

## Le persone con disabilità

ANGELO D. MARRA

### Principi

- *Una delle grandi sfide per le indagini in tema di disabilità è spiegare come e perché la disabilità si verifica. La visione tradizionale della scienza sociale e della medicina muoveva dall'assunto che le persone con menomazioni trovassero inevitabilmente difficile compiere varie attività «normali» e, come conseguenza, che avessero anche difficoltà nell'adempire ai normali ruoli sociali. In questo senso il tipo di svantaggio sociale normalmente associato con la disabilità nelle società moderne veniva da più parti inteso come un problema individuale causato dalla menomazione. Da questa prospettiva, la risposta sociale più appropriata era quella di correggere la menomazione ovvero aiutare la persona a elaborare la menomazione accettando un ruolo sociale differente «con meno valore».*
- *L'interpretazione sociale della disabilità, qui proposta, ribalta completamente questa idea mettendo in dubbio l'assunto che ci sia una necessaria relazione causale tra l'aver una menomazione e l'essere disabile. È chiaro, ad esempio, che l'esperienza della disabilità varia da persona a persona, nelle differenti culture, in differenti periodi storici. Perciò persone con caratteristiche biologiche apparentemente simili possono diventare più o meno disabili in riferimento alle circostanze sociali. Ciò implica che lo svantaggio spesso associato con la disabilità possa essere un fenomeno sociale anziché individuale, ossia qualcosa che non è determinato biologicamente ma prodotto da particolari processi sociali. Tale visuale suggerisce un'idea nuova: che non siano la menomazione fisica o sensoriale, di per sé, a causare la disabilità, ma che a determinare la condizione di «disabile» sia, piuttosto, il modo in cui la società fallisce nell'integrare aspetti naturali della diversità tra le persone. Conseguentemente, l'interpretazione sociale della disabilità tende a spostare il focus della questione dall'individuo alla società. La disabilità può allora essere ricostruita come un problema sociale causato da processi sociali. L'accoglimento di tale impostazione nella Convenzione di New York del 2006 comporta che, sul piano normativo, la disabilità sia divenuta una questione da affrontare eliminando gli ostacoli alla piena partecipazione. Oggi è quest'ottica che deve orientare l'interprete che intenda apprestar tutela ai soggetti (resi) deboli perché non viene consentito loro di godere di pari opportunità.*

SOMMARIO: 1. I soggetti deboli, 468 – 2. Le persone con disabilità, 473 – 3. I diritti delle persone con disabilità: quale paradigma?, 477 – 3.1. *Le norme di assistenza*, 478 – 3.2. *Le norme di tutela e protezione*, 479 – 3.3. *Le norme di inclusione, cittadinanza e i diritti umani*, 486 – 4. La Convenzione di New York del 2006, 487 – 5. Il diritto antidiscriminatorio, 497 – 5.1. *Le specie di*

*discriminazione*, 498 – 5.2. *La discriminazione indiretta omissiva*, 499 – 5.3. *Le molestie*, 504 – 5.4. *La discriminazione di rimbalzo*, 505 – 5.5. *Il procedimento antidiscriminatorio*, 506 – 6. Crisi e arretramento della tutela, 513.

## Casistica

**DISABILITÀ E DISCRIMINAZIONE DI RIMBALZO** — Il periodo di aspettativa senza retribuzione usufruito ai sensi dell'art. 4, 2° co., l. 8 marzo 2000, n. 53, al fine di accudire un parente affetto da grave disabilità, deve essere computato nell'anzianità di servizio; la disposizione di legge che espressamente esclude tale computabilità deve essere infatti disapplicata per contrasto con la direttiva 2000/78, come interpretata dalla Corte di giustizia nella sentenza Coleman, in forza della quale il divieto di discriminazione per ragioni di disabilità si applica non solo al disabile stesso, ma anche a colui che presta in suo favore la parte essenziale delle cure (Trib. Pavia 19 settembre 2009, *RCDL*, 2009, 770).

**DISABILITÀ, TRASPORTI E DISCRIMINAZIONE** — L'azienda di trasporto pubblico di superficie deve adeguare totalmente il parco mezzi alle esigenze delle persone con disabilità per evitare di compiere atti di discriminazione indiretti, previsti dalla l. 67/2006. Nelle more che ciò avvenga, deve predisporre adeguato servizio alternativo e reso ben pubblicizzato. La discriminazione subita è indennizzabile attraverso il risarcimento per danno non patrimoniale (Trib. Torino, sez. IX, ord., 5 novembre 2011, [www.jusabili.org](http://www.jusabili.org)).

**BARRIERE ARCHITETTONICHE E DISABILITÀ** — L'esistenza incontestata di barriere architettoniche, tali da impedire al disabile di salire sul mezzo di trasporto pubblico, costituisce discriminazione indiretta, ai sensi dell'art. 2, l. 67/2006: «si ha discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone». L'omissione comunale circa le barriere architettoniche è, dunque, uno di quei comportamenti che pongono il disabile in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone, posizione di svantaggio che il disabile ha il diritto di eliminare chiedendo all'autorità giudiziaria di imporre alla p.a. l'adozione di misure necessarie (Trib. Roma, ord., 8 marzo 2012, n. 4929, *Defure*, 2012; conforme Trib. Catania 11 gennaio 2008, *FI*, 2008, 5, I, 1687).

## 1. I soggetti deboli

**Legislazione** Cost. 2, 3, 4, 13, 32 — Convenzione New York 13 dicembre 2006, art. 3

**Bibliografia** Charlton 1998 — Jones *et al.* 1999 — Barnes e Mercer 2004 — Lawson e Gooding 2005 — Nussbaum 2007 — Cendon e Rossi 2009 — Marra 2010 — Medeghini e Valtellina 2010

Una riflessione che coniughi il concetto di disabilità e quello di soggetti deboli impone, prima di tutto, di rintracciare i tratti comuni tra i «soggetti deboli» e le «persone con disabilità». Sarà quindi necessario mettere a fuoco i vari livelli di tutela e identificare ciò che rende deboli le persone con disabilità al fine di individuare i mezzi più idonei a rimuovere questa debolezza.

Per quel che riguarda la situazione di debolezza dell'essere umano si deve notare che se, da un lato, può apparire scontato che il diritto serva a garantire proprio le posizioni dei soggetti più deboli all'interno di una comunità, giacché i poteri forti non si rivolgono al diritto, d'altra parte, è proprio il diritto dei soggetti deboli quello del quale ci si chiede sempre più spesso che valore abbia. Proprio di fronte alle enunciazioni di diritti che sono ascrivibili a soggetti deboli si pone con maggiore urgenza il problema della effettività di disposizioni che rischiano, spesso, di rimanere vuote dichiarazioni di principio che scarsa attinenza hanno con la vita concreta di tutti i giorni.

La menzionata criticità porta a domandarsi quali siano i livelli di tutela oggi presenti rispetto ai soggetti deboli, siano essi — per citare solo alcuni gruppi che nel nostro ordinamento hanno ottenuto speciale tutela in ragione di una debolezza — donne, bambini, anziani, persone con disabilità, stranieri. Per tutti questi soggetti in generale, e per le persone con disabilità in particolare, risulta critico l'esercizio di un diritto che, pur accordato astrattamente dall'ordinamento, è di difficile godimento.

Quanto detto evoca alcune considerazioni utili ad impostare correttamente la questione della tutela e dell'esercizio dei diritti anche da parte delle persone con disabilità.

Un primo aspetto è quello che ricollega l'esistenza di un diritto al concetto di *empowerment*: i diritti delle persone con disabilità, come quelli di qualunque altro cittadino, sono funzionali a un miglioramento della qualità della vita e non sempre devono essere rivendicati in un'aula di Tribunale. La prima forma di tutela forte di un diritto, e della persona che di questo diritto è titolare, consiste nel favorire un processo di *empowerment* del soggetto interessato. Ciò significa fare acquisire al soggetto debole la capacità di fare qualcosa che, proprio in quanto soggetto debole, non faceva (Charlton 1998).

*Empowerment* significa acquisizione di potere, capacità di gestione della propria esistenza e rafforzamento di se stessi: scoprirsi capaci di fare qualcosa che non si pensava di poter fare, diventare attori consapevoli della propria esistenza: i soggetti coinvolti nel processo di *empowerment* sostituiscono nelle loro vite l'«essere agiti» con l'agire. Perciò, queste persone da soggetti passivi del loro quotidiano diventano soggetti attivi. Questo passaggio è fondamentale per tutti i soggetti deboli ed anche per le persone con disabilità che, diventando consapevoli dei propri diritti, acquisiscono la capacità di reagire in modo efficace a piccoli e grandi torti che altrimenti potrebbero subire passivamente. Il percorso di *empowerment*, che non ha

nulla di giurisdizionale, è molto importante sul piano esistenziale: il solo fatto di sapere che una cosa non è un'aspirazione ma un diritto aiuta non poco le persone a uscire da uno stato di paura e debolezza e consente ai singoli di autotutelarsi ed essere meno dipendenti dagli altri; così il soggetto debole che ha acquisito un potere (poter fare, poter essere, poter affermare il proprio diritto) è più fortificato ed è in grado di esercitare la propria cittadinanza in modo consapevole.

Il richiamo alla cittadinanza consapevole porta al secondo livello di «tutela possibile»: l'emancipazione del soggetto debole che porta alla sua partecipazione nella comunità di appartenenza e all'esercizio concreto di diritti di cittadinanza.

È evidente che, per passare da uno stato di soggezione a quello di emancipazione, il soggetto debole (o, per meglio dire, il soggetto che era indebolito) deve necessariamente vivere l'*empowerment* nel senso che solo dopo aver acquisito consapevolezza di sé e delle proprie capacità, aver sperimentato la possibilità di esercitare concretamente alcuni diritti, aver acquisito la capacità di difendersi e compiere le proprie scelte la persona potrà dirsi emancipata: dalla soggezione si passa alla libertà e alla capacità di scegliere nella propria vita.

Il diritto dei soggetti deboli, anche con riferimento alle persone con disabilità, è costellato di norme che valorizzano la capacità di scelta dell'individuo, i desideri, le aspirazioni, le scelte esistenziali, la partecipazione attiva, il contributo concreto alle scelte della comunità di appartenenza, ecc. (Cendon e Rossi 2009). È evidente che queste norme sono l'ossatura di un modo di essere, anzi, di un dover essere delle relazioni umane che non può aspettare (e non deve aspettare) di arrivare in un'aula di giustizia per ricevere tutela. Tant'è vero che nel testo della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 (su cui v. *infra*) si enuncia l'obbligo di «rafforzare in tutti i livelli del sistema educativo, includendo specialmente tutti i bambini, sin dalla più tenera età, un atteggiamento di rispetto per i diritti delle persone con disabilità». Se così è, allora, ogni sforzo va fatto, quotidianamente, sul piano educativo, durante le relazioni interpersonali, per fare esercitare alle persone con disabilità (e agli altri soggetti potenzialmente deboli) quei diritti attraverso i quali essi diventano soggetti consapevoli, liberi, emancipati, in condizione di partecipare e realizzare la propria esistenza (Medeghini e Valtellina 2010). Questo consente alle persone disabili di esercitare i propri diritti come qualunque altro soggetto e rende effettivamente le persone con disabilità parte della diversità umana e della umanità stessa (cfr. art. 3 dedicato ai «Principi» della Convenzione di New York del 13 dicembre 2006).

Un altro passaggio essenziale per riempire di contenuto il discorso sui diritti delle persone con disabilità è costituito dalla necessità e utilità dell'aumento della consapevolezza rispetto al fenomeno della disabilità. Aumento della consapevolezza significa «educare» alla diversità le giovani generazioni, educare alla disabilità chi disabile non è in modo da eliminare pregiudizi, discriminazioni, paura del diverso, luoghi comuni, e così via.

Se l'*empowerment* e l'emancipazione riguardavano essenzialmente la persona con disabilità, la quale diviene consapevole di sé e delle proprie possibilità ed è messa in condizione di partecipare alla pari con le altre persone, l'aumento della

consapevolezza a cui ora ci si riferisce riguarda gli altri. Nel senso che sono queste persone, proprio quelle non disabili, che hanno necessità di capire che la disabilità è una condizione umana al pari di tante altre e che a questa non deve collegarsi alcun sentimento di commiserazione o pietismo (Barnes e Mercer 2004). L'argomento è talmente importante che l'art. 8 della Convenzione di New York del 2006 è rubricato proprio «Aumento della consapevolezza» ed indica i seguenti obblighi:

- a) «sensibilizzare l'insieme della società, anche a livello familiare, riguardo alla situazione delle persone con disabilità e accrescere il rispetto per i diritti e la dignità delle persone con disabilità;
- b) combattere gli stereotipi, i pregiudizi e le pratiche dannose relativi alle persone con disabilità, compresi quelli basati sul sesso e l'età, in tutti i campi;
- c) promuovere la consapevolezza sulle capacità e i contributi delle persone con disabilità»

(art. 8, Convenzione di New York del 2006)

Inoltre, sempre nell'ottica della promozione della consapevolezza riguardo alle questioni legate alla disabilità e al riconoscimento della disabilità come valore è necessario: (i) favorire un atteggiamento recettivo verso i diritti delle persone con disabilità; (ii) promuovere una percezione positiva ed una maggiore consapevolezza sociale nei confronti delle persone con disabilità e (iii) promuovere il riconoscimento delle capacità, dei meriti e delle attitudini delle persone con disabilità, ed il loro contributo nei luoghi di lavoro e nel mercato del lavoro.

Sotto questo specifico profilo, sono le persone abili che devono essere portate a riflettere su ciò che rende altre persone escluse ed impossibilitate a partecipare alla vita della comunità.

Questo lavoro, riconoscendo la validità di questo approccio ed al fine di favorire questo processo di aumento della consapevolezza anche tra gli operatori del diritto, tenterà di evidenziare ciò che rende le persone con disabilità soggetti esclusi. Se è vero che è necessario un atteggiamento recettivo nei confronti dei diritti delle persone con disabilità, allora questo lavoro più che descrivere dettagliatamente gli aspetti della normativa attuale, si propone di offrire uno sguardo diverso, di più ampio respiro, all'operatore del diritto. Ciò proprio perché l'effettivo godimento dei diritti da parte delle persone con disabilità passa anche attraverso la capacità degli operatori del diritto di argomentare a proposito del tema disabilità in modo positivo e con un atteggiamento di apertura. Inoltre, per quel che riguarda l'aumento della consapevolezza, il fatto che persone abili facciano esperienza delle barriere incontrate quotidianamente dalle persone con disabilità potrebbe essere un'utile modalità, da coltivare soprattutto durante momenti educativi, per eliminare il senso di imbarazzo e/o curiosità quasi *voyeuristica* che, a volte, è collegata alle condizioni delle persone con disabilità.

Anche l'aumento della consapevolezza è una modalità attraverso la quale è possibile, in modo *soft*, dare concretezza a quei diritti della cui effettività si potrebbe

essere, erroneamente, portati a dubitare (Jones *et al.* 1999): essi trovano oggi la più alta espressione nella Convenzione dei diritti delle persone con disabilità approvata dalle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006.

Ultimo livello di tutela dei diritti delle persone disabili è costituito dallo strumento giurisdizionale che interessa più da vicino gli operatori del diritto ma non è l'unica strada attraverso cui far valere le posizioni degli interessati. Anzi, a ben vedere, il diritto deve essere affermato ed esercitato ben prima che si giunga al contenzioso giurisdizionale. È da ritenere che, soprattutto con riferimento al diritto dei soggetti deboli, non vada condivisa l'impostazione secondo cui ciò che conterebbe nel diritto sarebbe il diritto vivente inteso come il risultato della evoluzione giurisprudenziale. Con ciò non si vuole contestare l'importanza delle pronunce emesse dai Tribunali in tema di diritti legati alla condizione di disabilità che, anzi, opportunamente aumentano di giorno in giorno: sia consentito tuttavia spostare l'asse e l'attenzione dal momento patologico legato alle posizioni giuridiche a quello promozionale del diritto quale indicazione concreta di valori da porre a base del vivere civile e indicazione delle modalità operative attraverso cui questi valori vanno declinati nella vita quotidiana (Nussbaum 2007).

Quella giurisdizionale è solo una possibile forma di tutela dei diritti. Come si è cercato di dimostrare, soprattutto per quello che riguarda le posizioni dei soggetti deboli all'interno della società civile, l'*empowerment*, l'aumento della consapevolezza, la creazione di un contesto culturale che sia veramente recettivo e rispettoso delle differenze, sono strumenti di tutela fondamentali per consentire ai soggetti deboli, nel nostro caso le persone con disabilità, di non esser più tali divenendo cittadini a pieno titolo (Charlton 1998).

A maggior prova di ciò sia consentito accennare ad un fattore di debolezza diverso dalla disabilità: la violenza sulle donne. Anche rispetto a quel fenomeno non v'è chi non riconosca che, pur essendo il fenomeno della violenza sulle donne ampiamente «giuridificato» attraverso tutta una serie di norme tese a contrastarlo, il contrasto vero e proprio al fenomeno della violenza è legato, più che alle pronunce, alla creazione di una cultura più rispettosa della persona.

In questo senso, la tutela giurisdizionale è importantissima ma non è ciò che qualifica il diritto come tale. È importante ottenere giustizia nelle aule dei Tribunali, e dotarsi di strumenti sempre più efficaci al fine di reprimere le condotte *contra ius*, ma la vera sfida anche per gli operatori del diritto consiste nel rendere effettivi i diritti astratti nella vita d'ogni giorno. Lo stesso ragionamento deve farsi con riguardo alla condizione delle persone con disabilità, per tutelare le quali, insieme a una sempre più matura difesa tecnica, è necessario creare, anche tra i giuristi, un salto di qualità culturale.

Ciò premesso, è necessario fare un passo ulteriore: capire esattamente cosa sia la disabilità, chi siano le persone con disabilità che, come gruppo specifico, costituiscono — tra i soggetti deboli — il sottoinsieme di interesse di questo lavoro. Si procederà, in seguito, ad una panoramica sui mezzi di tutela disponibili cercando anche di suggerire come questi possono essere utilizzati in un tempo in cui al concetto di «crisi economica», sempre più spesso, viene associato un arretramento

delle tutele effettive proprio per le fasce più deboli della popolazione (Berthoud, Lakey e McKay 1993).

## 2. Le persone con disabilità

**Legislazione** Cost. 2, 3, 4, 13, 32 — Convenzione New York 13 dicembre 2006

**Bibliografia** Oliver 1990 — Barnes 1991 — Morris 1991 — Barnes e Mercer 1996 — Oliver 1996 — Barnes e Mercer 1997 — Albrecht, Seelman e Bury 2001 — Barnes, Oliver e Barton 2002 — Barnes e Mercer 2004 — Lawson e Gooding 2005 — Shakespeare 2006 — Marra 2010

Il fenomeno della disabilità nelle società moderne è stato variamente ricostruito: la visione tradizionale muoveva dall'assunto che le persone con menomazioni, avendo difficoltà nel compiere semplici attività della vita quotidiana, non fossero in grado di adempiere ai normali ruoli sociali, e che pertanto tali soggetti fossero inevitabilmente destinati a essere relegati ai margini della società.

Il tipo di svantaggio sociale di consueto associato con la disabilità veniva generalmente qualificato come questione individuale (Oliver 1990; Barnes, Oliver e Barton 2002; Barnes e Mercer 2004; Marra 2010).

L'autrice inglese Jenny Morris ha individuato, attraverso un'indagine sociologica molto accurata, alcuni assunti sulle persone con disabilità da parte delle persone non disabili. Interessante è il contenuto di una intervista che riporta questi stereotipi; l'autrice scrive:

«Gli assunti sul nostro conto sono che noi ci sentiamo brutti, inadeguati e ci vergognamo della nostra disabilità. Che le nostre vite sono per noi un peso, a malapena degne di essere vissute. Che noi abbiamo un bisogno disperato di essere “normali” e “completi”. Che noi percepiamo noi stessi come disabili nello stesso modo in cui gli altri ci vedono come disabili. Che abbiamo lo stesso atteggiamento delle persone non disabili nei confronti di noi stessi. Che non ci sia nulla di buono nell'esperienza. Che noi soffriamo costantemente, che questa sofferenza è sgradevole, ingiusta, deve spaventarci e la dobbiamo fuggire. Che qualunque scelta noi compiamo, o obiettivo che perseguiamo è posta in essere come “terapia” con l'unico scopo di farci dimenticare la nostra condizione. Che noi non abbiamo mai avuto un'esperienza veramente significativa nello stesso modo in cui accade alle persone non disabili. (. . .) Che, in realtà, non potremmo mai accettare la nostra condizione: se sembriamo gioiosi e soddisfatti della nostra vita, in realtà stiamo solo facendo buon viso a cattiva sorte. Che abbiamo bisogno di uscire da noi stessi con distrazioni e appagamenti che solo il mondo normale può fornire. Che noi desideriamo emulare e raggiungere il comportamento

e l'apparenza normali in tutte le cose. Che le nostre necessità quotidiane o ciò che noi perseguiamo è una "sfida" attraverso la quale noi possiamo "provare" di essere capaci. Che noi proviamo risentimento per le persone abili. Che noi riteniamo la nostra condizione una punizione ingiusta»

(Morris 1991, 19 ss.)

Possiamo notare come la maggior parte delle affermazioni siano in realtà dei pregiudizi delle persone non disabili che vengono attribuiti al pensiero delle stesse persone disabili. L'elenco continua:

«che ogni emozione o occasione di *stress* che noi viviamo è dovuta alla nostra disabilità e non allo stesso genere di cose che feriscono o causano rabbia alle altre persone. Che la nostra disabilità ci ha provati psicologicamente rendendoci biliosi e nevrotici. È straordinario che noi ridiamo, siamo contenti o dimostriamo piacere per ciò che rende felici le altre persone. E noi siamo pieni di vergogna per le nostre incapacità e "anormalità", che noi consideriamo abominevoli le nostre sedie a rotelle, le nostre stampelle e gli altri ausili. Che non perderemo mai la speranza di trovare una cura. (...) Che siamo asessuati o, in ogni caso, sessualmente inadeguati. Che non ovuliamo, non abbiamo erezioni, non pratichiamo autoerotismo, non concepriamo e non diamo alla luce dei bambini»

(Morris 1991, 21)

L'elenco dei pregiudizi è lungo, ma l'immagine che si percepisce è abbastanza chiara: la disabilità è una disgrazia, una tragedia personale che è tanto più sgradevole quanto più allontana la persona dai canoni di «normalità». La vita della persona con disabilità, in questa logica, è tutta spesa in un «ritorno alla normalità» agognata. Dunque, se la disabilità è una divergenza dalla norma derivante dalla menomazione della persona, l'intervento richiesto dal problema necessariamente consiste nella correzione della menomazione individuale ovvero, da un punto di vista giuridico, nell'assistenza (Barnes e Mercer 1996).

In alternativa, alcuni studiosi inglesi hanno proposto il c.d. «modello sociale della disabilità» che, invece di concentrarsi sul *deficit* individuale, si avvicina alla disabilità incentrando l'analisi sui processi e sulle forze sociali che fanno sì che le persone affette da menomazioni evidenti diventino disabili (Oliver 1990; Barnes 1991; Barnes, Oliver e Barton 2002).

Questa nuova ricostruzione si fonda sulle idee, successivamente rielaborate dall'esperienza accademica, dei membri dell'associazione *Union of Physically Impaired Against Segregation* (Unione dei disabili fisici contro la segregazione, U.P.I.A.S.) secondo cui:

«La disabilità è un qualcosa che viene imposto alle nostre menomazioni dal modo in cui siamo ingiustificatamente isolati ed esclusi dalla piena

partecipazione sociale (...); le persone con disabilità sono perciò un gruppo sociale oppresso»

(U.P.I.A.S. 1976)

L'attenzione è qui sui processi che fanno sì che le persone affette da menomazioni evidenti vengano emarginate dalla società, relegate a un ruolo subalterno e non autonomo, escluse dal contesto sociale o da certi suoi ambiti, e per via del processo di esclusione dalla società, vengano rese disabili.

In particolare, il *Social Model of Disability* messo a punto da Oliver (1990) e Barnes (1991) getta luce sugli aspetti anche sociali, economici, politici e culturali della quotidianità della persona disabile, ed ha il merito di illustrare come le barriere ambientali, i comportamenti sociali e anche gli atteggiamenti culturali creino «dis-abilità» per le persone affette da menomazioni.

Il Modello Sociale ha consentito di affermare che: (a) la qualità della vita della persona con disabilità non è determinata dalle sue caratteristiche fisiche, dal modo in cui funziona il suo corpo o la sua mente; (b) che è necessario tenere distinto il deficit fisico o mentale della persona dalle barriere che determinano svantaggio sociale o limitazione di partecipazione; (c) che la segregazione della persona disabile è determinata dai pregiudizi e dalla discriminazione, dal mancato utilizzo delle risorse necessarie a eliminare barriere e creare ambienti accessibili, nonché dalla mancanza di adeguato supporto.

Il Modello Sociale della Disabilità può essere visto quindi come una «rivoluzione copernicana» rispetto al modo tradizionale di ricostruire il fenomeno della disabilità: consente di riconoscere alle persone con disabilità le caratteristiche che sono proprie di tutti quei gruppi che hanno subito un'oppressione, si sono visti negare diritti e sono stati dequalificati e percepiti come «estranei» o di minor valore all'interno della società dei pari (si pensi alla condizione femminile, alle minoranze etniche, alle persone di colore). Per tutti costoro si è passati attraverso un momento di rivendicazione dei diritti civili; la stessa dinamica si sta verificando per le persone con disabilità viste nella loro dimensione di «comunità di persone con disabilità» che guida un vero e proprio movimento di liberazione (Charlton 1998; Coleridge 1993).

Per dirla con le parole di un appartenente al movimento:

«Il modello sociale della disabilità ci fornisce le parole per descrivere la nostra diseguaglianza. Tiene separate le barriere (che rendono disabili) dalle singole incapacità (non essere in grado di camminare, di vedere, o avere difficoltà di apprendimento)»

(Morris 2000, 1)

Il nuovo modo di pensare, legato anche all'affermazione dell'identità delle persone con disabilità, mette in luce come le persone disabili non siano colpite da

una disgrazia né, tanto meno, in qualche modo «colpevoli» della loro condizione o del fatto di non fare abbastanza per superare i propri limiti. In questo senso, le persone con disabilità sono espressione della diversità propria del genere umano:

«i disabili sono i più umani tra gli esseri. La segregazione dei disabili dalla società abile, non è solo un fatto inumano, che deve più al mondo naturale che al mondo sociale, ma altresì lo iato che si crea tra conoscenza specialistica dedita al “disabilitamento” e conoscenza pubblica rivolta alla “normalità”; è niente di meno che l'emergenza di una barriera pedagogica profondamente disabilitante nell'evoluzione dell'intelletto umano»

(Finkelstein 2012, [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it))

A ben vedere le persone con disabilità non sono individui sbagliati, difettosi, anormali, né condannati a una «vita altra» e, soprattutto, la disabilità non coincide con la malattia: perciò le persone disabili non sono ammalati da curare (Swain e French 2000).

In sintesi, mentre la prima ricostruzione è incentrata sull'individuo, sulla diagnosi, sulla severità del *deficit*, finendo per identificare la persona disabile con un malato e per individuare la risposta a tale condizione nella necessità di provvedere al malato mediante cure mediche, il Modello Sociale mette a fuoco la relazione individuo–ambiente, il contesto in cui la persona è inserita, identifica le barriere sociali ed economiche ed i comportamenti diffusi che portano all'esclusione delle persone disabili (Barnes e Mercer 1996; Barnes, Oliver e Barton 2002; Marra 2010) e

«poiché il modello sociale della disabilità separa nettamente le barriere che ci rendono disabili dalle singole incapacità, ci consente di concentrarci esattamente su ciò che ci nega i nostri diritti umani e civili e sulle azioni che è necessario intraprendere»

(Morris 2000, 3)

Dunque, la soluzione ai problemi legati alla disabilità passa non da un percorso di risanamento di una «deviazione dalla norma», ma dalla rimozione di ciò che nega alle persone con menomazioni il pieno godimento delle pari opportunità.

Utilizzando il Modello Sociale è possibile studiare sotto una prospettiva più articolata la natura della disabilità e meglio comprenderla. Comprendere correttamente il fenomeno della disabilità è essenziale per individuarne più distintamente i contorni (Marra 2011b). Mettere in pratica quanto suggerito dal Modello Sociale significa, anche per l'operatore del diritto, andare alla ricerca delle diseguaglianze e della mancanza di pari opportunità anziché concentrarsi sulla prova di una certa condizione medica. Questo salto culturale è oggi obbligato nel diritto ove si consideri che dal 2009 è efficace anche in Italia la Convenzione sui diritti delle persone

con disabilità delle Nazioni Unite del 2006, stipulata a New York il 13 dicembre 2006. Si darà conto oltre degli effetti del trattato, per ora basti anticipare che la Convenzione si apre:

«riconoscendo che la disabilità è il risultato dell'interazione tra le persone con menomazioni e le barriere, ambientali o derivanti dall'atteggiamento [altrui], che ne impediscono la piena ed effettiva partecipazione in società su basi di eguaglianza con gli altri»

[lett. e) del preambolo della Convenzione di New York],

e notando come:

«Le persone con disabilità includono quanti hanno minorazioni fisiche, intellettive o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri»

(art. 1, 2° co., Convenzione di New York)

Ciò segna l'accoglimento, sul piano normativo, del pensiero orientato al Modello Sociale della disabilità: la disabilità è divenuta una questione da affrontare eliminando gli ostacoli alla piena partecipazione. Oggi è quest'ottica che deve orientare l'interprete che intenda apprestar tutela ai soggetti (resi) deboli perché non viene consentito loro di godere di pari opportunità.

### 3. I diritti delle persone con disabilità: quale paradigma?

**Legislazione** Cost. 2, 3, 4, 13, 32 — Convenzione New York 13 dicembre 2006

**Bibliografia** Jones *et al.* 1999 — Degener 2005 — Fredman 2005 — Lawson e Gooding 2005 — Mègret 2008 — Marra 2010

Nel nostro ordinamento, riguardo alle leggi in materia di disabilità, è possibile rintracciare diversi paradigmi cui rispondono i diversi istituti presenti. È da notare che questi differenti paradigmi sono tutti compresenti all'interno dell'ordinamento, quindi spetta all'interprete svolgere una sapiente opera di raccordo.

Primo passo è riconoscere l'esistenza di più paradigmi poiché, solo dopo un'adeguata conoscenza, sarà possibile utilizzare al meglio i mezzi a disposizione dell'operatore ovvero comprenderne i limiti ed il senso per giungere, ove necessario, ad una interpretazione che consenta per così dire «di utilizzare strumenti antichi in modo nuovo» in modo più conforme alla sensibilità attuale.

Si diceva che le norme che riguardano i diritti delle persone con disabilità rispondono a diversi paradigmi o modelli che esprimono differenti modi di concepire l'intreccio tra il diritto e il fenomeno della disabilità. Il primo modello è quello dell'assistenza, successivamente si è andata affermando l'idea che fosse opportuno non solo e non tanto assistere quanto fornire adeguata tutela e protezione (Bagenstos 2004). L'ultimo e più evoluto modello ha alla base il concetto di inclusione, l'esercizio della cittadinanza ed il rispetto dei diritti umani.

### 3.1. *Le norme di assistenza*

**Legislazione** Cost. 2, 3, 4, 13, 32, 35, 38 — Convenzione New York 13 dicembre 2006

**Bibliografia** Micela 2006 — Marra 2010

Rispondono alla prima delle logiche individuate, cioè quella dell'assistenza, tutte quelle norme che possono in qualche modo ricondursi ad una idea corporativa di tutela che passa dalla concessione di privilegi alle singole categorie di persone con disabilità (non vedenti, invalidi civili, sordi, ecc.).

Per ciascuna di queste «categorie» sono di volta in volta accordate soluzioni differenziate di tutela la cui persistenza in tempi di crisi è sempre collegata alla capacità dei singoli appartenenti alla categoria di mobilitarsi in modo per l'appunto simile a quello di una corporazione, spesso — sul piano sistemico — anche a scapito di persone disabili appartenenti ad «altre categorie».

Sempre ad una logica di assistenza rispondono le norme in materia di pensioni di invalidità, indennità di frequenza, assegno di invalidità, indennità di accompagnamento, e così via.

Tutte queste forme di assistenza economica sono concepite essenzialmente come uno strumento per dare attuazione al principio costituzionale della solidarietà tra i cittadini ed in attuazione dell'art. 38 Cost. L'orizzonte di riferimento è però sempre quello di cittadini «inabili al lavoro» e, in tesi, non capaci di provvedere ai propri bisogni e, dunque, meritevoli di essere destinatari del sentimento di carità che — laicamente — diviene solidarietà sociale.

Certamente,

«Il diritto assistenziale non va confuso con il diritto previdenziale. Seppure entrambi siano diritti a prevalente interesse pubblico, perché derivanti dal principio costituzionale della solidarietà sociale ed economica, i diritti assistenziali traggono integralmente le loro risorse dalla fiscalità generale; mentre i diritti previdenziali, pur potendo essere integrati dalla fiscalità generale, derivano gran parte delle loro risorse dai versamenti contributivi dei lavoratori. Vi sono (...) situazioni miste tra il diritto assistenziale e quello previdenziale»

(Micela 2006, 123)

E tuttavia tutti questi istituti, legati allo stato di bisogno (limite reddituale con la sola eccezione delle indennità di accompagnamento) ed alle condizioni di salute della persona ed in particolare all'incapacità di questa di produrre reddito, sono espressione di un diritto speciale, particolare, sempre legato alla necessità di far quadrare i conti che si traduce nel sostanziale rispetto solo formale dei dettami costituzionali. In realtà, si concretizza sempre di più una situazione di «guerra fra poveri» in cui ognuno cerca di conservare, almeno per sé e la propria categoria, verrebbe da dire «qualche dollaro in più».

La realtà è che, lungi dal rappresentare un mezzo per dare attuazione all'art. 2 Cost., questi istituti — anche perché l'erogazione delle somme è legata al reddito — finiscono per legare le persone con disabilità ad una condizione di scarsa partecipazione nel senso che le persone finiscono per accontentarsi delle «briciole» — perché di questo si tratta atteso che l'entità delle provvidenze economiche non è in grado di garantire, neanche lontanamente, la piena realizzazione della persona — anziché godere di cittadinanza piena e pienamente esercitata.

Questo paradigma ha finito per far sì che alcuni cittadini permanessero nello stato di bisogno, rimanendo sostanzialmente quasi nella posizione di chi è legato all'altrui carità. In più, questi istituti sono i primi a essere ritenuti «troppo costosi» in tempi di crisi con un atteggiamento che finisce per colpevolizzare le persone con disabilità per il fatto di non essere parte «attiva» della società. Società che però è tutt'altro che organizzata in modo tale da garantire a tutti, e quindi anche alle persone con disabilità, la possibilità di accesso a beni e servizi funzionale alla piena realizzazione del potenziale della persona.

È appena il caso di notare che, per esempio, l'organizzazione dell'ambiente rende necessario il ricorso ad ausili che hanno un costo oggettivamente sproporzionato rispetto al valore ovvero il ricorso ad assistenti alla persona. Le provvidenze economiche di natura assistenziale non arrivano nemmeno lontanamente a coprire i costi che potrebbero essere legati all'acquisto di un ausilio senza passare dal servizio sanitario nazionale ovvero all'impiego di un assistente personale. Entrambe queste soluzioni sono, si badi, non «opzioni» a disposizione della persona con disabilità ma sono pre-requisiti per consentire a quest'ultima di partecipare alla vita della comunità e quindi essere in una condizione di cittadinanza attiva che potrebbe portare alla crescita di tutta la comunità.

Questi «diritti speciali» sono particolarmente deboli e rendono le persone con disabilità particolarmente esposte alle conseguenze negative dei tempi di crisi.

### 3.2. *Le norme di tutela e protezione*

**Legislazione** Cost. 2, 3, 4, 13, 32, 35, 38 — c.c. 404 — l. 5 febbraio 1992, n. 104 — l. 12 marzo 1999, n. 68 — Convenzione New York 13 dicembre 2006

**Bibliografia** Micela 2006 — Marra 2010

La seconda logica che è possibile rintracciare nell'ordinamento è quella di tutela e protezione delle persone con disabilità in quanto soggetti svantaggiati.

Rispondono a questo paradigma, ad esempio, le norme relative alla tutela parentale ma anche quelle sul «diritto al lavoro dei disabili» che, non a caso, anche linguisticamente viene percepito come qualcosa di diverso dal diritto del lavoro *tout court* ovvero «comune».

Già la scelta linguistica, che si utilizza non perché la si condivide ma perché in fondo rimanda a un preciso concetto che anche così viene in rilievo, denuncia in modo palese che le norme in questione sono relative ad un lavoro «tutelato», «protetto». Un lavoro diverso da quello di tutti gli altri, in cui magari le mansioni sono identiche ma il lavoratore con disabilità è partecipe dell'esperienza lavorativa in quanto esponente di una «categoria protetta».

Questo diritto al lavoro «dei disabili» è regolato in termini generali dalla l. 12 marzo 1999, n. 68. Essa solo apparentemente supera la precedente l. 2 aprile 1968, n. 482, che aveva dettato una *disciplina generale per le assunzioni obbligatorie presso le pubbliche amministrazioni e le aziende private*.

In buona sostanza, la l. 482/1968 si limitava a prevedere l'obbligo dell'assunzione di soggetti appartenenti a categorie protette (in massima parte c.d. invalidi, secondo categorie individuate e definite, ma sempre e solo con invalidità parziale; l'invalido al 100% non era ritenuto in condizione di lavorare e, sempre nella logica dell'assistenza, lo si immaginava destinatario della massima cura in virtù delle norme accennate in precedenza) in misura pari ad una aliquota della forza-lavoro delle aziende obbligate. È interessante notare che la legge escludeva le aziende con non più di trentacinque dipendenti: concretamente, la massima parte delle aziende private.

Si trattava di un sistema piuttosto rigido, che mal si prestava a creare un reale incrocio tra domanda e offerta di lavoro e, comunque, a valorizzare la persona e le capacità del lavoratore. Il lavoratore disabile, scelto a caso ed assunto per forza, era più un peso che altro. Il datore di lavoro faceva di tutto nei limiti del possibile, per assumere, se non proprio falsi invalidi, almeno soggetti con la minima invalidità possibile, espellendo così dal mercato i più gravi. Non si pensava affatto alla possibilità di motivare questi ultimi al fine dell'utilizzo delle residue capacità e di un reale inserimento nel mondo del lavoro. L'approccio al problema, e lo strumento adoperato, cioè le graduatorie per le chiamate numeriche, erano espressione di una tendenza più che altro assistenziale.

La l. 68/1999, al contrario, avrebbe dovuto perseguire l'obiettivo dell'inserimento dei lavoratori disabili nel mondo del lavoro in modo diverso. Non è scomparsa la logica dell'assunzione obbligatoria, ma l'auspicio, invero rimasto più teoria che pratica, era quello di consentire alla persona disabile di utilizzare le sue effettive capacità, aiutando l'azienda a mettersi nella condizione di utilizzarle al meglio, e rendendole conveniente quella assunzione che, diversamente, avrebbe potuto essere solo un peso, quasi un balzello sull'attività di impresa.

Gli strumenti di intervento sono il collocamento mirato, il sostegno, le convenzioni di integrazione, le agevolazioni.

I datori di lavoro, pubblici e privati, ed anche se non siano imprenditori, sono tenuti ad avere alle loro dipendenze almeno un lavoratore se occupano da quindici

a trentacinque dipendenti; almeno due lavoratori se occupano da trentasei a cinquanta dipendenti, almeno il 7% se occupano più di sette dipendenti: è la c.d. *quota di riserva*.

I servizi per l'inserimento lavorativo vengono svolti dagli «organismi individuati dalle regioni ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, di seguito denominati "uffici competenti"». La legge è stata approvata in una fase in cui si era «a metà del guado» nella realizzazione dei principi di devoluzione e sussidiarietà, e da ciò la scelta di usare, nel prosieguo della legge, il termine, vago e tale da destare qualche perplessità, «uffici competenti».

Così, ad esempio, la Regione Calabria, con l. reg. 19 febbraio 2001, n. 5, ha definito il Sistema regionale per l'impiego, e gli uffici competenti, per la maggior parte delle competenze, sono i Centri provinciali per l'impiego, che si avvalgono sul piano tecnico delle Commissioni provinciali tripartite.

Al fine delle assunzioni viene formata, sulla base di criteri definiti dalle regioni, presso ciascun Centro provinciale per l'impiego una graduatoria unica dei lavoratori disabili disoccupati e che aspirano ad un impiego.

I datori di lavoro, entro sessanta giorni dal giorno in cui si verificano le condizioni per cui scatta l'obbligo dell'assunzione dei lavoratori disabili, presentano la richiesta di assunzione. La legge prevede fasce abbastanza ampie di richieste nominative.

I datori di lavoro debbono inviare periodicamente agli uffici competenti un prospetto della forza-lavoro dipendente da cui risulti il numero ed i nominativi dei lavoratori computabili in quota di riserva, nonché i posti disponibili con le qualifiche.

Nel caso di impossibilità di avviare lavoratori con la qualifica richiesta, saranno avviati lavoratori con qualifica simile, previa, però, attività di formazione attraverso addestramento o tirocinio: il lavoratore, si ripete, non viene imposto all'azienda, ma deve, a cura del sistema per l'impiego (questa, nella pratica, si è rivelata essere più un'aspirazione che una concreta possibilità di azione dei centri per l'impiego), esser messo nella condizione di essere, per essa, una risorsa. L'inosservanza delle norme sul collocamento è sanzionata con il pagamento di somme a titolo di sanzioni amministrative. V'è, poi, una sanzione indiretta, che forse è più efficace: in tal senso le imprese che partecipino a bandi o gare per appalti pubblici, o che intrattengano rapporti di convenzione o concessione con pubbliche amministrazioni, debbono attestare il rispetto della normativa sulle assunzioni obbligatorie, a pena dell'esclusione.

Fin qui sembrerebbe che la filosofia della legge non sia molto differente da quella che informava la l. 482/1968. È diverso tuttavia il *plateau* dei datori di lavoro tenuti alle assunzioni obbligatorie, sono diverse le aliquote, sembra che sia diverso il campo dei soggetti protetti; ma, più o meno, sempre di assunzioni obbligatorie si tratta.

L'art. 2, l. 68/1999, sul *collocamento mirato*, dà invece la misura di quanto proprio la filosofia della legge sia distante da quella della legge precedente. Il collocamento mirato, in teoria, attraverso adeguati strumenti di indagini e valutazione, vorrebbe

essere lo strumento che individua e valorizza le capacità lavorative delle persone, individua le aziende che si possono avvalere di quelle capacità, contribuisce a risolvere i problemi connessi con l'ambiente e le strutture al fine di accompagnare ed aiutare il processo che deve portare all'assunzione, alla prestazione di attività lavorativa.

Il problema di questa impostazione è duplice: da un lato, gli uffici competenti non riescono — nei fatti — a svolgere questa funzione di «facilitatori», dall'altro è proprio l'idea che si debba costruire un lavoro «su misura» della persona con disabilità, analizzata, scrutinata, vagliata, trattata in modo speciale, ad avere in sé le ragioni di un concreto fallimento: la l. 68/1999 vede il lavoratore con disabilità come un soggetto da «prendere in carico», da tutelare e proteggere ed eventualmente «potenziare».

Il collocamento mirato può essere richiesto dal datore di lavoro quando l'inserimento dei lavoratori richiede misure particolari, ovvero può essere uno strumento, anche ordinario, della politica del lavoro degli uffici a ciò deputati.

Uno strumento ulteriore sono le *convenzioni di integrazione lavorativa*, che gli «uffici competenti» possono stipulare con i datori di lavoro nell'interesse dei lavoratori da assumere. Con tali convenzioni possono essere riconosciute ai datori di lavoro notevoli agevolazioni. Esse saranno contrattate caso per caso. Tra esse la legge indica, per la fase preliminare all'assunzione del lavoratore, la facoltà di scelta nominativa, lo svolgimento di tirocini con finalità formative o di orientamento, l'assunzione con contratto di lavoro a termine, lo svolgimento di periodi di prova più ampi di quelli previsti dal contratto collettivo.

Per il periodo del rapporto di lavoro vero e proprio, dopo l'assunzione, possono essere concesse fiscalizzazioni degli oneri sociali, in misura e per i casi, però, tassativamente indicati dall'art. 13. Ancora, e ciò vogliamo sottolineare, può essere previsto il «rimborso forfettario parziale delle spese necessarie alla trasformazione del posto di lavoro per renderlo adeguato alle possibilità operative dei disabili, o per l'abbattimento delle barriere architettoniche che limitano l'integrazione lavorativa [e non la mera attività lavorativa] del disabile».

Si pensi che, a fronte dell'obbligo di assunzione obbligatoria *ex lege* 468/1968, non sono mancati casi di datori di lavoro che, soprattutto per non dover affrontare le spese di adeguamento del posto di lavoro o dell'abbattimento delle barriere architettoniche, hanno preferito pagar lo stipendio ai lavoratori disabili affinché se ne stessero a casa.

Le convenzioni di inserimento lavorativo possono essere utilizzate anche per i casi nei quali il lavoratore avviato all'assunzione non possa essere immesso direttamente in azienda (per esempio, per mancanza di autonomia personale, per difficoltà di apprendimento, per difetto di abilità manuali). In tali casi la convenzione coinvolgerà il datore di lavoro, l'Agenzia per l'impiego ed una cooperativa sociale o un libero professionista disabile (non è molto chiaro perché il libero professionista in questione debba essere una persona disabile). Il lavoratore, assunto a tempo indeterminato, potrà essere avviato, per un periodo normalmente non superiore ad un anno, a prestare la propria opera presso una cooperativa sociale, nella cui

struttura sarà inserito, o presso un libero professionista disabile. Il datore di lavoro si impegnerà ad assegnare, alla cooperativa o al professionista, congrue commesse di lavoro. Questi curerà il percorso formativo del lavoratore, si gioverà della sua opera, sopporterà gli oneri retributivi, previdenziali.

In questa logica, il lavoro delle persone con disabilità è ancora un «problema» da risolvere sempre partendo dalle lacune della persona (magari per cercare la capacità residue, ma pur sempre in un'ottica centrata sulle lacune); permane il senso di alterità della persona con disabilità che deve essere — da parte di altri soggetti «esperti» — curata, fatta fiorire, in fin dei conti sempre protetta.

È lontana da questa legge l'idea di una persona con disabilità che possa lavorare alla pari, non c'è attenzione all'eliminazione degli ostacoli che producono discriminazione per le persone con disabilità all'interno dei contesti lavorativi tanto è vero che, se il lavoratore incontra delle difficoltà «pesanti», la soluzione individuata dal legislatore non è l'eliminazione degli ostacoli, magari attraverso la previsione di un assistente alla persona, ma l'utilizzo del lavoratore «a distanza».

Risponde sempre al paradigma di tutela e protezione ancora lontano dalla piena cittadinanza la l. 5 febbraio 1992, n. 104 (legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate). Essa rappresenta una forte innovazione rispetto all'impostazione assistenziale ma segregante del passato; tuttavia risente ancora della logica della distinzione tra diritti dei disabili e diritti degli altri.

La l. 104/1992 è composta da ben 44 articoli, e affronta globalmente il fenomeno della disabilità, abbandonando l'approccio settoriale fino ad allora seguito, in favore di una visione unitaria della persona, considerando lo svolgersi della vita del soggetto dal suo primo inizio (cfr. art. 6, rubricato «Prevenzione e diagnosi precoce»). Essa detta principi generali sulla tutela delle persone con disabilità, ma contiene anche previsioni specifiche in relazione a diversi settori, quali la prevenzione, la cura e riabilitazione, gli interventi socio-sanitari, l'integrazione sociale; prevede la necessità di momenti e luoghi di ricreazione, l'esercizio del diritto di voto, il trasporto collettivo urbano e ferroviario e quello privato, nonché la formazione e l'integrazione lavorativa, l'accessibilità dei locali e l'abbattimento delle barriere architettoniche (Cendon 1997).

La l. 104/1992, nonostante sottenda ancora una comprensione essenzialmente medica del fenomeno disabilità, non manca di prendere in considerazione i profili non patologici di questa esperienza umana. Al legislatore del 1992 non sfugge la circostanza che la situazione esistenziale dell'individuo è caratterizzata da una unitarietà e dunque, per promuovere la realizzazione della persona umana (cfr. art. 2 Cost.), questa va riguardata nella sua interezza. È il primo tentativo in Italia di affrontare globalmente il fenomeno della disabilità nei suoi più vari aspetti abbandonando l'approccio settoriale (che aveva caratterizzato la normativa precedente) in favore di una visione unitaria, quasi adottando un *life course approach* alla disabilità (Priestley 2003).

Si ha l'impressione che il legislatore abbia voluto considerare lo svolgersi della vita del soggetto dal suo primo inizio fino al momento di piena emancipazione dell'individuo, creando una cornice normativa e strumenti istituzionali destinati a

facilitare la realizzazione delle condizioni di uguaglianza, nel pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e autonomia del singolo.

È forte in questo senso il richiamo al dato costituzionale.

Tuttavia, anche questa legge risponde ad una logica di protezione e tutela dei diritti delle persone disabili «dall'esterno»: le persone con disabilità sono «destinatarie» di servizi, non cittadini che partecipano come gli altri.

Inoltre, è possibile muovere almeno due rilievi critici a questa legge: primo, la natura della legge–quadro ha comportato una ripartizione non sempre chiara delle competenze tra Stato ed enti locali che, di fatto, ha portato ad una scarsissima applicazione di molte delle norme contenute nel provvedimento del 1992. Secondariamente, va rilevata una carenza sul piano delle tutele concretamente utilizzabili per il godimento effettivo dei diritti ivi enunciati.

Oltre alla citata legge, non può sfuggire che anche gli istituti quali il *Trust* possono ricondursi a paradigmi produttivi e di tutela come pure la norma cui all'art. 2645–ter c.c. a mente della quale:

«Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità (...), possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, 1° co, solo per debiti contratti per tale scopo»

(art. 2645–ter c.c.)

Questa norma, che peraltro ha dimostrato di mal conciliarsi con il resto del sistema giuridico, rappresenta il tentativo di raggiungere, attraverso regole interne, ciò che in altri ordinamenti si raggiunge mediante l'utilizzo di *trust* o istituti analoghi. È evidente che l'orizzonte di riferimento è la protezione delle persone con disabilità soprattutto nell'ottica del «dopo di noi».

Sempre a logiche di protezione rispondono gli istituti dell'interdizione e dell'amministrazione di sostegno che, sia pure in modi radicalmente opposti, prendono in considerazione la necessità di proteggere un individuo, tutelarlo (a volte anche da se stesso).

Si noti però che la l. 9 gennaio 2004, n. 6, che ha introdotto nel codice civile l'amministrazione di sostegno, è centrata non sui *deficit* della persona, ma sulle barriere che l'individuo incontra in ragione di una menomazione; si avvicina dunque ad una concezione di disabilità sostanzialmente aderente al *social model*.

Detta in tal senso il nuovo art. 404 c.c.:

«La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno»

(art. 404 c.c.)

In questo caso, dunque, il legislatore pur riconoscendo l'esistenza di una menomazione e non negandone la rilevanza, non ingabbia o marchia il soggetto attraverso la definizione di «persona handicappata»: il *focus* si sposta dall'individuo oggetto di stigma sociale (come era l'interdetto) alla mancanza di autonomia. Per ovviare ad essa la norma appresta un rimedio elastico e di contenuto non predeterminato. Il «baricentro» della norma non è più la verifica medica della sussistenza di un *handicap* cui segue l'applicazione di benefici, ma la piena partecipazione della persona, mediante la restituzione dell'autonomia e la valorizzazione della capacità di autodeterminarsi, in quanto titolare di diritti e responsabilità (AA.VV. 2008a; Cendon e Rossi 2009).

Tale istituto è l'unico, tra quelli previsti dal Libro I del codice civile, davvero in linea con la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006 che difatti recita:

«I principi della presente Convenzione sono: a) Il rispetto per la dignità intrinseca, l'autonomia individuale — **compresa la libertà di compiere le proprie scelte** — e l'indipendenza delle persone»

(art. 3, Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006),

e

«Gli Stati Parti assicureranno che tutte le misure relative all'esercizio della capacità legale forniscano appropriate ed efficaci salvaguardie per prevenire abusi in conformità della legislazione internazionale sui diritti umani. Tali garanzie assicureranno che le misure relative all'esercizio della capacità legale rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona, che siano scevre da ogni conflitto di interesse e da ogni influenza indebita, che siano proporzionate e adatte alle condizioni della persona, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di una autorità competente, indipendente ed imparziale o di un organo giudiziario»

(art. 12, 4° co., Convenzione di New York)

È questo un esempio concreto di come la tecnica giuridica possa giovare con successo di un diverso modo di intendere la disabilità interessato più ad evidenziare (e rimuovere) lo stigma, che a classificare gli individui a priori.

### 3.3. *Le norme di inclusione, cittadinanza e i diritti umani*

**Legislazione** Cost. 2, 3, 4, 13, 32, 35, 38 — l. 12 marzo 1999, n. 68 — Convenzione New York 13 dicembre 2006

**Bibliografia** Swain e French 2000 — Bagenstos 2004 — Fredman 2005 — Lawson e Gooding 2005 — Lawson 2007 — Kayess e French 2008 — Lawson 2008 — Schieck e Chage 2009 — Marra 2010 — Medeghini e Valtellina 2010

Nel terzo gruppo possiamo inserire le norme che promuovono l'inclusione (da distinguere dall'integrazione perché il paradigma integrativo presuppone una diversità tra il gruppo da integrare ed il gruppo generale, di tal che integrare significa inserire un corpo per certi versi «estraneo» in un gruppo omogeneo da questo diverso), la cittadinanza ed i diritti umani delle persone con disabilità. Questo paradigma di tutela abbandona completamente l'idea che le persone con disabilità siano «un mondo a parte» ed è l'espressione, sul piano normativo, del portato culturale dei *Disability Studies*.

Rispondono a questa logica di rivendicazione dei diritti civili e promozione della partecipazione la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità approvata dalle Nazioni Unite nel 2006 e quella parte del diritto che va sotto il nome di «diritto antidiscriminatorio».

Il cambio di prospettiva ha imposto di passare dalla logica della «concessione» ad un soggetto meno fortunato ad una logica di affermazione dei diritti della persona (Swain e French 2000; Bagenstos 2004).

Per esempio, il diritto al lavoro delle persone con disabilità non è più diritto speciale ma il «fatto» del lavoro si configura come occasione per mettere in campo una serie di strumenti tesi non alla protezione del lavoratore con disabilità ma alla rimozione delle discriminazioni nei confronti di quest'ultimo.

Rimuovere le discriminazioni significa riportare tutti al medesimo livello di partenza ma anche, una volta ristabilita la parità di opportunità, abbandonare la logica delle quote di riserva. In questo senso, il lavoratore con disabilità, una volta che siano rimossi gli ostacoli all'entrata, durante l'esperienza lavorativa, nella progressione in carriera, e che sia garantito che le persone con disabilità non vengono licenziate perché tali, concorre come tutti gli altri all'ingresso nel mercato del lavoro: senza percorrere vie «speciali». Gli adattamenti sono sì previsti, ma ciò al fine di garantire le pari opportunità. L'ottica quindi non è quella di proteggere ma quella di consentire anche alle persone con disabilità di essere parte attiva della società su un piano di eguaglianza rispetto alle altre persone e non di «privilegio».

#### 4. La Convenzione di New York del 2006

**Legislazione** Cost. 10, 117, 1° co. — Convenzione New York 13 dicembre 2006

**Bibliografia** Saulle 2003 — Lawson 2007 — Kayess e French 2008 — Lawson 2008 — Mègret 2008 — Pariotti 2008 — Arnardóttir e Quinn 2009 — De Amicis 2009 — Marra 2010 — Marra 2011

Con la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità si apre una nuova prospettiva.

«La Convenzione ha riformulato i bisogni delle persone con disabilità in termini di diritti umani, così esprimendo una svolta e un allontanamento dalla risposta a tali bisogni in termini di *welfare state*. Quel che viene, con questa svolta, posto in evidenza è la centralità della persona. In tale modello, la disabilità viene accostata a partire dalla nozione di *svantaggio sistemico*, in base alla quale la discriminazione di cui possono essere vittime le persone con disabilità ha origine nelle strutture sociali. L'eliminazione delle barriere per le persone con disabilità non è più percepita, come nell'ottica tradizionale, soltanto in termini di misure di sicurezza sociale e legislazione tesa a favorire il *welfare*, attraverso programmi di solidarietà e servizi sanitari, ma richiede l'elaborazione di nuovi modelli culturali, capaci di agire sulla percezione sociale della disabilità, trasformandola da stato di menomazione a uno stato di differenza meritevole di rispetto in un'ottica di piena inclusione»

(Pariotti 2008, 164; Arnardóttir e Quinn 2009, 35)

La disabilità diviene «parte della diversità umana e della umanità stessa» ed il livello di tutela si sposta sul piano dei diritti umani.

Questa forte presa di coscienza è espressa dalle parole della Dichiarazione di Madrid risultante dal Congresso Europeo sulla disabilità del marzo 2002 per cui:

«Disability is a human rights issue. Disabled people are entitled to the same human rights as all other citizens (...) In order to achieve this goal, all communities should celebrate the diversity within their communities and seek to ensure that disabled people can enjoy the full range of human rights: civil, political, social, economical and cultural as acknowledged by the different international Conventions, the EU Treaty and in the different national constitutions»

(Dichiarazione di Madrid, 1)

Dunque, la disabilità è una questione di diritti umani. Non più di assistenza, protezione di soggetti ai margini della comunità: la disabilità è una questione che

riguarda i diritti umani, l'esercizio della cittadinanza, la partecipazione e l'inclusione agli eventi della vita della comunità di appartenenza.

Grazie alla Convenzione l'attenzione si sposta dal *deficit* alle barriere fisiche, sociali, comportamentali, legali e di altra natura che impediscono alle persone con disabilità di partecipare alla vita delle proprie comunità.

La partecipazione è fondamentale, come dimostrano gli stessi lavori che hanno portato all'elaborazione della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, i quali hanno visto la partecipazione attiva della società civile ed, in particolar modo, delle persone con disabilità quali portatrici di uno specifico *know-how*.

Questo coinvolgimento degli interessati è, sul piano del metodo, importantissimo e testimonia il successo del *Disability Movement*. Il Movimento internazionale delle persone con disabilità ha fortemente contribuito alla elaborazione dei *Disability Studies*, rendendo possibile il passaggio da una concezione tragica della disabilità ad una basata sul rispetto dei diritti della persona. D'altra parte,

«Nello sviluppo e nell'applicazione della legislazione e delle politiche atte ad attuare la presente Convenzione, come pure negli altri processi decisionali relativi a temi concernenti le persone con disabilità, gli Stati Parti si consulteranno con attenzione e coinvolgeranno attivamente le persone con disabilità, compresi i bambini con disabilità, attraverso le loro organizzazioni rappresentative»

(art. 4, 3° co., Convenzione di New York)

Il trattato non si sostituisce agli strumenti precedenti di tutela dei diritti umani né intende limitare la legislazione nazionale più favorevole eventualmente esistente (art. 4, 4° co.) ed è entrato in vigore, dopo le venti ratifiche richieste dall'art. 45, in data 3 maggio 2008. Il nostro paese è stato nel gruppo dei primi firmatari avendo immediatamente aderito alla Convenzione già dal 30 marzo 2007 come pure al Protocollo Opzionale. La ratifica è avvenuta con la l. 3 marzo 2009, n. 18, che ha, inoltre, istituito l'Osservatorio Nazionale sulla condizione delle persone con disabilità con il compito di promuovere l'attuazione della Convenzione ed avviare tutte le attività di raccolta dati, monitoraggio, relazioni periodiche e ricerche previste dal trattato e dalla legislazione italiana in materia di disabilità.

Lo scopo dichiarato del trattato è promuovere, proteggere e garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità e promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità (art. 1, Convenzione di New York).

Il trattato si regge su alcuni principi chiave: la dignità della persona con disabilità e la libertà di scelta che questa deve mantenere.

L'autonomia individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte, va preservata al di là del tipo di *deficit* e la Convenzione non fa alcuna differenza tra persone con disabilità intellettiva e persone con altri tipi di *deficit*. La libertà di scelta su come gestire la propria vita (anche quando questo dovesse coinvolgere l'assistenza di altre persone) è il dato di partenza fondamentale della nuova prospettiva

che, nella Convenzione, assume valenza giuridica: ogni persona con disabilità si riappropria della sua vita e sceglie, come chiunque altro, come realizzare se stessa.

Il rispetto delle scelte provenienti dalla persona con disabilità è il primo passo, culturale ancor prima che giuridico, per riconoscere dignità all'altro nella sua diversità. Capire, credere, agire sul presupposto che i bisogni e le aspirazioni e le scelte delle persone con disabilità non sono meno rilevanti di quelle di chi disabile non è, è il primo passo per rispettare la dignità di qualunque essere umano. Il rispetto della dignità delle persone, l'autonomia individuale che si sostanzia nella possibilità di compiere le proprie scelte più che nella circostanza di non essere assistiti nell'attuare le scelte compiute, è — non a caso — il primo dei principi generali enunciati nella Convenzione e costituisce il prerequisito per qualunque forma di tutela veramente efficace (Arnardóttir e Quinn 2009).

Altro principio cardine è quello delle pari opportunità proprio perché la nuova ottica, che mira alla partecipazione e all'inclusione nella comunità alla pari, non può trovare se non nel perseguimento delle pari opportunità il mezzo per giungere all'uguaglianza. In questo senso, l'uguaglianza passa per il riconoscimento della diversità di tutti gli individui, l'apprezzamento di questa diversità quale valore, cui consegue non un trattamento deteriore ma la garanzia di pari opportunità di godere dei medesimi diritti di cittadinanza e partecipazione rispetto agli altri. In quest'ottica sono anche giustificabili trattamenti non di favore, ma che rimuovono concretamente gli ostacoli all'interno del contesto sociale: il fine deve essere, comunque, l'eliminazione dell'ostacolo strutturale e non la concessione di un privilegio.

Uno degli aspetti fondamentali per giungere alle pari opportunità è che le persone con disabilità abbiano concretamente accesso alle medesime realtà cui hanno accesso le altre persone.

Viene in rilievo il principio dell'accessibilità intesa non solo come possibilità di entrare negli edifici, utilizzare mezzi di trasporto o come mancanza di ostacoli fisici o architettonici. Il concetto di accessibilità va inteso in senso ampio: le informazioni, i mezzi di comunicazione, e l'organizzazione di beni e servizi devono essere fruibili anche da parte delle persone con disabilità. Organizzare la società in modo che sia più accessibile significa rendere la comunità più a misura d'uomo, sia persona disabile che non disabile (Bagnato 2008; Malloy 2009; Marra 2010a).

«al tema dell'accessibilità (in tutti i suoi aspetti, sotto il profilo architettonico, di accessibilità delle informazioni, di formazione di professionisti sulla questione, etc.) è dedicato, in modo specifico, l'art. 9 del Trattato. È affermato con chiarezza che il fine è quello di garantire anche alle persone disabili "di vivere in maniera indipendente e di partecipare pienamente a tutti gli ambiti della vita". Per far questo vanno prese "misure appropriate" per assicurare "l'accesso all'ambiente fisico, ai trasporti, all'informazione e alla comunicazione, compresi i sistemi e le tecnologie di informazione e comunicazione, e ad altre attrezzature e servizi aperti o offerti al pubblico, sia nelle aree urbane che nelle aree rurali". Va notato che la disposizione non è dedicata

alle sole barriere architettoniche. Infatti, le misure da adottare “includono l’identificazione e l’eliminazione di ostacoli e barriere all’accessibilità»

(Marra 2011a, 555–561)

La progettazione universale è preciso concetto giuridico entrato nel mondo del diritto grazie alla Convenzione del 2006.

«Secondo il trattato, la progettazione universale indica la progettazione (e realizzazione) di prodotti, ambienti, programmi e servizi utilizzabili da tutte le persone, nella misura più estesa possibile, senza bisogno di adattamenti o di progettazioni specializzate. La progettazione universale non esclude dispositivi di ausilio per particolari gruppi di persone con disabilità ove siano necessari. Dunque, occorre progettare pensando a un’utenza ampliata. Non si esclude, tuttavia, riconoscendone anzi la necessità, il ricorso a soluzioni *ad personam*: si tratta del cosiddetto “accomodamento ragionevole”. Nel progettare si deve allora far ricorso all’*Universal Design* e la prospettiva cambia: non più soluzioni adottate *ex post* per abbattere barriere architettoniche ma progettazione di beni, servizi e spazi accessibili *ex ante*. Gli edifici non vanno costruiti e poi adattati per essere conformi alle norme previste per le persone disabili: l’accessibilità (per tutti) è il punto di partenza. Cambia anche il linguaggio normativo: il *focus* non è sulla barriera architettonica ma sul suo contrario, l’accessibilità»

(Marra 2012, 131)

Ulteriore principio, che segna come abbiamo visto il passaggio a un nuovo paradigma di tutela, è quello della non discriminazione per cui vanno eliminati quei fattori che determinano un trattamento deteriore nei confronti delle persone con disabilità. In tal senso la Convenzione fonde strutturalmente al proprio interno il riferimento all’eguaglianza formale e il riferimento all’eguaglianza sostanziale, attraverso l’elaborazione degli strumenti per la realizzazione delle pari opportunità.

Tutte le persone con disabilità hanno diritto a godere di uguale beneficio dalla legge rispetto alle altre persone; al fine di eliminare le discriminazioni, gli Stati prenderanno tutti i provvedimenti appropriati, per assicurare che siano forniti accomodamenti ragionevoli.

Dalla Convenzione emerge pure l’importanza della mobilità personale, del concetto di pianificazione temporale e del rapporto col tempo.

In particolare, all’art. 20 (rubricato «Mobilità personale»), la Convenzione recita che:

«Gli Stati Parti devono prendere misure efficaci ad assicurare alle persone con disabilità la mobilità personale con la maggiore indipendenza possibile, ivi incluso: a) facilitare la mobilità personale delle persone con disabilità nei

modi e nei tempi da loro scelti ed a costi sostenibili; b) agevolare l'accesso da parte delle persone con disabilità agli ausili per una mobilità di qualità, a strumenti, a tecnologie di supporto, a forme di assistenza da parte di persone o d'animali addestrati e di mediatori specializzati, rendendoli disponibili a costi sostenibili; c) fornire alle persone con disabilità e al personale specialistico che lavora con esse una formazione sulle tecniche di mobilità; d) incoraggiare gli organismi (i soggetti) che producono *ausili* alla mobilità, strumenti e accessori e tecnologie di supporto a prendere in considerazione tutti gli aspetti della mobilità delle persone con disabilità»

(art. 20, Convenzione di New York)

Interessante, in tal senso, la vicenda accaduta a Torino nella quale una giovane alunna con disabilità, non potendo prendere lo stesso bus dei compagni per recarsi con la classe in visita ad alcuni monumenti, veniva esclusa dalla gita.

Veniva adito il Tribunale lamentando la discriminazione. Si riporta la massima della pronuncia che ha riconosciuto la discriminazione

«L'azienda di trasporto pubblico di superficie deve adeguare totalmente il parco mezzi alle esigenze delle persone con disabilità per evitare di compiere atti di discriminazione indiretti, previsti dalla legge 67 del 2006. Nelle more che ciò avvenga, deve predisporre adeguato servizio alternativo e reso ben pubblicizzato. La discriminazione subita è indennizzabile attraverso il risarcimento per danno non patrimoniale»

(Trib. Torino, sez. IX, ord., 5 novembre 2011, [www.jusabili.org](http://www.jusabili.org))

Gli Stati aderenti al Trattato devono proibire ogni forma di discriminazione fondata sulla disabilità (in Italia, il principio di parità di trattamento comporta che non può essere praticata alcuna discriminazione in pregiudizio delle persone con disabilità, cfr. art. 2, l. 67/2006).

«Discriminazione sulla base della disabilità indica qualsivoglia (...) restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare (...) il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile»

(art. 2, Convenzione di New York)

Si noti che nella nozione di discriminazione va ricompreso anche il rifiuto di un accomodamento ragionevole, ossia di quello strumento pratico introdotto dalla Convenzione nello strumentario a disposizione dell'operatore del diritto con riferimento al fenomeno della disabilità, attraverso cui si raggiunge la parità di opportunità eliminando la discriminazione:

«Accomodamento o soluzione ragionevole indica le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un carico sproporzionato o eccessivo, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e libertà fondamentali»

(art. 2, Convenzione di New York)

Nell'uso dei giudici italiani l'accomodamento ragionevole è anche diventato una categoria logica dell'argomentare giuridico:

«la Corte [costituzionale] ha (...) chiarito che il sistema normativo (a seguito dell'introduzione della l. n. 67/2006) è caratterizzato dalla concreta valutazione di tutti gli interessi, sia di quelli dei portatori di *handicap*, che di soggetti terzi, e che il bilanciamento tra tali contrapposti interessi, tutti di pari rango, deve essere realizzato in sede contenziosa dall'autorità giurisdizionale mediante un "ragionevole accomodamento" che non imponga un onere sproporzionato ed eccessivo»

(Trib. Reggio Emilia, ord., 7 ottobre 2011, [www.superabile.it](http://www.superabile.it))

Alla luce delle considerazioni esposte, qual è la funzione della Convenzione? Un primo dato è che con la Convenzione le persone con disabilità vengono riconosciute quali destinatarie dei diritti umani. Ancorché questa esigenza possa sembrare incredibile, va tenuto presente che, nei fatti, le persone con disabilità spesso sono state «invisibili» nei documenti politici e normativi. Infatti manca un esplicito riferimento alle persone con disabilità in quasi tutte le convenzioni precedenti (Lawson 2007).

Proprio questa «invisibilità come soggetti di diritti umani» sembrò essere, secondo la dottrina più attenta al tema, la spiegazione principale dell'impossibilità da parte delle persone disabili di godere dei vantaggi offerti dal sistema di protezione dei diritti umani (Lawson 2007; Kayess e French 2008, Mègret 2008). Pertanto, uno degli argomenti principali a favore di una convenzione specifica in relazione alla disabilità, analogamente a quanto avvenuto nelle ipotesi relative alla razza, alla tutela di genere ed ai diritti dei fanciulli, è stato che questo trattato avrebbe aumentato la visibilità della disabilità nel contesto di protezione dei diritti umani. La protezione di questi diritti è un preciso obbligo e non è sottoposta alla discrezionalità degli Stati.

Sul piano dell'efficacia oggi la Convenzione assume anche il ruolo di parametro di costituzionalità come dimostrato da alcune pronunce della Corte costituzionale (Corte cost. 4 luglio 2008, n. 251, *FI*, 2009, 2, 1, 302; Corte cost. 26 febbraio 2010, n. 80, *FI*, 2010, 4, 1, 1066), il che rafforza la tutela e garanzia dei diritti fondamentali riconosciuti alle persone disabili.

Si è detto che la Convenzione ed il diritto antidiscriminatorio rispondono ad un paradigma diverso rispetto ai precedenti. Proprio questo diverso paradigma è oggi

il parametro di congruità delle norme esistenti, nel senso che la tutela dei diritti delle persone con disabilità oggi deve essere orientata dalla Convenzione eventualmente espellendo dall'ordinamento tutto ciò che non è conforme al Trattato perché lo contraddice. Sono fatte salve norme interne che garantiscono meglio i diritti delle persone con disabilità, ma queste devono comunque rispettare la tavola di valori che è possibile rintracciare all'interno della Convenzione.

In ogni caso, il trattato costituisce una sorta di «bussola ermeneutica» per l'interprete che debba utilizzare oggi la normativa in materia di disabilità: è chiaro che, attraverso una rilettura adeguatrice, l'operatore è chiamato a rileggere alla luce della Convenzione anche le norme più risalenti. Infatti la Convenzione fornisce agli interpreti un riferimento capace di chiarire come quegli stessi diritti previsti in generale per tutti gli esseri umani debbano declinarsi per essere effettivamente goduti dalle persone con disabilità (Arnardóttir e Quinn 2009).

«La Convenzione, infatti, oltre a ricondurre strutturalmente la disabilità all'interno della materia dei diritti umani, si presenta quale testo di natura onnicomprensiva nella disciplina della materia, contenendo una normazione di principio, oltre che di dettaglio, ed imponendo, conseguentemente, all'interprete un lavoro di analisi integratrice e sistematica rispetto agli atti normativi internazionali, nonché a quelli comunitari ed interni concernenti i diritti umani, già esistenti e applicabili alle persone con disabilità»

(De Amicis 2009, 2375)

Inoltre, un singolo documento di riferimento rende la conoscenza della posizione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità più semplice (Lawson 2007).

Oltre a ciò, la Convenzione fornisce un catalogo di diritti (minimi) esigibili che possono essere utilmente invocati in Tribunale essendo a tutti gli effetti parte del nostro ordinamento. Non si tratta di norme programmatiche ma di norme immediatamente applicabili nel loro contenuto.

Per i cittadini la Convenzione esprime una tavola di valori da conoscere e vivere: oltre che una indicazione tecnica utile per i casi di contenzioso, il Trattato dà anche la possibilità di orientare correttamente i comportamenti spontanei dei consociati che hanno la possibilità di apprendere come comportarsi (questo aspetto del giuridico spesso passa in secondo piano ma, come abbiamo visto, il godimento e l'esercizio dei diritti passa anche attraverso la conoscenza e la pratica degli stessi).

Inoltre, sempre con riferimento alla società civile, la Convenzione è uno strumento pratico di controllo a disposizione dei cittadini i quali possono controllare l'agire di quanti governano in base ad un parametro condiviso e di indubbia autorevolezza: è più facile valutare l'agire dell'autorità locale se lo si raffronta con ciò che ha il rango di diritto ed è sancito dalla Convenzione internazionale.

Da ultimo, è ravvisabile anche una funzione di richiamo morale che, al di là del valore indubbiamente vincolante dal punto di vista giuridico, è ricollegabile al Trattato.

Per la politica, la Convenzione è una guida per l'azione legislativa. Si ricordi, in tal senso, che:

«gli Stati Parti si impegnano: (a) ad adottare tutte le misure appropriate legislative, amministrative e altre misure per realizzare i diritti riconosciuti dalla presente Convenzione; (...) (d) ad astenersi dall'intraprendere ogni atto o pratica che sia in contrasto con la presente Convenzione e ad assicurare che le autorità pubbliche e le istituzioni agiscano in conformità con la presente Convenzione»

(art. 4, Convenzione di New York)

La Convenzione comincia a essere utilizzata anche per la redazione di norme nazionali: si pensi all'art. 3 («Principi in tema di turismo accessibile») del codice del turismo che disponeva:

«1. In attuazione dell'articolo 30 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva con la legge 3 marzo 2009, n. 108, lo Stato assicura che le persone con disabilità motorie, sensoriali e intellettive possano fruire dell'offerta turistica in modo completo e in autonomia, ricevendo servizi al medesimo livello di qualità degli altri fruitori senza aggravii del prezzo. Tali garanzie sono estese agli ospiti delle strutture ricettive che soffrono di temporanea mobilità ridotta. 2. Ai fini di cui al comma 1, lo Stato promuove la fattiva collaborazione tra le autonomie locali, gli enti pubblici, gli operatori turistici, le associazioni delle persone con disabilità e le organizzazioni del turismo sociale. 3. È considerato atto discriminatorio impedire alle persone con disabilità motorie, sensoriali e intellettive, di fruire, in modo completo ed in autonomia, dell'offerta turistica, esclusivamente per motivi comunque connessi o riferibili alla loro disabilità».

(art. 3, codice del turismo)

Questo articolo è però stato colpito dalla censura della Corte costituzionale con sentenza 80/2012 secondo la quale

«Indipendentemente da ogni considerazione di merito su tale disposizione, si deve rilevare che essa attiene, con evidenza, ai rapporti tra Stato e Regioni in materia di turismo e realizza un accentramento di funzioni, che, sulla base della natura residuale della competenza legislativa regionale, spettano in via ordinaria alle Regioni, salvo che lo Stato non operi l'avocazione delle stesse, con l'osservanza dei limiti e delle modalità precisati dalla giurisprudenza di questa Corte. La questione di legittimità costituzionale promossa è, pertanto, ammissibile e fondata, per violazione degli artt. 76 e 77, 1° co., Cost., in relazione agli artt. 117, 4° co., e 118, 1° co., Cost.»

(Corte cost. 5 aprile 2012, n. 80, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org))

Spiace notare che la Corte costituzionale abbia ritenuto questo articolo rientrante nella materia residuale di competenza regionale attinente alla materia del turismo, invece che considerarlo strumento atto a garantire lo stesso livello di qualità dei servizi in tutte le parti del paese. Tuttavia, giova evidenziare come la Corte abbia sentito l'esigenza di sottolineare che la censura non ha attinenza con il merito della disposizione.

Dunque, al di là di quella che potremmo definire una «svista procedurale», è evidente che la norma in questione esprimeva un orientamento più che condivisibile del legislatore.

La Convenzione ha poi una doppia natura: da un lato è uno strumento di tutela dei diritti umani e dall'altro è uno strumento di sviluppo della comunità nel senso che impone dei cambiamenti concreti all'interno della compagine sociale sia sul piano legislativo-amministrativo che sul piano dell'organizzazione pratica dell'erogazione di beni o servizi.

«As a human rights instrument with an explicit social development dimension, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities is both a human rights treaty and a development tool. The Convention identifies disability as an issue to be considered in all programming, rather than as a stand-alone thematic issue, and requires all States Parties to implement measures ensuring full and equal participation of persons with disabilities in society»

(A/63/133 *implementation of the outcome of the world summit for social development and of the twenty-fourth special session of the general Assembly*, Par. T1)

Si tratta di uno strumento legalmente vincolante (al contrario delle regole *standard* sulle pari opportunità delle Nazioni Unite) in cui è abbandonato un approccio orientato ai «diritti sociali» e si utilizza molto di più la logica della rivendicazione dei diritti civili che ha come risultato pratico l'attenzione alla prevenzione e rimozione della discriminazione. Ciò in modo simile a quanto è avvenuto negli Stati Uniti per quel che riguarda i diritti delle persone di colore e, in genere, per i diritti delle donne.

Questa attitudine ad «entrare nel quotidiano» della Convenzione si esprime tanto nel richiamo del dettato convenzionale nelle cause di merito, quanto nella prassi amministrativa che deve essere anch'essa orientata non solo al rispetto ma anche all'attuazione dei diritti delle persone espressi nel trattato.

Gli ambiti nei quali la Convenzione apporta significative novità sono notevoli: si pensi alla valorizzazione della famiglia come momento di realizzazione della persona con disabilità; al diritto di sposarsi, mantenere la propria fertilità, essere, in altre parole, riconosciuti come individui sessuati e sessualmente attivi come chiunque altro.

Il diritto di decidere liberamente riguardo al numero di figli presuppone, preliminarmente, che si riconosca che le persone con disabilità sono soggetti sessuati, che hanno una vita sessuale, e che possono esercitare la funzione di genitore.

Accettare ciascuno di questi tre passaggi è difficile. Di conseguenza, è stato necessario enunciare chiaramente che le persone con disabilità devono poter decidere se e quando essere genitori. Inoltre, devono essere fornite informazioni (in modo accessibile a tutti e anche a persone che presentino problemi relativi alla salute mentale) relative alla procreazione ed alla pianificazione delle nascite. Ciò significa informare le persone con disabilità, ed anche i minori con disabilità, rispetto ai servizi posti a tutela della salute sessuale, ai metodi di contraccezione e alle possibilità di ricevere supporto nel momento in cui si diviene genitori.

Questo va fatto tenendo conto delle peculiarità proprie delle singole situazioni di disabilità (si pensi, per esempio, alle difficoltà di utilizzo dei preservativi da parte di persone con disabilità che abbiano difficoltà di manipolazione fine ovvero alle difficoltà di utilizzo della pillola da parte di donne con problemi di salute mentale).

Le peculiarità proprie delle singole patologie non devono portare a ritenere che la soluzione migliore sia negare alle persone con disabilità la possibilità di avere rapporti sessuali e, di conseguenza, assumere la funzione di genitori. È necessario invece calibrare gli interventi sulla base delle necessità dei singoli individui, anche avvalendosi dell'apporto di gruppi di persone con disabilità e di auto-aiuto sia per fornire supporto psicologico sia riguardo alla individuazione di soluzioni a problemi pratici (Marra 2011).

La Convenzione obbliga gli Stati a fornire i mezzi necessari all'esercizio di tali diritti. Pertanto, vanno predisposti servizi che consentano anche alle madri (ed ai padri) con disabilità di rivestire il ruolo di genitori. In questa prospettiva, può essere utile la predisposizione di percorsi di accompagnamento dei genitori, simili a quelli previsti prima del parto per la donna in previsione della gravidanza, al fine di fortificare le abilità genitoriali delle persone con disabilità anche mediante il confronto con persone che abbiano già vissuto l'esperienza di genitore e che condividano la condizione di disabilità e siano perciò in grado di meglio interagire con le ansie che sono proprie di qualunque genitore nel momento in cui nasce un bambino.

La Convenzione invita a considerare la persona disabile nella sua interezza sicché, accanto ai temi quasi «classici», quali il lavoro, la scuola, la salute, i trasporti, troviamo un'attenzione particolare a temi che, probabilmente, non vengono immediatamente in mente quando si pensa alla disabilità.

Ad esempio l'art. 11 prevede che:

«Gli Stati Parte prenderanno, in accordo con i loro obblighi derivanti dal diritto internazionale, compreso il diritto internazionale umanitario e le norme internazionali sui diritti umani, tutte le misure necessarie per assicurare la protezione e la sicurezza delle persone con disabilità in situazioni di rischio, includendo i conflitti armati, le crisi umanitarie e le catastrofi naturali»

(art. 11, Convenzione di New York)

La disposizione richiama prima di tutto l'attenzione sulla particolare condizione di rischio che vivono le persone con disabilità e sottolinea l'alta priorità che deve avere il salvataggio delle persone con disabilità nell'eventualità di un'emergenza. L'affermazione, ancorché possa sembrare banale, si è resa necessaria in considerazione del fatto che le persone disabili sono quelle che più patiscono le conseguenze negative di una situazione di emergenza proprio in ragione dell'esclusione già da queste vissuta in situazioni ordinarie, situazioni che senz'altro peggiorano in circostanze eccezionali, tant'è vero che l'attenzione alla concreta applicazione dell'art. 11 della Convenzione è al momento una delle *key issues* presentate nel sito U.N. Enable (che è il principale mezzo di comunicazione attraverso cui le Nazioni Unite diffondono le informazioni relative al nuovo Trattato e ne promuovono una corretta applicazione).

È stato infatti riconosciuto che «il rischio di discriminazione delle persone con disabilità nelle situazioni di emergenza è più forte e si pone, pertanto, l'esigenza di predisporre meccanismi sia preventivi sia operativi per il momento del soccorso, al fine di garantire opportuna protezione» (Risoluzione del Parlamento Europeo del 4 settembre 2007 sulle catastrofi naturali, in AA.VV. 2010).

Particolarmente delicata risulta la fase della gestione dell'emergenza e dell'evacuazione delle persone con disabilità.

La *Consensus Conference*, tenutasi a Verona l'8 e 9 novembre 2007, ha elaborato la *Carta di Verona sul salvataggio delle persone con disabilità in caso di disastri*. Lo scopo della Carta è delineare le basi per articolare una visione comune e universale, nei confronti di tutti gli aspetti che sono necessari per garantire ogni aspetto della sicurezza delle persone con disabilità in tutte le situazioni di rischio, come conflitti armati, emergenze umanitarie, disastri naturali e/o causati dall'uomo.

Non è questa la sede per effettuare un'analisi dell'intero documento, che fornisce importanti indicazioni: basti sottolineare che le persone con disabilità e le loro organizzazioni sono riconosciute quali inestimabile fonte di informazioni e nozioni sui loro bisogni specifici, soprattutto in situazioni di vulnerabilità. Particolare attenzione viene posta nel tutelare i bambini, le donne e gli anziani con disabilità, in quanto soggetti particolarmente vulnerabili e potenzialmente a rischio di discriminazione multipla (cfr. ad esempio artt. 6 e 7 della Convenzione delle Nazioni Unite).

## 5. Il diritto antidiscriminatorio

**Legislazione** Cost. 2, 3, 13, 10, 38 — direttiva 27 novembre 2000, n. 78/2000 — l. 1° marzo 2006, n. 67 — Convenzione New York 13 dicembre 2006

**Bibliografia** Willborn 1999 — Russel 2002 — Bell 2003 — Wells 2003 — Bagenstos 2004 — Vanhala 2006 — Barbera 2007 — Crapanzano 2007 —

Silvestri 2007 — Favilli 2008 — Lawson 2008 — Marra 2008 — Pariotti 2008 — Schiek e Chage 2009 — Marra 2010

La l. 67/2006 è, insieme alla direttiva 78/2000/CE (e le relative norme di attuazione) sulla parità di trattamento nei luoghi di lavoro, uno dei due elementi portanti del diritto antidiscriminatorio che riguarda le persone con disabilità nel nostro paese e costituisce strumento per attuare, mediante la tutela giurisdizionale, l'uguaglianza sostanziale tra persone con disabilità e chi disabile non è, anche alla luce dell'art. 3 della Costituzione della Repubblica Italiana.

L'art. 1, 1° co., infatti esordisce enunciando enfaticamente che: «la presente legge, ai sensi dell'art. 3 della Costituzione, promuove la piena attuazione del principio di parità di trattamento e delle pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità di cui all'art. 3 l. 5 febbraio 1992 n. 104, al fine di garantire alle stesse il pieno godimento dei loro diritti civili, politici, economici e sociali».

Il principio fondamentale su cui si regge la norma in commento è quindi quello della parità di trattamento. Questo principio comporta che non può essere praticata alcuna discriminazione in pregiudizio delle persone con disabilità. Se così è, allora è chiaro che ciò che viene considerato lesivo di questo principio è la disparità di trattamento che determini uno svantaggio per la persona disabile e non anche quella che determini un vantaggio. Inoltre il principio enunciato esplicita in modo chiaro che già la sola discriminazione non è compatibile con il nostro ordinamento, quindi non è necessaria, oltre la norma introdotta dal legislatore del 2006, un'ulteriore norma per affermare che vi è un diritto lesa: dal 2006 esiste, per le persone con disabilità, un chiaro diritto di per sé sufficiente a richiedere la tutela in giudizio a non essere discriminati, o, che è lo stesso, a non essere poste in condizione di svantaggio rispetto alle altre persone.

### 5.1. *Le specie di discriminazione*

L'art. 2, l. 67/2006, oltre a denunciare il principio di parità di trattamento, individua varie specie di discriminazione in presenza delle quali è possibile adire il giudice. La disposizione, allineandosi in questo alle normative comunitarie in materia di contrasto alle discriminazioni, configura le ipotesi di discriminazione diretta, indiretta e di molestie.

La discriminazione diretta è così definita dall'art. 2:

«Si ha discriminazione diretta quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga»

(art. 2, 2° co., l. 67/2006)

Il dato qualificante della discriminazione diretta risiede nella circostanza che il trattamento meno favorevole del soggetto è determinato «dal fatto che tale soggetto

è una persona disabile». La qualificazione della discriminazione come «diretta» non dipende dal fatto che vi sia un *animus nocendi*.

Si realizza invece «discriminazione indiretta» quando «una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone».

L'obiettivo del legislatore è, in questo caso, quello di combattere anche quei comportamenti che, pur se si presentano in apparenza neutri, si traducono in una discriminazione delle persone disabili rispetto ad altre categorie di soggetti, a causa della loro particolare condizione.

Quindi, mentre la discriminazione diretta richiede che vi sia un motivo connesso con la situazione di disabilità, in questo secondo caso la definizione è congegnata in modo tale da comprendere le ipotesi di discriminazione *prima facie* neutre. Si tratta di situazioni in cui una persona disabile patisce uno svantaggio determinato da un fatto altrui — apparentemente neutro — che lo pregiudica.

Perché si abbia discriminazione non rileva la volontà di discriminare.

Infatti

«la condotta discriminatoria (indiretta) è sussistente quando essa, anche indipendentemente da un elemento psicologico soggettivo (dolo o colpa, anche presunta) del soggetto agente, è di per sé idonea a realizzare un trattamento peggiore nei confronti di un portatore di disabilità»

(Trib Regg Emilia, ord., 7 ottobre 2011, [www.superabile.it](http://www.superabile.it))

Quindi, facendo tesoro dell'esperienza elaborata in altri ordinamenti, il legislatore ha inteso disancorare la nozione di discriminazione dall'elemento intenzionale, affermando una interpretazione del fenomeno di tipo oggettivo, la quale, nel porre l'accento sulla vittima della discriminazione, da un lato, rinuncia ad enfatizzare il profilo volontaristico, e dall'altro finisce per dare invece rilevanza all'effetto discriminatorio dell'atto.

## 5.2. La discriminazione indiretta omissiva

La fattispecie di discriminazione indiretta è idonea a fornire protezione anche da ipotesi di discriminazione — cioè disparità di trattamento che si risolve in uno svantaggio — derivanti da un'omissione (pensiamo all'ipotesi in cui un privato o l'amministrazione omettano di costruire una rampa di accesso ad uno stabile: questo determina una barriera architettonica che mette le persone con disabilità motorie in situazione di svantaggio rispetto agli altri e, quindi, discriminazione).

In giurisprudenza, ad esempio, il Tribunale di Milano il 10 gennaio 2011 ha riconosciuto che la mancata assegnazione di insegnanti di sostegno — ponendo gli alunni con disabilità in condizione di svantaggio rispetto agli altri — costituisce discriminazione indiretta.

«La scelta discrezionale dell'amministrazione scolastica di ridurre le ore di "sostegno" agli studenti disabili può costituire discriminazione indiretta ogni qual volta essa non si accompagni ad una corrispondente identica contrazione della fruizione del diritto allo studio anche per tutti gli altri studenti normodotati e risulti in concreto inadeguata al rispetto del nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» il giudice, accogliendo il ricorso *ex art. 3 legge 1 marzo 2006, n. 67*, ha ordinato alle amministrazioni convenute «il ripristino del numero di ore sostegno fornito ai figli dei ricorrenti nell'anno scolastico 2009/2010»

(Trib. Milano, ord., 10 gennaio 2011, *FPS*, 2011, 2, 153; Trib. Udine, ord., 13 gennaio 2012, *DeJure*, 2012)

Che la discriminazione indiretta sia destinata a comprendere anche l'ipotesi di omissione è chiaro anche dai lavori parlamentari: infatti, era stato proposto di aggiungere, dopo la parola *prassi*, il riferimento ad «un'omissione». Tale emendamento integrativo non è stato approvato solo perché, nel suo intervento del 6 aprile 2005, alla XII Commissione permanente Affari Sociali della Camera dei deputati, il sottosegretario Guidi ebbe ad osservare che nel concetto di comportamento presente nel 3° co. dell'art. 2 può essere ricompreso anche il concetto di omissione. Inoltre, anche il Ministero delle pari opportunità ha concordato su tale interpretazione. Così si è espressa anche la giurisprudenza di merito, che si riporta per la completezza del quadro proposto.

«Come è noto, la legge 1 marzo 2006, n. 67, ha fornito nuovi strumenti di tutela in favore delle persone disabili. In particolare, la legge, dopo aver evidenziato (art. 1) l'intenzione di attuare il principio di uguaglianza formale e sostanziale sancito dall'art. 3 Cost., ha sancito il divieto di ogni pratica discriminatoria in pregiudizio delle persone con disabilità (art. 2). Secondo la nuova normativa, la discriminazione può essere diretta, quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga, o indiretta, quando una disposizione, un criterio, una *prassi*, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone. Sono, altresì, considerate discriminazioni le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi connessi alla disabilità, che violano la dignità e la libertà di una persona con disabilità ovvero creano un clima di intimidazione, di umiliazione e di ostilità nei suoi confronti. Tenuto conto di quanto sopra, non vi è dubbio che la normativa introdotta con la legge n. 67/2006 ha apprestato una tutela ad ampio raggio della persona disabile da qualsiasi comportamento che, di fatto, lo ponga in una condizione di esclusione ed emarginazione rispetto al contesto in cui agisce. Tale strumento normativo, peraltro, deve essere applicato in coordinamento con i principi

costituzionali e con la Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, approvata a New York il 13 dicembre 2006 e ratificata dall'Italia con la legge n. 18 del 2009. Proprio la predetta Convenzione, cornice giuridico-culturale di riferimento di tutto il sistema normativo a tutela dei disabili, ha evidenziato come anche la mancata adozione di "accomodamenti ragionevoli" costituisce di per sé una discriminazione vietata, con conseguente obbligo generale di adottare tutti gli adattamenti e gli adeguamenti necessari per consentire a una persona con disabilità di superare gli ostacoli che di fatto gli impediscono di partecipare alla pari degli altri in un determinato contesto. Così, una discriminazione può essere configurata anche nel caso in cui tutti i soggetti vengano trattati nello stesso modo, senza tener conto delle differenze personali, a condizione che l'adattamento necessario per la rimozione degli ostacoli non comporti un "onere sproporzionato o eccessivo" (art. 2 Convenzione). Va sottolineato, inoltre, che l'art. 1 della legge n. 67/2006 ha richiamato l'art. 3 Cost. nella sua interezza, con riferimento, quindi, sia all'eguaglianza in senso formale che all'eguaglianza in senso sostanziale (è compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli (...) che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana). Di conseguenza, le possibili aggressioni alla dignità del disabile sono state efficacemente catalogate, in dottrina, nelle seguenti modalità: a) la situazione di disagio cagionata dal mondo esterno per come esso si presenta (con riferimento, ad es., alle c.d. barriere architettoniche); b) le inadempienze e i ritardi della Pubblica Amministrazione; c) gli atti idonei a discriminare il disabile a motivo del suo *handicap* in ogni situazione o formazione sociale nella quale si trovi a vivere. In considerazione di quanto sopra, ogni condotta, anche omissiva, dell'Amministrazione che non provveda, ove ragionevolmente possibile, ad eliminare i predetti ostacoli deve essere necessariamente ricondotta alla nozione di discriminazione indiretta di cui alla legge n. 67/2006 (la P.A., quindi, potrebbe porre in essere condotte discriminatorie attraverso una disposizione — come un regolamento — un atto amministrativo generale — come un bando di gara o di concorso — un atto amministrativo, un criterio, una prassi, un patto o un comportamento, anche omissivo). In particolare, riprendendo quanto sopra accennato con riferimento all'attribuzione della giurisdizione, il procedimento ai sensi della legge n. 67/2006 non è finalizzato a tutelare il disabile dalle condotte (commissive od omissive) poste in essere in violazione di prescrizioni normative, bensì a tutelarlo dalla pregiudizievole situazione in cui quello si venga a trovare a causa di fatti che in concreto realizzino ai suoi danni una discriminazione, nei termini definiti dall'art. 2 della legge n. 67/2006»

(Trib. Roma, ord., 24 ottobre 2011, [www.jusabili.org](http://www.jusabili.org))

Esistono da tempo, nel nostro Paese, una serie di previsioni legislative la cui finalità è il perseguimento della inclusione sociale delle persone con disabilità (si pensi all'art. 8, l. quadro 104/1992 o all'art. 14, l. quadro 328/2000). L'esigibilità

delle posizioni soggettive enunciate dal legislatore in passato è sempre stata difficile: oggi, proprio in virtù della norma in commento, nei casi di inerzia od omissione è possibile rinvenire una discriminazione contro cui è possibile agire in giudizio, come è avvenuto in un recente caso in cui i genitori di una ragazza disabile hanno citato in giudizio il Comune di Roma e l'azienda di trasporto pubblico Atac poiché i mezzi non erano accessibili. Il Tribunale ha affermato:

«La predisposizione di servizi sostitutivi ed alternativi — a prescindere da ogni valutazione relativa alla loro efficienza — consente invero di escludere l'ipotesi della discriminazione diretta, prevista dall'art. 2, 2° co., della legge n. 67/06, ma non anche quella della discriminazione indiretta, prevista dal comma 3, poiché la fruizione del servizio alternativo appositamente predisposto per le persone disabili non eliminerebbe la posizione di svantaggio in cui quelle si trovano a causa dell'impossibilità di accedere al servizio di trasporto pubblico rispetto alle altre persone, poiché non consentirebbe comunque loro di vivere la propria vita, esplicitare la personalità e soddisfare i propri bisogni traendo dal servizio la medesima utilità»

(Trib. Roma, ord., 24 ottobre 2011, [www.jusabili.org](http://www.jusabili.org))

L'ordinanza in questione è interessante perché è evidente che la l. 67/2006 non fa questione di diritti soggettivi o interessi legittimi, piuttosto si preoccupa di rimuovere una discriminazione di fatto esistente. Nell'argomentare, il giudice di merito utilizza la Convenzione del 2006 come cornice di riferimento, con ciò dimostrando l'utilizzo virtuoso delle fonti sovranazionali al fine di garantire e implementare i diritti: in questo senso la Convenzione si prospetta quasi come fonte di ispirazione per rendere giustizia attraverso le pari opportunità, garantite leggendo nel modo opportuno (centrato sui diritti dell'uomo), cioè non formalistico, le situazioni concrete e rintracciando la regola di condotta adeguata al caso concreto.

Pare utile riportare la precisazione del giudice che spiega perché i servizi, lungi dall'escludere la discriminazione, la configurano:

«non soltanto perché le modalità di esercizio dei servizi alternativi non consentono di rispettare i medesimi tempi, a parità di percorso, del servizio di trasporto ordinario, ma anche perché quelle modalità imporrebbero alla persona disabile una modalità di vita che, separandola dalle altre persone con cui condivide o potrebbe condividere le esperienze normalmente comuni, la escluda dall'ambito di quelle persone»

(Trib. Roma, ord., 24 ottobre 2011, [www.jusabili.org](http://www.jusabili.org))

Questa pronuncia è da apprezzare poiché sviluppa compiutamente il ragionamento di contrasto alle discriminazioni: così di fronte alla richiesta di una persona

con disabilità di utilizzare l'autobus che usano tutti gli altri, non si verifica semplicemente se vi sia una soluzione alternativa o «speciale» che comunque soddisfi l'esigenza del disabile, ritenendo la richiesta avanzata «legittima» solo in assenza di tale alternativa. Piuttosto, le persone con disabilità, così come qualunque altro cittadino, hanno diritto di fruire dei medesimi servizi. Già solo mettere in dubbio questa affermazione è scorretto: anche se può non sembrare evidente, predisporre un autobus «dedicato ai disabili» è scorretto, allo stesso modo in cui proprio l'emergere dei diritti civili e delle regole contro la discriminazione ha consentito negli Stati Uniti di riconoscere che era scorretta — perché discriminante — l'abitudine di avere «autobus per bianchi» ed «autobus per neri».

La logica antidiscriminatoria consente di evidenziare fattori di disegualianza che, diversamente, se si adotta un punto di vista centrato sull'assistenza ai meno fortunati, rischia di sfuggire anche alla persona più avveduta.

Merita un cenno anche la pronuncia del Tribunale di Roma (Trib. Roma 8 marzo 2012, n. 4929, [www.jusabili.it](http://www.jusabili.it)) ottenuta da una persona in sedia rotelle che, a causa della mancanza degli scivoli nelle fermate degli autobus, non poteva utilizzare il servizio pubblico di trasporto. In questo caso, il giudice ha qualificato il mancato rispetto della normativa sulle barriere architettoniche come discriminazione, accogliendo conseguentemente il ricorso. Pertanto, si è condannato il Comune ad adottare un piano di abbattimento delle barriere architettoniche lungo il percorso utilizzato dal ricorrente ed a risarcire quest'ultimo per i danni subiti.

«L'esistenza incontestata di barriere architettoniche, tali da impedire al disabile di salire sul mezzo di trasporto pubblico, costituisce discriminazione indiretta, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 67 del 2006: "si ha discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone". L'omissione comunale circa le barriere architettoniche è, dunque, uno di quei comportamenti che pongono il disabile in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone, posizione di svantaggio che il disabile ha il diritto di eliminare chiedendo all'autorità giudiziaria di imporre alla pubblica amministrazione l'adozione di misure necessarie»

(Trib. Roma, ord., 8 marzo 2012, n. 4929, *DeJure*, 2012; conforme Trib. Catania 11 gennaio 2008, *Fl*, 2008, 5, I, 1687)

La giurisprudenza ha affermato, nel caso di un cinema multisala che aveva assegnato dei posti obbligati a spettatori con disabilità, che

«È dunque di tutta evidenza che tale comportamento (riassunto sopra alle lettere a e b) valga ad integrare una discriminazione indiretta, posto che — pur essendosi estrinsecato in una condotta (volontaria) «apparentemente neutra» (articolo 2 legge n. 67 del 2006) — mette gli spettatori con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto a quelli normodotati»

(Trib. Reggio Emilia, ord., 7 ottobre 2011, ined.)

Altra vicenda è quella affrontata dal Tribunale di Tempio Pausania (Trib. Tempio Pausania 20 settembre 2007, [www.superabile.it](http://www.superabile.it)) nella quale un circolo nautico è stato condannato al risarcimento del danno in favore di una persona disabile in sedia a rotelle. Il giudice ha ritenuto che costituisse discriminazione il fatto che la barca di proprietà del disabile fosse stata spostata non avvertendo il proprietario e che alla stessa persona con disabilità fosse stato impedito di affiancare alla propria imbarcazione un mezzo di sollevamento che doveva consentirle di passare dalla propria sedia a rotelle all'imbarcazione. Il dato interessante è che il Tribunale, per quantificare il danno, ha deciso di centuplicare il valore della quota di iscrizione arrivando così alla somma di 4.000 euro.

Ancora, il Tribunale di Taranto, sezione di Martina Franca (Trib. Taranto, sez. dist. Di Martina Franca, 4 giugno 2009, n. 290, *GI*, 2010, I, 98) riconosceva che una persona con disabilità era stata discriminata in occasione degli esami di abilitazione alla professione forense. In particolare, quel giudice aveva ritenuto discriminatorie la ritardata consegna del codice cartaceo, la postazione di lavoro che era stata assegnata al candidato (di fatto per lui inutilizzabile dalla sedia a rotelle per via dell'altezza del piano di lavoro) e l'assenza delle forze dell'ordine all'ingresso che avrebbero dovuto agevolare l'entrata del candidato nella sede di esame. In questo caso il giudice ha quantificato il danno sofferto, patrimoniale e non patrimoniale, in 4.000 euro.

### 5.3. *Le molestie*

Sono considerate come discriminazioni le molestie (art. 2, 4° co., l. 67/2006) ossia «quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi connessi alla disabilità, che violano la dignità e la libertà di una persona con disabilità, ovvero creano un clima di intimidazione, di umiliazione e di ostilità nei suoi confronti». Questa situazione, paragonabile al fenomeno del *mobbing*, è spesso legata a pregiudizi che sono fondati sull'idea che la persona con disabilità valga meno rispetto a chi non è disabile, abbia meno diritti e possa essere calpestata nella dignità. Proprio per scoraggiare questi atteggiamenti, spesso sottili e difficili da individuare, il legislatore ha adottato una risoluzione elastica ma, al tempo stesso, precisa nell'individuare quale causa dell'atteggiamento discriminatorio e/o derisorio la condizione di disabilità.

Secondo gli obblighi nascenti dalla Convenzione del 2006 sui diritti delle persone con disabilità che la l. 18/2009 ha reso esecutiva in Italia, gli Stati aderenti devono vietare ogni forma di discriminazione fondata sulla disabilità ed a tal fine gli stessi devono adottare i provvedimenti idonei a garantire che siano forniti accomodamenti ragionevoli. Per accomodamenti ragionevoli si intendono le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati (che non impongono un onere sproporzionato o eccessivo) adottati, ove ve ne sia necessità, in casi particolari, per

garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali sulla base dell'eguaglianza con gli altri.

#### 5.4. La discriminazione di rimbalzo

A proposito della direttiva 78/2000/CE, direttiva quadro sulle pari opportunità e non discriminazione nell'occupazione, che appresta tutela contro le discriminazioni per ragioni connesse alla disabilità, al sesso, all'età e dall'origine etnica (nelle forme di discriminazione diretta, indiretta e molestie), va ricordato che la Corte di giustizia ha elaborato la categoria della discriminazione di rimbalzo. Infatti:

«Il divieto di discriminazione diretta previsto dalla direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE non è limitato alle sole persone disabili. Qualora, infatti, un datore di lavoro tratti un lavoratore non disabile, in modo meno favorevole rispetto ad altro lavoratore in una situazione analoga, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale egli presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta enunciato nella direttiva»

(C. giust., Grande Sezione, 17 luglio 2008, n. 303, *Coleman c. Attridge Law e Stive Law*, C-303/06)

La Corte europea ha incluso nell'ambito della tutela i c.d. *care givers*, perché ha ritenuto sussistere una discriminazione diretta «di rimbalzo», anche nei confronti di coloro che, benché non disabili essi stessi, si trovano in stretto rapporto con una persona disabile e per ciò solo vengano trattati sfavorevolmente. Il caso riguardava una impiegata di uno studio legale, madre di un bambino disabile, che lamentava di essere stata trattata in maniera meno favorevole rispetto ai colleghi con figli non disabili e di essere stata anche vittima di un'atmosfera ostile nei suoi confronti a cagione dei permessi e delle assenze necessitate dalla cura del figlio (Waddington 2009; Calafà 2008; Vanhala 2006).

Qui la Corte ha adottato un'interpretazione espansiva della nozione «discriminazione fondata su», puntando alla *ratio* della disposizione anche dell'art. 13 del Trattato — ora 19 TFUE — e lo ha fatto attraverso un ampio *iter* argomentativo, analizzando anche il significato del concetto di dignità umana.

Questa specie di discriminazione non codificata ha già trovato applicazione in Italia:

«Il periodo di aspettativa senza retribuzione usufruito ai sensi dell'art. 4, 2° co., l. 8 marzo 2000, n. 53, al fine di accudire un parente affetto da grave disabilità, deve essere computato nell'anzianità di servizio; la disposizione di legge che espressamente esclude tale computabilità deve essere infatti disapplicata per contrasto con la direttiva 2000/78, come interpretata dalla

Corte di giustizia nella sentenza Coleman, in forza della quale il divieto di discriminazione per ragioni di disabilità si applica non solo al disabile stesso, ma anche a colui che presta in suo favore la parte essenziale delle cure»

(Trib. Pavia 19 settembre 2009, *RCDL*, 2009, 770)

### 5.5. *Il procedimento antidiscriminatorio*

**Legislazione** Cost. 2, 3, 13, 10 — direttiva 27 novembre 2000, n. 78/2000 — l. 1° marzo 2006, n. 67 — Convenzione New York 13 dicembre 2006 — d.lg. 1° settembre 2011, n. 150, art. 28

**Bibliografia** Barbera 2007 — Crapanzano 2007 — Greco 2007 — Maruffi 2007 — Virgadamo 2007 — Maffei 2008 — Favilli 2008 — De Angelis 2009 — Marra 2010

Quanto al procedimento antidiscriminatorio, si segnala la novella introdotta dal d.lg. 1° settembre 2011, n. 150. Il presente lavoro, sia pure senza il conforto della giurisprudenza che ancora non ha potuto esprimersi, dà conto tanto della disciplina originaria quanto di quella introdotta dal decreto legislativo del 2011. La scelta è obbligata anche perché le nuove disposizioni si applicano ai processi per discriminazione in danno delle persone con disabilità iniziati dopo l'entrata in vigore del provvedimento; restano invece sottoposti alle regole antecedenti i procedimenti già in corso alla data del 6 ottobre 2011 (Greco 2007; Maruffi 2007; Virgadamo 2007; Marra 2008).

L'azione civile contro le discriminazioni può essere fatta valere tanto nei confronti dei privati quanto nei confronti della p.a.

Appare pacifico in dottrina che la giurisdizione sia del giudice ordinario, anche se l'atto che si ritiene discriminatorio è posto in essere dalla p.a.

A questo proposito si vedano le pronunce della giurisprudenza di merito (Trib. Milano, ord., 10 gennaio 2011, *Banca dati Leggi d'Italia*, 2011; Trib. Varese, ord., 2 dicembre 2010, n. 5105, *DeJure*, 2010; Trib. Milano 21 marzo 2002, *FI*, 2003, 3180), inoltre, il Tribunale di Messina (Trib. Messina 29 dicembre 2011) ha ritenuto esplicitamente che la competenza spetti al giudice civile:

«Ordina[ndo] alle amministrazioni convenute, per quanto di rispettiva ragione, di cessare la condotta discriminatoria in danno del minore S.G. e di provvedere entro il termine massimo del 31 gennaio 2011 alla assegnazione al suddetto minore di un insegnante di sostegno in rapporto 1:1 (25 ore settimanali) senza diminuire le ore di sostegno già assegnate ad altri alunni disabili nella stessa scuola. Condanna [inoltre] le amministrazioni convenute in solido a rifondere le spese del procedimento»

(Trib. Messina 29 dicembre 2011, ined.)

La domanda si propone con ricorso al Tribunale in composizione monocratica. La competenza per territorio, in questo caso inderogabile, è fissata dalla legge non con riferimento alla residenza della parte convenuta, ma avuto riguardo al domicilio della parte ricorrente. È da notare che in questo caso il soggetto che assume di essere stato discriminato può stare in giudizio personalmente (in particolare, secondo la nuova disciplina, in vigore dal 2011, la parte può stare in giudizio personalmente solo per il primo grado di giudizio).

Inoltre, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. III, 19 maggio 2004, n. 9567, *MGC*, 2004) «l'azione civile contro le discriminazioni (...) configura un'ipotesi di competenza territoriale inderogabile, *ex art. 28 c.p.c.*, che non può subire modifiche neppure per ragione di connessione».

La nuova disciplina, contenuta nell'art. 28, d.lg. 150/2011, è oggi comune a tutti i procedimenti contro la discriminazione: la disciplina processuale accomuna tra loro le ipotesi di discriminazione sul lavoro, quella di genere, le discriminazioni per ragioni legate all'origine etnica e quelle che vedono come soggetto passivo della discriminazione le persone con disabilità. L'intervento del 2011 ha razionalizzato la situazione precedente eliminando le piccole differenze che avevano destato non poche perplessità in dottrina e rendevano la disciplina antidiscriminatoria non unitaria (Morozzo della Rocca 2002; De Angelis 2009).

Adesso il legislatore afferma chiaramente, all'art. 28, d.lg. 150/2011, che le cause per discriminazione devono seguire il rito previsto per il processo sommario di cognizione, e, salve le peculiarità indicate dallo stesso art. 28 ed il fatto che nelle ipotesi di procedimenti antidiscriminatori, pur trovando applicazione in via generale la disciplina degli artt. 702-*bis*, 702-*ter* e 702-*quater* c.p.c., non si applicano i 2° e 3° co. dell'art. 702-*ter*.

Il ricorso al procedimento delineato dalla l. 1° marzo 2006, n. 67 era facoltativo, nel senso che si affiancava alla procedura ordinaria, essendo facoltà della parte attrice ricorrere a questo procedimento invece che a quello ordinario. Utilizzando il rimedio predisposto nel 2006, si metteva il giudice nelle condizioni di operare, omettendo «ogni formalità non essenziale al contraddittorio» ed in questo caso il giudice, sentite le parti, procedeva nel modo che riteneva più opportuno all'istruzione della causa, avuto riguardo a ciò che era concretamente richiesto dalla parte che assumeva di essere stata discriminata. La decisione era assunta dal Tribunale in composizione monocratica con ordinanza.

Secondo la nuova disciplina introdotta nel 2011 il ricorso al rito sommario di cognizione nei casi di discriminazione non è facoltativo. In quest'ipotesi non trova applicazione il 3° co. dell'art. 702, per il quale il giudice, rilevata la complessità istruttoria della questione trattata secondo il rito sommario, avrebbe potuto fissare l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. determinando mutamento del rito. Inoltre l'art. 4, d.lg. 150/2011 dispone che, quando una controversia viene promossa in forme diverse da quelle previste nel decreto, è il giudice a disporre il mutamento del rito con ordinanza pronunciata anche d'ufficio non oltre la prima udienza di comparizione.

Avverso la decisione era ammesso reclamo al Tribunale, che doveva essere

proposto nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento, se questo era dato in confronto di una sola parte. Nel caso in cui l'ordinanza fosse stata resa nei confronti di più parti sarebbe stato necessario aver riguardo, per il calcolo del termine, alla notificazione. Inoltre si applicavano, in quanto compatibili, gli artt. 737, 738 e 739 c.p.c. riguardanti i procedimenti camerati.

Da una lettura coordinata delle norme si evince che non era ammesso reclamo avverso il decreto emesso dal Tribunale in composizione collegiale. La disciplina è rilevante per i processi in corso.

Secondo Crapanzano (Crapanzano 2007) il decreto così ottenuto, comunque immediatamente esecutivo, era comunque ricorribile in Cassazione per soli motivi di violazione di legge.

Il procedimento non pareva avere natura cautelare (Maruffi 2007), anche perché non era necessario, perché si potesse attivare la procedura che stiamo esaminando, evidenziare il *fumus*, ovvero dimostrare la sussistenza di un *periculum in mora*.

Secondo una certa lettura, inoltre, poiché il procedimento avrebbe avuto carattere sommario, ad una prima fase, quella che si concludeva con l'ordinanza, avrebbe dovuto seguire un successivo giudizio di merito.

La questione non è del tutto irrilevante in quanto la disciplina di cui sopra, come s'è detto, si applica ai processi in corso.

Orbene, la ricostruzione sopra riportata non pare condivisibile: intanto è stato evidenziato che la disposizione in base alla quale si argomentava la necessità del giudizio di merito (art. 44, 7° co., d.lg. 286/1998) non è richiamata dal rinvio operato dalla l. 67/2006.

Non convince l'opinione per la quale, mentre è facile accertare in sede sommaria la sussistenza di una discriminazione, per risarcire un danno sarebbe necessario un procedimento a cognizione piena. Va sottolineato anzi che è più problematico accertare la sussistenza di una discriminazione piuttosto che determinare l'esistenza e l'entità di un danno. Perciò, a voler dar credito alla tesi di cui parliamo, bisognerebbe concludere che non è possibile accertare in sede «sommaria» neppure la sussistenza di una discriminazione, giungendo così ad una palese contraddizione della norma in commento. Dunque questa interpretazione non può essere condivisa.

È proprio la legge del 2006 ad affermare chiaramente che: «con il provvedimento che accoglie il ricorso», e quindi con l'ordinanza, il giudice può «provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno».

Dunque, il legislatore ha espressamente attribuito al giudice in questa fase il potere di decidere in merito al risarcimento. Peraltro, il fine della norma del 2006 è stato senz'altro quello di apprestare una tutela rapida, immediatamente soddisfacente.

La *ratio* della norma verrebbe, allora, del tutto disattesa se, per ottenere giustizia, la parte discriminata dovesse necessariamente intraprendere una fase ulteriore rispetto a quella iniziata con ricorso. In questa logica, parrebbe insensato ritenere che il giudice possa procedere alla sola dichiarazione relativa alla sussistenza del danno e non anche alla liquidazione dello stesso.

Per tutte queste ragioni è difficile inserire il procedimento di cui parliamo (quel-

lo originariamente previsto dalla l. 67/2006) tra le usuali categorie di procedimento sommario, procedimento cautelare o camerale.

Si tratta piuttosto di una procedura atipica che, conferendo al giudice ampi poteri in ordine agli adempimenti da espletare e alla scansione temporale degli stessi, mira ad una tutela concreta, veloce e rispettosa del principio del contraddittorio e che nulla toglie all'importanza della prova sui fatti. Una procedura snella, dunque, non per questo ingiusta, ma che, avuto riguardo all'effettivo provvedimento richiesto, tende ad uno snellimento del contenzioso.

Se questa era la conclusione cui si riteneva di poter giungere già rispetto alla normativa del 2006 (sia pure in via interpretativa) (Marra 2008), oggi la circostanza che il procedimento antidiscriminatorio sia espressamente collocato dal legislatore tra quelli da celebrare con rito sommario di cognizione, consente di escluderne senza ulteriori dubbi la natura cautelare nonché di escludere con altrettanta sicurezza quella bifasica.

Da un diverso profilo si nota come, considerato il carattere sostanzialmente decisorio dell'ordinanza, l'espressa previsione del potere attribuito al giudice di provvedere in materia di danno e l'indubbia volontà di apprestare una tutela efficace, pareva potersi attribuire, secondo la previgente disciplina, efficacia di giudicato al provvedimento ottenuto *ex l. 67/2006*, se non reclamato. Questa conclusione, ancorché frutto di interpretazione, risultava in linea con le esigenze sottese alla norma, che erano sicuramente quelle di reagire efficacemente a disparità di trattamento in modo che non vi siano dubbi in ordine al disvalore che è rappresentato dalla discriminazione delle persone disabili; inoltre, essa pareva confermata — indirettamente — dalla novella del 2009 del codice di rito (arg. *ex art. 702-quater c.p.c.*).

La disciplina introdotta nel 2011, poiché riconduce espressamente i procedimenti antidiscriminatori nell'alveo del processo sommario di cognizione, rende manifesto che, come già aveva suggerito parte della dottrina per la disciplina previgente (Marra 2008), il provvedimento che definisce il giudizio antidiscriminatorio ha efficacia di cosa giudicata (art. 702-quater c.p.c.).

Inoltre per i procedimenti iniziati dopo il 6 ottobre 2011 — a cui si applicano gli artt. 702-bis ss. del codice di rito — al fine di instaurare un secondo grado di giudizio, la parte soccombente deve proporre appello (non più reclamo) avverso l'ordinanza emessa a conclusione del procedimento antidiscriminatorio entro trenta giorni dalla comunicazione o notificazione. Per quel che riguarda il secondo grado, si applicano le norme previste per il processo sommario di cognizione.

Secondo la disciplina del 2006, nei casi di urgenza era possibile ottenere dal Tribunale un decreto *inaudita altera parte*. La decisione in questo caso assumeva la forma del decreto motivato che poteva essere confermato, revocato oppure modificato dal giudice all'udienza di comparizione delle parti che doveva tenersi entro quindici giorni dall'emissione del decreto.

Nella nuova disciplina dettata dall'art. 28, d.lg. 150/2011 non vi è più il rinvio al 5° co. dell'art. 44, d.lg. 286/1998 che recava la disciplina sopra descritta; sembra perciò doversi applicare la disciplina prevista in generale per le situazioni indifferibili

dall'art. 700 c.p.c.

Si deve notare come, già nella originaria disciplina del 2006, l'individuazione degli adempimenti necessari al raggiungimento della prova dei fatti fosse rimessa al giudice essendo il procedimento snello e non formalizzato.

L'onere della prova segue le regole ordinarie. Oggetto della prova è la discriminazione intesa come pregiudizio per la persona disabile.

Sul piano probatorio si hanno delle novità a seguito della recente novella: dal 2011 è possibile, anche per la discriminazione in danno di persone con disabilità (e non più solo per le discriminazioni sul lavoro), far ricorso a dati statistici. È sufficiente che il ricorrente fornisca elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori.

Assolto questo onere minimo, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. Si ha, nella sostanza, un'inversione dell'onere della prova (essendo sufficiente, per il soggetto che lamenta la discriminazione, il «fornire elementi di fatto»).

Dalla nuova condizione di disabilità che emerge dalla Convenzione delle Nazioni Unite discende che il problema legato alla condizione di persone con disabilità sta nelle barriere alla partecipazione che determinano discriminazione. Dunque, la prova più che concentrarsi sulla condizione dell'individuo dovrebbe cercare di mettere in luce gli elementi di fatto che hanno fatto sì che quella persona venisse discriminata.

Il legislatore ha rimesso al giudice il compito di individuare le modalità concrete di rimozione della discriminazione. Al giudice è infatti riconosciuto il potere di ordinare, in positivo, un *facere* ai soggetti responsabili della discriminazione.

La disciplina del 2011 esprime *claris verbis* un concetto che già la dottrina aveva anticipato (Barbera 2007; Silvestri 2007; Marra 2008) in riferimento alla disciplina nel 2006: diviene esplicito che il giudice della discriminazione può ordinare un *facere* anche alla p.a.

Il concreto atto idoneo a riparare alla discriminazione è rimesso al prudente apprezzamento del giudice: egli dispone ciò che è opportuno, avuto riguardo per il caso concreto.

La disposizione in esame menziona «un comportamento, una condotta ovvero un atto discriminatorio»: l'ampia locuzione dimostra la precisa volontà di rimuovere, attraverso il rimedio apprestato, il maggior numero possibile di situazioni discriminatorie, mettendo il giudice in condizione di operare concretamente affinché la «persona», quale soggetto protagonista della norma di tutela, possa realizzarsi pienamente.

È previsto anche il risarcimento del danno che il legislatore precisa poter essere anche — e diremmo soprattutto — quello non patrimoniale.

È questa una delle ipotesi espresse di risarcibilità di danni afferenti alle attività realizzatrici della persona. Il danno qui non copre il solo *pretium doloris* sofferto dalla persona disabile in seguito alla discriminazione: mai come prima in questa ipotesi di danno emergono profili esistenziali. Il danno da discriminazione consiste

proprio nel non poter fare come altri fanno, non avere le stesse opportunità, non godere delle stesse prestazioni rispetto a beni e servizi di uso quotidiano.

Un profilo innovativo della novella del 2011 è costituito dalla circostanza che si introduce anche per le ipotesi di discriminazione in danno delle persone con disabilità una sorta di tutela dalle ritorsioni per cui secondo il 6° co. dell'art. 28:

«Ai fini della liquidazione del danno, il giudice tiene conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento»

(art. 28, 6° co., d.lg. 1° settembre 2011, n. 150)

La tutela da comportamenti tesi a scoraggiare il ricorso alle norme antidiscriminatorie era prevista dalla direttiva 2000/78/CE (v. art. 11); non faceva però parte dell'apparato protettivo originariamente previsto dalla l. 67/2006.

Il giudice può ordinare l'adozione di un piano per l'eliminazione delle discriminazioni da eseguirsi entro un termine determinato. Il che conferma la visione per cui il fenomeno discriminatorio — in quanto tale — sia legato a una molteplicità di fattori, che vanno rimossi e affrontati in maniera strutturale. Il piano è particolarmente idoneo a rimuovere situazioni estese la cui modifica richiede tempo (pensiamo alla decisione che ordini di rendere accessibili stazioni ferroviarie o della metropolitana: è chiaro che ciò potrebbe richiedere tempi lunghi e, forse, per la natura dei servizi offerti, sarebbe opportuno un piano esteso di modifiche da realizzare secondo le disposizioni del giudice) (cfr. Trib. Roma, ord., 24 ottobre 2011; Trib. Roma, ord., 8 marzo 2012).

Una particolarità, per quel che riguarda l'adozione del piano in questione, è introdotta dalla novella del 2011. Infatti, secondo l'art. 28, 5° co., d.lg. 150/2011: «Nei casi di comportamento discriminatorio di carattere collettivo, il piano è adottato sentito l'ente collettivo ricorrente».

Questa disposizione, che può sembrare atipica rispetto al panorama ordinamentale tradizionale, lascia il giudice libero nel giudicare l'*an* della discriminazione ma vede un coinvolgimento diretto della parte lesa nella determinazione del *quomodo* rispetto alla necessità di eliminare la discriminazione in maniera efficace.

La circostanza conferma che l'eliminazione delle discriminazioni accertate non è una sanzione nei confronti del soggetto discriminante: infatti, se così fosse, non si potrebbe chiedere al soggetto discriminato un coinvolgimento nella determinazione del contenuto della sanzione. Invece, proprio perché l'eliminazione delle discriminazioni accertate non ha carattere sanzionatorio, è possibile che l'ordinamento coinvolga i diretti interessati nella individuazione del rimedio più opportuno al caso concreto.

Il giudice può infine ordinare la pubblicazione del provvedimento emesso a conclusione del giudizio antidiscriminatorio, per una sola volta, su un quotidiano a tiratura nazionale, ovvero su uno dei quotidiani a maggiore diffusione nel territorio

interessato. Questo potere attribuito al giudice risulta funzionale all'obiettivo di promuovere una diversa coscienza sociale sul problema della discriminazione nei confronti delle persone con disabilità.

Il Tribunale di Milano (Trib. Milano, ord., 10 gennaio 2011, [www.jurabili.it](http://www.jurabili.it)) attribuisce alla pubblicazione del provvedimento finalità sanzionatorie da una parte, e riparatorie delle situazioni giuridiche soggettive lese dall'altra, anche se nel caso specifico non ordina la pubblicazione del provvedimento medesimo.

Grazie alla novella del 2011, le ordinanze che accertino comportamenti discriminatori posti in essere da imprese alle quali siano stati accordati benefici ai sensi delle leggi vigenti dello Stato o delle regioni, ovvero da imprese che abbiano stipulato contratti di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o di forniture, sono comunicate ai soggetti pubblici che abbiano disposto la concessione del beneficio o dell'appalto. Questi soggetti revocano il beneficio e, nei casi più gravi, dispongono l'esclusione del responsabile per due anni da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie, ovvero da qualsiasi appalto. Queste sanzioni non sono previste dalla originaria formulazione dell'articolo in commento il quale non faceva cenno all'art. 11, d.lg. 286/1998.

Una lettura di stretto rigore dell'art. 28, d.lg. 150/2011 non pare tuttavia che consenta di estendere queste sanzioni al caso di discriminazioni in danno di persone disabili. La circostanza che le situazioni di cui alla l. 67/2006 siano le uniche a non esser richiamate dal legislatore sembra comportare la revoca dei benefici economici per quanti discriminano, tranne per quelli che discriminano persone disabili.

L'auspicio è che si tratti di una mancanza di coordinamento involontaria e non frutto di una scelta che equivarrebbe a considerare la discriminazione delle persone disabili meno grave di tutte le altre forme di discriminazione.

La lettura qui proposta dell'art. 28, d.lg. 150/2011 pare, ancorché deludente, obbligata, salvo integrazioni del legislatore o interpretazioni sistematiche. Ed invero la scelta di revocare i benefici economici anche a chi discrimina persone disabili pare già oggi quasi obbligata sol che si considerino la regolamentazione dei fondi strutturali dell'UE (già esplicita sul punto, cfr. art. 16, Regolamento 1083/2006/CE) e gli obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità del 2006 avvenuta in Italia con l. 18/2009.

Da ultimo si segnala come la disciplina del 2006 apprestasse — in coerenza con le leggi antidiscriminazione esistenti per ambiti diversi — una tutela penale per l'ipotesi in cui l'ordinanza del giudice non fosse eseguita. Orbene, la tutela penale in questione sembra, a seguito delle modifiche introdotte dal d.lg. 150/2011, permanere (sia pure con qualche variazione) per altri ambiti ma non per quello della disabilità. La circostanza sembra poco coerente col sistema, ancorché il dato appaia dal tenore letterale dell'art. 3, 1° co., l. 67/2006, il quale omette, nella attuale formulazione, il richiamo al d.lg. 286/1998. Tuttavia, attesa la tipicità delle sanzioni in materia penale, soprattutto ad una prima lettura, stante la modifica della lettera della norma, l'interprete altro non può dire se non che la tutela penale, per le discriminazioni in danno di persone disabili, non è più prevista.

## 6. Crisi e arretramento della tutela

**Legislazione** Cost. 2, 3, 13, 10 — direttiva 27 novembre 2000, n. 78/2000 — l. 1° marzo 2006, n. 67 — Convenzione New York 13 dicembre 2006

**Bibliografia** Berthoud, Lakey e McKay 1993 — Swain e French 2000 — Marra 2010

Le contingenze economiche e la circostanza che si versi in una condizione di c.d. crisi rischiano di far arretrare il livello della tutela. Quale può essere un antidoto a questa situazione? La risposta sta proprio nei diritti umani che devono essere rispettati ed esercitati da tutti gli uomini e le donne.

I diritti enunciati nella Convenzione delle Nazioni Unite del 2006 non sono «dei disabili», ma di tutti. Come si è avuto modo di precisare, l'adozione del trattato ha aumentato la visibilità della disabilità nel contesto dei diritti umani.

Questi diritti sono indefettibili. E a questo riguardo viene in mente la sentenza 80/2010 della Corte costituzionale che, proprio richiamando la Convenzione del 2006, ha ritenuto indefettibile il diritto all'istruzione.

La stessa indefettibilità deve attribuirsi agli altri diritti enunciati nella Convenzione (non discriminazione, accessibilità, mobilità, partecipazione, autonomia ed indipendenza) che sono indispensabili alla realizzazione della persona ed ad una buona qualità della vita, effettivamente fondata sulle pari opportunità. Questi diritti non sono «negoziabili», sono convenienti nel senso che affermare che la comunità deve essere capace di includere anche le persone con disabilità non significa togliere risorse a chi non è disabile ma riorganizzare la società in modo più inclusivo per tutti.

Inoltre, ed è questo forse il dato più importante, i diritti umani devono essere invocati, rivendicati, esercitati prima di ogni altro e non dopo. In questo forse l'esperienza giuridica nazionale è carente nel senso che il fenomeno giuridico non è avvezzo alle categorie proprie dei diritti umani. Questi, anzi, sono quasi relegati ad un ruolo ancillare non venendo quasi mai in gioco nella pratica concreta degli operatori del diritto. Da questo punto di vista, è necessario un cambio di prospettiva che sappia, all'occorrenza ma senza eccessi, abbandonare logiche formalistiche che deprimono la possibilità di realizzazione degli esseri umani in favore di logiche più concrete ed immediate che rendano esercitabili i diritti formalmente enunciati.

Il metodo da adottare, che è assolutamente compatibile con situazioni di ristrettezze economiche se pensiamo che i paesi in via di sviluppo mettono al centro delle politiche di sviluppo le questioni legate alla disabilità (Watermeyer, Swartz, Lorenzo, Schneider e Priestley 2007), è quello del *mainstreaming* che consiste nel tener conto della protezione e della promozione dei diritti umani delle persone con disabilità in tutte le politiche e in tutti i programmi (art. 4, Convenzione di New York).

## Bibliografia

- AA.VV., 2008, *Tutela, Curatela e Amministrazione di Sostegno. La centralità della persona nell'approccio multidisciplinare alla fragilità*, Giappichelli, Torino
- , 2010, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, Roma, Aracne
- AMENDOLA G., 1995, *I nuovi imperativi della città della complessità: dall'uguaglianza alla varietà, dalla fraternità alla tolleranza*, in *Paesaggio Urbano*, 6, 15 ss.
- ARNARDÓTTIR O.M., QUINN G., 2009, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden — Boston
- BAGENSTOS S.R., 2004, *The Future of Disability Law*, in *The Yale Law Journal*, 114, 1, 13 ss.
- BARBERA M., 2007 (a cura di), *Il nuovo diritto Antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 77 ss.
- BARNES C., 1991, *Disabled People in Britain and Discrimination: A Case for Anti-Discrimination Legislation*, Hurst and Co. in association with the British Council of Organisations of Disabled People, London
- BARNES C., MERCER G., 1996, *Exploring the Divide: Illness and Disability*, Disability Press, Leeds, 11 ss.
- , 1997, *Doing Disability Research*, Disability Press, Leeds
- , 2004, *Disability Policy and Practice: Applying the Social Model*, Disability Press, Leeds, 25 ss.
- BELL M., 2003, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, in *Cambridge Law Journal*, 62, 508
- BELLI R., 2007, *La non discriminazione dei disabili e la legge n. 67 del 2006*, Franco Angeli, Milano, 23 ss.
- CALAFÀ L., 2008, *Disabilità, discriminazione e molestia "associata": il caso Coleman e l'estensione elastica del campo di applicazione soggettivo della direttiva 2000/78*, in *D&L — Riv. critica dir. lav.*, 1169 ss.
- CENDON P., 1997, *Handicap e diritto: legge 5 Febbraio 1992, n. 104, legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*, Giappichelli, Torino

- CENDON P., ROSSI R., 2009, *Amministrazione di Sostegno: motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Utet, Torino
- CHARLTON J.I., 1988, *Nothing about us without us. Disability oppression and empowerment*, University of California Press
- CLEMENTS L., READ J., 2003, *Disabled People and European Human Rights: A Review of the Implications of the 1998 Human Rights Act for Disabled Children and Adults in the U.K.*, Bristol
- , 2005, *The Dog that Didn't Bark: The Issue of Access to Rights under the European Convention on Human Rights by Disabled People*, in, *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice*, Oxford
- CRAPANZANO C., 2007, *La tutela giudiziaria dei disabili la difesa contro le discriminazioni prevista dalla Legge n. 67/2006*, Halley, 65 ss.
- DE AMICIS A., 2009, *La l. 3 marzo 2009, n. 18 di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: i principi e le procedure*, in, *GM*, 2009, 10, 2375
- DE ANGELIS L., 2009, *Il danno da discriminazione tra risarcimento e sanzione civile*, in, *RgLPs*, 4, 599 ss.
- DE SCHUTTER O., 2005, *Reasonable Accommodation and Positive Obligations in the European Convention of Human Rights*, in Lawson A., Goodin C. (a cura di), *Disability rights in Europe from theory to practice*, Hart Publishing, London, 35–65
- FAVILLI C., 2008, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna
- FERRANDO G., LENTI L., 2006 (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, Giappichelli, Torino
- FERRUCCI F., 2004, *La disabilità come relazione sociale*, Rubettino, Soveria Mannelli, 25 ss.
- FINKELSTEIN V., 2012, *Per emancipare gli studi sulla disabilità*, [www.personae-danno.it](http://www.personae-danno.it) (7 gennaio 2012)
- GRECO L., 2007, *67/2006: tutela inibitoria e risarcitoria per i soggetti disabili vittime di discriminazioni*, in, *RCP*, 1, 243 ss.
- JOHNSTONE D., 2001, *An Introduction to Disability Studies*, David Fulton, London
- KAYESS R., FRENCH P., 2008, *French Out of Darkness into Light ? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in, *Human Rights Law Review*, 8, 1–34

- LAWSON A., 2007, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn ?*, in, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 34, 2, 563 ss.
- LAWSON A., GOODING C., 2005, *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice*, Hart, Oxford
- MALLOY R.P., 2009, *Inclusion by Design: Accessible Housing and Mobility Impairment*, in, *Hast. Law J. Hastings Law Journal*, 60, 4, 699–748
- MARRA A.D., 2008, *La tutela contro la discriminazione dei disabili in Italia: legge n. 67 del 2006*, in, *DF*, 37, 4, 2162 ss.
- , 2009, *La Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità. Profili di responsabilità civile*, in Cendon P. (a cura di), *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, I, 2, Utet, Torino, 849–877
- , 2010, *Diritto e Disability Studies. Materiali per una nuova ricerca multidisciplinare*, Falzea, Reggio Calabria
- , 2010a, *Disabilità*, in, *DPriv, Sez. Civ., Agg. V*, Giuffrè, Milano, 555 ss.
- , 2011, *Città e ambiente per bambini e soggetti deboli*, in Cendon P. (a cura di), *Trattato dei nuovi danni*, V, Cedam, Padova, 497 ss.
- , 2011a, *Barriere Architettoniche*, in, *ED*, IV, Giuffrè, Milano, 191
- , 2012, *Norme antisismiche, disabilità e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in, *L'integrazione scolastica e sociale*, 4, 125 ss.
- , 2012a, *How can disability studies contribute to Italian legal experience? Disability discrimination cases and developments*. In: *Tutela della persona e Disability Studies*. Università Magna Graecia di Catanzaro, 5 e 6 ottobre 2012, Reggio Calabria, Falzea Editore
- MARUFFI R., 2007, *Le nuove norme sulla tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di una discriminazione*, in *RDPr*, 123 ss.
- MEDEGHINI R., VALTELLINA E., 2010, *Quale disabilità? Culture, modelli e processi di inclusione*, Franco Angeli, Milano
- MICELA V., 2006, *Manuale pratico dell'invalidità civile e della disabilità*, Maggioli, Rimini, 123 ss.
- MONAGHAN K., 2005, *Blackstone's guide to the disability discrimination legislation*, Oxford University Press
- MORRIS J., 1991, *Pride against prejudice: Personal Politics of Disability*, The Women's Press Ltd

- , 1997, *Care or Empowerment ? A Disability Rights Perspective*, in, *Social Policy & Administration*, 31, 1, 54–60
- , 2001, *Impairment and Disability: Constructing an Ethics of Care That Promotes Human Rights*, in, *Hypathia*, 16, 4, 1, 1–16
- MOROZZO DELLA ROCCA P., 2002, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del t.u. sull'immigrazione*, in, *DF*, 1, 112 ss.
- NUSSBAUM M., 2007, *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, a cura di C. Faralli, Bologna, il Mulino; ed originale: *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.)–London, 2006
- OLIVER M., 1990, *The politics of disablement*, Basingstoke Macmillans, London
- PARIOTTI E., 2008, *Disabilità, diritti umani e azioni positive*, in Casadei T. (a cura di), *Lessico delle discriminazioni tra società, diritto e istituzioni*, Diabasis, Reggio Emilia, 159 ss.
- PRIESTLEY M., 2003, *Disability: A Life Course Approach*, Polity Blackwell, Cambridge
- QUINN G., 2007, *Disability Discrimination Law in the European Union*, in Meehan H. (a cura di), *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge University Press, Cambridge, 231 ss.
- SAULLE M.R., 2003, *Le norme standard delle Nazioni Unite sulle pari opportunità dei disabili*, in Id., *Lezioni di organizzazione internazionale*, II, 395 ss.
- SHAKESPEARE T., 2006, *Disability Rights and Wrongs*, Routledge, London
- SILVESTRI E., 2007, *Codice delle pari opportunità e tutela discriminatoria*, in, *RTDPC*, III, 853 ss.
- VADALÀ V., 2009, *La tutela delle disabilità*, Giuffrè, Milano, 2009
- VIRGADAMO P., 2007, *La tutela risarcitoria del danno non patrimoniale patito dai disabili: dalle barriere architettoniche alla l. n. 67 del 2006*, in, *GC*, 7–8, 263 ss.
- WADDINGTON L., 2009, *Case C303/06, S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*, in, *Comm. Market Law Rev.*, 2009, 665 ss.
- WATERMEYER B., SWARTZ L., LORENZO T., SCHNEIDER M., PRIESTLEY M., 2006 (a cura di), *Disability and Social Change A South African Agenda*, HSRC

Press