 3, 4 e 6 da Sarah Barutti.

¹ Tinti (2009a), p. 181, già Calafà (2007), p. 53. Sempre Tinti, afferma che la conciliazione si presenta come "'riconciliazione' o 'conciliazione condivisa': ovvero come [...] diritto alla parità di trattamento, alla promozione di pari opportunità occupazionali, alla possibilità di dedicare tempo a compiti di cura familiare e, specularmente, diritto a ricevere cura".

zione un differente parametro, ma la cui distinzione tuttavia non è così netta².

I problemi terminologici di coordinamento delle differenti discipline, non si riflettono sul profilo della tutela dei soggetti che prestano assistenza, in quanto le varie misure di sostegno previste fanno riferimento alle persone disabili di cui all'art. 3 della l. 5 febbraio 1992, n. 104.

Tra i soggetti destinatari di attività di cura devono essere menzionati anche gli anziani, il cui stato di bisogno, tuttavia, non viene in considerazione in quanto tale, ma risulta tutelato nei limiti della disciplina prevista a favore di chi assiste un disabile, in cui rimane pertanto assorbita, con risultati che non possono apparire certo soddisfacenti. Si pensi solo che la condizione dell'anziano spesso non soddisfa i parametri della disabilità richiesti dalla legge. A ciò si aggiunga che oggetto privilegiato di attenzione delle misure legislative è l'asse discendente, essendoci istituti esclusivamente previsti per l'assistenza ai figli.

A colmare le lacune della normativa nazionale intervengono i servizi – regionali e/o provinciali – e il volontariato, nonché le c.d. buone prassi di soggetti altri rispetto ai precedenti. La normativa di fonte regionale individua infatti, quanto ai destinatari, uno spettro più ampio di persone, la cui non autosufficienza assume rilevanza ai fini del riconoscimento di prestazioni a vantaggio di chi svolga la relativa funzione assistenziale.

Verranno pertanto indagati lo sviluppo e la crescita dei servizi (sociali e personali) e la conseguente radicale modificazione che hanno introdotto nella struttura dell'occupazione e la loro interazione con la famiglia come istituzione di *welfare*, atteso che presupposto per il riconoscimento della tutela assistenziale e la relazione qualificata tra il prestatore di cura e il soggetto non autosufficiente.

2. I diritti riconosciuti ai familiari (e non) dei disabili dalla normativa nazionale

La normativa quadro in materia di assistenza e protezione dei portatori di handicap è costituita dall'art. 33 della l. 5 febbraio 1992, n. 104, da coordinare con la riforma contenuta negli articoli 19 e 20 della l. 8 marzo 2000, n. 51, che ha costretto a "funamboliche operazioni in sede

² Per una più approfondita ricostruzione delle differenti terminologie utilizzate, del loro susseguirsi nel tempo, nonché dei problemi di coerenza con i principi costituzionali si v. Avio 2005, p. 155.

di predisposizione delle disposizioni esplicative" (Gottardi 2001, p. 138), nonché con gli artt. 33 e 42 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151³.

Il legislatore del '92 predispone una diversa griglia di soggetti ammessi alla fruizione di congedi e permessi, in relazione anche all'età del disabile e al tipo di assistenza apprestabile. Il nucleo più consistente di garanzie e tutele è riservato ai genitori lavoratori⁴, il cui trattamento lavorativo varia a seconda dell'età del figlio stesso (Calafa 2001, p. 99). La lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre di minore con handicap hanno diritto al prolungamento fino a tre anni del congedo parentale a condizione che il bambino non sia ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati, oppure a due ore di permesso giornaliero retribuito fino al compimento del terzo anno di vita del bambino (art. 33 commi 1 e 2 Tu).

Successivamente al compimento del terzo anno di vita del bambino, la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre – anche adottivi –, di minore con handicap, nonché colui che assiste una persona con handicap parente o affine⁵ entro il terzo grado, convivente, potranno avvalersi di tre giorni di permesso mensile retribuiti, fruibili anche in maniera continuativa a condizione che il disabile non sia ricoverato a tempo pieno⁶.

³ In data 3 marzo 2010 è stato definitivamente approvato il d.l. 1167-B *Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro*, non ancora pubblicato in Gazzetta ufficiale, che contiene, all'art. 18, modifiche alla disciplina in materia di permessi per l'assistenza a portatori di handicap in situazioni di gravità, di cui si darà opportunamente atto in relazione alle singole misure.

⁴ Secondo l'art. 2, lettera e), del Tu "per 'lavoratrice' o 'lavoratore', salvo che non sia altrimenti specificato, si intendono i dipendenti, compresi quelli con contratto di apprendistato, di amministrazioni pubbliche, di privati datori di lavoro nonché i soci lavoratori di cooperative".

⁵ Secondo quanto disposto dall'Inps (circolare n. 80/1995), il diritto ai permessi giornalieri, oltre ad essere esteso a parenti ed affini come espressamente sancito nella legge, deve essere riconosciuto anche ai coniuge del soggetto disabile.

⁶ In base ai d.l. 1167-B il comma 3 è sostituito dal seguente: "A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità. Per l'assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità, il diritto è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente". Si tratta di modifiche che, seppur in misura diversa, comportano una riduzione dei diritti dei

Le modifiche e integrazioni operate dalla l. 53/2000 e dal Tu, che non sempre hanno tenuto conto dei precedenti orientamenti espressi dall'Inps, cui – unitamente alla giurisprudenza – sono da ascrivere i più corposi interventi di aggiustamento e integrazione sinora realizzati, hanno introdotto al contempo estensioni e previsioni più restrittive.

Da un lato si estendono i permessi alla lavoratrice madre o, in alternativa, al lavoratore padre successivamente al raggiungimento della maggiore età del figlio disabile (art. 42, comma 3, Tu)⁷ e i trattamenti previsti dall'art. 33, commi 1-5, “agli affidatari di persone handicappate in situazione di gravità”⁸. Dall'altro, si subordina la fruibilità dei permessi al doppio requisito della continuità ed esclusività dell'attività di cura – pur in assenza di convivenza –, ricomprendendo, oltre ai genitori, “i familiari lavoratori, con rapporto di lavoro pubblico o privato”^{9, 10}.

disabili e dei familiari che li assistono, limitando il diritto all'assistenza in relazione al grado di parentela (dal terzo grado si passa al secondo, tranne alcune eccezioni) e riconoscendo la fruibilità in forma alternata a un solo lavoratore dipendente per volta per la stessa persona con handicap in situazione di gravità. Se la *ratio* sottesa è quella di evitare gli abusi, l'unica certezza è che si tratta di una forma di ingerenza eccessiva dello Stato nelle vicende familiari e nell'organizzazione del lavoro di cura.

⁷ Sul punto, il d.l. 1167-B ha abrogato il comma 3 dell'art. 42 Tu e sostituito il precedente comma 2 con il seguente: “Successivamente al compimento del terzo anno di età del bambino con handicap in situazione di gravità, il diritto a fruire dei permessi di cui all'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e successive modificazioni, è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente, anche in maniera continuativa nell'ambito del mese”.

⁸ In risposta all'interpello n. 41 del 15 maggio 2009 della Cisl, in merito alla corretta interpretazione dell'art. 33, comma 7, della l. n. 104/1992, il Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali ha escluso che tutori e amministratori di sostegno di persone con handicap in situazione di gravità, prive di genitori o parenti prossimi, possano godere dei permessi attribuiti dalla citata normativa, sostenendo che l'elenco dei beneficiari sia tassativo e che, nel passato, solo l'intervento della Corte costituzionale ha ampliato il novero di tali soggetti. Il termine “affidatari” riguarda pertanto i soli genitori e non altri soggetti. Con riferimento ai permessi giornalieri retribuiti, si segnala la recentissima pronuncia della Corte di Cassazione n. 4623 del 25 febbraio 2010, secondo cui tali permessi si raddoppiano in caso di figli gemelli entrambi affetti da grave handicap.

⁹ In forza del d.l. 1167-B “le parole da: ‘nonche’ fino a: ‘non convivente’ sono soppresse”. Viene pertanto eliminato il riferimento (fra i soggetti aventi diritto ai permessi) ai genitori ed ai familiari lavoratori che assistono con continuità e in via esclusiva un parente o un affine entro il terzo grado portatore di handicap, ancorché non convivente. La modifica sembrerebbe semplicemente eliminare il requisito della esclusività dell'assistenza (introdotto proprio a compensazione della eliminazione del requisito della convivenza). La disposizione presenta elementi di incertezza e va esaminata alla luce del testo dell'art. 33 della legge n. 104/1992, così come modificato dallo stesso disegno di legge.

¹⁰ L'esatta individuazione del significato della restrizione apportata dall'art. 20 della l. 53/2000 è stata oggetto di specifici chiarimenti da parte dell'Inps, che con circolare n. 133/2000 ha precisato che i requisiti della continuità e dell'esclusività devono sussistere contemporaneamente ed essere, rispettivamente, interpretati come “effettiva assistenza del soggetto handicappato, per le sue necessità quotidiane”, e nel senso che “il richiedente deve

Infine, l'art. 42 comma 5 Tu prevede il diritto della lavoratrice madre o, in alternativa, del lavoratore padre o, dopo la loro scomparsa, di uno dei fratelli o sorelle conviventi di soggetto disabile, di fruire del congedo di due anni di cui al comma 2 dell'art. 4 della l. n. 53/2000¹¹.

Con una serie di interventi, la Corte costituzionale ha esteso il campo di applicazione della predetta norma, riconoscendo innanzitutto il diritto di subentro a fratelli e sorelle, oltre che nel caso di morte dei genitori, anche nell'impossibilità da parte di questi ultimi di accudire il figlio disabile grave. Con successive pronunce, il diritto a fruire del congedo medesimo è stato esteso, in via prioritaria rispetto agli altri congiunti indicati dalla norma, al coniuge convivente, nonché al figlio convivente, in assenza di altri soggetti idonei a prendersi cura della persona in situazione di disabilità grave^{1*}.

Accanto alla disciplina dei congedi, l'art. 33, comma 5, l. 104/1992 prevede il diritto del genitore o familiare lavoratore di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, e di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede¹³.

Ulteriori agevolazioni consistono nell'esonero dal lavoro notturno e nella priorità alla trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale¹⁴.

Per completezza, non può mancare un riferimento alla contrattazione collettiva (v. *amplius* Di Stasi 2009, pp. 225-227), che contiene dispo-

essere l'unico soggetto che presta assistenza alla persona handicappata” (cfr. Calafà, 2004, pp. 100-101). Con le circolari n. 90 e 112 del 2007, l'Inps ha abbandonato il precedente atteggiamento restrittivo, affermando che per i permessi *ex lege* 104/92 e anche per il congedo straordinario, non è più necessario dimostrare l'impossibilità di prestare assistenza da parte di altri familiari conviventi, stante l'esclusiva riconducibilità all'autonomia privata e familiare della scelta su chi, all'interno della famiglia del portatore di handicap, debba prestarti assistenza. Ha chiarito altresì che per “assistenza continuativa ed esclusiva” non deve intendersi necessariamente la cura giornaliera, purché essa sia prestata con i caratteri della sistematicità e dell'adeguatezza rispetto alle concrete esigenze del portatore di handicap.

¹¹ Pur con evidenti diversità che si sostanziano in una disciplina di maggior favore rispetto alla previsione generale, sia con riferimento alla qualificazione giuridica operata dal legislatore della posizione del lavoratore beneficiario del congedo sia con riferimento al trattamento economico e contributivo ad esso riservato, il congedo straordinario costituisce specificazione del congedo per gravi e documentati motivi familiari di cui all'art. 4, comma 2 della l. 53/2000, essendo ovvio che i gravi motivi comprendono le esigenze di cura di figli, fratelli e altri familiari portatori di handicap.

¹² Si vedano, rispettivamente, le sentenze n. 233 del 2005, n. 158 del 2007 e n. 19 del 2009.

¹³ Il d.l. 1167-B introduce una modifica “tecnica” riferendo il diritto (ridimensionato al precedente comma 3 in relazione ai soggetti) di scelta della sede di lavoro, o di resistere al trasferimento, al domicilio della persona da assistere e non più al domicilio della persona che assiste.

¹⁴ Art. 11, comma 2, lettera c) del d.lgs. 66/2003 e art. 12 *bis* del d.lgs. 61/2000, come modificato dalla l. n. 247/2007.

zioni sostanzialmente omogenee tra le diverse categorie¹⁵ e fa costante rinvio al dato normativo.

A fronte di questa seppur breve ricognizione della (stratificata) normativa statale, va da se che la quantita di chiarimenti provenienti dalla prassi amministrativa e dalle corti dovrebbero rappresentare un monito per il legislatore a uniformare e coordinare le norme esistenti, almeno sotto il profilo della delimitazione della sfera soggettiva delle diverse categorie di familiari che possono fruire dei congedi. Monito colto in maniera distorta nel recentissimo intervento legislativo (d.l. 1167-B)¹⁶, che prevede si una delega al Governo per il riordino della disciplina dei congedi – da attuare entro 6 mesi dall'entrata in vigore del provvedimento –, ma introduce nuove limitazioni in un sistema già ricco di vuoti di tutela.

3. I Welfare locali. Problemi di effettività tra affermazione di diritti ed esigibilità delle prestazioni

Il panorama legislativo sopra delineato sembra non fornire una risposta adeguata ai bisogni dei cittadini che svolgono lavoro di cura, a causa del numero esiguo di strumenti di assistenza e conciliazione.

Non si può peraltro limitare la ricerca di nuove forme di tutela alla sola normativa statale, essendo piuttosto indispensabile "un ripensamento di altri aspetti del diritto del lavoro (*in primis*, la disciplina dell'orario e delle forme di lavoro a orario flessibile), e soprattutto una generale riorganizzazione dei servizi sociali e di assistenza" (Ferrante 2008, p. 32).

Se nel sistema fordista, per far fronte ai rischi sociali, si riteneva sufficiente un meccanismo di semplici trasferimenti monetari gestito centralmente dallo Stato, e ormai assodato che i *Welfare States* del XXI secolo

¹⁵ Così i Ccnl metalmeccanici e telecomunicazioni, i quali prevedono che la lavoratrice o il lavoratore abbiano diritto a permessi e congedi per "eventi e cause particolari", o in alternativa ai tre giorni riconosciuti possano concordare diverse modalità di espletamento dell'attività lavorativa comportanti una riduzione dell'orario di lavoro complessivamente non inferiore ai giorni di permesso che vengono sostituiti. Da segnalare quanto disposto dal Ccnl industria alimentare, il quale modifica positivamente la previsione legislativa innalzando a quattro i giorni di permesso fruibili dai lavoratori (art. 40 *bis* lettera a), e consente in caso di gravi patologie del figlio – espressamente elencate – di usufruire di due giorni complessivi di permesso retribuito l'anno.

¹⁶ All'art. 33 l. 104/1992 è aggiunto un comma 7 *bis*, che prevede la decadenza dai diritti (ferme restando eventuali responsabilità disciplinari) in caso di accertamento della insussistenza o del venir meno delle condizioni richieste per la legittima fruizione dei medesimi diritti. Si tratta di una novità solo apparente di cui si fatica a comprendere la *ratio* e che pone problemi di coordinamento con le modifiche apportate ai requisiti di cui all'art. 20 l. 53/2000.

necessitano di un insieme di servizi (di assistenza e cura, ma non solo) decentrati e diffusi sul territorio, più vicini ai cittadini e alle famiglie.

La l. 328/2000, pur avendo perso buona parte della sua forza cogente a seguito della riforma del Titolo V Cost.¹⁷, può tuttora essere considerata la normativa quadro in materia e continua a manifestare effetti che vanno oltre il profilo propriamente giuridico, rimanendo modello di riferimento per i legislatori nazionali quanto a principi e obiettivi generali. Essa delinea un quadro di interventi e un complesso di strumenti tesi innanzitutto a riconoscere la rilevanza positiva delle assunzioni di responsabilità personali e familiari, proponendo un quadro di politiche di protezione sociale co-gestito da diversi attori: le famiglie stesse – che per l'attività "economica" (così Paci 2007, p. 61) di cura ed assistenza che tuttora svolgono rappresentano un'istituzione fondamentale dei sistemi di *welfare* contemporanei¹⁸, il terzo settore, gli enti territoriali e lo Stato.

Esaminando i singoli interventi previsti a livello regionale¹⁹ che, seppur indirettamente, tendono a favorire la conciliazione tra vita professionale e vita privata, si coglie immediatamente una distribuzione disomogenea tra prestazioni economiche e servizi (concreti ed effettivamente realizzati). Se da un lato, il propendere più per le prestazioni di carattere economico è indubbiamente una questione di scelta politica che caratterizza sistemi differenti²⁰, non si può negare che l'erogazione monetaria non è sempre equivalente al servizio, che ha una portata equitativa maggiore.

Considerando l'ambito della non autosufficienza, che anche quantitativamente raggruppa i maggiori destinatari della spesa pubblica – uni-

" I servizi socio-assistenziali, con la riforma costituzionale del Titolo V, rientrano nelle materie di potestà legislativa regionale. A livello di competenze decentrate, anche grazie al federalismo introdotto con la legge Bassanini di fine anni '90 e alla l. 328/2000, si è consolidato in particolare il ruolo comunale di programmazione e gestione della rete dei servizi.

¹⁸ Questo ruolo partecipativo delle famiglie nella costruzione dei moderni sistemi di *welfare* è stato recepito anche dalle leggi regionali. Si veda l.r. Puglia, n. 12/2006, art. 20 "Il sistema integrato si fonda sul riconoscimento e sul ruolo delle persone e della famiglia, quale nucleo essenziale della società e formazione sociale indispensabile per la crescita, per lo sviluppo e la cura delle persone, per la tutela della vita umana, del diritto di tutti i cittadini d'informazione, alle prestazioni essenziali, alla flessibilità degli interventi e alla libera scelta dei servizi, nonché al perseguimento della condivisione delle responsabilità tra uomini e donne".

¹⁹ Per una più dettagliata ricostruzione degli interventi dei legislatori regionali a tutela dei soggetti non autosufficienti, si rinvia a Barutti 2008.

²⁰ Puntare sulle erogazioni monetarie o sullo sviluppo dei servizi denota diversi sistemi di Stato sociale: l'uno che tende a delegare tutto al libero mercato fra portatore del bisogno e offerta (sempre più privata), l'altro che ritiene che vi sia una funzione pubblica, da svolgere con modalità realmente partecipative, di regolazione del mercato, di sostegno e accompagnamento di chi è in difficoltà, di garanzia della qualità e dell'adeguatezza dei servizi. Così Ranci Ortigosa 2007, p. 55.

tamente all'infanzia -, il panorama nazionale dovrebbe essere diviso in quattro grandi aree di *welfare*²¹. Una prima fascia in cui rientrano le regioni a statuto speciale, che grazie anche alla cospicua dotazione di risorse che le caratterizza, sono prodighe nei servizi alla persona. Vi sono poi realtà da considerare positivamente, come Emilia Romagna e Lombardia, che per ricettività si avvicinano notevolmente al primo gruppo; una terza area segnata da una forte pressione sociale dovuta all'invecchiamento della popolazione che, di riflesso, comporta un'inevitabile inadeguatezza delle risposte alle richieste di famiglie e anziani^{2*}. Infine, un ultimo gruppo di regioni, come la Calabria e la Puglia, in cui gli indicatori di spesa, come quelli dell'offerta, sono piuttosto bassi rispetto alla media. Dalla disamina delle fonti sublegislative emerge non solo una "cittadinanza differenziata", con servizi qualitativamente e quantitativamente diversi a seconda della situazione territoriale, ma uno Stato sociale complessivamente fragile ed incapace di rispondere alle esigenze dei soggetti bisognosi.

Sul piano dell'effettività del diritto, l'enunciazione di un seppur cospicuo numero di servizi, spesso non è accompagnata dalla concreta esigibilità della prestazione.

La normativa regionale presenta un eccesso di produzione legislativa, caratterizzato dalla presenza preponderante di dichiarazioni programmatiche e di principio (attraverso i c.d. Piani Sociali Regionali e Linee Guida), cui spesso non fa seguito la creazione di strumenti effettivi di tutela.

Forse occorrerebbe il tanto atteso intervento statale di definizione dei livelli essenziali di assistenza (Liveas) per garantire l'affermazione in tutto il territorio nazionale di un sistema di diritti esigibili a certi servizi e prestazioni, articolato e differenziato sulla base delle diverse esigenze territoriali, ma pur sempre legato ad una finalizzazione generale. Il potere centrale dovrebbe non solo evitare che il decentramento politico del *welfare* generi illegittime differenziazioni territoriali nell'attuazione dei diritti sociali, ma definire altresì una soglia di uniformità nell'attuazione di tali diritti su tutto il territorio nazionale, attraverso la determinazione di standard che ogni regione dev'essere vincolata a rispettare.

²¹ I dati sono stati reperiti, oltre che nei siti internet delle rispettive regioni, dalle banche dati dell'Istat e da *Il sociale in cifre* 2006.

²² La regione Lazio, con la l.r. n. 41/2003 ha cercato di mettere in atto una serie di azioni positive volte a rivalutare le potenzialità di partecipazione attiva alla vita sociale o di mantenimento dei soggetti anziani presso la famiglia di origine (v. artt. 1, 5 e 8).

4. *L'alternativa ai servizi. La famiglia come istituzione di welfare e il sistema di "quasi mercato" dei voucher*

Se, come dicevamo, l'onere complessivo della diffusione delle politiche di conciliazione non può gravare interamente sul diritto del lavoro e dunque sulla relazione contrattuale tra le parti, ma richiede una politica più ampia che si basi su una rete adeguata di servizi, occorre però risolvere il "nodo della finanza pubblica" (Romei 2009, p. 57), su cui la costruzione di un tale assetto andrebbe a gravare. Il contenimento della spesa sociale e, d'altro canto, un percorso obbligato, solo riducendo il debito si possono liberare risorse per le politiche sociali²³.

La prassi più diffusa come alternativa d'intervento economico statale è rimettere ai vincoli parentali la ricerca dei mezzi materiali ed economici per provvedere alle esigenze di cura dei soggetti non autosufficienti. Famiglia che indubbiamente costituisce una risorsa a "costo zero" (Balistrero 2009, p. 163) e, per la divisione dei ruoli e delle responsabilità così come tramandati dalle passate generazioni, "finisce per costituire il partner esplicito del *welfare state* italiano" (Saraceno 2003a, p. 12). L'impianto costruito dalla d.d. 328/2000 valorizza l'attività di aiuto svolta dai familiari di soggetti bisognosi, proprio per il ruolo essenziale e fondamentale che riveste nella cura e assistenza del soggetto non autosufficiente²⁴, ma questa particolare forma di sussidiarietà "orizzontale", non deve significare eventualità e residualità dell'intervento dei pubblici poteri. Al contrario, deve (*rectius*, dovrebbe) essere letta in senso positivo come riconoscimento della priorità affidata alla sfera dell'intervento sociale e individuale. Si pensi ad esempio all'assegno di cura²⁵, contributo economico che molti Comuni hanno stabilito di erogare a favore dei familiari che si prendono cura dei non autosufficienti. Nonostante la modesta entità di tali contributi, questi rappresentano una forma di valorizzazione

²³ Donati 2008, p. 357, secondo il quale "bisogna avere il coraggio di scegliere una distribuzione sufficientemente uniforme dell'onere da caricare sulle diverse generazioni. Rinviare la riduzione del debito vuol dire scegliere di fare pagare alle generazioni future sia l'onere del debito formatosi nei decenni passati, sia l'onere dell'invecchiamento dell'età pensionabile. La famiglia in tutto questo riveste un ruolo centrale: dal punto di vista demografico, ci sono le funzioni riproduttive da sostenere e conciliare con il lavoro, obiettivo parallelo con quello di favorire la crescita".

²⁴ V. a titolo esemplificativo Corte cost. 18 aprile 2007, n. 158 e Corte cost. 16 giugno 2005, n. 233.

²⁵ La l.r. Emilia-Romagna n. 2/2003, prevede l'assegno di cura a favore di soggetti affetti da handicap grave e di anziani non autosufficienti, individuando come beneficiari sia i soggetti non autosufficienti che, in alternativa, coloro che svolgono lavoro di cura. Si veda anche *infra*.

del ruolo dei privati impegnati in un servizio di cui, altrimenti, dovrebbe farsi carico l'ente locale (attraverso l'assistenza domiciliare integrata) con costi largamente superiori.

Come fa notare Esping-Andersen nelle sue numerose indagini²⁶ se è vero che la maggioranza dei paesi dell'Europa continentale ha demandato alle famiglie il carico delle politiche di *welfare*, questa istituzione, sempre più connotata da instabilità e precarietà²⁷, si deve confrontare oggi con nuovi e spesso più intensi rischi sociali, in un momento in cui maggiormente mancano gli strumenti per affrontarli e lo Stato sociale (nazionale e locale) presenta notevoli vuoti di tutela²⁸.

Prendendo come parametro di riferimento il dato costituzionale, la garanzia contenuta nell'art. 32 Cost., secondo cui gli abbienti accedono alle cure sul mercato, mentre tale accesso è garantito agli indigenti dalla Repubblica, può concretizzarsi fondamentalmente secondo due modalità: "organizzando un servizio di cure appositamente per gli indigenti, ovvero acquistando le cure direttamente sul mercato generale, ponendone il costo a carico della Repubblica" (Balandi 1997, p. 884)²⁹.

In merito al primo profilo, occorre chiedersi quali strumenti – non gravanti (interamente) su fondi pubblici – possono sostituirsi/affiancarsi all'interventismo statale e coadiuvare le famiglie che si fanno carico dell'attività assistenziale.

È evidente che il ricorso al libero mercato per sopperire alle esigenze di cura, cui le famiglie faticano a far fronte, non può però costituire una risposta soddisfacente. Il fallimento del mercato "è la regola piuttosto che l'eccezione per quanto riguarda il welfare" (Esping-Andersen 2005, p. 44): coloro che hanno più bisogno dei servizi sono spesso quelli che meno possono permetterseli e il costo dei servizi a pagamento è, normalmente, superiore alla capacità di spesa della maggior parte delle famiglie.

Inoltre, l'assistenza ai non autosufficienti non può essere affidata a un meccanismo di allocazione delle risorse – che opera in modo eccellente per una grande quantità di beni – che contempla come punto di

²⁶ In particolare, nella più ampia letteratura, si vedano gli scritti del 2000 e 2005 cit.

²⁷ Per una più approfondita analisi delle problematiche riguardanti l'istituzione famiglia si rimanda a *La cura della famiglia e il mondo del lavoro* 2008 e a Spallarossa 2007.

²⁸ Precisa Esping-Andersen 2005, p. 44, che "nella società postindustriale, il familismo diviene controproducente, poiché le donne hanno ridefinito il loro modo di vivere, le famiglie sono più instabili e fragili, i nuclei familiari 'atipici' diventano la norma, e il maschio *breadwinner* non rappresenta più una garanzia solida di standard di vita adeguati. La maggior ironia di tutto ciò è che il familismo rappresenta ora una minaccia per la fecondità e la formazione della famiglia".

²⁹ L'a. evidenzia la contraddizione insita nella succitata disposizione, che riservando al mercato la salute nega sia il diritto fondamentale dell'individuo che l'interesse della collettività.

equilibrio anche la negazione del bene in questione o una sua negazione proporzionata non alle necessità – i bisogni – ma alla capacità di sollecitare la domanda da parte del soggetto" (Balandi 1997, p. 884).

A fronte del fallimento di famiglie e mercato, il legislatore nazionale ha individuato una terza via nel perseguimento di politiche integrate e trasversali volte allo sviluppo di servizi alla persona e a ricondurre fuori dal nucleo familiare alcune attività di cura – che vengono pertanto "socializzate" (Regini 2000, p. 11).

La l. 328/2000 introduce, a fianco della carta servizi³⁰, i c.d. *voucher* (titoli per l'acquisto dei servizi sociali) che implicano un sistema di "quasi mercato" fondato su scelta dell'utente (tra ricevere una prestazione economica o servizi alla persona), accreditamento da parte del soggetto pubblico e competizione tra erogatori.

Si tratta di un modello diverso rispetto all'offerta istituzionale di servizi – consentendo la scelta tra più soluzioni di servizio o tra enti diversi –, diverso rispetto a un semplice trasferimento di denaro – vincolando l'importo erogato alla fruizione del servizio o di una prestazione precisa – e diverso dal rimborso spese – in quanto consegnato ai destinatari prima della scelta del servizio e della sua concreta fruizione, realizzando così "un potere di acquisto reale e vincolato" (Martignani 2008, p. 480). L'intenzione dichiarata e quella di accompagnare l'introduzione di libertà di scelta e competizione (controllata) con un intervento pubblico capace di massimizzare i benefici ed evitare le possibili storture, sempre con l'intento di limitare la spesa pubblica.

Il corretto funzionamento di questo modello implica però l'apposizione di limiti ben definiti al mercato, rimanendo in capo allo Stato – o ad altro soggetto pubblico – la piena responsabilità dell'accesso e dello standard della tutela, in modo che sia "astrattamente garantita la qualità della protezione e alla concorrenza sia riservato di esercitarsi senza conseguenze negative per il cittadino" (Balandi 1997, p. 892).

Nella pratica, i *voucher* sono stati utilizzati principalmente per fornire prestazioni di cura e assistenza (si tratta in tal caso di un *bonus* spendi-

³⁰ La Carta dei Servizi come strumento di tutela dei cittadini è stata introdotta nel gennaio del 1994 con la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri (Dir. P.C.M. 27 gennaio 1994) e ha trovato un'ulteriore conferma in materia di servizi sociali nella l. 328/2000 (art. 13). Si tratta di un "patto" tra la Pubblica Amministrazione e i cittadini attraverso il quale il Distretto Sociale di riferimento si impegna formalmente sui servizi erogati al cittadino e sulla loro qualità e rientra in quel meccanismo di informazione, consultazione e partecipazione degli utenti recepito da tutta la normativa regionale. Questa funzione di protezione del beneficiario si manifesta anche attraverso la possibilità di attivare procedure di ricorso in caso di mancato rispetto degli impegni assunti da parte dell'ente erogatore e di segnalare eventuali disfunzioni. Per approfondimenti si rimanda a Croci 2008, p. 131.

bile per l'accesso a servizi pubblici e privati, a scelta di chi lo richiede, che rimborsa le spese sostenute per l'assistenza di anziani e portatori di handicap)³¹ o come strumento di reinserimento lavorativo (consistente in un contributo economico per coprire le spese di assistenza, proposto a quanti sono impegnati a entrare o rientrare nel mondo del lavoro oppure seguono brevi percorsi di rafforzamento per ampliare le proprie capacità professionali)³².

Un altro strumento di contenimento dei costi (*rectius* degli abusi) e il controllo *ex post* da parte del servizio pubblico, cui dovrebbe essere sottoposta l'erogazione dei benefici economici (come ad es. il succitato assegno di cura). A tal proposito, il *voucher*, proprio poiché a "destinazione vincolata", risponde meglio alle esigenze di monitoraggio e si presenta come mezzo idoneo per la verifica dell'effettiva fruizione della prestazione cui è finalizzato: il potere di acquisto degli utenti si manifesta non in disponibilità finanziaria, ma in un titolo³³. Come fa notare Borelli (2009, p. 226), le forme di controllo sull'effettività del lavoro di cura, effettuato attraverso i *voucher* – o attraverso le Corti, per quanto concerne la fruizione dei congedi, ricorrendo ai requisiti della continuità ed esclusività dell'assistenza –, "solo apparentemente urtano contro l'esigenza di tutelare la sfera familiare dall'ingerenza dello Stato"³⁴ [...] il controllo non sarebbe funzionale al perseguimento di un interesse pubblico (salvo l'interesse al controllo della spesa pubblica), ma a garantire a ogni individuo parte di una comunità familiare, maggiori possibilità di vita e di lavoro".

³¹ Si veda a titolo esemplificativo la l.r. n. 3/2008 della regione Lombardia, il cui art. 10 prevede titoli sociali "volti a sostenere la permanenza a domicilio delle persone in condizioni di disagio e a riconoscere l'impegno diretto delle reti familiari o di solidarietà nell'assistenza continuativa".

³² Il *voucher* "alla persona" è stato pensato per agevolare nuovi ingressi nel mondo del lavoro e sostenere chi si trovi ad affrontare ostacoli dovuti a esigenze di cura familiare. I destinatari sono donne e uomini disponibili a un inserimento al lavoro, ma con l'esigenza di assistere familiari non autosufficienti, e consistono in un rimborso delle spese sostenute per l'assistenza attraverso il ricorso a strutture o soggetti terzi.

³³ L'attuazione della Riforma del welfare locale (2003a), in cui si evidenzia che indagini svolte di riguardo hanno rilevato che sino ad ora i *voucher* hanno incontrato un favore più dottrinario che pratico.

³⁴ Sicuramente emblematica della volontà di una minore ingerenza dello stato all'interno delle pareti domestiche è la recente interpretazione che l'Inps ha dato del requisito c.d. della esclusività nelle circolari suriportate, rimettendo l'effettiva gestione del lavoro di cura alla scelta privata dei soggetti interessati. In senso opposto vanno lette le modifiche di cui al d.l. 1167-B (v. *supra*), le quali, non consentendo ai familiari lavoratori di assistere il disabile alternativamente, introducono forme di intromissione della pubblica autorità nella sfera privata che rimandano ad una logica corporativa.

5. Uno sguardo d'insieme sul sistema: fruibilità degli istituti e soggetti esclusi

L'analisi delle forme predisposte dal nostro ordinamento a tutela del lavoro assistenziale si presta ad alcune immediate considerazioni sulla corrispondenza del sistema rispetto al quadro assiologico di riferimento, e suggerisce ulteriori e interessanti filoni di indagine.

Per quanto concerne l'individuazione dei valori, viene innanzitutto in considerazione la Costituzione, che agli artt. 32³⁵ e 38 rispettivamente tutela "la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti" e riconosce ad "ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere (il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale)".

A livello sovranazionale, l'art. 27 della Carta sociale europea prevede che "tutte le persone che hanno responsabilità di famiglia e che esercitano o desiderano esercitare un'attività lavorativa hanno diritto di farlo senza essere soggette a discriminazioni e per quanto possibile senza che vi siano conflitti tra il loro lavoro e gli impegni familiari".

Non pare potersi dubitare del fatto che il sistema complessivo abbia come fine ultimo la tutela del disabile, indiretta – che passa attraverso il riconoscimento di diritti a persone terze affinché contribuiscano ad affievolire lo stato di bisogno –, e diretta, nel comune obiettivo "di perseguire un evidente interesse generale, stringente e infrazionabile, quale è quello di garantire in tutto il territorio nazionale un livello uniforme di realizzazione di diritti costituzionalmente fondamentali dei soggetti portatori di handicap"³⁶.

Se la tutela del disabile passa (anche) attraverso il riconoscimento di diritti a chi di quel disabile si prende cura, ci sembra corretto dedurre che il *quantum* di tutela appare strettamente connesso alla quantità e qualità di diritti riconosciuti dall'ordinamento al suo *caregiver*.

L'effettività dei congedi è connessa alla loro fruibilità, che appare tuttavia "compromessa" dalla struttura dell'istituto. Se l'accesso ai congedi non è subordinato a requisiti di anzianità lavorativa né assicurativa, essendo sufficiente la semplice esistenza del rapporto di lavoro, maggiori perplessità suscita il trattamento economico e previdenziale.

³⁵ Per un'analisi critica dell'art. 32 Cost. si rimanda a Balandi 1997, pp. 883-884.

³⁶ Così con le parole di Cass. Civ. sez. lav., 20 gennaio 2001, n. 829. Si consideri che l'art. 1 l. 104/1992 individua il fine della stessa legge nella piena integrazione del disabile nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; o che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 231 del 2005, ha ravvisato la ratio del congedo straordinario di cui all'art. 42 Tu "nel favorire l'assistenza al soggetto con handicap grave".

L'indennità spettante alla madre o al padre del disabile e pari al 30% della retribuzione percepita, per tutto il periodo del congedo, senza limitazioni di durata, quindi in relazione ai mesi fruiti o al reddito individuale. Le due ore di permesso giornaliero garantite in alternativa al prolungamento, così come i permessi di tre giorni mensili, sono sostenuti da un'indennità posta a carico dell'ente assicuratore e solo anticipata dal datore di lavoro, pari all'intero ammontare della retribuzione relativa ai riposi e ai permessi medesimi. Tutti i periodi risultano coperti da contribuzione figurativa³⁷.

Infine, l'art. 42 comma 5 Tu ha disposto che "durante il periodo di congedo, il richiedente ha diritto a percepire un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione e il periodo medesimo e coperto da contribuzione figurativa", alle particolari condizioni previste nella predetta disposizione.

Un innalzamento del livello delle indennità renderebbe sicuramente più fruibile l'istituto, ma questo compito non può gravare sul singolo datore di lavoro, quanto piuttosto a carico della fiscalità generale.

Alla scarsa fruibilità del sistema per l'*insider*, si aggiunge una platea di soggetti esclusi. Dall'analisi del dato positivo, è emerso che la relazione di cura non è tutelata tout court, ma subordinatamente alla sussistenza di un *qualificato* rapporto del prestatore della cura con il mercato del lavoro.

Dal punto di vista della legislazione lavoristica, invero, non sfugge come la tutela del lavoro di cura continui ad essere per lo più associata al lavoro subordinato, a tempo pieno e a durata indeterminata svolto entro le mura di una medio-grande impresa industriale (Gottardi 2001, p. 123), risultando esclusi i lavoratori autonomi o *parasubordinati*³⁸.

Più adeguati alla mutata realtà sociale sono i più recenti interventi normativi che rivelano un orientamento aperto a nuove prospettive. Così l'art. 9 comma 3 della l. 53 del 2000 prevede la destinazione di una quota delle risorse destinate alle politiche per la famiglia, all'"erogazione di contributi in favore di progetti che consentano ai titolari di impresa, ai lavoratori autonomi o ai liberi professionisti, per esigenze legate alla maternità o alla presenza di figli minori ovvero disabili, di avvalersi della collaborazione o sostituzione di soggetti in possesso dei necessari requisiti professionali". La portata innovativa della norma, così come modi-

³⁷ Il riconoscimento si rinviene, per quanto concerne il prolungamento del congedo, dalla combinazione degli artt. 35 comma 2, 34 commi 1, 2 e 3, e 32 del Tu. Per i permessi si v. art. 44 comma 1 Tu (cfr. anche circolari Inps n. 133 del 2000 e n. 15 del 23 gennaio 2001).

³⁸ Il Tu del 2001, capp. XI e XII, ha previsto per le lavoratrici autonome la possibilità di fruire dell'indennità di maternità e del congedo parentale, e per le libere professioniste l'indennità di maternità.

ficata da ultimo dall'art. 38 della l. 69 del 2009, si esprime anche nelle meritevolezza riconosciuta al lavoro di cura a prescindere dalla relazione genitoriale³⁹.

Si impone allora una rinnovata attenta valutazione della conformità del sistema ai principi costituzionali, che abbracci una complessa prospettiva di cittadinanza sociale, in cui appare cruciale il ruolo dei servizi.

Tra gli aspetti innovativi della l. n. 328/2000, viene in rilievo il superamento della concezione tradizionale di assistenza⁴⁰.

Sotto il profilo soggettivo, l'attuazione per via legislativa dell'art. 38 Cost. ad opera della normativa quadro e delle leggi regionali di recepimento supera il riferimento letterale ai cittadini italiani⁴¹, per estendere il diritto alle prestazioni anche ai cittadini europei e agli stranieri regolarmente residenti nel territorio italiano; per altro verso, i titolari delle prestazioni non vengono individuati negli inabili al lavoro e negli indigenti, ma in una più ampia sfera di soggetti che vanno dai minori, alle famiglie, alle donne (oltre che in un'ottica paritaria, anche con l'intento di creare strumenti di promozione dell'occupazione femminile), alle persone anziane, ai disabili e, in generale, ai soggetti non autosufficienti. L'intervento assistenziale non trova più, quindi, il suo fondamento nell'appartenenza ad una categoria (invalidi, orfani di guerra...), ma individua l'elemento cardine nello stato di bisogno.

Si tratta di un nuovo modo di intendere e concepire lo Stato sociale, che punta preliminarmente al superamento della vecchia impostazione, basata sul semplice rapporto "bisogno-risposta" da parte dello Stato-apparato e dell'insieme dei pubblici poteri. Il sistema integrato di interventi

³⁹ Per una riflessione più approfondita sul punto si v. Tinti 2009b, p. 220 ss.

⁴⁰ Come si legge nei lavori parlamentari, obiettivo della legge è quello di "segnare il passaggio da un'accezione tradizionale di assistenza quale luogo di bisogni che possono essere discrezionalmente soddisfatti a un'accezione di protezione sociale attiva, realizzando un sistema integrato di servizi e prestazioni con più protagonisti istituzionali e della solidarietà, caratterizzato da livelli essenziali di prestazioni, accessibili a tutti" (Relazione parlamentare XII Commissione della Camera dei Deputati al d.l. 4931, 1).

⁴¹ Si veda l'art. 2 della citata legge: "Hanno diritto di usufruire delle prestazioni e dei servizi del sistema integrato di interventi e servizi sociali i cittadini italiani e [...] anche i cittadini di Stati appartenenti all'Unione europea ed i loro familiari, nonché gli stranieri [...] Ai profughi, agli stranieri ed agli apolidi sono garantite le misure di prima assistenza [...] Il sistema integrato di interventi e servizi sociali ha carattere di universalità". Tale disposizione è riprodotta nelle leggi regionali, con previsione di meccanismi di rivalsa nei confronti del Comune di effettiva residenza del beneficiario che usufruisce della prestazione. Talvolta sono richiesti anche periodi minimi di residenza nella Regione di appartenenza del Comune erogatore del servizio beneficiario. Si veda il Reg. n. 347/2007 per l'attuazione della Carta Famiglia prevista dall'art. 10 della l.r. Friuli Venezia Giulia 7 luglio 2006, n. 11, ove si prevede che i beneficiari "o almeno uno di essi qualora appartenenti al medesimo nucleo familiare, devono essere residenti in Regione da almeno un anno".

porta con se una nuova impostazione delle politiche sociali orientata alla "dimensione immateriale"⁴² della domanda-bisogno, nonché alla sua diversificazione territoriale. E solo nel territorio che il servizio può rispondere adeguatamente alle esigenze del singolo cittadino.

La svolta universalistica apre la strada al superamento di un *welfare* di tipo mutualistico-categoriale. Non si trova traccia nella legislazione regionale di alcun riferimento al lavoro (dipendente e non) come requisito di accesso servizi. Nel disegno del legislatore del 2000, la "risposta", "oltre ad essere garantita a tutti, deve essere anche realmente accessibile alla popolazione" (Crocchi 2008, p. 66). Da tale approccio scaturisce un beneficio generalizzato, che va oltre la questione attinente la qualificazione del rapporto di lavoro del *caregiver*, superando anche le difficoltà⁴³ dell'estensione delle tutele lavoristiche oltre il social-tipo lavoro subordinato (Ferrante 2008, p. 35).

Un'ultima precisazione: l'affrancamento da un modello mutualistico categoriale, con l'apertura universalistica della tutela, ritrova il pur necessario criterio selettivo nella rigorosa subordinazione al *means testing*. L'accesso ai servizi è riconosciuto a tutti coloro che versino in situazioni di disagio sociale, familiare o patologico (o comunque alla condizione che fa sorgere il diritto alla prestazione), ma l'erogazione è modulata in base all'effettivo stato di bisogno, determinato attraverso lo strumento dell'Isee.

6. Valori e principi costituzionali di riferimento. Qualche considerazione conclusiva

Gli spunti di riflessione suggeriti da questo saggio implicano un allargamento del campo d'indagine, investendo valutazioni di pertinenza (anche) delle scienze sociali.

Il primo tenta di rispondere alla domanda se la stessa opera di assistenza sia meritevole di protezione, trattandosi di attività cui il prestatore di cura dedica una parte o l'intera giornata, e attraverso la quale svolge la sua personalità e adempie a doveri inderogabili di solidarietà sociale (art. 2 Cost).

⁴² Immateriale nel senso che il sistema di servizi integrato non punta solo a rispondere a effettive e concreti bisogni, ma è volto altresì a prevenire lo stato di mancanza in cui potrebbe venirsi a trovare il cittadino.

⁴³ Difficoltà evidenziate anche dalla giurisprudenza costituzionale, si veda per tutte Corte cost. n. 3/1998.

Da tempo la letteratura giuridica riconosce, accanto al lavoro salariato, forme di attività non retribuite eppure meritevoli di tutela, per il contributo che apportano alla ricchezza complessiva di un popolo. Sulla scorta delle acquisizioni sociologiche si è così enucleato, nell'ambito della generica nozione di tempo libero, il concetto di lavoro di cura come attività svolta prevalentemente a titolo gratuito in seno alla famiglia o ad una collettività. Si tratta di una forma specifica di volontariato, in quanto indirizzata stabilmente verso determinati soggetti, in conseguenza del sussistere di rapporti di tipo familiare o *lato sensu* affettivo (v. Ferrante 2008, pp. 16-17 e *ivi* *riff*).

Come osservato da Calafa (2004, p. 116), la scelta di Mario Napoli di intitolare un paragrafo della presentazione del commentario alla l. n. 53/2000 *La saldatura tra lavoro e solidarietà sociale* sintetizza gli intrecci sottesi all'istituto del congedo, tra famiglia/e, lavoro/i e solidarietà, che nel contesto sopra ricostruito sembra essere più che altro quella tra generazioni e, al contempo, anticipa l'esigenza che il diritto del lavoro svolga nuove funzioni (Napoli 2001, p. 1218).

Il riconoscimento della funzione di cura alla stregua di lavoro è chiaramente espresso in una nota pronuncia in cui la Corte costituzionale ha affermato che "anche il lavoro effettuato all'interno della famiglia, per il suo valore sociale ed anche economico, può essere ricompreso, sia pure con le peculiari caratteristiche che lo contraddistinguono, nella tutela che l'art. 35 Cost. assicura al lavoro 'in tutte le sue forme'. Si tratta di una specie di attività lavorativa che è già stata oggetto di svariati riconoscimenti per il suo rilievo sociale ed anche economico, anche per via degli indiscutibili vantaggi che ne trae l'intera collettività"⁴⁴.

Anche sul piano del dato positivo, si registrano misure che sembrano ispirate da una diversa concezione del lavoro di cura, tali il riconoscimento della contribuzione figurativa e le diverse proposte di equipara-

⁴⁴ Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 28. *La Corte ricorda, tra i riconoscimenti normativi, "l'art. 210 bis del codice civile che, apportando una specifica garanzia di familiare che, lavorando nell'ambito della famiglia o nell'impresa familiare, presta in modo continuativo la sua attività, mostra di considerare in linea di principio il lavoro prestato nella famiglia alla stessa stregua del lavoro prestato nell'impresa"; prosegue affermando che "il valore del lavoro familiare è stato poi alla base della risoluzione del Parlamento europeo 13 gennaio 1986 e della pronuncia di questa Corte n. 78 del 1991 (con la quale è stato affermato il diritto alla rivalutazione dei contributi versati per la previdenza a favore delle casalinghe), mentre le esigenze di tutela di chi presta lavoro familiare sono state oggetto di ripetute iniziative parlamentari nel corso di varie legislature con riferimento ad aspetti - connessi alle prestazioni lavorative - di natura previdenziale, infortunistica e di protezione della maternità".*

zione dell'attività di assistenza a favore di disabili gravi e gravissimi ai lavori usuranti ai fini del prepensionamento⁴⁵.

La sentenza della Corte costituzionale, pur se suggestiva, e rimasta isolata e anche gli elementi dell'ordinamento positivo rivelano a ben guardare un fine schiettamente previdenziale, tanto che "e, allo stato attuale, corretto escludere che la legislazione, anche quella dell'ultimo periodo, legittimi una considerazione onnicomprensiva di lavoro, tale da includere quello 'di cura'" (Gottardi 2001, pp. 140-141), conclusione che sembra riflettere anche il presente stato dell'arte.

La domanda di apertura del presente paragrafo merita comunque, a nostro parere, risposta affermativa, ma la strada da percorrere sembra essere piuttosto quella tracciata dall'art. 31, comma 1 Cost., ai sensi del quale "La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose"⁴⁶. Appare condivisibile la ricostruzione di Ales (2008, p. 552), secondo il quale è tutt'al più consentito un richiamo all'art. 4, comma 2 Cost., secondo il quale "ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una *funzione* che concorra al progresso materiale o spirituale della società".

Pare infine imprescindibile spendere qualche parola sul concetto di famiglia, per nulla impermeabile alle vicende del diritto del lavoro (Calafa 2001, p. 143), qui considerata non come erogatrice di servizi alternativi all'intervento pubblico o al mercato nell'attività di cura (v. par. 4), ma intesa come destinataria di tutele.

Il nostro ordinamento è da tempo interessato da un ampio dibattito a livello politico e sociale, che nasce dalla sempre più avvertita esigenza di estendere tale concetto a formazioni sociali diverse dalla famiglia fon-

⁴⁵ Con proposta di legge c.d. Bellillo n. 1902 del 2006 si prevede che "Il lavoro di cura e di assistenza a familiari invalidi, con totale e permanente inabilità lavorativa, che assume connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ai quali è riconosciuta una percentuale di invalidità pari al 100 per cento, con necessità di assistenza continua in quanto non in grado di compiere gli atti quotidiani della vita, [...] e che sono assistiti totalmente nell'ambito della famiglia, svolto da lavoratori e lavoratrici e equiparato alle attività usuranti disciplinate dal decreto legislativo 11 agosto 1993, n. 374, come da ultimo modificato dal comma 2 del presente articolo". Stato iter: assegnato alla XI Commissione Lavoro il 5 febbraio 2007.

⁴⁶ Ales 2008. Osserva l'a. che l'art. 31 è collocato nel Titolo II della Parte prima della Carta Costituzionale, relativo ai rapporti etico-sociali, il che condivisibilmente esclude la possibilità di ricomprendere la funzione di cura nell'ambito della tutela apprestata al lavoro in tutte le sue forme e applicazioni dall'art. 35, comma 1 Cost.

data sul matrimonio (art. 29 Cost.)⁴⁷. È innegabile che il modello di riferimento del legislatore sia tuttora costituito dalla famiglia unita da legame matrimoniale, ma si deve notare una lenta apertura della più attuale legislazione verso nuove e sempre più diffuse realtà, quali il genitore single⁴⁸ e la famiglia di fatto⁴⁹. Come ha scritto M.V. Ballestrero (2009, p. 164) – dato confermato dalla giurisprudenza formata attorno all'art. 33 l. 104/92 –, le esigenze familiari rilevanti, che danno accesso agli strumenti di tutela, "sono quelle collegate ad una famiglia tradizionale (quella nucleare), nella quale il *welfare state* ha fatto rientrare anche membri non appartenenti al nucleo coniugi/figli: non generosamente, ma per risparmiare in servizi sociali, approfittando della risorsa 'donna-madre-figlia'".

Certo è che il sistema di tutela appare ancora lacunoso, attese le numerose situazioni parimenti meritevoli, eppure escluse in maniera evidentemente discriminatoria (si pensi alle varie forme di convivenza non riconosciute).

Ex converso, nella legislazione regionale assistiamo ad un'apertura verso forme di famiglia non coincidenti con quella individuata dal Costituente nell'art. 29, seppur nell'ombra della consolidata interpretazione restrittiva e monistica del dato costituzionale. Di certo, la nozione accolta da alcuni legislatori regionali e di più ampio respiro rispetto alla nota produzione normativa statale. Si consente l'accesso a determinate prestazioni non solo al coniuge, ma altresì al convivente *more uxorio*, ad ascendenti, discendenti, collaterali fino al terzo grado e affini fino al secondo grado, purché però venga rispettato il requisito della stabile e duratura convivenza (normalmente uno o due anni)⁵⁰. Non mancano contraddi-

⁴⁷ Si osservi che, nel 2001, momento in cui si è trattato di individuare i destinatari del permesso per gravi motivi di famiglia, in sede di decreto attuativo, si è fatto riferimento a un concetto ampio di famiglia, desumibile sia dalla certificazione anagrafica sia da quanti sono tenuti agli alimenti e all'assistenza. Il matrimonio, rispetto a questa parte di disciplina, come del resto di a maggior parte di quella relativa al diritto del lavoro, è legame indifferente.

⁴⁸ L'art. 32, comma 1, lettera c), Tu, consacra il riconoscimento di una nuova figura da tutelare, quella del genitore unico, alla quale attribuisce un periodo continuativo o frazionato di congedo non superiore a dieci mesi. Il legislatore però non si è preoccupato di chiarire chi sia il genitore solo, lasciando così all'interprete il difficile compito di individuare i tratti identificativi di tale soggetto. Si veda per una ricostruzione Vallauri 2000.

⁴⁹ Da precisare che, in realtà, la mera convivenza da diritto ai benefici di cui ci siamo occupati solo nelle previsioni delle circolari Inps.

⁵⁰ A titolo esemplificativo si veda il Reg. Regionale Lombardia 10 febbraio 2004, n. 1, il cui art. 2 ricomprende nel nucleo familiare "il convivente *more uxorio*, gli ascendenti, i discendenti i collaterali fino al terzo grado e gli affini fino al secondo grado, purché la stabile convivenza con il concorrente duri da almeno un anno". Il termine di un anno non si applica però qualora si tratti di "soggetti invalidi o disabili affetti da minorazioni o malattie invalidanti, che comportino una percentuale di invalidità permanente pari o superiore al 66%, ovvero con grave handicap o patologia con prognosi ad esito infausto". Sono consi-

zioni: vi sono leggi regionali in cui si riconosce come destinataria delle prestazioni individuate la famiglia fondata sul matrimonio e, successivamente, si apre l'accesso, per le medesime prestazioni, a "nuclei di persone legate da vincoli di parentela, affinità, adozione, tutela e da altri vincoli solidaristici, purché aventi una coabitazione abituale e continuativa e dimora nello stesso Comune"⁵¹ (si tratta della c.d. *famiglia anagrafica*).

La nozione di famiglia che si può derivare dall'esame della normativa regionale appare sicuramente non omogenea, e per lo più sempre legata al vincolo coniugale⁵² o comunque alla parentela e, fuori da questi casi, rimane condizionata all'esistenza di una convivenza stabile e duratura o di una semplice prova "anagrafica". Quest'ultima, tuttavia, non rappresenta il requisito minimo nell'ambito del controllo *ex ante* per l'accesso alle prestazioni. Vi sono casi in cui, per il riconoscimento della stabilità e continuità della convivenza, non vi è alcun riferimento d'effettiva residenza del soggetto destinatario del beneficio⁵³.

De iure condendo, si vuole evidenziare che il riconoscimento dei nuovi modelli di famiglia può produrre anche effetti di contenimento

derati componenti del nucleo familiare anche persone conviventi non legate da vincoli di parentela o affinità. La convivenza, in questo caso, "deve avere carattere di stabilità, risultare anagraficamente esistente almeno per due anni [...] essere finalizzata alla reciproca assistenza morale e materiale e deve essere dichiarata, da parte del concorrente, e da parte delle persone conviventi, con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà".

⁵¹ La l.r. Puglia n. 7 del 21 marzo 2007, all'art. 27, comma 2, estende un determinato numero di servizi "ai nuclei di persone legate, da vincoli di parentela, affinità, adozione, tutela e da altri vincoli solidaristici purché aventi una *coabitazione abituale e continuativa e dimora nello stesso Comune*", pur riconoscendo come "famiglia" solo quella "riconosciuta dall'articolo 29 della Costituzione, quale nucleo essenziale della società, indispensabile per la crescita, per lo sviluppo e la cura delle persone, per la tutela della vita umana, del diritto di tutti i cittadini all'informazione, alle prestazioni essenziali, alla flessibilità degli interventi e alla libera scelta dei servizi, nonché al perseguimento della condivisione delle responsabilità tra uomini e donne".

⁵² La l.r. Lazio n. 32/2001, all'art. 1 definisce la famiglia quella "società naturale fondata sul matrimonio e istituzione privilegiata per la nascita, la cura e l'educazione dei figli, per l'assistenza ai suoi componenti e per la solidarietà tra le generazioni". Riserva poi specifici benefici economici per la formazione di nuove famiglie (art. 5) all'esibizione dell'atto matrimoniale, specificando che "la mancata esibizione [...] entro un anno dalla concessione dei benefici, comporta la revoca della concessione stessa ed il recupero delle somme erogate con l'applicazione dei normali tassi di interesse bancari".

⁵³ Emblematico quanto previsto dalla l.r. E. R. n. 2/2003, già citata, riguardo ai destinatari dell'assegno di cura (art. 12): "Possono altresì ottenere l'assegno di cura i congiunti non conviventi o altre persone non legate da vincoli di parentela, purché abbiano *relazioni significative* con la persona da assistere e che assicurino un effettivo ed adeguato aiuto". Tale norma porta inoltre a due riflessioni. La prima inerente la mancanza, spesso, di un controllo *ex post* del concreto e corretto utilizzo di questi benefici, di cui già si è detto, essendo il riferimento all'"effettivo ed adeguato aiuto" parametro piuttosto generico. La seconda riguarda il riferimento al lavoro di cura (effettivo) come requisito di accesso al beneficio.

dei costi, così rispondendo d'obiezione secondo cui l'estensione dei beneficiari delle misure a sostegno del lavoro assistenziale implica una lievitazione della spesa pubblica⁵⁴.

Un'ultima riflessione su servizi e conciliazione. Se i servizi sono "l'anima della protezione sociale nell'area della riconciliazione" (Renga 2009, p. 241)⁵⁵ e, sottraendo il lavoro di cura alla donna, liberano tempo per il mercato del lavoro, non favoriscono la *condivisione*, quanto piuttosto la *conservazione* dei ruoli genitoriali secondo una visione della famiglia ancora patriarcale. Il rischio è quello di delegare (solo) ai servizi le essenziali funzioni della famiglia, che deve rimanere "qualsiasi sia la sua composizione e la sua origine, la prima di quelle formazioni sociali richiamate dall'art. 2 Cost." (Renga 2009).

Riferimenti bibliografici

- Ales E. (2008), *Il modello sessuato di ruolo sociale e i suoi antidoti: l'adult worker model nell'ordinamento italiano*, in *LD*, n. 3, p. 533.
- Avio A. (2005), *I lavoratori disabili tra vecchie e nuove discipline*, in *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, a cura di M.V. Ballestrero e G.G. Balandi, Bologna: Il Mulino.
- Balandi G.G. (1997), *La salute e il mercato*, in *Il Mulino*, p. 882.
- Ballestrero M.V. (2009), *La conciliazione tra lavoro e famiglia. Brevi considerazioni introduttive*, in *LD*, n. 2, p. 161.
- Bano F. (2001), *Il lavoro senza mercato: le prestazioni di lavoro nelle organizzazioni non profit*, Bologna: Il Mulino.
- Barutti S. (2008), *Schede monografiche sulla legislazione regionale e parte speciale su Disabilità, Auzianità, Infanzia*, in <http://www.mercatoeconcorrenza.unige.it/prin2006/barutti.htm>.
- Borelli S. (2009), *Famiglie e lavori. Le misure a sostegno del reddito come strumento di soddisfazione dei bisogni di riconciliazione*, in *LD*, n. 2, p. 203.
- Calafa L. (2001), *La prestazione di lavoro tra assenze e (dis)equilibri familiari*, in *LD*, p. 143.
- Calafa L. (2004), *Congedi e rapporto di lavoro*, Padova: Cedam.
- Calafa L. (2007), *Paternità, lavoro e conciliazione condivisa nel diritto europeo*, in *Paternità e lavoro*, a cura di L. Calafa, Bologna: Il Mulino, p. 23.
- Calafa L. (2008), *La Corte costituzionale estende il congedo straordinario al coniuge del disabile*, in *Studium Iuris*, n. 1, p. 35.
- Cirioli D. (2001), *Congedi parentali. Rapporto di lavoro e aspetti previdenziali*, Milano: Ipsoa.

⁵⁴ Sul riconoscimento delle nuove famiglie e le possibili modalità di contenimento della spesa pubblica si rinvia *funditus* a Borelli 2009, spec. pp. 227-228.

⁵⁵ Si veda anche Vielle 2001.

- Congedi parentali, formativi e tempi della città (2001), a cura di M. Napoli, M. Magnani, E. Balboni, in *NLCC*, p. 1215.
- Croci A. (2008), *La legislazione sociale e l'organizzazione dei servizi*, Torino: Giappichelli.
- Di Stasi A. (2009), *La flessibilità positiva nella contrattazione collettiva*, in *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro* (2009), p. 215.
- Donati P. (2008), *Uno schema di Piano nazionale di politiche per la famiglia*, in *La cura della famiglia e il mondo del lavoro*, a cura di P. Donati, R. Prandini, Milano: Franco Angeli, p. 478.
- Esping-Andersen G. (2000), *I fondamenti sociali delle economie postindustriali*, Bologna: Il Mulino.
- Esping-Andersen G. (2005), *I bambini nel welfare state. Un approccio all'investimento sociale*, in *RPS*, p. 43.
- Famiglia, maternità e lavoro. Tutela, sostegno e protezione (2006), a cura di A. Lebra, P. Franzì, Roma: Edizioni Lavoro.
- Ferrante V. (2008), *Il tempo di lavoro tra persona e produttività*, Torino: Giappichelli.
- Gottardi D. (2000), *Permessi e congedi per persone handicappate*, in *GL*, n. 29, p. 12.
- Gottardi D. (2001), *Famiglia, lavoro, diritto: combinazioni possibili - Lavoro di cura. Spunti di riflessione*, in *LD*, n. 1, p. 121.
- Gottardi D. (2006), *Permessi orari e giornalieri in caso di grave disabilità*, in *GL*, n. 6, p. 37.
- Il sociale in cifre. Contesto socio assistenziale nelle Regioni e nelle Province autonome italiane* (2006), a cura di Cisis, Gruppo di lavoro Politiche Sociali, n. 3, in www.cisis.it/attivita/pubblicazioni/pdf/socialeincifre_vol3.pdf.
- I congedi parentali, familiari e formativi. commento alla Legge 8 marzo 2000, n. 53* (2000), a cura di R. Del Punta, L. Lazzeroni, M.L. Vallauri, Milano: Il sole 24 ore.
- I nuovi congedi. Commento alla Legge 8 marzo 2000, n. 53* (2001), a cura di R. Del Punta, D. Gottardi, Milano: Il sole 24 ore.
- L'attuazione della Riforma del Welfare locale - Rapporto di ricerca* (2003a), a cura di Formez - Centro di Formazione Studi, in http://www.segnalo.it/LEGSTA/328/FORMEZ-6_AZIONI_SISTEMA.pdf.
- L'attuazione della Riforma del Welfare locale - Monografie Regionali* (2003b), a cura di Formez - Centro di Formazione Studi, in <http://www.segnalo.it/LEGSTA/328/FORMEZ-REGIONI.pdf>.
- Lazzeroni L. (2000), *Nuove misure di tutela dei disabili*, in *I congedi parentali, familiari e formativi*.
- Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro* (2009), a cura di B. Veneziani, V. Bavaro, Bari: Cacucci Editore.
- Martignani L. (2008), *Allegato n. 10*, in *La cura della famiglia e il mondo del lavoro*, p. 478.
- Miscione M. (2001), *I congedi parentali*, Milano: Ipsosa.
- Miscione M. (2004), *Congedo straordinario per handicap grave*, in *LG*, p. 553.
- Napoli M. (2001), *Note introduttive alla legge 8 marzo 2000, n. 53*, in *Congedi parentali, formativi e tempi della città*, p. 1218.
- Nunin R. (2001), *Alla ricerca di un temperamento tra lavoro e responsabilità familiari. i congedi per eventi e cause particolari*, in *I congedi parentali* (2001).

- Nunin R. (2005), *Diritto al congedo anche per i fratelli di un disabile se i genitori sono impossibilitati all'assistenza*, in *Famiglia e diritto*, p. 578.
- Paci M. (2007), *La famiglia e i sistemi di welfare nell'economia dei servizi*, in *La sociologia economica contemporanea*, a cura di M. Regini, Bari-Roma: Laterza.
- Persone, lavori e famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi* (2009), a cura di M.V. Ballestrero, G. De Simone, Torino: Giappichelli.
- Ranci Ortigosa E. (2007), *Dopo la 328/2000. Riflessioni su sviluppi e criticità del nuovo paradigma istituzionale - I livelli essenziali delle prestazioni, tra erogazioni monetarie e servizi*, in *RPS*, p. 55.
- Regini M. (2000), *Mercato del lavoro e politiche sociali in Europa: quali priorità?*, in *DLM*, p. 7.
- Renga S. (2009), *Protezione sociale e istituti della riconciliazione*, in *LD*, p. 231.
- Romei R. (2009), *La difficile arte della conciliazione*, in *Persone, lavori e famiglie*, p. 53.
- Saraceno C. (2003a), *La conciliazione di responsabilità familiari e attività lavorative in Italia: paradossi ed equilibri imperfetti*, in *Polis*, p. 199.
- Saraceno C. (2003b), *Le donne tra responsabilità lavorative e familiari*, in www.lavoce.info.
- Spallarossa M.R. (2007), *Il modello di famiglia: normativa vigente e prospettive di riforma nella dimensione delle "politiche sociali per le famiglie"*, in *PD*, n. 2, p. 243.
- Tinti A.R. (2009a), *Conciliazione e misure di sostegno. Sulle azioni positive di cui all'art. 9 della legge n. 53/2000*, in *LD*, n. 2, p. 173.
- Tinti A.R. (2009b), *Il legislatore, la crisi, il sostegno alla conciliazione dei tempi. misure di piccolo cabotaggio*, in *Persone, lavori e famiglie*, p. 219.
- Vallauri M.L. (2000), *I congedi parentali*, in *I congedi parentali, familiari e formativi*.
- Vielle P. (2001), *La sécurité sociale et le coût indirect des responsabilités familiales*, Bruxelles: Bruylant.