

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

Giustizia e disabilità

La riforma spezzata.
Come cambia
l'ordinamento penitenziario

2018



QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore

Renato Rordorf

Vicedirettore

Giovanni (Ciccio) Zaccaro

Comitato di redazione

Silvia Albano, Roberto Arata, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniele Cappuccio, Anna Maria Casadonte, Giuseppe Cascini, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Piero Curzio, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Donatella Donati, Gabriele Fiorentino, Maria Elena Gamberini, Alfredo Guardiano, Mariarosaria Guglielmi, Antonio Lamorgese, Vincenza Maccora, Isabella Mariani, Luca Minniti, Andrea Natale, Maria Eugenia Oggero, Marco Patarnello, Egle Pilla, Luca Poniz, Carla Ponterio, Giuseppe Salmè, Rita Sanlorenzo, Enrico Scoditti, Sergio Sottani, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi.

Comitato scientifico

Perfecto Andrés Ibañez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Francesco Macario, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Vincenzo (Enzo) Roppo, Agnello (detto Nello) Rossi.

Segretaria di redazione

Fernanda Torres

QUESTIONE GIUSTIZIA - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Renato Rordorf
direttore responsabile:	Andrea Meccia
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia Piazza Cavour 00193 - Roma
segretaria di redazione:	Fernanda Torres
contatti:	3497805555 - fernanda.torres@alice.it
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

III trimestre 2018 - chiuso in redazione in novembre 2018

Sommario

Editoriale di <i>Renato Rordorf</i>	Pag.	3
Obiettivo1. Giustizia e disabilità		
Introduzione. Persone con disabilità: diritti e strumenti di tutela di <i>Rita Sanlorenzo</i>	”	5
Clinica legale della disabilità, terzietà e giustizia di <i>Paolo Heritier</i>	”	8
La partecipazione del disabile alla vita sociale di <i>Giuseppe Tucci</i>	”	17
Il Progetto personalizzato tra autodeterminazione ed esigenze di protezione di <i>Giorgio Latti</i>	”	27
L’eliminazione delle barriere architettoniche, ambientali e sociali all’integrazione delle persone. Elementi per un approfondimento e considerazioni minime di <i>Vincenzo Amato</i>	”	34
Una normativa quadro costituzionalmente orientata per il superamento delle barriere architettoniche di <i>Chiara Braga</i>	”	51
Sordità: una disabilità in diverse prospettive. La lingua dei segni come strumento di cittadinanza di <i>Benedetta Marziale</i>	”	56
L’amministrazione di sostegno tra personalismo, solidarismo e sussidiarietà ed il ruolo del Giudice della Persona di <i>Stefano Celentano</i>	”	65
Questioni attuali in tema di amministrazione di sostegno di <i>Paolo Cendon</i> , con la collaborazione di <i>Rita Rossi</i>	”	80
Disabilità e diritto penale di <i>Maurizio Riverditi</i>	”	87

L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato di <i>Giovanni Tulumello</i>	”	93
L'inidoneità sopravvenuta al lavoro e l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli in una innovativa decisione della Cassazione di <i>Olivia Bonardi</i>	”	101
Obiettivo 2. La riforma spezzata. Come cambia l'Ordinamento penitenziario		
Introduzione. La fine era nota: storia di una riforma diminuita di <i>Riccardo De Vito</i>	”	113
Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018 di <i>Marcello Bortolato</i>	”	119
Quel che poteva essere (e la necessità di perseverare) di <i>Glauco Giostra e Fabio Gianfilippi</i>	”	129
Salute mentale e carcere: una necessità dimenticata di <i>Marco Pelissero</i>	”	133
Persone dietro i numeri. Un'analisi del rapporto tra sistemi penitenziari e recidiva di <i>Daniele Terlizzese</i>	”	136
Cultura giuridica ed esecuzione della pena: processi decisionali in tema di misure alternative alla detenzione di <i>Francesca Vianello</i>	”	141
Gli autori	”	146

Editoriale

I due temi ai quali è dedicato questo numero trimestrale di *Questione Giustizia* – la disabilità ed il regime carcerario – potrebbero a prima vista apparire del tutto disomogenei, ed in certa misura innegabilmente lo sono. Credo tuttavia che, soprattutto se considerati nell’ottica del diritto, essi siano legati da un nesso tutt’altro che insignificante: la necessità di assicurare la tutela di soggetti che, sia pure per ragioni assai diverse ed in termini tra loro non comparabili, vengono a trovarsi in situazioni di particolare fragilità e debbono quotidianamente confrontarsi con difficoltà materiali, morali e psicologiche assai maggiori di quelle cui sono esposti gli altri consociati.

È in situazioni di questo genere che dovrebbe soprattutto manifestarsi la funzione civilizzatrice del diritto, affinché possano «*le umane belve esser pietose di se stesse e d'altrui*». Perché, certo, il diritto può aver bisogno della forza, ma sempre al fine di meglio tutelare coloro che forza non hanno, rischiando altrimenti di essere mero strumento di potere. Il diritto, che si esprime nell’insieme delle regole da cui è disciplinato il vivere comune, dovrebbe perciò servire soprattutto ad assicurare maggior tutela ai componenti più fragili della società, che meno di altri hanno la possibilità di conseguire autonomamente il soddisfacimento dei propri bisogni e che rischiano altrimenti di essere emarginati.

Su un punto occorre però esser molto chiari, ed il richiamo alla pietà foscoliana non deve trarre in inganno: il dovere di dare supporto ai soggetti più fragili non va confuso con atteggiamenti compassionevoli, non si tratta di “buonismo”. Nella vita essere buoni (qualunque cosa ciò voglia dire) non è certo un difetto, e la *pietas* è da sempre una virtù morale dell’individuo, ma qui siamo anzitutto in presenza di un fondamentale dovere giuridico, che scaturisce direttamente dal principio di eguaglianza enunciato nell’articolo 3 della Costituzione. Sul tema delle diseguaglianze questa *Rivista* si è spesso soffermata in passato (l’obiettivo sulle disabilità esposto in questo numero è un’ideale continuazione, sotto questo profilo, di quello sulle nuove diseguaglianze che fu pubbli-

cato sul numero 2 del 2017) ed è perciò appena il caso di sottolineare come la pari dignità di tutti i cittadini, quali che ne siano le condizioni personali, cui esplicitamente si riferisce il primo comma del citato articolo 3, resterebbe un enunciato meramente retorico se non se ne facesse discendere il dovere dello Stato, in tutte le sue articolazioni, di adoperarsi affinché la condizione di disabilità non leda la dignità di coloro che concretamente la vivono. E, del resto, il secondo comma del medesimo articolo è ancor più esplicito nel far carico alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli che, anche solo di fatto, possono compromettere l’eguaglianza dei cittadini ed impedire il pieno sviluppo della persona: espressione, questa, che non lascia dubbi sul dovere – vero e proprio dovere giuridico – di fare quanto possibile affinché le persone affette da qualsivoglia forma di disabilità non vedano perciò compromesse la propria dignità e le proprie potenzialità di sviluppo.

Si obietta, talvolta, che la concreta attuazione di questi diritti ha costi elevati e che quindi occorre misurarla col metro della sostenibilità economica. Ma, se è vero che nessuna realizzazione sociale può mai del tutto prescindere dalla valutazione del costo che essa comporta, va ribadito con forza che la tutela della dignità, specialmente di quella dei soggetti più vulnerabili, per il valore che la Costituzione le assegna andrebbe collocata tra i primi nelle priorità di spesa.

L’attenzione a questi temi è frutto del maturare di una sensibilità, culturale e politica, che caratterizza, almeno in via di principio, il consesso delle società moderne le quali ambiscono a definirsi civili. Ed è anche su questo piano che si può misurare l’enorme distanza che separa la concezione di uno Stato democratico dalle aberrazioni eugenetiche che pur caratterizzarono alcuni regimi totalitari novecenteschi e che – per limitarsi ad un solo esempio – mai avrebbero consentito a Stephen Hawking di dare all’umanità il suo straordinario contributo scientifico. Tuttavia il mondo giuridico italiano appare ancora poco attento alle conseguenze che ne derivano o ne dovrebbero derivare, tanto sul piano della legislazione quanto su

quello della effettiva attuazione della normativa esistente. Occorre dunque adoperarsi per stimolare in proposito un maggiore interesse.

Pure quando si parla del trattamento carcerario bisognerebbe sempre avere ben presente che si ha a che fare con persone rese fragili dalla stessa condizione in cui si trovano; e di questa loro condizione occorrerebbe tenere sempre conto, indipendentemente dal fatto che il trovarcisi possa esser dipeso da cause a loro medesimi imputabili.

Anche dell'Ordinamento penitenziario questa *Rivista* si è già ampiamente occupata (dedicando al tema un numero monografico: numero 2 del 2015) e le pagine sulla (sostanzialmente mancata) riforma carceraria che vengono ora pubblicate sono di nuovo un'ideale continuazione di quei precedenti scritti. Qui però vorrei sottolineare non tanto la pure indiscutibile necessità di rendere il trattamento carcerario coerente con la finalità rieducativa della pena enunciata dall'articolo 27, comma 2, della Costituzione, esplicito nel pretendere che la pena non sia contraria al senso di umanità, quanto, per l'appunto, la situazione umana e sociale di debolezza che inevitabilmente si accompagna alla detenzione: per il fatto stesso di privare il detenuto della sua libertà personale e di renderlo costantemente soggetto al controllo (ma sarei tentato di dire: al predominio) altrui. Il detenuto è, per ciò stesso, anch'egli un soggetto debole, che proprio per questo avrebbe più degli altri bisogno di tutela giuridica, ed invece la comunità dei giuristi in genere assai poco se ne occupa. Vi sono – è giusto sottolinearlo – delle encomiabili

eccezioni, dovute non solo all'impegno professionale di molti giudici di sorveglianza ma anche, da ultimo, all'iniziativa della Corte costituzionale che ha programmato e sta attuando una serie di incontri con la popolazione carceraria, così manifestando una non comune sensibilità per questi temi ed un modo d'interpretare il proprio ruolo ben lontano dal tradizionale modello paludato e formale. Ma, per il resto, i giuristi mostrano poco interesse per la drammatica realtà delle nostre carceri, accorgendosi magari solo quando una sentenza di condanna della Corte europea di Strasburgo li mette improvvisamente in allarme; ed anche in seno alla magistratura – occorre ammetterlo – l'attenzione a questo settore dell'Ordinamento è minima e l'opera delicata, difficile e fondamentale dei giudici di sorveglianza è tenuta in assai minore considerazione di quanto meriterebbe.

Le difficoltà di ordine politico che hanno accompagnato il recente, sfortunato tentativo di riforma dell'Ordinamento carcerario, assai bene evidenziate in alcuni scritti dell'obiettivo ospitato in questo numero, dimostrano quanto poco sia ancora comunemente avvertita la necessità di assicurare davvero pienamente alle persone coinvolte nell'universo carcerario quel *surplus* di tutela che la loro condizione imporrebbe.

Anche per questo – per cercare di accrescere la sensibilità del mondo giuridico intorno a tale argomento – credo che fosse necessario occuparsene.

Novembre 2018

Renato Rordorf

Introduzione.

Persone con disabilità: diritti e strumenti di tutela

di Rita Sanlorenzo

1. Il rapporto tra disabilità e diritto è uno di quegli argomenti che appartengono strettamente a quella “questione giustizia” su cui la nostra *Rivista* per scopo e vocazione si interpella, ed interpella i propri lettori.

Intanto, perché il binomio evoca in termini di (drammatica) immediatezza il più generale tema della declinazione dell’uguaglianza e della ricerca della sua realizzazione, soprattutto laddove la condizione di partenza del soggetto è in sé un banco di prova per la verifica della tenuta del programma di cui al comma 2 dell’articolo 3 della Costituzione.

E poi, perché costringe tutti, e soprattutto gli operatori pratici del diritto, a mettersi a confronto con le proprie convinzioni, la propria visione del fenomeno, più in generale con l’idea che ognuno coltiva del modello di società che vuole contribuire a plasmare.

2. Il tema della disabilità va affrontato a partire dal piano del linguaggio e della consapevolezza della sua centralità: perché come ci insegna Paolo Heritier¹ nel suo bel saggio a cui affidiamo il compito di aprire questo obiettivo, la pretesa di cristallizzare in una immutabile definizione una “galassia di situazioni profondamente differenti tra loro” nasconde il pericolo di un sostanziale distacco dalla complessità del fenomeno e di una negazione del dovere stesso della ricerca di risposte differenti, mirate verso un unico scopo, quello della costruzione di una società che non lascia indietro nessuno.

Ed ha perfettamente ragione Benedetta Marziale² quando ci spiega in termini generali che il nome che si dà ai fenomeni attiene strettamente alla rappresentazione sociale che degli stessi si vuole dare: attribuire al disabile un deficit non significa altro che misurare la sua mancanza rispetto al modello di pienezza e di integrità, secondo una «visione “medicalizzata” dell’essere umano, tesa a curare e a conformare le diversità indesiderate». Rappresentarne invece l’handicap equivale piuttosto a mettere al centro dell’attenzione l’insieme degli impedimenti e dei limiti incontrati da ogni persona disabile nel partecipare alle attività sociali: ciò che è invece un fattore decisamente variabile, e che chiama in causa le responsabilità dell’attore pubblico per il concreto impegno nella rimozione di quei limiti, e per consentire la piena partecipazione del disabile alla vita della società.

3. Negli articoli che compongono questo obiettivo viene più volte citata, come pietra miliare di quel salto culturale che ha fatto del disabile invece di un malato da proteggere, un soggetto che merita rispetto per la sua dignità e piena accettazione³, in quanto “parte della diversità umana e dell’umanità stessa” (articolo 3, comma 1, lettera “d”), una fonte internazionale: quella Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, firmata dall’Italia il 30 marzo 2007 e ratificata con legge 3 marzo 2009, n. 18, che secondo quanto scrive il prof. Tucci⁴ nel suo contributo che pubbli-

1. P. Heritier, *Clinica legale della disabilità, terzietà e giustizia*, in questo numero di questa *Rivista trimestrale*, pp. 8-16.

2. B. Marziale, *Sordità: una disabilità in diverse prospettive. La lingua dei segni come strumento di cittadinanza*, in questo numero di questa *Rivista trimestrale*, pp. 56-64.

3. È testimonianza di questa necessità di piena considerazione della dignità della persona disabile il saggio di M. Riverditi, *Disabilità e diritto penale*, in questo numero di questa *Rivista trimestrale*, pp. 87-92, che esclude – con riferimento all’ambito penale – l’indispensabilità di una predisposizione di uno specifico apparato di tutela penalistica delle persone disabili; in altri termini: non è necessario creare un diritto speciale di protezione delle persone disabili; talora – osserva Riverditi – è sufficiente un consapevole impiego delle fattispecie previste dalla legislazione ordinaria.

4. Giuseppe Tucci, professore emerito dell’Università Aldo Moro di Bari, docente di istituzioni di diritto privato, già autore di scritti pubblicati su questa *Rivista* è deceduto l’8 settembre 2018. La sua ultima collaborazione, pubblicata su *Questione Giustizia on line*, testimonia

chiamo postumo, «rappresenta la prima grande iniziativa del XXI secolo in materia di diritti umani e si ispira non più alla sola idea della protezione del disabile dalle discriminazioni, di cui è stato vittima nei secoli, ma a quella della partecipazione del disabile alla vita sociale e dell'inclusione dello stesso in tutti i rapporti interindividuali come strumento di effettiva salvaguardia dell'equilibrio fisico e psichico dello stesso».

Notevoli le ricadute sugli istituti e soprattutto sul “metodo” (come scrive Giorgio Latti⁵) che la Convenzione Onu ed i suoi testi applicativi ispirano, basato su un accostamento unitario alla questione della disabilità a partire dalla sua considerazione del disabile come persona, a cui si oppone quello spesso adottato dalla giurisprudenza, e dall'amministrazione, in cui essa viene considerata frammentariamente, alla stregua di una tra le molteplici norme positive da applicare rispettando i vincoli della misurazione economica (e dunque implicitamente dimenticando la “questione di giustizia connessa alla posizione del disabile”).

4. Dunque, la costruzione di un “diritto della disabilità” che muova dall'approccio basato sulle capacità e dunque sulla universale dignità umana, non è solo frutto di una teoria morale fondata sui valori, ma, come insegnano gli studi di Marta Nussbaum, rappresenta una dottrina politica che concerne i diritti fondamentali. La Convenzione Onu si ispira a questa dottrina: potrà constatare il lettore attraversando i diversi contributi che compongono questo obiettivo come essa riesca a orientare e condizionare il legislatore nazionale ed in molti casi ormai la giurisprudenza, chiamata a fornire risposte alla domanda di giustizia (che mai come in questa materia per usare ancora un'espressione di Nussbaum, corrisponde con la “giustizia di base”, visto che i diritti dei disabili devono ritenersi impliciti nella vera e propria nozione di dignità umana e di vita umanamente dignitosa). In questo fascicolo – e proprio

nella prospettiva di un concreto ragionamento su una *giustizia di base* – viene dedicata una particolare attenzione al *diritto alla mobilità*, poiché il diritto ad una vita autonoma passa anche – e talora soprattutto – attraverso la semplice possibilità di esercizio di un diritto alla autonomia nei movimenti nei luoghi pubblici e privati⁶.

5. Non solo. Si deve alla fonte sovranazionale (nella specie, alle direttive europee) un altro fondamentale impulso all'affermazione dell'eguaglianza attraverso la lotta alle discriminazioni: quelle nei confronti del disabile entrano in ritardo a far parte del catalogo, e ancora più tardi vengono comprese nel raggio di azione del legislatore nazionale. Viene ricordato ancora nel saggio del prof. Tucci⁷, e in quello di Olivia Bonardi⁸, come il divieto di discriminazioni per disabilità in ambito europeo acquisisca piena forza giuridica con la direttiva 2000/78/Ce. Il divieto si completa con la previsione dell'obbligo per il datore di lavoro di adottare gli accomodamenti/soluzioni ragionevoli «per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione». L'obbligo specifico viene recepito nell'ordinamento italiano solo a seguito di condanna da parte Ue, dal momento che il testo originario del d.lgs n.216/2003 non vi faceva cenno. La giurisprudenza sta incominciando solo ora a prendere atto del potenziale ampliamento del sindacato nei confronti dell'agire dell'imprenditore che la previsione implica, e proprio la sentenza n. 6798/2018 oggetto di commento costituisce un esempio di quella presa di consapevolezza che pur sempre discende dalla soggezione solo alla legge in capo al giudice⁹. La disposizione legislativa oggi vigente individua un diverso punto di equilibrio nel bilanciamento tra il diritto al lavoro del disabile e quello dell'imprenditore alla libera gestione della propria attività: e l'importanza del passaggio merita di essere sottolineata, intanto perché ci si muove in quel solco sensibile e sottile che la nostra Costituzione lascia aperto tra il

la sua grande attenzione al tema generale dei diritti della persona, e soprattutto dei più fragili, *Nuove schiavitù e mercato globale*, 21 luglio 2015, www.questionegiustizia.it/articolo/nuove-schiavitù-e-mercato-globale_21-07-2015.php.

5. G. Latti, *Il Progetto personalizzato tra autodeterminazione ed esigenze di protezione*, in questo numero di questa *Rivista trimestrale*, pp. 27-33.

6. Se ne occupano, in questo numero di questa *Rivista trimestrale*, V. Amato, *L'eliminazione delle barriere architettoniche, ambientali e sociali all'integrazione delle persone. Elementi per un approfondimento e considerazioni minime* (pp. 34-50) e C. Braga, *Una normativa quadro costituzionalmente orientata per il superamento delle barriere architettoniche* (pp. 51-55).

7. G. Tucci, *La partecipazione del disabile alla vita sociale*, in questo numero di questa *Rivista trimestrale*, pp. 17-26.

8. O. Bonardi, *L'inidoneità sopravvenuta al lavoro e l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli in una innovativa decisione della Cassazione*, in questo numero di questa *Rivista trimestrale*, pp. 101-112.

9. In una più recente sentenza (n. 27243/2018) la Suprema corte sembra però volere ritornare dentro i confini più tradizionali del controllo esterno rispetto alla possibilità di riallocazione del lavoratore diventato disabile in corso di rapporto.

1° ed il 2° comma dell'articolo 41; e poi perché il lavoro rappresenta un fattore potente di inclusione e di riconoscimento della dignità della persona, indipendentemente dalle sue disabilità.

6. Lo stesso sistema del collocamento obbligatorio, disciplinato dalla legge n.68/1999 (pur modificata nel 2012, con la legge n. 92 – cd. legge Fornero –, nel 2015 e nel 2016, con i decreti attuativi del *Jobs act*), se letto nel quadro normativo comunitario ed internazionale di cui si è detto, dovrebbe rappresentare un efficiente e concreto strumento di inserimento ed integrazione del disabile nel mondo del lavoro.

Nei fatti, esso risulta tuttora ancorato a limiti burocratici e subordinato alla richiesta comunque proveniente dal datore di lavoro, che rappresenta il presupposto di legittimità dell'atto di avviamento. Anche per quel che riguarda il cd. "collocamento mirato" di cui all'articolo 2 della legge n.68/1999, se l'obiettivo è quello di porre in essere una serie di strumenti che consentano di valutare adeguatamente le persone con disabilità nelle loro capacità lavorative e di inserirle nel posto adatto, va detto però che anche in questo caso tutto risulta subordinato all'adempimento datoriale. Non solo, quando poi l'avviamento sia stato disposto, è pur sempre facoltà del datore di lavoro rifiutare l'assunzione non solo di un lavoratore con una qualifica che risulti diversa in base all'atto di avviamento, ma anche di un lavoratore con qualifica "simile" a quella richiesta, in mancanza di un suo previo addestramento o tirocinio da svolgere secondo le modalità previste dall'articolo 12 della stessa legge n. 68. L'articolo 9 attribuisce al datore di lavoro la facoltà di indicare nella richiesta di avviamento la qualifica del lavoratore disabile da assumere a copertura dei posti riservati, in un sistema di cd. avviamento mirato. Indubbiamente la previsione risponde alla ratio di realizzare una collocazione della persona disabile nella organizzazione aziendale che sia utile all'impresa, e al contempo tale da valorizzarne la professionalità: ma è da

rilevare come il sistema non implichi alcun obbligo di ragionevole adattamento dell'organizzazione suddetta alla particolarità del soggetto, alla sua specifica condizione, e dunque arrivi ad un bilanciamento dei contrapposti interessi secondo l'individuazione di un punto di equilibrio che non pare tenere conto dei principi dettati dalla normativa sovranazionale.

7. A partire da questo esempio, e poi via via nell'esame delle specifiche declinazioni di un diritto della disabilità¹⁰ che appunto parta dalla consapevolezza della necessità di un cambio di prospettiva, che muova dalla valorizzazione della centralità della persona e dei suoi diritti, *Questione giustizia* ha voluto offrire ai suoi lettori l'esame di un ventaglio di tematiche che senza ambizioni di esaustività, offrono lo spaccato della ricchezza, in uno con la problematicità, del terreno su cui lo sforzo si deve compiere.

Avendo ben presente, anche in questo caso, che la realtà concreta, con i suoi drammatici bisogni e l'ineludibilità delle scelte che seguono alla negazione dei diritti, spesso resta fuori dalle aule di giustizia. Abbiamo pubblicato qualche mese fa sulla pagina dell'*on line* la lettera scritta da Loris Bertocco prima di suicidarsi, perché ci è sembrata, oltre che una testimonianza di profonda umanità, un documento politico che avrebbe dovuto innescare una riflessione collettiva non più rinviabile¹¹, che tra l'altro tirava in ballo anche l'inaccessibilità del rimedio giurisdizionale al venir meno dei sostegni di fronte alle prevalenti "ragioni di bilancio"¹². Sotto la spinta emotiva di quel tragico evento, ci siamo riproposti di ritornare ad occuparci di un argomento così profondamente intriso del bisogno di ricerca di giustizia che sempre deve continuare ad animare la nostra attività di magistrati, e più in generale quella degli operatori di diritto. Questo obiettivo non vuole certo mettere un punto finale né al dovere di approfondimento, né ovviamente, all'impegno sul piano della ricerca dell'affermazione dell'eguaglianza ed all'attuazione dei diritti, soprattutto in favore dei più fragili.

10. Non solo la disabilità fisica, ma anche quella psichica, come ci ricorda il saggio di S. Celentano, *L'amministrazione di sostegno tra personalismo, solidarismo e sussidiarietà ed il ruolo del Giudice della Persona*. Sullo stesso tema, a seguire, P. Cendon, con la collaborazione di R. Rossi, *Questioni attuali in tema di amministrazione di sostegno*. Cfr. in questo numero di questa *Rivista trimestrale*: S. Celentano, pp. 65-79 e P. Cendon e R. Rossi, pp. 80-86.

11. Loris Bertocco, *Suicidio assistito o condanna a morire?*, in questa *Rivista on line*, 14 ottobre 2017, www.questionegiustizia.it/articolo/loris-bertocco-suicidio-assistito-o-condanna-a-morire-14-10-2017.php.

12. Se ne occupa, in questo numero di questa *Rivista trimestrale*, G. Tulumello, *L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio ed amministrazione di risultato*, pp. 93-100.

Clinica legale della disabilità terzietà e giustizia

di Paolo Heritier

A partire dal dibattito sull'inserimento della disabilità come "nuova frontiera della giustizia", fondata sull'accostamento proprio della teoria della capacità di Martha Nussbaum, l'articolo si propone di proporre un criterio di misurazione altro da quello meramente economico-rawlsiano per l'inclusione del disabile nella società. Legittimato dall'impostazione innovativa della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, il criterio proposto è quello di un accostamento disciplinare unitario al tema della disabilità, anche tramite il metodo clinico legale di insegnamento universitario, similmente a quanto avvenuto nel campo della bioetica. Metodo al cui interno trova posto forse un rovesciamento anche del senso della "terza" missione dell'Università, intesa come cura del luogo del Terzo dentro e fuori l'Università.

1. Oltre le misurazioni della disabilità di Rawls e Nussbaum?

Che la questione della disabilità sia percepita ormai come questione centrale di riflessione sulla giustizia appare ormai indicazione scontata, quasi banale. Non solo nel senso che si pongono radicali problemi di giustizia per il modo in cui le amministrazioni, le imprese, i giudici, gli Stati, tutti i cittadini considerano e trattano i disabili, in altre parole per come, al di là delle grandi dichiarazioni di principio, in realtà, nei tribunali, negli ospedali, nelle scuole, nelle imprese e nelle case è ancora percepito il problema della disabilità. Residua qui ancora quel perbenismo e fascino del politicamente corretto per cui il disabile dovrebbe solo avere diritti pari a quelli del (presunto) non disabile. Per inciso, l'adozione di questa terminologia, parlare di disabili e non disabili invece che di abili, disabili, diversamente abili, e molte altre denominazioni della realtà fenomenologica normalmente conosciuta come "disabilità", dovrebbe essere giustificata adeguatamente, ma non

è questa la sede, e mi limiterò a enunciare due punti in tema:

1) qualsiasi denominazione della galassia di situazioni profondamente differenti tra loro, spesso neppure confrontabili, denominata abitualmente disabilità ha senso solo se intesa come provvisoria rispetto a una determinata situazione (soggettiva, culturale, linguistica), come espressione di una evoluzione inarrestabile (ad esempio prima *handicap*, poi disabilità, poi diversabilità ecc.). Definire, una volta per tutte, la terminologia mi pare da un lato impossibile e concettualmente errato.

2) In questa condizione, a partire dalla lettura filosofico-giuridica del fenomeno della disabilità, mi paiono esservi buone ragioni per adottare una terminologia di tipo "negativo", rovesciando l'impostazione del tema. A fronte dei deliri transumanisti e postumani oggi considerati come le "normali" persecuzioni dello scientismo moderno¹ e del progresso scientifico, il fenomeno della disabilità mi pare antropologicamente manifestazione, sia pure del tutto peculiare e bisognosa di specifica attenzione e specifiche azioni

1. Mi riferisco variamente ovviamente alle prospettive di autori come Kurzweil, Max More, Bostrom, che richiederebbero un'analisi approfondita. Mi limito a rinviare per una visione panoramica a G. Hottois - J-N. Messa - L. Perbal (a cura di), *Encyclopédie du trans/posthumanisme. L'humain et ses préfixes*, Vrin, Paris, 2015.

normative e politiche, della condizione strutturalmente mancante dell'essere umano². Pertanto occorrerebbe parlare di diverse forme di disabilità proprio dell'uomo, fondando per una "via negativa" la condizione del disabile (tornerò sul punto) e non facendo riferimento a una presunta condizione di "abilità" di qualcuno, se non come condizione meramente temporanea e provvisoria.

In ogni caso, chiudendo il complesso inciso, che ne richiederebbe a sua volta molti altri, e riprendendo il filo del discorso, come è ampiamente noto, dopo l'adozione, sul piano giuridico, della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e, sul piano teorico, la pubblicazione pressoché contemporanea del volume di Martha Nussbaum *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*³, la questione della disabilità (e più in generale della vulnerabilità) è divenuta un elemento centrale della contemporanea teoria della giustizia. Nel testo della Nussbaum, infatti, il problema della disabilità è legato a una critica radicale al più rilevante contributo sul problema della giustizia negli ultimi cinquant'anni: il modello rawlsiano del "velo di ignoranza" come tentativo di fondare una teoria della giustizia come equità.

Le parole della filosofa indo-americana non possono essere fraintese: «... Rawls omette dalla situazione della scelta politica fondamentale le forme più estreme di bisogno e di dipendenza che gli esseri umani possono provare, sia fisiche sia mentali, sia permanenti sia temporanee. Questa non è una svista: è un disegno intenzionale. Come vedremo, Rawls riconosce il problema posto dall'inclusione dei cittadini con menomazioni gravi, ma sostiene che tale questione possa essere risolta in un momento successivo, dopo che i principi politici fondamentali sono stati scelti. Questo differimento fa una grande differenza nella sua concezione della distribuzione politica»⁴.

La ragione per cui Rawls non include il disabile nel momento della finzione del contratto sociale fon-

datore è, fondamentalmente, il suo essere legato a una concezione ancora tradizionale del contrattualismo, secondo la quale le ragioni per discostarsi dallo stato di natura è il trarre benefici della cooperazione reciproca, e ove i benefici sono definiti con una visione economica assai tradizionale⁵. Includendo il disabile nel suo modello verrebbe meno «un mezzo semplice e chiaro di misurazione di chi è il meno agiato nella società»⁶, con gravi conseguenze sul profilo del reciproco vantaggio in casi di situazioni di disabilità rare o gravi, ove le misure adottate non posso essere difese con argomenti di tipo economicistico, ma morali. Ed è esattamente quello che la Nussbaum, appoggiandosi sulla dottrina economica di Sen, cerca di compiere: sviluppare una lista della capacità che presuppone da un lato l'adozione di un argomento morale e non economico, legato a una visione più ampia dell'umano, ed in grado di consentire al tempo stesso qualche forma di misurazione utile per l'adozione di politiche pubbliche. Al tempo stesso Nussbaum si rende perfettamente conto della provvisorietà e della modificabilità di questa lista di capacità, da non confondere con una sorta di nuovo diritto naturale (se concepito come fisso e stabile). Come afferma esplicitamente, ad esempio a proposito del livello di soglia richiesto da ogni capacità richiesta ad ogni cittadino, «l'approccio, nell'elaborazione proposta dalla mia teoria filosofica, specifica questa soglia solo in modo generale e approssimativo: sostengo, infatti, che il livello di soglia possa spostarsi leggermente nel corso del tempo e che, per essere appropriato alle capacità, possa essere diversamente stabilito nei suoi confini, nelle diverse società, in relazione al proprio passato storico e alle proprie condizioni attuali»⁷.

Senza poter estendere in questa sede l'analisi critica dell'accostamento delle capacità, qualche considerazione embrionale può essere svolta. Per Nussbaum tale accostamento è semplicemente un tipo di approccio giuridico, proprio dei diritti umani⁸, dottrina politica relativa a un modo umanistico di concepire i diritti fondamentali e non solo una teoria morale

2. Mi limito al classico A. Gehlen, *L'uomo. La sua natura e il suo posto nel mondo*, Feltrinelli, Milano, 1983.

3. M. Nussbaum, *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, Il Mulino, Bologna, 2007.

4. M. Nussbaum, *op.cit.*, p. 126.

5. M. Nussbaum, *op.cit.*, p. 138.

6. M. Nussbaum, *op.cit.*, p. 133.

7. M. Nussbaum, *op.cit.*, p. 197.

8. M. Nussbaum, *op.cit.*, p. 11.

fondata su valori⁹. Esso tiene conto delle necessità di una cura individualizzata¹⁰ fondata su una concezione aristotelica e non kantiana della dignità, che riconosce l'evoluzione del corso della vita della dipendenza da altri (prima da bambini, e in maniera diversa nella terza età)¹¹, richiedente tuttavia una qualche lista delle capacità sia pur modificabile ("provvisoria e aperta"¹²), come si è visto.

2. Per una svolta affettiva tra giustizia e disabilità

Muovendo da un'altra concezione critica della prospettiva rawlsiana¹³, combinata con la prospettiva della cosiddetta svolta affettiva¹⁴, mi pare possibile, pur riconoscendo l'interesse della prospettiva di Nussbaum, provare a formulare ipotesi di ricerca che, rilevando alcuni elementi critici nella sua prospettiva, provino ad andare oltre, indicandone anche l'utilità per l'individuazione di una metodologia di ricerca e insegnamento per la clinica legale della disabilità e della vulnerabilità.

Dupuy rileva come l'accostamento rawlsiano sia riferibile più ad automi che a persone concrete. L'epistemologo di Stanford nota come Rawls «costruisce esattamente i suoi consociati sotto velo di ignoranza

come degli *artefatti* – è l'espressione ("artificial person") che egli utilizza nei suoi testi più recenti. Questi artefatti ignorano buona parte di quel che sanno le loro controparti in carne ed ossa»¹⁵. Al problema dell'artificializzazione dell'umano, già insisto nella prospettiva hobbesiana del pensiero come calcolo e dalla successiva meccanizzazione della mente indotta dallo sviluppo della cibernetica e del suo sviluppo nelle scienze cognitive¹⁶, oltre a Rawls, non sfuggono neppure dunque contrattualismo e positivismo giuridico, anch'esso legato inevitabilmente alle letture di Hobbes, notoriamente operate da Kelsen e da Bobbio nel dar vita al paradigma che ha dominato la cultura giuridica della seconda metà del secolo scorso.

In realtà, in relazione allo sviluppo delle neuroscienze, già Damasio, nei suoi *L'errore di Cartesio*¹⁷ e *Alla ricerca di Spinoza*¹⁸, ha esaurientemente indicato come il modello dualista concernente la separazione tra mente e corpo sia sempre più problematico rispetto allo sviluppo delle neuroscienze contemporanee¹⁹. In *Archeologia della mente*, Jaak Panksepp, studiando il rapporto tra il cervello animale e quello umano – proprio un'altra delle questioni indicate accanto alla disabilità da Nussbaum come le attuali frontiere della giustizia – ha posto il problema della qualità affettiva dei sentimenti di base sollevando la questione di «come l'esperienza grezza – la coscienza fenomenica

9. M. Nussbaum, *op.cit.*, p. 173.

10. M. Nussbaum, *op.cit.*, pp. 185, 187.

11. M. Nussbaum, *op.cit.*, p. 176.

12. M. Nussbaum, *op.cit.*, p. 183.

13. Espressa nel libro di un altro autorevole protagonista del dibattito filosofico politico americano, J.P. Dupuy, *Avevamo dimenticato il male? Pensare la politica dopo l'11 settembre*, Giappichelli, Torino, 2010, in particolare nel capitolo *Kant presso gli artefatti e Hobbes presso gli automi*, pp. 48-63. Di Dupuy si veda anche *All'origine delle scienze cognitive. La meccanizzazione della mente*, Mimesis, Milano, 2015.

14. P. Sequeri, *Deontologia del fondamento, seguita da Verso una svolta affettiva nelle Law and Humanities e nelle neuroscienze*, Giappichelli, Torino, 2016. Del volume, apparso in versione provvisoria solo come e-book, uscirà nel 2019 l'edizione definitiva accresciuta e modificata, in più volumi. Le indicazioni devono essere quindi intese come riferite a un programma di ricerca in corso di elaborazione.

15. J.P. Dupuy, *Avevamo dimenticato il male?*, cit., p. 51.

16. Dupuy riassume così "Il credo cibernetico": «1. Pensare è una forma di computazione. Il calcolo richiesto non è l'operazione mentale di un essere umano che manipola simboli applicandovi regole, come quelli della addizione o della moltiplicazione; invece si tratta di quello che una particolare classe di macchine fa - macchine tecnicamente concepite come "algoritmi". In virtù di ciò, il pensare raggiunge l'ambito del meccanico. 2. Le leggi fisiche possono spiegare perché e come la natura – in alcune delle sue manifestazioni, non limitate esclusivamente al mondo umano – ci appare contenere significato, finalità, direzionalità, e intenzionalità». J.P. Dupuy, *All'origine delle scienze cognitive*, cit., p. 14. I deliri trasumanisti alla Kurzweil non sembrano che continuare il tratto criptoreligioso (si pensi al Wiener di N. Wiener, *Dio & Golem s.p.a.. Cibernetica e religione*, Bollati Boringhieri, Torino, 1991), di questa credenza riduzionista, estremizzando gli elementi irrazionalisti ammantandoli di scientismo e di teorie comunicative oggi alla moda.

17. A. Damasio, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Adelphi, Milano, 1995.

18. A. Damasio, *Alla ricerca di Spinoza. Emozioni, sentimenti e cervello*, Adelphi, Milano, 2003.

19. «Spinoza aveva descritto un dispositivo funzionale che la scienza moderna sta rivelando essere un dato di fatto: gli organismi viventi hanno la capacità di reagire emozionalmente a oggetti ed eventi diversi... Può darsi infatti che Spinoza avesse intuito i principi alla base dei meccanismi naturali responsabili delle manifestazioni parallele della mente e del corpo». A. Damasio, *Alla ricerca di Spinoza*, pp. 23,24.

per dirla con i filosofi – emerge dalle attività cerebrali»²⁰, inteso come lo *hard problem* delle neuroscienze in generale. La prospettiva di Nussbaum, in fondo, cerca di compiere, nella sua critica a Rawls, un itinerario simile, dal punto di vista della riabilitazione delle scienze umane contro i miti della misurazione economica per mantenere democratiche la società e i sistemi educativi²¹.

In questa prospettiva, forse oltre la stessa impostazione della Nussbaum, il tema della disabilità, inteso come questione di giustizia, deve a mio avviso essere riletto a partire dalla svolta affettiva nel diritto e anche in metafisica. Come indica Sequeri nel già citato *Deontologia del fondamento*, oltre il classico linguaggio ontologico del diritto naturale e del lessico dei trascendentali, la tradizionale ontologia del fondamento, recependo le istanze critiche di Spinoza e di Nietzsche, nel tentativo di superare la prospettiva positivista che riduce il giuridico a mero sistema di forze e di interessi, pone la questione della giustizia come sovratrascendentale del senso, come una deontologia del fondamento fondata sulla rivalutazione etica dell'Altro (oltre che sulla nozione di generazione, ma non è possibile qui sviluppare il punto). La tradizionale categoria di fondamento, in altre parole, deve assumere un tratto affettivo, relazionale, indicando come il sistema degli affetti, lungi dal costituire un mero riferimento estetizzante, politicamente o semplicemente buonista, costruisca un sistema di forze in grado di intervenire proprio sul piano della riattivazione del legame sociale: ponendosi oltre la mera riduzione contrattualistica e utilitaristica del patto sociale e anche oltre alla posizione di Nussbaum. Non si tratta però di sostituire alla retorica dell'identità una nuova contro retorica dell'Alterità, nota Sequeri, ma di porre una prospettiva che indichi come il tema dell'affezione e della relazione sia il luogo dell'emergere della giustizia affettiva nel luogo stesso del

fondamento del patto sociale: «Come una volta l'Uno fu accreditato di essere principio di perfezione e di somma bontà, adesso lo è l'Altro, ma lo spostamento è puramente formale. Credo che si debba essere più pazienti, più generosi, fare più fatica e fare un buon lavoro qui per mostrare, intrinsecamente dal punto di vista del *Logos*, che la questione che decide la moralità è la questione della giustizia degli affetti»²². Proprio qui si inserisce il tema della svolta affettiva e, seguendo, e forse oltrepassando, la stessa prospettiva della Nussbaum, il ruolo della disabilità e della Terzietà nel progetto della clinica legale. L'inclusione del disabile è l'inclusione di ogni altro in un contesto sociale che mostra come nessuno può vivere da solo e bastare a se stesso e in cui “la vita indipendente” di ciascun (presunto abile) è necessariamente limitata, contro i miti individualistici di certo contrattualismo ma anche di quelli collettivistici e nihilistici postmoderni che rifiutano la stessa categoria di soggetto.

Il tema della disabilità, può quindi essere letto a partire, pertanto, non solo dalla prospettiva della capacità, che potrebbe riproporre un qualche criterio di misurazione, certamente più ampio di quello economicistico-utilitarista in qualche modo criticata e ispirata a una concezione di persona umanistica, ma non suscettibile di risolvere ultimamente il problema della necessità di un criterio di distinzione tra chi giunge a determinati *standard* di prestazione e chi non vi giunge²³. Pur se problematico e certo non ancora sufficientemente individuato, appare opportuno provare a ricercare un tale criterio con gli strumenti di valutazione della giustizia propri della cultura giuridica, rivolgendosi quindi alla figura della Terzietà.

Se la teoria della capacità per Nussbaum è una modalità di ripensare i diritti umani del disabile in chiave inclusiva, il rovesciamento di prospettiva che mi pare interessante è quello di configurare il progetto di inclusione del “disabile” come l'opposto della ro-

20. J. Panksepp - L. Biven, *Archeologia della mente. Origini neuroevolutive delle emozioni umane*, Raffaello Cortina, Milano, 2014, p. 51. In una nota della prefazione i curatori A. Clarici e A. Alcaro, a p. VII, precisano come il termine “affetto” in Panksepp «denota la natura primaria, di base appunto, delle sensazioni legate alle emozioni. Panksepp insiste molto sul carattere primigenio degli affetti di base in quanto retaggio dell'evoluzione e presenti in tutti gli animali. Il termine “*affetto*” raccoglie quindi in sé tutta una serie di sfumature che possono essere rese anche con i termini *sensazione, emozione, affettività*, e altri consimili, in una gradazione che esprime l'elaborazione che questi processi affettivi subiscono nel loro passaggio attraverso le strutture più antiche del cervello fino a ad arrivare alle loro forme più sofisticate nella corteccia cerebrale, espresse dalle emozioni complesse (oltre alla capacità, unica del genere umano, di poter “pensare e comprendere le proprie emozioni” nella coscienza riflessiva o *estesa*). L'opera di Panksepp è permeata dal concetto che tutto lo spettro dell'emotività (e poi della cognitività) umana ha al suo centro l'espressione più nucleare di questi fondamentali processi affettivi primari».

21. Si vedano M. Nussbaum, *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno delle scienze umanistiche*, Il Mulino, Bologna, 2014; *Creare capacità. Come liberarsi dalle dittature del PIL*, Il Mulino, Bologna, 2014 e *Coltivare l'umanità. I classici, il multiculturalismo e l'educazione contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2006.

22. P. Sequeri, *Deontologia del fondamento*, cit., p. 14.

23. Sul quale non a caso Sequeri ha a lungo lavorato teoreticamente fondando un metodo orchestrale per la cura relazionale e affettiva della disabilità, insieme all'ingegnere-psicologa-musicista Licia Sbattella, una delle realtà con cui la clinica legale dell'Università di Torino collabora stabilmente. Si veda L. Sbattella, *La mente orchestra. Elaborazione della risonanza e autismo*, Vita e Pensiero, Milano, 2006; L. Sbattella, *Ti penso, dunque suono. Costrutti cognitivi e relazionali del comportamento musicale*, Vita e Pensiero, Milano, 2013.

botizzazione dell'umano proposto a tutti dalla società contemporanea. Nel mio testo dedicato al concetto di "dignità disabile"²⁴, ho provato a proporre l'idea, certo equivocabile²⁵, che la disabilità sia uno stato che in certi momenti della vita, è proprio di ciascun uomo, almeno nella fase che precede la morte, qualora questa giunga in maniera non improvvisa o in giovane età. La condizione di disabilità è pertanto una situazione non "patologica", ma paradossalmente "normale" dell'umano, anche se fortemente problematica e mai desiderata: il linguaggio per parlarne non dovrebbe pertanto essere espresso in termini di abilità, diversabilità, capacità, ma partendo dall'idea di un'eguaglianza fondata sulla prospettiva della necessaria condivisione di ciascuno almeno di momenti o periodi di "disabilità" di livello diverso nell'arco della vita – certo in cui la diversità, il momento, le condizioni variano in maniera tale da quasi non poter neppure concepire la categoria unitariamente e dal non consentire di assimilare questa situazione a chi lo è in modo permanente. L'unica maniera di negare il problema sarebbe appunto quello di sfuggire il profilo della mancanza e della disabilità propria di ogni vita nella società cosiddetta postmortale²⁶ della meccanizzazione della mente e dell'uomo concepito come l'altro del robot, non più l'altro speculare pensato a immagine e somiglianza del divino o dell'animale²⁷, ma della macchina, sognando un uomo trasformatosi in mente/software codificabile (e pertanto indefinitamente replicabile o "scaricabile" su qualsiasi hardware non corporale) sulla base della centralità "cartesiana" del pensiero concepito come calcolo, e non come "affetto".

In altre parole, neppure la prospettiva qui abbozzata, dell'abbandonare il linguaggio "positivo" della "lista di capacità" per adottare la prospettiva dei differenti gradi di disabilità propri di ognuno dei consociati costituenti la società (e dunque il patto fondatore di essa) può essere pensata come risolutiva di una questione, quella della disabilità, che nella sua dram-

maticità non è risolvibile semplicemente mediante l'adozione di misure, di cure, ma che rivela un fondo che può divenire (ma non necessariamente) uno degli abissi della soggettività propria dell'individuo mortale e che pur deve fondare un modo di vivere sociale e azioni positive per l'inclusione di tutti, nel momento – o durante tutto il periodo – in cui sono "disabili". Concordo sul punto con Monceri, laddove propone, nella sua critica ai *Disability Studies*, di sostituire il termine "disabilità" con il sostantivo "disabilitazione" e l'aggettivo "disabilitato", in grado di «permettere di mantenere viva la consapevolezza del processo che conduce alla nominazione di qualcosa come "disabilità" e di qualcuno come "disabile" in quanto prodotto di molteplici sottrazioni operate a partire dal termine "abilità" che caratterizzerebbe la situazione o condizione dell'individuo umano "normale o standard"»²⁸. In questo senso Monceri indica come dalla nozione di *impairment*, menomazione, si debba produrre un mutamento verso la "disabilitazione", al fine di indicare come non v'è menomazione senza una qualificazione socialmente riconosciuta in tal senso²⁹.

3. Per una visione unitaria del diritto della disabilità fondata sulla terzietà nella clinica legale

Se epistemologicamente appare corretto far apparire sullo sfondo della questione della disabilità o della "disabilitazione" un fondo irrisolvibile e non eliminabile del problema, resta indubbiamente il fatto che la posizione della Nussbaum, ispirata a un'idea di "giustizia positiva" e di azioni positive da compiere per eliminare discriminazione si deve basare su un dato, seppur provvisorio e modificabile, da considerare sufficientemente autorevole e sensato da poter ispirare una normativa e un'azione pubblica. In questo senso la proposta conclusiva che vorrei indicare come frutto, ma anche come base dell'esperienza di

24. P. Heritier, *La dignità disabile. Estetica giuridica del dono e dello scambio*, Dehoniane, Bologna, 2014.

25. Lo slogan "siamo tutti disabili" detto da colui che viene considerato come normodotato in relazione a certi parametri può risuonare, al pari di qualsiasi altra definizione in tema, come gravemente offensivo nei confronti di chi socialmente viene considerato come disabile, specie se "grave". Una definizione terminologica esaustiva e non provvisoria, come comprende bene Nussbaum, appare del tutto irraggiungibile, il che non elimina la rilevanza degli spostamenti terminologici nel costruire una rappresentazione sociale diversa attraverso la normatività del linguaggio.

26. Ultimamente radicata in una negazione della morte propria del transumanesimo, ma in generale dello scientismo assurto a sostituto della religione. Si veda C. Lafontaine, *Il sogno dell'eternità. La società postmortale. Morte, individuo e legame sociale nell'epoca delle tecnoscienze*, Medusa, Milano, 2009.

27. P. Heritier, *L'immagine analogica del robot nelle neuroscienze normative*, in P. Sequeri, *La tecnica e il senso. Oltre l'Uomo?*, Glossa, Milano, 2015, pp. 193-230.

28. F. Monceri, *Etica e disabilità*, Morcelliana, Brescia, 2017, p. 13.

29. F. Monceri, *Etica e disabilità*, cit., p. 109.

ricercazione condotta e ampiamente in corso di elaborazione, condotta insieme al collega Davide Petrini e ai *tutors* e agli esperti nella Clinica Legale della disabilità e della vulnerabilità presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Torino³⁰, è l'adozione di un criterio di misurazione alternativo a quello proposto da Rawls, e modificato da Nussbaum: non fondato su un criterio basato su un sapere economico o utilitaristico, ma su un parametro propriamente giuridico, la nozione di Terzietà.

Il quadro successivo alla menzionata Convenzione Onu in tema di diritti dei disabili e l'adozione delle normative e delle politiche sulla disabilità che ne sono scaturite può essere indicato con efficacia a partire da una semplice constatazione, che attiene all'ambiguità stessa dell'effettività dei diritti umani a fronte del primato dell'economico e delle sue ragioni nelle nostre società, come già constatato nelle critiche operate da Nussbaum verso la concezione di Rawls. Il processo di attuazione dei contenuti della Convenzione Onu non si esaurisce certo nella loro ricezione da parte delle legislazioni nazionali o sovranazionali, ma nel complesso compito di messa in pratica della visione che tale normative implicano, e che spesso significano profondi mutamenti non solo nella rappresentazione sociale dei processi concreti di "disabilitazione", ma anche dei modi in cui il diritto viene pensato, interpretato, applicato. Se infatti la Convenzione afferma decisamente che gli svantaggi provati dalle persone con disabilità sono il prodotto di fattori sociali e ambientali, interagenti con le menomazioni individuali, ponendo barriere alla piena partecipazione e in generale all'inclusione³¹, come precisano Lawson e Priestley, il diritto può essere parte della soluzione (*enabling law*) o parte del problema (*disabling law*) della disabilità, laddove «la disciplina del diritto

è solamente un relativamente recente invitato al banchetto dei *disability studies*»³². Uno dei maggiori problemi che si riscontrano in tema di diritto della disabilità è precisamente la mancanza di un accostamento unitario come disciplina. Disperso in diversi settori dell'ordinamento giuridico, dal diritto civile a quello amministrativo e del lavoro, fino al diritto penale e tributario, il problema del diritto della disabilità è quello della sua frammentazione. Come osserva il magistrato Giorgio Latti, collaboratore della clinica legale, il rischio è la mancanza di una disciplina ispirata all'unità della persona, cui consegue inevitabilmente «il difetto di coordinamento che spesso si osserva tra i servizi coinvolti, con diversi profili, nella vita di una persona con disabilità» che suggerisce «un'attività di elaborazione delle norme che le inserisca in un sistema omogeneo, ispirato da alcuni principi fondamentali»³³. In altre parole, se il testo della convenzione, nel configurare la disabilità come relazione sociale e fondando unitariamente il diritto della disabilità sul diritto alla vita indipendente e alla piena inclusione³⁴, può essere accostato in prospettiva al processo di deistituzionalizzazione successivo all'approvazione della legge Basaglia³⁵, il quadro normativo, l'interpretazione e la sensibilità dei giudici, le prassi delle pubbliche amministrazioni coinvolte sembrano spesso ancora ispirate da una visione in cui i diritti sanciti e recepiti dalla normativa nazionale, a fronte della situazione di crisi economica, o più semplicemente di una visione desueta del fenomeno 'disabilità' rappresentano poco più di un'opzione possibile. Come efficacemente indicano Marchisio e Curto «è come se il piano del diritto sbiadisse mano a mano che si avvicina alle pratiche, rendendo la piena cittadinanza per le persone con disabilità un'opzione di cui i tecnici possono valutare l'opportunità»³⁶.

30. Su quest'esperienza di ricercazione, il numero 1/2018 di *Teoria e Critica della Regolazione sociale, La "nuova" attualità di Vico e la clinica legale della disabilità. Diritto e metodo umanistico*, a cura di F. Di Donato e P. Heritier, Mimesis, Milano, in corso di pubblicazione, in cui le diverse competenze, giuridiche, psicologiche, pedagogiche, comunicativo-cinematografiche degli esperti che collaborano stabilmente alla clinica sono presentate.

31. E. Flynn, *Disabled Justice? Access to Justice and the UN Convention on the Right of Person with Disabilities*, Routledge, Oxon, New York, 2016, p. 6.

32. A. Lawson - M. Priestley, *The social model of disability: question for law and legal scholarship?*, in P. Blanck, E. Flynn, eds. *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*, Routledge, London, New York, 2017, p. 15, traduzione nostra.

33. G. Latti, *I diritti esigibili. Guida normativa all'integrazione sociale delle persone con disabilità*, Franco Angeli, Milano, 2019, pp. 15, 16.

34. Per questo aspetto rinvio alla prospettiva del Centro per la vita Indipendente, altra realtà che collabora con la clinica legale. Si veda C.M. Marchisio - N. Curti, *Senza Muri. Attivare il territorio per promuovere i diritti*, Aracne, Roma, 2012; C.M. Marchisio - N. Curti, *Costruire futuro. Ripensare il dopo di noi con l'Officina della Vita Indipendente*, Erickson, Trento, 2017.

35. C.M. Marchisio - N. Curti, *Costruire futuro*, cit., pp. 28 ss.

36. C.M. Marchisio - N. Curti, *Focus. La clinica legale della disabilità e della vulnerabilità. Esperienze*, in TCRS 1/18, *La "nuova" attualità di Vico e la clinica legale della disabilità*, cit., in corso di pubblicazione. Si veda anche nello stesso numero, il resoconto di un caso studiato nella clinica, L. Salvadori, *Argomentazione ed interessi metagiuridici: le contraddizioni delle norme e degli interpreti nella tutela dei diritti delle categorie vulnerabili. Anna ha il diritto di andare al cinema?*

A fronte di questa situazione, può apparire come uno strumento minimo come la clinica legale possa essere utile nel contribuire a formare una nuova classe di operatori della giustizia sensibile alla prospettiva giurisprudenziale e applicativa evolutiva sopra indicata. Se come precisa Petrini, oggi il senso della clinica legale nell'insegnamento della giurisprudenza consiste nell'indirizzare verso un metodo casistico legato a una motivazione umanistica³⁷, può essere opportuno indicare come, nel caso specifico della disabilità, la particolare posizione della clinica legale si ponga in stretto rapporto con la nozione di terzietà. Legata al realismo giuridico e al *common law*, la clinica legale costituisce un metodo, pensato in analogia con la clinica medica, in cui lo studente assiste a "operazioni legali", con lo scopo, come indicato già da Jerome Frank, di insegnare il lato umano dell'amministrazione della giustizia, fondandolo sulla centralità del cliente come protagonista della storia legale e come agente narrativo nella ricostruzione del fatto e nella costruzione di una strategia difensiva³⁸. Proprio il tratto "inclusivo" della relazione con il cliente che si sperimenta nella clinica appare un elemento adeguato alla tutela del disabile o dell'associazione di disabili, condotta attraverso un metodo narrativo ispirato alle *Law and Humanities*³⁹, a sua volta legato a una metodologia topica e retorico-argomentativa nel processo come strumento di controllo del ragionamento a partire dal principio del contraddittorio⁴⁰. Senza peraltro dimenticare la distinzione tra la "rappresentazione della situazione" e "l'analisi giuridica del caso": nella metodologia della clinica gli studenti sono invitati a "rappresentarsi" il caso in modo umanistico girando un documentario che ne illustra alcune specificità, ma, nel momento in cui lo analizzano

dal punto di vista giuridico, devono naturalmente riprendere una posizione "terza", in una dialettica tra relazione e distanza che sembra poter indicare il senso della differenza fra giustizia e semplice condivisione umanistica di un dramma. Il dilemma metodologico in cui si svolge il dibattito tra sostenitori di una formazione positivista tradizionale e di un metodo casistico è stato efficacemente sintetizzato da Jacob, che nota come il problema della tradizionale didattica frontale è che di fronte a essa gli studenti sono passivi, e ciò causa una bassa efficienza dell'insegnamento a fronte di un costo ridotto, visto l'elevato numero di utenti per una lezione. D'altra parte il metodo casistico e clinico tende a poter essere esteso a pochi studenti, e richiede quindi l'impegno di risorse economicamente considerevoli per essere esteso a tutti, e inoltre rischia di coprire solo parte degli insegnamenti di cui lo studente necessita, assorbendo altresì così tanto tempo «*that no time is left for the study and discussion of the fundamental philosophy, ethical bases, or the social context of the law*»⁴¹. Jacob, usando le parole del romanziere ceco Capek, attribuisce all'educazione giuridica il seguente dilemma metodologico «*Every man should know something about everything and everything about something*». *The question is whether there remains enough time to learn "everything about something" if you have to learn "something about everything"*»⁴². Il problema sembra lo specchio della questione indicata in precedenza da Latti come il contrasto tra un accostamento olistico e unitario alla questione della disabilità, fondato su una concezione della persona, metodo suggerito dalla Convenzione Onu e dai suoi testi applicativi, e uno giurisprudenziale o amministrativo, in cui il tema della disabilità viene considerato come una del-

37. «Come dimostra la nostra esperienza, gli studenti non ne possono veramente più delle modalità didattiche tradizionali. Digeriscono a stento, e solo perché non possono farne a meno, ore e ore di didattica frontale, finalizzate ad imparare una quantità sterminata di nozioni riportate in un manuale. E se si offre loro un modo diverso di affrontare lo studio del diritto positivo, sono in grado di fare grandi sacrifici, di dedicare molto più tempo e soprattutto risorse ed energie, pur di sperimentare un approccio concreto, casistico, che rende conto del fatto che l'ordinamento giuridico vigente non costituisce uno dei capitoli di "Finzioni" di Borges, ma è una realtà che quotidianamente entra (talora con drammaticità impareggiabile) nelle esistenze dei cittadini, soprattutto di quelli, appunto, più vulnerabili», D. Petrini, in *Focus. La clinica legale della disabilità e della vulnerabilità. Esperienze*, cit. in corso di pubblicazione. Nella sterminata bibliografia in tema di cliniche legali, F. Di Donato, F. Scamardella, *Il metodo clinico legale. Radici teoriche e dimensioni pratiche*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; A. Maestroni, *Accesso alla giustizia, solidarietà e sussidiarietà nelle cliniche legali*, Torino, Giappichelli, 2018.

38. F. Di Donato, *L'approccio clinico-legale fra visioni pionieristiche e future sfide*, in F. Di Donato - F. Scamardella, *Il metodo clinico legale*, cit., p. 18.

39. F. Di Donato, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della "narrazione" nel processo*, Franco Angeli, Milano, 2008; A. Amsterdam - J. Bruner, *Minding the Law. How Courts Rely on Storytelling, and How Their Stories Change the Way We Understand the Law - and Ourselves*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2000.

40. M. Manzin, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Giappichelli, Torino, 2014; A. Giuliani, *La filosofia retorica di Vico e la nuova retorica*, in *Atti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società Nazionale di Scienze, Lettere ed Arti in Napoli*, Libreria Scientifica, Napoli, 1974, pp. 142-160.

41. A. Jacob, *Dilemmas of Legal Education: a Comparative Overview*, in *Journal of Legal Education*, Vol. 57, 2/2007, p. 258.

42. A. Jacob, *op. cit.*, 253.

le molteplici norme positive da applicare rispettando i vincoli della misurazione economica (e dunque implicitamente dimenticando la questione di giustizia connessa alla posizione del disabile). Intorno a questo dilemma, l'ipotesi che propongo conclusivamente è quella di ricorrere a una teoria della terzietà nella clinica legale della disabilità e della vulnerabilità. Senza poter approfondire il punto, la teoria del Terzo come tratto metodologico caratterizzante il diritto in quanto tale, proposta da Kojève⁴³, e non solo per l'operato del giudice o dell'amministrazione, nella forbice aperta del rapporto tra diritto e politica⁴⁴, tra neutralità e azione positiva, deve essere riletta alla luce del problema dell'applicazione concreta delle norme della Convenzione Onu. A fronte di una concezione economicistica oggi prevalente da parte della giurisprudenza e della pubblica amministrazione, non può essere infatti accettata una valutazione riduzionista e basata su argomenti di ordine principalmente economico delle istanze di giustizia sollevate da disabili o da associazioni di disabili che si vedono negati i diritti loro ascritti da testi di valore universale come la Dichiarazione Onu. D'altra parte indubbiamente tali problemi riferiti al bilancio economico dello Stato devono essere tenute in conto, ma all'interno di una logica di riorganizzazione delle strutture che non veda tutelati gli interessi di fatto dominanti, ma la posizione del disabile, e idealmente di ogni cittadino, considerato come potenziale disabile: oltrepassando qualsiasi differenza di posizione tra il cittadino presunto "normale" e il "disabile". Di fronte a questa situazione, il ruolo della clinica legale mi sembra quello di cercare una posizione di terzietà che si pone tra il politico e il giuridico, in cui al mito positivistic della posizione neutra della terzietà si ponga una concezione che propone un confronto tra diverse accezioni di terzietà. In cui, per semplificare un tema analizzato altrove, può trovare spazio una teoria della retorica della ragione come quella proposta dal filosofo Jean Robelin⁴⁵, che articola una concezione del terzo come "noi" (politica, comunitaria), che si contrappone a

una figura del luogo terzo come l'impersonale "si" (giuridica e inaccessibile, a cui gli operatori – compresi i giudici – si possono solo avvicinare e mai dominare o possedere)⁴⁶ e che mi pare raggiungere da un lato le istanze della concezione della giustizia di Sequeri, d'altro lato i rilievi vichiani volti alla riabilitazione del metodo retorico nella costruzione di una Scienza Nuova, della figura del Terzo, contro le visioni di Cartesio e di Spinoza. Nella dialettica e nella tensione tra diverse figure di terzietà (politica del "noi", impersonale del "si") si può forse porre quel processo di progressivo avvicinamento alle istanze della giustizia come trasformazione della società di cui è portatrice la questione della disabilità come questione di giustizia che interessa l'intera società. E, forse, lo stesso superamento di una misurazione meramente economicistica dell'interesse in una concezione in cui, al di là dei meri numeri del calcolo economico, venga ridato spazio a quell'ideale di terzietà come forma di valutazione *giuridica adeguata* dell'interesse sociale, legata al sapere giuridico e al posto del Terzo. In questo contesto, fra e contro la terzietà del giudice e della pubblica amministrazione, anche la "terzietà" della prospettiva della Clinica Legale (del sapere universitario) può forse condurre a individuare interpretazioni innovative e al tempo stesso ordinamentali di quella radicale provocazione che la Convenzione Onu ha aperto e che rimane una sfida alle prassi interpretative esistenti⁴⁷. In questi tempi forse di nuova barbarie economicistica, nel concepire in senso meramente funzionalistico la cosiddetta "terza missione" dell'università⁴⁸ – accanto a quelle tradizionali della formazione e della ricerca, quella di un dialogo con la società e della realizzazione d'un'economia della conoscenza – porre la questione della retorica della ragione e fare un riferimento al problema dell'unità della ragione mi sembra a un tempo provocatorio e opportuno. In questo senso, vorrei, in modo certo contingente e limitato alla metodologia di una Clinica Legale della disabilità intesa come clinica della terzietà, riferirmi e rovesciare il significato di "terza mis-

43. Nel suo celebre, A. Kojève, *Linee di una fenomenologia del diritto*, Jaca Book, Milano, 1989.

44. N. Bobbio, *Il Terzo assente, Saggi e discorsi sulla pace e della guerra*, Sonda, Torino, 1989, a cura di P. Polito; P. Portinaro, *Il terzo. Una figura del politico*, Franco Angeli, Milano, 1986.

45. J. Robelin, *Pour une rhétorique de la raison*, Kimé, Paris, 2006.

46. Sul punto si veda l'interessante contributo del giudice A. Costanzo, in B. Montanari, *Luoghi della filosofia del diritto. Idee, strutture, mutamenti*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 117-144.

47. Si vedano, più diffusamente, J. Robelin, *La retorica giuridica come produzione politica del luogo del terzo*, e P. Heritier, *Provvidenza vichiana e metodo clinico legale della terzietà*, in *La nuova attualità di Vico e la clinica legale della disabilità*, cit, in corso di pubblicazione.

48. Per un inquadramento del problema P. Prodi, *Università dentro e fuori*, Il Mulino, Bologna, 2013; A. Baccini, *Valutare la ricerca scientifica. Uso ed abuso degli indicatori bibliometrici*, Il Mulino, Bologna, 2010; F. Bertoni, *University. La cultura in scatola*, Laterza, Roma-Bari, 2016.

sione” dell’Università, intendendola come “missione della cura del Terzo”. Nel senso precisamente della costruzione contingente di uno spazio in cui l’università prova a introdursi, come Clinica Legale, nell’analisi di casi – e nella violazione dei diritti dei disabili spesso perpetrata nelle amministrazioni e nei tribunali – ponendosi come sapere che si pone nel processo di comunicazione giuridico e rappresentativo, culturale, osservabile tra i singoli disabili o le associazioni di disabili e l’amministrazione dello Stato, di cui pur l’Università fa parte, seguendo una metodologia ispirata alla costruzione di una retorica della ragione e del diritto di ispirazione vichiana⁴⁹. Provando a costruire una prospettiva di terzietà critica auspicata – tutta da realizzare, rispetto alle pretese a volte meramente rivendicative delle associazioni o al diniego di

diritti spesso perpetrato dalle amministrazioni adducendo ragioni economiche e necessità di rispetto di vincoli di bilancio – mediante il piccolo contributo apportabile alla costruzione di un diritto della disabilità e della vulnerabilità considerato filosoficamente in senso unitario, e non frammentato e disperso nei singoli settori dell’ordinamento. Ove il problema della disabilità possa divenire, come precisa Nussbaum, una nuova frontiera della giustizia, ascrivibile a livello disciplinare alla filosofia del diritto proprio come la bioetica, ma in senso differente da essa, proprio per il suo porre la questione della Terzietà come retorica della ragione fondato sull’uso del metodo retorico del contraddittorio di fronte al luogo inaccessibile della verità e della giustizia e non a quello del mero possesso della forza proprio del diritto positivo.

49. P. Heritier, *Vico e le law and humanities nella clinica legale della disabilità e della vulnerabilità*, in F. Di Donato - F. Scamardella, *Il metodo clinico-legale. Radici teoriche e dimensioni pratiche*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2016, pp. 113-138.

La partecipazione del disabile alla vita sociale

di Giuseppe Tucci

L'articolo mette in evidenza il grande ritardo, con cui è stata eliminata la discriminazione contro il disabile nella nostra esperienza giuridica rispetto alle altre ipotesi di discriminazione. Attualmente i diritti inviolabili formalmente riconosciuti allo stesso sono numerosi e mirano alla sua partecipazione alla vita sociale ed all'integrazione nella stessa. Tuttavia, nell'attuazione concreta di tali diritti, il disabile incontra notevoli difficoltà, poiché è costretto a ricorrere per lo più al Giudice, dando luogo ad un fitto contenzioso, non operando nei suoi confronti la cultura dell'incontro e del dialogo, che, in nome della solidarietà sociale, prescinde dalla forza coattiva del diritto, per sua natura strumento eccezionale di controllo sociale.

1. Il divieto della discriminazione contro il disabile ed i ritardi del nostro ordinamento giuridico: il ruolo del diritto sovranazionale

Le diverse forme di discriminazione, come rileva un grande esperto del problema, obbediscono al principio dei vasi comunicanti, nel senso che, da quelle sindacali a quelle politiche, da quelle di genere a quelle per disabilità, sono sempre "contro" qualcuno¹. Ciò vale, in particolar modo, per la discriminazione contro il disabile, rispetto alla quale molte norme di diritto sostanziale, con i relativi rimedi giuridici, sono state progressivamente estese a sanzionare quest'ultima, quando già da tempo le altre discriminazioni, egualmente odiose nella loro ottusità, erano state combattute e completamente eliminate dal mondo del diritto. Come ricorda Thurgood Marshall, il primo Giudice di

colore nominato da Lindon Johnson, dopo essere stato l'avvocato di punta nella lotta contro la segregazione razziale, la logica delle diverse discriminazioni, da quella sindacale, a quella politica, a quella derivante da disabilità è sempre la stessa ed obbedisce, in negativo ed in positivo, alla teoria dei vasi comunicanti².

Nella nostra esperienza giuridica nazionale, la tutela del disabile diventa effettivamente efficace solo a partire dagli anni novanta del secolo scorso, grazie all'intervento di ordinamenti sovranazionali. La discriminazione contro il disabile non viene messa in discussione neppure dalla ventata di modernizzazione che la società italiana conosce sin dagli inizi degli anni sessanta, con anticipazioni già negli anni cinquanta, che contesta la discriminazione praticata nei luoghi di lavoro per ragioni di repressione sindacale e politica, e la discriminazione basata sulla diversità di sesso, ma non quella basata sull'*handicap* e sulle

1. La preziosa riflessione è di T. Ramm, *Introduction*, in F. Schmidt (a cura di), *Discrimination in Employment*, Almqvist & Wiksell International, Stockholm, 1978, p. 17. T. Ramm, giurista ebreo, costretto ad emigrare in Inghilterra, è stato uno dei padri del diritto del lavoro del secondo dopoguerra insieme al nostro Gino Giugni, con il quale ha condiviso la ricerca sopra richiamata, ed è stato determinante, unitamente a moltissimi suoi colleghi egualmente perseguitati dal nazismo, nella costruzione della scienza giuridica sovranazionale, quale quella a noi contemporanea. Su ciò v. G. Tucci, *Ricordo di Stefan Albrecht Riesenfeld (1908-1999)*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, pp. 683 ss.

2. Sulla significativa personalità di Thurgood Marshall, v. M. V. Tushnet (a cura di), *Thurgood Marshall: His Speeches, Writings, Arguments, Opinion and Reminiscences*, Chicago, Lawrence Hill Books, 2001, X; Id., *Making Constitutional Law. Thurgood Marshall and the Supreme Court (1961-1991)*, Oxford University Press, New York Oxford, 1997, pp. 20 ss.

ragioni di salute³. Oggi, al contrario, gli interventi legislativi, che tutelano i disabili, sono numerosissimi, ma le loro violazioni sono assai frequenti ed occorre il più delle volte ricorrere a diversi gradi di giudizio per ottenere il rispetto dei diritti ormai formalmente riconosciuti⁴.

2. La discriminazione contro la donna alle cariche, professioni e impieghi pubblici e la legge 9 febbraio 1963, n. 66

Per ciò che riguarda la discriminazione di genere, l'articolo 7 della legge 17 luglio 1919, n. 1176, nel clima dell'immediato primo dopoguerra del secolo scorso, prima che si affermasse l'ondata reazionaria del fascismo, ammetteva le donne all'esercizio di quasi tutte le professioni e pubblici impieghi - eliminando ogni ostacolo di accesso alla professione di avvocato spesso ribadito dalla giurisprudenza, ma le escludeva, tra l'altro, dall'esercizio della giurisdizione⁵. Il successivo articolo 8 dell'Ordinamento giudiziario del 1941, il cd. Ordinamento Grandi, dopo le leggi fascistiche e quelle razziali, consentiva l'accesso alle funzioni giudiziarie soltanto al cittadino italiano di razza ariana, di sesso maschile ed iscritto al Partito nazionale fascista⁶.

L'Assemblea costituente eliminò la discriminazione politica, cancellò quella razziale, ma non abolì

espressamente la discriminazione basata sulla diversità di sesso. Infatti, l'articolo 51 della Costituzione riconosce la possibilità dei cittadini dell'uno e dell'altro sesso di accedere agli uffici pubblici in condizione di eguaglianza, facendo però salvi i requisiti stabiliti dalla legge ordinaria, tra i quali era considerato legittimo il requisito del sesso maschile⁷. E ciò in quanto la donna, come sostenne autorevolmente il democristiano Giovanni Leone, era assolutamente incapace di raggiungere le "rarefatte vette del tecnicismo giuridico", necessarie per esercitare la funzione giurisdizionale, o, in ogni caso, come sostenne un noto Indipendente di sinistra, Enrico Molè, essendo non idonea ad operare con il necessario equilibrio fisiopsichico durante il periodo mestruale; seguiti in ciò da una singolare pubblicazione di un deputato comunista ancora negli anni cinquanta⁸. Solo nel 1960, superando in parte una sua precedente decisione di appena due anni prima, la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità dell'articolo 7 dell'antica legge del 1919, nella parte, in cui escludeva le donne dagli uffici pubblici che implicavano l'esercizio di particolari potestà⁹. Si apriva così la strada per l'approvazione della legge 9 febbraio 1963, n. 66, che finalmente consentì l'accesso delle donne a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, compresa la magistratura, sicché, con successivo Dm del 3 maggio 1963 fu bandito il primo concorso in magistratura aperto alla partecipazione delle donne, e con il Dm del 5 aprile 1963, le otto vincitrici entrarono nel relativo ruolo¹⁰.

3. Per tale importante vicenda G. Tucci, *La giustizia e i diritti degli esclusi*, E.S.I., Napoli, 2013, p. 37, con Prefazione di P. Rescigno. Sulla progressiva realizzazione del principio di eguaglianza nel nostro diritto privato, v. P. Rescigno, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato a proposito di un libro tedesco*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1515 ss.; Id., *Ancora sul principio di uguaglianza nel diritto privato*, in *Foro it.*, 1960, I, p. 660, successivamente raccolti in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Il Mulino, Bologna, 1966, pp. 338 ss.

4. Il rilievo è contenuto in *Superabile Inail*, 21 giugno 2015, che denuncia ben 530 denunce di discriminazioni per la sola Lombardia, pervenute all'apposito Centro integrato per la disabilità.

5. Appartiene anche alla storia del costume la motivazione di Appello Torino, 11 novembre 1883, in *Giur. it.*, 1884, II, pp. 10 ss., ma v. anche Cass. Torino, 21 luglio 1880, in *Foro it.*, 1881, II, pp. 69 e 19.

6. Per la storia delle discriminazioni in Italia, v. S. Rodotà, *Libertà e diritti in Italia dall'Unità ai nostri giorni*, Donzelli, Roma, 1997, pp. 42 ss., successivamente Donzelli, Roma, 2011. La riforma dell'Ordinamento giudiziario del 1941 è ampiamente spiegata da S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 43 ss.

7. Per la funzione svolta dall'articolo 51 Cost., v. M. Midiri, *Rapporti politici*, in R. Bifulco - A. Celotti - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 1020. Per ampie informazioni sull'uso della norma anche in funzione di conservazione del divieto v. C. Latini, *Quaeta non movere. L'ingresso delle donne in magistratura e l'articolo 51 della Costituzione. Un'occasione di riflessione sull'accesso delle donne ai pubblici uffici nell'Italia repubblicana*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2014, pp. 143 ss.

8. Il dibattito in sede di Assemblea costituente è riassunto, con brillante ironia, da G. Luccioli, *La presenza delle donne nella magistratura italiana*, sito www.donnemagistrato.it. Nel testo si fa riferimento a E. Ranelletti, *La "donna-giudice" ovvero la "grazia" contro la "giustizia"*, Giuffrè, Milano, 1957, in diretta polemica con l'allora Ministro di grazia e giustizia Aldo Moro, ma non isolato nel suo gruppo parlamentare, peraltro tiepido nella difesa dei diritti. Su ciò v. I. Li Vigni (a cura di), *Avvocata. Sviluppo e affermazione di una professione*, Franco Angeli, Milano, 2013, pp. 167 ss.

9. Per tali storiche decisioni v. Corte cost., 13 maggio 1960, n. 33, in *Foro it.*, 1960, I, 705, e in *Giur. Cost.*, 1960, p. 563, con note di V. Crisafulli e C. Esposito. In precedenza v. Corte cost., 3 ottobre 1958, n. 56, in *Foro it.*, 1958, I, p. 1393, e in *Giur. Cost.*, 1959, III, pp. 12 ss.

10. Precise indicazioni sul tema si trovano sempre in G. Luccioli, *La presenza delle donne nella magistratura italiana*, cit., loc. cit.

3. Le modalità di discriminazione contro il disabile: l'uso abnorme della sana e robusta costituzione fisica come requisito generale di accesso al pubblico impiego. L'accertamento dell'idoneità concreta a svolgere un determinato lavoro e la legge 12 marzo 1999, n. 68

Contrariamente a ciò che è avvenuto per la donna, un disabile (o una disabile), che si fosse presentato/a allo stesso concorso, bandito in quell'anno 1963 e nei successivi, non sarebbe stato ammesso; e ciò a prescindere dal suo grado di disabilità e, naturalmente, anche se avesse dimostrato di possedere con grande competenza quel "rarefatto tecnicismo giuridico", che, in sede di Assemblea costituente, si riteneva assolutamente estraneo alle donne.

Il meccanismo discriminatorio si è basato per decenni sull'interpretazione di leggi ordinarie succedutesi nel tempo, che nessuno, nemmeno i protagonisti dell'Assemblea costituente, si è mai sognato di valutare in termini di incostituzionalità; e ciò sia nel settore del pubblico impiego che in quello del lavoro privato¹¹. Quanto al primo settore, per lunghi anni, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, senza mai dare luogo ad alcun dubbio di incostituzionalità, è rimasto operante l'articolo 221 del Tu sul Pubblico impiego (Rd 3 marzo 1934, n. 383), che prevedeva la «sana e robusta costituzione fisica» come assoluto, generale e generico requisito-catenaccio di accesso per il pubblico impiego; prospettiva questa, che dettata chiaramente da pregiudizi anche di natura cd. estetica e/o di decoro (il pubblico ufficiale, che, magari, zoppica), non è assolutamente cambiata, allorché il successivo Testo unico sul pubblico impiego (dPR 10 gennaio 1957, n. 3), con l'articolo 2, ha sostituito la «sana e robusta costituzione fisica» con la «idoneità al pubblico impiego», considerando però anche questa come generico e generale requisito di accesso al pubblico impiego in modo da escludere il disabile da quest'ultimo in maniera radicale¹².

Solo l'articolo 22 della legge n. 104/1992 ha stabilito, in nome del buon senso e contro ogni pregiudizio, che, ai fini dell'assunzione al pubblico impiego, e quindi come requisito generale e generico per l'accesso allo stesso, non è richiesta in astratto la famigerata sana e robusta costituzione fisica, ma l'idoneità concreta a svolgere un determinato lavoro, dovendosi quindi ritenere tacitamente abrogata la disciplina generale, prevista nel Testo unico del 1957, per incompatibilità con la nuova disciplina. Per opporsi al tentativo dell'allora Ministro della funzione pubblica di escludere, con apposita circolare, i portatori di *handicap* dalla nuova disciplina¹³ fu, pertanto, necessario l'ulteriore intervento del legislatore con l'articolo 16, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, che ha sradicato finalmente dal nostro Ordinamento l'assurdo principio, stabilendo che, salvi i requisiti di idoneità specifica per funzioni singole, sono abrogate espressamente tutte le norme che richiedono il requisito della sana e robusta costituzione fisica nei bandi di concorso per il pubblico impiego. Ad ulteriore specificazione del principio è intervenuta una giurisprudenza ormai consolidata del Consiglio di Stato, ulteriormente potenziata in funzione di garanzia per il disabile dall'articolo 42 del decreto legge n. 69/213, convertito con legge 9 agosto 2013, n. 98 stabilendo che l'idoneità fisica deve essere accertata caso per caso, con riferimento alle mansioni afferenti il posto da coprire, a meno che non sia richiesta una specifica idoneità fisica e psichica per alcune funzioni (ad esempio, per i corpi deputati all'ordine e/o al soccorso pubblico)¹⁴.

Lo stesso articolo 16 della legge n. 68/1999 ha ulteriormente tutelato le categorie protette, stabilendo che i bandi di concorso debbano prevedere speciali modalità di svolgimento delle prove di esami proprio per consentire ai disabili di partecipare ai concorsi in effettive parità di condizioni con gli altri. E ciò al fine di rendere possibile alla Pubblica amministrazione interessata, debitamente resa edotta delle minorazioni del candidato, di attrezzare le sedi, dove si svolgono le prove dell'esame nella logica dell'articolo 3, comma 2, della Costituzione.

11. Per tale singolare vicenda v. P. Chieco, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv.dir. lav.*, 2002, pp. 76 ss.

12. Per una panoramica in tal senso v. A. M. Perrino, *Il rapporto di lavoro pubblico*, Cedam, Padova, 2004, pp. 1333 ss.

13. Si tratta della circolare 28 giugno 1992, n. 90543/7/488.

14. In questo senso v. Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 248, in *Cons. Stato*, 2009, 256; Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2003, n. 6845, in *Dir. e giur.*, 2003, p. 83, con nota di G. Tinelli. L'articolo 42 del decreto legge n. 69/213, convertito con legge 9 agosto 2013, n. 98, ha disposto che è formalmente soppresso il certificato di idoneità fisica all'impiego, stabilendo che alcune specifiche certificazioni a riguardo non possono essere assolutamente richieste.

4. (segue) La discriminazione contro il disabile nel rapporto di lavoro privato e la sua abolizione con l'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori come modificato con l'articolo 4, comma 1, del dl 9 luglio 2003, n. 216, in attuazione della Direttiva 2000/78/Ce

La tutela del disabile, nell'ambito del rapporto di lavoro privato, si realizza anch'essa, in maniera del tutto simile a ciò che è accaduto per il rapporto di pubblico impiego, attraverso un processo di integrazione legislativa del regolamento contrattuale, iniziato nei primi anni sessanta¹⁵.

L'originario testo dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300 (Statuto dei lavoratori), posto a disciplina degli atti discriminatori, sancisce soltanto la nullità di qualsiasi patto diretto a subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad un'associazione sindacale ovvero cessi di farne parte, ovvero di qualsiasi patto diretto a licenziare o comunque a pregiudicare un lavoratore a causa della sua posizione sindacale oppure della sua partecipazione ad uno sciopero¹⁶.

Con l'articolo 15 dello Statuto, pur nella sua originaria versione, la tutela del lavoratore compie un notevole passo avanti rispetto all'articolo 4 della famosa legge 15 luglio 1966, n. 604, in tema di licenziamenti individuali, che sancì per la prima volta, nel nostro ordinamento, la fine del potere indiscriminato di licenziamento del datore di lavoro, configurando come inefficace il licenziamento privo di giusta causa o di giustificato motivo¹⁷. Tale ultima norma colmò almeno in parte la mancata costituzionalizzazione del diritto del lavoro, come fu rilevato da Ugo Natoli: il giurista che, già nei primissimi anni cinquanta del secolo scorso, sostenne, in occasione di un celebre caso verificatosi all'interno della Fiat proprio in que-

gli anni (il caso Santhià), la nullità dei licenziamenti per ragioni politiche o sindacali sulla base dell'applicazione diretta dell'articolo 41 Cost., considerando il precetto costituzionale come norma imperativa posta a disciplina della fattispecie negoziale del recesso del datore di lavoro¹⁸. Successivamente, con l'articolo 13 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, viene estesa finalmente la tutela di cui all'articolo 15 dello Statuto alla discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso. Ma solo dopo circa ventisei anni, con l'articolo 4, comma 1, del dl 9 luglio 2003, n. 216, in attuazione della Direttiva 2000/78/Ce per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, quella tutela viene estesa alle discriminazioni basate sull'*handicap*, sull'età oppure sull'orientamento sessuale o sulle condizioni personali¹⁹.

In definitiva, anche per il rapporto di lavoro privato, soltanto all'inizio del XXI secolo, il lungo silenzio sulla discriminazione del disabile è venuto meno non per una dinamica interna al nostro ordinamento, ma grazie a sopraggiunte disposizioni di diritto comunitario.

5. La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006: la partecipazione del disabile alla vita sociale come strumento di effettiva salvaguardia dell'equilibrio fisico e psichico dello stesso

La tutela internazionale e, più genericamente, sovranazionale del disabile registra negli ultimi tempi una notevole accelerazione che conferma, nel settore specifico, l'imperatività globale dei diritti umani, rilevata da un grande studioso dei problemi attuali della giustizia, anche se oggi, proprio nello stesso settore,

15. Sul punto v. E. Di Berardino, *Note sulla integrazione della disciplina del lavoro e della regolamentazione contrattuale nei rapporti individuali di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1968, p. 3. Sul diritto al lavoro dei disabili, in particolare dopo la legge 68/1999, v. A. Tursi, *La nuova disciplina del diritto al lavoro dei disabili*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, pp. 727 ss.; M. Cinelli - P. Sandulli (a cura di), *Diritto del lavoro dei disabili*, Commentario alla legge 68/1999, Giappichelli, Torino, 2000; G. Pera, *Disabili (diritto al lavoro dei)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2001; G. G. Balandi (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 28 ss.

16. A riguardo v. G. Giugni, *Political, Religious and Privat-Life Discrimination*, in F. Schmidt, *Discrimination in Employment*, cit., p. 217.

17. Per tale evoluzione v. il significativo commento di G. Giugni, *Atti discriminatori*, in A. Freni, G. Giugni, *Lo statuto dei lavoratori*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 58 ss., nonché il successivo commento di G. Ghezzi, *Atti discriminatori*, in U. Romagoli - L. Montuschi - G. Ghezzi, F. Mancini, *Statuto dei lavoratori*, Zanichelli, Bologna-Roma, Il Foro italiano, 1972, pp. 204 ss.

18. Degno di grande attenzione è sempre U. Natoli, *Evoluzione e involuzione del diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1967, I, p. 214; Id., *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, in *Ivi*, 1951, I, pp. 105 ss.

19. Sul ruolo dell'attuazione della Direttiva in esame nella tutela del disabile v. V. Piccone, *Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato*, in questa *Rivista on line*, 15 febbraio 2017, www.questionegiustizia.it/articolo/parita-di-trattamento-e-principio-di-non-discriminazione-nell-ordinamento-integrato_15-02-2017.php.

si manifestano, in termini simmetrici, pericolose tendenze di regressione della coscienza sociale²⁰.

In tale prospettiva, fondamentale risulta la Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, firmata dall'Italia il 30 marzo 2007 e ratificata con legge 3 marzo 2009, n. 18²¹. Essa rappresenta la prima grande iniziativa del XXI secolo in materia di diritti umani e si ispira non più alla sola idea della protezione del disabile dalle discriminazioni, di cui è stato vittima nei secoli, ma a quella della partecipazione del disabile alla vita sociale e dell'inclusione dello stesso in tutti i rapporti interindividuali come strumento di effettiva salvaguardia dell'equilibrio fisico e psichico dello stesso.

Per comprendere la portata innovativa della Convenzione, estremamente significativo è il riconoscimento della disabilità, contenuto nel punto e) del Preambolo e richiamato nell'articolo 1, come concetto evolutivo, di contenuto sociale, risultante dall'iterazione tra persone con impedimenti e barriere attitudinali ed ambientali, che impediscono la loro effettiva partecipazione nella società su basi di eguaglianza con gli altri. Secondo l'ottica della Convenzione, pertanto, non è il disabile, che, per un suo presunto stato naturale si trova di fatto ostacolato nell'esercizio dei suoi diritti, ma è la società, che, con le sue strutture e sovrastrutture, impedisce la piena partecipazione del disabile alla vita di relazione e crea, di conseguenza, la disabilità. In definitiva, scaturendo lo svantaggio non tanto da caratteristiche medico-sanitarie dell'individuo, ma dall'incapacità delle strutture sociali di adeguarsi alle diverse esigenze della persona affetta da *handicap*, la disabilità è una condizione sociale di minorità, che lo Stato ha l'obbligo di rimuovere con azioni positive²².

6. L'impegno degli Stati firmatari a prendere tutte le misure appropriate per assicurare ai disabili gli accessi ai luoghi sociali idonei allo scopo dell'integrazione

Attuano in concreto la riscontrata portata innovativa della Convenzione l'articolo 9, in tema di accessibilità, che realizza il principio di cui all'articolo 3, lett. c), secondo il quale, per consentire alle persone disabili di partecipare effettivamente a tutti gli aspetti della vita sociale, gli Stati si impegnano a prendere tutte le misure appropriate per assicurare gli accessi ai luoghi sociali idonei allo scopo dell'integrazione. Malgrado i dubbi sollevati, la norma riconosce espressamente all'accessibilità la natura di diritto soggettivo azionabile nel diritto interno²³. Nella stessa prospettiva sono da considerare altre norme della Convenzione, come la garanzia del pieno riconoscimento della capacità giuridica alle persone disabili senza limitazione alcuna, contenuta nell'articolo 12, con rilevante influenza sugli istituti di protezione, l'articolo 23, in tema di discriminazione relativa al domicilio ed alla famiglia, l'articolo 24, in tema di educazione, e l'articolo 27, in tema di sanità²⁴.

Come ha rilevato un grande giurista, Presidente emerito della nostra Corte costituzionale, il tempo dell'intangibilità della sovranità dello Stato, almeno sul piano dei principi giuridici, è irrimediabilmente scaduto e solo un'eredità dell'originaria concezione chiusa della sovranità dello Stato e dell'onnipotenza della legge può ancora fare ritenere che la legge di esecuzione di un trattato internazionale introduca norme giuridiche esterne nell'ordinamento del singolo Stato per dare allo stesso il rango gerarchico della legge ordinaria. Nei moderni Stati costituzionali, al contrario, la legge è subordinata alla Costituzione e,

20. Si fa riferimento ad A. Sen, *The Idea of Justice*, Harvard University Press, Harvard, 2009, p. 355; Id., *L'idea di giustizia*, trad. it., Mondadori, Milano, 2010, p. 361.

21. V. Gazz. Uff., 14 marzo 2009, n. 61. Il testo della Convenzione è riprodotto in A.D. Marra, *Diritto e Disability Studies. Materiale per una nuova ricerca multidisciplinare*, Ed. Falzea, Reggio Calabria, 2009.

22. Ampiamente sul tema v. N. Foggetti, *Diritti umani e tutela delle persone con disabilità. La Convenzione delle Nazioni Unite del 13 febbraio 2006*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2009, pp. 104 ss.; Id., *La tutela delle persone con disabilità nel diritto internazionale*, Key Editore, Vicalvi, 2017; F. Seatzu, *La Convenzione sui diritti delle persone disabili: i principi fondamentali*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2008, pp. 25 ss. Secondo G. de Burca, *The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention*, www.jeanmonnetprogram.org, 2009, pp. 20 ss., la Convenzione, al fine di non irrigidire l'ambito della disabilità, ha preferito adottare un modello sociale e non un modello medico della stessa.

23. In tal senso v. N. Foggetti, *Diritti umani e tutela delle persone con disabilità. La Convenzione delle Nazioni Unite del 13 febbraio 2006*, cit., pp. 107 ss. Per il problema generale v. A. Cassese, *Diritto internazionale. I lineamenti*, I, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 158 ss., nonché rilevanti approfondimenti in P. Picone, *Comunità internazionale e obblighi "erga omnes"*, Jovene, Napoli, 2013, ripresi da A. Ligustro, *Il dibattito sul costituzionalismo globale e quello sulla costituzionalizzazione del diritto internazionale: prospettive a confronto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, pp. XVII ss.

24. A riguardo v. ancora N. Foggetti, *Diritti umani e tutela delle persone con disabilità. La Convenzione delle Nazioni Unite del 13 febbraio 2006*, cit., p. 105, nonché A.S. Kanter, *The Globalization of Disability Rights Laws*, in *Syr Journ.Int. Law Comm.*, 2003, p. 241; Id., *The Promise and Challenge of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Ivi, 2007, p. 287.

di conseguenza, nel nostro Ordinamento, con riferimento all'articolo 2 della Costituzione tipica norma a fattispecie aperta²⁵.

7. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 4 novembre 1950 ed i diritti dei disabili alla loro integrazione sociale

Nel contesto sopra richiamato della crisi di sovranità dello Stato nazionale, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848, ha acquistato un peso sempre più rilevante nel nostro ordinamento, specie dopo le famose sentenze nn. 348 e 349 del 2007, sicché spesso la Corte di Strasburgo, specifico organo giurisdizionale legittimato alla sua interpretazione, è stata chiamata a pronunciarsi sulla violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione medesima con riferimento espresso alle persone disabili²⁶.

Nel 1998, la Corte di Strasburgo ha rigettato un ricorso, presentato da un disabile contro lo Stato italiano per violazione dell'articolo 8 della Convenzione medesima, in tema di rispetto della vita privata e familiare²⁷. Nel caso di specie, il disabile ricorrente lamentava di non potersi recare in spiaggia a causa dell'inaccessibilità delle strutture dello stabilimento balneare, in cui aveva prenotato le sue vacanze. La Corte si attenne, in quell'occasione, ad un'interpretazione restrittiva della norma della Convenzione, non ritenendo che il diritto dell'istante fosse riconducibile alla tutela della vita privata e familiare e riconoscendo, nello stesso tempo, allo Stato nazionale, un ampio margine di valutazione, con la conseguenza che non è entrata nella valutazione della scelta sociale dello Stato medesimo²⁸.

Forse la soluzione sarebbe stata diversa qualora,

all'epoca, fosse già entrata in vigore il più volte esaminato articolo 9 della Convenzione delle Nazioni unite sui disabili, ratificata dall'Italia solo con legge 3 marzo 2009, n. 18. Non a caso, in una successiva decisione del 2007, nell'ambito di un procedimento avviato contro la Francia da un disabile per violazione degli articoli 3 e 4 della Convenzione dei diritti dell'uomo, in tema, rispettivamente, di divieto di tortura e di divieto di discriminazione, la stessa Corte di Strasburgo ha ritenuto che, quando sconti la pena in un carcere, dove non gli è consentito di muoversi e circolare liberamente, il disabile subisca un trattamento disumano e degradante a norma dell'articolo 3 della Convenzione sui diritti dell'uomo, questa volta interpretato in termini non restrittivi²⁹. Una riprova ulteriore di questo sempre più frequente intervento della Corte di Strasburgo a tutela dei disabili, si è avuta con alcune decisioni, tutte tra la fine del 2011 e il 2012, in tema di sottoposizione del disabile ad un trattamento psichico contro la sua volontà. In tali occasioni la Corte ha stabilito che, in ogni caso, le misure prese nei confronti del paziente devono essere giustificate dalla finalità di prevenire danni irrimediabili per il paziente e devono comunque essere proporzionate a tale scopo³⁰.

8. Il ruolo del diritto europeo e la sanzione della partecipazione dei disabili alla vita sociale nel nostro diritto interno

Nell'ambito dell'integrazione tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario, che si configura in termini diversi rispetto ai rapporti tra ordinamento interno e Convenzione di Strasburgo, la tutela del disabile a livello comunitario risulta fondamentale per comprendere l'effettiva protezione di cui egli gode nel

25. Il rilievo è di F. Casavola, *Dallo stato-città antico al moderno Stato-Nazione*, in *Il nuovo pluralismo delle fonti e il dialogo tra le Corti*, Atti del Convegno di Bari del 20 novembre 2009, in *Riv. dir. priv.*, numero speciale, 2010, p. 63. V. anche a riguardo E. Rossi, *Principi fondamentali*, in R. Bifulco - A. Celotti - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, I, pp. 45 ss. Ampi riferimenti sul dibattito, esistente a riguardo nella dottrina internazionalistica sono in L. Garofalo, *Obblighi internazionali e funzione legislativa*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 20 ss., specie nota n. 13. Rilevanti a riguardo le considerazioni di A. Baldassarre, voce *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1989, pp. 10 ss.

26. V. Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 184, e *Corte cost.*, 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giur. cost.*, 2007, 3475. Sulla diversità parziale tra le due decisioni v. G. Tucci, *Nuovo pluralismo delle fonti, ruolo delle Corti e diritto privato*, in *Il nuovo pluralismo delle fonti e il dialogo tra le Corti*, cit., p. 113.

27. V. Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 febbraio 1998, *Botta c. Italia*, www.echr.coe.int.

28. Per tali considerazioni v. N. Foggetti, *Diritti umani e tutela delle persone con disabilità. La Convenzione delle Nazioni Unite del 13 febbraio 2006*, cit., p. 103.

29. Si tratta del caso *Vincent c. Francia*, Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso n. 6253/2003, in www.echr.coe.int.

30. In tal senso v. *Pleso c. Ungheria*, 2 ottobre 2011, ricorso n. 41242/2008, in www.echr.coe.int; *Luca Bures c. Repubblica Ceca*, 9 ottobre 2012, ricorso n. 5081/11, in www.echr.coe.int.

nostro ordinamento³¹.

Innanzitutto, il principio di non discriminazione è formulato ampiamente nell'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 12 dicembre 2007, dove, in correlazione con l'articolo 13 del Trattato di Amsterdam, la disabilità è espressamente menzionata nell'ambito di qualsiasi forma di discriminazione. Deve poi tenersi presente, come già si è accennato, che risalgono al diritto comunitario alcuni principi, che, contenuti in Direttive di settore sempre come espressione del generale principio di non discriminazione, sono stati applicati in termini generali nel nostro diritto interno proprio in materia di tutela del disabile. Valga per tutte la disciplina della discriminazione in termini di discriminazione diretta o indiretta, che, a partire dalla Direttiva 76/2007/Cee e grazie all'opera interpretativa della Corte di giustizia, è stata poi precisata dalla Direttiva 2000/78/Ce, successivamente recepita nel nostro diritto interno con il d.lgs 9 luglio 2003, n. 216, configurando in quest'ultimo la tutela del disabile, che, come si è già detto, risultava estremamente carente³².

A tale riguardo estremamente significativo è il caso Coleman, deciso dalla Corte di giustizia (Grande Sezione) nel 2008³³.

Nella sopra richiamata sentenza, la Corte di giustizia è stata chiamata a decidere se il principio della parità di trattamento, sancito nell'articolo 2, n. 1, della Direttiva 2000/78/Ce, e il divieto di discriminazione diretta, previsto dall'articolo 2, lett. a), del medesimo articolo, possano essere applicati ad una situazione, quale quella oggetto della controversia specifica, in cui il trattamento sfavorevole che il lavoratore afferma di aver subito sia fondato non sulla propria disabilità, ma su quella del figlio al quale egli presta la parte essenziale delle cure, richiesta dalle particolari condizioni di disabilità. La Corte ritiene che il principio della parità di trattamento, sancito dalla Direttiva, non possa essere interpretato in senso restrittivo, in quanto esso non riguarda solo le persone che siano esse stesse disabili. Inoltre, precisa la Corte con un argomento di portata generale, il sesto "considerando" della medesima Direttiva, richiamando la Carta fondamentale dei diritti, fa riferimento sia alla lotta

generale contro qualsiasi forma di discriminazione sia alla necessità di intraprendere azioni appropriate per l'integrazione sociale ed economica dei disabili; e ciò secondo strategie che vanno al di là dei diritti del solo disabile.

Nella stessa prospettiva di quella sopra esaminata si muove la tutela del disabile, prevista dall'articolo 3 della legge 1 marzo 2006, n.67. La norma in esame sancisce che la tutela giurisdizionale, sancita dal provvedimento legislativo in esame, si attui nelle forme previste dall'articolo 44, commi 1-6 e 8, del Testo unico sulle disposizioni, concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. In pratica, una normativa speciale, nata per determinati soggetti come gli immigrati, si applica ad altri soggetti, come i disabili, partendo dalla nozione di discriminazione. E ciò in piena sintonia anche con l'articolo 4, comma 2, del d.lgs 9 luglio 2003, n. 216, in attuazione della Direttiva 2000/78/Ce, per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, in cui è contenuto un analogo rinvio allo stesso citato articolo 44 del Testo unico sull'immigrazione. Tale normativa ha del resto il suo prototipo nel famoso articolo 28 dello Statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300), in tema di repressione della condotta antisindacale, ad ulteriore conferma che, anche sul piano dei rimedi, la logica delle diverse forme di discriminazione risulta essere sempre unitaria.

9. I principi di integrazione del disabile nella giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte costituzionale

Nel combattere la discriminazione contro il disabile, al fine di favorire il suo inserimento nella vita sociale, hanno svolto un ruolo importante sia la giurisprudenza della nostra Corte di cassazione, nella sua specifica funzione nomofilattica, che svolge nel nostro ordinamento, sia la nostra Corte costituzionale, nell'adempiere al suo particolare ruolo di garanzia; con ciò, da un lato, adeguando il nostro diritto co-

31. Per tali problematiche di ordine generale si rinvia a U. Draetta, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 30, nonché a E. Scoditti, *Il dialogo tra le Corti e i diritti fondamentali di fonte sovranazionale*, in *Il nuovo pluralismo delle fonti e il dialogo tra le Corti*, cit., p. 137.

32. A riguardo v. M. L. Vallauri, *Rapporti di lavoro e appartenenza di genere: la discriminazione e i congedi parentali*, in S. Sciarra - B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, come parte di G. Ajani - G.A. Bennacchio, *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Giapichelli, Torino, 2009, pp. 221 ss.; P. Chieco, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, cit., p. 567.

33. V. Corte giust. com. eur. (Grande Istanza), 17 luglio 2008, *Coleman c. Attridge Law e Steve Law*, causa C- 303/06, sulla quale v. L. Calafà, *Disabilità, discriminazione e molestia "associata. Il caso Coleman e l'estensione elastica del campo di applicazione soggettiva della direttiva CE*, in *Dir. e lav.*, 2008, p. 1169. Per una prima applicazione italiana della sentenza v. S. Russi, *Divieto di discriminazione del parente disabile: una prima applicazione della sentenza Coleman*, in *Ivi*, 2009, p. 737.

mune alle esigenze di tutela di una categoria ampiamente trascurata nel passato, dall'altro, impedendo che l'innegabile xenofobia, ormai presente nel nostro Paese, possa colpire soggetti particolarmente deboli, in quanto, nello stesso tempo, disabili ed extracomunitari.

Quanto all'intervento della nostra Corte di legittimità, significativa, tra le tante, è una decisione dell'ottobre 2012, in cui si sancisce che sia la legislazione speciale, diretta a favorire l'integrazione sociale delle persone disabili ed a tutelare i loro diritti, sia la più volte richiamata Convenzione delle Nazioni unite del 13 dicembre 2006, ratificata dall'Italia con legge 3 marzo 2009, n. 18 – soprattutto nelle parti, in cui attribuisce alle singole persone diritti soggettivi perfetti – sanciscono che la socializzazione dei disabili deve essere considerata elemento essenziale per la loro salute, sì da assumere una funzione terapeutica, assimilabile alle pratiche di cura e riabilitazione. Di conseguenza, rileva la nostra Corte, il giudice è tenuto a valutare la sussistenza del divieto delle innovazioni, di cui all'articolo 1120, comma 2, cc, dando importanza preminente, a tutela dei diritti inviolabili dei disabili, in senso contrario alla Corte di merito, all'abbattimento delle barriere architettoniche rispetto alla presunta tutela del decoro estetico della portineria, che era stato richiamato da un condomino per impedire che il condominio potesse instaurare il necessario servo-scala³⁴.

Quanto all'intervento della nostra Corte costituzionale, un primo esempio significativo dell'adeguamento del diritto comune – nel caso specifico del diritto delle servitù prediali – alle esigenze di tutela del disabile è rappresentata da una sentenza della fine degli anni novanta, non a caso fatta oggetto di numerosi commenti da parte della dottrina³⁵.

In tale pronuncia la Corte costituzionale è stata chiamata a sindacare la legittimità dell'articolo 1052 cc nella parte, in cui non prevede la costituzione di una servitù di passaggio a favore di un fondo non completamente intercluso, quando non ricorrono esigenze, che non riguardano l'agricoltura o l'industria, come previsto espressamente dalla norma, bensì esi-

genze di natura non produttiva, ma personale, come, nel caso di specie, le esigenze di accessibilità all'immobile da parte dei disabili³⁶.

La nostra Corte, con una suggestiva innovazione, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 1052 cc nella parte, in cui esso non preveda che il passaggio coattivo possa essere concesso, quando la domanda risponde alle esigenze di accessibilità degli edifici destinati ad uso abitativo, così come sancite dalla legislazione relativa ai portatori di *handicap*. Tale legislazione, secondo la Corte, realizza un interesse, che va al di là di quello dei singoli e si configura come un interesse generale all'accessibilità degli immobili da parte dei soggetti disabili³⁷.

L'adeguamento del diritto comune alla tutela del disabile conosce significative esperienze nel diritto successorio, dove il riconoscimento del ruolo dell'autonomia privata, attraverso il ricorso al *trust* e, successivamente, ai contratti di affidamento fiduciario oltre che alla prassi contrattuale del cd "*Dopo di Noi*", consente di superare tale esigenza, superando le rigidità del diritto successorio, proprie dei codici, che, come il nostro, si ispirano al modello classico del codice napoleonico³⁸.

Più complesso discorso merita l'evoluzione del diritto comune dei contratti alla luce del progressivo affermarsi della tutela del disabile e degli altri soggetti a vario titolo discriminati. In tale settore, destinato a svilupparsi nell'immediato futuro, si registrano da tempo interessanti decisioni dei giudice di merito in tema di discriminazione razziale e di discriminazione legata all'orientamento sessuale, secondo una logica chiaramente riproducibile in tema di discriminazione contro il disabile³⁹.

10. L'integrazione dei disabili extracomunitari nella giurisprudenza della nostra Corte costituzionale

Nella tutela dei disabili extracomunitari, la Corte costituzionale ha svolto in maniera egregia il suo compito di garanzia nel ribadire i principi fonda-

34. Per tale importante decisione, v. Cass., 25 ottobre 2012, n. 18334, in *Giur. it.*, 2013, 294, con nota di G. Tucci.

35. Si tratta di Corte cost. 10 maggio 1999, n. 167, in *Corr. giur.*, 2000, p. 177, con nota di A. Palmieri; in *Giur. it.*, 2000, p. 683, con nota di G. Serges, in *Riv. not.*, 1999, p. 978, con nota di F. Gazzoni; in *Giur. cost.* 1999, p. 1615, con nota di P. Vitucci; in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 688, con nota di P. Perlingieri.

36. In tal senso, v. gli opportuni rilievi di P. Perlingieri, *cit.*, p. 690.

37. Sul punto, v. i rilievi di P. Vitucci, *cit.*, p. 1619.

38. A riguardo v. G. Tucci, *La tutela del figlio disabile tra nuove "fiducie" e/o "affidamenti fiduciari", trust e clausole testamentarie tradizionali*, in *Aa.Vv., Studi in memoria di Giuseppe Panza*, E.S.I., Napoli, 2010, pp. 45 ss.

39. Le decisioni alle quali si fa riferimento nel testo sono Trib. Padova, 19 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 44, con nota di D. Maffei, e Trib. Milano, 15 dicembre 2009, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2010, con nota di E. Falletti.

tali della nostra civiltà giuridica, anche di fronte alle iniziative della maggioranza del momento, dirette a conseguire consensi con tecniche paranoiche, puntando sulla demonizzazione del diverso.

In questa prospettiva, nel 1998 la Corte è intervenuta con una sua decisione in seguito ad una questione di illegittimità costituzionale, sollevata da un rifugiato politico somalo, riconosciuto disabile con una perdita della capacità lavorativa del 79%, che rivendicava il suo diritto ad essere iscritto nell'elenco dei lavoratori invalidi civili da avviare obbligatoriamente al lavoro ai sensi della legge 2 aprile 1968, n. 482. Secondo la Corte, una volta che i lavoratori extracomunitari sono autorizzati al lavoro subordinato stabile in Italia, fruendo del relativo permesso di soggiorno, essi godono di tutti i diritti riconosciuti ai lavoratori italiani né perdono tali diritti per il fatto di rimanere disoccupati. Tra i sopra indicati diritti, rientra necessariamente, pur in assenza di diversa interpretazione di legge, quello di iscriversi, avendone i requisiti, negli elenchi per il collocamento obbligatorio degli invalidi, di cui alla legge del 1968 sopra richiamata. Con tale motivazione, come è stato rilevato, la nostra Corte costituzionale ha aperto la prospettiva di una nuova cittadinanza sociale⁴⁰.

Nella stessa prospettiva si muove una decisione della Corte del 2009, riguardante il riconoscimento dell'indennità di accompagnamento ad una cittadina albanese⁴¹.

Altrettanto e certamente ancor più significativa per la palese assurdità della disposizione di legge contestata, risulta essere una decisione della Corte costituzionale del 2005, con cui è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'articolo di una legge della Regione Lombardia del 2003, in quanto esso non includeva gli extracomunitari fra gli aventi diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea, generalmente riconosciuto alle persone invalide per cause civili⁴².

La motivazione della sentenza, nel dimostrare il contrasto con l'articolo 3 della Costituzione della legge regionale lombarda, sanzionata di incostituzionalità, mette giustamente in rilievo che, dall'insussi-

stenza dei presunti oneri finanziari, assolutamente irrilevante per il numero ridotto dei beneficiari, la distinzione tra cittadini italiani, stranieri e apolidi, ai fini dell'applicabilità del beneficio in questione, introduce nel tessuto normativo elementi di distinzione del tutto arbitrari, non sussistendo alcuna ragionevole possibilità di correlazione tra la condizione positiva di ammissibilità al beneficio (cioè la cittadinanza italiana) e gli altri peculiari requisiti (invalidità al 10% e residenza), che ne condizionano il riconoscimento e la funzione.

Tutte le sentenze richiamate dimostrano la lunga marcia attraverso la quale la Corte costituzionale è pervenuta, come dimostra anche una successiva sentenza del 2010, ad universalizzare l'applicazione del principio di eguaglianza, superando la lettera dell'articolo 3 Cost., che limita l'operatività dello stesso ai soli cittadini; e ciò proprio ricorrendo all'uso del criterio di irragionevolezza, anche sulla scia della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di interpretazione dell'articolo 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴³.

11. Conclusioni: principio di eguaglianza, diritti inviolabili dei disabili e crisi della solidarietà sociale nel mondo postmoderno. Il pericolo dell'erosione del sistema dei diritti per l'affermarsi della "cultura dell'esclusione"

Il progressivo ampliamento e il continuo adeguamento dei rimedi proposti nella tutela dei disabili hanno rappresentato il settore, in cui, con chiarezza paradigmatica, il principio di eguaglianza, operando sempre come principio cardine della nostra civiltà, si è trasformato da principio di eguaglianza "di fronte" alla legge in principio di eguaglianza "della" legge, svolgendo il ruolo di limite all'arbitrio del legislatore, tenuto ad osservare il criterio della ragionevolezza nel momento, in cui introduce trattamenti diseguali tra tutte le Persone e non soltanto tra i Cit-

40. V. Corte cost., 30 dicembre 1998, n. 454, in *Foro it.*, 199, I, 751. Sul tema v. A. Guariso, *Cittadinanza e lavoro pubblico*, in *Lav. e dir.*, 2009, pp. 563 ss. Il riferimento alla cittadinanza sociale è in U. Bascherini, *Verso una cittadinanza sociale?*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 381.

41. V. Corte cost., 23 gennaio 2009, n. 11, in *Giur. cost.*, 2009, p. 70. Sul tema v. W. Chiaromonte, *Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari ed il principio di non discriminazione. Una rassegna della giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2008, pp. 101 ss.

42. V. Corte cost., 2 dicembre 2005, n. 432, in *Giur. it.*, 2006, p. 2252.

43. V. Corte cost. 28 maggio 2010, n. 187, su cui v. W. Chiaromonte, *Stranieri e prestazioni assistenziali destinate al sostentamento della persona: sono illegittime le differenziazioni fondate sulla durata del soggiorno in Italia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, pp. 25 ss.

tadini⁴⁴. In quella che, tradizionalmente, si identifica nella cd “realtà effettuale”, oggi, il principio di eguaglianza, per come lo ha elaborato il XX secolo, viene contestato in nome di una divaricazione tra “diritto” e “opportunità economica”, che è diventata senso comune, soprattutto nei Paesi ricchi del pianeta. Nel nostro tempo, il sistema istituzionale dei diritti inviolabili, in cui si è inserita stabilmente la condanna delle discriminazioni contro il disabile, non è stato, per fortuna e almeno fino ad oggi, rimosso da eclatanti sconfitte politiche, come l’avvento del fascismo con le leggi fascistissime del 1926/1928 oppure l’avvento del nazismo con le leggi di Norimberga, ma conosce una pericolosa erosione dal suo interno, che non va sottovalutata, perché è legata all’incapacità di contestare le grandi diseguaglianze del mondo postmoderno in nome di una solidarietà sociale e

di un’etica collettiva, che operi spontaneamente a prescindere dall’intervento coattivo dello strumento giuridico⁴⁵. Se questa spontanea solidarietà sociale si perde, le conquiste giuridiche a tutela dei disabili, che si basano sempre su un difficile equilibrio tra coattività del diritto e spontanea adesione alla più elementare etica collettiva, a prescindere dalla coattività del primo, possono anche implodere e l’intervento dei giudici nel sanzionare sempre nuove ed imprevedibili violazioni dei nuovi diritti diventa un’inutile fatica di Sisifo. Volendo richiamare un messaggio del Sommo Pontefice ai ciechi ed ai sordomuti del marzo 2014, il problema dei disabili si risolve solo se la società riesce a praticare la cultura dell’incontro e non dell’esclusione, vedendo nel disabile un fattore positivo per l’intera vita sociale⁴⁶.

44. A riguardo v. F. Casavola, *Tra eguaglianza e giustizia (Il principio di eguaglianza nella giurisprudenza costituzionale italiana: riflessioni tra storia e diritto)*, in *Foro it.*, 1988, V, pp. 91 ss.

45. Per tali aspetti si rinvia a G. Tucci, *Nuove schiavitù e fede religiosa (Un confronto con Bartolomé de Las Casas e le schiavitù della prima modernità)*, E.S.I., Napoli, 2018, pp. 267 ss.

46. *Discorso del Sommo Pontefice agli aderenti al movimento apostolico ciechi e alla piccola missione per i sordomuti*, 29 marzo 2014, Libreria Editrice Vaticana. Per fare degli esempi, tratti anche dalla casistica giurisprudenziale sopra richiamata, non deve essere necessario, per il disabile che chiede l’impianto di un servo scala nell’immobile, in cui abita, ricorrere in cassazione, dopo aver perso in appello, per ottenere uno strumento, che gli consente di uscire da casa ed avere un minimo di vita sociale (v. Cass., 25 ottobre 2012 n. 18334); così come non dovrebbe essere necessario per non sottostare al vincolo della coda davanti ai diversi Uffici, organizzare un percorso particolare per i disabili, per consentire agli stessi di pagare le bollette di casa, perché dovrebbe far parte della comune sensibilità sociale sapere che il rispetto della coda crea spesso per il disabile problemi esplosivi. Lo stesso dicasi per il rispetto dei parcheggi garantiti, che ha richiesto interventi importanti al giudice penale, al fine di garantire un diritto, che per il disabile è vitale (v. Cass. Pen., 7 aprile 2017, Milano ricorrente).

Il Progetto personalizzato tra autodeterminazione ed esigenze di protezione

di Giorgio Latti

In un contesto culturale profondamente mutato, nel quale la disabilità non è più vista come mancanza, il Progetto personalizzato consente, sotto un profilo pedagogico e giuridico, di trovare un equilibrio tra il diritto all'autodeterminazione e l'esigenza di assicurare la qualità della decisione, all'unico scopo di valorizzare la personalità del singolo individuo.

1. Il contesto normativo

La normativa sociosanitaria ha iniziato a riconoscere la necessità di un intervento mirato a favore delle persone con disabilità dapprima con gli interventi individualizzati in ambito scolastico previsti dalla legge n. 517/1977¹ e, successivamente dalla legge n. 104/92², i piani personalizzati sperimentali previsti

dalla legge n. 162/1998³, i piani terapeutico-riabilitativi disciplinati dal dm 7 maggio 1998 del Ministro della sanità e, infine, con le norme sul collocamento mirato contenute, in particolare, nell'articolo 11 della legge n. 68/1999.

È, tuttavia, solo con l'articolo 14 della legge 328/2000⁴ (*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*) che

1. Legge 4 agosto 1977, n. 517, artt. 2 e 7: Nell'ambito della programmazione (...) sono previste forme di integrazione e di sostegno a favore degli alunni portatori di *handicaps* da realizzare mediante l'utilizzazione dei docenti, di ruolo o incaricati a tempo indeterminato (...).

2. Articolo 12. (modificato dal d.lgs 13 aprile 2017, n. 66 con effetto a decorrere dal 1 gennaio 2019) Diritto all'educazione e all'istruzione (...) 5. Successivamente all'accertamento della condizione di disabilità delle bambine e dei bambini, delle alunne e degli alunni, delle studentesse e degli studenti ai sensi dell'articolo 3, è redatto un profilo di funzionamento secondo i criteri del modello bio-psico-sociale della Classificazione internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute (Icf) adottata dall'Organizzazione mondiale della sanità (Oms), ai fini della formulazione del progetto individuale di cui all'articolo 14 della legge 8 novembre 2000, n. 328, nonché per la predisposizione del Piano educativo individualizzato (Pei).

3. Legge 162/98, articolo 1. Modifiche alla legge 5 febbraio 1992, n. 104 1. Alla legge 5 febbraio 1992, n. 104, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 10, dopo il comma 1, è inserito il seguente: «1-bis. Gli enti di cui al comma 1 possono organizzare servizi e prestazioni per la tutela e l'integrazione sociale dei soggetti di cui al presente articolo per i quali venga meno il sostegno del nucleo familiare»(...) 1-ter) a disciplinare, allo scopo di garantire il diritto ad una vita indipendente alle persone con disabilità permanente e grave limitazione dell'autonomia personale nello svolgimento di una o più funzioni essenziali della vita, non superabili mediante ausili tecnici, le modalità di realizzazione di programmi di aiuto alla persona, gestiti in forma indiretta, anche mediante piani personalizzati per i soggetti che ne facciano richiesta, con verifica delle prestazioni erogate e della loro efficacia»(...)

4. Articolo 14. Progetti individuali per le persone disabili.

1. Per realizzare la piena integrazione delle persone disabili di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nell'ambito della vita familiare e sociale, nonché nei percorsi dell'istruzione scolastica o professionale e del lavoro, i Comuni, d'intesa con le Aziende unità sanitarie locali, predispongono, su richiesta dell'interessato, un progetto individuale, secondo quanto stabilito al comma 2.

2. Nell'ambito delle risorse disponibili in base ai piani di cui agli articoli 18 e 19, il progetto individuale comprende, oltre alla valutazione diagnostico-funzionale o al Profilo di funzionamento, le prestazioni di cura e di riabilitazione a carico del Servizio sanitario nazionale, il Piano educativo individualizzato a cura delle istituzioni scolastiche, i servizi alla persona a cui provvede il Comune in forma diretta o accreditata, con particolare riferimento al recupero e all'integrazione sociale, nonché le misure economiche necessarie per il superamento di condizioni di povertà, emarginazione ed esclusione sociale. Nel progetto individuale sono definiti le potenzialità e gli eventuali sostegni per il nucleo familiare.

si introduce un'idea innovativa di progettualità integrata, prevedendo per la prima volta che i singoli interventi di inclusione in ambito scolastico, lavorativo, sociale e familiare della persona con disabilità siano tra loro coordinati, mediante la predisposizione di Progetti individuali per ogni singola persona con disabilità fisica, psichica e/o sensoriale stabilizzata o progressiva.

Il Progetto individuale, come precisa oggi l'articolo 6 del decreto legislativo n. 66 del 13.4.2017⁵, è redatto dal competente Ente locale sulla base del Profilo di funzionamento, su richiesta e con la collaborazione dei genitori del beneficiario o di chi ne esercita la responsabilità; attraverso la presa in carico globale della persona che consente, in un clima culturale profondamente evoluto, di immaginare finalmente una piena valorizzazione della persona con disabilità e, attraverso questo processo, delle diverse identità individuali.

Il percorso di sviluppo delle proprie abilità non deve, infatti, essere programmato con riferimento a una condizione umana idealizzata in astratto, ma deve essere preceduto da una specifica valutazione dei fattori personali e delle condizioni contestuali.

A tale fine, occorre ricordare che una prima definizione della disabilità risale alla Classificazione Internazionale delle Menomazioni, Disabilità e Svantaggi Esistenziali dell'Oms (*International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps* – Icidh 1980), basata sulla sequenza menomazione, disabilità, *handicap*.

La prospettiva sottesa alla prima Classificazione internazionale Icidh, basata sulla disabilità quale conseguenza della malattia, costituisce il fondamento teorico della legge quadro 5 febbraio 1992, n. 104, nella quale il soggetto disabile viene delineato quale destinatario di servizi socio-sanitari, di prestazioni assistenziali riabilitative, di interventi volti a rendere accessibili luoghi e istituzioni, piuttosto che come soggetto attivo e protagonista di relazioni sociali: manca ancora nella legge il passaggio dal disabile come assistito al disabile come persona e la stessa nozione di integrazione sociale presuppone la ri-abilitazione verso un concetto di normalità che

considera, quale unico modello di soggettività possibile, quello del soggetto autonomo, capace e produttivo di reddito.

Conseguentemente, in tale modello, la progettazione è mirata sul sintomo e sulla riabilitazione della persona scollegata dalle relazioni, con un approccio esclusivamente di natura medico sanitaria, che da un lato consente di affrontare problemi concreti, dall'altro non prende in carico la persona nella sua completezza.

Attualmente, il concetto di disabilità è identificabile secondo gli *standard* di valutazione e classificazione di salute e disabilità, approvati il 21 maggio 2001 dai 191 Paesi partecipanti alla 54^a Assemblea Mondiale della Sanità inclusi nell'*International Classification of Functioning, Disability and Health* – Icf (Classificazione Internazionale del Funzionamento, della Disabilità e della Salute)⁶.

L'Icf fornisce un linguaggio *standard* e unificato utilizzabile in discipline e settori diversi come modello di riferimento per la descrizione delle componenti della salute e degli stati a essa correlati, descritte dal punto di vista corporeo, individuale e sociale, con l'elencazione dei fattori ambientali che interagiscono a determinare una situazione di disabilità.

A differenza della precedente Classificazione Icidh, l'Icf non è una classificazione delle "conseguenze delle malattie" ma delle "componenti della salute": nel primo tipo di classificazione l'attenzione viene posta sulle "conseguenze" cioè sull'impatto delle malattie o di altre condizioni di salute che ne possono derivare, mentre nel secondo tipo si identificano gli elementi costitutivi della salute e le informazioni che descrivono Funzioni e Strutture Corporee, Attività e Partecipazione, superando la sequenza Menomazione-Disabilità-Handicap, alla base dell'Icidh, con un diverso approccio alla classificazione del funzionamento e la disabilità, capace di far risaltare la complessità in senso multidirezionale e multidimensionale⁷.

L'introduzione di un nuovo linguaggio non rappresenta, pertanto, solo un mutamento formale,

5. Norme per la promozione dell'inclusione scolastica degli studenti con disabilità, a norma dell'articolo 1, commi 180 e 181, lettera c), della legge 13 luglio 2015, n. 107.

6. La classificazione è il risultato di un lungo lavoro di revisione, iniziato nel 1993 dall'Oms, della Classificazione internazionale delle menomazioni, disabilità e svantaggi esistenziali (*International classification of impairments, disabilities and handicaps* – Icidh) del 1980. Vedi anche l'Icf versione breve, Oms, *Classificazione internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute*, Erickson, Trento, 2004; e M. Leonardi, *Il libro bianco sull'invalidità civile in Italia. Uno studio nelle regioni del nord e del centro*, Franco Angeli, Milano, 2008, con contributi di Pietro Barbieri, Eugenia Roccella, che raccoglie le interviste di un campione di circa 750 persone con disabilità, certificate come invalidi civili, analizzate alla luce dell'Icf, la Classificazione del funzionamento, della salute e della disabilità messa a punto dall'Oms.

7. Vedi per un approfondimento L. Pasqualotto, *La valutazione multidimensionale e il progetto personalizzato*, ed Erickson, Trento, 2014, pp. 22 ss.

bensì è espressione di un modello teorico differente rispetto a quello precedente, nel quale la disabilità veniva considerata come mancanza ovvero un limite di carattere fisico o psichico che occorre riabilitare e veniva individuata nella sua differenza rispetto ad un concetto di normalità.

Così come la classificazione Icf, anche la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità delle Nazioni unite, stipulata in data 30 marzo 2007 e ratificata in Italia con la legge 3 marzo 2009, n. 18, rappresenta un riferimento internazionale imprescindibile per la programmazione delle politiche a favore delle persone con disabilità.

Viene riconosciuto, in particolare, alla Convenzione il merito di avere superato un approccio focalizzato solamente sul *deficit* della persona con disabilità, accogliendo il “modello sociale della disabilità” e introducendo i principi di non discriminazione, a parità di opportunità, autonomia, indipendenza, con l’obiettivo di conseguire la piena inclusione sociale mediante il coinvolgimento delle stesse persone con disabilità e delle loro famiglie⁸; è con la Convenzione che si inizia a riconoscere alla persona con disabilità la piena titolarità di diritti umani tra i quali quello di diventare soggetti consapevoli che decidono della propria vita.

2. Il Progetto personalizzato come diritto soggettivo

L’importanza che, in questo nuovo contesto culturale, può assumere il progetto individuale per le persone con disabilità ha fatto maturare un consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, che ha affermato l’illegittimità del silenzio-inadempimento tenuto dal Comune a fronte della richiesta di predisposizione di un progetto individuale di vita per persona con disabilità, ai sensi dell’articolo 14 della legge n. 328 del 2000⁹.

Alla posizione soggettiva della persona con disabilità nei cui confronti sia stato predisposto un progetto personalizzato viene pacificamente riconosciuta

la consistenza di diritto soggettivo¹⁰, incompressibile in dipendenza di carenze organiche ovvero di esigenze di bilancio¹¹ e che, pertanto, non può essere modificato unilateralmente dall’ente locale se non nell’interesse del beneficiario e con la sua partecipazione¹².

Seguendo una diversa opzione interpretativa, la giurisprudenza di merito ha affermato che la mancata predisposizione, attuazione e adozione del progetto individuale per persone con disabilità di cui all’articolo 14 della legge n. 328/2000 da parte dell’Ente Comunale, ove non adeguatamente giustificato, integra una discriminazione indiretta ai sensi del comma 3 dell’articolo 2, legge n. 67/2006, in quanto rappresenta un comportamento idoneo ad impedire il raggiungimento delle finalità di cui al comma 2 del richiamato articolo 14, legge n. 328/2000 e, quindi, a mettere la persona con disabilità in condizioni di svantaggio¹³.

3. (segue) e come strumento educativo

Sotto un profilo più strettamente pedagogico, si deve preliminarmente osservare come la progettazione individuale risenta delle modalità di percezione della disabilità, ovvero dei riferimenti culturali attraverso i quali si guarda alla disabilità.

Il richiamo riguarda anche la percezione che la stessa persona con disabilità ha di se stessa, considerato che nella percezione della propria individualità assume una sostanziale rilevanza il confronto diretto con gli altri e, in particolare, i messaggi che riceviamo e le modalità con le quali le persone si rapportano con noi: nei bambini disabili, non ancora consapevoli della loro minorazione, osserviamo una capacità di adattamento spontaneo alla loro incapacità, sia fisica che mentale e solo le aspettative degli altri fanno sentire inadeguate le strategie sino ad allora messe in atto, che la persona disabile considererà sbagliate, lasciando posto a vissuti di ansia e di frustrazione.

In particolare, la programmazione risente di quello che è stato definito “*deficit* di immaginario”¹⁴

8. Ministero dell’istruzione, dell’università e della ricerca, direzione generale per lo studente, l’azione, la partecipazione e la comunicazione (2009), linee guida per l’azione scolastica alunni con disabilità.

9. Tar Catania, n. 194 del 12/02/2010; Tar Brescia, n. 291 del 13/03/2013; Tar Catanzaro n. 1861 del 10/12/2015.

10. Tar Catania, n. 243 del 02/02/2011.

11. Tar Lazio n. 4075 del 27/3/2015.

12. Trib. Civile Ancona, sent. n. 893 del 30/5/2016.

13. Trib. Civile Siracusa, ordinanza n. 1372 del 27/7/2012.

14. C. Lepri, *I percorsi dopo la scuola dell’obbligo*, in M. Zanobini e U.M. Carmen, *Psicologia della disabilità e della riabilitazione*, Franco Angeli, Milano, 2005, pp. 243 ss.

perché il diventare adulti è strettamente collegato al fatto che qualcuno ci abbia immaginato adulti e non ci abbia attribuito una deresponsabilizzazione prolungata tipica della fanciullezza e, andando oltre l'immediatezza, abbia ricercato uno sviluppo possibile della identità.

In questa prospettiva, per oltre venti anni, il Progetto educativo individualizzato in ambito scolastico ha rappresentato un valido campo di sperimentazione pedagogica, oltre che di affermazione dei diritti soggettivi, ed è oggi pienamente integrato dal citato articolo 6 del decreto legislativo n. 66 del 13.4.2017 nel Progetto individuale di cui al citato articolo 14, comma 2, della legge n. 328/2000; viene elaborato e approvato dai docenti contitolari o dal Consiglio di classe, con la partecipazione dei genitori o dei soggetti che ne esercitano la responsabilità, delle figure professionali specifiche interne ed esterne all'istituzione scolastica che interagiscono con la classe e con lo studente con disabilità, nonché con il supporto dell'unità di valutazione multidisciplinare; individua strumenti, strategie e modalità per realizzare un ambiente di apprendimento nelle dimensioni della relazione, della socializzazione, della comunicazione, dell'interazione, dell'orientamento e delle autonomie; esplicita le modalità didattiche e di valutazione in relazione alla programmazione individualizzata e soprattutto, le modalità di coordinamento degli interventi ivi previsti e la loro interazione con il Progetto individuale.

L'importanza di tale interazione si comprenderà se si considera che, al termine del percorso didattico, la persona con disabilità interrompe la frequenza dell'ambiente scolastico, che negli ultimi decenni ha conosciuto, con i suoi momenti negativi, anche una positiva evoluzione inclusiva; tale interruzione muta radicalmente il contesto di vita, restringe drasticamente la rete relazionale ed anche i Servizi per l'età evolutiva, per i quali vengono investite le maggiori risorse, vengono sostituiti dai Servizi per gli adulti, in cui continua in parte a prevalere la logica assistenzialistica.

È in questo delicato passaggio che si comprende la difficoltà di leggere la condizione di una persona con disabilità con gli stessi criteri con cui ognuno analizza la propria condizione esistenziale, anche nella dimensione affettiva e sessuale; e si comprende, altresì, la differenza tra l'essere in vita, nel suo significato di funzionamento biologico, e avere una vita¹⁵,

intesa come soddisfazione dei bisogni immateriali di appartenenza, di stima e di autorealizzazione.

4. La valorizzazione della persona tra libertà e dignità

Ritroviamo questa lettura della condizione umana nella Costituzione italiana, che disegna un intreccio complesso nel quale è vietato astrarsi dalle condizioni materiali e viene stabilita una relazione necessaria tra esistenza, libertà, dignità sociale e sviluppo della personalità¹⁶.

Una conferma di tale aderenza alla realtà si coglie nell'articolo 36 della Costituzione, che stabilisce che «il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad attribuire a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa»: nella sua trama, anche la Costituzione non si ferma al dato materiale dell'esistere, non pensa ad una qualsiasi forma di esistenza, ma a quella che dà pienezza a libertà e dignità.

Giungiamo, così, ad un passaggio fondamentale nel tema della vulnerabilità, rappresentato dal delicato bilanciamento tra autodeterminazione e esigenza di protezione.

A tale riguardo, il diritto non può risolvere il problema di cosa significhi, per una persona vulnerabile, essere pienamente libero nel momento delle scelte; può, però, identificare i soggetti terzi che partecipano al processo di autodeterminazione, scegliere condizioni e limiti dell'esercizio del diritto all'autodeterminazione, quando la decisione è destinata a produrre effetti nella sfera giuridica altrui; soprattutto, prevedere strumenti differenziati in relazione alle peculiarità delle scelte riguardanti la vita, così da temperare l'esigenza di un accertamento puntuale della volontà della persona e l'importanza della qualità della decisione¹⁷.

Sotto un profilo metodologico, tale percorso può essere svolto non con la creazione di nuove categorie giuridiche, bensì attraverso un ripensamento di quelle tradizionali: come insegna Nicola Lipari, le classiche categorie ordinanti del diritto devono essere colte nella loro "relatività" e "storicità", attraverso un procedimento interpretativo di continua ricostruzione delle categorie stesse secondo il mutare del complessivo contesto sociale¹⁸.

Questa rilettura è agevolata, tra l'altro, dalla radicale evoluzione delle finalità dello stesso codice civile,

15. L. Pasqualotto, *cit.* pp. 45 ss.

16. S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, La scuola di Pitagora editrice, Napoli, 2013.

17. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 274 ss.

18. N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013.

da strumento di esclusiva tutela del patrimonio - prospettiva nella quale si collocavano diversi istituti, tra i quali in primo luogo l'interdizione - a quello di tutela funzionale alla valorizzazione della personalità, in conformità ai principi espressi dapprima nell'articolo 3 della Carta costituzionale e successivamente dalla Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità.

Su tale modello si inseriscono le norme sull'amministrazione di sostegno, introdotte con la legge 9 gennaio 2004, n. 6, le quali sottolineano oltremodo l'esigenza di comprendere e rispettare la volontà dell'individuo¹⁹.

Le persone vulnerabili, che, in un'errata prospettiva possono divenire solo *oggetto* di cura, devono essere considerati, in un mutato contesto sociale, come *soggetti* attivi, con aspirazioni e desideri, ognuno in relazione alle proprie condizioni personali.

Tuttavia, la decisa affermazione della volontà dell'individuo non esclude *a priori* che il *best interest* del beneficiario possa, in circostanze particolarmente gravi, imporre un'estensione delle limitazioni della capacità di agire, previste dalle disposizioni di legge per l'interdetto o per l'inabilitato.

L'interprete, pertanto, attraverso il principio di autodeterminazione, ha a disposizione il criterio per prendere posizione di fronte alla realtà, secondo l'espressione di Gustavo Zagrebelsky²⁰, ma deve far reagire il principio con il caso concreto.

Questo rapporto tra principio e caso concreto appare evidente nel tema della vulnerabilità, se si considera che, anche al fine di comprendere il senso dei casi giurisprudenziali ovvero immaginare tutele innovative, dobbiamo necessariamente premettere che ci troviamo sempre davanti ad una persona con una sua unicità e identità e un proprio contesto familiare e sociale, tale da escludere una soluzione standardizzata del caso concreto.

La Corte di Cassazione ha affrontato questo tema, di recente, con la sentenza n. 11536, depositata l'11 maggio 2017, accogliendo il ricorso avverso una sentenza della Corte d'appello di Napoli che aveva dichiarato la nullità del matrimonio per incapacità di intendere e volere del beneficiario

Il passaggio più interessante della sentenza della Corte di cassazione - ai fini del tema che abbiamo inteso affrontare in questo intervento - è rappresentato dalla mancata adesione a quell'orientamento secondo

il quale al beneficiario dell'amministrazione di sostegno non si applicherebbero mai le limitazioni previste per l'interdetto; come già anticipato, ha ritenuto, infatti, la Corte che, in circostanze particolarmente gravi, la libertà dell'individuo nell'esercizio dei suoi diritti, anche personalissimi, possa essere limitata qualora ciò consenta di rispondere adeguatamente alle esigenze di protezione del beneficiario.

Da ciò consegue che l'atto compiuto in violazione del divieto potrebbe essere invalidato solo in funzione del soddisfacimento dell'interesse dello stesso beneficiario e non in ragione di un'astratta osservanza del provvedimento giudiziale di divieto e tanto meno nell'interesse di terzi; in particolare, l'atto compiuto personalmente dal beneficiario in violazione delle disposizioni contenute nel decreto possono essere annullate su istanza dell'amministratore di sostegno, del beneficiario stesso, dei suoi eredi o *aventi causa*, ai sensi dell'articolo 412 cc.

In conclusione, la Corte di cassazione, attraverso un'operazione interpretativa di ricostruzione delle categorie giuridiche, ci indica i criteri per prendere posizione di fronte a fattispecie nelle quali la protezione della persona vulnerabile può portare con sé il rischio di pregiudicare un percorso di valorizzazione della personalità, attraverso l'arbitraria imposizione di scelte e stili di vita a lei estranee.

Questo delicato equilibrio tra esigenze di protezione e di libertà dell'individuo, nei casi in cui la volontà deve essere interpretata e la decisione matura attraverso un rapporto con l'altro, sia esso l'amministratore di sostegno, l'educatore o il giudice, consente di evitare che la biologia cancelli la biografia e può essere raggiunto esclusivamente attraverso l'ascolto, la conoscenza della storia individuale e il dialogo con la persona con disabilità, pur rapportato alle significative differenze date dal contesto familiare, anagrafico, culturale.

5. La legge sul cd "dopo di noi"

Esaminando le recenti innovazioni normative, si deve, purtroppo, osservare come ben pochi cenni alla tematica della progettualità siano contenuti nella recente legge 22 giugno 2016, n. 112, che disciplina misure di assistenza, cura e protezione a favore delle persone con disabilità grave, prive di sostegno fami-

19. Si veda, solo a titolo di esempio, l'articolo 407 cc, secondo il quale il giudice tutelare deve sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce, recandosi, ove occorra, nel suo domicilio e deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei suoi bisogni e richieste; o, ancora, l'articolo 410 cc che stabilisce che l'Amministratore di sostegno, nello svolgimento dei suoi compiti, deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario e deve tempestivamente informarlo circa gli atti da compiere.

20. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

liare in quanto mancanti di entrambi i genitori o perché gli stessi non sono in grado di fornire l'adeguato sostegno genitoriale, nonché in vista del venir meno del sostegno familiare, attraverso la progressiva presa in carico della persona interessata già durante l'esistenza in vita dei genitori.

Tali misure, secondo quanto previsto dall'articolo 1, sono integrate, con il coinvolgimento dei soggetti interessati, nel progetto individuale di cui all'articolo 14 della legge 8 novembre 2000, n. 328, nel rispetto della volontà delle persone con disabilità grave, ove possibile, dei loro genitori o di chi ne tutela gli interessi.

Il carattere esclusivamente patrimoniale delle misure previste dalla legge n. 112/2016 (anche a prescindere dalla loro reale efficacia) e la carenza del profilo della *cura personae*, rende ancora più urgente un mutamento culturale che muova dalle premesse pedagogiche e giuridiche illustrate²¹, attribuendo un ruolo centrale all'amministratore di sostegno, che, ai sensi dell'articolo 410 cc, nello svolgimento dei suoi compiti deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario.

6. L'esperienza della Regione Sardegna

A tale riguardo, è degna di nota l'esperienza maturata nell'applicazione della legge n. 162/1998, che ha apportato modifiche alla legge quadro sull'*handicap* (legge 104/1992), in tema di misure di sostegno in favore di persone con *handicap* grave (definito dagli articoli 3, comma 3, e 4 della legge 104/1992): in particolare, l'articolo 39, comma 2, lett. *l-bis* e *l-ter*, prevede che la Regione possa attuare programmi di interventi di aiuto alla persona e alla famiglia come prestazioni integrative di quelle realizzate dagli Enti locali realizzando piani personalizzati, gestiti in forma indiretta dagli stessi soggetti che ne facciano richiesta, con verifica delle prestazioni erogate e della loro efficacia da parte – e in collaborazione – con l'Ente locale.

In Sardegna, sin dalle iniziali applicazioni della legge nel 2000, è stata determinante l'azione delle associazioni, che hanno dato luogo a un validissimo esempio di politica partecipata, modello di servizi realmente a sostegno delle persone con disabilità e le

loro famiglie, le quali assumono il ruolo di protagonisti attivi e non puri oggetti fruitori di un servizio.

La Regione Sardegna ha, quindi, disciplinato l'attuazione di interventi personalizzati²² mediante la modalità della *coprogettazione* degli interventi fra diretti interessati e servizi del Comune e la possibilità della scelta degli operatori; in particolare, la persona con disabilità e la famiglia possono scegliere la forma diretta di intervento diretto del Comune, il quale sceglie gli operatori, ovvero la forma indiretta, nella quale la famiglia sceglie l'operatore di sua fiducia (avvalendosi di una cooperativa sociale, di liberi professionisti o gestendo contratti di lavoro domestico), collabora e coprogetta coi Servizi, che hanno il compito di verifica delle prestazioni erogate e della loro efficacia.

Se, sotto il profilo strettamente economico, l'esperienza ha comportato un costo nettamente inferiore a qualsiasi istituzionalizzazione, con riguardo agli aspetti personali la gestione indiretta ha consentito di sviluppare rapporti collaborativi tra famiglie, associazioni, volontariato ed enti pubblici, in particolare, il proprio Comune di appartenenza e i servizi sociali; ha permesso la partecipazione alla valutazione del servizio da parte dei diretti interessati e degli operatori dei servizi, con flessibilità e modificabilità nel raggiungimento degli obiettivi previsti; ha incontrato anche il gradimento anche da parte degli operatori coinvolti che svolgono il loro lavoro in collaborazione con la persona disabile e la famiglia, sperimentano soluzioni nuove e applicazioni creative, apportando la propria competenza con notevole gratificazione e formazione professionale.

Le modalità interattive hanno consentito, oltre che di sostenere la famiglia nel suo compito fondamentale di educazione e di cura, soprattutto di promuovere il diritto a una vita indipendente delle persone con disabilità permanente e grave limitazione dell'autonomia personale e agevolare la loro piena inclusione nella famiglia, nella scuola, nella società, tenendo conto delle caratteristiche e delle esigenze specifiche della persona e della situazione familiare.

Conclusioni

Richiamando tutte le argomentazioni svolte, il modello applicato dalla Regione Sardegna può rap-

21. Il prof. Paolo Cendon, ispiratore della legge istitutiva dell'Amministrazione di sostegno, ha redatto nel 2017 un progetto di legge sul "progetto di vita" in cui «sono illustrati i bisogni e le aspirazioni fondamentali di una persona, la quale abbia compiuto i sei anni e sia portatrice di condizioni significative di disabilità o di fragilità» (articolo 1) e che deve essere obbligatoriamente redatto da una Commissione.

22. Gli interventi finanziabili con la legge 162/1998 sono i seguenti: assistenza materiale e cura della persona, assistenza personale; interventi educativi o esperienze di inclusione sociale; programmi per il raggiungimento di livelli possibili più alti di autonomia e vita indipendente; alleggerimento del carico familiare.

presentare un punto di partenza per la costruzione di uno spazio progettuale compartecipato, che, in primo luogo, assicuri alla persona il potere di governo di sé, ma al tempo stesso chiami in causa la responsabilità di una molteplicità di soggetti, pub-

blici e privati, che devono garantire l'equilibrio tra il rispetto della volontà e la qualità della decisione, attraverso uno straordinario giuoco di rinvii²³ che ci conduce al principio costituzionale della dignità sociale della persona.

23. Secondo la felice espressione di Gaetano Azzariti, intervento al convegno *La vita prima delle regole – Idee ed esperienze di Stefano Rodotà* tenutosi alla Camera dei deputati il 27 novembre 2017.

L'eliminazione delle barriere architettoniche, ambientali e sociali all'integrazione delle persone. Elementi per un approfondimento e considerazioni minime

di *Vincenzo Amato*

L'esame dell'evoluzione della disciplina e di alcune delle pronunce della giurisprudenza in tema di eliminazione delle barriere architettoniche consente di affermare che, a distanza di oltre 70 anni dall'entrata in vigore della Costituzione della Repubblica e di più di mezzo secolo dai primi interventi di normazione, non sono ancora compiutamente attuati i principi di pari dignità ed eguaglianza delle persone con disabilità e non è adeguatamente garantito il loro diritto a una piena integrazione nella vita sociale, inducendo quindi a considerare indispensabile l'individuazione senza ulteriori dilazioni di strumenti di azione e tutela più efficaci.

1. Barriere architettoniche e impedimenti all'esistenza libera e dignitosa

L'espressione "*barriera architettonica*" entra a far parte del linguaggio comune soltanto a partire dalla seconda metà del secolo scorso.

Nell'unione lessicale il termine "*barriera*" (dal francese *barrière*, sbarra, staccionata), per il suo collegamento all'aggettivo "*architettonica*", rivela immediatamente l'origine dello sviluppo teorico e pratico del tema, indiscutibilmente legato all'approfondimento, soprattutto nell'ambito delle scienze della progettazione e della trasformazione dell'ambiente, naturale e "*costruito*" (ingegneria, architettura, urbanistica), della ricerca di nuove regole e di soluzioni progettuali moderne capaci di eliminare o limitare gli impedimenti fisici alle possibilità di spostamento delle persone affette da disabilità.

Da un punto di vista più strettamente giuridico, tuttavia, l'idea di "*barriera architettonica*", a prescindere dalla sua diretta portata descrittiva di un impedimento di carattere fisico all'accesso in un determinato luogo, non può non essere immediatamente ricondotta, per un verso, al riconoscimento e alla garanzia costituzionale dei diritti inviolabili dell'individuo, specialmente in quanto affetto da rilevanti limitazioni o minorazioni fisiche (art. 2, prima parte, Cost.) e, per altro verso, all'affermazione della pari

dignità sociale e dell'eguaglianza delle persone, senza che le loro condizioni personali possano portare a una loro distinzione e discriminazione (art. 3, primo comma, Cost.).

In questa prospettiva, l'approfondimento delle questioni legate all'eliminazione delle "*barriere architettoniche*" e l'elaborazione di nuovi canoni culturali -non solo sulla mobilità ma, più in generale, sulla compiuta integrazione delle persone con *handicap*- esprimono un passaggio, rilevante ma di portata più settoriale, di una indispensabile e più ampia riflessione sul livello di attuazione dei principi fondamentali stabiliti dalla Carta costituzionale riguardanti il richiesto adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, anche sociale (art. 2, seconda parte, Cost.), e del compito della Repubblica di rimuovere tutti gli ostacoli che, «*limitando di fatto la libertà e la uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti... all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*» (art. 3, secondo comma, Cost.).

I principi fondamentali richiamati, sotto altro profilo, sono senz'altro in grado di offrire una prospettiva capace di attualizzare le ulteriori previsioni della Carta costituzionale formalmente e contenutisticamente più condizionate dal dato storico della loro emanazione, imponendo l'aggiornamento, ad esempio, delle disposizioni sul diritto al lavoro di «*tutti i cittadini*» e sulla promozione delle condizioni

che possano renderlo effettivo (art. 4, primo comma, Cost.), con una impostazione non più schematizzata della alternativa tra tutela del lavoro «*in tutte le sue forme ed applicazioni*» di chi appare «*idoneo*» e diritto al mantenimento e all'assistenza degli inabili (artt. 35 e 38 Cost.), come anche di quelle sull'apertura «*a tutti*» dell'istruzione scolastica e sul diritto, correlato al principio, all'istruzione nei «*gradi più alti*» per gli studenti «*capaci e meritevoli*» (art. 34 Cost.).

Con riferimento al profilo più strettamente giuridico del tema è inoltre essenziale richiamare l'articolo 21, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in cui si fa espresso divieto di qualsiasi tipo di discriminazione fondata, tra le altre condizioni, sulle caratteristiche genetiche, sull'età e sulla disabilità¹.

L'articolo 26, rubricato *Inserimento delle persone con disabilità*, afferma a sua volta incondizionatamente che «*l'Unione riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità*».

I diritti e le libertà fondamentali previsti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo² – tra cui, specificamente, il divieto di discriminazione per qualsiasi «*condizione*» di cui all'articolo 14- fanno parte a loro volta del diritto dell'Unione europea, in quanto principi generali³.

La tutela, sempre sul piano convenzionale, è imposta dalla Convenzione delle Nazioni unite sui diritti

delle persone con disabilità, firmata a New York il 13 dicembre 2006, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, che «*al fine di consentire alle persone con disabilità di vivere in maniera indipendente e di partecipare pienamente a tutti gli ambiti della vita*» obbliga gli Stati Parti ad adottare «*misure appropriate per assicurare alle persone con disabilità, su base di eguaglianza con gli altri, 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*»⁴.

2. Gli interventi normativi. a) Le iniziali circolari ministeriali

La circolare del Ministero dei lavori pubblici del 20 gennaio 1967, n. 425, in tema di *Standards residenziali*, all'art. 6, riguardante gli aspetti qualitativi degli *standards* edilizi e urbanistici, aveva ritenuto «*indispensabile richiamare... l'attenzione sull'esigenza di tener conto, sia nelle progettazioni di natura urbanistica, sia particolarmente in quelle di natura edilizia, del problema delle così dette "barriere architettoniche" e cioè degli ostacoli che incontrano individui fisicamente menomati nel muoversi nell'ambito degli spazi urbani e negli edifici: ostacoli costituiti essenzialmente da elementi altimetrici che si incontrano lungo i percorsi (gradini, risalti, disli-*

1. I diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, la cui versione consolidata è pubblicata in GU C 202 del 7 giugno 2016, pp. 389 ss., fanno parte integrante del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, in quanto la Carta «*ha lo stesso valore giuridico dei Trattati*». I principi richiamati erano già enunciati negli artt. II-81, primo comma, e II-86 del «*Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*», presentato il 18 luglio 2003 a Roma e lì firmato il 129 ottobre 2004, il cui iter di ratifica non si è mai concluso.

2. L. 4 agosto 1955, n. 848 (*Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952*).

3. Così ancora l'art. 6, c. 3, del Trattato sull'Unione europea, Si veda, in generale e per i richiami al tema, A. Guazzarotti, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 9.

4. La disposizione prevede inoltre: «*Queste misure, che includono l'identificazione e l'eliminazione di ostacoli e barriere all'accessibilità, si applicheranno, tra l'altro: a) edifici, strade, trasporti e altre attrezzature interne ed esterne agli edifici, compresi scuole, alloggi, strutture sanitarie e luoghi di lavoro; b) servizi di informazione, comunicazione e altri, compresi i servizi elettronici e quelli di emergenza*». L'obbligo di prendere appropriate misure ha per obiettivi specifici: «*a) sviluppare, promulgare e monitorare l'applicazione degli standard minimi e delle linee guida per l'accessibilità delle strutture e dei servizi aperti o offerti al pubblico; b) assicurare che gli enti privati, i quali forniscono strutture e servizi che sono aperti o offerti al pubblico, tengano conto di tutti gli aspetti dell'accessibilità per le persone con disabilità; c) fornire a tutti coloro che siano interessati alle questioni dell'accessibilità una formazione concernente i problemi di accesso con i quali si confrontano le persone con disabilità; d) dotare le strutture e gli edifici aperti al pubblico di segnali in caratteri Braille e in formati facilmente leggibili e comprensibili; e) mettere a disposizione forme di aiuto da parte di persone o di animali addestrati e servizi di mediazione, specialmente di guide, di lettori e interpreti professionisti esperti nel linguaggio dei segni allo scopo di agevolare l'accessibilità a edifici e ad altre strutture aperte al pubblico; f) promuovere altre appropriate forme di assistenza e di sostegno a persone con disabilità per assicurare il loro accesso alle informazioni; g) promuovere l'accesso per le persone con disabilità alle nuove tecnologie ed ai sistemi di informazione e comunicazione, compreso Internet; h) promuovere la progettazione, lo sviluppo, la produzione e la distribuzione di tecnologie e sistemi accessibili di informazione e comunicazioni sin dalle primissime fasi, in modo che tali tecnologie e sistemi divengano accessibili al minor costo*». Si veda A. De Amicis, *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 *Giur. merito*, 2009, p. 2375.

velli, scale, ecc.), ovvero da esiguità di passaggi e ristrettezza di ambienti (strettezze, cabine di ascensori, apertura di porte, ecc.)».

In tale pur limitata prospettiva di sollecitazione e di stimolo, «allo scopo di eliminare al massimo tali difficoltà», si era scelto di segnalare l'opportunità che «nelle progettazioni» si evitassero, «per quanto possibile, percorsi che presentino siffatti inconvenienti» e si prevedessero «percorsi appositi, eventualmente in alternativa» capaci di facilitare «il movimento degli spastici o delle persone comunque impedito o minorate».

La circolare del Ministero dei lavori pubblici 19 giugno 1968, n. 4809 (*Norme per assicurare l'utilizzazione degli edifici sociali da parte dei minorati fisici e per migliorarne la godibilità generale*), viceversa, ha per la prima volta parzialmente regolamentato la materia, quand'anche con disposizioni tecniche di misurata obbligatorietà, attraverso previsioni integrative delle norme già vigenti, «al fine di dar luogo ad una edilizia..., oltretutto funzionalmente adatta, anche socialmente ed umanamente aperta».

Nel dichiarato intento di perseguire «la generalizzazione dei vantaggi derivanti dalla eliminazione delle barriere architettoniche», con una importante estensione del campo di applicazione a «tutti gli edifici di uso pubblico», si è significativamente innovato considerando:

a) il settore dell'edilizia sociale, con una potenziale estensione progressiva all'edilizia collettiva, in generale, e all'edilizia residenziale; alle «relazioni» tra queste e le reti di comunicazione; alla pianificazione territoriale, al disegno e all'arredo urbano; ai mezzi di pubblico trasporto;

b) l'applicabilità non solo ai complessi di nuova costruzione e ma anche a quelli già esistenti, nel caso in cui fossero «sottoposti a ristrutturazione»;

c) l'apertura a «soluzioni più avanzate» rispetto a quelle previste normativamente, attraverso il deciso riconoscimento della possibilità di «ulteriori progettazioni e realizzazioni di mezzi ed accorgimenti di più elevato grado di efficienza e contenuto tecnico», quand'anche difforni da quanto normativamente prescritto.

3. (segue) b) Le prime disposizioni di fonte primaria

Il dl 30 gennaio 1971, n. 5 (*Provvidenze in favore dei mutilati ed invalidi civili*) convertito con legge 30 marzo 1971, n. 118 (*Conversione in legge del dl 30*

gennaio 1971, n. 5, e nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili) ha introdotto per la prima volta il principio della rimozione obbligata delle barriere architettoniche da tutti gli edifici a carattere pubblico, pur rimandando a successivi provvedimenti le indispensabili norme di attuazione, provvedimenti adottati poi con grandissimo ritardo rispetto al termine annuale stabilito⁵.

L'attenzione normativa, con esplicita indicazione del mutamento di prospettiva, si sposta dall'edilizia e dai suoi caratteri (edilizia, come detto, «funzionalmente adatta, anche socialmente ed umanamente aperta») alla tutela della persona, volendo incidere sulle condizioni significativamente sfavorevoli dipendenti dalle minorazioni («per facilitare la vita di relazione dei mutilati e invalidi civili»).

Si è così prevista l'applicabilità dei criteri da stabilirsi in via regolamentare per la eliminazione delle barriere architettoniche a tutti «gli edifici pubblici o aperti al pubblico» e a tutte «le istituzioni scolastiche, prescolastiche o di interesse sociale», da un lato estendendo l'ambito della «nuova edificazione» agli immobili in corso di costruzione, dovendosi apportare «le possibili e conformi varianti agli edifici appaltati», e, dall'altro, imponendo l'adeguamento degli edifici «già costruiti».

Gli ulteriori punti di speciale rilievo dell'intervento legislativo sono indubabilmente da ravvisare:

- nell'introduzione del principio dell'accessibilità dei servizi di mobilità, prevedendosi: «i servizi di trasporto pubblico ed in particolare i tram e le metropolitane dovranno essere accessibili agli invalidi non deambulanti»;
- nell'affermazione, per la prima volta, dell'illiceità di divieti di accesso a persone disabili, all'epoca ancora molto diffusi («in nessun luogo pubblico o aperto al pubblico può essere vietato l'accesso ai minorati»);
- nella previsione dell'obbligo, «in tutti i luoghi» da edificare destinati allo svolgimento di «pubbliche manifestazioni o spettacoli», di creare appositi spazi da destinare «agli invalidi in carrozzella»;
- nella previsione di criteri di precedenza agli invalidi con difficoltà di deambulazione, su richiesta, nell'assegnazione degli alloggi situati ai piani terreni dei caseggiati dell'edilizia economica e popolare.

La disciplina attuativa, nello stabilire specifici standards dimensionali e caratteri dimensionali delle strutture e degli impianti, ha inteso poi estendere

5. Si veda, a questo proposito, il dPR 27 aprile 1978, n. 384 (*Regolamento di attuazione dell'art. 27 della l. 30 marzo 1971, n. 118, a favore dei mutilati e invalidi civili, in materia di barriere architettoniche e trasporti pubblici*).

l'obbligo di adeguamento agli edifici già esistenti, anche se non ristrutturati, apportando tutte le possibili e conformi varianti.

È opportuno sottolineare, da ultimo, che il dettato legislativo, e in particolare l'art. 28, pur in un'ottica ancora ristretta alla scuola dell'obbligo e ai «corsi di addestramento professionale finanziati dallo Stato», oltre che alle istituzioni prescolastiche e ai doposcuola, ha infine scelto di provvedere al fine di assicurare maggiormente la frequenza dei «mutilati e invalidi civili... non... autosufficienti», imponendo:

- a) «il trasporto gratuito dalla propria abitazione alla sede della scuola o del corso e viceversa, a carico dei patronati scolastici o dei consorzi dei patronati scolastici o degli enti gestori dei corsi»;
- b) «l'accesso alla scuola mediante adatti accorgimenti per il superamento e la eliminazione delle barriere architettoniche che ne impediscono la frequenza»;
- c) per la prima volta, «l'assistenza durante gli orari scolastici degli invalidi più gravi».

La nuova attenzione rivolta all'inserimento scolastico delle persone affette da minorazioni, a quel punto non soltanto fisiche ma anche psichiche, è evidenziata da due distinte previsioni legali.

Si è innanzitutto programmato che «l'istruzione dell'obbligo» dovesse avvenire di regola nelle classi «normali» della scuola pubblica, rendendo eccezionale («salvi i casi in cui i soggetti siano affetti da gravi deficienze intellettive o da menomazioni fisiche di tale gravità da impedire o rendere molto difficoltoso l'apprendimento o l'inserimento nelle predette classi normali») l'inserimento nelle cc.dd classi differenziali per gli «scolari tardivi», i «fanciulli anormali»

e gli alunni autori di «atti di permanente indisciplina... tali da lasciare il dubbio che possano derivare da anormalità psichiche»⁶.

Il legislatore, in secondo luogo, ha programmaticamente esplicitato l'intenzione di agevolare («Sarà facilitata...») la frequenza delle persone con minorazioni alle scuole medie superiori e universitarie, concedibile in via del tutto discrezionale, con una disposizione all'epoca innovativa dell'esistente ma comunque ancora inadeguata e confliggente con le disposizioni della Costituzione⁷.

4. (segue) c) Il rafforzamento delle disposizioni in tema di eliminazione delle "barriere architettoniche"

Se è vero che gli interventi legislativi e regolamentari avevano già fissato irrinunciabili principi e stabilito importanti disposizioni, prima di allora inesistenti, facendo convenientemente indirizzare l'attenzione degli interpreti e degli operatori dai criteri tecnici di pianificazione urbanistica e della progettazione alla tutela delle persone e del diritto al loro inserimento nella scuola, nel mondo del lavoro e, in generale, nella società, è presto emersa la necessità di un rafforzamento e di un'estensione significativa degli obblighi in tema di eliminazione delle «barriere architettoniche».

La legge 28 febbraio 1986, n. 41 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, legge finanziaria 1986*), tra le «disposizioni diverse», all'articolo 32, ha così inserito:

- il divieto di approvazione di progetti di costruzione o ristrutturazione di opere pubbli-

6. Si vedano, a proposito di tali classi, già il Rd 15 aprile 1926, n. 718 (*Approvazione del regolamento per l'esecuzione della l. 10 dicembre 1925, n. 2277 sulla protezione e l'assistenza della maternità e dell'infanzia*); il Rd 5 febbraio 1928, n. 577 (*Approvazione del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche emanate in virtù dell'art. 1, n. 3, della l. 31 gennaio 1926, n. 100, sull'istruzione elementare, post-elementare e sulle opere di integrazione*); Rd 26 aprile 1928, n. 1297 (*Approvazione del regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare*). La l. 31 dicembre 1962, n. 1859 (*Istituzione e ordinamento della scuola media statale*), contemplava successivamente le classi differenziali per gli «alumni disadattati scolastici», mentre la l. 18 marzo 1968, n. 444 (*Ordinamento della scuola materna statale*), istituiva sezioni e, per i casi più gravi, scuole speciali per i bambini da tre a cinque anni affetti da disturbi dell'intelligenza o del comportamento o da menomazioni fisiche o sensoriali.

7. La Corte costituzionale, con sentenza 3 giugno 1987, n. 215, ha per questo dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui, in riferimento ai soggetti portatori di handicap, indicava «Sarà facilitata...», anziché disporre «È assicurata...» la frequenza alle scuole medie superiori, evidenziando: «assumere che il riferimento ai «capaci e meritevoli» contenuto nel terzo comma dell'art. 34 Cost. comporti l'esclusione dall'istruzione superiore degli handicappati in quanto «incapaci» equivarrebbe a postulare come dato insormontabile una disuguaglianza di fatto rispetto alla quale è invece doveroso apprestare gli strumenti idonei a rimuoverla, tra i quali è appunto fondamentale... l'effettivo inserimento di tali soggetti nella scuola. Per costoro, d'altra parte, capacità e merito vanno valutati secondo parametri peculiari, adeguati alle rispettive situazioni di minorazione... Inoltre, se l'obiettivo è quello di garantire per tutti il pieno sviluppo della persona e se, dunque, compito della Repubblica è apprestare i mezzi per raggiungerlo, non v'ha dubbio che alle condizioni di minorazione che tale sviluppo ostacolano debba prestarsi speciale attenzione e che in quest'ottica vadano individuati i compiti della scuola quale fondamentale istituzione deputata a tal fine». Il diritto all'educazione e all'istruzione nelle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie, e quello all'inserimento e all'integrazione, sono stati definitivamente fissati dalla l. 5 febbraio 1992, n. 104 (*Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*).

che non conformi alle disposizioni del DPR 27 aprile 1978, n. 384, il quale aveva comunque già esteso, come indicato, l'obbligo di intervento a tutti gli edifici già esistenti, anche se non ristrutturati, ai quali avrebbero in ogni caso dovuto «essere apportate le possibili e conformi varianti»;

- il divieto di erogazione, da parte dello Stato o di altri Enti pubblici, di contributi o agevolazioni per la realizzazione di progetti in contrasto con le norme di cui al medesimo decreto;
- l'obbligo finanziariamente sostenuto e agevolato delle pubbliche amministrazioni, per gli edifici pubblici già esistenti non ancora adeguati alle prescrizioni, di adottare «piani di eliminazione delle barriere architettoniche» nel termine di un anno, con nomina da parte delle regioni e delle province autonome di Trento e Bolzano, per gli interventi di competenza dei comuni e delle province, trascorso inutilmente il termine, di un commissario per l'adozione dei piani medesimi.

La legge 9 gennaio 1989, n. 13 (*Disposizioni per favorire il superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati*), ha successivamente esteso l'osservanza di prescrizioni tecniche necessarie a garantire l'accessibilità, l'adattabilità e la visitabilità degli immobili a tutti i progetti relativi alla costruzione di nuovi edifici o alla loro intera ristrutturazione, con una estensione generalizzata, quindi, all'edilizia privata e pubblica, dovendosi «comunque prevedere» (art. 1):

- a) accorgimenti tecnici idonei alla installazione di meccanismi per l'accesso ai piani superiori, ivi compresi i servoscala;
- b) idonei accessi alle parti comuni degli edifici e alle singole unità immobiliari;
- c) almeno un accesso in piano, rampe prive di gradini o idonei mezzi di sollevamento;
- d) l'installazione, nel caso di immobili con più di tre livelli fuori terra, di un ascensore per ogni scala principale raggiungibile mediante rampe prive di gradini.

Si è fatto obbligo, inoltre, di allegare al progetto la dichiarazione di un professionista abilitato attestante la conformità degli elaborati alle disposizioni tecniche adottate in via regolamentare.

Nell'ambito dei rapporti civilistici, inoltre, si sono tra l'altro stabiliti:

- la riduzione dei *quorum* deliberativi delle deliberazioni aventi per oggetto le innovazioni da attuare negli edifici privati dirette alla eliminazione delle barriere architettoniche, alla realizzazione di percorsi attrezzati e alla in-

stallazione di dispositivi di segnalazione atti a favorire la mobilità dei ciechi all'interno degli edifici privati, con applicazione delle maggioranze previste dall'articolo 1136, secondo e terzo comma, cc;

- in caso di diniego o inerzia del condominio, decorsi tre mesi dalla richiesta fatta per iscritto, il diritto dei portatori di *handicap* di installare, a proprie spese, servoscala e strutture mobili e facilmente rimovibili, oltre che di modificare l'ampiezza delle porte d'accesso, al fine di rendere più agevole l'accesso agli edifici, agli ascensori e alle rampe dei garages, pur restando fermo quanto disposto dagli articoli 1120, secondo comma, e 1121, terzo comma, cc;
- deroghe alle norme sulle distanze previste dai regolamenti edilizi, anche per i cortili e le chiostrine interni ai fabbricati o comuni o di uso comune a più fabbricati, fatto salvo l'obbligo di rispetto delle distanze di cui agli articoli 873 e 907 cc «nell'ipotesi in cui tra le opere da realizzare e i fabbricati alieni non sia interposto alcuno spazio o alcuna area di proprietà o di uso comune».

La nuova regolamentazione tecnica attuativa, per la cui emanazione era stato previsto il termine di tre mesi dall'entrata in vigore della legge, è intervenuta con dm 14 giugno 1989, n. 236 (*Prescrizioni tecniche necessarie a garantire l'accessibilità, l'adattabilità e la visitabilità degli edifici privati e di edilizia residenziale pubblica sovvenzionata e agevolata, ai fini del superamento e dell'eliminazione delle barriere architettoniche*), secondo cui innanzitutto, per barriere architettoniche, si devono intendere non soltanto gli impedimenti di carattere assoluto ma, più in generale:

- a) gli ostacoli fisici «fonte di disagio per la mobilità di chiunque», oltre che naturalmente di coloro che, per qualsiasi causa, hanno una capacità motoria ridotta o impedita in forma permanente ma anche temporanea;
- b) gli ostacoli che limitano o impediscono a chiunque la «comoda e sicura utilizzazione» di parti, attrezzature o componenti;
- c) la mancanza di accorgimenti e segnalazioni tali da permettere l'orientamento e la riconoscibilità dei luoghi e delle fonti di pericolo per chiunque e, in particolare, per i non vedenti, per gli ipovedenti e per i sordi.

Si è quindi evidenziato il passaggio da un'edilizia accessibile ai disabili a una edilizia sicura e agevole per qualunque potenziale fruitore, indipendentemente dall'esistenza di vere e proprie patologie e minorazioni.

Nell'ambito della progettazione degli edifici si sono quindi imposti tre distinti e gradati livelli della qualità edilizia, caratterizzati da diverse prestazioni e, specificamente:

- l'accessibilità, da intendersi come «*la possibilità, anche per persone con ridotta o impedita capacità motoria o sensoriale, di raggiungere l'edificio e le sue singole unità immobiliari e ambientali, di entrarvi agevolmente e di fruirne spazi e attrezzature in condizioni di adeguata sicurezza e autonomia*»;
- la visitabilità, cioè la possibilità, anche da parte di persone con ridotta o impedita capacità motoria o sensoriale, di accedere agli spazi di relazione e ad almeno un servizio igienico di ogni unità immobiliare, intendendosi come spazi di relazione gli spazi di soggiorno o pranzo dell'alloggio e quelli dei luoghi di lavoro, servizio e incontro, nei quali la persona entra in rapporto con la funzione in essi svolta;
- la adattabilità, vale a dire la possibilità di modificare ulteriormente nel tempo lo spazio costruito con costi limitati, allo scopo di renderlo in futuro completamente e agevolmente fruibile anche da parte di persone con ridotta o impedita capacità motoria o sensoriale.

Una volta definiti i tre livelli di qualità edilizia, il decreto ha stabilito con precisione in quali termini gli edifici e le loro articolazioni (ad esempio spazi esterni, parti comuni degli edifici, ambienti destinati ad attività sociali, sale e luoghi per riunioni, spettacoli e ristorazione, strutture ricettive, luoghi per il culto, abitazioni etc.) devono essere accessibili, visitabili o adattabili.

Ancora una volta si è scelto di mettere in evidenza che le misure prescritte, per quanto obbligatorie, avrebbero potuto sempre essere disattese attraverso proposte di soluzioni progettuali alternative, purché egualmente o più efficacemente in grado di soddisfare le prestazioni attese.

5. (segue) d) Interventi di inquadramento e di integrazione

La legge 5 febbraio 1992, n. 104 (*Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*), tra le disposizioni per l'integrazione delle persone con disabilità, tratta anche i temi connessi alle barriere architettoniche e, ancora una volta, conferma l'imposizione dell'obbligo di eliminazione «o superamento» delle barriere architettoniche in «*tutte le opere edilizie riguardanti edifici pubblici e privati aperti al pubblico... suscettibili di limitare l'accessibilità e la visitabilità*».

In tale logica, per gli edifici soggetti ai vincoli d'interesse artistico e storico, nell'ipotesi di impossibilità di concessione delle autorizzazioni previste, si è data la generale possibilità (“può”) di realizzare interventi adeguati, quand’anche con “*opere provvisoriali*”.

Si è inoltre confermato l'obbligo di fornire, accanto alla documentazione grafica, una dichiarazione di conformità alla normativa vigente in materia di accessibilità e di superamento delle barriere architettoniche e si è prevista, all'atto del rilascio del certificato di agibilità e di abitabilità, la possibilità di richiedere al proprietario dell'immobile o all'intestatario della concessione una dichiarazione resa sotto forma di perizia giurata, redatta da un tecnico abilitato.

Di particolare significato è la previsione dell'obbligo di dichiarare inabitabili e inagibili «*tutte le opere realizzate negli edifici pubblici e privati aperti al pubblico in difformità dalle disposizioni vigenti in materia di accessibilità e di eliminazione delle barriere architettoniche, nelle quali le difformità siano tali da rendere impossibile l'utilizzazione dell'opera da parte delle persone handicappate*», oltre che, con una scelta particolarmente innovativa, la generalizzata diretta responsabilità del progettista, del direttore dei lavori, del responsabile tecnico degli accertamenti per l'agibilità o l'abitabilità e del collaudatore, «*ciascuno per la propria competenza*».

La legge quadro ha quindi imposto l'accessibilità per tutti gli utenti disabili degli impianti sportivi e la visitabilità delle attrezzature autostradali e degli impianti di balneazione, pena la revoca delle concessioni (art. 23).

Il DPR 24 luglio 1996, n. 503 (*Regolamento recante norme per l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici, spazi e servizi pubblici*), viene emanato per l'esigenza di “aggiornare” le disposizioni di cui al DPR 27 aprile 1978, n. 384, attuazione dell'articolo 27 della legge 30 marzo 1971, n. 118, tenuto conto della entrata in vigore della disciplina quadro sull'*handicap*, con il richiamo delle definizioni di barriera architettonica di cui al dm 14 giugno 1989, n. 236, prevedendo come campo di applicazione innanzitutto gli edifici e gli spazi pubblici e imponendo per quelli esistenti l'obbligo di apportare accorgimenti tali da migliorarne la fruibilità sulla base delle norme introdotte.

Il decreto introduce precise disposizioni riguardanti le aree edificabili, le opere di urbanizzazione e le opere di arredo urbano, oltre che la necessaria accessibilità degli spazi pubblici ai portatori di *handicap*, e soprattutto impone l'unificazione degli *standards* dell'edilizia pubblica e di quella privata (art. 13, primo comma: «*Le norme del presente regolamento sono riferite alle generalità dei tipi edilizi*»).

Si prevede l'ammissibilità di deroghe, negli edifici esistenti, solo ed esclusivamente «*in caso di dimo-*

strata impossibilità tecnica connessa agli elementi strutturali o impiantistici», ovvero, in ipotesi di vincolo per i beni d'interesse artistico e storico, «nel caso in cui le opere di adeguamento costituiscono pregiudizio per valori storici ed estetici del bene tutelato», dovendosi in tal caso intervenire -con la obbligatoria specificazione della natura e della serietà del pregiudizio- con «opere provvisoriale ovvero, in subordine, con attrezzature d'ausilio e apparecchiature mobili non stabilmente ancorate alle strutture edilizie»⁸.

Si conferma ancora una volta la possibilità di soluzioni alternative alle prescrizioni, se funzionalmente capaci di assicurare meglio l'interesse all'eliminazione degli ostacoli.

Si interviene, da ultimo, in modo analitico, anche sui servizi speciali di pubblica utilità e, più precisamente, sui servizi di tranvia, filovia, linee automobilistiche, metropolitane (art. 24); su treni, stazioni, ferrovie (art. 25); sui servizi di navigazione marittima e sulle navi nazionali (art. 26); sui servizi di navigazione interna (art. 27); sulle aerostazioni (art. 28); sui servizi per i viaggiatori (art. 29); sugli impianti telefonici pubblici (art. 31).

Per l'inserimento nell'ambito dell'attività edilizia libera e per disposizioni semplificative di molteplici interventi volti all'eliminazione di barriere architettoniche si vedano il DPR 6 giugno 2001, n. 380 (*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*), e, recentemente, il DPR 13 febbraio 2017, n. 31 (*Regolamento recante individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata*) e il decreto 2 marzo 2018 del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (*Approvazione del glossario contenente l'elenco non esaustivo delle principali opere edilizie realizzabili in regime di attività edilizia libera, ai sensi dell'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 25 novembre 2016, n. 222*).

La legge 12 marzo 1999, n. 68 (*Norme per il diritto al lavoro dei disabili*), con il DPR 10 ottobre 2000, n. 333 (*Regolamento di esecuzione per l'attuazione della legge 12 marzo 1999, n. 68 recante norme per il diritto al lavoro dei disabili*), riveste a sua volta speciale rilievo in quanto, oltre a prevedere e disciplinare il sistema di assunzioni obbligatorie, da un lato vieta al datore di lavoro di chiedere al disabile una prestazione non compatibile con le sue minorazioni e,

dall'altro, prevede l'istituzione di fondi regionali per l'occupazione dei disabili e l'erogazione di «contributi per il rimborso forfetario parziale delle spese necessarie all'adozione di accomodamenti ragionevoli in favore dei lavoratori con riduzione della capacità lavorativa superiore al 50 per cento, incluso l'apprestamento di tecnologie di telelavoro o la rimozione delle barriere architettoniche che limitano in qualsiasi modo l'integrazione lavorativa della persona con disabilità...».

La legge 11 dicembre 2012, n. 220 (*Modifiche alla disciplina del condominio negli edifici*), intervenendo sul testo degli articoli 1120 e 1136 cc, ha infine stabilito gli attuali nuovi *quorum* deliberativi per le decisioni dell'assemblea, innalzando significativamente, rispetto a quanto in precedenza previsto dalla legge 9 gennaio 1989, n. 13, la soglia per l'adozione delle delibere di approvazione degli interventi di abbattimento delle barriere architettoniche.

Tale scelta legislativa, in vistosa controtendenza rispetto al passato, pur non segnando una vera e propria battuta d'arresto alla spinta verso l'eliminazione degli impedimenti alla piena integrazione delle persone disabili, è senza dubbio causa di maggiori difficoltà per coloro che, nelle dinamiche condominiali, intendono sostenere la realizzazione di opere a favore di chi abbia capacità fisica ridotta o impedita.

6. Elementi indispensabili alla delimitazione dell'argomento e all'indagine sulle forme di protezione

Il richiamo dei numerosi interventi normativi succedutisi sul tema delle barriere architettoniche, per quanto necessariamente parziale e, quindi, volutamente selettivo, consente di procedere all'individuazione dei riferimenti fondamentali all'approfondimento dell'argomento.

Come si è già messo in evidenza, il tema delle «barriere architettoniche» si è ormai da tempo opportunamente disancorato dalla definizione delle tipologie dei diversi ed innumerevoli ostacoli fisici e dalla successiva individuazione di regole tecniche per la loro eliminazione, per giungere all'affermazione ormai non più contraddetta dell'esistenza di un diritto inderogabile costituzionalmente garantito della per-

8. Recentemente Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 ottobre 2017, n. 4824, secondo cui gli interventi volti ad eliminare le barriere architettoniche, ovvero quelli volti a migliorare le condizioni di vita delle persone svantaggiate, si possono effettuare anche su beni sottoposti a vincolo come beni culturali, e la relativa autorizzazione «può essere negata solo ove non sia possibile realizzare le opere senza serio pregiudizio del bene tutelato», precisandosi appunto che «il diniego deve essere motivato con la specificazione della natura e della serietà del pregiudizio, della sua rilevanza in rapporto al complesso in cui l'opera si colloca e con riferimento a tutte le alternative eventualmente prospettate dall'interessato». Sul «delicato compito» dell'amministrazione di valutare la rilevanza del pregiudizio che il bene tutelato potrebbe subire per effetto dell'intervento edilizio progettato al fine di eliminare le barriere architettoniche M. Bombi, *Tutela beni ambientali ed handicap*, in *Diritto & Giustizia*, 2016, p. 80.

sona all'integrazione piena nella società, indipendentemente dalle sue condizioni personali e fisiche.

Sotto altro profilo, l'evoluzione della disciplina consente di sottolineare che la materia prescinde ormai dal riferimento a categorie speciali – come quelle iniziali dei mutilati e degli invalidi, come anche quelle dei ciechi e dei sordi – per giungere alla considerazione – come è ovvio, differenziata nelle forme e nell'intensità – di chiunque possa trovarsi in difficoltà nei movimenti e negli spostamenti, come anche nello svolgere attività di qualsiasi natura, quand'anche semplicemente ludiche, sino ad arrivare a considerare in termini ancora più generali l'esigenza di protezione dell'incolumità delle persone, anche non «*fisicamente menomate*».

Si è infatti rimarcato e può dirsi che rappresenti un dato acquisito che l'abbattimento delle barriere deve riguardare la cd “*utenza ampliata*” e, quindi, non soltanto un numero ristretto di persone distinte per categorie di disabilità di tipo selettivo, e che sussiste viceversa l'esigenza di considerare unitariamente e integrare la generalità delle persone, attraverso normative, interventi pubblici e progettazioni di qualità non ingiustificatamente penalizzanti per alcuni gruppi o individui

La trasformazione della prospettiva, per questa ragione, consente di considerare i diversi profili connessi al tema delle età e, quindi, di considerare come le difficoltà e gli impedimenti possano essere indipendenti da condizioni di vera e propria malattia o *handicap* e derivare, più semplicemente, dalle condizioni ricorrenti della vita, connesse ad esempio, da un lato, all'infanzia e all'adolescenza e, dall'altro, all'età avanzata e alla vecchiaia, oppure condizioni fisiche personali, ad esempio la statura, il sovrappeso e l'obesità.

Il concetto allargato di “*barriera*”, comprensivo non soltanto degli impedimenti e delle limitazioni alle disabilità motorie, ma anche di quelle a disabilità diverse come quelle sensoriali di tipo uditivo e visivo, consente un'ulteriore estensione, finalizzata a considerare e imporre interventi più articolati come l'imposizione di segnali luminosi e acustici, di tasti in rilievo con simboli in Braille in semafori, ascensori ed elevatori, di barre a rilievo su pavimenti e scale per l'indicazione dei percorsi etc.

Sotto un altro ed egualmente considerevole aspetto, la disciplina in tema di barriere architettoniche, grazie al già richiamato collegamento ai diritti fondamentali della persona, può dirsi indifferente ad una tassativa delimitazione dei luoghi e degli interventi di adeguamento, indipendentemente dalle incertezze del riconoscimento legislativo che, sia pure con lentezza e talvolta solo parzialmente, ha progressivamente esteso la tutela⁹.

La tutela, pertanto – anche in questo caso con i necessari adattamenti, vale a dire con l'intelligente apprezzamento delle diversità delle situazioni e delle opere richieste –, si deve estendere dai luoghi pubblici e dall'ambiente urbano ai luoghi privati e aperti al pubblico, a tutte le istituzioni scolastiche e agli ambienti di lavoro, ai luoghi religiosi, alle proprietà private, comuni e condominiali, e in generale alla casa e agli alloggi, indipendentemente dal regime giuridico dell'eventuale diritto di godimento.

Nella stessa prospettiva concettuale, il diritto alla mobilità e alla protezione dell'incolumità non può che comprendere la facilitazione in ogni situazione:

- dello spostamento diretto e, quindi, della fruizione in condizioni di piena protezione dell'incolumità, degli ingressi e dei varchi in uscita, con percorsi senza ostacoli e senza impedimento, ovvero agevolati attraverso ascensori, elevatori, appoggi, sostegni, sedute etc.;
- dell'accesso per quanto possibile incondizionato ai sistemi di trasporto, con l'adeguamento indispensabile dei mezzi di spostamento e delle infrastrutture aeroportuali, portuali e ferroviarie¹⁰;
- della massima accessibilità, visitabilità e adattabilità di tutti gli ambienti e di tutti i luoghi in rapporto alle più diverse necessità, attività e occupazioni (anche per quanto riguarda le esigenze differenziate, come ad esempio quelle di terapie e di natura igienica) quali:
 - a) lo studio e il lavoro, non soltanto attraverso la rimozione delle barriere limitative dell'integrazione del disabile, ma anche con l'apprestamento di nuove tecnologie, come ad esempio il telelavoro;
 - b) le normali occupazioni di vita e lo svago, tra cui la fruizione dei siti turistici e delle strut-

9. Sul tema specifico del rapporto tra detenzione e barriere architettoniche anche G. Santalucia, *Carcere e custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 2370 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

10. Con riferimento all'applicazione del principio si richiama, ad esempio, nell'ambito della progettazione delle infrastrutture aeroportuali, l'art. 702 c. nav., come sostituito dall'art. 3, comma 13, d.lgs. 9 maggio 2005, n. 96, secondo cui, ferma restando la normativa generale applicabile alla realizzazione di opere pubbliche, attribuisce all'Enac l'approvazione dei progetti di costruzione, di ampliamento, di ristrutturazione, di manutenzione straordinaria e di adeguamento delle infrastrutture aeroportuali, anche al fine di eliminare le barriere architettoniche per gli utenti a ridotta mobilità.

ture ricettive (tra cui alberghi e attività di agriturismo e di ittiturismo)¹¹, delle installazioni balneari e delle concessioni demaniali delle aree protette, dei luoghi di spettacolo, degli impianti e delle attività sportive (se del caso attraverso la formazione e la presenza di istruttori specializzati nel sostegno alle persone disabili), dei luoghi di interesse culturale¹² etc.;

- c) la fruizione di adeguati controlli sulla salute e di cure di natura sanitaria in ospedali, case di cura e strutture sanitarie.

Il concetto fondamentale, in definitiva, appare finalmente quello della pienezza del diritto all'inclusione sociale, cioè dell'impegno comune verso l'inserimento di ogni individuo all'interno della società, indipendentemente dalla presenza di elementi limitanti di qualsiasi causa, natura e dimensione¹³.

7. Le tipologie della tutela civilistica.

a) La tutela aquiliana

In considerazione delle finalità e dei contenuti della presente sintesi non è questa la sede per richiamare, anche solo brevemente, le questioni sottese, nell'ambito del riconoscimento e della tutela di rango sovraordinato dei diritti inviolabili della persona umana, alla configurabilità di un unico diritto della personalità, o di tanti diritti della persona quanti possano essere individuati dal legislatore o in sede interpretativa e giurisdizionale, attraverso la trasposizione dei valori fondanti l'ordinamento nelle relazioni tra privati e tra singoli e Pubblica amministrazione.

La tutela del diritto, o dei diritti, di fronte a condotte attive o omissive all'origine di ostacoli a una vita "senza barriere" – e, in definitiva, a un'esistenza libera e dignitosa¹⁴ – è in ogni caso costantemente ricondotta all'ambito dell'atipicità dei fatti illeciti ex articolo 2043 cc.

La persona lesa può agire, secondo le regole generali, per il risarcimento del danno e, ai fini dell'accoglimento della azione risarcitoria, è tenuta a dimostrare i requisiti oggettivi e soggettivi dell'illecito aquiliano e, quindi, sia l'esistenza di un pregiudizio effettivo qualificabile come ingiusto, sia la riconducibilità del danno, sotto il profilo eziologico, a una condotta intenzionale o quanto meno colposa dell'agente, in quest'ultimo caso nelle diverse declinazioni della colpa, anche soltanto lieve, generica e specifica.

L'interessato, inoltre, può senz'altro agire affinché, accertata l'illiceità della condotta dell'agente, questo sia condannato a far cessare il fatto anche solo potenzialmente lesivo, ad esempio perché non ancora all'origine di un concreto pregiudizio, e in tal caso ai fini l'inibitoria è sufficiente che si dimostri la semplice attendibile possibilità che dalla condotta illecita gli derivi pregiudizio, il quale può essere, quindi, meramente potenziale ovvero di ordine soltanto morale.

La natura della situazione soggettiva azionata, in quanto afferente ai diritti inviolabili della persona, costituzionalmente garantiti, per affermazione ormai consolidata, implica che in caso di lesione sorga in capo al soggetto offeso il diritto al risarcimento del danno anche non patrimoniale, a prescindere dalla circostanza che il fatto lesivo integri o meno un reato, sicché ai fini risarcitori è irrilevante che sussistano gli elementi costitutivi di fattispecie incriminatrici e sia applicabile l'articolo 185 cp.

L'articolo 2059 cc, si è da tempo evidenziato nella giurisprudenza della stessa Suprema Corte, secondo una lettura costituzionalmente orientata, non disciplina un'autonoma fattispecie di illecito, produttiva di danno non patrimoniale, distinta da quella prevista dall'articolo 2043 cc, ma regola i limiti e le condizioni di risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali, che deve essere piena in caso di lesione di diritti costituzionali inviolabili, ferma la regola secondo cui la lesione deve essere apprezzabile e le conseguenze dannose non inconsistenti¹⁵.

Sotto altro profilo, avuto ancora una volta riguardo al livello di protezione assicurato alla situazione

11. Si veda, ad esempio, la l. 20 febbraio 2006, n. 96 (*Disciplina dell'agriturismo*), che all'art. 5 ha imposto per gli edifici e i manufatti destinati all'esercizio dell'attività agrituristica la conformità alle norme vigenti in materia di accessibilità e di superamento delle barriere architettoniche, assicurata quanto meno con opere provvisoriale.

12. Si richiama, tra gli altri, il decreto del Ministero per i beni e le attività culturali 28 marzo 2008 (*Linee guida per il superamento delle barriere architettoniche nei luoghi di interesse culturale*).

13. Per un inquadramento generale P. Cendon, *Le attività realizzatrici della persona*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 2412. Sulla tutela dei cd soggetti deboli, e la diretta applicabilità delle disposizioni costituzionali ai rapporti privati M. Manetti, *La libertà eguale nella costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 635.

14. Sulla riconducibilità dei pregiudizi alla figura del danno esistenziale G. Giusti, *La permanente importanza della figura del danno esistenziale*, in *Giur. merito*, 2006, p. 2354.

15. Sul tema, P. Virgadamo, *La tutela risarcitoria del danno non patrimoniale patito dai disabili: dalle barriere architettoniche alla l. n. 67 del 2006*, in *Giust. civ.*, 2007, p. 263.

soggettiva in esame, deve essere incondizionatamente riconosciuta l'ammissibilità di una tutela cautelare d'urgenza ai sensi dell'articolo 700 cpc, atteso che, una volta ritenuto sussistente il requisito necessario rappresentato dalla probabile fondatezza della pretesa fatta valere, o *fumus boni iuris*, impedire il verificarsi del pregiudizio o il suo aggravamento risponde alle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale, tanto più di fronte a diritti costituzionalmente garantiti, atteso che la tutela di merito rischierebbe di essere vanificata, o grandemente pregiudicata, perché nel momento della sua operatività l'avente diritto avrebbe già subito, in mancanza di una tutela tempestiva, perdite irrimediabili sotto il profilo del tenore e della qualità della vita; perché la persona, continuando a subire le limitazioni alla propria esistenza, potrebbe vedere la sua salute autonomamente esposta a rischi; perché infine l'affermazione astratta della possibilità di un risarcimento per equivalente potrebbe a sua volta implicare il pericolo di non adeguata riparazione della situazione soggettiva lesa, considerata la problematicità di una compiuta rappresentazione nella causa di merito di tutti i potenziali profili di pregiudizio e, quindi, le incertezze di una affidabile commisurazione.

Infine, è opportuno richiamare l'affermazione altrettanto consolidata secondo cui l'inosservanza da parte della pubblica amministrazione, nella gestione dei beni che le appartengono e nelle attività svolte, dei comuni canoni di diligenza, prudenza e perizia, come anche delle regole tecniche, può sicuramente essere denunciata dal privato sia quando abbia per oggetto la richiesta del risarcimento di un danno già venuto a esistenza, sia quando tenda a conseguire la condanna a un *facere*, volta a impedire che il pregiudizio intervenga, in quanto tale domanda non investe scelte e atti autoritativi dell'amministrazione, ma un'attività soggetta al rispetto del principio del *neminem laedere*.

Si è peraltro affermato che il giudizio, relativo al servizio di sostegno scolastico a favore di minori diversamente abili, ai sensi dell'articolo 33 d.lgs 31 marzo 1998, n. 80, e successive modificazioni, come inciso dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale e finalizzato alla condanna di un comune all'esecuzione di interventi edilizi di tipo strutturale

per l'eliminazione delle barriere architettoniche impeditive dell'accesso a locali pubblici, appartenendo la controversia al novero di quelle «*aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio*», che a norma dell'articolo 133, comma 1, lettera f), d.lgs 2 luglio 2010, n. 104, sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, rientra nella giurisdizione del medesimo giudice amministrativo (Cass. civ., Sezioni unite, ord. 19 luglio 2013, n. 17664).

8. (segue) b) La tutela nel sistema dei diritti reali, con particolare riguardo alla comunione e al condominio

In materia di servitù la Corte costituzionale, con sentenza 10 maggio 1999, n. 167, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1052, secondo comma, cc, nella parte in cui non prevedeva che il passaggio coattivo a favore di fondo non intercluso potesse essere concesso dall'autorità giudiziaria in relazione alle esigenze di accessibilità della casa di abitazione da persone affette da disabilità, oltre a quelle produttivistiche dell'agricoltura e dell'industria, perché in diretto contrasto con le previsioni di cui agli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione, evidenziando «*come debba ritenersi ormai superata la concezione di una radicale irrecuperabilità dei portatori di handicap e come la socializzazione debba essere considerata un elemento essenziale per la salute di tali soggetti sì da assumere una funzione sostanzialmente terapeutica assimilabile alle pratiche di cura e riabilitazione*»¹⁶.

In tema di comunione, l'art. 1102, primo comma, cc, nel regolare l'uso della cosa comune, riprendendo quanto stabilito dall'art. 675 del codice civile del 1865, stabilisce che «*ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto*», prevedendo tuttavia sin da allora, in modo innovativo, che «*a tal fine può apportare a proprie spese le modificazioni necessarie per il miglior godimento della cosa*», pri-

16. Si vedano P. Vitucci, *Il passaggio coattivo e le persone handicappate*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1615, e, criticamente, F. Gazzoni, *Disabili e tutela reale*, in *Riv. not.*, 1999, p. 978. Su costituzione di servitù coattiva e *handicap* anche M. Costanza, *Nota a Corte di cassazione, 3 agosto 2012, n. 14103*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 121. Recentemente G. Musolino, *Servitù prediali ed esigenze soggettive dei proprietari dei fondi dominante e servente*, in *Rivista del notariato*, 2016, p. 501, che sottolinea come le norme sull'eliminazione delle barriere architettoniche pongano l'accesso agevole agli immobili per persone con ridotta capacità motoria come requisito oggettivo ed essenziale degli edifici privati di nuova costruzione, a prescindere dalla loro concreta appartenenza a soggetti portatori di *handicap*. Sul tema dell'ammissibilità della tutela urgente di diritti oggetto di azioni costitutive e della anticipazione cautelare degli effetti della sentenza costitutiva di servitù coattiva N. Cosentino, *Tutela cautelare d'urgenza, azioni costitutive e rilevanza della condotta del ricorrente*, in *Giur. merito*, 2012, p. 2359.

ma di allora impossibili senza il consenso degli altri, «*ancorché le pretenda vantaggiose a tutti*» (art. 677 cc 1865)¹⁷.

La giurisprudenza in tema di condominio degli edifici, a sua volta, aveva distinto già da diverso tempo prima dell'entrata in vigore delle già richiamate modifiche legislative apportate dalla legge 11 dicembre 2012, n. 220, le «*innovazioni*» contemplate dall'articolo 1120 cc, per le quali era indispensabile il consenso della maggioranza dei condomini, costituite dalle opere di trasformazione della cosa comune incidenti sulla sua «*essenza*» e tali da alterarne la originaria funzione e destinazione, e le «*modificazioni*» che, ai sensi dell'articolo 1102 cc, ciascun condomino aveva facoltà di apportare alla cosa comune, che, senza alterarne la consistenza e la destinazione e senza pregiudicare i concorrenti diritti di uso o di godimento degli altri condomini, erano rivolte alla migliore e più conveniente utilizzazione della cosa stessa.

E si era spesso precisato, almeno in linea di principio, che il venir meno della possibilità di utilizzazione di parti comuni dell'edificio in modo identico a quanto avvenuto in origine non contrastava necessariamente con la previsione di cui all'articolo 1120, secondo comma, cc, perché a una modalità di godimento se ne poteva legittimamente offrire una diversa, ma di contenuto migliore, come ad esempio nel caso dell'installazione di un ascensore in uno spazio dell'androne, in corrispondenza con l'area centrale del vano scala¹⁸.

I limiti alle «*innovazioni*» e alle «*modificazioni*», oltre quelli rappresentati dalla compromissione della

stabilità e della sicurezza del fabbricato, e della alterazione del decoro architettonico di esso, erano comunque quelli della preclusione o diminuzione, per alcuno dei condomini, dell'uso e del godimento di talune parti dell'edificio, interpretati in genere con estrema rigidità, indicando che l'assemblea condominiale non poteva, a maggioranza, ledere i diritti dei singoli condomini – come anche di uno o alcuni di essi – sulle porzioni dell'edificio, con conseguente nullità delle relative deliberazioni, suscettibile di essere fatta valere in ogni tempo da chiunque dimostri di averne interesse, ivi compreso il condomino che avesse precedentemente espresso voto favorevole¹⁹.

Rispetto a letture estremamente rigorose e persino formali ripetutamente date dalla giurisprudenza, non soltanto di merito²⁰, la Suprema corte ha in seguito decisamente affermato che, nella valutazione dei limiti alle innovazioni e alle modificazioni occorre tenere conto del «*principio di solidarietà condominiale*», evitando che la intransigente osservanza dei limiti non risulti nel caso concreto irragionevole, dovendosi considerare l'esigenza di un temperamento dei vari interessi al fine dell'ordinato svolgersi di quella convivenza che è propria dei rapporti condominiali, tanto più nel coinvolgimento dei diritti fondamentali dei disabili²¹.

Nell'identificazione del limite all'immutazione della cosa comune, disciplinato dall'articolo 1120, secondo comma, cc, il concetto di inservibilità della stessa «*non può consistere nel semplice disagio subito rispetto alla sua normale utilizzazione – coesistente al concetto di innovazione – ma è costituito*

17. Nella relazione al codice, al par. 518, si chiariva che l'innovazione legislativa era stata decisa, «*seguendo il largo indirizzo tracciato dalla giurisprudenza*» al fine di consentire «*al singolo partecipante di trarre dalla cosa la migliore utilizzazione possibile*».

18. Sulla possibilità di configurare «*una atipica servitù coattiva per l'abbattimento delle barriere architettoniche in edificio condominiale*» F.G. Viterbo, *Sulla legalità costituzionale dei limiti alle innovazioni dirette all'abbattimento delle barriere architettoniche in un edificio condominiale*, in www.judicium.it/sulla-legalita-costituzionale-dei-limiti-alle-innovazioni-dirette-allabbattimento-delle-barriere-architettoniche-un-edificio-condominiale/, 26 marzo 2018.

19. Cass. civ., Sez. II, 24 luglio 2012, n. 12930, in *Archivio locazioni e condominio*, 2013, p. 34, con nota di M. De Tilla, *Delibera condominiale e installazione dell'ascensore*.

20. Si veda Cass. civ., Sez. II, 25 giugno 1994, n. 6109, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, 1, p. 649, con nota di E. Ditta, *Ancora sul problema dell'ambito di applicazione della legge 13 gennaio 1989, n. 13, sull'eliminazione delle barriere architettoniche*; in *Foro it.*, 1995 I, p. 3285, con nota di A. Mirenda; in *Giust. civ.*, 1995, 1, p. 167, con nota di M. De Tilla, *Installazione dell'ascensore nel condominio e norme dirette a favorire il superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche*, con riguardo all'installazione di un ascensore nel vano scala condominiale, per i «*sensibili effetti pregiudizievoli*» per la proprietà dell'appartamento esistente al piano terra, atteso che le opere interne al vano scala avrebbero ridotto della metà la luminosità del vano condominiale, proprio davanti alla porta d'ingresso dell'appartamento, «*attentando anche alla salubrità e alla gradevolezza del luogo*»; quelle esterne avrebbero creato un ingombro esterno, costituito dalla torre dell'ascensore, sporgente m. 1,10 e distante solo 40 cm. da uno dei lati della finestra del locale destinato a servizi igienici del medesimo appartamento, con una conseguente riduzione di luminosità del 25-30% del locale.

21. Cass. civ., Sez. II, 25 ottobre 2012, n. 18334, in *Giur. it.*, 2013, p. 294, con nota G. Tucci. Si vedano, in argomento, rinviando per ulteriori riferimenti, E. Valentino, *L'eliminazione delle barriere architettoniche e il principio di solidarietà condominiale*, in *Diritto & Giustizia*, 2018, p. 3; G. Milizia, *Se non c'è pregiudizio per l'edificio soggetto a vincolo non si può negare l'ascensore all'anziana*, in *Diritto & Giustizia*, 2017, p. 17; E. Valentino, *Barriere architettoniche da eliminare anche se nel condominio non risiedono persone disabili*, in *Diritto & Giustizia*, 2017, p. 4; G. Milizia, *La sicurezza dei condomini prevale sull'abbattimento delle barriere architettoniche*, in *Diritto & Giustizia*, 2017, p. 12.

dalla concreta inutilizzabilità della res communis secondo la sua naturale fruibilità», e «si può tener conto di specificità – che possono costituire ulteriore limite alla tollerabilità della compressione del diritto del singolo condomino – solo se queste costituiscono una inevitabile e costante caratteristica di utilizzo»²².

La legittimità della deliberazione dell'assemblea condominiale, come anche dell'intervento eseguito dal singolo condomino in caso di inerzia o rifiuto dell'assemblea, non può essere esclusa dal fatto che gli interventi da realizzare o eseguiti non soddisfino del tutto le prescrizioni in tema di eliminazione delle barriere architettoniche, purché gli stessi risultino idonei, anche se non ad eliminare del tutto, quantomeno ad attenuare sensibilmente le condizioni di disagio nella fruizione del bene primario dell'abitazione²³.

Deve richiamarsi, infine, l'affermazione secondo cui «la finalità pubblicistica sottesa alla normativa in tema di eliminazione delle barriere architettoniche, espressione a sua volta del principio di solidarietà, che consente di ritenere irrilevante, ai fini della installazione di dispositivi inamovibili di accesso negli edifici, l'esistenza di condomini disabili..., impedisce di configurare il diritto al mantenimento e all'uso dei dispositivi cosiddetti provvisori, ove già installati, come diritto personale ed intrasmissibile del condomino disabile, che si estingue con la morte dello stesso», atteso che la normativa in materia di eliminazione delle barriere architettoniche persegue, attraverso la tutela dell'interesse particolare dell'invalido, un interesse generale alla accessibilità agli edifici²⁴.

Con riguardo al problema del rapporto tra innovazione e proprietà dei singoli condomini si è os-

servato che l'installazione di un ascensore, al fine dell'eliminazione delle barriere architettoniche, realizzata da un condomino su parte di un cortile e di un muro comuni, deve considerarsi indispensabile ai fini dell'accessibilità dell'edificio e della reale abitabilità dell'appartamento e rientra, pertanto, nei poteri spettanti ai singoli condomini ai sensi dell'articolo 1102 cc, senza che, ove siano rispettati i limiti di uso delle cose comuni stabiliti da tale norma, rilevi la disciplina dettata dall'articolo 907 cc sulla distanza delle costruzioni dalle vedute, neppure per effetto del richiamo operato nell'articolo 3, secondo comma, legge 9 gennaio 1989, n. 13, non trovando detta disposizione applicazione in ambito condominiale²⁵.

9. (segue) c) Le protezioni nel sistema contrattuale²⁶

Il regolamento di condominio, qualora non si limiti a disciplinare l'uso e le modalità di godimento delle cose comuni, la ripartizione delle spese e la tutela dell'edificio in conformità dei diritti spettanti ai singoli condomini, e non resti nell'ambito dell'organizzazione della vita interna del condominio ma disponga, incidendo sui diritti dei singoli, necessita del consenso unanime di tutti i partecipanti e ha natura contrattuale.

I divieti del regolamento contrattuale ulteriori rispetto ai limiti stabiliti dall'articolo 1102 cc, tuttavia, sono stati ritenuti recessivi rispetto all'ipotesi di realizzazione di opere, quali l'ampliamento delle scale e l'adeguamento dell'ascensore, indispensabili ai fini di una effettiva abitabilità dell'immobile, intesa nel senso di una condizione abitativa che rispetti l'evoluzione delle esigenze generali dei condomini, o di

22. Così ancora Cass. civ., Sez. II, 25 ottobre 2012, n. 18334, cui si rinvia per ulteriori riferimenti, la quale ha specificato che, nella valutazione delle conseguenze della innovazione, anche in tema di sicurezza, ai fini del decidere sulla ammissibilità della stessa, si debba dare importanza preminente all'abbattimento della barriere architettoniche; nello stesso senso, più recentemente, Cass. civ., Sez. VI-2, ord. 9 marzo 2017, n. 6129, con riguardo al diritto di installare un ascensore occupando una parte del sedime del giardino comune, a ridosso della facciata in cui si trovava il portone d'ingresso del fabbricato condominiale; Cass. civ., Sez. II, 28 marzo 2017, n. 7938, in *Giur. it.*, 2018, I, p. 69, con nota G. Sicchiero, *Dalla solidarietà costituzionale alla solidarietà condominiale; da ultimo, applicando i principi nel dominio delle azioni a difesa del possesso*, Cass. civ., sez. II, 12 aprile 2018, n. 9101, in *Diritto & Giustizia*, 2018, 16 aprile, con nota di E. Valentini, *L'eliminazione delle barriere architettoniche e il principio di solidarietà condominiale*. Cass. civ., Sez. II, 5 agosto 2015, n. 16486, in *Archivio delle locazioni*, 2016, p. 182, con nota De Tilla.

23. In questo senso ancora Cass. civ., Sez. VI-2, ord. 9 marzo 2017, n. 6129; Cass. civ., Sez. VI-2, ord. 26 luglio 2013, n. 18147.

24. Cass. civ., Sez. II, 26 febbraio 2016, n. 3858.

25. Cass. civ., Sez. II, 3 agosto 2012, n. 14096, in *Vita notarile*, 2013, p. 203, con nota di R. Triola.

26. Sull'argomento in generale e per la discriminazione contrattuale come esclusione o restrizione dell'accesso a beni o servizi, idonea a produrre «tre effetti notevolmente indesiderabili», e cioè «la lesione della libertà contrattuale del soggetto passivo, la neutralizzazione di un'opportunità di arricchimento individuale (in quanto può impedire la conclusione di un contratto o alterare l'equilibrio sinallagmatico) e soprattutto la manipolazione del corretto funzionamento del mercato, tramite la riduzione dei traffici e la falsificazione del meccanismo di formazione dei prezzi di beni e servizi», M. Ciancimino, *La discriminazione contrattuale: profili rilevanti per la tutela della persona*. Note a margine di un recente dibattito dottrinale, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2018, pp. 667 ss., cui si rinvia per ulteriori e ampi riferimenti.

chi comunque utilizza il condominio, e il rispetto del benessere abitativo e di piena utilizzazione della propria abitazione, dovendo ritenersi che le disposizioni in materia di eliminazione di barriere architettoniche costituiscono norme imperative ed inderogabili, direttamente attuative degli articoli 32 e 42 della Costituzione²⁷.

È affermazione consolidata nella giurisprudenza che, al momento di concludere un contratto di locazione di un immobile destinato a un determinato uso, gravi sul conduttore l'onere di verificare che le caratteristiche del bene siano adeguate a quanto necessario per la fruizione e per lo svolgimento dell'attività prevista, nonché a quanto necessario per ottenere le necessarie autorizzazioni di natura amministrativa.

Si è conseguentemente enunciato il principio secondo cui, salve precise dichiarazioni e garanzie del locatore, nonostante la disciplina sulla rimozione delle barriere architettoniche abbia carattere cogente, la locazione di un immobile non conforme alla normativa non è vietata, né sottoposta alla condizione legale del previo adeguamento da parte del locatore, difettando una espressa previsione in tal senso da parte del legislatore e atteso che il requisito della liceità dell'oggetto previsto dall'articolo 1346 cc è da riferire alla prestazione, ovvero al contenuto del negozio, e non al bene in sé²⁸.

Le parti sono evidentemente libere, nell'ambito dei principi generali in tema di autonomia contrattuale, di disporre negozialmente in merito alle modificazioni eventualmente necessarie alla individuazione della parte su cui deve ricadere il relativo onere economico.

In tema di locazione abitativa, qualora il conduttore abbia necessità, nel corso del rapporto, per poter adeguatamente fruire dell'immobile, di modifiche e innovazioni di modesta entità della cosa finalizzate all'abbattimento di impedimenti e barriere, dovrebbe essere possibile ritenere:

- l'ammissibilità di interventi a spese del conduttore per applicabilità dell'articolo 1374 cc (*Integrazione del contratto*), secondo cui «*il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità*»;
- anche in questo caso, la recessività dei divieti di origine negoziale rispetto alla disciplina imperativa ricavabile dal complesso delle disposizioni in materia di abbattimento delle

barriere architettoniche e, soprattutto, al loro fondamento costituzionale.

La necessità sopravvenuta di innovazioni significative, se non consentite, può invece legittimare il conduttore a ricorrere, prima ancora che agli ordinari rimedi risolutivi, al recesso, atteso che, indipendentemente dalle previsioni contrattuali, il conduttore, qualora ricorrano gravi motivi, può recedere in qualsiasi momento dal contratto, con il preavviso nel termine di cui all'articolo 4 legge 27 luglio 1978, n. 392 (*Disciplina delle locazioni di immobili urbani*).

In talune ipotesi, indipendentemente dalla natura della locazione, potrebbe ipotizzarsi il ricorso alla fattispecie della cd. "presupposizione" (o condizione inespressa), atteso che dal contenuto del contratto sarebbe possibile evincere l'esistenza di una situazione di fatto -il normale godimento pieno e diretto da parte del conduttore, dei congiunti e dei familiari-, non espressamente enunciata in sede di stipulazione ma senz'altro considerata quale presupposto imprescindibile della volontà negoziale, sempre che il successivo venir meno dipenda da circostanze non imputabili.

Sicuramente più complessa e articolata è la questione, non suscettibile di analisi compiuta nell'economia delle presenti note, dei rimedi praticabili in caso di fattispecie traslative a formazione progressiva, e specificamente della possibilità di risoluzione del contratto preliminare di compravendita di bene immobile se, nel tempo intercorso fra la conclusione del preliminare e la sua esecuzione, si verificano avvenimenti straordinari ed imprevedibili, come appunto il sopravvenire di disabilità.

10. (segue) d) Attività di impresa e protezioni del lavoratore disabile

Nell'indicazione dei diversi livelli e strumenti di protezione in materia, è di indubbio interesse l'orientamento della Suprema Corte in tema di rapporto tra libertà di iniziativa economica e tutela dei diritti fondamentali della persona.

L'articolo 3, comma 3 bis, d.lgs 9 luglio 2003, n. 216 (*Attuazione della direttiva 2000/78/Ce per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*) come inserito dall'articolo 9, comma 4-ter, dl 28 giugno 2013, n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 99, al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, obbliga

27. Ancora Cass. civ., Sez. II, 28 marzo 2017, n. 7938.

28. Cass. civ., Sez. III, 15 dicembre 2003, n. 19190, in *Archivio locazioni e condominio*, 2004, p. 162.

i datori di lavoro pubblici e privati ad adottare “*acomodamenti ragionevoli*”, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, *per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori*».

Il giudice di legittimità, in relazione a fattispecie sottratte *ratione temporis* all'applicazione della disposizione, ha altresì affermato – anche con una recentissimo arresto – che non può considerarsi violato l'articolo 41 della Costituzione nel dichiarare l'illegittimità del licenziamento di un lavoratore intimato per sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni assegnate, se il datore di lavoro non abbia previamente accertato la possibilità di adibire il lavoratore medesimo a mansioni diverse e di pari livello, attraverso i necessari adattamenti organizzativi, senza pregiudizio per gli altri lavoratori ed evitando alterazioni dell'organigramma aziendale²⁹.

La scelta interpretativa trova il suo fondamento, infatti, anche nel doveroso bilanciamento tra i valori dell'ordinamento interno, dotati di pari rilievo costituzionale, nella comparazione tra l'articolo 41 della Costituzione, secondo cui l'iniziativa economica privata, pur libera, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, e gli articoli 4, 35 e 36 della Costituzione.

La significatività dell'impostazione ermeneutica deve essere individuata nell'affermazione della doverosa interdizione di condotte che abbiano come portato quello di ostacolare la piena ed effettiva partecipazione alla vita, su base di uguaglianza con gli altri, di chi si trovi in una condizione di *handicap* per la presenza di limitazioni risultanti da menomazioni fisiche, mentali o psichiche.

Devono richiamarsi infine, in proposito, la legge 23 dicembre 2014, n. 190 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, legge di stabilità 2015*), che ha attribuito all'Istituto nazionale assicurazione infortuni sul lavoro le competenze in materia di reinserimento e di integrazione lavorativa delle persone con disabilità da lavoro, da realizzare con progetti personalizzati mirati alla conservazione del posto di lavoro o alla ricerca di nuova occupazione, con interventi formativi di riqualificazione professionale, con progetti per il superamento

e per l'abbattimento delle barriere architettoniche sui luoghi di lavoro, con interventi di adeguamento e di adattamento delle postazioni di lavoro, nonché la Determinazione 11 luglio 2016, n. 258 dell'Inail (*Regolamento per il reinserimento e l'integrazione lavorativa delle persone con disabilità da lavoro, in attuazione dell'articolo 1, comma 166, legge 23 dicembre 2014, n. 190*).

11. (segue) e) La repressione delle forme di discriminazione

Con la legge 1 marzo 2006, n.67 (*Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni*), richiamando espressamente l'articolo 3 della Costituzione e il diritto all'eguaglianza, si è inteso promuovere «*la piena attuazione del principio di parità di trattamento e delle pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità... al fine di garantire alle stesse il pieno godimento dei loro diritti civili, politici, economici e sociali*» (art. 1, primo comma, *Finalità e ambito di applicazione*)³⁰.

Viene innanzitutto data una nozione precisa di discriminazione, definendo:

- discriminazione diretta il trattamento, «*per motivi connessi alla disabilità*», meno favorevole rispetto a quello assicurato (anche in via condizionale) a una persona non disabile in situazione analoga;
- discriminazione indiretta la situazione in cui «*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*».

Vengono infine considerate discriminazioni, con una equiparazione incondizionata, «*le molestie e 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*».

Sul piano processuale, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs 1 settembre 2011, n. 150 (*Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti*

29. Cass. civ., Sez. I., 19 marzo 2018, n. 6798, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

30. Sui presupposti dell'applicabilità della disciplina Cass. civ., Sez. III, 23 settembre 2016, n. 18762, secondo cui la situazione di inaccessibilità a luogo privato aperto al pubblico (nella specie, un locale adibito all'utilizzazione di un bancomat), dovuta alla presenza di una barriera architettonica, legittima la persona disabile a ricorrere, anche che nei confronti di privati, alla tutela antidiscriminatoria. Si veda anche K. Mascia, *Anche la persona affetta da disabilità deve poter accedere agevolmente al servizio di bancomat*, in *Diritto & Giustizia*, 2016, p. 5.

civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69), le controversie sono regolate dal rito sommario di cognizione e, quindi, omessa ogni formalità di rito non essenziale alla tutela del contraddittorio, con le seguenti peculiarità:

- è competente il tribunale del luogo in cui il ricorrente che assume di essere discriminato ha il domicilio;
- nel giudizio di primo grado le parti possono stare in giudizio personalmente;
- la legittimazione è riconosciuta anche alle associazioni e agli enti riconosciuti come rappresentativi, su delega in rappresentanza delle persone discriminate o direttamente, in proprio, in caso di discriminazioni di carattere collettivo, e alle stesse associazioni ed enti è consentito l'intervento nei giudizi instaurati e il ricorso in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti lesivi degli interessi delle persone stesse;
- il ricorrente può limitarsi a fornire "elementi di fatto", desunti anche da dati di carattere statistico (relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata), dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, con una inversione dell'onere della prova di cui all'articolo 2697 cc, spettando al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione;
- i poteri del giudice sono significativamente ampliati, essendogli consentito non semplicemente di condannare il responsabile della discriminazione al risarcimento del danno, anche non patrimoniale, e di "ordinare la" (o, più propriamente, condannare l'autore della condotta illecita alla) cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, ma soprattutto:
 - a) adottare, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti;
 - b) al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate, sentito l'ente collettivo ricorrente nei casi di comportamento discriminatorio di carattere collettivo.

In relazione al profilo risarcitorio, ma con disposizioni capaci di integrare un sistema di norme aventi efficacia preventiva generale e speciale, capaci di indurre maggiormente alla definizione conciliativa del-

le liti, si consente al giudice di considerare, in sede di liquidazione del danno, se l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale o un'ingiusta reazione ad una precedente attivazione del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento.

In caso di accertata discriminazione, infine, il giudice può, anche d'ufficio, ordinare la pubblicazione del provvedimento, per una sola volta e a spese del convenuto, su un quotidiano di tiratura nazionale.

Considerazioni conclusive

I richiami sin qui raccolti consentono di concentrare l'attenzione, nelle valutazioni finali, su tre distinti profili, riguardanti la non integrale attuazione dei principi costituzionali e della disciplina legale in materia, le ricorrenti indecisioni della giurisprudenza, a diversi livelli, nello svolgere compiutamente il ruolo di garanzia e tutela effettiva dei diritti e, *de iure condendo*, l'urgenza di introdurre a livello legislativo strumenti più efficaci di azione e garanzia.

La mancata integrale attuazione delle norme costituzionali e della disciplina legale emerge indiscutibilmente a livello fattuale e nella quotidianità, in cui frequentemente è possibile riscontrare la distanza, spesso notevole, tra l'affermazione di principi avanzati e realtà in cui l'integrazione delle persone con disabilità non solo non è ancora soddisfacente, ma ripetutamente produce casi di vera e propria esclusione.

Non possono non essere denunciati, avuto riguardo alla limitata efficacia della disciplina vigente, la frammentazione della normativa e la complessiva inadeguatezza degli interventi, spesso dipendente dalla crisi dell'equilibrio finanziario dei conti pubblici, la mancanza di verifiche strutturate relativamente ai risultati ottenuti e di controlli diffusi e qualitativamente elevati da parte delle molte amministrazioni competenti, l'assenza quindi di una unitaria *governance* nella pianificazione della rimozione delle barriere architettoniche e, parallelamente, la difficoltà di individuare precisamente le responsabilità di ciascun soggetto pubblico.

Non può negarsi, inoltre, l'invecchiamento evidente della disciplina del codice civile in materia di diritti reali, di comunione e condominio, e l'ormai ingiustificata mancanza di una ragionevole regolamentazione del potenziale conflitto tra diritti delle persone e diritto di proprietà, in conformità ai principi costituzionali.

In questa prospettiva, può essere sicuramente condivisibile la proposta di una regolamentazione unitaria che ponga rimedio alla «*frammentazione della normativa relativa alle prescrizioni tecniche*

per il superamento delle barriere architettoniche..., contenuta attualmente in diversi provvedimenti di differente rango normativo approvati nell'arco degli ultimi trent'anni»³¹.

Il rischio forse maggiore è però quello di un sostanziale arretramento, con le attenzioni della politica, delle amministrazioni, dei diversi interessati e degli stessi giuristi rivolte, così come inizialmente avvenuto, all'insieme delle "regole tecniche" da applicare alle innumerevoli situazioni piuttosto che, a monte, alla violazione o meno del diritto al pieno sviluppo e alla integrazione sociale di ogni individuo e alle scelte da operare, nella indispensabile comparazione di diritti e interessi tra loro potenzialmente confliggenti e nel doveroso giudizio di prevalenza.

In merito alla frequenti incertezze applicative della disciplina attualmente vigente e quindi, nella stessa irrisolutezza della giurisprudenza nello svolgimento del suo ruolo di garanzia e tutela effettiva dei diritti³², è sufficiente mettere a confronto due arresti della Corte costituzionale.

Il Giudice delle leggi ha da tempo evidenziato come qualsiasi norma che impedisca o ostacoli l'accessibilità e, quale riflesso necessario, la socializzazione dei portatori di *handicap*, comporti anche una lesione del loro fondamentale diritto alla salute e che la possibilità di agevole accesso agli immobili, anche da parte di persone con ridotta capacità motoria, può essere considerato un requisito oggettivo essenziale di un immobile, a prescindere dalla concreta appartenenza a soggetti portatori di *handicap*, non potendo trovare ostacolo la tutela nella garanzia accordata al diritto di proprietà dall'articolo 42 della Costituzione, dovendo gli oneri imposti agli altrui diritti «senz'altro ricomprendersi tra quei limiti della proprietà privata determinati dalla legge, ai sensi della citata norma costituzionale, allo scopo di assicurarne la funzione sociale»³³.

La stessa Corte è stata in seguito chiamata a valutare la legittimità delle disposizioni vigenti che, limitandosi a prevedere che in tutti i luoghi di svolgimento pubbliche manifestazioni o spettacoli deve essere riservato uno spazio agli invalidi in carrozzella, non stabilivano che dovesse essere garantito, a favore dei

disabili, per quanto possibile, lo stesso livello qualitativo dei servizi erogati in favore delle altre persone.

La questione è stata in quest'ultimo caso dichiarata inammissibile, ritenendosi che il remittente avesse chiesto, in sostanza, un'integrazione del contenuto precettivo della normativa³⁴, mentre ben avrebbe potuto giudicarsi, secondo canoni di ordinaria ponderatezza, o che la questione fosse inammissibile in quanto il medesimo contenuto precettivo avrebbe dovuto essere ricavato direttamente dal giudice in via interpretativa, alla luce dei principi sovraordinati, o che la questione fosse fondata, qualora le norme di legge ordinaria e quelle attuative avessero forzatamente consentito arbitrari trattamenti discriminatori delle persone disabili attraverso, come nel caso denunciato, l'ingiustificata collocazione delle carrozzine «a distanza di soli quattro metri dallo schermo», benché vi fossero soluzioni alternative.

In questo quadro, non proprio rassicurante, deve ravvisarsi l'urgenza di introdurre a livello legislativo strumenti più efficaci di azione e garanzia, di natura sostanziale e processuali, quali:

- l'affermazione del diritto all'eliminazione delle "barriere architettoniche" di qualsiasi genere nei luoghi, pubblici e privati, ai quali chiunque può liberamente accedere, con l'obbligo dell'eliminazione a carico di chi ne sia titolare o ne consenta la fruizione, sia esso un soggetto pubblico o privato;
- la qualificazione come illecita di qualsiasi condotta, attiva od omissiva che si sostanzi in un ingiustificato e non ovviabile impedimento all'accessibilità dei soggetti portatori di disabilità, sia che si presenti come un divieto esplicito e formale, sia che si presenti come una interdizione di fatto;
- la previsione, in caso di mancata eliminazione delle "barriere architettoniche" o di mancata adozione di adeguate misure dirette a diminuire le limitazioni alle persone con disabilità, sempre che tecnicamente possibili, della revoca dell'agibilità di qualsiasi immobile, quand'anche già ottenuta;
- la imposizione, nell'ambito dei rapporti di

31. Camera dei deputati, proposta di legge n. 391 d'iniziativa dei deputati Braga, Berlinghieri, Enrico Borghi, Cantini, Carnevali, Marco Di Maio, Ermini, Fiano, Fragomeli, Gadda, Giachetti, Gribaudo, Morani, Moretto, Morgoni, Pagani, Paita, Pezzopane, Rizzo Nervo, Seracchiani, Ungaro, Zan, Zardini, *Disposizioni per il coordinamento della disciplina in materia di abbattimento delle barriere architettoniche*, presentata il 27 marzo 2018. V. in questo stesso obiettivo, C. Braga, *Una normativa quadro costituzionalmente orientata per il superamento delle barriere architettoniche*.

32. Per un'utile, anche se non recentissima rassegna, Per un'utile rassegna G. Ferrari, *Superamento ed eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati e pubblici aperti al pubblico nella giurisprudenza del giudice delle leggi, amministrativo e ordinario*, in *Giur. merito*, 2012, p. 1410.

33. In questi termini la già citata Corte costituzionale, 10 maggio 1999, n. 167.

34. Corte cost., 4 luglio 2008, n. 251.

- condominio, su richiesta di qualsiasi partecipante, dell'obbligo di effettuare a carico di tutti i condomini, i lavori necessari all'eliminazione totale delle barriere architettoniche o, se impossibile, al contenimento delle limitazioni, secondo logiche del tutto coerenti con le norme a protezione del diritto alla vita e alla salute in tema di stabilità e sicurezza delle strutture, di adeguamento degli impianti elettrici, di riscaldamento e condizionamento, di protezione dai rischi connessi agli incendi e all'esposizione a materiali pericolosi, a fumi e a gas etc.;
- l'affermazione della giurisdizione unica, in particolare di quella ordinaria, e l'approntamento di un unico modello processuale – se del caso conformato a quello attualmente previsto per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni –, per la tutela di qualsiasi pretesa riconducibile ai diritti della persona con disabilità, quand'anche non necessariamente vittima di atti discriminatori, diretti o indiretti;
 - l'attribuzione al giudice del potere di adottare misure di coercizione indiretta anche più incisive rispetto a quelle ordinarie, capaci di indurre alla definizione alternativa delle liti e, in ogni caso, all'esecuzione senza ritardo delle decisioni.
- Soltanto l'adozione di scelte legislative radicalmente innovative che siano capaci di assicurare reale efficacia all'affermazione dei principi di pari dignità sociale e di eguaglianza delle persone, indipendentemente dalle loro condizioni personali di disabilità, potrà consentire un cambiamento radicale in senso favorevole, senza dover di anno in anno celebrare, con modalità convenzionali e stereotipate, la «*Giornata nazionale per l'abbattimento delle barriere architettoniche*» istituita con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 28 febbraio 2003.

Una normativa quadro costituzionalmente orientata per il superamento delle barriere architettoniche

di Chiara Braga

L'accessibilità universale di spazi pubblici e privati è uno dei presupposti per l'effettivo esercizio del diritto di cittadinanza. L'abbattimento delle barriere architettoniche difende e sostiene il diritto all'inclusione di tutti i cittadini, poiché una condizione di debolezza, transitoria o permanente, può riguardare chiunque. Le proposte di legge in materia, nella scorsa e nell'attuale legislatura, concorrono a delineare dei principi non limitandosi all'aggiornamento e alla razionalizzazione delle frammentarie norme vigenti ma rivolgendosi alla costruzione di una normativa quadro costituzionalmente orientata.

1. Barriere al diritto di cittadinanza

Affrontare il tema dell'accessibilità degli spazi pubblici e privati tenendo in particolare considerazione i diritti delle persone disabili attiene alla qualità della vita dell'intera comunità nazionale.

Case, scuole, luoghi di lavoro, spazi pubblici universalmente accessibili sono uno dei presupposti per l'effettivo esercizio del diritto di cittadinanza nell'estensione che l'articolo 3 della Costituzione disegna quando attribuisce alla Repubblica il compito di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»: *ostacoli e sviluppo della persona* sono termini che, come in molti luoghi della Costituzione, evocano un *continuum* tra la natura programmatica

e quella precettiva di disposizioni della Carta. Né si può dimenticare la formulazione dell'articolo 32 della Costituzione così come è stato interpretato dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, che si sono incaricate di ricostruire un "diritto vivente alla salute".

In ambito sovranazionale, la strategia europea sulla disabilità 2010-2020 ha l'obiettivo di rendere beni e servizi accessibili a tutti e, quindi, di abbattere le barriere; e la Convenzione Onu sui diritti delle persone disabili, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni unite il 13 dicembre 2006, sottoscritta dall'Italia il 30 marzo 2007 (insieme al relativo protocollo opzionale) e ratificata dal Parlamento con la legge 3 marzo 2009, n. 18, sancisce principi fondamentali quali l'autonomia individuale, la libertà di scelta, l'indipendenza, la non discriminazione, la piena ed effettiva partecipazione e inclusione nella società, individuando l'accessibilità tra i principi ispiratori generali¹.

1. La Convenzione delle Nazioni unite dispone che ogni Stato aderente presenti un rapporto dettagliato sulle misure prese per adempiere ai propri obblighi e sui progressi conseguiti al riguardo. La legge 3 marzo 2009, n. 18 ha istituito a tal fine l'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità, a cui compete la predisposizione di un programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità, in attuazione della legislazione nazionale e internazionale. Nel triennio 2010/2013 il lavoro dell'Osservatorio ha portato all'adozione del primo programma di azione biennale, approvato con DPR 4 ottobre 2013. La promozione e l'attuazione dei principi di accessibilità e mobilità sanciti dalla Convenzione Onu rientrano tra le sette linee di intervento individuate dal programma, che sottolinea come il concetto di accessibilità, più di altri, sia strettamente correlato alla non discriminazione; con DPR 12 ottobre 2017 è stato adottato il secondo programma di azione biennale che ripropone la linea di intervento inerente l'accessibilità universale, in quanto tema non ancora affrontato in maniera organica e complessiva.

Secondo l'Istat sono quasi tre milioni le persone diversamente abili che vivono in Italia. Il problema delle barriere architettoniche non riguarda tuttavia solo le persone diversamente abili ma coinvolge tutti i cittadini, talvolta solo in una fase della loro vita o in brevi e occasionali momenti: i bambini, gli anziani, i genitori col passeggino, le donne in stato di gravidanza, le persone che sono costrette a muoversi con le stampelle o con la carrozzina, gli ipovedenti, i non vedenti, i passeggeri con le valigie e persino chi trasporta borse della spesa. È poi da sottolineare che la disabilità – o diminuzione di abilità – è una condizione strettamente legata all'invecchiamento della persona e che viviamo in un mondo sempre più popolato da anziani. Il report demografico diffuso da Istat il 3 maggio 2018 relativo alle previsioni al 2065 descrive il picco di invecchiamento della popolazione che caratterizzerà l'Italia nel periodo 2045-2050 quando la quota degli ultrasessantacinquenni sarà prossima al 34% della popolazione².

Le considerazioni che precedono segnalano che il tema della disabilità e dell'abbattimento delle barriere architettoniche richiede un'attenzione particolare, se si intende difendere e sostenere il diritto all'inclusione di tutti i cittadini: perché una condizione di debolezza, transitoria o permanente, può riguardare qualunque cittadino, senza che nessuno possa vantare alcuna "superiorità" o "invulnerabilità".

Non si tratta di riconoscere nuovi o speciali diritti alle persone con disabilità, ma di promuovere, proteggere e assicurare il pieno e uguale godimento alle persone con disabilità di tutti i diritti e le libertà riconosciute ad ogni essere umano³, partendo dal tema della piena accessibilità degli spazi fisici nella vita di ogni cittadino (e non dimenticando la crescente rilevanza degli spazi immateriali).

2. La proposta di legge A.C. 1013 della XVII Legislatura

Questo è il quadro di riferimento entro il quale già nella scorsa legislatura si è percorso in Parlamento un tentativo di razionalizzazione della normativa inerente il superamento delle barriere architettoniche negli edifici pubblici e privati, negli spazi e servizi pubblici, aperti al pubblico o di pubblica utilità, contenuta attualmente in diversi provvedimenti di differente rango normativo approvati nell'arco degli ultimi trent'anni.

Di questo tema si è occupata la proposta di legge n. A.C. 1013 a prima firma della deputata D'Incecco – di cui sono stata relatrice nella XVII Legislatura – approvata dalla Camera il 3 ottobre 2017 senza però trovare la successiva approvazione definitiva in Senato.

L'obiettivo che ci si proponeva era quello di superare la normativa disomogenea relativa alle prescrizioni tecniche per il superamento delle barriere architettoniche negli edifici pubblici e privati, contenuta in diversi provvedimenti legislativi e regolamentari⁴, attraverso l'emanazione di una legge e di un successivo regolamento unico.

La frammentazione normativa, con particolare riferimento alle disposizioni tecniche, ha generato nel tempo incertezze sulle norme applicabili in concreto e difficoltà interpretative e applicative⁵, derivanti prevalentemente dalla diversa regolamentazione prevista per gli edifici e gli altri spazi pubblici e per le residenze pubbliche e private.

La consapevolezza, già in passato maturata, di dover garantire uniformità normativa e l'esigenza di proporre soluzioni di riordino della materia, allo scopo di dare certezze agli utenti e agli operatori del settore, aveva a suo tempo prodotto l'articolo 12 del de-

2. www.istat.it/it/files/2018/05/previsioni_demografiche.pdf.

3. Da questo punto di vista suscita riserve l'istituzione di un Ministero per le disabilità, che sembra preludere a una regressione culturale su conquiste raggiunte negli ultimi anni in termini di inclusione ed emancipazione delle persone con disabilità, condizione che non può essere considerata solo in riferimento alle politiche di assistenza; occorre un approccio più ampio di tutela dei diritti in cui l'accessibilità universale deve essere riconosciuta come bisogno primario e inalienabile di libertà, autonomia, autodeterminazione, uguaglianza di tutti i cittadini, a prescindere dalla loro condizione e come patrimonio collettivo.

4. Tra cui vanno citate, quanto alla eliminazione delle barriere architettoniche per gli edifici e spazi pubblici la legge 28 febbraio 1986, n. 41, come integrata dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104; e per gli edifici privati la legge 9 gennaio 1989, n. 13.

5. Il tentativo di introdurre il tema dell'accessibilità nella disciplina del turismo è andato incontro a una pronuncia di illegittimità costituzionale. La sentenza della Corte costituzionale n. 80 del 5 aprile 2012 nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, del d.lgs 23 maggio 2011, n. 79 (Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, a norma dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché attuazione della direttiva 2008/122/Ce, relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio), e di una serie di allegati allo stesso, ha riguardato, tra l'altro, l'art. 3 del cosiddetto codice del turismo, che imponeva allo Stato di garantire che le persone con disabilità motorie, sensoriali e intellettive potessero fruire dell'offerta turistica, a parità di qualità e senza aggravio di costi rispetto agli altri fruitori. Secondo la Corte l'art. 3 «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»; concludendo per la illegittimità costituzionale della norma per violazione degli artt. 76 e 77, primo comma, in relazione agli artt. 117, quarto comma, e 118, primo comma, della Costituzione.

creto del Ministro dei lavori pubblici 14 giugno 1989, n. 236, con il quale si era istituita una Commissione permanente di studio; con successivo decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 15 ottobre 2004, n. B3/1/79 è stata ricostituita la predetta Commissione su base paritetica tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome e con la partecipazione di rappresentanti delle maggiori associazioni delle categorie interessate. Al termine dei lavori della citata commissione, il 9 novembre 2006, è stato predisposto uno schema di regolamento trasmesso al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, per l'eliminazione delle barriere architettoniche, potenzialmente idoneo a garantire quella esigenza di uniformità e di coerenza della disciplina, con la definizione di una normativa unitaria in materia.

Tuttavia, né quel Governo, né i successivi hanno provveduto ad emanare il previsto regolamento sulla base di tale proposta.

Il contenuto della proposta di legge n. A.C. 1013, resasi politicamente necessaria per dare fondamento normativo primario alle esigenze indicate, prevedeva l'emanazione di un unico regolamento, al fine di assicurare unitarietà e omogeneità delle regole relative agli edifici, agli spazi e ai servizi pubblici e della disciplina relativa agli edifici privati e di edilizia residenziale pubblica nonché, in recepimento delle osservazioni della Conferenza delle regioni, al fine di promuovere l'adozione e la diffusione della progettazione universale, in attuazione e in conformità ai principi espressi dalla già citata Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006.

In particolare, l'articolo 2 della Convenzione definisce «progettazione universale» la progettazione di prodotti, strutture, programmi e servizi utilizzabili da tutte le persone nella misura più estesa possibile, senza il bisogno di adattamenti o progettazioni specializzate.

La proposta di legge disciplinava le modalità procedurali per l'adozione del nuovo Regolamento, prevedendo che esso venisse adottato entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, con il concerto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e il Ministro dell'economia e delle finanze, sentito il parere del Consiglio di Stato, per i profili di competenza, del Consiglio superiore dei lavori pubblici, della Conferenza unificata e acquisito il parere delle Commissioni parlamentari competenti per materia. Disponeva, a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo Regolamento, la conseguente abrogazione dei Regolamenti sostituiti.

Prevedeva la ricostituzione della Commissione permanente già istituita con il decreto ministeria-

le del 1989, precisando che ciò sarebbe dovuto avvenire nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente; alla Commissione erano affidati compiti di individuazione della soluzione di eventuali problemi tecnici derivanti dall'applicazione della normativa di cui alla legge, di elaborazione di proposte di modifica e di aggiornamento, di adozione delle linee guida tecniche basate sulla progettazione universale, ai sensi della Convenzione delle Nazioni unite del 13 dicembre 2006, in forza della quale gli Stati si impegnano a intraprendere e promuovere la ricerca e lo sviluppo di beni, servizi, apparecchiature e attrezzature progettati universalmente, che dovrebbero richiedere il minimo adattamento possibile e il costo più contenuto possibile per soddisfare le esigenze specifiche delle persone con disabilità.

La proposta di legge ampliava i compiti della Commissione prevedendo il monitoraggio sistematico delle pubbliche amministrazioni per l'attuazione dell'articolo 32 della legge 28 febbraio 1986, in tema di adozione di piani di eliminazione delle barriere architettoniche, che ai commi 20 e 22 detta, appunto, disposizioni in ordine ai piani di eliminazione delle barriere architettoniche che le pubbliche amministrazioni sono tenute ad adottare per gli edifici pubblici; con l'eventuale intervento di un commissario in sostituzione delle amministrazioni inadempienti. Era stato, inoltre, introdotto, come nuovo compito della Commissione, l'elaborazione di proposte di modifica, di aggiornamento della normativa richiamata dalla legge, anche finalizzate a semplificare l'inserimento di innovazioni tecnologiche dirette all'eliminazione delle barriere architettoniche nelle parti comuni degli edifici e nelle loro pertinenze. La nomina dei componenti della Commissione era affidata al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra Stato, Regioni e Province autonome.

A fronte di una presa d'atto del legislatore della protratta inerzia del potere esecutivo, il percorso scelto era quello, come si è accennato, dell'intervento della legge per determinare i contenuti necessari di un'omogenea normativa secondaria e tecnica: con un rinvio, quanto ai principi, alle norme sovranazionali e alla citata legge 3 marzo 2009, n. 18.

3. Per una normativa costituzionalmente orientata

Lo stesso disegno di legge è stato ripresentato in questa legislatura, confidando nella condivisione già raggiunta tra le forze politiche nella precedente attività parlamentare. Ad esso si è affiancata una nuova ini-

ziativa a firma della deputata Noja che ha l'obiettivo di affrontare nello specifico il tema dell'accessibilità, in modo particolare quella relativa a edifici, viabilità, trasporti e altre strutture, con lo strumento della delega legislativa (A.C. 903, «Delega al Governo per l'adozione di norme in materia di accessibilità universale»).

In quest'ultima proposta significativamente si rinvia agli articoli 9, 20 e 21 della Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità. Gli articoli 9 e 20 della Convenzione impongono agli Stati di prendere misure appropriate per assicurare alle persone con disabilità, su base di eguaglianza con tutti gli altri cittadini, la mobilità personale con la maggiore indipendenza possibile e 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; l'articolo 21 della Convenzione declina il principio dell'accessibilità in relazione alla libertà di espressione e di opinione, prevedendo l'obbligo degli Stati di garantire alle persone con disabilità il pieno esercizio di tali libertà, in parità con altri e attraverso ogni forma di comunicazione di loro scelta.

La proposta di legge poggia le basi sul lavoro svolto dall'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità e del Programma di azione biennale sull'accessibilità universale, approvato nel 2013 e aggiornato nel 2017. La revisione complessiva della normativa sull'accessibilità dell'ambiente fisico, urbano ed architettonico, l'adozione della normativa europea in tema di accessibilità dei trasporti e il tema dell'accessibilità dell'informazione, a partire da quella delle pubbliche amministrazioni, sono i contenuti fondamentali della legge delega al governo in materia di accessibilità universale.

È peraltro significativa un'apertura alla definizione e attuazione di principi che trovano il loro fondamento nella lettura costituzionale del tema della disabilità, ovvero del diritto all'inclusione, cui si è fatto cenno: di talché l'esperienza della scorsa legislatura e le nuove proposte sembrano idonee a delineare, anche a prescindere dall'esito nelle aule parlamentari, dei principi di *ius condendum* in questa materia.

Oltre a quanto si è sin qui detto, questo vale per alcuni punti, contenuti nel disegno di legge delega e che di seguito si sintetizzano:

- adeguamento della definizione di accessibilità ambientale alla dimensione culturale e operativa promossa dalla Convenzione delle Nazioni unite, superando i concetti di visitabilità e

adattabilità e assicurando, nel processo di revisione, la più ampia partecipazione delle organizzazioni rappresentative delle persone con disabilità;

- passaggio da una legislazione di impianto esclusivamente prescrittivo che guida la pratica progettuale e stabilisce standard minimi in materia di accessibilità, a un approccio anche prestazionale, che richieda la comprensione, consideri l'architettura come un'arte basata sulla scienza ed enfatizzi la creatività e l'esperienza multisensoriale, partendo dalla pluralità dei diversi portatori di bisogni di accessibilità e facendo proprio il concetto di "utenza ampliata" che cerca di considerare le differenti caratteristiche individuali al fine di trovare soluzioni inclusive valide per tutti e non «dedicate» esclusivamente alle persone con disabilità;
- integrazione ed armonizzazione dell'impianto normativo in tema di accessibilità con quello relativo alla sicurezza dei luoghi e degli edifici, in particolare per la sicurezza ed il soccorso delle persone con disabilità;
- definizione di misure di facilitazione e incentivazione, che favoriscano l'attuazione dei principi dell'accessibilità universale e della progettazione universale all'ambiente fisico, urbano ed architettonico in caso di interventi finalizzati al riuso, rinnovamento e restauro del patrimonio edilizio pubblico e privato esistente; tema, questo che si collega a quello della limitazione del consumo di suolo, a sua volta riferibile concettualmente alla tutela dei beni comuni⁶;
- inserimento dello studio della tecnica e della tecnologia atte a realizzare la progettazione universale e l'accessibilità nei programmi didattici delle scuole secondarie e delle università;
- coordinamento con il d.lgs 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) inserendo l'accessibilità tra i criteri di valutazione nell'ambito di procedimenti di selezione pubblica per la realizzazione o la modifica di spazi ed edifici e l'eventuale correlata acquisizione di beni e servizi;
- attivazione di un sistema di monitoraggio, raccolta e analisi di dati relativi ai lavoratori con disabilità, pubblici e privati, nonché all'applicazione delle specifiche tecniche sulle postazioni di lavoro;
- previsione di piani formativi rivolti ai dipendenti pubblici con riguardo alla creazione, pubblicazione e conservazione di documenti

6. A.C. 809, «Contenimento del consumo di suolo e riuso del suolo edificato».

e moduli accessibili, nonché ai compiti dei responsabili dell'accessibilità.

L'auspicio è che venga posta la necessaria attenzione al tema dell'accessibilità universale, attraverso un'azione parlamentare che possibilmente non si li-

miti all'aggiornamento e alla razionalizzazione delle frammentarie norme vigenti ma che si orienti alla costruzione di una normativa quadro costituzionalmente orientata, a cui concorrano le riflessioni dell'associazionismo, dei pubblici amministratori, di giuristi, tecnici e urbanisti.

Sordità: una disabilità in diverse prospettive. La lingua dei segni come strumento di cittadinanza

di *Benedetta Marziale*

La diversità culturale e linguistica non è un fenomeno nuovo, tuttavia siamo portati a discuterne essenzialmente con riferimento alle minoranze linguistiche nazionali che, nel nostro Paese, per via della legge n. 482/1999, sono state individuate in dodici comunità stanziate in una specifica porzione territoriale, i cui membri ricorrono ad una lingua vocale differente dalla lingua italiana.

Accanto a queste realtà, tuttavia, esistono anche le “comunità diffuse” che non sono circoscrivibili in uno spazio geografico determinato e le cui lingue vengono definite dalla *Carta europea delle lingue regionali o minoritarie* come “non territoriali”.

È possibile contemplare fra queste comunità anche i sordi? Ovvero, le persone con disabilità uditiva possono essere prese in considerazione dalla società e dallo stesso legislatore non solo per il loro *deficit*, ma anche sotto il profilo della loro identità linguistico-culturale?

Siamo quasi istintivamente portati a racchiudere le lingue naturali nel perimetro delle lingue vocali, come se la facoltà di linguaggio fosse indissolubilmente legata all’espressione verbale, ma non è così.

1. La rappresentazione sociale della disabilità

Nel corso del tempo e dello spazio, la rappresentazione della disabilità ha risentito dell’influsso di fattori culturali e sociali che hanno dato origine di volta in volta ad atteggiamenti differenti.

Così, si è molto discusso, e tuttora si dibatte, se le persone con disabilità debbano essere prese in considerazione essenzialmente per gli aspetti legati al loro *deficit*.

A questo approccio – che indubbiamente sottintende una visione “medicalizzata” dell’essere umano,

tesa a curare e a conformare le *diversità indesiderate*¹ – da più parti oggi si contrappone un’idea di *diversità come ricchezza da preservare*, ai fini del mantenimento non solo dell’identità dei singoli (e quindi anche delle persone con disabilità), ma della stessa identità collettiva.

Questa nuova prospettiva – che rimanda a un “modello bio-psicosociale” della disabilità – è stata dischiusa per la prima volta dall’Organizzazione mondiale della sanità (Oms) attraverso la *International Classification of functioning, disability and health* (Icf)² del 2001 e, successivamente, ripresa dalle Nazioni unite con l’adozione nel 2006 della Convenzione

1. Secondo il *modello medico*, la disabilità viene intesa come la conseguenza di problematiche/menomazioni fisiologiche, anatomiche o psicologiche (causate da malattie, *deficit* o lesioni a carico di organi, strutture o funzioni corporee), che necessitano essenzialmente di trattamenti medici e/o riabilitativi. In base a tale modello – che si rifà al ben noto strumento di classificazione delle disabilità elaborato dall’Oms nel 1970 e denominato *International classification of diseases* (Icd) – la disabilità è una «*questione del singolo che la vive*» (cfr. invece con il “modello sociale”, di cui alla nota n.7).

2. La classificazione Icf, licenziata dall’Oms nel 2001, ha proposto un *modello bio-psicosociale* della disabilità. Quest’ultimo prende in considerazione sia gli aspetti relativi alla salute dell’individuo, sia quelli relativi alla partecipazione sociale, mettendoli in relazione con i fattori ambientali.

sui diritti delle persone con disabilità³. Quest'ultima, infatti, molto eloquentemente, pone fra i suoi principi generali «*il rispetto per la differenza e l'accettazione delle persone con disabilità, come parte della diversità umana e dell'umanità stessa*» (art. 3, co. 1, lettera "d").

Nel nuovo solco tracciato da questi importanti documenti dell'Oms e dell'Onu, che indubbiamente si prefiggono di cogliere la fenomenologia umana nella sua interezza, molte parole sono germogliate. Fra tutte, ricordiamo quelle dello studioso Francesco Viola: «*mentre gli esseri umani sono eguali, le persone sono diverse, perché le loro condizioni di vita sono molteplici. Sono uomini e donne, bambini, adulti e anziani, lavoratori e consumatori [...]*», persone con disabilità, individui con differenti identità. «*Tutte queste condizioni di vita sono costitutive della persona, sicché essa richiede di essere tutelata nel rispetto delle esigenze e degli interessi legati al suo particolare stato di vita [...]*». Pertanto, sebbene gli individui condividano molti caratteri, interessi e bisogni – altrimenti non vi sarebbero comunità, né si potrebbero individuare valori e libertà da tutelare – «*[...] il rispetto dell'essere umano in quanto tale assume, nei confronti della persona, un carattere multiforme [...]*»⁴.

L'evoluzione nella rappresentazione sociale della disabilità, di cui si è dato un accenno in queste poche righe, ha connotato senza dubbio anche il "mondo della sordità" e i suoi protagonisti (persone sorde, loro familiari, figure professionali coinvolte a vario titolo in questo ambito), determinando un mutamento nella sua percezione anche da parte dei *mass media* e del legislatore nazionale e sovranazionale. Si è così passati da una visione della sordità come una "patologia da sanare", una disabilità da normalizzare e, per quanto possibile, "mimetizzare" – considerando unicamente elementi di matrice "clinico-riabilitativa" – ad una visione più olistica della persona sorda.

Se, infatti, una diagnosi precoce, una corretta protesizzazione, l'esposizione alla lingua parlata e il suo insegnamento formale appaiono indispensabili,

altrettanto fondamentali sono l'accettazione del *deficit* e la costruzione di una propria identità.

Come poi è certamente accaduto in altri contesti, il mutamento socio-culturale ha investito la rappresentazione della sordità non solo "al suo esterno" – vale a dire nella comunità (di maggioranza) delle persone udenti – ma anche "al suo interno", ossia in relazione al modo in cui le persone sorde medesime hanno cominciato a guardare ai propri limiti, capacità, istanze e diritti, compreso quello di esprimersi nella propria lingua (vocale o visivo-gestuale⁵ che sia), identificandosi positivamente con essa e godendo del rispetto degli altri individui.

Questa consapevolezza ha progressivamente portato in superficie un movimento di rivendicazione e di autodeterminazione che trascende i confini dei singoli Stati ed assume dimensioni sovranazionali⁶.

2. Deficit, handicap e modello sociale della disabilità

I mutamenti nella rappresentazione della disabilità, una volta abbandonato il "modello medico" e prima di giungere a quello "bio-psicosociale", hanno conosciuto una tappa significativa costituita dall'elaborazione del cosiddetto "modello sociale" della disabilità, secondo il quale lo svantaggio derivante da un *deficit*/una malattia/una lesione risulta strettamente connesso alle modalità attraverso cui la società organizza l'accesso a diritti, beni e servizi⁷.

In questa ottica, quindi, lo svantaggio non costituisce soltanto l'esito di una mancanza fisica, cognitiva, psichica o sensoriale, ma una condizione che deriva da una risposta del tutto o parzialmente inadeguata – ma comunque insufficiente – della società nei confronti delle persone con disabilità e delle loro specifiche istanze.

Per comprendere meglio questa nuova prospettiva attraverso cui provare a definire la disabilità, occorre tenere ben distinti il concetto di *deficit* – che misura la diminuzione di una prestazione fi-

3. La *Convention on the rights of persons with disabilities* (Crpd) è stata approvata dall'Assemblea generale dell'Onu il 13 dicembre 2006 e ratificata dal nostro Paese con legge 3 marzo 2009, n.18.

4. F. Viola, *I diritti umani sono naturali?*, in *Natura in etica* a cura di F. Botturi e R. Mordacci, "Annuario di etica" 6, 2009, Casa editrice Vita e Pensiero, Milano.

5. Il riferimento è in generale alle lingue dei segni (Ls) e, in particolare, alla Lingua dei segni italiana (Lis) di cui si parlerà diffusamente nelle pagine seguenti.

6. *European union of the deaf* (Eud: www.eud.eu) e *World federation of the deaf* (Wfd: wfdeaf.org)

7. Secondo il *modello sociale*, quindi, la disabilità viene intesa come lo *svantaggio* determinato dall'ambiente fisico e sociale il quale limita la vita e la partecipazione alla società delle persone che presentino problematiche/menomazioni fisiologiche, anatomiche o psicologiche. La disabilità non è più una questione personale, ma investe la società. Tale modello affonda le proprie radici nel *International classification of impairments, disabilities and handicaps* (Icidh), elaborata dall'Oms nel 1980.

sica/cognitiva/sensoriale, rimandando quindi a un aspetto oggettivo e, per lo più, imm modificabile – da quello di *handicap* con il quale si intende rappresentare l'insieme degli impedimenti e dei limiti incontrati da ogni persona disabile nel partecipare alle attività sociali che, invece, è un fattore decisamente variabile.

Tali limiti, infatti – essendo strettamente collegati al rapporto dell'individuo con la società e alla misura in cui quest'ultima è in grado di predisporre strumenti e servizi diretti all'abbattimento/contenimento delle barriere culturali, comunicative e ambientali – appaiono mutevoli a seconda dei contesti e dei periodi di riferimento, della tipologia di disabilità e delle risorse/competenze individuali.

Pensando nello specifico alle persone sorde – e tenuto conto che il *deficit uditivo* consiste nella riduzione più o meno grave dell'udito – è fuor di dubbio che la severità dell'*handicap* derivante dalla sordità risulterà tangibilmente ridotta ogni volta che sia contemplato il ricorso (per esempio) a:

- figure professionali specializzate previste per favorire i processi di integrazione e apprendimento degli studenti sordi e, in generale l'accessibilità (come gli assistenti alla comunicazione e gli interpreti di Lingua dei Segni Italiana-Lis, di cui all'art. 13, legge 104/1992);
- attrezzature tecniche e strumenti specifici in ambito didattico e culturale, quali aule con amplificatori a induzione magnetica, *software* didattico dedicato, lavagne interattive multimediali (Lim), sistemi di scrittura abbreviata e veloce (stenotipia), programmi di riconoscimento vocale e *respeaking*;
- *plain language* (linguaggio semplificato volto a ottenere testi di facile lettura e comprensione nella comunicazione istituzionale), a garanzia dell'accesso alle informazioni e ai servizi della pubblica amministrazione, così come auspicato dalla legge Stanca n. 4/2004;

- programmi televisivi sottotitolati o con traduzione in LIS⁸.

3. La sordità, un *deficit* invisibile

Ma cosa è esattamente il *deficit* acustico? È sufficiente descriverlo, come abbiamo appena ricordato, alla stregua di una riduzione del senso dell'udito?

Senza dubbio la sordità può essere definita, in prima battuta, come la perdita più o meno grave della funzione uditiva che compromette la capacità di processare in modo adeguato i suoni. Le parole, infatti, per essere decodificate ed elaborate dal nostro sistema nervoso centrale, devono prima essere ricevute dall'orecchio.

Tuttavia, questa definizione appare riduttiva di fronte alla complessità del fenomeno.

La sordità, infatti, è una condizione particolarmente complessa che ricomprende al suo interno realtà molto diverse fra loro.

Oltre al grado di sordità – che può essere lieve, medio, grave o profondo in relazione all'entità della perdita uditiva –, alle cause che l'hanno determinata⁹, all'età della sua insorgenza (e della diagnosi), giocano un ruolo molto importante anche i seguenti fattori:

- la circostanza che i genitori siano udenti o sordi a loro volta¹⁰;
- il fatto che i bambini sordi abbiano potuto avere, o meno, un'esperienza uditiva della lingua vocale¹¹;
- l'età e la tipologia della protesizzazione;
- il metodo di educazione al linguaggio adottato dalla famiglia, in base al quale possiamo distinguere fra: sordi esposti unicamente alla lingua vocale (cosiddetti "sordi oralisti") e sordi esposti sia alla lingua vocale, sia alla lingua dei segni ("sordi bilingui"¹², o come alcuni preferiscono dire "sordi segnanti").

8. Per ulteriori approfondimenti si rimanda a B. Marziale, *Lingua dei segni italiana: il diritto fondamentale a esprimersi*, www.treccani.it/magazine/lingua_italiana/speciali/sordita/Marziale.html.

9. Cause tossiche, genetiche, fattori ereditari, virali, traumi ostetrici, prematurità, ecc. Cfr. Opuscolo *Sordità. Una bussola per orientarsi*, realizzato dallo Sportello sulla sordità dell'Istituto statale per sordi di Roma e consultabile all'indirizzo: www.issr.it/OPUSCOLO/SORDITA-una-bussola-PER-ORIENTARSI/SORDITA-UNA-BUSSOLA-PER-ORIENTARSI.html.

10. In oltre il 90% dei casi il bambino sordo nasce in una famiglia udente che, dunque, è generalmente del tutto impreparata rispetto alla sordità.

11. «I sordi prelinguistici non hanno immagini uditive, non hanno l'idea del suono delle parole, di una corrispondenza suono significato [...] il sordo postlinguistico ricorda come si fa a parlare, anche se non è più in grado di controllare direttamente la propria pronuncia; il sordo prelinguistico, invece, deve imparare come si fa a parlare, senza l'aiuto di alcuna sensazione o ricordo sonoro» in Oliver Sacks, *Vedere voci. Un viaggio nel mondo dei sordi*, Adelphi, Milano, 1997, pp. 56-57, nota 33.

12. Dove per *bilinguismo* si intende, nello specifico, l'acquisizione/apprendimento della lingua vocale e della lingua dei segni, a cui la persona sorda potrà ricorrere a seconda del contesto o degli interlocutori e, rispetto alle quali, verosimilmente, maturerà competenze differenti.

Occorre poi ricordare una peculiarità del *deficit* uditivo.

La sordità, infatti, non è immediatamente percepibile all'esterno, con la conseguenza che pur determinando un impatto trasversale, in quanto si ripercuote su tutte le attività sociali di un individuo – dai processi di apprendimento ed istruzione, all'attività lavorativa, alle relazioni interpersonali – finisce con il rimanere “nascosta”, ossia riconoscibile solo al momento di una comunicazione diretta e, dunque, rispetto ad altre disabilità, ben più difficile da rilevare in tutte le sue implicazioni.

Questo aspetto di “non immediata visibilità” non solo ha inciso e incide significativamente nei rapporti fra sordi e udenti – generando nell'immaginario collettivo una problematica messa a fuoco di questa condizione – ma, inevitabilmente, ha finito con il determinare anche il carattere di frammentarietà e disorganicità degli interventi normativi relativi alla tutela e al riconoscimento dei diritti delle persone sorde¹³.

4. Le parole per dirlo: non udente, sordomuto o sordo?

Il linguaggio, indubbiamente, esprime la cultura di una società ed è indicativo degli atteggiamenti che si assumono rispetto a specifiche questioni, raccontandoci anche il modo di concepire e rappresentare l'essere umano, le sue potenzialità e le sue difficoltà.

L'ampia gamma di espressioni che cresce nel campo semantico della sordità è in continuo movimento, influenzata dal tempo e dal contesto e coinvolge diversi piani: dall'uso comune al registro scientifico, dal linguaggio letterario a quello politico, dalle classificazioni mediche alla produzione normativa.

Senza dubbio, le denominazioni maggiormente in uso ancora oggi, con riferimento al *deficit* uditivo, sono quelle di *non udente* e *sordomuto*. Entrambe, tuttavia, dovrebbero essere rigettate.

La prima, *non udente*, definisce i sordi esclusivamente per ciò che loro manca e, dunque, appare evidentemente coniata dalla comunità e dalla cultura di maggioranza (quelle degli udenti) che prendono a riferimento un parametro di cui i sordi¹⁴ non possono avere esperienza: il suono, o meglio, la sua assenza.

La seconda (*sordomuto*), riferendosi ad un supposto impedimento della parola, da un lato, appare inesatta sul piano clinico – l'apparato fono-articolatorio delle persone sorde è del tutto intatto e dunque queste, grazie all'ausilio della logopedia e delle protesi acustiche sono in grado di accedere, con competenza variabile, al registro verbale¹⁵ – dall'altro nasconde un pericoloso pregiudizio.

La parola *sordomuto*, infatti, si collega all'idea che l'unico canale di trasmissione sia quello uditivo, mettendo in relazione l'articolazione del pensiero e la stessa intelligenza, con il linguaggio vocale. Ciò ha ulteriormente finito per costituire la premessa del sillogismo secondo cui: tutti quelli che non possono parlare non possono ragionare, coloro che nascono sordi diventano muti, tutti coloro che nascono sordi non possono ragionare.

Questa visione – sebbene già Platone avesse intuito che la comprensione e la manifestazione del pensiero non sono necessariamente connesse all'espressione verbale¹⁶ – ha costituito purtroppo una costante nella storia, se si considera che i sordi per moltissimi secoli sono stati considerati giuridicamente incapaci, lasciati nell'impossibilità di ereditare, di contrarre matrimonio, di ricevere un'istruzione.

5. Lingue dei segni, comunità sorda e cultura sorda

È solo grazie alle ricerche del linguista americano William Stokoe, negli anni Sessanta del secolo scorso e, successivamente, a quelle condotte dall'Istituto di psicologia del Cnr di Roma¹⁷ alla fine degli anni set-

13. Solo con riferimento alla tutela assistenziale, si pensi ad esempio alla circostanza che il riconoscimento della disabilità uditiva è preso in considerazione dal nostro ordinamento attraverso una normativa “speciale” – riconoscimento della “sordità civile”, legge n. 381/1970 – e, nei casi in cui i livelli di perdita uditiva siano inferiori a quelli indicati dalla legge 381, o non sia dimostrabile un'epoca di insorgenza della sordità compresa nell'arco dell'età evolutiva (decreto del Min. Sanità 5 febbraio 1992), attraverso una disciplina “generale” (riconoscimento della “invalidità civile”, di cui alla legge n. 118/1971).

Questo duplice canale, tuttavia, ha finito per creare una grande confusione intorno al corretto *iter* da intraprendere per il riconoscimento della disabilità uditiva nei casi concreti. Cfr. S. Maranga e B. Marziale, *I diritti dei sordi*, Franco Angeli, Milano, 2012.

14. Con perdita uditiva grave/profonda, bilaterale, congenita o precocemente acquisita.

15. Per queste ragioni lo stesso legislatore, con legge n. 95/2006 ha disposto che «In tutte le disposizioni legislative vigenti, il termine “sordomuto” è sostituito con l'espressione “sordo”» (art 1, co. 1).

16. Platone, *Cratilo* XXXIV 422 in Platone *Opere complete Vol. II*, Universale Laterza, Bari, 1971, p. 61.

17. Oggi Istituto di Scienze e tecnologie della cognizione www.istc.cnr.it/it.

tanta, se ha potuto risvegliarsi un interesse intorno alle lingue dei segni (Ls)¹⁸, a cui, dopo una complessa indagine scientifica, è stato riconosciuto lo *status* di lingue *tout court*¹⁹.

Stokoe per primo si accorse di non essere in presenza di un complesso disordinato di gesti, ma di una vera e propria lingua dotata di un lessico, una morfologia e una sintassi, rispetto alla quale individuò un'articolazione in parametri (corrispondente all'articolazione fonologica delle lingue vocali), dalla cui combinazione è possibile creare un numero infinito di segni.

L'individuazione e la descrizione di queste caratteristiche linguistiche e il riconoscimento del fatto che i bambini sordi esposti ad una lingua visivo-gestuale – che utilizza il canale comunicativo per loro integro, la vista – la acquisiscano spontaneamente, con gli stessi tempi e le stesse modalità con cui i bambini udenti apprendono una lingua vocale, permettono di affermare che le lingue dei segni sono a tutti gli effetti delle lingue distinte dagli idiomi parlati unicamente per la modalità di trasmissione.

La scoperta della “linguisticità” delle Ls ha contribuito in modo determinante al ripensamento della condizione di sordità²⁰. Ne è conseguito:

- su un piano lessicale, la rivendicazione del termine *sordo*, che non descrive più “ciò che manca” – o quello che le persone sorde potrebbero recuperare, attraverso un percorso riabilitativo (terapia logopedica, protesizzazione) – ma semplicemente ciò che esse sono;
- sotto un profilo identitario, la nascita e il consolidarsi di una nuova consapevolezza che ha portato molti sordi – e precisamente quanti fanno ricorso (anche) ad una o più Ls, indipendentemente dal fatto di possedere una buona competenza anche in una o più lingue vocali – a sentirsi parte di una comunità e di una cultura determinate (quella *sorda*): a percepirsi, in definitiva, come una minoranza linguistico-culturale.

Occorre quindi soffermarsi da un lato, sui concetti di *comunità sorda* e *cultura sorda* e, dall'altro, sulla nozione di *minoranza linguistica*, per verificare se quest'ultima possa essere propriamente richiamata anche in relazione alle persone sorde che ricorrono alle Ls e si considerano parte di una comunità di minoranza.

Su un piano generale, il termine *comunità* è utilizzato, soprattutto in ambito sociologico, per indicare unità sociali di diversa entità territoriale (locale, nazionale, sovranazionale; si pensi al British commonwealth of nations o alla *Comunità europea*, oggi *Unione europea*).

La parola stessa, tuttavia, è impiegata anche per sottolineare la comunione di vita, di interessi e comportamenti che lega un insieme di individui: l'elemento “territoriale”, pertanto, è assolutamente indifferente. Si pensi, solo a titolo esemplificativo, alle espressioni comunità scientifica (complesso degli studiosi che appartengono a un determinato ambito di ricerca) e comunità virtuale/community (che unisce gruppi di utenti di internet), ma senza dubbio anche a quella di comunità linguistica i cui membri condividono lo stesso sistema linguistico²¹.

È in quest'ultima accezione che la locuzione *comunità sorda* viene generalmente utilizzata. Con essa, infatti, si rimanda a una collettività piuttosto eterogenea di persone formata da sordi, ma anche da udenti che con i primi condividono interessi, tradizioni, rivendicazioni e una lingua: la lingua dei segni. Si tratta di persone udenti nate da genitori sordi (indicati con l'acronimo C.o.d.a., dall'inglese *child of deaf adults*) o con genitori udenti, ma comunque legate al mondo della sordità da ragioni professionali, affettive, di studio, di affinità.

Con l'espressione *cultura sorda*, invece, si definisce il modo in cui le persone sorde che utilizzano le lingue dei segni, e si identificano in una comunità di minoranza, descrivono sé stesse e la realtà in cui vivono: una costellazione di rappresentazioni del mondo, comportamenti, usanze, credenze e valori associati ai vissuti tipici dei sordi²².

18. Ancora oggi risulta molto diffusa l'opinione che vi sia una lingua dei segni universale, in realtà così non è e tali lingue, al pari di quelle vocali, sono molteplici o, meglio, tante quante le comunità dei sordi presenti nelle diverse nazioni del mondo.

19. Con riferimento all'American sign language/Asl, si veda W.C. Stokoe, *Sign language structure*, 1960, Silver Spring, Md., Linstok Press; E.S. Klima e U. Bellugi, *The signs of language*, Mass, Harvard University Press, Cambridge, 1979.

Con riferimento alla Lis, cfr. V. Volterra (a cura di), *I segni come parole: la comunicazione dei sordi*, Boringhieri, Torino, 1981; V. Volterra (a cura di), *La lingua dei segni italiana. La comunicazione visivo-gestuale dei sordi*, Il Mulino, Bologna, 2004; M.C. Caselli et al. *Linguaggio e sordità. Gesti, segni e parole nello sviluppo e nell'educazione*, Il Mulino, Bologna, 2006; T. Russo Cardona - V. Volterra, *Le Lingue dei segni*, Carocci, Roma, 2007.

20. S. Fontana, *Esiste la Cultura Sorda?* in In Limine, *Esplorazioni attorno all'idea di confine*, F. Calzolaio, E. Petrocchi, M. Valisano, A. Zubani (a cura di), Edizioni Ca' Foscari, Venezia, 2017, pp. 233-251.

21. Tratto dalla voce “comunità, portale dell'Enciclopedia Treccani: www.treccani.it/vocabolario/comunita e www.treccani.it/enciclopedia/comunita_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29.

22. Si rimanda a B. Marziale - V. Volterra (a cura di), *Lingua dei segni, società, diritti*, Carocci, Roma, 2016.

Va poi ricordato, che “comunità sorda” e “cultura sorda” sono categorie che non possono essere considerate semplicemente come il prodotto di un’elaborazione “intrinseca”, vale a dire circoscritta a quei sordi che ricorrono alle Ls. Non può esser tralasciato, infatti, che la Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità, in più punti, riconosce espressamente l’identità linguistica e culturale delle persone sorde e la loro appartenenza ad una “comunità” determinata.

Il riferimento è, ad esempio:

- all’articolo 24, co. 3, lettera “b” secondo cui «*gli Stati Parti adottano misure adeguate, in particolare, al fine di: [...] agevolare l’apprendimento della lingua dei segni e la promozione dell’identità linguistica della comunità dei sordi*»;
- e all’articolo 30, co. 4, ai sensi del quale «*le persone con disabilità hanno il diritto, su base di uguaglianza con gli altri, al riconoscimento ed al sostegno della loro specifica identità culturale e linguistica, ivi comprese la lingua dei segni e la cultura dei sordi*».

A queste disposizioni si aggiungono, poi, anche gli articoli 2, 9, 21 e ulteriori commi del citato articolo 24, ai sensi dei quali:

- «*ai fini della presente Convenzione [...] per “linguaggio” si intendono le lingue parlate e la lingua dei segni [...]*» (art. 2);
- gli Stati Parti adottano tutte le misure adeguate per:
 - «*[...] garantire che le persone con disabilità possano esercitare il diritto alla libertà di espressione [...]*» provvedendo in particolare a: «*accettare e facilitare nelle attività ufficiali il ricorso, da parte delle persone con disabilità, alla lingua dei segni*»; «*riconoscere e promuovere l’uso della lingua dei segni*» (art. 21, co. 1, lettere “b”, ed “e”);
 - «*[...] mettere a disposizione [...] servizi di mediazione, inclusi guide, lettori e interpreti professionisti esperti nella lingua dei segni allo scopo di agevolare l’accessibilità a edifici ed altre strutture aperte al pubblico*» (art. 9, co. 2, lettera “e”).
 - «*[...] garantire che le persone cieche, sorde o sordocieche [...] ricevano un’istruzione impartita nei linguaggi [...] e con i mezzi di*

comunicazione più adeguati per ciascuno [...]»; «*[...] impiegare insegnanti, ivi compresi insegnanti con disabilità, che siano qualificati nella lingua dei segni [...]*» (art. 24, co. 3, lettera “c” e co. 4).

6. Minoranze linguistiche e riconoscimento giuridico delle Ls

L’intervento dell’Onu su queste problematiche è da considerarsi particolarmente significativo, non solo in quanto fino ad oggi non esisteva in materia di disabilità uno strumento internazionale con efficacia vincolante per gli Stati²³, ma anche perché le moderne democrazie occidentali e le teorie del contratto sociale – perfino le elaborazioni di più recente formulazione – non attribuiscono il giusto rilievo alle rivendicazioni delle persone disabili, né ricomprendono queste ultime fra le “parti contraenti”. Ciò ha determinato, inevitabilmente, che i bisogni e le ragioni di cui sono portatrici, ancora oggi assai difficilmente riescano a incidere fin dal primo momento sulla scelta dei principi politici fondamentali.

La Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, come abbiamo visto, conferisce poi un particolare rilievo al tema dell’identità culturale e linguistica dei sordi che, di fatto, è strettamente collegato alla questione del riconoscimento giuridico delle lingue dei segni, divenuta oggi di stretta attualità.

A chi per motivi familiari, professionali o di studio, non si è mai imbattuto nel “mondo della sordità”, questa potrebbe sembrare, a prima vista, una questione assai semplice.

La ratifica della Convenzione sulla disabilità da parte del nostro Paese, infatti, come la ratifica di qualsiasi altro trattato internazionale, non costituisce un fatto meramente formale, bensì, in virtù dell’art. 117, co. 1, Cost., vincola il legislatore a emanare una normativa interna conforme ai diritti e agli *standard* di tutela in essa stabiliti²⁴, il cui recepimento pertanto dovrebbe essere più che sufficiente per attribuire un valido fondamento giuridico alle proposte di legge che si prefiggono un pieno riconoscimento della Lis.

Ciò nonostante, finora sono cadute nel vuoto tutte le iniziative del Parlamento nazionale con questa finalità²⁵ che, soprattutto nella XVI e nella XVII legislatura, hanno visto fronteggiarsi contrapposte fazioni.

23. Le *Regole standard per le pari opportunità delle persone con disabilità*, adottate dalle Nazioni unite nel 1993, sono infatti prive di contenuto precettivo e, dunque, risultano uno strumento di tutela più fragile in caso di violazione dei diritti.

24. Compresi quelli fissati, con specifico riferimento alle persone sorde, negli artt. 2, 9, 21, 24 e 30 in materia di accessibilità, libertà di espressione, riconoscimento e promozione dell’uso delle lingue dei segni, educazione e istruzione inclusiva, partecipazione alla vita culturale e ricreativa.

25. Nel nostro Paese, infatti, solo alcuni consigli regionali hanno emanato leggi di promozione della Lis. Il riferimento è alle leggi regionali

La travagliata gestazione dei provvedimenti presentati riflette posizioni eterogenee. Così, accanto a chi rifiuta categoricamente tale riconoscimento ritenendo la Lis un pericolo – una minaccia per l'apprendimento, l'educazione e l'integrazione di quelli che la usano –, vi sono coloro che sarebbero disposti a sostenerlo senza però accordare tutela alle implicazioni culturali e linguistiche e, infine, quanti, come chi scrive, hanno appreso la Lis per ragioni professionali, la considerano una lingua minoritaria e ne auspicano un pieno riconoscimento.

Questo, infatti, rafforzerebbe le tutele approntate da una normativa interna ancora insufficiente e non sufficientemente applicata, con innegabili vantaggi – soprattutto nel campo dell'integrazione (scolastica e sociale) e dell'accessibilità – per le persone sorde che ad essa ricorrono.

Accanto ai vantaggi in termini di accessibilità e alle evidenze scientifiche sul piano linguistico, su cui non mi soffermo ulteriormente, a militare per le ragioni di un pieno riconoscimento di questa lingua ci sono inoltre alcune motivazioni giuridiche, come il vincolo posto dalla Costituzione al nostro legislatore, a seguito della ratifica del 2009 («*la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto [...] degli obblighi internazionali*») e la circostanza che, ai fini dell'individuazione di una *minoranza*, non può assumersi quale parametro imprescindibile il radicamento di una comunità in una determinata porzione territoriale.

Sulla scorta della famosa definizione del professor Capotorti, il termine *minoranza* indicherebbe, infatti, una collettività con caratteristiche comuni (religiose, e/o etniche, e/o culturali, e/o linguistiche, e/o politiche, ecc.), in posizione non dominante e numericamente inferiore rispetto al resto della popolazione di uno Stato, la quale condivide, con gli altri membri del gruppo, un sentimento di appartenenza e la volontà di preservare la specificità e l'identità collettiva del gruppo stesso.

La stessa considerazione può essere estesa anche alle *minoranze linguistiche* la cui nozione appare, ancora oggi, evanescente e controversa, soprattutto per la mancanza in dottrina di un effettivo accordo sui criteri da utilizzare nella sua elaborazione.

Come è noto, infatti, la nostra Carta costituzionale affronta il tema della “lingua”, in modo esplicito in più punti:

- nell'art. 3, co. 1, attraverso il principio di uguaglianza formale (divieto di discriminazione anche per ragioni di lingua), che assicura una

protezione “negativa” alle minoranze linguistiche e una tutela diretta ai singoli individui che a queste appartengono;

- nell'art. 3, co. 2, attraverso il principio di uguaglianza sostanziale che pone le basi per una protezione positiva delle minoranze, vale a dire l'adozione di misure specifiche e concrete a favore dei suoi membri al fine di conservarne l'identità e la particolarità;
- nell'art. 6, in cui il costituente ricorre al parametro della “lingua” come elemento identificativo delle minoranze tutelate dallo Stato, richiamando il legislatore alla predisposizione di misure e diritti ulteriori rispetto a quelli garantiti in via generale alla maggioranza.

Quest'ultima norma, tuttavia, non fornisce alcuna nozione di “minoranza linguistica”, che non viene elaborata neppure dalla legge n. 482/1999 attraverso cui il legislatore, a distanza di cinquant'anni, ha finalmente dato attuazione all'art. 6²⁶. Tale legge (in materia di tutela delle minoranze linguistiche storiche, vale a dire di antico stanziamento) opta, infatti, per un'elencazione piuttosto eterogenea dei soggetti garantiti, ricomprendente le «*popolazioni albanesi, catalane, germaniche, greche, slovene, croate e quelle parlanti il francese, il franco provenzale, il friulano, il ladino, l'occitano e il sardo*» (art. 2, co. 1).

L'assenza di una definizione ha spinto la dottrina e i legislatori dei vari Paesi a ricercare dei parametri intorno ai quali costruire la tutela delle minoranze. Nello specifico essi sono:

- il *criterio della territorialità*, in base al quale una lingua minoritaria viene tutelata solo in quanto la minoranza a cui essa è collegata sia stanziata in una determinata area geografica e limitatamente all'ambito spaziale in cui essa è radicata;
- un *sistema di protezione* cosiddetto *personale*, in cui la tutela di una minoranza linguistica prescinde dal suo radicamento in una determinata porzione territoriale, discendendo invece dall'uso di una stessa lingua e dalla condivisione di un vincolo identitario da parte di un certo numero di individui;
- talvolta, una combinazione dei due regimi di tutela.

Nel nostro ordinamento, in particolare, la protezione delle minoranze linguistiche è incentrata sul principio territoriale; per la legge n. 482, infatti, un

della Sicilia (l. n. 23/2011), del Piemonte (l. n. 9/2012), dell'Abruzzo (l. n. 17/2014), del Lazio (l. n. 6/2015) e della Lombardia (l. n. 20/2016).

26. Legge 15 dicembre 1999, n. 482, in Gu 20 dicembre 1999, n. 297.

cittadino appartenente a un gruppo minoritario può legittimamente invocare la tutela della sua lingua di minoranza – e l'esercizio dei diritti linguistici previsti dalla normativa (artt. 4 ss.) – solo in quanto risieda nel territorio in cui tale gruppo risulti essere storicamente radicato.

Se questo è il regime di tutela predisposto dall'ordinamento interno nei confronti delle minoranze linguistiche, va sottolineato, tuttavia, come il principio della territorialità adottato dalla legge del 1999 non riesca ad offrire, in assoluto, un'adeguata protezione a tutti i gruppi linguistici. Diverse realtà, infatti, restano escluse o perché non rispondono al parametro dell'antico insediamento, oppure in quanto – sebbene presenti nel nostro Paese da molti secoli (si pensi alle comunità Rom e Sinti) o, addirittura, da sempre (come nel caso delle persone sorde che utilizzano la Lis), non rispondono al parametro della territorialità. Geograficamente parlando, non esiste infatti un "paese dei sordi", o un'area del nostro territorio nazionale in cui questi siano concentrati, trattandosi piuttosto di *comunità diffuse*.

Insomma, la scelta di un regime di tutela rigidamente territorialista (che non contempli, cioè, alcun temperamento) non appare la più adeguata, in quanto:

- a tutt'oggi non si rinviene una definizione di "minoranza linguistica" che risulti univoca e i cui parametri definitivi siano comunemente condivisi; quindi il requisito del radicamento in un ambito territoriale determinato non dovrebbe costituire un elemento imprescindibile;
- trattati sovranazionali molto rilevanti, come ad esempio la Carta europea delle lingue regionali o minoritarie²⁷, prevedono regimi di tutela alternativi molto più efficaci. Il riferimento è all'articolo 7, co. 5, della Carta richiamata, attraverso il quale il Consiglio d'Europa ha esteso alle *lingue non territoriali* le medesime garanzie riconosciute alle lingue minoritarie delle comunità stanziate in uno spazio determinato, offrendo in questo modo un importante contributo nella direzione dell'identificazione di criteri alternativi a quello territoriale;
- in passato il nostro Governo, in linea con il criterio della personalità della tutela, ha affermato che le garanzie predisposte dalla Convenzione-quadro del Consiglio d'Europa per

la protezione delle minoranze nazionali²⁸ si intendono estese anche ai Rom, ai Sinti e ai Caminanti²⁹. Dunque, nemmeno l'argomentazione dell'esclusione dalla legge n- 482/1999 sembra possa essere validamente invocata da parte di chi sostiene l'impossibilità di configurare tali gruppi minoritari come vere e proprie minoranze linguistiche;

- infine, la stessa Corte costituzionale ha affermato chiaramente come «*la legge n. 482 non esaurisce ogni forma di riconoscimento di tutela delle minoranze*» in quanto, riferendosi esclusivamente alle minoranze storiche, «*non può ricomprendere il panorama di un assai più ricco e variegato pluralismo culturale e linguistico*» (sentenza n. 88/2011).

Se dunque, in base a quanto esposto finora:

- le Ls, e nel caso specifico del nostro Paese la Lis, costituiscono delle lingue in senso proprio;
- il ricorso a tali lingue visivo-gestuali può veicolare (e indubbiamente veicola) forme di appartenenza ad una vera e propria comunità che condivide – oltre alla lingua – esperienze sociali, culturali, tradizioni e valori;
- le comunità dei sordi risultano essere evidentemente minoritarie, non solo sotto il profilo numerico (considerando vari studi epidemiologici, infatti, si può stimare che nei Paesi occidentali una persona su mille, approssimativamente, nasca sorda e una su cento lo divenga nell'infanzia), ma anche in quanto non tutte le persone sorde entrano in contatto con una Ls, o condividono il senso di appartenenza alla comunità che la utilizza;
- i sordi che fanno ricorso ad una Ls non sono associabili ad uno spazio geografico determinato, essendo disseminati su tutto il territorio nazionale.

E inoltre:

- se la nozione di minoranza, secondo autorevoli giuristi, va intesa come collettività di individui con caratteristiche comuni, numericamente inferiore rispetto al resto della popolazione dello Stato, la quale condivide, con gli altri membri del gruppo, un sentimento di appartenenza e la volontà di preservare la specificità e l'identità collettiva del gruppo stesso;

27. Si tratta del trattato del Consiglio d'Europa concluso a Strasburgo il 5 novembre 1992. Il nostro Paese ha provveduto alla firma il 27 giugno 2000, ma non ancora alla sua ratifica.

28. Convenzione che l'Italia ha ratificato nel 1997.

29. Cfr. la "Seconda Opinione sull'Italia" adottata il 24 febbraio 2005 dal Comitato consultivo istituito dalla *Convenzione-quadro*.

- e, infine, se ancora oggi, non si rinviene una definizione univoca di “minoranza linguistica”, ma risulta ormai evidente che il rigido riferimento al parametro della territorialità – anche alla stregua di un importante trattato del Consiglio d’Europa – si dimostra inadeguato nella tutela di diversi gruppi linguistici (di recente formazione, come ad esempio quelli nati dai flussi migratori, ma anche di antico insediamento),
- che cosa impedisce al legislatore nazionale di riconoscere la Lingua dei segni italiana in considerazione che, la stessa Convenzione Onu del 2006 (ratificata dal nostro Paese da quasi 10 anni!), sottolinea l’importanza di tale riconoscimento da parte degli Stati firmatari (art. 21, co. 1, lettera “e”)?

Secondo alcuni, tale riconoscimento, al contrario, è da scongiurarsi dal momento che non appare possibile accostare il concetto di “lingua” in senso proprio al “linguaggio mimico gestuale”/ai “gesti”³⁰ qualificabili (sempre secondo questo convincimento), non come lingua che veicola una forma di appartenenza ad una comunità, ma) come mero strumento compensativo³¹.

In questa direzione, meno che mai, poi, si dovrebbe ricorrere alla categoria giuridica delle “minoranze linguistiche” per descrivere il *deficit* uditivo, posto che «*la sedicente “comunità sorda” non è concentrata su un certo territorio, ma (appunto) è diffusa su tutto il Paese*»³².

Eppure, almeno nell’opinione di chi scrive, la strada da percorrere sembra quella indicata dall’Onu che, nella Convenzione del 2006, non si limita a prendere in considerazione le persone sorde sotto il profilo della disabilità – l’articolo 1, co. 2, si riferisce infatti (anche) ai *deficit* sensoriali che «*con barriere di di-*

versa natura possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con altri» – ma, come abbiamo ricordato, anche sotto quello dell’identità linguistica e culturale, aspetto, questo, strettamente connesso al riconoscimento giuridico delle lingue dei segni.

Questa impostazione appare speculare a quella recepita dall’Unione europea dei sordi la quale, come ricorda la studiosa Verena Krausneker dell’Università di Vienna³³ – pur prendendo le distanze da quanti definiscono i sordi secondo un approccio orientato al *deficit* – «*ha deciso che la visione linguistica della sordità può essere inglobata con l’aspetto della disabilità*». Infatti, se da un lato le persone sorde sono da considerare una minoranza culturale e linguistica, dall’altro, non può disconoscersi che, nei casi in cui l’accesso alle informazioni e alla cultura risulti loro limitato, o negato dalle barriere comunicative poste dalla società, sotto questo profilo esse divengano disabili.

Se poi, anche il riferimento ad una fra le più importanti Convenzioni delle Nazioni unite e all’organismo europeo più autorevole di rappresentanza delle persone sorde, non fosse sufficiente a convincere gli scettici, forse basterebbe ricordare che il riconoscimento giuridico della Lis (e in generale delle Ls), non è una “questione di gusti”, un problema ideologico, né può fondarsi unicamente sulle acquisizioni della ricerca linguistica o, dall’altra parte, sugli avanzamenti della medicina. Esso attiene, piuttosto, all’essere umano, coinvolge i suoi diritti fondamentali, come quello di esprimere sé stessi nella propria lingua, vocale o segnica, identificandosi positivamente con essa.

Tale riconoscimento, pertanto, dovrebbe essere visto come uno strumento di cittadinanza e divenire per tutti – udenti, sordi “oralisti” e persone sorde “bilingui” che utilizzano anche la lingua dei segni – un traguardo condiviso³⁴.

30. Denominazioni, queste, piuttosto in voga fra i detrattori della lingua dei segni.

31. Riservato a persone con disabilità uditiva che non raggiungono un’adeguata competenza nella lingua vocale.

32. Si rimanda a Salvatore Nocera, *Il Parlamento ci ripensi: i sordi non possono essere una minoranza linguistica costituzionalmente garantita*: www.edscuola.it/archivio/handicap/i_sordi_non_possono_essere.html.

33. V. Krausneker, *La protezione e la promozione delle lingue dei segni e dei diritti dei suoi utilizzatori negli stati membri del Consiglio d’Europa: analisi delle necessità* - Divisione per l’integrazione delle persone con disabilità, Consiglio d’Europa, 2008.

34. B. Marziale, *La Torre di Babele: riflessioni intorno ai diritti umani linguistici*, in B. Marziale - V. Volterra (a cura di) 2016, cit.

L'amministrazione di sostegno tra personalismo, solidarismo e sussidiarietà ed il ruolo del Giudice della Persona

di Stefano Celentano

La rivoluzione giuridico-culturale che l'istituto ha portato in sé, con un sostanziale e forte capovolgimento giuridico della impostazione concettuale che presiede alle forme di tutela degli incapaci, si è rivelata una sfida quotidiana per la professionalità del giudice tutelare, identificato sempre più come Giudice della Persona, e chiamato, nella molteplicità delle sue funzioni, ad essere arbitro e coordinatore di un sistema fluido che richiede altrettanto specifiche dinamiche di approccio per garantirne l'utilità ed il corretto funzionamento. Tale rivoluzione culturale ha imposto la predisposizione di concetti e modalità operative che si ispirano a principi ben definiti: il personalismo, il solidarismo e la sussidiarietà funzionale, tre concetti di diretta derivazione normativo-costituzionale che caratterizzano la capacità di decidere del giudice tutelare, ed il contenuto stesso delle sue statuizioni. Trattasi dunque di una sfida culturale, giuridica e sociale, una sfida che, dalla rivoluzione del linguaggio simbolico (da "demente" a "fragile", da "incapace" a "meritevole di protezione") consenta di ritenere chiaro che il progetto di sostegno è un progetto di crescita, di tutela e di riumanizzazione di situazioni in cui la dignità della vita sembra cedere il passo ad eventi che la possano mortificare.

1. La tutela dei fragili e il Giudice della Persona

Un approfondimento critico del tema della protezione dei soggetti deboli non può che prendere le mosse da una breve rilettura del ruolo del giudice tutelare nel codice civile, e delle norme che ne disciplinano la funzione (in particolare, di quelle dettate dalla legge 6/2004, istitutiva dell'amministrazione di sostegno) senza omettere di valutare con estrema attenzione l'articolo 10 della Carta costituzionale, secondo il quale «*l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute*»; conseguentemente una interpretazione sistematica della intera architettura normativa dovrà tener conto, anche ai fini interpretativi, delle disposizioni delle convenzioni internazionali che l'Italia ha liberamente sottoscritto e ratificato, che costituiscono "diritto vivente", oltre che essere

"diritto vigente", anche attraverso i provvedimenti dei Giudici tutelari.

Già il codice civile, nel testo originario del 1942, nel trattare la problematica dei "soggetti deboli" (dedicando una specifica sezione alle funzioni del giudice tutelare) assegnava a questo "*giudice speciale*" il compito di «*sovrintendere alle tutele e alle curatele*»¹ prevedendo altresì l'esercizio, da parte sua, di tutte «*le altre funzioni affidategli dalla legge*», funzioni invero assai numerose, sostanzialmente mai giurisdizionali e sempre orientate - tendenzialmente prescindendo da "giudizi" su fatti pregressi - alla protezione e promozione a favore delle persone deboli e dei loro interessi; e dunque, proprio, all'interno di questa categoria generale e "sussidiaria" prevista da questa disposizione, rientrano a pieno titolo le funzioni ed i compiti del giudice tutelare quale delineato dalla disciplina prevista dalla legge 6/2004, istitutiva della amministrazione di sostegno, quale forma di tutela e

1. Oggi una facile interpretazione estensiva e sistematica ricomprende, in questa posizione di controllo sovraordinato, anche tutto il campo dell'Amministrazione di sostegno.

protezione dei fragili, ispirata ad una serie di principi che, di fatto, hanno rivoluzionato l'approccio all'intera materia della protezione degli incapaci, facendo sì che il giudice tutelare assuma sempre di più il ruolo di Giudice della Persona.

Il secondo comma dell'articolo 344 cc poi, come norma di chiusura del sistema, prevede un grandissimo potere "esterno", proprio unicamente del giudice tutelare, ruolo che rimarrebbe incomprensibile se non si valorizzasse il fatto che egli, nello svolgimento dei suoi compiti, volti al "bene comune", può essere qualificato, sostanzialmente, in termini di "organo di alta amministrazione" e, in tale veste, come soggetto necessariamente deputato al dialogo con altre persone, organi e strutture pubbliche e private, quando ne risulti necessaria la collaborazione per realizzare la protezione dell'interesse debole. Nello specifico, la norma prevede il potere di «chiedere l'assistenza degli organi della Pubblica amministrazione e di tutti gli Enti i cui scopi corrispondono alle sue funzioni», e perciò certamente di tutti gli organi e le strutture diversamente rappresentative, pubbliche o private, costituite da una o più persone operanti nel territorio di competenza dello stesso giudice tutelare.

È evidente che la norma si spieghi con la rilevanza pubblicistica dell'interesse finalizzato a garantire adeguate forme di tutela, protezione, azione e interlocuzione in favore di soggetti e situazioni "diversamente deboli", che non avrebbero possibilità alcuna di agire singolarmente, per effetto delle particolari condizioni di pregiudizio variamente inteso. Il ruolo del giudice tutelare viene così istituzionalmente a concorrere, al di là degli specifici richiami normativi, anche alla piena e positiva realizzazione del cosiddetto «sistema integrato di interventi e servizi sociali» di cui alla legge-quadro n. 328/2000, come risulta evidentemente chiaro per il campo della "disabilità" secondo le previsioni della legge n. 6/2004. Pertanto, come i principi della legge-quadro sull'assistenza non potranno essere ignorati "operativamente" dal giudice tutelare, così gli operatori socio-sanitari pubblici e privati coinvolti dalla legge-quadro non potranno ignorare o comunque disattendere i principi anche "collaborativi" dettati dalla legge n. 6/2004².

Se volessimo trarre una prima parziale conclusione, pur approssimativa e meramente orientativa, da queste iniziali constatazioni, potremmo forse osservare che il giudice tutelare, sempre più inteso come giudice della persona, ha oggi una funzione caratterizzata, nel *modus operandi*, dal potere-dovere di chiedere l'assistenza e di coinvolgere operativamente

tutte le persone, i servizi e le realtà organizzate pubbliche e private i cui scopi corrispondono proprio alle sue funzioni, e ad esse si sovrappongono. Tale potere-dovere si specifica, come vedremo, in quello di coinvolgere e condividere nel decreto che dà origine al progetto di sostegno (art. 405 cc) tutti i protagonisti privati (il beneficiario *in primis*, ma anche i familiari e le persone abitualmente conviventi che partecipino o debbano partecipare al progetto; i volontari ed il volontariato, e, ovviamente, lo stesso amministratore di sostegno) e pubblici (servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura ed assistenza della persona) chiamati a renderlo concretamente attuabile ed operativo, nella logica del principio di sussidiarietà, come si specificherà in seguito. Tornando alla "norma-quadro" dell'articolo 344 cc, va sottolineato che questa disposizione assume una valenza finalistica ancora maggiore quando la si legga e le si dia sostanza alla luce dei diritti inviolabili dell'uomo e dei doveri inderogabili di solidarietà che ne conseguono, nonché del riconoscimento e garanzia della pari dignità e dell'eguaglianza di tutti i cittadini senza distinzione di condizioni personali e sociali, nonché del «compito della Repubblica» di rimuovere quegli ostacoli che, limitando di fatto libertà ed eguaglianza, – in particolare delle persone "fragili" – impediscono il pieno sviluppo della persona umana (artt. 2 e 3 Cost.).

Può dunque ritenersi, quanto alla specifica funzione del Giudice delle Persone, che la legge istitutiva dell'Amministratore di sostegno ha valorizzato enormemente funzione e ruolo del giudice tutelare alla luce non dei principi costituzionali, ma di un nuovo approccio giuridico-culturale al mondo della protezione dei deboli, identificandolo come figura essenziale di coordinamento, ma anche di propulsione, direzione e controllo per la realizzazione di progetti solidaristici di superamento di limiti di autonomia che possano rendere troppo gravoso, se non impossibile, ad una persona affetta da «infermità o menomazione fisica o psichica» compiere autonomamente gli atti del quotidiano, realizzare i propri "interessi", valorizzare e dare senso alle proprie indicazioni, soddisfare i propri bisogni ed aspirazioni, ed effettuare consapevolmente le proprie scelte cercando di conseguirne il risultato. Il progetto di sostegno, che è l'anima della legge per come delineato agli articoli 405 e ss. cc, imporrà al Giudice della Persona di operare tenendo conto della finalità della legge, come prevista dall'articolo 1 della legge n. 6/2004, che è quella di «*tutelare, con la minor limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di au-*

2. Si veda, esemplificativamente, l'espressa previsione del terzo comma dell'art. 406 cc secondo cui «i responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona, ove a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l'apertura del procedimento di Amministrazione di sostegno, sono tenuti a proporre al giudice tutelare il ricorso di cui all'art. 407...».

tonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente». Si tratta proprio, dunque, del «progetto di sostegno», minimale o massimale che sia, nella sua singola e specifica modulazione dipendente dalle esigenze della persona non autonoma, che rappresenta un disegno, un percorso, un sentiero entro i cui limiti, statici e dinamici, dovranno porsi tutti i soggetti coinvolti a vario titolo nella sua realizzazione, e concretamente nella vita del beneficiario.

Dunque, se in sintesi si vuole tentare di definire, anche in senso operativo, il ruolo del Giudice Tutelare nella direzione concreta del progetto di sostegno, può ritenersi che, nel quadro della legge n. 6/2004, egli non rivesta affatto un ruolo propriamente giurisdizionale diretto né di «giudizio» sulla capacità di agire della persona, bensì è titolare di una funzione specifica, e di altissimo rilievo sociale che gli impone una continua osservazione del soggetto della tutela e della protezione (la Persona), anche al fine di graduarne e modularne gli ambiti da proteggere, e gli strumenti giuridici con cui adempiere a tale funzione. Significativo, sotto tale aspetto è il dialogo del giudice tutelare con l'Ufficio del pubblico ministero. Ed infatti, nella supervisione e direzione concreta dell'Amministratore di sostegno, può accadere, in base all'esperienza concreta della già intervenuta applicazione dell'Amministrazione di sostegno (da lui disciplinata e diretta nella maniera più adeguata, modulata e personalizzata rispetto al beneficiario), che questo strumento sia divenuto nel tempo «*inidoneo a realizzare la piena tutela del beneficiario*» (art. 413, comma 4, cc); il giudice tutelare compirà dunque una disamina alla attualità della dinamica di vita dello stesso, secondo un criterio ovviamente finalistico della forma di tutela rispetto al complessivo vissuto del beneficiario e al suo momento storico e, tenendo fermo comunque il suo ruolo di direzione e supervisione del programma di gestione dell'amministrazione in corso, secondo un evidente principio di continuità della protezione del soggetto debole, «*se ritiene che si debba promuovere giudizio di interdizione o di inabilitazione, ne informa il pubblico ministero, affinché vi provveda*». Va da sé che, proprio in applicazione del principio di continuità della tutela, in tali ipotesi, l'eventuale cessazione dell'Amministrazione di sostegno avverrà, però, soltanto per effetto della nomina di tutore o curatore provvisorio o con la sentenza dichiarativa dell'interdizione o dell'inabilitazione.

L'utilizzo della norma in esame da parte del giudice tutelare, ha delle conseguenze ben precise sull'a-

zione del pubblico ministero, che ne richiedono l'utilizzo di facoltà a discrezionalità cd. «vincolata». Ed infatti, il rappresentante pubblico, dopo la informativa del giudice tutelare, ex articolo 413, comma 4, cc, e della conseguente trasmissione di copia degli atti del fascicolo dell'Amministratore di sostegno, alla luce dei limiti della protezione in atto evidenziati dal giudice tutelare, e dunque delle criticità emerse nel corso della gestione della procedura, potrà optare tra diverse possibilità di azione: a) richiedere allo stesso giudice tutelare, ex articolo 407, comma 4, cc e/o 410, comma 2, cc, di modificare o integrare il decreto in essere, ai sensi dell'articolo 405 cc, in modo tale da realizzare una più adeguata protezione del beneficiario; b) comunicare allo stesso giudice tutelare di non ritenere sussistenti presupposti per presentare ricorso per interdizione; c) potrà perfino direttamente rapportarsi (art. 406, comma 3, cc), per assumere le necessarie informazioni di cui al comma 3 dell'articolo 407 cc, con i responsabili dei servizi sanitari o sociali interessati per richiedere relazione aggiornata tanto sulle «condizioni di abituale infermità di mente che lo rendono incapace di provvedere ai propri interessi», quanto sulla evoluzione delle condizioni di autonomia ed esistenziali del beneficiario, sulle possibilità e sulle necessità di eventuale «protezione integrativa», ed ancora sulla progettualità condivisa, possibile o meno, a favore dello stesso³.

È interessante notare come in dottrina, si sia ricercato un certo parallelismo tra il dovere d'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero a fronte di una notizia di reato pur «qualificata» e la discrezionalità vincolata dello stesso pubblico ministero nell'esercitare l'azione dopo le indagini personali dell'Amministratore di sostegno, di cui potrebbe anche essere chiesta la sostituzione ai sensi dell'articolo 410, comma 2, cc.

In ogni caso, l'esame dell'articolo 413 cc, sotto il profilo dei rapporti tra l'ufficio del Giudice e quello pubblico ministero, evidenzia il ruolo non giurisdizionale del primo e sottende uno degli aspetti del principio di sussidiarietà, di cui si dirà appresso, costituito dalla cosiddetta sussidiarietà o strumentalità funzionale. Tuttavia, la applicazione di tale principio evidenzia come, nel tentativo di dare una lettura sistematica alla materia, si debba tener conto adeguatamente dei principi delle Convenzioni internazionali applicabili nell'Ordinamento nazionale ed anche di quelli dettati, in particolare, dalle diverse normative nazionali in materia di assistenza socio-sanitaria e per la promozione e l'integrazione dei diritti delle

3. E ciò anche al fine di richiedere, ex art. 407, comma 4, cc, eventuali modifiche del decreto/progetto di sostegno che potrebbero perfino valorizzare possibili insufficienze.

persone disabili⁴, naturalmente tenendosi conto da parte di tutti gli operatori territorialmente competenti, anche, dell'applicabilità delle normative dettate ormai da diverse Regioni in funzione della migliore attuazione e promozione delle disposizioni della legge n. 6/2004.

2. La sussidiarietà tra personalismo e solidarismo. L'Amministrazione di sostegno come forma primaria di tutela dell'incapace

Il principio di sussidiarietà è un concetto conaturato alla interpretazione ed all'applicazione dei principi di personalismo e solidarismo, come previsti dalla nostra Costituzione agli articoli 2 e 3, ma anche all'articolo 32 e, anche più espressamente, all'articolo 118, ultimo comma. Il cosiddetto "personalismo solidale", di cui agli articoli 2-3 della Costituzione, è un principio che esige il rispetto dell'autonomia della persona, della sua dignità, delle sue scelte e perfino delle sue personali aspirazioni; ed è quindi, in sé, culturalmente e giuridicamente sussidiario rispetto alle "possibilità di agire" della persona, in proprio.

Laddove non sia possibile un esercizio pieno e cosciente della propria autonomia, dovendosi fare ricorso alla forma di tutela ormai privilegiata nella applicazione quotidiana, l'Amministrazione di sostegno, costituiscono esempi dei diversi aspetti del principio di sussidiarietà proprio alcune norme che regolano la disciplina di tale istituto, e segnatamente: l'articolo 404 cc, laddove si fa riferimento alla possibilità che una persona «sia assistita», l'articolo 405, comma 4, cc, inteso come principio generale legittimante dell'intervento pubblico («qualora ne sussista la necessità, il giudice tutelare adotta...»), l'articolo 406, comma 1, cc (il primo legittimato a promuovere il ricorso è lo stesso beneficiario, poi familiari e conviventi, in evidente applicazione della sussidiarietà), l'articolo 406, comma 3, cc che disciplina la legittimazione attiva e sostanziale dei responsabili sanitari e sociali, secondo un proficuo meccanismo per cui, il

venire a conoscenza di fatti tali da «rendere opportuna» l'iniziativa del ricorso, ne diventa presupposto dell'obbligo a ricorrere⁵; ed infine l'articolo 410 cc, che prevede che i compiti dell'Amministratore di sostegno siano effettivamente collegati ai «bisogni e aspirazioni del beneficiario», prima ancora che alle sue esigenze di oggettiva protezione, nonché l'articolo 406, comma 2, cc che introduce il necessario bilanciamento che dovrà operare il giudice tutelare, a seguito dell'ascolto del beneficiario, tra i suoi bisogni, le sue richieste e le sue oggettive esigenze di protezione.

La sussidiarietà è dunque declinata dalla legge sull'Amministrazione di sostegno in tutte le sue diverse prospettazioni, come una relazione, in tali termini, tra beneficiario, familiari, volontariato e servizi di cura ed assistenza, e dunque come una osmosi tra privato e pubblico, tra protagonisti attivi delle richieste di protezione (beneficiario, familiari, persona stabilmente convivente, servizi socio-sanitari «impegnati nella cura ed assistenza della persona» – articolo 406, comma 3, cc), ivi compreso l'ufficio del pubblico ministero. Il pubblico ministero, secondo le intenzioni del legislatore, dovrebbe costituire culturalmente l'ultima possibilità di promozione del ricorso, ma solo a fronte delle inefficienze-insufficienze del privato e del pubblico direttamente interessati; tuttavia, nella prassi, la quasi totalità dei ricorsi di iniziativa "pubblica" proviene proprio dall'organo giudiziario e non dai servizi amministrativi pubblici, i quali preferiscono portare all'attenzione del pubblico ministero l'indicazione della esistenza di persone bisognose di assistenza, piuttosto che rivolgersi direttamente al giudice tutelare, con un allungamento dei tempi ed un dispendio di energie anche in termini di soggetti coinvolti nella procedura.

Va infine ricordato che il principio di sussidiarietà rientra pienamente nel quadro normativo dettato per il sistema integrato degli interventi e servizi sociali dalla legge n. 328/2000: a tal proposito, alcune norme di tale legge indicano la sussidiarietà come principio fondamentale e criterio per la programmazione ed organizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali⁶.

4. In particolare la legge n. 328/2000 ed il DPR 4/10/2013 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 303 del 28/12/2013, che ha istituito – in adempimento della legge di ratifica della Convenzione di New York – legge n. 18/2009 – l'Osservatorio nazionale sulle disabilità.

5. La norma testualmente recita: «sono tenuti a proporre al GT il ricorso (...)».

6. L'art. 5, comma 1: «obbligo di favorire operativamente "l'attuazione del principio di sussidiarietà"». - L'art. 1, comma 5: «alla gestione ed all'offerta dei servizi provvedono soggetti pubblici nonché, in qualità di soggetti attivi nella progettazione e nella realizzazione concertata degli interventi, organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione, organizzazioni di volontariato, associazioni ed enti di promozione sociale, enti di patronato e altri soggetti privati. Il sistema integrato di interventi e servizi sociali ha tra gli scopi anche la promozione e la solidarietà sociale, con valorizzazione delle iniziative delle persone, dei nuclei familiari, delle forme di auto-aiuto e della solidarietà organizzata». - L'art. 1, comma 3: «la programmazione e l'organizzazione del sistema integrato dei servizi sociali compete agli enti locali, alle Regioni ed allo Stato ai sensi del d.lgs n. 112 del '98 e della presente legge secondo i principi di sussidiarietà, cooperazione... responsabilità ed unicità dell'amministrazione...» - L'art. 14, comma 1, che finalizza la sussidiarietà come strumento per realizzare «la piena integrazione delle persone disabili... nell'ambito della vita familiare e sociale, nonché nei per-

Tale principio, anche a livello processuale, e dunque nell'ambito dei rapporti tra singoli istituti deputati alle medesime finalità, impone la sua valenza. Ed infatti, la sussidiarietà funzionale (o strumentalità) si evidenzia in particolare nel rapporto, oggi esistente, tra Amministrazione di sostegno e interdizione. Il concetto di sussidiarietà funzionale emerge con chiarezza dalla lettura della "preferenza normativa" dell'Amministrazione di sostegno rispetto all'interdizione, espressa chiaramente dall'articolo 414 cc.

Sul punto, va evidenziato come la legge n. 6/2004 abbia sostituito alla fatalistica ed opprimente espressione «devono essere interdetti», quella «possono essere interdetti», espressione che, già dalla rubrica, orienta la discrezionalità del giudice, che potrà legittimamente ricorrere a quest'ultimo strumento di protezione solo quando «ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione». Non vale a modificare tale interpretazione il fatto che la disposizione nuova usi l'indicativo presente del verbo essere – "*sono interdetti*" – nell'ipotizzare il ricorso allo strumento massimo di protezione; infatti la norma stessa condiziona espressamente ed univocamente tale ipotesi strumentale alla riscontrata ed esclusiva necessità (*rectius*: indispensabilità) di assicurare adeguata protezione alla persona altrimenti non proteggibile con alcuna modalità diversa dalla forma massima della interdizione. In sostanza non appare possibile, né attraverso una interpretazione letterale né, tantomeno, attraverso una interpretazione sistematica, ricorrere legittimamente all'interdizione quando sia comunque ancora possibile, per le concrete dinamiche di vita della persona pur «inferma di mente abituale», ricorrere, con sufficienti effetti di protezione e rappresentanza, ad un provvedimento *ex* articoli 405 e 407 cc, anche comprensivo di larghe limitazioni contenute nel decreto che elencherà, come in un gioco di reciprocità, le limitazioni per il beneficiario, connesse alle esigenze di protezione, e i conseguenti poteri dell'Amministratore.

In sostanza il giudice tutelare, attraverso il combinato disposto degli articoli 413, comma 3, e 414 cc, è tenuto ad operare un concreto bilanciamento tra tali misure, con l'unico criterio delle effettive esigenze di protezione e di rappresentanza, verificando, se sia in concreto davvero ipotizzabile che la ritenuta insufficienza della migliore protezione possibile attraverso l'Amministrazione di sostegno, sia effettivamente su-

perabile attraverso la forma massima di protezione, "annullante", conseguente all'eventuale interdizione con apertura di tutela.

È dunque evidente che l'interdizione abbia ormai una applicazione rara e del tutto eccezionale. Anche se pleonastico, è bene infatti ricordare che la legge fa riferimento alle possibilità di ricorrere all'interdizione non certo per tutte le persone non autonome per infermità o menomazione fisica o psichica, ma solo per coloro che «*si trovano in condizione di abituale incapacità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi*». Ma tale previsione non è sufficiente tuttavia a far ritenere che, ove la persona si trovi in tali condizioni, possa considerarsi oggi legittima l'applicazione della interdizione, laddove, anche attraverso un'applicazione particolarmente penetrante e perfino invasiva dell'Amministrazione di sostegno, è possibile comunque assicurare alla persona una protezione adeguata. Pertanto, già in base alla sola previsione dell'articolo 414 cc emergono sia il carattere speciale della disciplina annullante dell'interdizione, possibile solo nei confronti di chi si trovi nelle previste condizioni di totale incapacità di mente abituale, sia il suo carattere sussidiario, atteso che per la tutela della persona, occorrere prediligere, ove possibile, forme di protezione meno invasive e meno potenzialmente idonee a provocarne una certa "ghettizzazione" sociale. Le misure di protezione infatti, nella disciplina codicistica rinnovata dalla legge n. 6/2004, sono leggibili unicamente come uno strumento concretamente possibile per «assicurare adeguata protezione» alla persona fragile, e dunque strumentali a tali necessità (da qui il rinnovato ruolo funzionale del Giudice della Persona); le stesse sono applicabili, in una visione costituzionalmente orientata ai grandi principi del personalismo, del solidarismo e della sussidiarietà, solo come mezzo per rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, salvaguardando comunque la dignità di ogni persona a favore della quale la misura di protezione deve comunque essere intesa e può essere applicata, e dunque mai in un'ottica afflittiva o differente. In questo quadro è evidente che uno strumento di protezione giuridicamente e culturalmente non "annullante", bensì elastico, valorizzante e proiettato all'ausilio dell'incapace, quale l'Amministrazione di sostegno, debba essere lo strumento preferenziale per assicurare protezione al soggetto fragile nell'ottica sin qui

corsi dell'istruzione scolastica o professionale o del lavoro... per realizzare "un progetto individuale"» (il progetto di sostegno, a prescindere e prima ancora della sua eventuale giuridicizzazione con il decreto di cui all'art. 405 cc). E va infine sottolineato che, anche in relazione ai rapporti Stato - Regione ed enti pubblici, «*le disposizioni della presente legge costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'art. 117 della Costituzione*» (art. 1, comma 7, della legge n. 328/2000). Ma è direttamente fondamentale, in relazione alla sussidiarietà degli interventi, anche la valorizzazione dell'ultimo comma dell'art. 118 della Costituzione che stabilisce il principio di sussidiarietà quale bussola del rapporto tra iniziativa dei privati ed intervento pubblico.

indicata, e ciò sarà concretamente possibile laddove, il giudice tutelare, nella predisposizione del contenuto del decreto di apertura, e dunque nel disegno del progetto di sostegno con la individuazione dei relativi poteri in capo all'Amministrazione di sostegno, sappia coerentemente superare limiti di applicabilità che la legge non prevede, modulando adeguatamente le sue statuizioni per il caso concreto e specifico della singola persona sofferente.

Nell'architettura delle norme, va rilevato che, sebbene il legislatore del 2004 non abbia optato per una immediata abrogazione della interdizione, egli ha dettato una norma-ponte in tal senso significativa, e cioè l'articolo 418, comma 3, cc che prevede il passaggio dal giudizio di interdizione alla procedura di Amministrazione di sostegno «*se nel corso del giudizio di interdizione o di inabilitazione appare opportuno applicare l'Amministrazione di sostegno*»; in tali ipotesi, prevede la norma che «*il giudice, d'ufficio o ad istanza di parte, dispone la trasmissione del procedimento al giudice tutelare. In tal caso il giudice competente per interdizione o per l'inabilitazione può adottare i provvedimenti urgenti di cui al quarto comma dell'articolo 405*». È evidente come la "sussidiarietà funzionale" opera ancora una volta correttamente privilegiando l'adozione dello strumento dell'Amministrazione di sostegno all'interdizione anche durante un "percorso" davanti al Tribunale (giudice di quest'ultima misura), e prevedendo che il giudice anche "d'ufficio" possa disporre e addirittura adottare direttamente – attraverso provvedimento d'urgenza – gli stessi «provvedimenti urgenti per la cura della persona interessata e la conservazione e l'amministrazione del suo patrimonio» che può adottare il giudice tutelare nel procedimento di Amministrazione di sostegno ex articolo 405, comma 4, cc, ivi compresa la nomina di Amministratore di sostegno provvisorio. Come appare chiaro dal testo e dalla *ratio* della norma non è necessaria una sentenza resa dal Tribunale in composizione collegiale per "legittimare" tale passaggio e l'adozione di eventuali provvedimenti urgenti; la relativa ordinanza (che chiude il procedimento "contenzioso" di interdizione) deve ritenersi adottabile direttamente ed anche d'ufficio dallo stesso Presidente o dal giudice istruttore (artt. 713, comma 1 e 717 cpc); si ribadisce l'adottabilità di questo provvedimento anche d'ufficio, seppur previa instaurazione di una qualche forma di contraddittorio.

3. Il progetto di sostegno nell'architettura dei principi costituzionali

Il decreto ex articolo 405 cc rappresenta una sintesi concettuale e pratica dei principi costituzionali

fondamentali del personalismo, e dunque *in primis* il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali, il solidarismo sociale, il diritto alla salute e il principio di sussidiarietà di cui all'articolo 118 ultimo comma della Costituzione. Su questi principi fondamentali si articola, nella sostanza, l'impianto normativo della legge n. 6/2004 che, sebbene con alcune criticità, ha senza dubbio il merito di avere, in relazione all'approccio al tema della tutela dei fragili, un carattere sostanzialmente rivoluzionario e liberante della normativa, che ha aperto ai principi costituzionali ed ha reso possibile la stessa giuridica rilevanza dell'agire e dell'esistenza relazionale della persona non autonoma, come se vi fosse un filo logico ideale che dalla legge n. 180/78 (Legge Basaglia) in poi, abbia ricondotto ad unità tutti gli interventi normativi dello Stato sul tema delle incapacità e delle fragilità mentali.

Il raffronto tra le disposizioni della legge n. 6/2004 e quelle delle Convenzioni internazionali, comprensive dei relativi principi che regolano le più importanti dinamiche sociali, rendono ben solide le basi istituzionali e culturali su cui la legge n. 6/2004 si fonda; e dunque, il riferimento primario va al Trattato sull'Unione europea, anche con le periodiche modifiche del testo-base di Amsterdam del 1997, che prevede testualmente che l'Unione «*si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, dell'egualianza, del rispetto dei diritti umani in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla solidarietà*». Il termine solidarietà indica proprio un approccio di cura e garanzia delle persone incapaci, che sia culturalmente individuato e praticato non nell'ottica della restrizione, ma della valorizzazione delle competenze residuali, e del rispetto costante della dignità della persona.

Ed ancora, è la stessa legge n. 6/2004 che introduce una sorta di "privilegio normativo" dell'Amministrazione di sostegno rispetto all'interdizione, anche nella interpretazione che è stata data ad alcune delle questioni sottese alla gestione delle forme di tutela dalla Corte costituzionale con la pronuncia n. 440/2005, pronuncia particolarmente importante e significativa, nonostante il suo carattere succinto, perché affronta la problematica dei rapporti tra provvedimenti dati in corso di procedimento di interdizione e revoca dell'interdizione, rispettivamente con ordinanza del giudice istruttore ex articolo 418 cc (con nomina ex articolo 405, comma 4, dell'Amministratore di sostegno provvisorio) e con sentenza (collegiale) di revoca dell'interdizione e contestuale nomina di Amministratore di sostegno provvisorio ex articolo 429, ultimo comma, cc; la Corte ha pienamente recepito l'interpretazione della cosiddetta "sussidiarietà funzionale" dell'interdizione rispetto all'Amministratore

di sostegno e confermato il principio di continuità nelle misure di protezione, valorizzando anche la preferenza normativa dell'Amministratore di sostegno rispetto all'interdizione anche in relazione alla logica del personalismo e della «conservazione della capacità di agire», nonché quella della «possibilità di agire» (artt. 1, legge n. 6/2004 e 409, commi 1 e 2, cc). In dottrina⁷, si è tuttavia osservato come la Corte abbia omissso di rilevare, l'incostituzionalità della pur sussidiaria disciplina dell'interdizione, cui ha attribuito un senso residuale – diversamente utilizzato poi da successive pronunce della Cassazione – con l'affermazione incidentale, ricavata da una «lettura al contrario» dell'ultimo comma dell'articolo 411 cc, secondo cui «in nessun caso i poteri dell'Amministratore di sostegno possono coincidere integralmente con quelli del tutore o del curatore». Nello specifico, le ordinanze di rimessione alla Corte, provenienti dal Tribunale di Venezia, ponevano, nei medesimi termini, due questioni di legittimità costituzionale di norme concernenti l'Amministrazione di sostegno. La prima riguardava gli articoli 404, 405, numeri 3 e 4, e 409 del codice civile, sotto il profilo che, a dire del Giudice *a quo*, non indicano chiari criteri selettivi per distinguere tale istituto, introdotto dalla legge citata, dai preesistenti istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, e quindi danno luogo a tre fattispecie legali irragionevolmente coincidenti, con duplicazione di istituti «parzialmente fungibili», lasciando di fatto all'arbitrio del giudice la scelta dello strumento di «tutela» concretamente applicabile, così violando gli articoli 2, 3 e 41, primo comma, e 42 della Costituzione, che garantiscono il pieno dispiegarsi della personalità del disabile nei rapporti economici e nei traffici giuridici. La seconda riguardava gli articoli 413, ultimo comma, e 418, ultimo comma, cc, nel testo introdotto dalla legge n. 6 del 2004, sotto il profilo che essi non prevedono strumenti di composizione delle divergenze eventualmente insorte fra il giudice tutelare (cui sono attribuiti i provvedimenti in tema di Amministrazione di sostegno) e il Tribunale in composizione collegiale (cui sono attribuiti quelli in tema di interdizione e inabilitazione), così violando gli articoli 2, 3, 4, 41, primo comma, 42 e 101, secondo comma, della Costituzione. La Corte ha ritenuto la prima questione non fondata, per l'erroneità del presupposto interpretativo da cui le ordinanze hanno argomentato, affermando che l'ambito di operatività dell'Amministrazione di sostegno potesse coincidere con quelli dell'interdizione o dell'inabilitazione. I Giudici delle leggi hanno ricordato che l'articolo 1 della legge n. 6 del 2004 attribuisce all'Amministrazione di sostegno «la finalità

di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente», che l'articolo 404 cc, nel testo modificato da tale legge, precisa che «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, nominato dal giudice tutelare», che l'articolo 414 cc, nel testo modificato dalla legge citata, dispone che il maggiore di età e il minore emancipato affetti da abituale infermità di mente, che li renda incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti «quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione» e che l'articolo 415 cc prevede l'inabilitazione per una serie di soggetti il cui stato non sia «talmente grave da far luogo all'interdizione». Pertanto, si afferma nella pronuncia, la complessiva disciplina inserita dalla legge n. 6 del 2004 sulle preesistenti norme del codice civile affida al giudice il compito di individuare l'istituto che, da un lato, garantisca all'incapace la tutela più adeguata alla fattispecie e, dall'altro, limiti nella minore misura possibile la sua capacità; la stessa disciplina consente, ove la scelta cada sull'Amministrazione di sostegno, che l'ambito dei poteri dell'Amministratore sia puntualmente correlato alle caratteristiche del caso concreto. Solo se non ravvisi interventi di sostegno idonei ad assicurare all'incapace siffatta protezione, il giudice può ricorrere alle ben più invasive misure dell'inabilitazione e dell'interdizione, che attribuiscono uno *status* di incapacità, estesa per l'inabilitato agli atti di straordinaria amministrazione e per l'interdetto anche a quelli di amministrazione ordinaria. Dunque, in una disciplina graduale, elastica, armonica e priva di frizioni tra le sue specifiche norme e finalità.

Quanto alla seconda questione, la sua infondatezza è stata accertata su una constatazione in fatti: È ben vero che – poiché il giudice tutelare verifica in piena autonomia la sussistenza dei presupposti dell'Amministrazione di sostegno, e altrettanto fa il Tribunale per i presupposti dell'interdizione e dell'inabilitazione – può accadere che l'uno decida di non attivare l'Amministrazione di sostegno e l'altro di non dichiarare l'interdizione o l'inabilitazione. Ma erroneamente le ordinanze ritengono che nel sistema di cui alle norme impugnate manchino meccanismi processuali di composizione di siffatti eventuali conflitti. In primo luogo, i provvedimenti di entrambi gli organi sono impugnabili, rispettivamente con

7. S. Trentanovi, *Amministrazione di sostegno. Schema di una lettura attualizzata*, reperibile all'indirizzo www.personaedanno.it/articolo/amministrazione-di-sostegno-schema-di-una-lettura-attualizzata--sergio-trentanovi.

il reclamo contro i decreto del giudice tutelare (articolo 720-*bis* cpc, aggiunto dall'articolo 17 della legge n. 6 del 2004) e con l'appello contro la sentenza del Tribunale. Il meccanismo dell'impugnazione costituisce quindi la sede naturale per la soluzione dei paventati contrasti. In secondo luogo le norme impugnate prevedono strumenti di raccordo tra il procedimento di Amministrazione di sostegno e quelli di interdizione o inabilitazione, in forza dei quali – ove tra giudice tutelare e Tribunale sorgano conflitti sulla maggiore idoneità dell'uno o dell'altro istituto ai fini della più adeguata protezione dell'incapace – questi non rimane comunque privo di tutela. In particolare, l'articolo 413, comma 4, cc dispone che il giudice tutelare – se, nel dichiarare la cessazione dell'Amministrazione di sostegno rivela inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario, ritenga debba invece promuoversi giudizio di interdizione o inabilitazione – «ne informa il pubblico ministero, affinché vi provveda»; in tal caso l'Amministrazione di sostegno cessa con la nomina del tutore o curatore provvisorio o con la dichiarazione di interdizione o inabilitazione. E l'articolo 418, comma 3, cc prevede a sua volta che il Tribunale – se nel corso del giudizio di interdizione o inabilitazione ravvisi l'opportunità di applicare l'Amministrazione di sostegno – dispone la «trasmissione del procedimento» al giudice tutelare, adottando se del caso i provvedimenti urgenti di cui al quarto comma dell'articolo 405, fra i quali rientra la nomina dell'Amministratore di sostegno provvisorio. Il Tribunale, quindi, non si limita ad investire il giudice tutelare perché provveda all'apertura del procedimento di Amministrazione di sostegno, ma lo apre direttamente esso stesso, sulla base di una valutazione di iniziale idoneità della misura, eventualmente accompagnata dalla nomina dell'Amministratore provvisorio. Pertanto il giudice tutelare cui il procedimento sia stato trasmesso, ove consideri che l'Amministrazione di sostegno si sia rivelata inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario, ben può applicare il citato quarto comma dell'articolo 413 e dichiararla cessata. E se – come in uno dei casi in esame – ritenga si debba ricorrere invece all'interdizione (o inabilitazione), non deve fare altro che informare il pubblico ministero. Nella stessa prospettiva si muove anche l'articolo 429, comma 3, cc secondo il quale, se nel giudizio per la revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione appare opportuno che, dopo la revoca, il soggetto sia assistito dall'Amministratore di sostegno, il Tribunale dispone la trasmissione degli atti al giudice tutelare.

Dunque, secondo la Corte, sussiste un sistema fluido di comunicazione tra giudice tutelare e Tribunale, e di piena osmosi tra istituti, nell'ottica della continuità della protezione, e della migliore scelta della stessa in relazione alle caratteristiche della persona, alle sue esigenze, ed alla finalità della norma.

Sebbene ciò appaia normativamente innegabile, va tuttavia auspicato che, all'opzione di cultura giuridica e sociale che presiede alla preferenza che oggi si dà allo strumento dell'Amministrazione di sostegno, pur in assenza di una esplicita abrogazione dalle altre misure di protezione più invasive, corrisponda un futuro intervento del legislatore che affermi con maggiore chiarezza la necessità di abbandonare tali ultime forme di protezione, in quanto non più corrispondenti alla sensibilità giuridica dei nostri tempi, e ad un nuovo e generale approccio culturale al sistema della protezione delle persone.

4. I principi delle Convenzioni internazionali e l'Ordinamento italiano. L'abrogazione “*de facto*” dell'istituto della interdizione

Come si è visto precedentemente, si è osservato in dottrina⁸, che, ancora prima della entrata in vigore della Convenzione di New York, fosse ipotizzabile una sostanziale abrogazione di fatto dell'interdizione e dell'inabilitazione, proprio in conseguenza di una corretta interpretazione funzionale della legge istitutiva dell'Amministrazione di sostegno, alla luce dei principi costituzionali di cui agli articoli 2-3 della Costituzione e del principio di sussidiarietà strumentale. Tale interpretazione abrogativa, secondo i medesimi osservatori, è divenuta cogente anche in conseguenza della entrata in vigore nell'Ordinamento italiano della «Convenzione Onu sul diritto delle persone con disabilità» (Convenzione di New York), ratificata con legge n. 18 del 3/3/2009.

La Convenzione di New York vieta il ricorso a misure di annullamento o di compromissione permanente, e non periodicamente ed immediatamente rivedibile, della capacità di agire⁹; dagli stessi principi costituzionali, potrebbe dunque derivare la necessità di immediata lettura direttamente applicativa della capacità di agire quale diritto inviolabile dell'uomo, una interpretazione resa oggettivamente possibile ai sensi degli articoli 2-3-10 della Costituzione, che assicurano “riconoscimento e garanzia” dei diritti invio-

8. S. Trentanovi, *cit.*

9. Va sottolineato che il concetto di “capacità legale” della Convenzione di New York e quello di “capacità di agire”, di cui all'art. 2 del cc, sono pienamente equivalenti.

labili dell'uomo, tra cui ormai non può non rientrare la capacità di agire (chiamata nella Convenzione Onu "capacità legale").

La stessa Convenzione, è bene ricordare, in base alla lettera dell'articolo 12, comma 1, stabilisce che: «*gli Stati Parti riaffermano che le persone con disabilità hanno il diritto di essere riconosciute ovunque quali persone di fronte alla legge*] e che «*gli Stati Parti dovranno riconoscere che le persone con disabilità godono della capacità legale sulla base di eguaglianza rispetto agli altri in tutti gli aspetti della vita*». Sembra dunque alquanto critica la possibile compatibilità delle disposizioni della Convenzione di New York sui diritti delle persone con disabilità rispetto a quelle relative alla persona sottoposta a tutela rimaste nel codice civile, che sembrerebbero permettere ancora, seppur in limiti residuali, in base alla stessa legge n. 6/2004, forme di invasione della libertà quali l'interdizione e la inabilitazione. Tale considerazione è resa più evidente dalla specifica enucleazione dei principi della Convenzione di New York, che in sintesi possono essere così declinati: 1) *divieto di ogni discriminazione* (art. 3 lettera b) e conseguente principio di "inclusione", base di tutta la Convenzione¹⁰; 2) *principio di inclusione* (art. 3 lettera c) e riconoscimento della dignità di ogni persona nonché rispetto delle scelte individuali, delle pari opportunità e dell'eguaglianza con il conseguente riconoscimento delle uguali capacità legale e capacità di agire per tutte le persone con disabilità (cfr. in particolare art. 12). Sotto tale profilo, la Convenzione prevede specificamente che ogni Stato debba assicurare che tutte le misure di protezione adottate siano «*proporzionate e adatte alle condizioni della persona*»; nonché che «*vengano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte dell'organo giudiziario*», e ciò in evidente applicazione dei principi di temporaneità, proporzionalità, flessibilità, modificabilità, integrabilità, revocabilità e periodica rivedibilità; proprio sulla scorta di tali considerazioni, appare evidente il diretto contrasto delle norme della Convenzione con le caratteristiche di rigidità, non modulabilità, indefinita permanenza nel tempo e non rivedibilità periodica dell'interdizione, ed invece la piena conformità alle disposizioni della Convenzione delle misure adottabili con i provvedimenti del giudice tutelare emessi nel corso della fase gestoria dell'Amministrazione di sostegno, e del "progetto di sostegno".

In conclusione, risulta di tutta evidenza l'aderenza dello strumento dell'Amministrazione di sostegno alle logiche ed alla ispirazione socio-culturale della Convenzione di New York, anche se quest'ultima inserisce tutta una serie ulteriore di diritti e di doveri che rafforzano la tipologia di "protezione attiva e condivisa" come prevista dalla legge n. 6/2004. Dunque, alla luce di quanto esposto, pare operazione giuridicamente complessa quella di negare la tesi di chi sostiene l'abrogazione per incompatibilità dell'intero istituto dell'interdizione, almeno nei limiti di procedimenti non ancora definiti; lo Stato italiano si è impegnato, con formulazione che permette l'immediata applicazione della disposizione all'atto della ratifica, «*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*», e da questa dichiarazione di principio, a cui conseguono specifici obblighi, pare potersi effettivamente ritenere che forme di protezione differenti da quella elastica e modulabile dell'Amministrazione di sostegno, non siano più rispettose dei principi di diritto a cui lo Stato ha deciso di uniformare la materia della protezione degli incapaci.

La conseguenza pratica di tali considerazioni è quella per cui, all'attualità, ogni giudice potrebbe percorrere la legittima scelta di merito di considerare non più applicabili, almeno per i "nuovi" procedimenti le previsioni normative nei limiti in cui ancora permettono il ricorso all'interdizione, ritenendole in contrasto con normative successive vincolanti ed abroganti, per totale incompatibilità, e ciò ai sensi dell'articolo 15 preleggi. Si è osservato allora che, possa anche considerarsi una sorta di "accomodamento ragionevole" la diretta applicazione dell'abrogazione dell'interdizione per incompatibilità sopravvenuta e diretto contrasto con i principi costituzionali di cui agli articoli 2 e 3 della Costituzione, almeno per i procedimenti di protezione futuri e per quelli in corso di interdizione, e tanto è ciò che avviene in numerosi uffici giudiziari, ove, ormai, i pochi ricorsi per interdizione ancora iscritti a ruolo, non hanno più esito favorevole, essendosi ormai consolidata la prassi di un sostanziale abbandono di tale istituto, se non per le procedure pendenti da molto tempo. Il mantenimento, fino ad un auspicabile nuovo intervento normativo da parte dello Stato, delle tutele e delle curatele in

10. Questo divieto si specifica all'art. 4, in particolare, negli impegni: a) ad adottare tutte le misure appropriate, legislative amministrative ed altre misure per realizzare i diritti riconosciuti dalla presente Convenzione; b) ad adottare tutte le misure appropriate, compresa la legislazione, per modificare o abrogare qualsiasi legge esistente, regolamento, uso e pratica che costituisca discriminazione nei confronti di persone con disabilità; 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; e) ad adottare tutte le misure appropriate per eliminare la discriminazione sulla base della disabilità da parte di ogni persona organizzazione o impresa privata.

corso, senza necessariamente ritenere d'ufficio la loro "conversione" in amministrazione di sostegno, può, appunto, ritenersi, nell'ottica indicata, un "accomodamento ragionevole" tra il permanere delle norme su interdizione ed inabilitazione e la nuova sensibilità sociale e giuridica sulla intera materia della protezione degli incapaci. La eventuale conversione di tali procedure in Amministrazione di sostegno, dovrà invece passare per il necessario percorso del ricorso per revoca con contestuale apertura della nuova procedura dinanzi al giudice tutelare.

Le prassi di alcuni uffici giudiziari suggeriscono, in un proficuo dialogo tra giudice tutelare ed ufficio del pubblico ministero, la possibilità che sia quest'ultimo ad attivarsi per la richiesta di revoca della interdizione e della inabilitazione, esercitando in modo appropriato i propri poteri sulla scorta del principio di sussidiarietà, rispetto alle "gerarchie di prossimità" previste dall'articolo 417, comma 1, cc.

Infine, va ricordato come l'articolo 3 della legge 18/2009 (legge di ratifica della Convenzione di New York) prevede l'istituzione dell'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità, con «*il compito di predisporre un programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità, in attuazione della legislazione nazionale ed internazionale*». Con dm n. 167/2010 l'Osservatorio è stato di fatto costituito presso il Ministero del Lavoro e politiche sociali, e con il dPR 4/10/2013 (pubblicato su Gu 28/12/2013) è stato adottato il primo programma di azione biennale, le cui disposizioni costituiscono quanto meno, anche per il giudice, argomenti utili per rafforzare ed "attualizzare", alla luce dell'evoluzione di tutto il sistema normativo, l'interpretazione direttamente abrogante delle disposizioni relative alla possibilità di dichiarare nuove interdizioni, sollecitando il legislatore a prevedere l'eventuale abrogazione dell'interdizione e dell'inabilitazione, mantenendo come sola misura di protezione giuridica, variamente modulabile, l'Amministrazione di sostegno, rafforzata in alcuni aspetti oggi del tutto annullati delle due più vecchie figure giuridiche. Il decreto citato prevede, nello specifico, sette linee di intervento per attuare concretamente gli impegni internazionalmente assunti dallo Stato italiano – e anche dall'Ue (che ha, a sua volta ratificato la Convenzione Onu il 23 ottobre 2010). Esse riguardano: a) il sistema di accesso e riconoscimento delle condizioni di disabilità; b) il lavoro e l'occupazione; c) le politiche e i servizi per la vita indipendente e l'inclusione; d) la promozione ed attuazione di accessibilità e mobilità; e) i processi for-

mativi e l'inclusione scolastica; f) la salute, il diritto alla vita, abitazione e riabilitazione; g) cooperazione internazionale.

Una complessiva lettura di tutte tali linee di intervento, offre una chiara dimensione di quale sia la direzione attuale della protezione giuridica dell'incapace, e quale la, cultura sociale che la contraddistingue e che le dà identità sostanziale, ragione per cui, può affermarsi che all'attualità, dopo la ratifica in Italia della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, l'unica vera misura idonea, nell'ordinamento italiano, a dare dignità alla persona con disabilità, proteggendola, ma al tempo stesso sostenendone le autonomie con i soli interventi strettamente necessari, è l'Amministrazione di sostegno. Viget dunque un principio ormai consolidato, secondo cui, con l'amministrazione di sostegno, viceversa, oltre ad ampliarsi il novero delle persone protette, si evidenzia la necessità di valutare sempre concretamente le situazioni vissute dalle singole persone con disabilità, individuando, caso per caso, quali autonomie le stesse hanno e di quali specifici sostegni ed interventi necessitano, individuando, laddove necessario, una figura che le affianchi, senza che i poteri di quest'ultima siano predeterminati dal codice civile. Ciò ha portato soprattutto ad una nuova visione giuridica, della protezione delle persone con disabilità da attuarsi e garantirsi non attraverso interventi di progressiva privazione della possibilità di porre atti giuridici, ma con l'individuazione, dopo concreta valutazione dell'autorità giudiziaria, di congrui ed idonei poteri di intervento dell'Amministrazione di sostegno a fianco della persona con disabilità per le sole e singole fattispecie per le quali la stessa è ritenuta in tutto o in parte non autonoma e necessitante, appunto, di sostegno¹¹. In sostanza, a differenza dell'interdizione e della inabilitazione, la protezione della persona non transita più attraverso la privazione dei suoi poteri, ma attraverso uno specifico supporto affinché la stessa sia sostenuta, in maniera mirata e con la minor limitazione possibile della sua sfera di azione, nell'esercizio dei suoi diritti e doveri, nell'ottica del rispetto della dignità umana e della salvaguardia delle sue potenzialità residuali. Da ciò discende anche l'assoluta importanza di considerare sempre i bisogni e i desideri espressi dalle persone con disabilità, anche se gravissima, in quanto persone che hanno il diritto, nell'ambito della loro protezione, di essere sentite, considerate e rese fulcro dell'intervento. Tale attenzione, sicuramente prevista sia al momento dell'attivazione dell'Amministrazione di sostegno che nel corso della stessa, sulla base dell'articolo 409 cc, è del tutto esclusa nel-

11. Ed infatti, l'art. 409 cc stabilisce proprio che il beneficiario conservi la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore.

le procedure di interdizione e di inabilitazione, che pertanto vanno considerate ormai anacronistiche e totalmente confliggenti con tale impostazione culturale soprattutto laddove si prevede che le misure da adottare sono finalizzate a garantire l'esercizio della capacità giuridica e rispettino i diritti, le volontà e le preferenze della persona.

Quanto al contenuto specifico del DPR esaminato, deve evidenziarsi come alcune delle azioni ivi previste, e specificamente quelle previste dai punti 1-2-3, sono direttamente rivolte al Ministero della giustizia, al Consiglio superiore della magistratura, alla Scuola superiore della magistratura e riguardano le modalità di formazione multidisciplinare dei magistrati e di tutti i soggetti diversamente coinvolti nella problematica della disabilità e dell'Amministrazione di sostegno. Nello specifico; a) *al Ministero della giustizia* si chiede di assicurare omogenea applicazione dell'attuale normativa sull'Amministrazione di sostegno per tutto il territorio italiano vigilando soprattutto sul rispetto dei tempi di emissione del decreto di nomina e sull'assegnazione di adeguate risorse umane (giudici, operatori di cancelleria) e tecnologiche alle Sezioni della volontaria giurisdizione; b) *al Consiglio superiore della magistratura* si chiede di implementare, anche attraverso la Scuola superiore della magistratura, formazione *ad hoc* per magistrati, non soltanto per le procedure di emissione del decreto di nomina dell'Amministratore di sostegno, ma anche per tutto il controllo giurisdizionale e le modifiche da porre in essere in corso di amministrazione. A tal proposito, può essere utile dotare i giudici della Volontaria giurisdizione anche di alcune nozioni in merito alle relazioni giuridiche ed amministrative che le persone con disabilità si trovano quotidianamente a dover vivere, ma soprattutto di come interagire rispetto ai vari attori del progetto individuale che la persona con disabilità può richiedere ai sensi dell'articolo 14 legge n. 328/00.

5. Il Giudice della Persona e la gestione dell'Amministrazione di sostegno. Il tema del consenso

Per un quadro generale e sintetico di valutazione, occorre fare riferimento ad alcune linee "interpretative" minimali genericamente elaborate nella giurisprudenza dei Giudici tutelari, chiamati nel concreto

a dare corpo e vita alle norme sull'Amministrazione di sostegno, nel tentativo di prestare fedeltà assoluta alla impostazione giuridica e culturale che ha animato il legislatore del 2004.

E così, ad esempio, venendo allo specifico tema della prestazione del consenso a trattamenti, terapie, interventi che si inseriscano a pieno titolo nel concetto di "cura della persona" (sotto lo stretto profilo sanitario e clinico), va ricordato che la legge non prevede una più o meno generica "rappresentanza di volontà" del paziente che non sia in grado di esprimere il suo consenso a terapie invasive direttamente da parte di familiari prossimi o dai sanitari responsabili della terapia; per l'espressione di tale consenso (o dissenso) alla terapia o all'intervento da parte di persona che non sia in grado di esprimerlo, occorre, prevedere l'intervento di un "rappresentante", che (quantomeno in via sussidiaria rispetto ad indicazioni o volontà precedentemente espresse dal "beneficiario", comunque da "attualizzare" - art. 408 cc), nel nostro ordinamento non può che essere proprio l'Amministratore di sostegno, dotato di idoneo decreto di investitura ex articolo 405 cc, che preveda, tra le facoltà ed i poteri a lui attribuiti, anche lo specifico tema del consenso informato. È pertanto necessario il preventivo intervento del giudice tutelare per fornire la persona non più in grado di esprimere le sue indicazioni ed il suo consenso al trattamento sanitario, di un valido rappresentante che possa neutralizzare le conseguenze pregiudizievoli di tale sua incapacità, nell'ottica esclusiva della cura della persona¹². È opportuno aggiungere, almeno in relazione alle possibili "conseguenze" o ai postumi invalidanti dell'intervento, che può porsi comunque il problema della necessità della nomina (meglio se anticipata adeguatamente rispetto ad un intervento prossimo e prevedibile) di amministratore di sostegno per organizzare, attorno, con ed accanto al beneficiario, l'eventuale più ampio "progetto di sostegno" utile a sostenere la persona sofferente ed a superare o ridurre le conseguenze di una sua carenza di autonomia¹³, anche dopo l'intervento. L'opportunità del progetto di sostegno anticipato, resta sempre la opzione preferibile, non solo per le tempistiche collegate alla presentazione del ricorso ed al periodo necessario al giudice tutelare per "l'istruttoria" di cui all'articolo 407 cc, ma anche perché consente di attuare, in ogni momento della vita, la volontà esplicita, genuina ed inequivoca del beneficiario.

Nei casi di urgenza, la presentazione del ricorso, eventualmente con richiesta di provvedimento imme-

12. È bene ricordare che l'«unica ipotesi di intervento necessario e, in via generale, legittimato a prescindere dall'espressione del consenso, è dunque quella della "situazione d'urgenza", che legittima il "procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata" (art. 8 Conv. di Oviedo).

13. Articoli 1, legge n. 6/2004, 404, 406, comma 3, cc.

diato e temporaneo, potrebbe comunque legittimare, in caso di risposta non adeguatamente tempestiva del giudice tutelare, l'intervento richiesto, realizzato quando il beneficiario non è in grado di esprimere il proprio consenso. Tuttavia, il provvedimento del giudice tutelare o la volontà dell'Amministratore di sostegno, mai potranno sostituirsi, nella "cura della persona", alla volontà del beneficiario stesso, ove risulti ovviamente non viziata dalla patologia in atto o da altra patologia di natura psichica, che incida sulla capacità di giudizio e discernimento: se, ad esempio, questi esprimerà una volontà contraria (o abbia chiaramente espresso – se possibile in un documento scritto e firmato) all'effettuazione di una terapia particolare e se questa volontà non risulti (art. 407, comma 5, codice civile) viziata da una impossibilità o inadeguatezza di comprensione e volontà, la terapia stessa, pur se adeguata, idonea e a rischio ridotto o proporzionato, non potrà essere effettuata, per lo stesso principio di libertà desumibile dal secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione. Nulla, tuttavia, esclude che l'Amministratore di sostegno possa tentare una corretta opera di informazione e perfino di ragionevole convincimento per indurre il beneficiario a superare paure o titubanze oggettivamente ingiustificate, e dunque a modificare le sue determinazioni, ma va categoricamente escluso che il provvedimento del giudice tutelare o la decisione dell'Amministratore di sostegno possano scavalcare una permanente, libera e non viziata espressione di volontà contraria da parte del beneficiario, realizzando così un sostanziale trattamento sanitario obbligatorio in casi in cui non è imposto dalla legge.

In tema di espressione del consenso ai trattamenti sanitari, l'argomento di maggiore attualità ed interesse è quello del superamento della volontà del beneficiario, ove la stessa, pur apparentemente contraria alla effettuazione dell'intervento o terapia, sia viziata o dalla patologia specifica in atto, o da pregresse e croniche situazioni di *deficit* di capacità critiche e di giudizio e dunque di sana possibilità di autodeterminazione utilmente orientata; una volta accertata tale ipotesi, e dunque acclarato che sussiste una condizione patologica direttamente incidente sulle possibilità di comprensione e/o volizione, e dunque una manifestazione di dissenso di fatto malata e non conforme al generale principio di cura della persona, il familiare, il convivente e, se non già legittimato da precedente provvedimento, l'Amministratore di sostegno, ma anche i responsabili dei servizi impegnati nella cura/assistenza (art. 406 cc) potranno ricorrere al giudice tutelare perché "adotti", con decreto motivato, gli opportuni provvedimenti, anche "in via d'urgenza e provvisoria" come previsto dall'articolo 405, comma 4, cc. Il Giudice della Persona potrà nello specifico autorizzare, anche in via provvisoria ed ur-

gente, l'Amministratore di sostegno a rappresentare la volontà del beneficiario o a disporre in luogo del beneficiario nel suo esclusivo interesse (principio del "diretto benefico"), anche manifestando una volontà contraria alla sua, ma giuridicamente efficace rispetto a quest'ultima in quanto pienamente sostitutiva.

6. Il solidarismo sociale ed il ruolo dei responsabili dei servizi socio sanitari

L'articolo 406, comma 3, codice civile, prevede una legittimazione attiva a proporre il ricorso anche in capo ai «*responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura ed assistenza della persona*». La legge non distingue tra servizi sanitari e sociali pubblici e privati tenuti a proporre il ricorso, nella concorrenza delle previste condizioni, e la legittimazione sicuramente non è appannaggio esclusivo dei soggetti di vertice delle strutture di cura ed assistenza. Va aggiunto che, nella normativa sanitaria, il concetto stesso di responsabile non sembra espressivo di un concetto verticistico o apicale dell'organizzazione ma solo di una posizione di responsabilità riguardo a una persona (o ad un gruppo di persone) affidata ad un progetto terapeutico o di assistenza dallo stesso direttamente impostato, diretto, seguito o coordinato, in situazione normalmente non episodica e, tendenzialmente, caratterizzata da significativa continuità. Va anche evidenziato che, così come la norma dell'articolo 406, comma 3, cc non distingue tra pubblico e privato (in una concezione solidaristica finalizzata all'esito dell'intervento e in cui il rapporto privato-pubblico viene anch'esso inserito in una logica di sussidiarietà), così non si distingue tra servizio svolto in regime di autonomia, di dipendenza o di convenzione.

Il medico di medicina generale (MMG: medico di famiglia) partecipa all'assistenza sanitaria pubblica senza esser strutturato nell'organizzazione aziendale, ed è uno strumento essenziale dell'organizzazione sanitaria pubblica, cui contribuisce assicurando certezza di tutela sanitaria, pur realizzandosi attraverso di lui un servizio sul territorio flessibile ed adottabile alle esigenze mutevoli della collettività. Ha, tra l'altro, possibilità di erogare e far erogare, promuovendo la cooperazione delle strutture di zona, interventi specifici a favore delle persone anziane e delle persone comunque "disabili", in sede domiciliare e nelle residenze protette, può interagire con le strutture ospedaliere e servizi specifici pubblici e convenzionati prevedendo o prescrivendo ricoveri e accertamenti. Nell'ambito del servizio "strutturato" pubblico o privato (es. ospedaliero), il responsabile del servizio, e dunque il legittimato alla proposizio-

ne del ricorso per Amministrazione di sostegno, va indicato in concreto in colui che ha responsabilità di indirizzo della terapia o della assistenza specifica richiesta al servizio a favore di uno o più beneficiari, coordinando eventualmente l'attività di terze persone diversamente qualificate (medici, operatori sanitari, assistenti sociali, psicologi) unicamente incaricate di singole attività o atti esecutivi del servizio sulla base di programma da essi non dipendente.

Quanto all'obbligo giuridico che l'articolo 406, comma 3, cc pone a carico dei responsabili del Servizio sanitario e sociale direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona, esso va inquadrato nell'impostazione solidaristica della normativa, che prevede, in adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale che, in via sussidiaria rispetto all'intervento o alla richiesta della persona interessata, e in mancanza di intervento adeguato dei componenti la famiglia, gravi su coloro che seguono dal punto di vista terapeutico o sociale la persona in disagio. L'intervento è finalizzato a mettere in condizione il disabile di superare o comunque ridurre o non aggravare le limitazioni conseguenti a infermità o menomazioni. Ciò è possibile, almeno tendenzialmente e culturalmente, utilizzando l'Amministrazione di sostegno e, in conseguenza, promuovendo il ricorso per la nomina di un Amministratore di sostegno.

La norma, tuttavia, lascia intravedere la permanenza di una discrezionalità valutativa da parte dei responsabili dei Servizi in relazione alle condizioni del beneficiario: in particolare, tali soggetti saranno chiamati ad accertare la esistenza o meno di una rete privata e di un adeguato progetto condiviso di sostegno, anche non abbinabile a una validazione per effetto di un provvedimento del giudice tutelare, cui partecipi il beneficiario come oggetto di cura, assistenza ed accudimento, assieme ai familiari, al volontariato ed agli stessi Servizi socio-sanitari. Solo in mancanza di esso, o in caso di sua ritenuta inadeguatezza i responsabili dei Servizi di cura ed assistenza "sono tenuti" a proporre al giudice tutelare il ricorso.

Sempre nella logica della sussidiarietà e del principio di responsabilità, sotto tale profilo va stigmatizzata la prassi per cui, tali soggetti, anziché ricorrere *in primis* al giudice tutelare optino per la scelta più semplice e deresponsabilizzate, di "fornire notizie" della necessità di ricorso per Amministrazione di sostegno al pubblico ministero, scelta che non si giustifica soprattutto nell'ottica della necessaria rapidità del procedimento. Ed infatti, il pubblico ministero, a fronte "dell'informativa", normalmente, potrà: richiedere opportuni approfondimenti agli stessi o ad altri responsabili socio-sanitari (che nel percorso solidaristico di sostegno dovrebbero concorrere alla progettualità); ricorrere a consulenti esterni, oppure ricorrere egli stesso al giudice tutelare, facendo "tra-

smigrare" in modo acritico la segnalazione dei Servizi sanitari, che diventerebbe il contenuto medesimo del ricorso del soggetto pubblico.

7. Cenni sulla difesa tecnica nel procedimento di Amministrazione di sostegno

Quello della necessità o meno, (*rectius*, della opportunità) della difesa tecnica è un problema dibattuto nella prassi.

Punto di partenza per ogni valutazione è la constatazione per cui il procedimento di Amministrazione di sostegno è ispirato alla massima semplificazione e alla non onerosità. La struttura del procedimento è deformalizzata e semplificata, improntandosi a principi di massima rapidità, semplificazione, non onerosità, sburocratizzazione, elasticità, e servizio alla persona, tutti ricavabili dal complesso delle disposizioni procedurali, dalla funzione sostanziale dell'istituto, ed espressione di principi di valenza costituzionale (artt. 2-3 Cost.), atteso che lo stesso è volto ad espandere, e mai a comprimere le potenzialità e le capacità del beneficiario.

Ciò posto, l'esigenza pratica nella gestione della procedura, è senza dubbio quella di non creare in via interpretativa difficoltà ed ostacoli formali ed economici all'utilizzo di questo strumento; sotto tale aspetto, è utile ricordare che nessuna corretta interpretazione della legge n. 6/2004 prevede la necessità che il ricorso venga presentato attraverso un procuratore o con il ministero di un avvocato; ciò significa, in altri termini che non è vietata, anzi risultando talvolta utile, l'assistenza di un tecnico (*in primis* di un avvocato) "partecipe", che possa redigere il ricorso valorizzando le possibilità di un progetto di sostegno adeguato e condiviso, ma non è invece possibile mutuare dalle questioni e dalle soluzioni offerte dalla giurisprudenza in relazione al procedimento di interdizione la logica di una risposta a favore dell'obbligatorietà della difesa tecnica. Tale considerazione si basa su una serie di osservazioni di natura sostanziale e processuale, che possono così essere sintetizzate: in primo luogo, deve osservarsi che il procedimento per Amministrazione di sostegno è instaurato con ricorso al giudice tutelare, e che nessun ricorso promosso dinanzi a tale figura va necessariamente presentato a mezzo di difesa tecnica, ed ancora, va ricordato che il procedimento non ha natura contenziosa, a differenza di quello di interdizione, perché realizza lo scopo fondamentale della legge n. 6/2004, che non è affatto quello di vietare, interdire, dichiarare incapaci di provvedere ai propri interessi (articolo 414 cc), ma, all'opposto, lo scopo è quello di «tutelare, con la minor limitazione possibile della capacità di agire, le

persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'esercizio delle funzioni della vita quotidiana mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente» (art. 1 legge n. 6/2004), ragione per cui non esistono, in astratto, posizioni processuali configgenti tra loro tali da far ritenere sussistente la natura contenziosa del procedimento. Anche quando il giudice tutelare adotti, nel contesto del decreto, provvedimenti "limitanti" della capacità di agire del beneficiario ex articolo 411, comma 3, cc, essi sono giuridicamente e culturalmente funzionali non a "vietarne" a tempo indeterminato l'esercizio, ma a recuperare – anche attraverso la rappresentanza gestionale, tendenzialmente sempre provvisoria, per atti giuridici – le più ampie possibilità esistenziali e di espressione e realizzazione delle aspirazioni e dei bisogni della persona. Ma vi è di più. Il procedimento è destinato a concludersi con un decreto che per natura è revocabile, modificabile, o integrabile, tanto su istanza di parte che d'ufficio, e non certo con sentenza definitiva, e tanto perché il decreto si conforma costantemente, adattandosi, alla evoluzione della condizione umana, sociale, personale e patrimoniale del beneficiario, al modificarsi delle sue esigenze e necessità, in un progetto di sostegno esistenziale, che ne rappresenta sempre l'oggetto e la funzione. Inoltre, la promozione del ricorso da parte dei "responsabili dei servizi sociali e sanitari" di cui all'articolo 406, comma 3, cc, è sostanzialmente inconciliabile con la tesi per cui sarebbe necessario un difensore tecnico per presentare il ricorso. Infine, la previsione processuale di rilevanti poteri "ufficiosi" di intervento del giudice tutelare, che vanno dalla modifica o integrazione delle decisioni assunte con il decreto (408, comma 4, cc), alla dichiarazione di cessazione per sopravvenuta inidoneità dell'Amministrazione di sostegno (413, comma 4, cc), alla proroga del termine dell'Amministrazione di sostegno (405, comma 6, cc), sino all'adozione di provvedimenti d'urgenza (art. 405, comma 4, cc) anche prima dell'asscolto del beneficiario, contrasta insanabilmente con l'obbligatorietà della difesa tecnica, evidenziando come l'Ufficio del Giudice, proprio per l'assenza del carattere contraddittorio del giudizio, e in relazione alle sue specifiche finalità, rappresenta *ex se* la maggiore tutela degli interessi del beneficiario, senza costringere gli attori ed i protagonisti del procedimento a forme di rappresentanza processuale. Da ultimo va sottolineata la previsione per cui il ricorso per Amministrazione di sostegno può essere "presentato anche dal beneficiario direttamente"; è incontestabile che

l'espressione direttamente equivale a personalmente, e dunque senza ausilio di difesa tecnica¹⁴.

Ciò detto, se queste sono le finalità e le caratteristiche proprie dell'istituto, in ossequio ad una evidente rivoluzione giuridico-culturale in materia di tutela dell'incapace, non sembra avere alcuna rilevanza contraria il richiamo procedimentale dell'articolo 720 *bis* cpc all'applicabilità degli articoli 712 - 713 - 716, che è espressamente limitato dalla clausola di riserva «*in quanto compatibili*», clausola che dunque rende incompatibili le disposizioni che obbligano alla difesa tecnica.

Sulla base di tali considerazioni, deve dunque constatarsi l'assoluta incompatibilità del *modus operandi* culturalmente e giuridicamente rivoluzionario dell'Amministrazione di sostegno (che mira ad affiancare il beneficiario sotto il profilo delle possibilità di agire e non ad annullarlo nelle sue relazioni economico-giuridiche con un giudizio totalizzante di incapacità di agire) con la previsione dell'obbligo di difesa tecnica per il ricorrente. La progettualità esistenziale, che è il vero oggetto della rivoluzione culturale in materia di Amministrazione di sostegno, resta garantita dalla figura e dalla professionalità del Giudice della Persona il quale, nel garantire nel corso del procedimento, una "progettualità condivisa" in favore del beneficiario, ne tutela la dignità e la qualità della vita, tanto nella fase processuale istruttoria, quanto nella lunga gestione della procedura, successiva alla sua apertura, in cui i poteri officiosi del giudice tutelare non hanno la funzione di predisporre soluzione alcuna a controversie a parti contrapposte (abbisognevole di difesa tecnica), ma raggiungono lo scopo di modulare lo strumento di tutela alle modificate e fluttuanti esigenze e condizioni di vita del beneficiario.

Conclusioni

La legge sull'Amministrazione di sostegno ha imposto un progressivo e radicale aggiornamento culturale ed umano, a carattere necessariamente interdisciplinare, fondamentale per superare la stretta e limitante "logica delle competenze" professionali e settoriali, delle conoscenze separate e degli ambiti operativi distinti, in favore di una visione globale della persona destinataria di questa speciale forma di tutela. È dunque necessario che tutti i soggetti protagonisti di questa procedimento, in tutte le sue fasi, e sin dal momento in cui la vita del beneficiario entra

14. La dottrina ha ritenuto non corretto contestare tale ultima affermazione con l'osservazione secondo cui la delicatezza del procedimento, incidente sullo *status* della persona, esigerebbe un difensore tecnico. Si è rilevato, infatti, che tale osservazione potrebbe avere un qualche senso solo se nel sistema fosse prevista, almeno per il procedimento "contenzioso" di interdizione, una difesa d'ufficio "necessaria" per l'interdicendo.

nella cognizione del giudice tutelare, si ispirino a modelli di interazione ed integrazione solidaristica, ritenuta sussidiariamente necessaria per “condividere”, a fianco del beneficiario, un progetto “minimale” di sostegno che superi o riduca le disuguaglianze e gli ostacoli indotti dalla fragilità, in ossequio ai principi costituzionali scolpiti negli articoli 2 e 3.

La rivoluzione giuridico-culturale che l’istituto ha portato in sé, con un sostanziale e forte capovolgimento giuridico della impostazione concettuale che presiede alle forme di tutela degli incapaci, si è rivelata una sfida quotidiana per la professionalità del giudice tutelare, identificato sempre più come Giudice della Persona, e chiamato, nella molteplicità delle sue funzioni, ad essere arbitro e coordinatore di un sistema fluido che richiede altrettanto specifiche dinamiche di approccio per garantirne l’utilità ed il corretto funzionamento.

E così, la pratica quotidiana negli Uffici Tutele ha imposto la predisposizione di concetti e modalità operative che si ispirano a principi ben definiti, sintetizzabili nelle considerazioni sin qui espresse: in primo luogo il personalismo, il solidarismo e la sussidiarietà funzionale, tre concetti di diretta derivazione normativa costituzionale che caratterizzano la capacità di decidere del giudice tutelare, ed il contenuto stesso delle sue statuizioni. Principi che impongono una logica, quella dell’affiancamento e dell’ascolto, ed un metodo, quello della strumentalità funzionale e della interazione tra soggetti pubblici e privati

Occorre tenere sempre a mente che “le funzioni della vita quotidiana”, i bisogni, le aspirazioni e gli

interessi del beneficiario sono necessariamente più ampi rispetto agli atti giuridici che lo stesso deve o può compiere anche attraverso l’Amministrazione di sostegno; così come la “possibilità di agire” è più ampia rispetto alla “capacità di agire” in relazione agli atti giuridici. Ai relativi limiti devono sovvenire gli interventi di sostegno dell’Amministratore di sostegno e di tutti coloro che sono coinvolti nel progetto di sostegno, in una logica operativa che si ispiri, come già ricordato alla modulabilità ed alla flessibilità dell’agire.

Ogni buon Giudice della Persona ha bene a mente che il decreto di apertura dell’Amministrazione di sostegno è necessariamente un provvedimento aperto, temporaneo, modificabile, progressivo, e dunque sostanzialmente ed ontologicamente “imperfetto”, in quanto periodicamente rivedibile in relazione all’evoluzione delle condizioni di vita personale e sociale del beneficiario; in altri termini, la logica del *rebus sic stantibus* informa la natura e la funzione stessa dello strumento di tutela. Ed ogni decreto di apertura è correttamente ispirato alla logica del progetto (di sostegno) e non del giudizio sulla capacità di agire, che ne rappresenta soltanto un presupposto fattuale.

Trattasi dunque di una sfida culturale, giuridica e sociale, una sfida che dalla rivoluzione del linguaggio simbolico (da “demente” a “fragile”, da “incapace” a “meritevole di protezione”) consenta di ritenere chiaro che il progetto di sostegno è un progetto di crescita, di tutela e di riumanizzazione di situazioni in cui la dignità della vita sembra cedere il passo ad eventi che la possano mortificare.

Questioni attuali in tema di amministrazione di sostegno

di *Paolo Cendon*
con la collaborazione di *Rita Rossi*

I quindici anni trascorsi dall'introduzione del nuovo sistema di protezione delle persone fragili hanno portato alla ribalta questioni inedite, emerse soprattutto nella prassi giudiziale. A ciò ha non poco contribuito, da ultimo, la legge n. 219 del 2017, sul cd testamento biologico, stanti i forti collegamenti che essa istituisce con la disciplina dell'Amministratore di sostegno. L'articolo esamina i punti che meritano maggiore attenzione.

1. L'Amministratore di sostegno esterno alla famiglia

La scelta dell'Amministratore di sostegno rappresenta un passaggio fondamentale, nella disciplina dell'Amministrazione di sostegno: si tratta per il giudice di individuare la persona adatta a salvaguardare, meglio di ogni altra, i versanti personali, sanitari e patrimoniali del beneficiario. La rilevanza attribuita a tale momento, da parte del legislatore, appare evidente nelle previsioni di cui all'art. 408 cc, ove si prospettano vari criteri di riferimento:

- il riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario;
- la predilezione espressa dallo stesso interessato, mediante designazione anticipata;
- la preferenza da accordare, ove possibile, ai familiari, indicati in un ordine non gerarchico né tassativo¹ nei seguenti soggetti: il coniuge non separato legalmente, la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio o il fratello o la sorella, il parente entro il quarto grado, il soggetto designato dal genitore superstite con testamento, atto pubblico o scrittura privata autenticata;
- la nomina (in difetto di designazione anticipata dell'interessato, o anche in presenza di essa, allorché ricorrano gravi motivi, oppure quan-

do ne sia ravvisata l'opportunità) di una persona esterna alla cerchia familiare.

Va rimarcato – secondo quanto chiarisce la Corte di cassazione, con sentenza n. 6861/2013 – che «il criterio fondamentale che il giudice deve seguire nella scelta dell'Amministratore di sostegno è esclusivamente quello che riguarda la cura e gli interessi della persona beneficiata», e «tale criterio assicura a chi deve decidere un'ampia facoltà di valutazione su quale sia il miglior soggetto da scegliere (...)».

Detto altrimenti: i criteri di cui all'articolo 408 cc, quali la nomina della persona indicata dal beneficiario, e la scelta dei familiari, (a) sono destinati ad atteggiarsi, nell'interpretazione caldeggiata dalla Suprema corte, quali parametri bensì utilizzabili in tribunale; (b) salvo che il riguardo per l'interesse e la cura dell'assistito non sconsigli, *hic et nunc*, la loro applicazione.

Quanto poi all'indicazione (della persona da nominare) effettuata dal beneficiario, la Cassazione ha condivisibilmente precisato, nella stessa sentenza del 2013, come un eventuale riscontro di opacità mentale, di caduta di memoria, di non piena freschezza, presso l'interessato, non sarà elemento tale da inficiare la preferenza espressa; ciò in quanto «una diminuita capacità non comporta l'esclusione della genuinità della scelta del soggetto al quale affidarsi».

1. Cass., sez. I, 26 settembre 2011, n. 19596.

È una conclusione – va sottolineato – da approvare pienamente; e che appare coerente con la previsione contenuta nella medesima norma, là dove viene affermata la possibilità, per il giudice, di scostarsi dalla designazione dell'interessato solo «in presenza di gravi motivi».

Sempre in presenza di gravi motivi, ci si potrà orientare a preferire una persona non della famiglia.

Soffermiamoci sull'ipotesi in cui il Giudice tutelare, avvalendosi della discrezionalità di cui sopra, opti a favore di una soluzione *extra moenia*.

La prassi rivela un nutrito numero di casi del genere; si tratta il più delle volte di avvocati, ai quali il Giudice tutelare affida le mansioni di Amministratore di sostegno; tale risultato, presso certi tribunali, sta diventando sempre più la regola.

L'orientamento trova ragione abitualmente – se guardiamo alle motivazioni dei decreti – nella conflittualità che il Giudice tutelare rileva via via, tra i membri di quel nucleo; oppure nell'accertata sussistenza di dissidi tra qualche congiunto, magari convivente, e il beneficiando.

Tendenze simili, va osservato, sollevano più di un interrogativo.

Occorrerà chiedersi (a) se l'individuare la figura dell'Amministratore di sostegno in un soggetto terzo rappresenti una scelta davvero conforme, per quel contesto, all'interesse di chi è fragile; o (b) se al contrario l'elezione di un familiare, pur in presenza di contrasti domestici, non risponderebbe meglio alle necessità dell'interessato (in armonia col criterio stabilito dal 1° comma dell'art. 408 cc).

È una domanda che si risolve nell'altra questione: data la *voluntas legis* tesa a prediligere, finché possibile, l'assegnazione (delle funzioni di Amministratore di sostegno) a un parente, in che modo andrà intesa la facoltà di ricerca *extra moenia*? Quale uso suggerire in concreto per siffatta possibilità?

Come sempre la risposta – parlando di Amministrazione di sostegno – non può essere un dato monolitico, buono a priori per ogni frangente.

Al contrario, la valutazione andrà tarata sulle peculiarità della singola fattispecie; con un'indagine ferma non già alle sembianze esteriori, ma che punti: (a) ad accertare, grazie a un'analisi “dal basso”, il tipo di affetti e di rapporti correnti in quel focolare; soprattutto (b) a misurare le attitudini gestionali e relazionali di chi si candida alla detta funzione.

Lo stesso in presenza di dissapori e di endo-conflittualità.

Il primo comma dell'articolo 408 cc esprime tutto ciò in termini inequivocabili: la scelta andrà effettuata avendo a cuore il *best interest*, per l'assistito.

Potrà discutersi, al più, se la posta da salvaguardare sia quella di tipo economico-patrimoniale (e quello soltanto), o non piuttosto quella sanitaria, o

magari quella attinente alla *cura personae*, o per ipotesi tutte insieme.

Ancora una volta la conclusione non può che dipendere dai tratti della situazione specifica.

Il beneficiario è uno che necessita (poniamo) di puntelli sul piano sanitario? Ebbene, il giudice dovrà cercare chi sia in grado, *in primis* tra i parenti, di presidiare al meglio quel terreno. E non è detto che la scelta cadrà ogni volta sul parente laureato in medicina, invece che su quello (magari lontano da Ippocrate, e però) determinato a prodigarsi “h24”, con tutto se stesso, per il bene morale e materiale del congiunto.

Sul piano generale, il richiamo ai concetti di cura e di interesse induce a considerare equivalenti, come tasso valoriale, i distinti settori dell'agenda: quello patrimoniale e quello personale.

È noto come l'accudimento a 360° delle istanze protettive, riguardo ai fragili, costituisca il tratto identitario della misura del 2004. Una risposta che si contrappone, anche per le sue note di poliedricità, rispetto alle soluzioni vetero/incapacitanti dell'800, calibrate pressoché esclusivamente su momenti economico-patrimoniali. Come procedere allora in vista della scelta?

Imprescindibile sarà anzitutto – osserviamo – l'ascolto dell'interessato. Dovrà trattarsi di un ascolto non frettoloso, né meccanico: con atmosfere e tempi non dettati da un carico puro e semplice dei ruoli. Soprattutto di un ascolto che alla solennità degli scranni giudiziali sappia preferire, via via, i registri più tenui del dialogo empatico, delle complicità.

Interrogare bensì il soggetto fragile, “esaminarlo” con acume; ma prestargli anche comprensione, saper infondere fiducia, con spirito di alleanza costruttiva. Giudicando senza giudicare, prendendo atto delle parole come dei silenzi dell'interlocutore – talvolta persona irascibile, ostile o confusa.

Altrettanto importante, aggiungiamo, l'ascolto dei familiari: il Giudice tutelare potrà trarre informazioni preziose, qui, in merito alle condizioni di vita e alle necessità del beneficiando; desumendo indizi in merito all'atmosfera di casa e sul clima regnante nella cerchia parentale (armonia, dissapori, conflitti).

Un'eventualità non rara sarà quella in cui, dal colloquio, (a) affiorino indicazioni univoche circa la persona da nominare; (b) ed emerga però come il candidato Amministratore di sostegno si trovi in urto coi parenti, o con taluno di essi. Che fare in tali evenienze?

La soluzione non potrà consistere qui, osserviamo, nel ripiego in automatico su vicari estranei. Dovranno valutarsi attentamente i pro e i contro delle varie possibilità, immaginando per ciascuna ripercussioni morali, inconvenienti di fatto (se occorre con la sfera di cristallo, in un'ottica “dal basso”). Senza dimenticare come le vie d'uscita non siano tutte di pari

rango – se è vera la priorità accordata, dal codice, alla scelta endo-familiare.

La domanda sarà non tanto: “meglio la soluzione a) (persona voluta dal beneficiario) o la soluzione b)”? , quanto piuttosto: “la soluzione a), da prediligere in partenza, potrebbe rivelarsi in concreto non rispondente al soddisfacimento dell’interesse del beneficiario? o piuttosto il familiare desiderato potrebbe svolgere adeguatamente il ruolo affidatogli, nonostante il contrasto con gli altri parenti?”

Il no dovrà discendere non già da convincimenti astratti, bensì da un esame circa le dinamiche più “liquide”; ricostruendo via via le scaturigini del conflitto (ruggini ereditarie, antiche invidie), appurando sino in fondo l’oggetto del contendere, i sentimenti occulti nei congiunti.

Qualora il giudice abbia optato per un Amministratore di sostegno esterno, nulla escluderà che possa essere costui, nel periodo successivo, a suggerire un cambio di direzione, puntando *ex novo* su un familiare.

Ciò quando a favore di tale esito depongano gli elementi da lui stesso raccolti, in veste di “esploratore”, durante l’espletamento della funzione. Il tutto con la collaborazione, se del caso, del medico di base e dei servizi sanitari.

Purtroppo, si segnalano nella realtà atteggiamenti di frequente ostracismo, da parte dell’Amministratore di sostegno-professionista, rispetto ai congiunti; con rifiuti a rapportarsi agli esseri che appaiono – in effetti – in possesso delle informazioni migliori, che più hanno a cuore, di solito, il bene del parente.

Dovrebbe accrescersi, al contrario, la consapevolezza che “creare rete”, nell’Amministrazione di sostegno, sarà la maniera più virtuosa di agire, in vista della serenità dell’assistito.

Talora converrà che il Giudice tutelare faccia capo, in parallelo, alla nomina di due distinti vicari: con attribuzioni differenziate per ciascuno, quanto al tipo di decisioni da assumere, nonché in ordine alle attività da compiere.

Il caso che più ricorre, nella realtà, è quello della nomina (a) di un Amministratore di sostegno per la gestione delle voci economico-patrimoniali, e (b) di un altro Amministratore di sostegno per gli aspetti sanitari e la *cura personae*. Attribuzioni legate sovente, si nota, all’inclinazione a occuparsi delle partite finanziarie, per l’uno; a seguire i passaggi della salute, per l’altro.

È indubbio come tale duplicità risulterà spesso ottimale, nei casi di litigiosità. Qualora l’esistenza di dissidi suggerisca, ad esempio, l’approdo a un soggetto terzo, l’esclusione del familiare potrà limitarsi ai profili economici: garantendo che le credenziali più intime rimangano nelle mani di chi conosce, da sempre, la personalità dell’amministrato, il suo stile di vita.

Merita ricordare, in proposito, come il Giudice tutelare cerchi frequentemente di riservare a un Amministratore di sostegno familiare le competenze sanitarie; escludendo la possibilità di affidamenti, per profili simili, ad estranei. Tale ad esempio l’orientamento dell’Ufficio tutelare di Bologna.

Altrove non si registrano propensioni così nette, pur se i magistrati indulgono verso Amministrazione di sostegno di tipo endo-familiare.

In altre ipotesi ancora – con argomenti poco condivisibili – si è escluso il congiunto solo perché l’Amministratore di sostegno professionista (nominato per la gestione economico-patrimoniale) aveva riferito, senza alcun elemento di prova, che l’Amministratore di sostegno figlia della beneficiaria creava “confusione e difficoltà pratiche nella gestione della beneficiaria” da parte del personale della struttura (avendo asseritamente assunto una posizione contraddittoria in ordine all’uso delle contenzioni).

Sono impostazioni che trovano causa, verosimilmente, nella diversa curvatura che ispira di solito l’opera dell’Amministratore di sostegno professionista, rispetto al familiare.

Mentre infatti (a) lo stretto congiunto, conscio di ogni risvolto, è pronto a lottare perché si giunga comunque al miglior assetto esistenziale, rispetto al beneficiario; invece (b) il professionista nominato Amministratore di sostegno ripiega volentieri su griglie buone per tutti, non ultimi i responsabili e gli operatori delle strutture ospitanti.

È facile osservare come la legge non autorizzi, in verità, diversificazioni di stile tra Amministratore di sostegno ed Amministratore di sostegno, secondo i punti di partenza. L’approccio sub (a) dovrebbe essere sempre la regola.

Andrà infine ribadito un chiaro “no” alle motivazioni di tipo tautologico, oscure o evasive circa il perché sia stato trascurato il bacino familiare. Ci si riferisce, in particolare, a fraseggi come i seguenti: «Ritenuto che (...) non appaia allo stato opportuno riattribuire a (figlia) i poteri sanitari, essendo maggiormente conforme all’interesse della beneficiaria che gli stessi siano esercitati da un soggetto estraneo all’ambito familiare».

2. Rapporti tra amministratore di sostegno e familiari

Sempre più spesso, giungono al tribunale ricorsi dei familiari del beneficiario, in cui si lamenta un’insufficiente comunicazione con l’amministratore: viene segnalata la difficoltà di ricevere una sia pur minima notizia, da quest’ultimo, circa le scelte man mano operate, e in generale rispetto ai criteri propri della gestione.

Di qui la necessità di una riflessione quanto ai rapporti tra Amministratore di sostegno e famiglia del beneficiario; nonché sul problema, più ampio, dei doveri generali dell'Amministratore di sostegno.

Partiamo da un dato di tutta evidenza: il benessere del soggetto fragile non verrà assicurato solo da un'impeccabilità contabile-amministrativa; e neppure da un buon tête-à-tête casalingo tra questi e il beneficiario. Occorreranno altresì aperture con chi più tiene alla "felicità" di quest'ultimo; soprattutto con le creature che dividono la quotidianità dello stesso, che sono edotte circa i suoi desideri profondi.

La disposizione cardine, in proposito, appare l'articolo 410 cc: «L'Amministratore di sostegno deve tenere conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario».

Norma suscettibile – va detto – di una lettura restrittiva del tipo: «L'Amministratore di sostegno deve occuparsi esclusivamente del beneficiario, dunque può e deve interagire con lui soltanto, chiudendosi ad ogni richiesta che provenga dai familiari».

E tale interpretazione potrebbe trovare agganci, a sua volta, nella previsione del II comma dell'articolo 410 cc, in base alla quale l'Amministratore di sostegno «deve tempestivamente informare il beneficiario circa gli atti da compiere»: il beneficiario, non già i familiari, dunque!

D'altra parte, guardando allo spirito della normativa, nel suo insieme, è indubbio che mancano disposizioni in cui l'Amministratore di sostegno si veda autorizzato a fare tabula rasa, intorno a sé: escludendo i parenti dell'assistito da ogni contatto.

Se così fosse, ci troveremmo di fronte a un surrogato dell'interdizione.

Sappiamo bene però quale sia la distanza tra le due forme di vicariato.

Essere Amministratore di sostegno, secondo lo spirito della riforma, significa anche voler "fare rete": parlando coi servizi sociali coinvolti nell'assistenza, nonché con i medici, non da ultimo con la famiglia.

È pur vero che la legge non contiene indicazioni circa il dovere dell'Amministratore di sostegno di interagire coi parenti.

Una discrezione testuale del genere, tuttavia, si spiega facilmente con motivi pratici: l'attività gestoria rischierebbe di divenire – innanzi a troppi oneri d'interfacciamento, cristallizzati addirittura in un articolo – eccessivamente complessa o burocratica.

Ed è indubbio però come i silenzi codicistici, ove non si vogliano deludere le aspettative umane dei parenti (a maggior ragione quando ne scapiterebbe il presidio del soggetto fragile), non siano tali da autorizzare saracinesche o deserti comunicativi.

Tanto varrà particolarmente nel caso di persone con disabilità psichica, per gli anziani, per i ragazzi Down.

L'opportunità di dar vita a protocolli di trasparenza con i parenti – ciò che potrebbe avvenire fissando ad esempio, per l'Amministratore di sostegno, incontri periodici, appuntamenti via etere – trova conferma nella legge n. 219 del 2017.

Ci si riferisce, in particolare, alla previsione dell'art. 1, commi 2 e 3.

Così, in base al comma 2, nella relazione tra medico e paziente «sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari» o «una persona di fiducia del paziente medesimo»; e tale coinvolgimento potrà giungere fino a tradursi in una delega, conferita al familiare o alla persona di fiducia, per la gestione del consenso e per la ricezione delle notizie.

Nella realtà, si incontrano non di rado prassi poco lodevoli, specie in presenza di Amministratore di sostegno esterni al focolare.

Così, non sono mancate ipotesi in cui l'Amministratore di sostegno ha deciso l'ingresso del beneficiario in una casa di riposo, o ratificato l'inserimento effettuato da un parente, senza dar peso a segnalazioni – ricevute da altri familiari – di maltrattamenti o di assistenza inadeguata.

Nella gran parte dei casi il problema nasce da scarsità negli aggiornamenti.

Le ragioni ultime delle chiusure sono ravvisabili, verosimilmente, in un istinto di autodifesa dell'Amministratore di sostegno; il quale può temere di vedersi investito, talvolta, da uno stillicidio di appelli e reclami casalinghi.

Non sempre va così ad ogni modo. Il bravo Amministratore dovrebbe, in generale, favorire interscambi periodici tra i comprimari; operando – nell'ottica della miglior salvaguardia per il fragile – come un "agevolatore di comunicazione".

Il più delle volte l'insistenza del congiunto cela bisogni di maggior vicinanza/partecipazione, rispetto alla vita del proprio caro. Possiamo dire che i parenti lambiti dall'Amministratore di sostegno hanno anch'essi, in certo senso, bisogno di supporto; e tanto varrà particolarmente quando sia in ballo una disabilità psichica, un genitore anziano, una sorella disabile.

L'Amministratore – in difetto di serie controindicazioni, minacciose per la serenità dell'assistito – dovrà far sì che il dialogo lieviti a ogni passaggio, senza trincerarsi dietro muri di ghiaccio.

3. Il divieto di donare e di testare del beneficiario

Com'è noto la Cassazione è intervenuta, di recente, sul tema di eventuali incapacitazioni per il beneficiario, rispetto alla facoltà di donare e fare testamento.

Più precisamente, con sentenza 21 maggio 2018, n. 12460, la prima sezione del Suprema corte. ha affermato che il giudice potrà, anche d'ufficio, escludere l'attitudine a testare o donare, nell'amministrato, al cospetto di situazioni di particolare gravità; dinanzi a frangenti tali da far pensare cioè che il processo della volontà sia inficiato, surrettiziamente, da fattori endogeni o da agenti esterni.

La sentenza ha sottolineato come tale *deminutio* potrà rivelarsi un efficace bastione, negozialmente; provvidenziale come tale (a) sia per il soggetto fragile, (b) sia per la salvaguardia dei potenziali eredi.

Posto che il beneficiario dell'Amministratore di sostegno rimane (a differenza della persona interdotta) un essere legalmente capace, almeno in linea di principio, si trattava per la Suprema corte di individuare spazi di possibile sospensione nella sovranità: utili per un ausilio non astratto o velleitario del bisognoso.

Ecco allora la sentenza di cui sopra. Essa ha il merito di rimarcare, ancora una volta, i tratti di flessibilità dell'Amministrazione di sostegno; sottolineando la necessità che il giudice tratteggi i compiti vicariali, incidendo sui poteri dell'amministrato, alla stregua delle effettive urgenze difensive.

La sentenza n. 12460/2018 conclude per l'attuabilità della capacità d'agire, nell'assistito, quando ciò sia indispensabile per difenderlo.

È una pronuncia che si aggancia alla nota sentenza Cass. n. 11536/2017: in cui si è affermato che il Giudice tutelare, mediante applicazione analogica dell'art. 85 cc, potrà vietare all'amministrato di contrarre matrimonio: ogniqualevolta tale sia l'esito antropologicamente consigliabile.

Le due decisioni hanno chiarito quant'era già pacifico nella prassi, ovverossia:

- a) l'incapacitazione legata alla dichiarazione di interdizione è un elemento formale, automatico, che investe l'infermo nella sua totalità, dall'alto, escludendolo completamente (e pressoché per sempre) dalla possibilità di porre in essere qualsivoglia atto, produttivo di effetti giuridici; diversamente, la restrizione della sovranità nell'Amministrazione di sostegno è un dato funzionale, contingente, relativo ai soli negozi che occorrerà "blindare" per il benessere del fragile, ed è un passaggio destinato a trovare applicazione in casi limitati, dal basso, dinanzi a circostanze fuori del comune;
- b) non può prospettarsi una distinzione secca tra divieto di matrimonio, per l'interdetto, e libertà matrimoniale, per il beneficiario dell'Amministratore di sostegno; come pure tra divieto di testamento o donazione per il primo e libertà piena di disporre per il secondo. O

meglio, come puntualizza il Supremo collegio, tale opposizione si porrebbe ove mancasse la possibilità di introdurre le limitazioni di cui all'articolo 411, ultimo comma, cc. Osserva la Suprema corte che, difettando quanto sopra, la scelta di difendere il debole condurrebbe necessariamente all'interdizione: "è proprio la generalizzata esclusione del potere d'imporre limitazioni al compimento di singoli atti, anche personalissimi, senza far luogo necessariamente all'interdizione, a riproporre, contro le intenzioni dei suoi stessi sostenitori, quell'alternativa tra capacità ed incapacità, che l'introduzione dell'Amministrazione di sostegno mira a superare, in tal modo riducendo le potenzialità applicative dell'istituto, in contrasto con gli obiettivi avuti di mira dal legislatore, che sulla diversificazione dei provvedimenti del giudice tutelare ha contato proprio al fine di consentirne l'adeguamento alle peculiarità delle singole fattispecie ed alle specifiche esigenze di protezione del beneficiario";

- c) spetterà al giudice vagliare, caso per caso, la sussistenza di circostanze che consiglino l'introduzione di un blocco, per l'atto personalissimo;
- d) va esclusa una possibile estensione, in via analogica, al beneficiario, di "tutte quante" le limitazioni che sono previste per l'interdizione, nell'insieme.

Ecco la duttilità intrinseca dell'istituto del 2004: non trova spazio in essa, di regola, un ricorso a categorie o a modulazioni preconfezionate.

Soprattutto, l'indirizzo di quelle pronunce lascia intendere che l'interdizione potrà evitarsi, di fatto, nella grande maggioranza dei casi; per non dire in tutti quanti.

Basterà riportare a quella certa Amministrazione di sostegno – entro il decreto – una qualche restrizione tra quelle contemplate per l'interdetto; talora magari più di uno sbarramento; al limite estendendo il divieto, nei casi più gravi, a pressoché tutti gli atti "importanti", per un cert'arco di tempo.

Occorre mettere in guardia, d'altra parte, rispetto ai tranelli (ermeneutici) insiti nell'espressione "esclusione a priori" della capacità di testare o donare, di cui alla sentenza del 2018.

Come intendere in effetti quella locuzione? Potrebbe, il giudice, sentirsi autorizzato a limitare la capacità fin dall'apertura della protezione? Procedendo magari a una *deminutio* "ora per allora", quand'anche non ne sussista la necessità?

Certo che no, occorre rispondere; come ben risulta dalla medesima sentenza.

La Suprema corte è inequivocabile nel precisare che l'estensione, all'Amministrazione di sostegno, del divieto di donare e di testare richiederà frangenti di eccezionale gravità, "tali da indurre a ritenere che il processo di formazione e manifestazione della volontà possa andare incontro a turbamenti per l'incidenza di fattori endogeni o di agenti esterni".

Occorre intendersi allora sulla nozione di "agenti esterni".

Mentre è chiaro come i fattori endogeni siano quelli legati alla patologia da cui è afflitto il beneficiario (tale da influire su destrezza e freschezza cognitive), qualche incertezza può nascere per l'espressione "agenti esterni".

Viene alla mente il caso in cui taluno, dal di fuori, eserciti pressioni tali da indurre chi è in difficoltà, forzatamente, all'atto di liberalità o al testamento; l'esempio tipico è quello della badante o della domestica (manovriera, poco altruista).

Ora, nella sentenza in esame, l'incidenza degli agenti esterni appare ipotizzata in via alternativa, rispetto al peso dei fattori endogeni. E ciò potrebbe far pensare che l'incapacitazione sarà possibile anche solo in presenza di un eso-condizionamento; di fronte cioè a un beneficiario pur ricco, in sé, delle proprie fragranze intellettive.

Ebbene, tale conclusione non potrà certo condividersi: essa equivarrebbe ad autorizzare tagliole esistenziali per una creatura la quale sia, di per sé, pienamente capace di intendere e volere.

È evidente come la *deminutio* gestionale, autorizzata dall'ultimo comma dell'art. 411 cc, postulerà un *vulnus* – nell'autonomia della persona – dipendente da qualche effettiva malattia o alterazione: *vulnus* che l'art. 404 cc elegge a presupposto per la stessa apertura di una Amministrazione di sostegno.

In altri termini, la volontà del beneficiario dovrà rispettarsi quand'anche in sé bizzarra o da *vaudeville* (perché si testa ad es. *pro badante*); sempre che non risultino vuoti patologici tali da incidere sulla – da essere incompatibili con la – piena consapevolezza (a) quanto al background relazionale e ai suoi motivi di fondo, (b) nonché circa gli effetti tecnici e sostanziali dell'atto.

Conclusioni diverse frustrerebbero l'obiettivo, dichiarato nell'art. 1 della l. n. 6 del 2004, di "proteggere senza mortificare"; realizzando inique compressio-

ni del diritto di libertà – prerogativa che costituisce architrave essenziale della persona (art. 13 Cost.).

Deve concludersi, insomma, che solo l'esistenza di ombre significative, tali da esporre chi ne è affetto a rischi di autodistruzione, giustificherà interventi a forbice come quelli dell'art. 411, ultimo comma, cc².

Merita aggiungere come l'aspirazione dell'individuo non lucidissimo a donare i propri beni, o a disporre per testamento, andrà favorita dal sistema fin che possibile; anche nelle ipotesi di formale vigenza del divieto.

Ciò potrebbe realizzarsi – aggiungiamo – attribuendosi al vicario il compito di assistere l'interessato, nella redazione dell'atto temerario: per l'adozione cioè di accorgimenti utili a scongiurare, nell'insieme, troppi inconvenienti³.

L'assegnabilità all'"angelo custode" di compiti di stampella, di usbergo funzionale, pure in ambiti personalissimi, costituisce un approdo cui la giurisprudenza è giunta da tempo. Così, in particolare, per quanto riguarda la prestazione del consenso sanitario, come anche riguardo alla separazione e al divorzio⁴, e all'impugnazione del matrimonio⁵.

4. La gestione delle decisioni sanitarie dopo la l. n. 219/17

La legge n. 219 del 2017 ha introdotto, in Italia, un'ampia disciplina dei profili concernenti la salute e il fine vita; disciplina che include la regolamentazione della relazione tra paziente e medico.

Le scelte linguistiche, in tale legge, richiamano lo stile colloquiale proprio della normativa sull'amministrazione di sostegno.

Così, il consenso viene tratteggiato (a) non più quale mero "atto", come cioè modalità attraverso cui il medico riceve un'autorizzazione, in vista dell'intervento diagnostico/terapeutico; (b) bensì quale componente dinamica della vicenda, essenziale per la serenità del paziente.

Basti pensare alla formula legislativa "il tempo della comunicazione è tempo di cura" (comma 10); come dire che non potrà esservi, di fatto, relazione terapeutica in cui si prescinda dal consenso.

La legge n. 219 rappresenta una sorta di consacra-

2. Sia consentito rinviare a Cendon e Rossi, *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Torino, 2009, t. II, pp. 775-778, in merito a decreto del Giudice tutelare di Trieste, 28.09.2007, in personaedanno.it.

3. Per un'applicazione in tal senso, si veda Tribunale di La Spezia, sez. fall., 2 ottobre 2010.

4. Trib. Bologna, sez. dist. Imola, 2 gennaio 2006; Trib. Modena, 25 e 26 ottobre 2007; Trib. Cagliari, decr. 15 giugno 2010, tutte in personaedanno.it.

5. Trib. Roma, sez. I, 4 marzo 2016.

zione per le prerogative individuali, sul versante della salute: il legislatore riarticola quei lemmi, primi fra tutti “dignità” e “diritto all’autodeterminazione”, al livello proprio del diritto privato, vincolando il medico al loro rispetto.

Viene sancito il principio per cui nessun trattamento potrà iniziarsi, o proseguirsi, senza l’adesione dell’interessato: tranne i casi espressamente previsti dalla legge. Appaiono ribadite, in modo esplicito, le due caratteristiche che il consenso dovrà avere: libero e informato.

Con tali espressioni non si afferma, a dire il vero, alcunché di rivoluzionario. Era già sufficientemente chiaro come la persona, in tema di decisioni afferenti la salute, debba sempre decidere liberamente e autonomamente.

Così, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 438/2008, aveva da tempo precisato che il consenso informato è «vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell’articolo 2 della Costituzione che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli articoli 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

Incisiva era stata, a sua volta, l’eco della Convenzione di Oviedo; mai divenuta autentica norma interna, e tuttavia fonte richiamata in copiosa giurisprudenza.

Non mancano, nella legge, punti di sovrapposizione rispetto alla disciplina dell’Amministrazione di sostegno: con conseguente necessità di coordinamento.

La previsione della figura del fiduciario solleva, in particolare, problemi quanto ai rapporti con l’istituto codicistico.

Un valore aggiunto consiste, in quel testo, nell’importanza che appare assegnata ai familiari, nonché alle persone di fiducia del paziente. La norma ammette che costoro siano implicabili nella relazione medica, allorché il malato lo desideri.

La decisione se coinvolgere qualcuno – che potrà essere anche un non familiare – spetta necessariamente al paziente; ferma tale priorità, la legge mostra di favorire la partecipazione dei congiunti. Sarà lecita anche una procura volontaria. La delega andrà documentata nella cartella clinica e nell’FSE, in modo che sia conoscibile al personale sanitario; ciò non implica comunque un’istituzionalizzazione dell’incarico.

Nulla esclude che, all’interno della delega, l’interessato precisi quali scelte mediche egli intende siano esprimibili, dal fiduciario, per l’evenienza del sopravvenire di un proprio deficit.

In ipotesi di avvenuta nomina del fiduciario, si porranno problemi di armonizzazione con l’amministratore di sostegno: specie ove vengano insorgendo dissidi, tra le due figure, circa la decisione da prendere.

Occorrerà vedere se l’Amministratore di sostegni, come tale, poteri di rappresentanza sostitutiva o di assistenza:

- nel primo caso, la voce vincolante sarà, di regola, la sua; anche se andranno sempre presi in considerazione gli elementi critici provenienti dall’altro.
- nel caso in cui l’Amministratore di sostegno abbia poteri di affiancamento, egli non potrà invece evitare di misurarsi col fiduciario, sistematicamente; condividendo tutte le decisioni relative alla salute dell’assistito.

Allorché un Amministratore di sostegno difetti, il medico dovrà rapportarsi al fiduciario scelto dal paziente; e non è detto dovrà procedersi, qui, all’apertura di un Amministratore di sostegno. Dipenderà come sempre dal caso singolo. Ove il fiduciario (sulla base di riscontri oggettivi, ad es. perché affetto anch’egli da disabilità psichica, tale da comprometterne la capacità di intendere e di volere, proprio nell’ambito sanitario) dovesse risultare soggetto non idoneo, allora il Giudice tutelare non potrà non fare luogo alla nomina di un Amministratore di sostegno.

Disabilità e diritto penale

di *Maurizio Riverditi*

L'interrogativo sui rapporti tra diritto penale e disabilità suscita riflessioni di più ampio respiro circa le scelte di politica criminale che meglio rispondono all'esigenza di assicurare al disabile non solo la miglior tutela in sede penale, ma, ancor prima, il rispetto della dignità e della libertà che spettano ad ogni persona. Partendo da un inquadramento dogmatico della funzioni del diritto penale in chiave di tutela dei "soggetti deboli", lo scritto si prefigge di analizzare la posizione del disabile nel diritto (penale) positivo vigente per poi formulare alcune riflessioni di carattere generale in ordine all'interrogativo sull'esigenza di incentivare l'introduzione di fattispecie incriminatrici *ad hoc* per il soggetto debole-disabile.

1. Diritto penale e "soggetti deboli"

Affrontare il tema del rapporto tra diritto penale e disabilità e, quindi, chiedersi se il primo debba (o possa) riservare una particolare attenzione alla seconda presuppone la necessità di prendere posizione in ordine ad un binomio generale di più ampio respiro: quello tra diritto penale e soggetti deboli. E l'interrogativo a cui rispondere potrebbe essere il seguente: il diritto penale deve riservare una particolare attenzione ai cd soggetti deboli? Ed a questo ne segue necessariamente un secondo: è possibile profilare un modello paradigmatico e peculiare di "soggetto debole-disabile" nell'ambito del *genus* "soggetto debole"?

Si tratta, indubbiamente, di interrogativi che richiederebbero un'indagine ampia e complessa non solo sul piano del diritto positivo ma, anzitutto, su quello assiologico e di politica criminale, oltre che di tecnica della legislazione e che, dunque, esulano dai limiti e dagli obbiettivi delle mie riflessioni.

Peraltro, nell'economia di questo scritto, è possibile poggiare il ragionamento su taluni, pur frammentari, punti fermi, dei quali il primo è che il diritto

penale ambisce ad essere un diritto della solidarietà e si legittima in forza dell'esigenza (anch'essa essenzialmente solidaristica) di colmare le disuguaglianze nei "rapporti di forza" che caratterizzano il variegato tessuto delle relazioni umane che compongono la società.

Per vagliare il fondamento di questo assunto, occorre, anzitutto, ricordare che il processo di modernizzazione del diritto penale, di matrice illuminista e liberale, è stato caratterizzato dall'approccio legato al cd contrattualismo: «*le istituzioni statali traggono la loro legittimazione da un accordo liberamente stipulato tra i privati e sono, di conseguenza, finalizzate alla salvaguardia dei diritti naturali di ciascun singolo individuo. In questa prospettiva, l'utilità sociale non sarebbe altro che un riflesso o il risultato del miglior soddisfacimento dei diritti individuali*»¹.

In quest'ottica, dunque, ormai da tempo si sostiene che l'intervento del diritto penale trovi legittimazione nell'essere connaturato alla salvaguardia di interessi d'importanza pari (in assoluto o in relazione alla modalità d'offesa) alla libertà che la pena (necessariamente) sacrifica: «*l'illecito penale può concre-*

1. G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, rist. agg., Zanichelli, Bologna, 2006, XVII.

tarsi esclusivamente in una significativa lesione di un valore costituzionalmente rilevante»².

Detto altrimenti: v'è spazio per la pena (minacciata ed applicata) solo in quanto ci si trovi di fronte ad un fatto che sia espressione dell'alterazione del punto di equilibrio che l'assetto costituzionale individua tra i beni meritevoli di tutela e la libertà individuale sacrificata dalla pena stessa. Il perno su cui poggia (e che legittima) il diritto penale, dunque, è la salvaguardia della libertà di ciascuno e, dunque, in ultima analisi, dell'individuo e della sua inviolabile dignità.

Ciò vale (e deve valere), evidentemente, sia sul fronte del destinatario della pena, sia su quello del beneficiario della tutela che la (minaccia della) pena vuole garantire. Se questa conclusione è autoevidente rispetto ai reati contro la persona e, più in generale, in relazione a tutte quelle condotte criminose che si "materializzano" nei confronti di un soggetto che ne patisce le conseguenze, a prescindere dalla possibilità che questi assuma la veste di persona offesa in senso stretto (si pensi al delitto di calunnia o a quello di falsa testimonianza); la stessa può essere acquisita anche rispetto ai reati ad offensività diffusa o sovraindividuale, al cospetto dei quali non è dato scorgere (almeno non in modo palese ed immediato) la presenza di un soggetto che lamenti, su di sé, le conseguenze del torto determinato dal reato. Gli esempi potrebbero essere molteplici, ma per giustificare l'ovvietà di quest'affermazione è sufficiente porre mente ai reati tributari piuttosto che a quelli ambientali: per entrambi è bensì vero che manca una "vittima immediata" del reato, ma è possibile affermare che la lesione arrecata al bene protetto dalla condotta incriminata (erario ed ambiente) si riverbera nei confronti della collettività e, dunque, dei singoli di cui questa si compone; i quali, pertanto, anche in tali frangenti, rinvengono nel diritto penale l'indispensabile strumento di tutela di beni alla cui salvaguardia anch'essi ambiscono e che, diversamente, non sarebbero in grado di preservare autonomamente.

Dunque, su queste (invero semplici e superficiali) premesse si può ragionevolmente concludere che il diritto penale, mirando a garantire il corretto equilibrio dei rapporti di forza che sovrastano e caratterizzano lo svolgersi delle attività umane, al fine di garantire il

perseguimento della tutela dei beni ritenuti (in tale prospettiva) fondamentali per la collettività, costituisce una (tipica) espressione dell'approccio solidaristico dell'ordinamento alla quotidianità: la minaccia della pena è, in ultimo, lo strumento che consente a chi si trovi in posizione di debolezza nell'ambito di tali rapporti di ricollocarsi in tendenziale "parità" (quantomeno a posteriori) rispetto a chi, altrimenti, ne pregiudicherebbe gli interessi.

A tal riguardo, infatti, occorre considerare – ripercorrendo, dal punto di vista del beneficiario dell'intervento "protettivo" del diritto penale, le considerazioni sin qui sviluppate – che il reato rappresenta il momento di incontro (o, meglio, di scontro) tra due soggetti: l'aggressore di un determinato interesse protetto ed il titolare (individuale o sovraindividuale) di quest'ultimo. Sicché, in quest'ottica, il diritto penale interviene sempre a tutela di un soggetto (o, forse, sarebbe meglio dire di un interesse) "debole", che l'ordinamento intende preservare mediante la minaccia della pena; con la precisazione, semmai, che rispetto ai reati a "vittimizzazione collettiva" o "sovraindividuale"³ la tutela si declina in via immediata in modo indistinto nei confronti della collettività, ed in via mediata (eventualmente per il tramite degli strumenti processuali e risarcitori) nei confronti di tutti coloro che, in concreto, hanno subito gli effetti dannosi dell'illecito⁴.

2. La tutela "immediata" delle particolari condizioni di vulnerabilità della vittima: **Articolo 61, n. 5, cp e l'articolo 131 bis cp**

Partendo, dunque, dalla presa d'atto che la vittima del reato è, di per sé, un "soggetto debole", tale condizione assume talora un ruolo particolare nell'economia dell'illecito o della vicenda processuale in senso lato⁵, in ragione dell'esigenza di maggior tutela che la stessa evidenzia e, in ogni caso, in funzione delle scelte di politica criminale di volta in volta perseguite dal legislatore.

Da un punto di vista generale e "di sistema", sul fronte del diritto penale sostanziale, viene anzitutto in

2. F. Bricola, *Teoria generale del reato*, oggi in F. Bricola, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 565.

3. Su questi temi, v. L. Parlato, *La parola alla vittima. Una voce in cerca di identità e di "ascolto effettivo" nel procedimento penale*, in *Cass. pen.* 2013, p. 3293.

4. Una plastica esemplificazione di tali situazioni è rappresentata dai reati di mafia o di terrorismo: rispetto a tali tipologie di reato, che indubbiamente attaccano alle fondamenta l'organizzazione dello Stato e le regole di convivenza civile, la figura della vittima abbandona (o, quantomeno muta o può mutare) la propria conformazione individualistica ed assume una dimensione collettiva, rispecchiando l'oggettività giuridica che ne costituisce l'essenza.

5. Sulla posizione della vittima vulnerabile nel processo penale, v. M. Bargis - H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2017.

considerazione l'articolo 61, n. 5, cp (espressamente richiamato da specifiche disposizioni incriminatrici, che attribuiscono significato di circostanza speciale ad effetto speciale alle condizioni ivi descritte, v. art. 640, comma 2, n. 2 *bis*, cp), che prevede un aumento di pena qualora l'agente abbia profittato di circostanze di tempo, di luogo o (per quanto qui maggiormente interessa) di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa.

In questo caso, la condizione di debolezza della vittima⁶ viene presa in considerazione in quanto di essa l'agente abbia "profittato dolosamente", con la consapevolezza, quindi, di trarne giovamento nel compimento dell'azione criminosa⁷. Ne deriva – quantomeno a livello di indicazione sistematica – che il *focus* dell'attenzione è centrato non tanto sulla condizione di debolezza, in sé, della vittima (o, perlomeno, non solo su di essa), bensì sul fatto che la stessa sia stata in qualche modo sfruttata dall'autore del reato per avvantaggiarsi nel raggiungimento del fine criminoso perseguito. Uscendo dagli schemi linguistico-concettuali tipici della dogmatica penalistica, si potrebbe dire che, pur trattandosi di una circostanza volta a valorizzare compiutamente il dato oggettivo della ricorrenza delle condizioni specificamente considerate⁸, la stessa esalta l'atteggiamento particolarmente "cinico" e "malevolo" dell'autore del reato, che non si fa scrupoli nel trarre giovamento dalle condizioni di svantaggio in cui si trovano le vittime colpite dalla propria azione criminosa.

Ulteriore conseguenza dell'aver profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima è l'ineoperatività dell'articolo 131 *bis* cp: in tal caso, infatti, per disposizione di carattere generale, l'offesa non può mai essere considerata di particolare tenuità, indipendentemente, dunque, dall'entità della pena prevista per il reato ed a prescindere dalla ricorrenza delle ulteriori condizioni che consentirebbero l'operatività dell'istituto.

Nell'economia di queste brevi riflessioni, è utile sottolineare come l'impostazione seguita dal legislatore sia fondamentale per garantire a chi versi in tali condizioni di usufruire appieno della propria libertà: richiedendo l'abuso (o il profittamento, art. 61, n. 5, cp) si impone l'accertamento positivo della limitazione della libertà della vittima nelle circostanze di

vita considerate; in tal modo evitando lo scadimento dell'intervento penale in un'ottica eccessivamente paternalista e iperprotettiva, che, di fatto, avrebbe potuto rappresentare, essa stessa, una palese violazione del diritto di autodeterminazione (e, dunque, della dignità) riconosciuto a ciascuno.

3. La tutela "immediata" della disabilità: a) la circostanza aggravante "generale" dell'articolo 36, legge n. 104/1992

La disabilità viene presa espressamente in considerazione dall'articolo 36, legge 5 febbraio 1992, n. 104, quale circostanza aggravante speciale ad effetto speciale per tutti i reati non colposi compresi nei titoli XII (delitti contro la persona) e XIII (delitti contro il patrimonio) del codice penale e di cui alla Legge 20 febbraio 1958, n. 75 (reati in materia di prostituzione).

In particolare, l'aumento di pena (da un terzo alla metà) consegue alla circostanza che tali reati siano «*commessi in danno di persona portatrice di minorazione fisica, psichica o sensoriale*». Ed in presenza di tali condizioni il codice penale prevede talora una particolare reazione sanzionatoria ed eventualmente anche una più severa disciplina delle condizioni di procedibilità (v. art. 612 *bis* cp). Inoltre, in tali casi è dichiarata espressamente ammissibile la costituzione di parte civile del difensore civico e dell'associazione alla quale sia eventualmente iscritta la persona offesa.

Trattandosi di circostanza speciale e, soprattutto, di una normazione volta a conferire particolare rilievo alla specifica condizione della persona offesa dalla stessa indicata, l'effetto aggravatore non potrà "cumularsi" al rilievo che alla medesima condizione venga attribuito dalle singole disposizioni incriminatrici⁹.

A differenza dell'ipotesi prevista dall'articolo 61, n. 5, cp (e, in genere, da quelle fattispecie che si rifanno al medesimo schema sanzionatorio), ai fini dell'aumento di pena è sufficiente che il reato sia stato posto in essere nei confronti di persona che versi nelle condizioni descritte dall'articolo 36 cit., senza

6. Condizione che deve preesistere, sicché la circostanza è integrata per il solo fatto della ricorrenza delle condizioni indicate dall'art. 61, n. 5, cp, con l'ulteriore precisazione che è irrilevante che siano maturate occasionalmente o indipendentemente dalla volontà dell'agente: *ex multis*, Cass. pen., Sez. I, 30 novembre 1996, n. 10268).

7. Per tutte: Cass. pen., Sez. I, 16 maggio 2013, n. 13387.

8. In tal senso, v., per tutte, Cass. pen., Sez. II, 8 luglio 2004, n. 44624.

9. Cass. pen., Sez. III, 8 gennaio 2015, n. 19172, pronunciatasi in relazione alla compatibilità (negata) della circostanza in esame con l'art. 609 *bis*, comma 2, n. 1 cp.

ulteriori accertamenti sul significato causale da queste assunto per la commissione del reato.

In tal caso, dunque, la maggior tutela accordata dall'ordinamento opera su di un piano esclusivamente oggettivo, tralasciando qualsivoglia (espressa) valutazione dell'atteggiamento soggettivo dell'autore del reato.

4. (segue) b) Le specifiche ipotesi criminose incentrate sulla "particolare fragilità" dell'offeso

Il codice penale contempla (sin dall'impianto originario) talune disposizioni espressamente focalizzate sulla condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa dovute a peculiari situazioni di malattia, incapacità o fragilità, in senso lato.

Al riguardo, è qui sufficiente ricordare le ipotesi di cui agli articoli 574 cp (sottrazione di persone incapaci), 579, comma 3, n. 2 cp (Omicidio del consenziente), 580, comma 2, cp (Istigazione o aiuto al suicidio), 591 cp (Abbandono di persona incapace), 593 cp (Omissione di soccorso), 609 *bis* cp e 643 cp (Circonvenzione di incapace).

Ciò che rileva, in questa sede, è porre in evidenza che, a fronte del tendenziale allargamento del raggio operativo dell'intervento penale sino a ricomprendervi le aggressioni alle "mere" condizioni di "deficienza" della vittima (in assenza, dunque, dei crismi della malattia) connesse alle peculiari condizioni fisio-psichiche riportabili ad una nozione lata di disabilità, è sempre richiesto che le stesse abbiano assunto un ruolo causale nella determinazione del reato.

Detto altrimenti: la mera presenza delle condizioni di minorata difesa della persona offesa non è di per sé sufficiente ad innalzare il livello di tutela assicurato a quest'ultima e, di converso, per inasprire la reazione punitiva nei confronti dell'agente, ma si chiede che quest'ultimo se ne sia in qualche modo approfittato (o, meglio, avvantaggiato) per raggiungere lo scopo criminoso che si era prefissato.

In particolare, le condizioni di minorata difesa della vittima giocano un ruolo determinante per la sussistenza del delitto di cui all'articolo 609 *bis* cp: l'induzione a compiere o subire atti sessuali costituisce reato se posta in essere abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica in cui versava il destinatario al momento del fatto.

Anche in tal caso, peraltro (secondo lo schema adottato dall'art. 61, n. 5, cp), non è sufficiente la

mera condizione di inferiorità, ma è necessario che di questa l'agente abbia abusato; ovverosia è necessario che l'induzione si realizzi mediante un'opera «di persuasione sottile e subdola», per mezzo della quale l'agente spinga, istighi o convinca la persona offesa, che si trova in stato di inferiorità, «ad aderire ad atti sessuali che diversamente non avrebbe compiuto»¹⁰.

Altra espressione plastica di quest'impostazione è fornita dall'articolo 643 cp, la cui operatività è vincolata non solo all'esistenza della (mera) deficienza del circonvenuto, ma all'individuazione di un collegamento causale tra tale condizione (indotta da qualunque fattore scatenante, di carattere patologico o no) e la disposizione patrimoniale (dannosa) compiuta per effetto della condotta posta in essere dall'agente; nonché, alla conoscenza che questi abbia avuto di tale deficienza e dell'influenza che la stessa ha assunto per il compimento dell'atto pregiudizievole.

Sicché, anche rispetto a tali ipotesi resta confermato il primato che l'ordinamento assicura alla libertà di autodeterminazione (e, dunque, si ripete, alla dignità) di ciascun individuo, scongiurando il rischio che giudizi preconcepi sull'influenza della (reale o apparente) debolezza determinata dalle condizioni di inferiorità fisio-psichica del beneficiario della tutela si traducano, in realtà, in un'ingiustificata ed aprioristica sovrapposizione dei criteri di valutazione dell'ordinamento rispetto a quelli delle persone direttamente coinvolte nelle condizioni di vita (per quanto difficili) poste in giudizio¹¹.

5. La tutela "immanente" nella corretta interpretazione delle fattispecie criminose

La recente esperienza giudiziaria, invero, ha fornito taluni esempi significativi di come per tutelare adeguatamente i portatori di disabilità non sia necessario ricorrere (quantomeno non necessariamente) a specifiche previsioni incriminatrici *ad hoc*.

Si allude, anzitutto, al caso di un automobilista condannato per il delitto di cui all'articolo 610 cp per aver utilizzato uno spazio riservato alla portatrice di una grave patologia motoria, impedendole di farne uso fino alla rimozione dell'autovettura del primo.

Nel motivare il giudizio di condanna, i giudici (di merito e di legittimità) hanno valorizzato non tanto le condizioni di disabilità del beneficiario della tutela, quanto la portata operativa della fattispecie incriminatrice, che è stata interpretata rispettandone non

10. In tal senso, *ex multis*, Cass. pen., Sez. III, 14 aprile 2010, n. 20766.

11. Impostazione diametralmente opposta rispetto a quella originariamente seguita dal codice penale in merito alla tutela del disabile rispetto alle determinazioni inerenti la propria sfera sessuale.

solo i limiti imposti dai (classici) canoni di legittimità e determinatezza che governano il sistema penale, ma, anzitutto, quelli (parimenti importanti) di uguaglianza e ragionevolezza del sistema punitivo (e, più in generale, dell'ordinamento nella sua interezza e complessità).

Per rendersene conto è sufficiente richiamare il passaggio motivazionale della decisione della Suprema corte con cui si è evidenziato che «*se lo spazio fosse stato genericamente dedicato al posteggio dei disabili la condotta del ricorrente avrebbe integrato la sola violazione dell'articolo 158, comma 2, Codice della strada [...]. Ma in questo caso, quando lo spazio è espressamente riservato ad una determinata persona, per ragioni attinenti al suo stato di salute [...], alla generica violazione della norma sulla circolazione stradale si aggiunge l'impedimento al singolo cittadino a cui è riservato lo stallo di parcheggiare lì dove solo a lui è consentito lasciare il mezzo*»¹².

Pur non essendo questa la sede per approfondire e commentare i singoli passaggi argomentativi su cui si regge l'impostazione in tal senso adottata (*in primis* la ricostruzione della nozione di violenza e minaccia che caratterizza l'operatività dell'art. 610 cp)¹³, è interessante sottolineare come il presupposto ermeneutico che ne ha sorretto le conclusioni sia stato individuato nella "normale" riconducibilità della situazione di vita analizzata nell'orbita di quelle "ordinariamente" tutelate dalla fattispecie incriminatrice: la possibilità di ravvisare nel comportamento incriminato la lesione del diritto, indipendentemente dall'origine e dall'oggetto di quest'ultimo.

Altro esempio significativo di tutela della disabilità a prescindere dalla necessità di ricorrere a disposizioni "speciali" è fornito dalla pronuncia con cui il Tribunale di Torino¹⁴ (confermata dalla Corte di appello e dalla Corte di cassazione¹⁵) ha condannato per il delitto di cui all'articolo 340 cp il conducente di un autobus del servizio pubblico che si era rifiutato di aprire la pedana manuale che avrebbe consentito ad un disabile, munito di carrozzina a motore, di salire a bordo del veicolo e di scendere dallo stesso.

Anche in questo caso, il dato saliente dell'impianto decisionale è rappresentato (almeno per quanto qui interessa) dall'inclusione della fattispecie considerata nell'alveo di quelle "normalmente" ricomprese

nella disposizione incriminatrice, pur valorizzando gli aspetti peculiari della situazione concretamente posta al vaglio della Magistratura.

In particolare, risulta degno di nota che il dato della disabilità fosse stato originariamente valorizzato (peraltro in modo eccessivo e con le storture poste in evidenza dalla decisione di merito) al fine di contestare il delitto di rifiuto di atti d'ufficio, sul presupposto che la condotta incriminata concernesse un atto che avrebbe dovuto essere compiuto, senza ritardo, per ragioni di sanità.

Nel mettere in evidenza la forzatura di una simile conclusione, i giudici di merito hanno focalizzato l'attenzione non tanto sulle condizioni dell'utente disabile, quanto sulle conseguenze che la condotta incriminata ha determinato sul regolare svolgimento del servizio pubblico (si direbbe, a prescindere dalle condizioni del soggetto che, più di altri, ne ha patito le conseguenze).

Abbandonando l'impostazione su cui poggiava la contestazione originaria (che il Tribunale ha significativamente definito come «*visione "pan-sanitaria" della vita di un disabile*»), si è posto in evidenza come, nel caso concreto, ad essere leso non fosse (solo) il particolare diritto dell'utente-disabile, bensì, primariamente, la regolarità dello svolgimento del servizio pubblico, che, secondo l'orientamento tradizionale, rileva penalmente purché l'alterazione, seppur temporanea, sia «*oggettivamente apprezzabile*»¹⁶.

Riflessioni conclusive

Al termine di queste brevi considerazioni, è possibile riprendere gli interrogativi iniziali per tentare una (pur superficiale e provvisoria) risposta: non solo non si avverte la necessità di un intervento punitivo (o di rafforzamento delle incriminazioni vigenti) incentrato sulla disabilità, ma un simile approccio potrebbe risultare addirittura fuorviante e pericoloso.

Oltre ad evidenziare la tendenziale "completezza" del sistema punitivo esistente, a destare attenzione è la necessità di garantire al massimo grado la dignità (e la conseguente libertà) di ciascuno, evitando di dar corpo ad un modello sanzionatorio discriminatorio e lesivo per la possibilità di autodeterminazione proprio delle persone che si vorrebbero tutelare.

12. Cass. pen., Sez. V, 7 aprile 2017, n. 17794.

13. Su questi aspetti si rinvia a D. Perna, *Parcheggio dell'automobile nello spazio riservato a persona disabile e violenza privata*, in *Ipenalista.it*, 25 maggio 2017.

14. Trib. Torino, Sez. III penale, 16 luglio 2014.

15. Cass. pen., Sez. VII, 12 aprile 2018, n. 21440.

16. Per tutte, v. Cass. pen., Sez. VI, 9 aprile 2013, n. 39219.

L'esempio paradigmatico, pur con i necessari distinguo, è fornito dall'esperienza maturata sotto la vigenza dell'articolo 519, comma 2, n. 3 cp, che, adottando un'impostazione comunemente considerata aberrante, ravvisava una vera e propria presunzione di abuso nel rapporto sessuale consumato con un soggetto che versasse, in quel momento, in una delle condizioni di inferiorità contemplate dalla fattispecie¹⁷.

Del resto, la possibilità di configurare fattispecie criminose *ad hoc* (o mere circostanze aggravanti) incentrate sul solo dato della disabilità (al di là di ogni altra considerazione da condursi sotto il profilo della compatibilità con l'articolo 27 della Costituzione, nelle sue varie declinazioni, oltre che con i canoni di *extrema ratio* che dovrebbero guidare il ricorso all'intervento penale), potrebbe tradire una duplice stortura: da un lato, l'idea che la disabilità sia di per sé una condizione invariabilmente lesiva della capacità di "autotutela" di chi ne sia portatore (tanto da assumere come "presunta" la necessità di un intervento volto a "riequilibrare" i rapporti "di forza" nelle relazioni

umane con cui il disabile si confronti); dall'altro, la tentazione di "scaricare" sul legislatore la responsabilità delle scelte potenzialmente "scomode" o "impopolari" derivanti dall'applicazione delle disposizioni vigenti alle situazioni di vita in esame.

Non v'è dubbio che se vi fosse una disposizione "speciale" che sancisse la rilevanza penale dell'omesso intervento del conducente nell'agevolare l'utilizzo del mezzo pubblico da parte dell'utente disabile si eviterebbe ogni disquisizione in merito alla rilevanza assunta, nella fattispecie concreta, dalla disabilità. Ma il prezzo da pagare sarebbe alto e consisterebbe non solo nell'escludere che il disabile possa essere considerato alla stregua di qualsivoglia altro utente del servizio pubblico a cui venga ingiustamente impedito di farne uso; ma anche ammettere che il procedimento penale non è in grado di farsi carico di scelte "scomode" ma coerenti con i principi che lo governano. E gli esempi citati dimostrano che ciò non solo non deve accadere, ma che, in concreto, almeno in questi casi, non è accaduto.

17. In argomento, per tutti, v. A. Cadoppi, *Commento all'art. 609 bis cp*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., Cedam, Padova, 2006, pp. 439 ss.

L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato

di Giovanni Tulumello

L'articolo esamina, in un'ottica di teoria generale ma anche con riferimento al diritto positivo (e alle più significative applicazioni giurisprudenziali), il problema del rapporto fra la pretesa dei soggetti disabili all'erogazione di prestazioni che garantiscono l'effettività dei loro diritti fondamentali, e la scarsità delle risorse finanziarie connessa al vincolo di bilancio. Il pluralismo portato dallo Stato sociale non esclude che, in un'ottica di gerarchia fra interessi tutti parimenti tutelati, la tutela e la piena conformazione di tali diritti siano da avvertire come contenuti di un vero e proprio obbligo di risultato: con ogni conseguente ricaduta sul piano dei rimedi (anche in relazione al riparto della giurisdizione).

1. Potere amministrativo e provvista finanziaria

Il limite della copertura finanziaria è un limite strutturale della disciplina dell'attività amministrativa, come la dottrina ha da tempo messo in evidenza¹.

In particolare, posto che fine del potere amministrativo è quello di garantire l'effettività della tutela costituzionale (anche) dei diritti sociali, e fra questi di quelli fondamentali, tale connotato finalistico entra tuttavia in comparazione con l'esigenza di cura di altri interessi di cui pure l'amministrazione è attributaria (o dai quali è comunque condizionata)², come quello al contenimento della spesa pubblica³, che per effetto

strativo è quello di garantire l'effettività della tutela costituzionale (anche) dei diritti sociali, e fra questi di quelli fondamentali, tale connotato finalistico entra tuttavia in comparazione con l'esigenza di cura di altri interessi di cui pure l'amministrazione è attributaria (o dai quali è comunque condizionata)², come quello al contenimento della spesa pubblica³, che per effetto

1. A. Travi, *Il limite della copertura finanziaria*, in *Annuario 2004* dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano, 2005, p. 111.

In giurisprudenza, Tar Sicilia, Palermo, sez. II - sentenza 9 luglio 2007, n. 1774, in www.giustamm.it.

Una indicazione in apparenza difforme sembra potersi ricavare dalla giurisprudenza comunitaria, laddove si afferma, a proposito di un regolamento relativo ad incentivi in agricoltura, che le disposizioni da esso poste «nell'enumerare in modo tassativo le condizioni alle quali è subordinato il sorgere dei diritti soggettivi di cui è causa, non v'includono considerazioni di bilancio» (Corte di giustizia, sentenza 17 maggio 1972, in C 93/71).

L'affermazione, tuttavia, non può essere assolutizzata, in quanto nasce dalla preoccupazione di assicurare effetti diretti al regolamento, senza la necessità di provvedimenti nazionali di integrazione o di esecuzione, e quindi non attiene direttamente alla tematica del rapporto fra funzione amministrativa e vincolo di spesa.

2. «La crescita dei diritti sociali – strettamente legata al maggiore o minore intervento dello Stato nell'economia – incontra naturalmente limiti intrinseci nelle risorse dello Stato o in quelle che esso può mobilitare. Creare nuovi diritti comporta infatti oneri per lo Stato, e indirettamente per i cittadini contribuenti. Ecco allora il manifestarsi di limiti all'azione delle autorità pubbliche particolarmente stringenti nel caso di norme costituzionali che impegnino a rendere effettivo un diritto» (Elia-Busia, *Stato democratico*, voce del *Digesto disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, p. 72).

In generale, sul vincolo di compatibilità derivante dal reperimento delle risorse necessarie a garantire l'esercizio dei diritti, S. Holmes - C.R. Sunstein, *Il costo dei diritti – perché la libertà dipende dalle tasse*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 2000.

3. A. Travi, *Il limite della copertura finanziaria*, cit. Con specifico riferimento ai limiti di natura economico-finanziaria del diritto alla salute, E. Cavasino, *La flessibilità del diritto alla salute*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 99 ss. In relazione ai profili istituzionali del tema, R. Di Maria, *Autonomia finanziaria e decentramento istituzionale. Principi costituzionali, strumenti e limiti*, Giappichelli, Torino, 2013.

del patto di stabilità ha una precisa rilevanza anche sul piano dei parametri sovranazionali di legittimità dell'attività amministrativa⁴.

È del resto ormai acquisita la consapevolezza che molte delle prestazioni previste dalla legge in favore di singoli soggetti, non solo nella materia dei servizi pubblici ma in vasti settori del diritto pubblico dell'economia, sono condizionate dai limiti dell'organizzazione della Pubblica amministrazione che deve erogare quelle prestazioni, tanto che non mancano orientamenti tendenti a qualificare tali diritti, di fronte al potere organizzatorio della Pubblica amministrazione, come veri e propri interessi legittimi⁵.

Comune è però la convinzione per cui, in tali casi, il diritto soggettivo, quand'anche configurabile come tale è, comunque, *finanziariamente condizionato*: sicché il suo pieno soddisfacimento è subordinato alla sussistenza della provvista finanziaria.

Nella materia sanitaria, nella quale con maggior frequenza si è posto il riferito problema, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella decisione n. 8 del 2006⁶, ha affermato che «la determinazione da parte dell'Amministrazione del tetto di spesa e la suddivisione di essa tra le attività assistenziali, costituisce esercizio del potere di programmazione sanitaria, a fronte del quale la situazione del privato è di interesse legittimo.».

Nella stessa materia la Corte costituzionale, con la sentenza n. 200 del 2005, ha affermato che anche le norme di principio della legislazione statale sono «dirette a garantire ad ogni persona il diritto alla salute come “un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente

protetti”, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento (sentenze nn. 304 del 1994, 247 del 1992)».

2. Il potere amministrativo nello Stato sociale, e i diritti fondamentali (un breve inquadramento)

L'indagine sulla possibilità di apporre (ed opporre) limiti di natura finanziaria all'accesso dei disabili alle prestazioni necessarie a garantire i diritti fondamentali si colloca, in un'ottica di teoria generale, nell'ambito della riflessione sul rapporto fra forme di Stato e funzione amministrativa: «l'incremento dei compiti dell'Amministrazione, e dei settori di attività soggetti a regime amministrativo, non incide dunque solo sul piano dell'organizzazione amministrativa, ma aumenta proporzionalmente la possibilità di conflitto fra tali compiti ed attività. In particolare, posto che fine del potere amministrativo è quello di garantire l'effettività della tutela costituzionale (anche) dei diritti sociali, tale connotato finalistico entra tuttavia in comparazione con l'esigenza di cura di altri interessi di cui pure l'amministrazione è tributaria (o dai quali è comunque condizionata), come quello al contenimento della spesa pubblica, che a seguito del patto di stabilità ha una precisa rilevanza anche sul piano dei parametri sovranazionali di legittimità dell'attività amministrativa»⁷.

Nello Stato sociale, il ruolo della Pubblica amministrazione, di redistribuzione di risorse limitate nell'assolvimento degli obblighi e dei doveri di tutela,

4. Sulla compressione della potestà organizzativa dei servizi pubblici per effetto dei vincoli derivanti dal patto di stabilità, si vedano le sentenze nn. 4/2004, 17/2004 e 36/2004 della Corte costituzionale. Per un'ipotesi di scrutinio di ragionevolezza della scelta del legislatore regionale tendente a parametrare (e limitare), nella logica della programmazione, la spesa sanitaria sulla base dei flussi di prestazioni registrati negli anni precedenti, Corte costituzionale, sentenza n. 111 del 18 marzo 2005.

5. Consiglio di Stato, VI, 3 febbraio 2006 n. 388: «*Va in proposito condiviso l'orientamento del giudice amministrativo a tenore del quale il diritto patrimoniale ai contributi di esercizio spettanti alle imprese che gestiscono i servizi di trasporto pubblico locale non nasce direttamente dalla legge, ma da una manifestazione di volontà della regione espressa nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali; pertanto, la posizione delle suddette imprese, che lamentino la insufficiente espansione del proprio diritto, in conseguenza dell'illegittima determinazione del contributo, ha consistenza di interesse legittimo e la relativa azione rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo (Tar. Puglia, sez. I, 26-06-1995, n. 664) ora divenuta, nel settore del servizio pubblico dei trasporti, un campo di giurisdizione esclusiva.*

La Corte di cassazione ha confermato indirettamente tale principio quando ha statuito che in materia assegnazione di contributi e di sovvenzioni, previsti da leggi regionali a favore delle imprese concessionarie di servizi pubblici di trasporto, l'Amministrazione regionale diviene titolare di un debito correlato ad un credito in capo alla impresa concessionaria, solo a partire dal momento in cui emana la delibera che determina l'entità del contributo spettante alla impresa medesima; tale credito dell'impresa è azionabile soltanto davanti al giudice ordinario (Cass., sez. un., 26-04-2000, n. 288)».

6. In *Foro It.*, 2007, III, p. 200.

7. G. Tulumello, *La funzione: fisionomia e implicazioni del potere amministrativo nello stato sociale pluriclasse*, in *Giustamm.it*, 2015, cui si rinvia anche per i necessari riferimenti giurisprudenziali e bibliografici.

per un verso sembrerebbe imporre la qualificazione dei connessi diritti sociali come diritti (formalmente sanciti, ma) finanziariamente condizionati all'effettiva disponibilità delle risorse necessarie per riempirli di effettivo contenuto; e, per altro verso, pone il soggetto pubblico nella dialettica fra astratto disporre e concreto provvedere, vale a dire nella necessità, a fronte dell'incontestabile garanzia di diritti tutti parimenti tutelati e conformati, di ripartire le (inferiori) risorse esistenti.

Il problema si appunta dunque sui limiti che tale potere incontra quando, per ragioni di natura finanziaria, nega o riduce l'accesso alle prestazioni necessarie a garantire l'effettività del diritto.

In questa indagine, la prospettiva della "incomprimibilità" dei diritti fondamentali ad opera del potere amministrativo, elaborata dalla giurisprudenza in materia di riparto della giurisdizione, è antistorica, oltre che elusiva sul piano dogmatico⁸.

Il pluralismo pone infatti la necessità che, a fronte di tali, plurime esigenze potenzialmente antagoniste, si rinvenga, come criterio ordinatore, una "gerarchizzazione degli interessi"⁹.

D'altra parte l'opposta prospettiva egualitaria, oltre ad essere incompatibile con chiare indicazioni sia sistematiche che positivizzate, rischierebbe di condurre il sistema allo stallo e alla paralisi.

Il tradursi in atto del potere amministrativo è il veicolo attraverso il quale tale gerarchia degli interessi, fissata a livello normativo, trova concreta attuazione.

Il potere amministrativo gioca dunque nella vicenda non già un ruolo di limite, ma al contrario un ruolo

di necessario meccanismo di attuazione del diritto: «*nello Stato sociale la vuota enunciazione costituzionale o convenzionale del diritto è priva di contenuto se non è riempita dalla prestazione corrispondente, che deve essere resa dall'amministrazione: il potere conformativo, in altre parole, correlato alla funzione di regolazione (volta a ricercare una compatibilità nel potenziale conflitto fra le tante attività oggetto di tutela anche costituzionale e convenzionale), riempie di contenuto un catalogo di diritti dal contenuto altrimenti puramente simbolico*»¹⁰.

La verifica della legittimità dell'esercizio del potere, avuto riguardo al parametro normativo portante la gerarchia fra gli interessi (e la concreta disciplina di questi), è dunque la prospettiva per una coerente ed efficace verifica della effettività della tutela dei diritti fondamentali (conformati): anche in ipotesi di negazione della pienezza della tutela per ragioni legate all'incapienza delle risorse.

3. Un esempio: il sostegno scolastico ai minori affetti da disabilità grave

In materia di accesso dei disabili al sostegno scolastico, ad esempio, si è in proposito affermato che l'indicata attività di ripartizione delle risorse, «che produce nella sfera giuridica del disabile grave gli effetti lesivi lamentati con il ricorso in esame, è all'evidenza (...) improntata a criteri discrezionali: solitamente funzionali ad una ripartizione proporzionale, fra i disabili gravi frequentanti la medesima scuola, delle limitate risorse disponibili»¹¹.

8. «*La configurazione di diritti tutelabili ad oltranza contro ogni potere dell'amministrazione peraltro non convince: opinare nel senso che un diritto rimane diritto anche a fronte di un potere attribuito da una legge significa ritenere che esso sia stato giudicato "vincente" rispetto a qualsiasi altro interesse da una fonte superiore alla legge stessa e, dunque, dalla Costituzione. Seguendo tale ragionamento, tuttavia, in presenza di un potere conferito dalla legge, il giudice non può accordare la preferenza al diritto condannando l'amministrazione e sostanzialmente disapplicando la legge, ma semmai, ove ritenga che questa abbia attribuito all'amministrazione un potere che non le spettava, deve sollevare la questione di legittimità costituzionale della legge per contrasto con la disposizione costituzionale che configura come intangibile il diritto. In ogni caso, la prospettiva di una Costituzione che irrigidisce il sistema prevedendo diritti individuali (soprattutto in materie che interessano la collettività) non degradabili e sottratti ad ogni potere pare non rispondente alla realtà di diritto positivo, che non vieta il conferimento di poteri pubblici nel settore dell'ambiente e della salute; essa, d'altro canto, non consente di fornire una soluzione all'ipotesi — pur di difficile concreta ipotizzabilità — in cui la collisione sia non già tra interesse individuale tutelato ad oltranza e interessi pubblici, bensì tra due interessi individuali della stessa dignità (ad es. diritto alla salute) e di pari livello costituzionale, allorché cioè la soddisfazione di uno potrebbe comportare il sacrificio di altri» (E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XI ed., Giuffrè, Milano, 2009, p. 322).*

9. G. Tulumello, *Pianificazione urbanistica e dimensione territoriale degli interessi*, Giuffrè, Milano, 1996, in specie pp. 91 ss.

10. G. Tulumello, *Tutela dei diritti fondamentali o fondamentalismo nella tutela dei diritti?*, in *giustamm.it*. In argomento si veda altresì la ricostruzione di R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, ove (p. 135) il richiamo all'osservazione di N. Bobbio (*L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 73) secondo la quale «mentre i diritti di libertà nascono contro lo strapotere dello Stato, e quindi per limitarne il potere, i diritti sociali richiedono per la loro pratica attuazione, cioè per il passaggio dalla dichiarazione puramente verbale alla loro protezione effettiva, proprio il contrario, cioè l'accrescimento del potere».

11. Tar Sicilia, Palermo, sentenza n. 3111/2014; ove l'ulteriore osservazione secondo la quale «È proprio l'esercizio di questo potere discrezionale, espressione dell'autonomia organizzativa e didattica, che riempie di contenuto il diritto, in modo conforme o meno al paradigma normativo. La mancata attribuzione di tutte le ore di sostegno indicate nel p.e.i. non è mai una mera omissione negligente,

Ne consegue, secondo tale impostazione, che «la conformazione del diritto allo studio del disabile non è operata dallo strumento programmatico (che, nella teoria della predeterminazione dell'attività amministrativa, ha una mera funzione di autovincolo al successivo esercizio del potere discrezionale): ma dal provvedimento amministrativo che, in esercizio del potere autoritativo, e sulla base delle norme primarie da ultimo richiamate, assegna l'insegnante di sostegno»¹².

Il problema, allora, non è negare il ruolo – imprescindibile, nell'attuale forma di Stato – del potere amministrativo nella vicenda dei diritti fondamentali, ma piuttosto individuare il paradigma normativo alla stregua del quale va esercitato detto potere; e, più nello specifico, verificare se in questa opera di conformazione dei diritti fondamentali l'Amministrazione possa qualificare tali diritti come finanziariamente condizionati, ovvero se abbia un obbligo di risultato rispetto alla loro tutela, pur in un contesto di scarsità di risorse.

La risposta è, evidentemente, nel secondo senso.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 80 del 2010, ha affermato la natura incompressibile – rispetto a contingenti esigenze della finanza pubblica – del diritto fondamentale del soggetto disabile a fruire di un percorso scolastico effettivo, ed ha espressamente circoscritto lo spazio della discrezionalità legislativa in materia entro limiti tali da non interferire con la garanzia del richiamato diritto fondamentale, escludendo in tal modo che quest'ultimo possa qualificarsi come diritto finanziariamente condizionato.

In conseguenza di tale arresto del giudice delle leggi, il parametro normativo del potere amministrativo in materia è stato modificato dallo stesso legislatore, che ha emanato il decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 (convertito dalla legge 30 luglio 2010, n. 122), che autorizza il superamento del contingente degli insegnanti di sostegno qualora ricorrano le condizioni di cui all'art. 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (è appena il caso di osservare, in proposito, che ancorché la disposizione sia strutturata – per superare il precedente ostacolo normativo – in chiave autorizzatoria, l'unico significato costituzionalmente compatibile della stessa è quello che tenga conto della citata sentenza n. 80 del 2010 della Corte costituzionale, nella parte in cui questa ha chiaramente affermato che la soppressione della riserva

che consentiva di assumere insegnanti di sostegno a tempo determinato «non trova alcuna giustificazione nel nostro ordinamento, posto che detta riserva costituisce uno degli strumenti attraverso i quali è reso effettivo il diritto fondamentale all'istruzione del disabile grave»).

Pertanto, il quadro costituzionale e legislativo è nel senso della necessità per l'Amministrazione di erogare il servizio didattico predisponendo, per l'ipotesi di disabilità grave, le misure di sostegno necessarie per evitare che il soggetto disabile altrimenti fruisca solo nominalmente del percorso di istruzione, essendo impossibilitato ad accedere ai contenuti dello stesso in assenza di adeguate misure compensative.

Il potere amministrativo, alla stregua dei superiori parametri normativi, deve essere quindi esercitato «in un'ottica di risultato, in funzione dell'interesse pubblico a garantire al minore disabile opportune ed adeguate misure di sostegno non già avulse dal riferimento allo specifico contesto formativo, o – il che è lo stesso – ad esso connesse in modo soltanto parziale ed insufficiente (come è avvenuto nel caso di specie), ma piuttosto orientate ad assicurare l'effettività dell'inserimento dell'interessato nel percorso scolastico frequentato»¹³.

Più di recente la Corte costituzionale, con la sentenza n. 275/2016, ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 6, comma 2-bis, della legge della Regione Abruzzo 15 dicembre 1978, n. 78 (Interventi per l'attuazione del diritto allo studio), aggiunto dall'articolo 88, comma 4, della legge della Regione Abruzzo 26 aprile 2004, n. 15, recante: «Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2004 e pluriennale 2004-2006 della Regione Abruzzo (Legge finanziaria regionale 2004)», nella parte in cui prevede, per gli interventi previsti dall'articolo 5-bis della medesima legge e, in particolare, per lo svolgimento del servizio di trasporto degli studenti portatori di *handicap* o di situazioni di svantaggio, che la Giunta regionale garantisce un contributo del 50% della spesa necessaria e documentata dalle Province solo «nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa»¹⁴.

ma è l'effetto di una scelta volitiva, conseguente ad una ponderazione comparativa, tendente a minimizzare e a ripartire fra i soggetti aventi diritto le ricadute pregiudizievoli della limitatezza delle risorse disponibili».

12. Tar Sicilia, Palermo, sentenza n. 3111/2014, cit.

13. Tar Sicilia, Palermo, sentenza n. 474/2011.

14. Su tale sentenza si vedano, tra gli altri, L. Carlassare, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalidabili" alla discrezionalità del legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2016, p. 2339; e Blando, *Soggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto*, in *www.federalismi.it*, 10/2017.

4. Ricadute in punto di riparto della giurisdizione

Le richiamate coordinate teoriche della fattispecie non dovrebbero lasciare adito a dubbio alcuno sulla giustiziabilità davanti al giudice amministrativo delle relative pretese¹⁵.

La lamentata lesione dei diritti fondamentali dei soggetti disabili, conseguente ad un mancato o insufficiente accesso alle prestazioni necessarie per una piena ed effettiva garanzia dei diritti medesimi, non può che essere conosciuta dal giudice naturale della funzione pubblica: di quella funzione, cioè, che nell'attuale forma di Stato ha l'imprescindibile ruolo di dare concreta attuazione alla enunciazione altrimenti solo nominalistica del diritto.

Al di là della qualificazione della situazione giuridica dedotta – secondo l'ordinario criterio di riparto della giurisdizione – come diritto soggettivo o come interesse legittimo, nessun ostacolo si frappone del resto a questa soluzione, una volta introdotta l'ipotesi di giurisdizione esclusiva su diritti, *ex* articolo 133, comma 1, lett. c), del cod. proc. amm.vo.

La natura fondamentale del diritto che si assume lesa non elide, ma anzi rafforza, il legame con il potere e con il suo giudice¹⁶.

La Corte costituzionale, del resto, aveva chiaramente affermato che la lesione di un diritto fondamentale riconducibile ad un provvedimento dell'Amministrazione ben può essere giudicata dal giudice amministrativo: «La richiamata giurisprudenza di

questa Corte esclude, poi, che la giurisdizione possa competere al giudice ordinario per il solo fatto che la domanda abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno (sentenza n. 191 del 2006). Il giudizio amministrativo, infatti, in questi casi assicura la tutela di ogni diritto: e ciò non soltanto per effetto dell'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli articoli 24 e 111 della Costituzione, di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma anche perché quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa» (Corte costituzionale, sentenza n. 140 del 2007).

Si tenga presente, in punto di effettività della tutela, che il novero delle azioni esperibili davanti al giudice amministrativo si connota per una gamma più ampia, e per la previsione di più penetranti poteri decisori, rispetto alle soluzioni offerte dal giudizio civile: si pensi, ad esempio, all'effetto conformativo del giudicato amministrativo, che estende la portata della pronuncia – per rimanere nell'esempio del sostegno scolastico ai disabili gravi – anche ad anni scolastici successivi a quello per cui si agisce¹⁷.

Nondimeno, un tralaticio ricorso a categorie ormai antistoriche, come quella – in precedenza richiamata – dell'incomprimibilità dei diritti fondamentali, nonché – più di recente – un malinteso richiamo alla normativa in materia di protezione contro gli atti discriminatori, hanno portato a pronunzie

15. In argomento, per una riflessione condotta anche alla luce del diritto convenzionale e sovranazionale, sia consentito il rinvio a G. Tulumello, *Sicurezza sociale e libertà individuali nell'area del Mediterraneo: fenomenologia del potere amministrativo, fisionomia del suo giudice e condizionamenti identitari*, in *Giustamm.it*, 2010.

16. Per l'analisi del ruolo del giudice amministrativo nella vicenda della tutela dell'istruzione dei disabili gravi e dei relativi rimedi, si veda F. Zammartino, *La tutela dei diritti sociali nei più recenti approdi della giurisprudenza amministrativa tra vincoli di bilancio e principio di libera concorrenza*, in *Giustamm.it*, 2017.

17. Tar Sicilia, Palermo, sentenza n. 1947/2013: «Nel caso all'esame del Collegio la parte ricorrente ha proposto, in materia di giurisdizione esclusiva, una domanda di accertamento di un diritto soggettivo: id est, la domanda di vedere riconosciuto il diritto del minore ad essere assistito durante le ore di frequenza scolastica).

Il dato fattuale – la cui sussistenza è stata documentalmente accertata in capo all'odierno ricorrente nel presente giudizio – che, in base alle disposizioni primarie che regolano la fattispecie, costituisce elemento costitutivo di tale diritto, è di natura sanitaria, e precisamente il documentato stato di disabilità grave e la connessa necessità di assistenza nell'ambiente scolastico.

La domanda tendente all'accertamento di tale diritto poggia su di un interesse che non è in alcun modo limitato dall'efficacia temporale del provvedimento amministrativo – emanato in relazione al singolo anno scolastico – che, non assegnando l'assistenza, ha negato il riconoscimento; ovvero dal comportamento inerte che ha prodotto lo stesso risultato.

L'accertamento del diritto è infatti propedeutico alla prestazione richiesta, ma – anche per tale relazione di propedeuticità – è cosa diversa da essa, sicché il venir meno dell'interesse alla singola prestazione non determina il venir meno all'interesse a che il diritto venga affermato e riconosciuto in sede giurisdizionale: anche in relazione all'effetto conformativo di tale riconoscimento sulle future condotte dell'amministrazione, qualora non mutino i citati elementi di fatto su cui il riconoscimento medesimo si fonda.

La domanda di accertamento della illegittimità della condotta dell'amministrazione, consistita nel non aver assegnato l'assistenza necessaria, deve essere pertanto accolta, con conseguentemente riconoscimento del diritto del minore ricorrente ad essere assistito, durante le ore di frequenza scolastica, da un assistente, almeno fino a quando non risulti documentalmente modificata la richiamata condizione – ad oggi riscontrata in positivo – su cui si fonda l'affermazione di tale diritto (stato di disabilità grave, e connessa necessità dell'assistenza per cui è causa)».

di segno diverso del giudice del riparto¹⁸, cui hanno fatto seguito una decisione dell'Adunanza plenaria resa nell'ottica di un "concordato giurisprudenziale" (ma con articolate motivazioni maggiormente consapevoli dei principi, e di fatto – come subito si dirà *infra* – costituenti le premesse per una riaffermazione della giurisdizione amministrativa)¹⁹, nonché anche pronunce espressamente declinatorie di una parte della giurisprudenza amministrativa di primo grado²⁰.

La maggior parte della giurisprudenza amministrativa ha, nondimeno, continuato a riaffermare, proprio nell'ottica di garanzia dell'effettività di diritti che necessitano (non della negazione, ma) dell'esercizio del potere, e soprattutto sulla base di una lettura sistematica e garante dei principi delle norme sul riparto, la propria giurisdizione²¹.

La dialettica sembra essersi ricomposta con la chiara affermazione, anche da parte del giudice amministrativo d'appello (con espressi richiami alla citata decisione dell'Adunanza plenaria n. 7/2016), della giurisdizione amministrativa, indipendentemente dal fatto che la lite si collochi a monte o a valle dell'adozione, da parte dell'Amministrazione, del documento programmatico concernente l'assegnazione della misura di tutela richiesta²².

Rimangono tuttavia, anche in un'ottica di politica del diritto e della giurisdizione, tutte le perplessità legate all'incertezza circa l'individuazione del giudice da adire, prodotta dalle richiamate oscillazioni giurisprudenziali, in uno dei settori di tutela più delicati e sensibili, anche in relazione alle esigenze di celerità della risposta giurisdizionale alla limitazione all'ac-

cesso, per ragioni legate al vincolo di bilancio, alle prestazioni di tutela.

Conclusioni: amministrazione di risultato e tutela della disabilità

Si è dato conto, in altra sede, del fenomeno della necessità di una riconsiderazione problematica, da più parti avvertita, della stessa nozione di interesse pubblico, e quella di interesse pubblico primario, per effetto «del pluralismo sociale che informa di sé la società e la forma di Stato, e della conseguente tendenza, da parte della legge, alla tutela di interessi particolari spesso in conflitto fra loro»²³.

Si è altresì rilevata, poco sopra, l'ineludibile esigenza di individuare una gerarchia degli interessi quale criterio ordinante di fronte alla complicazione – quantitativa e qualitativa – dei compiti dell'Amministrazione conseguente al pluralismo portato dallo Stato sociale pluriclasse.

Il passaggio ulteriore è relativo alle modalità della verifica di conformità al paradigma normativo di riferimento dell'assetto d'interessi portato dal provvedimento.

Se il nuovo modello di relazione fra legge e potere amministrativo porta, come pure si è già osservato, ad una rivisitazione della nozione di interesse pubblico, ciò induce allora a ritenere che l'esercizio del potere discrezionale debba essere parametrato non al formale rispetto di una regola, ma al raggiungimento del risultato voluto dalla norma attributiva²⁴.

18. Corte di cassazione, Sez. un., n. 25011 del 25 novembre 2014.

19. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza n. 7/2016.

20. Tar Sicilia, Palermo, III sentenze nn. 1940/2017, 2653/2017, 1772/2018.

21. Tar Sicilia, Palermo, I Sezione, sentenza n. 3111/2014. Su tale sentenza, e in generale sulla risposta della giurisprudenza amministrativa all'arresto del giudice del riparto richiamato nel testo, si veda l'analisi di A. Plaia, *Il Tar Sicilia e il Tar Toscana smentiscono il "revirement" delle Sezioni unite e ribadiscono la giurisdizione amministrativa in tema di diritto al sostegno scolastico del disabile*, in *Dir. civ. cont.*, 17 dicembre 2014. In senso analogo, successivamente, Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, sentenza n. 16 del 14 gennaio 2015; e Tar Lombardia, Milano, sez. III, ordinanza n. 73 del 16 gennaio 2015.

22. Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, sez. giurisdizionale, sentenza n. 234/2016: «dal che, a giudizio di questo collegio, consegue allora inevitabilmente la irrilevanza – sotto il profilo della giurisdizione – del fatto che la determinazione lesiva sia intervenuta in concreto "prima" o "dopo" la conformazione del diritto del disabile da parte del Pei: in discussione ne è infatti la sua "astratta" valutazione, quale presupposto sia del provvedimento impugnato, sia di quello ancora solo paventato. Entrambe le domande dunque si situano nel perimetro della giurisdizione amministrativa, non attenendo in alcun modo ad una ipotetica fase di "attuazione" di un provvedimento definitivamente cristallizzato (non essendolo nemmeno il Pei), ma riguardando sempre piuttosto la determinazione dell'attività di sostegno appropriata (secondo le risultanze diagnostiche acquisite). Giurisdizione amministrativa che non subisce, oltretutto, limitazione neanche sotto i due ulteriori aspetti della natura assoluta del diritto in discussione e della natura vincolata o tecnica dell'esercizio della potestà oggetto del giudizio». Nello stesso senso le successive sentenze nn. 49/2018, 258/2018 e 303/2018 del medesimo Consiglio.

23. G. Tulumello, *La funzione: fisionomia e implicazioni del potere amministrativo nello stato sociale pluriclasse*, cit.

24. Secondo Giacchetti (*Processo amministrativo e interesse generale*, in *Consiglio di Stato*, 10/2002, II, p. 1625), la rilettura dell'art. 97 Cost. conseguente alla portata innovativa dell'art. 1 della l. 241/1990, comporta una nuova formulazione del principio di legalità, per effetto

In questo senso, nella giurisprudenza comunitaria l'affermazione della tendenziale preminenza dell'interesse alla tutela ambientale rispetto agli interessi concorrenti, e la conseguente qualificazione come obbligo di risultato per le amministrazioni dell'obiettivo della salubrità ambientale, si rinvengono in significative decisioni sia della Corte di giustizia, che della Corte Edu²⁵.

La riflessione dogmatica porta così ad affermare che «il principio di legalità non si esaurisce nel rispetto del diritto, ma implica anche l'obbligo di agire nel rispetto del diritto, sicché sempre più all'inerzia – tipizzata come momento di disfunzione della attività – si ricollegano molteplici effetti giuridici, segnatamente sul piano della responsabilità»²⁶.

Il problema, tuttavia, presenta una dimensione ancor più complessa, non limitata al profilo della mera inerzia, alla quale non è estraneo il nuovo rapporto venutosi a instaurare fra interesse pubblico, esercizio del potere e responsabilità della Pubblica amministrazione nei confronti dei privati: «(...) la nuova Amministrazione per risultati tende a soppiantare sempre più la tradizionale Amministrazione per atti e conseguentemente il canone della correttezza dell'agire dell'Amministrazione, e specialmente quello della verifica giustiziale, tende a spostarsi – sotto la spinta di molteplici fattori – dalla legittimità formale alla bontà sostanziale, cioè all'effettiva idoneità dell'attività a conseguire finalità marcate dal pubblico interesse»²⁷.

La dottrina del risultato può essere riferita ad una triplice dimensione del diritto amministrativo: la disciplina dell'organizzazione, quella dell'attività (sotto il profilo del modo d'essere della funzione, che si traduce nelle regole che limitano l'esercizio del potere discrezionale), e quella – intermedia fra le prime due – del procedimento amministrativo.

Per quanto riguarda la dimensione della dottrina del risultato relativa all'esercizio del potere discrezionale, si è osservato che il profilo causale del singolo provvedimento va analizzato alla luce del collegamento che lo avvince alla complessa vicenda amministrativa, nell'ottica del risultato della stessa: in sostanza, quell'attenzione che i civilisti – anche sull'onda di precise indicazioni in tal senso fornite dal diritto positivo²⁸ – rivolgono non più al contratto, ma all' "operazione economica" in quanto tale²⁹, sembra essere dagli amministrativisti rivolta ora al risultato dell' "operazione amministrativa", in luogo del (e oltre il) mero contenuto dispositivo del provvedimento³⁰.

In quest'ottica la giurisprudenza ha affermato che è illegittimo il comportamento di un'amministrazione comunale che si limiti a riservare al soggetto disabile un posto per la sosta, gravando piuttosto su di essa una vera e propria "obbligazione di risultato" che le impone di adottare tutte le necessarie misure affinché la fruizione di tale prestazione sia effettiva, con conseguente giustiziabilità delle relative prese davanti al giudice amministrativo, in sede di giudizio di ottemperanza³¹.

della quale la legge sarebbe per l'amministrazione non lo scopo, ma il limite dell'attività, nel senso che l'amministrazione sarebbe tenuta a fare non solo tutto ciò che la legge le impone, ma altresì tutto ciò che risponde all'interesse della collettività, e che la legge non le vieta. L'opinione richiama alla mente la dialettica Zanobini-Ranelletti, e in particolare la posizione del secondo, per il quale l'amministrazione, a differenza del giudice, non ha il compito «di esprimere e realizzare la norma giuridica nei casi concreti; ma l'altro, profondamente diverso, di soddisfare i bisogni e interessi collettivi»; per l'Amministrazione, dunque, il diritto «come per l'individuo nella sua vita ed attività, è la norma, secondo e nei limiti della quale deve agire, per raggiungere gli scopi pratici della sua vita, cioè soddisfare i bisogni e gli interessi che sono nei suoi fini» (O. Ranelletti, *Principi di diritto amministrativo*, I., *Introduzione e nozioni fondamentali*, Piero, Napoli, 1912, p. 269; cit. da F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, aggiornam., vol. VI, Milano, 2002, p. 86, n. 55).

25. Su questa vicenda sia consentito il rinvio, per i necessari riferimenti, a G. Tulumello, *Sviluppo sostenibile, discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in F. Fracchia - M. Occhiena (a cura di) *Climate change: la risposta del diritto*, Editoriale scientifica, Napoli, 2010, pp. 133 ss.

26. P. Salvatore, *La legalità nell'amministrazione*, in *Giurisprudenza amministrativa*, 2007, IV, p. 100.

27. P. Salvatore, *La legalità nell'amministrazione*, cit., p. 100/101. In argomento anche F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, cit., p. 91, ove l'indagine intorno alla «predicabilità della (valutazione di) legittimità (oltre che a proposito degli atti e dei provvedimenti, anche) per l'attività amministrativa in quanto tale».

28. Il riferimento è all'art. 34, n. 1, del d.lgs 206 del 2005 (Codice del consumo), relativo all'accertamento della vessatorietà di clausole di contratti collegati, a seguito del quale si è affermato che «Il concetto di operazione economica è dunque ormai tipizzato», F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, XII d., E.S.I., Napoli, 2006, p. 822.

29. In argomento E. Gabrielli, *Il contratto e l'operazione economica*, in www.judicium.it, e negli *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*.

30. F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, cit., p. 84: «In relazione al risultato sembra necessario introdurre una nuova nozione, che può essere denominata operazione amministrativa, ad indicare l'insieme delle attività necessarie per conseguire un determinato risultato concreto».

31. Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, sez. giurisdizionale, sentenza 18 giugno 2018, n. 356: «Occorre muovere dalla esatta individuazione del bene della vita coltivato dalla ricorrente attraverso l'intera vicenda processuale; bene consistente,

Si tratta di una pronuncia – che fa un’applicazione della dottrina del risultato coerente con un canone di effettività della tutela – conforme a un indirizzo che si avverte nella giurisprudenza amministrativa più recente³².

Si può pertanto concludere rispondendo affermativamente all’interrogativo, posto da un recente contributo, circa il fatto che questa vicenda dimostra in modo particolarmente nitido come il “bene della vita” sia tutto nel diritto amministrativo³³: nel senso

che solo una piena e consapevole adozione da parte dell’Amministrazione delle misure necessarie a garantire il risultato di tutela, e il successivo sindacato sulla legittimità (intesa come conformità sostanziale e non formale al paradigma normativo) di tali misure da parte del giudice amministrativo (con l’eventuale adozione di ogni più idonea misura decisoria), può far ritenere effettiva la garanzia dei diritti riconosciuti ai soggetti disabili.

in estrema sintesi, nella concreta ed effettiva possibilità di fruire del parcheggio auto avuto in concessione dal Comune in quanto persona disabile al 100%.

Ciò sul rilievo – non contestato in punto di fatto neppure dal Comune e invero piuttosto sconcertante sul piano sociale - che, allo stato, la sola segnaletica apposta in corrispondenza di tale parcheggio, che reca bene impressa la targa della vettura in uso alla ricorrente, non valga da sola ad impedire che altri automobilisti occupino quel medesimo parcheggio.

Ciò premesso, si deve ritenere che gravi sull’Amministrazione comunale un’obbligazione di risultato, il cui oggetto consiste nel fare tutto ciò che sia necessario per assicurare alla titolare della concessione l’effettiva fruizione del parcheggio; rimettendo peraltro alla stessa Amministrazione la scelta delle modalità ritenute più utili e opportune per adempiere a tale obbligazione.

L’odierna appellante ha chiesto, a più riprese, che tale obbligazione fosse adempiuta secondo una modalità precisa, ossia attraverso la collocazione di dissuasori, con una tecnica – all’apparenza efficace e non particolarmente onerosa – che il Comune ha però sinora reputato poco compatibile, tra l’altro, con le esigenze della circolazione e con lo stato dei luoghi, infine prospettando anche che in tal modo (e mediante l’utilizzo di catene, sbarre o barriere) si potrebbe configurare una vera e propria occupazione del suolo pubblico.

A fronte di tale posizione del Comune, osserva il Collegio come vi possano essere altre modalità per assicurare il medesimo obiettivo primario – che rimane, come veduto, la fruizione effettiva e indisturbata del parcheggio in capo all’avente diritto; modalità che ben potrebbero consistere, inter alia, in aggiunta o in sostituzione rispetto a “dissuasori” (la cui tipologia è a scelta del Comune, quali catene, sbarre elettriche, pali retrattili), nel posizionamento di telecamere in chiave deterrente, ovvero nella costante presenza fisica di un vigile urbano che impedisca l’uso del parcheggio da parte di terzi o che, quanto meno, ne sanzioni sul piano amministrativo le condotte contrarie al Codice della strada, nella pronta disponibilità di un servizio di rimozione dei veicoli che occupino abusivamente il posto auto riservato.

Quel che non è dato consentire, di sicuro, è che le infrazioni dei singoli si giovino dell’assenza di controlli da parte dell’autorità competente.

In conclusione, deve ritenersi che il Comune con l’attività posta in essere all’indomani della sentenza del Tar del 2015 ne abbia eluso il contenuto di fondo e che sia necessario che a tale sentenza si dia corretta esecuzione assicurando, attraverso una o più (di una) delle modalità sopra indicate, la concreta ed effettiva fruizione del parcheggio.

Per verificare che ciò accada, e che non si rendano necessarie da parte di questo Giudice l’adozione di ulteriori misure, ordinatorie e di ordine patrimoniale (richieste con l’appello), il Comune dovrà alla scadenza di 90 giorni dalla comunicazione della presente sentenza depositare una relazione scritta che illustri le modalità operative con cui ha inteso assicurare tale fruizione del parcheggio, rinviando la causa ad una camera di consiglio successiva per valutare tali risultanze. Durante lo stesso periodo parte ricorrente ben potrà dare conto di eventuali infrazioni di terzi che le impediscano di parcheggiare».

32. In materia (non di sostegno didattico, ma) di assistenza scolastica ai disabili da parte dei Comuni, affermano che si sia in presenza «di obbligo di risultato, e non già di mera iniziativa procedimentale» Tar Sicilia, Palermo, sez. I, sentenze nn. 1947/2013 e 1958/2013. Considera illegittimo il limite finanziario all’assistenza, Tar Lombardia, Milano, sez. III, sentenza n. 697/2017, osservando che «l’art. 38, primo comma, della Costituzione, nello stabilire che lo Stato (da intendersi nel suo più ampio significato, ossia con riferimento ai vari livelli di governo) deve garantire il mantenimento e l’assistenza sociale ai soggetti indigenti ed inabili allo svolgimento di una proficua attività lavorativa, definisce un’obbligazione di risultato e non di mezzi».

Altre pronunce, al contrario, evidenziano la preoccupazione di scongiurare un rischio di “iperprotezione” del disabile: Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, sentenza n. 7826/2016 non ravvisa l’illegittimità costituzionale della normativa che prevede il cd numero chiuso ai fini dell’accesso ai corsi universitari nella parte in cui, nel disciplinare il predetto numero chiuso, non predispone una riserva di posti in favore dei soggetti disabili: «La previsione di un quota di posti riservata ai disabili, alla luce della previsione del cd numero chiuso e della sua riconosciuta legittimità costituzionale, finirebbe sostanzialmente per avvantaggiare nella competizione questi ultimi i quali, indipendentemente dal punteggio conseguito in relazione a quello conseguito da parte degli altri concorrenti, potrebbero fare affidamento comunque su di un certo numero di posti ad essi riservati».

33. V. Neri, *Il “bene della vita” è tutto nel diritto amministrativo?*, in giustizia-amministrativa.it, 2018.

L'inidoneità sopravvenuta al lavoro e l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli in una innovativa decisione della Cassazione

di *Olivia Bonardi*

Una recente sentenza della Sezione lavoro della Cassazione (n. 6798/2018) mette a fuoco gli obblighi del datore di lavoro relativi alla necessità di assumere quegli adattamenti organizzativi ragionevoli nei luoghi di lavoro ai fini di consentire la prosecuzione del rapporto con il dipendente diventato disabile.

1. Il caso

Il caso riguarda il licenziamento di un operaio di un'impresa appaltatrice dei servizi di manutenzione di un cementificio per inidoneità sopravvenuta, accertata dal medico competente e poi confermata dalla consulenza tecnica, principalmente dovuta a una broncopneumopatia respiratoria che non consentiva l'esposizione del lavoratore alle polveri, presenti in larga misura nella sede di lavoro. La consulenza tecnica aveva individuato però mansioni compatibili con lo stato di salute del lavoratore, che avrebbe potuto svolgere la propria prestazione nei locali di un'officina sufficientemente distante dal cementificio e nella quale avrebbe potuto essere addetto a più compiti, essendo la sua professionalità polivalente. Lo spostamento del dipendente avrebbe tuttavia comportato sia il mutamento delle sue mansioni, sia lo spostamento di altri lavoratori dall'officina di destinazione ad altri reparti, sia, infine, l'adozione di ulteriori misure di prevenzione, peraltro destinate alla tutela della salute della generalità dei lavoratori, come lo spolveramento dei locali. Quest'ultima misura avrebbe potuto, secondo la consulenza tecnica, essere effettuata senza la necessità di assumere nuovo personale. Sulla base di tali circostanze, il Tribunale di Cagliari in primo grado e la Corte d'appello di Cagliari confermavano l'illegittimità del licenziamento. Avverso tali decisioni l'impresa datrice di lavoro ricorreva per Cassazione, con diversi motivi di ricorso; in gran parte dichiarati inammissibili in quanto volti a contestare gli accertamenti di fatto compiuti dal giudice

di merito. È però importante soffermarsi sul secondo motivo di ricorso, che la Corte di cassazione dichiara in parte inammissibile e in parte infondato, confermando l'illegittimità del licenziamento. L'impresa datrice di lavoro aveva fatto ricorso per violazione e falsa applicazione degli articoli 1453, 1455, 1464 cc, dell'articolo 3, legge n. 604/66 in combinato disposto con l'articolo 41 della Costituzione. In sostanza la ricorrente lamentava la violazione della libertà di iniziativa economica in quanto le misure di prevenzione individuate dai giudici di merito per garantire la prosecuzione del rapporto di lavoro avrebbero comportato uno "stravolgimento irragionevole" della struttura produttiva e dell'organizzazione del lavoro. Ciò perché sarebbe stato necessario assumere una persona al fine di garantire la pulizia dalle polveri dell'officina, perché l'adibizione del lavoratore alle sole mansioni di officina avrebbe comportato lo spostamento dei dipendenti ivi addetti ad altre mansioni e perché nei periodi di fermo dell'officina il lavoratore addetto esclusivamente ad essa sarebbe rimasto inattivo. La Corte di cassazione anzitutto ritiene inammissibile il motivo inerente alla necessità di assumere un altro lavoratore, in quanto il giudice di merito aveva accertato, senza incorrere in vizi di motivazione, che l'attività di spolveramento in questione richiedeva un tempo limitato e non l'acquisizione di nuovo personale. Essa si sofferma invece sul cuore della questione della compatibilità delle misure necessarie per garantire la continuità dell'impiego del lavoratore con la libertà di iniziativa economica. La Corte interviene dunque sul tema dell'esatta estensione degli obbli-

ghi del datore di lavoro e dell'individuazione delle misure concrete che questi è tenuto ad adottare per salvaguardare l'occupazione del lavoratore divenuto inidoneo allo svolgimento delle mansioni e, per converso, dei margini di libertà di iniziativa economica di cui questi dispone nell'organizzare la propria attività. Due profili della decisione, peraltro tra loro strettamente connessi, risultano particolarmente innovativi: l'approccio al tema dell'inidoneità in collegamento con la tutela dei disabili alla luce del divieto di discriminazioni fondate su questo fattore, e la riconduzione all'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli a favore dei disabili della misura consistente nella redistribuzione delle mansioni tra i lavoratori al fine di reperire per il disabile attività compatibili con le sue menomazioni. La sentenza contribuisce a fare chiarezza circa i rapporti tra disabilità e inidoneità al lavoro, rapporti che, come è noto, risultano alquanto complicati a seguito delle modifiche alla disciplina dei licenziamenti apportate con la legge n. 92/2012 e con il d. lgs n. 23/2015. Al contempo, trattandosi di un licenziamento risalente al 2007, essa definisce alcune delicate questioni circa l'applicabilità dei nuovi principi in materia di discriminazioni per disabilità ai casi antecedenti all'introduzione, da parte dello Stato italiano, dell'obbligo di adottare le soluzioni ragionevoli previste dalla direttiva 2000/78/Ce a favore dei disabili e recepite nel nostro ordinamento solo nel 2013¹.

2. L'inidoneità sopravvenuta al lavoro nel puzzle normativo

Come è noto, a partire dalla decisione delle Sezioni unite della Cassazione del 7 agosto 1998, n. 7755², la sussistenza di un giustificato motivo di licenziamento è esclusa dalla possibilità di adibire il lavoratore ad «altra attività riconducibile – alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede – alle mansioni attualmente assegnate o a quelle equivalenti (art. 2103 cod. civ.) o, se ciò è impossibile, a mansioni inferiori, purché essa attività sia utilizzabile nell'impresa, secondo l'assetto organizzativo sindacabilmente stabilito dall'imprenditore».

La legge n. 68/1999 in materia di collocamento mirato dei disabili recepisce poco dopo il suddetto orientamento giurisprudenziale, ma non senza ambiguità, sia perché essa si limita a regolare due situazioni particolari - quella dell'aggravamento delle condizioni del disabile avviato al lavoro secondo la disciplina della medesima legge e quella del lavoratore divenuto inidoneo a causa di infortunio o malattia professionale - sia perché regola la materia con più disposizioni tra loro non ben coordinate. Non risulta affatto chiaro di conseguenza quali siano i limiti entro i quali il datore di lavoro è tenuto alla conservazione del posto di lavoro. Il comma 7 dell'articolo 1 stabilisce infatti che «i datori di lavoro, pubblici e privati, sono tenuti a garantire la conservazione del posto di lavoro a quei soggetti che, non essendo disabili al momento dell'assunzione, abbiano acquisito per infortunio sul lavoro o malattia professionale eventuali disabilità»³. Il comma 4 dell'articolo 4 stabilisce inoltre che per «i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia (...) l'infortunio o la malattia non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori. Nel caso di destinazione a mansioni inferiori essi hanno diritto alla conservazione del più favorevole trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza». Il comma 3 dell'articolo 10, infine, limitatamente alla categoria dei disabili assunti obbligatoriamente, dopo aver disposto una specifica procedura per il caso di aggravamento delle condizioni di salute o di modifiche dell'organizzazione del lavoro, sancisce che il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, «anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro», si accerti «la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda».

La legge n. 68/1999, ad ogni modo sostanzialmente distingue l'impossibilità parziale, che giustifica l'adozione di misure compensative e l'attivazione dell'obbligo di *repêchage*, da quella totale, che invece giustifica la cessazione del rapporto di lavoro⁴. Al contempo essa modifica il bilanciamento operato dalle Sezioni unite della Cassazione nel 1998, prevenendo

1. Obbligo previsto dall'art. 9, comma 4-ter del dl n. 76/13, inserito dalla legge di conversione n. 99/13, a seguito della condanna per inadempiamento all'art. 5 della direttiva subita dall'Italia. Cfr. Cgue 4 luglio 2013, *Commissione c. Repubblica italiana*, C-312/11.

2. In *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, p. 170. Per l'analisi degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali precedenti si rinvia a R. Voza, *Sopravvenuta inidoneità psicofisica e licenziamento del lavoratore nel puzzle normativo delle ultime riforme*, *Arg. Dir. Lav.*, 2015, p. 771.

3. Attribuisce alla norma il significato di un diritto incondizionato E. Pasqualetto, *La nuova legge sul collocamento obbligatorio dei disabili*, *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, p. 102; R. Voza, *op. cit.*, p. 771, ritiene invece che la norma contenga una mera enunciazione di principio, da leggersi in combinato disposto con il comma 4 dell'art. 4, da leggersi quindi, se ben intendo come garanzia del posto di lavoro salvo il caso di totale inidoneità al lavoro. In termini analoghi S. Giubboni, *Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento*, *Riv. Giur. Lav.*, 2016, II, p. 621.

4. Sul punto v. anche R. Voza, *op. loc. cit.*

do che si debbano altresì attuare degli adattamenti dell'organizzazione del lavoro (ma solo a favore dei disabili avviati obbligatoriamente) sancendo il diritto alla conservazione del precedente trattamento retributivo.

L'obbligo di adibizione del lavoratore ad altre mansioni è stato poi riconosciuto e ampliato a tutti i casi di inidoneità sopravvenuta al lavoro ad opera dell'articolo 42, d. lgs n. 81/2008⁵. Quest'ultimo infatti ha generalizzato la previsione in tal senso contenuta nell'art. 8 d.lgs n. 277/1991 che riguardava esclusivamente i casi di inidoneità temporanea dovuta all'esposizione ad agenti chimici, fisici e biologici. È stato esteso così a tutti i casi di inidoneità alla mansione specifica, indipendentemente dalle cause – pregresse, dovute alle condizioni di lavoro o derivanti da fatti estranei al rapporto di lavoro – l'obbligo di adibire il lavoratore ad altre mansioni equivalenti o inferiori, anche in questa disposizione con conservazione della retribuzione e del livello di inquadramento precedentemente acquisiti. Per inciso deve a mio avviso escludersi che tale disposizione sia stata implicitamente abrogata a seguito delle modifiche all'art. 2103 cc apportate dall'articolo 3, d.lgs n. 81/2015, trattandosi di norma speciale riguardante una situazione specifica non regolata dalla norma generale codicistica.

È su questo complesso di disposizioni tra loro mal coordinate e formatesi in modo alluvionale⁶ che si inseriscono da ultimo le recenti modifiche alla disciplina in materia di licenziamenti che prendono in considerazione i casi di inidoneità al lavoro, ma, è bene rilevarlo sin da ora, senza tenere in alcun modo conto dell'evoluzione normativa che nel frattempo ha subito il concetto di disabilità e ignorando quindi la sussistenza di rilevanti margini di sovrapposizione e, secondo alcune interpretazioni di pressoché totale equiparazione, tra inabilità al lavoro e disabilità. Il comma 7 dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, come risultante dalle modifiche apportate dalla legge n. 92/2012 prevede l'applicazione della tutela consistente nella reintegrazione e nel pagamento di un'indennità non superiore a 12 mensilità per il caso in cui si «accerti il difetto di giustificazione del licen-

ziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile». L'utilizzo della congiunzione “anche” fa sì che la disposizione abbia carattere generale e non sia destinata solo alle ipotesi di licenziamento di lavoratori avviati obbligatoriamente secondo la legge n. 68/1999⁷. Si ritiene che con questa formulazione il legislatore abbia inteso considerare la sopravvenuta inidoneità come «una fattispecie *sui generis* di giustificato motivo oggettivo»⁸. Diversamente, nel d.lgs n. 23/2015, all'articolo 2 dedicato al «licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale» si inserisce quello illegittimo «per difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68», con applicazione della tutela reintegratoria piena. Si è rimarcata subito la differenza lessicale, oltre che sul piano delle tutele, tra le due disposizioni: quella dell'art. 18 riferita all'inidoneità e quella del 2015 alla disabilità, pur mantenendosi inalterato il rinvio alle disposizioni di cui alla legge n. 68/1999. Secondo alcuni le due fattispecie, l'inidoneità e la disabilità rimarrebbero distinte⁹, altri sostengono la loro sostanziale sovrapposizione¹⁰. Per procedere oltre nell'analisi della questione occorre prima soffermarsi sulla nozione di disabilità rilevante ai fini del diritto antidiscriminatorio.

3. La nuova nozione di disabilità...

Menzionato prima nel Trattato di Amsterdam del 1997 e nella Carta di Nizza, il divieto di discriminazioni per disabilità in ambito europeo acquisisce piena forza giuridica con la direttiva 2000/78/Ce. Caratteristica specifica di questo divieto è la previsione contenuta nell'articolo 5, che attribuisce al datore di lavoro l'obbligo di adottare gli accomodamenti/soluzioni ragionevoli «per consentire ai disabili di acce-

5. Fermo restando il carattere speciale della normativa relativa alle modalità di accertamento dell'aggravamento delle condizioni di salute del disabile assunto ai sensi della l. n. 68/99. Cfr. Cass. 28 aprile 2017, n. 10576, che peraltro sembrerebbe ritenere tuttora sussistente anche una differenza sostanziale in ordine al diritto al mantenimento dell'occupazione, ma *contra v. infra* diffusamente nel testo.

6. In termini analoghi v. D. Casale, *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti*, *Arg. Dir. Lav.*, 2014, 2, p. 401.

7. R. Voza, *op. cit.*, 771.

8. R. Voza, *op. cit.*, 771.

9. C. Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, W.P. Csdle “Massimo D'Antona”, n. 248/15, p. 42; P. Bellocchi, *Interventi. La nullità del licenziamento nel d.lgs n. 23/2015*, *Dir. Rel. Ind.*, 2018, 1, p. 145.

10. S. Giubboni, *op. cit.*, p. 621.

dere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione». La direttiva come è noto viene recepita maldestramente dall'ordinamento nazionale, che nella fase di attuazione, nel d.lgs n. 216/2003 omette la previsione del suddetto obbligo. Il decreto, come è noto, verrà corretto solo a seguito di una condanna della Corte di giustizia dell'Ue¹¹. Né la direttiva, né il decreto attuativo peraltro forniscono una nozione di disabilità, lasciando così imprecisati i limiti di applicazione sia del divieto di discriminazioni, sia del correlato obbligo di adottare soluzioni ragionevoli. Il vuoto normativo ha dato inizialmente luogo ad alcune incertezze interpretative, in particolare emerse nel caso *Chacon Navas*¹², nel quale la Corte ha escluso l'equiparazione e l'applicabilità del divieto in questione ai casi di malattia, senza tuttavia riuscire a fornire, ad avviso di chi scrive, una nozione chiara di disabilità. Solo successivamente alla ratifica della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006¹³ la Corte di giustizia affina la sua giurisprudenza e fornisce una definizione, che allo stato attuale potremmo definire ben consolidata, di disabilità rilevante ai fini dell'applicazione del divieto di discriminazioni e con esso dell'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli. Secondo la Convenzione sono disabili «coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri». La definizione è particolarmente rilevante in quanto innova sia dal punto di vista qualitativo il concetto di disabilità, rimarcandone la sua dimensione sociale, che di per sé è in grado di alleviare o aggravare considerevolmente le difficoltà di accesso al lavoro e più in generale di integrazione sociale del disabile¹⁴, sia sotto il profilo della sua am-

piezza in quanto prescinde del tutto dalle specifiche definizioni nazionali e si caratterizza per l'assenza di una soglia specifica di incapacità al lavoro, che è invece tipica delle legislazioni statali¹⁵. La Corte ha inoltre precisato che è irrilevante se la disabilità della persona sia stata o meno certificata secondo le disposizioni del diritto nazionale e che è parimenti irrilevante il fatto che il datore di lavoro fosse o meno preventivamente a conoscenza della menomazione del lavoratore¹⁶. Nel primo senso, nella sentenza *Mo.da* la Corte ha affermato, con riferimento a una situazione di infortunio sul lavoro soggetta, secondo il diritto spagnolo applicabile al caso di specie, alla tutela previdenziale per invalidità temporanea, che tale circostanza «non implica, di per sé, che la limitazione della capacità di tale persona possa essere qualificata come “duratura” ai sensi della definizione di “handicap” contemplata da tale direttiva, letta alla luce della convenzione dell'Onu»¹⁷. Nella sentenza *Ruiz Conejero* la Corte ha poi affermato che il fatto che una persona sia riconosciuta «disabile secondo il diritto nazionale, non comporta a priori che egli sia affetto da una disabilità ai sensi la direttiva 2000/78», precisando altresì che spetta al giudice nazionale verificare se la situazione di cui è affetto il lavoratore possa essere qualificata disabilità a norma del diritto europeo¹⁸.

Si deve inoltre sottolineare come la definizione di disabilità accolta dalla Convenzione sia più ampia anche sotto un altro importante profilo qualitativo: essa non si limita a fare riferimento, come è tipico della legislazione nazionale e come previsto anche dall'articolo 5 della direttiva Ue per l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli, al solo rapporto tra menomazione della persona e accesso al mondo lavoro. La sussistenza o meno di una disabilità non dipende esclusivamente dalla capacità di lavoro della persona o, meglio, dall'incidenza che la menomazione ha sulla

11. Cgue, 4 luglio 2013, *Commissione c. Repubblica italiana*, C-312/11, *cit.*

12. Cgue, 11 luglio 2006, C-13/05, *Chacon Navas*.

13. Ratificata dall'Italia con l. n. 18/2009 e dall'Ue con decisione n. 2010/48/Ce.

14. V. per tutti M. Barbera, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 81; A. Venchiarutti, *Sistemi multilivello delle fonti e divieto di discriminazione per disabilità in ambito europeo*, *Nuova giur. Civ.*, 2014,4, p. 20409.

15. La legge italiana infatti, oltre a una definizione generale di disabilità contenuta nella l. n. 104/92, annovera diverse disposizioni, ciascuna delle quali rilevante ai fini dell'accesso a specifiche prestazioni. Basti qui ricordare la diversità di soglie previste per l'accesso ai trattamenti assistenziali a favore degli invalidi civili e quelle previste per l'assegno di invalidità a favore dei lavoratori dipendenti dalla l. n. 222/1984 o, ancora, quelle di cui alla l. n. 68/99 per l'accesso al collocamento mirato.

16. Cgue 18 gennaio 2018, C-270/16, *Ruiz Conejero*. Sulla questione della non necessaria appartenenza della vittima al gruppo portatore del fattore protetto v. E. Tarquini, *Il principio di non discriminazione in giudizio: la giurisprudenza nazionale tra tutele di diritto comune e fonti sovranazionali*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazioni nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 2017, p. 49.

17. Cgue, 1° dicembre 2016, C-395/15, *Mo.Da*.

18. Cgue, 18 gennaio 2018, C-270/16, *Ruiz Conejero*.

possibilità di accedere e di svolgere un lavoro, potendosi la stessa manifestare anche ed esclusivamente in altri campi della vita della persona e ciò nondimeno portare a un processo di esclusione e di emarginazione rilevante¹⁹. È questo, come si vedrà un profilo rilevante, che assume particolare rilievo nel momento in cui si dovrà passare a definire le interazioni e sovrapposizioni tra la nozione di disabilità e quella di inidoneità al lavoro. L'adozione della suddetta definizione di disabilità consente alla Corte di giustizia di ridefinire anche l'ambito di applicazione del divieto di discriminazioni con riferimento a situazioni della persona che secondo il diritto nazionale e secondo le definizioni di volta in volta da questi richiamate non sarebbero qualificabili come tali. Così la Corte ha anzitutto precisato che pur non potendosi estendere il divieto in questione ad ogni caso di malattia, esso è tale da comprendere anche ogni «condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia comporti una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori, e tale limitazione sia di lunga durata»²⁰. La tutela viene conseguentemente ampliata sino a ricomprendere situazioni particolari della persona quali l'obesità che di per sé non costituiscono né malattia né disabilità possono divenire tali ove «in ragione di una mobilità ridotta o dell'insorgenza (...) di patologie che le impediscono di svolgere il suo lavoro o che determinano una difficoltà nell'esercizio della sua attività professionale»²¹.

La Corte ha altresì avuto modo di precisare cosa si debba intendere per menomazione duratura. In assenza di limiti temporali predefiniti dal diritto europeo e dalla Convenzione Onu (alla stregua della quale si interpreta la direttiva Ue), e nell'impossibilità di fare riferimento alle disposizioni nazionali, è consi-

derata duratura una situazione che «non presenti una prospettiva ben delimitata di superamento nel breve periodo» o che «possa protrarsi in modo rilevante prima della guarigione di tale persona»²².

Per espressa previsione della Convenzione Onu, la discriminazione per disabilità comprende anche il rifiuto di adottare soluzioni ragionevoli. Si può ritenere che si tratti di una ulteriore ipotesi di superamento della nozione comparativa di discriminazione o che il vincolo positivo di attivarsi con soluzioni ragionevoli per consentire al disabile di accedere o mantenere un lavoro debba essere adempiuto prima di procedere alla valutazione comparativa²³. Ciò significa in ogni caso che la valutazione della capacità lavorativa del disabile può essere legittimamente valutata solo dopo l'assolvimento di tale obbligo²⁴.

4. ...e la sua incidenza sul licenziamento per inidoneità sopravvenuta

Nella sentenza che si commenta la Cassazione, dopo un'attenta ricostruzione della nozione europea di disabilità, conferma la decisione dei giudici di merito che avevano dichiarato il licenziamento illegittimo in quanto sussisteva per il datore di lavoro la possibilità di adottare soluzioni ragionevoli atte a consentire al lavoratore di continuare a lavorare. La conclusione si allinea perfettamente all'interpretazione data dalla Corte di giustizia Ue della nozione di disabilità e alle conclusioni cui è giunta parte della dottrina e della giurisprudenza di merito nazionali²⁵. Il nuovo approdo giurisprudenziale richiede tuttavia alcuni approfondimenti e specificazioni. Se si può ormai ritenere sufficientemente condivisa la conclusione per cui il datore di lavoro, in caso di inidoneità sopravvenuta sarà legittimato a risolvere il rapporto di lavoro solo a condizione che, nonostante l'adozione di tutti gli adattamenti ragionevoli, non

19. Ma si veda in questo senso già la l. n. 104/92, la quale fa riferimento a una menomazione che sia tale da «causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione».

20. Cgue, 11 aprile 2013, *HK Danmark*, C335/11 e C337/11. La Corte definirà in seguito disabilità qualsiasi «limitazione di capacità, risultante in particolare da durature menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori». Cfr. Cgue 18 gennaio 2018, C-270/16, *Ruiz Conejero*, e nello stesso senso in precedenza 9 marzo 2017, C406/15, *Milkova*. Per l'accoglimento di tale definizione da parte della giurisprudenza nazionale v. Cass. 9 luglio 2015, n. 4348.

21. Cgue, 18 gennaio 2018, C-270/16, *Ruiz Conejero*; Cgue, 18 dicembre 2014, *FOA*, C354/13.

22. Cgue, 1° dicembre 2016, C-395/15, *Mo.Da*.

23. In quest'ultimo senso v. M. Barbera, *op. cit.*, 1 pp. 82 ss.

24. P. Lambertucci, *Il lavoratore disabile tra disciplina dell'avviamento al lavoro e tutela contro i licenziamenti: brevi note a margine dei provvedimenti attuativi del cd Jobs Act alla "prova" della disciplina antidiscriminatoria*, *Arg. Dir. Lav.*, 2016, p. 1147.

25. V.T. Ivrea, 24 febbraio 2016, *cit.*, S. Giubboni, *op. cit.*, p. 621.

sia più impossibile impiegare il lavoratore, si deve ancora chiarire esattamente in che modo e su quali profili del licenziamento incida la nuova nozione di disabilità e il relativo divieto di discriminazioni. Esso potrebbe agire su un duplice piano: in primo luogo esso sembrerebbe incidere sulla qualificazione stessa del licenziamento per inidoneità sopravvenuta: ove si acceda alla tesi che quest'ultima, traducendosi in una menomazione che impedisce lo svolgimento dell'attività lavorativa in condizioni di eguaglianza, coincide con la disabilità, ne conseguirebbe che, ove l'atto di recesso sia fondato proprio sull'impossibilità di proseguire il lavoro a causa di una duratura menomazione, a prescindere dalla terminologia impiegata nella motivazione, si realizza la condizione della diretta connessione tra l'atto meno favorevole per il lavoratore e il fattore protetto che integra gli estremi della discriminazione. In secondo luogo, poiché l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli è preliminare rispetto alla verifica della possibilità di continuare a impiegare il lavoratore, esso assume una valenza di clausola generale che rafforza e integra gli obblighi di *repêchage* validi per ogni caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo²⁶. Imponendo al datore degli obblighi positivi di fare che comprendono tutti i profili più rilevanti dell'organizzazione del lavoro (v. *infra* §5), la cui individuazione ed effettiva realizzazione sono sindacabili in sede giudiziale, risulta scalfito il dogma dell'insindacabilità delle scelte inerenti all'assetto imprenditoriale considerato sinora il limite dell'obbligo di *repêchage* del lavoratore²⁷.

Sul primo dei suddetti piani non si è ancora giunti a soluzioni interpretative sufficientemente chiare e condivise, discutendosi se il licenziamento per inidoneità sopravvenuta debba in ogni caso essere riquilificato come un licenziamento discriminatorio per disabilità, come qui si ritiene²⁸ o se le due fattispecie restino distinte, in tutto o in parte. La decisione della Cassazione che qui si commenta non si esprime sul punto, ma la questione va approfondita, in quanto la differenza non è di poco conto: da essa dipendono anzitutto l'applicazione della tutela reintegratoria

forte anche nelle imprese al di sotto dei 15 dipendenti e la quantificazione dell'indennità spettante al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo nell'ambito di applicazione della tutela di cui all'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, come modificato dalla legge n. 92/12. Inoltre la diversa qualificazione può esplicitare importanti riflessi in ordine al regime dell'onere della prova²⁹.

Secondo un primo orientamento, residua un ambito nel quale il licenziamento per inidoneità non dà luogo a una discriminazione, poiché sussisterebbero situazioni di inidoneità alla mansione specifica che non danno luogo a disabilità³⁰. Si fa in proposito l'esempio dell'acrobata che diventa inidoneo alle proprie mansioni e quello del lavoratore che contrae un'allergia a una sostanza impiegata nella propria specifica mansione ma che rimanga abile in qualunque altra attività. Peraltro proprio con riferimento agli esempi riportati si può osservare come le malattie da sovraccarico biomeccanico e le allergie da contatto rientrano nella tutela delle malattie professionali, e siano tali quindi non solo da giustificare la tutela previdenziale ma anche da far presumere la loro incidenza sulla capacità di lavoro. Sono però il carattere ampio della definizione di disabilità, che comprende qualsiasi patologia duratura, e la necessità di tenere nella giusta considerazione anche la dimensione sociale a far ritenere che la nozione europea di disabilità sia specifica, che si possa fondare cioè sulla valutazione relativa alla possibilità per la persona di svolgere il proprio attuale lavoro, e non generica, ciò che esigerebbe, come suggerito dalla dottrina che qui si discute, che la menomazione fosse apprezzata con riferimento a qualunque tipo di attività possibile. Una indiretta conferma in questo senso si può ricavare dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di obesità, che non viene considerata *tout court* una forma di disabilità ma che assume tale valenza allorquando per la ridotta capacità del lavoratore questa determini difficoltà nell'esercizio dell'attività lavorativa. Il fatto poi che la definizione comprenda non solo le menomazioni che impediscono di accedere a un lavoro ma anche quelle

26. P. Lambertucci, *op. cit.*, p. 1147; S. Giubboni, *op. cit.*, p. 621; in termini solo parzialmente coincidenti R. Voza, *op. cit.*, 771.

27. D. Izzi, *Il licenziamento discriminatorio secondo la più virtuosa giurisprudenza nazionale*, *Lav. Giur.*, 2016, 8-9, p. 748; S. Giubboni, *op. cit.*, p. 621.

28. Nello stesso senso D. Izzi, *op. cit.*, 748; T. Pisa, 16 aprile 2015, *Arg. Dir. Lav.*, 2016, II, p. 64. Non procede invece alla riquilificazione del licenziamenti pur ritenendo illegittimo il licenziamento intimato senza che siano state preventivamente adottate le soluzioni ragionevoli T. Ivrea, 24 febbraio 2016, *cit.*

29. In questo senso v. anche P. Digennaro, *Il licenziamento del lavoratore disabile tra modifiche normative e riscontri giurisprudenziali*, *Lav. Giur.*, 2015, 8-9, p. 859. Si v. anche P. Lambertucci, *op. loc. cit.*, che prospetta altresì una questione di illegittimità costituzionale dovuta al diverso regime di tutela di cui alla l. n. 92/2012 e al d.lgs 23/2015.

30. R. Voza, *op. cit.*, p. 771, M. Silvestri, *Il licenziamento del lavoratore disabile: una procedura speciale per una soluzione estrema*, *Lav. Giur.*, 2017, 11, p. 978; sembra aderire a questo orientamento anche P. Bellocchi, *op. loc. cit.*

che impediscono alla persona di mantenerlo e continuare a svolgerlo fa sì che l'apprezzamento dell'inidoneità specifica al lavoro debba essere effettuato tenendo conto del contesto in cui la persona è inserita e dunque dell'attualità e del concreto verificarsi per la persona dell'impossibilità di continuare a svolgere il proprio lavoro. In assenza di soglie percentuali di disabilità rilevanti ai fini della definizione della nozione di disabilità è quindi l'elemento teleologico dell'accesso e del mantenimento del posto di lavoro a fungere da criterio scriminante, elemento che non avrebbe senso valutare in via generale e astratta bensì nella sua effettiva e concreta capacità potenziale di produrre un impatto discriminatorio. Anche a non voler accedere a tale interpretazione è comunque il caso di ricordare come in ogni caso di inidoneità alla specifica mansione cui è adibito il lavoratore si applicano le disposizioni di cui al d.lgs n. 81/2008 con conseguente diritto del lavoratore di essere spostato a mansioni compatibili con il proprio stato di salute.

Non si comprende invece la posizione di chi, pur affermando espressamente che l'inidoneità sopravvenuta al lavoro determina in ogni caso l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli, ritiene che ciò non comporti "di per se e in generale" la riqualificazione del licenziamento come discriminatorio. Si precisa in tal senso che nel caso in cui sarebbe violato l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli il licenziamento sarebbe discriminatorio, mentre qualora sia acclarata l'insussistenza dell'inidoneità il licenziamento sarebbe ingiustificato³¹. Questa seconda conclusione non convince, in quanto l'applicazione del divieto di discriminazioni non presuppone necessariamente che il soggetto discriminato sia effettivamente portatore del fattore protetto. Ciò che conta non è l'appartenenza in sé al gruppo discriminato, quanto il collegamento sussistente tra l'atto meno favorevole subito dalla persona e il fattore discriminatorio. Tale affermazione è stata effettuata per la prima volta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia proprio con riferimento a un caso di discriminazione per disabilità, in cui una lavoratrice era stata licenziata a motivo della disabilità del figlio³² e ribadita in un caso di discriminazioni per motivi razziali³³.

Per converso si deve a mio avviso ritenere che se da un lato ogni inidoneità permanente al lavoro configura una disabilità ai sensi della normativa europea, non ogni atto discriminatorio a motivo della disabili-

tà presuppone l'inidoneità al lavoro: poiché la nozione è ampia e comprende anche gli effetti negativi che una menomazione può avere sulla vita di relazione della persona, possono configurarsi comportamenti discriminatori a danno di disabili sul lavoro anche in casi in cui la disabilità non sia tale da incidere sulla prestazione lavorativa. È il caso ad esempio del lavoratore che venga discriminato perché portatore o sospetto portatore di patologie che non impediscono la prestazione di lavoro ma che sono comunque fonte di emarginazione ed esclusione in quanto derivanti da presunti o reali comportamenti pregressi socialmente non accettati o tali da ingenerare pregiudizi e timori infondati. Si pensi al caso del lavoratore la cui sieropositività sia tenuta sotto controllo e non sia degenerata in malattia o che abbia subito danni estetici che rendono la vista persona sgradevole in contesti che non implicano relazioni con il pubblico o ancora al portatore di patologie psichiatriche curate con successo. Peraltro, in senso contrario si è espressa la Corte di giustizia nel caso *Z.*³⁴, escludendo che una patologia che impedisce definitivamente la possibilità di procreare possa essere considerata disabilità ai sensi della direttiva 2000/78/Ce, in quanto questa comprende solo le menomazioni che siano in grado di ostacolare la partecipazione alla vita professionale. Si tratta tuttavia di una conclusione discutibile, perché adotta una nozione più ristretta rispetto a quella della Convenzione Onu, in contraddizione con la giurisprudenza prevalente che esige invece che si verifichi di fatto se la menomazione della persona incida o no sul mantenimento del lavoro da parte della persona. Nella stessa sentenza del resto la stessa Corte non ha mancato di considerare che la patologia di cui soffriva la lavoratrice presentava carattere durevole ed era in grado di causare grave sofferenza. Anche accedendo all'interpretazione restrittiva fornita dalla Corte di giustizia e ritenendo quindi che menomazioni che non incidono sulla capacità di lavoro non rientrino nell'ambito di applicazione della direttiva europea, resta da considerare che esse rientrano comunque nell'ambito di applicazione della Convenzione Onu e, altresì, nella nozione ampia di disabilità delineata dall'art. 3, comma 1, legge n. 104/92 e tale da giustificare, sul piano nazionale, l'interpretazione estensiva.

È da osservare peraltro che seguendo l'orientamento che qui si propone le disposizioni normative che stabiliscono una disciplina particolare per il licen-

31. S. Giubboni, *op. cit.*, 641, n. 42.

32. Cgue, 17 luglio 2008, C-303/06, *Coleman*. Nel senso dell'illegittimità del licenziamento del *caregiver* v. anche Cass. 3 novembre 2015, n. 22421, *Riv. Giur. Lav.*, 2016, II, p. 366. Sulla questione v. anche E. Tarquini, *op. loc. cit.*

33. Cgue, 16 luglio 2015, C83/14, *Chez*.

34. Cgue 18 marzo 2014, C-363/12, *Z.*

ziamento per inidoneità sopravvenuta avrebbero ben pochi, se non nulli margini di applicazione, essendo le previsioni in esse contenute destinate a cedere rispetto alla più pregnante tutela antidiscriminatoria. Residua tuttavia un limitato campo di applicazione delle disposizioni in questione, che riguarda i casi di licenziamento per inidoneità temporanee al lavoro che non siano riconducibili a patologie e menomazioni durature e che pertanto non rientrano nell'ambito di applicazione della nozione di disabilità³⁵, nonché casi specifici di perdita di requisiti fisici particolari che non dà luogo a menomazioni, come potrebbe essere ad esempio l'aumento di peso dell'indossatrice che non è più in grado di portare la taglia d'abito richiesta.

5. L'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli e la sua incidenza sulla libertà di iniziativa economica

Come si è già accennato, uno dei profili più innovativi della sentenza che si commenta attiene al bilanciamento che deve essere effettuato tra tutela della persona disabile e libertà di iniziativa economica. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto legittimo richiedere al datore di lavoro non solo un aggravio organizzativo mediante l'adozione di ulteriori misure di prevenzione e tutela della salute come lo spolveramento dei locali, ma anche il mutamento di mansioni dei colleghi di lavoro e il loro spostamento da un reparto all'altro.

La sentenza delle Sezioni unite n. 7755/1998, nel bilanciare gli interessi costituzionalmente rilevanti al lavoro e alla salute del lavoratore da un lato e la libertà di iniziativa economica dall'altro, aveva individuato il nucleo essenziale di quest'ultima «nell'autodeterminazione circa il dimensionamento e la scelta del personale da impiegare nell'azienda ed il conseguente profilo dell'organizzazione interna del-

la medesima» nonché nella conservazione dei suoi equilibri finanziari. Al fine poi di non «pregiudicare il diritto al lavoro degli altri» e di evitare «prestazioni assistenziali» vietate dall'articolo 23 della Costituzione, la Corte stabiliva che l'assegnazione del lavoratore ad altre mansioni potesse essere rifiutata legittimamente dall'imprenditore ove comportante aggravii organizzativi e in particolare il trasferimento di singoli colleghi dell'invalido.

Il punto di equilibrio delineato dalle Sezioni unite nel 1998, secondo il quale il datore di lavoro non è tenuto a modificare l'organizzazione del lavoro per salvaguardare l'occupazione di un lavoratore messa a rischio dalle condizioni di salute di quest'ultimo non subisce sostanziali stravolgimenti negli anni successivi né si arricchisce di contenuti e specificazioni adeguate³⁶. L'orientamento nettamente prevalente verifica l'esistenza e la disponibilità di altre mansioni cui adibire il lavoratore senza che il datore di lavoro debba modificare la sua struttura organizzativa o alterare l'organizzazione aziendale. Si esclude che il datore di lavoro sia tenuto ad adottare tecnologie più avanzate e tali da ridurre la faticosità del lavoro³⁷; si esclude che il datore di lavoro debba concentrare in una sola posizione lavorativa le mansioni meno difficoltose attribuite, insieme ad altre più complesse, ai colleghi di lavoro³⁸, si esclude la possibilità di trasferire colleghi di lavoro³⁹. Le nuove mansioni cui il lavoratore deve essere adibito devono essere inoltre già disponibili in azienda e non create *ex novo*⁴⁰.

Non sono peraltro mancate posizioni meno rigide e decisioni che si sono spinte ad ammettere alcuni mutamenti organizzativi. Del resto, come si è osservato in dottrina, qualunque mutamento di mansioni determina, in ogni caso, «una qualche variazione organizzativa»⁴¹. Si tratta peraltro di una giurisprudenza che fa prevalentemente leva sulle disposizioni specifiche relative ai lavoratori avviati obbligatoriamente o ai lavoratori divenuti inidonei a seguito di infortuni sul lavoro o malattie professionali. Tali decisioni dun-

35. Ma v. sul punto A. Venchiarutti, *op. cit.*, secondo il quale la convenzione Onu comprende anche situazioni causate da menomazioni reversibili e di modesta entità.

36. Nello stesso senso v. R. Voza, *op. cit.*, p. 771. Ammette la redistribuzione dei compiti affidati ai lavoratori ma non la creazione di posti di telelavoro T. Ferrara, 22 ottobre 2008, *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, II, p. 652.

37. Cass. 5 agosto 2000, n. 10339, *GCMass*, 2000, p. 1730, relativa al caso di un lavoratore addetto al carico e scarico dei bagagli per i servizi aeroportuali; in termini analoghi relativi a casi di inidoneità agli sforzi fisici v. Cass. / marzo 2005, n. 4287, *GCMass*, 2005, 3; Cass. 19 agosto 2009 n. 18387, *Guida Dir.*, n. 38, 35.

38. Cass. 26 settembre 2002, n. 13960, *GCMass*, 2002, 1724, relativa a un caso di lavoratore avviato obbligatoriamente al lavoro perché disabile.

39. Cass. 13 ottobre 2009, n. 21710 che aveva peraltro confermato l'illegittimità del licenziamento perché il datore di lavoro aveva ommesso di accertare se sussistessero mansioni compatibili con lo stato di salute del lavoratore.

40. Cass. 24 maggio 2005, n. 10194.

41. R. Voza, *op. cit.*, 771.

que danno applicazione concreta a quanto già stabilito precedentemente dalla normativa antecedente alla generalizzazione dell'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli introdotto nel 2013⁴².

Quest'ultimo ora richiede una revisione degli orientamenti giurisprudenziali vigenti. A tale fine occorre anzitutto comprendere meglio quali siano le soluzioni ragionevoli. Né la direttiva 2000/78/Ce, né la Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità ne forniscono un elenco. Il 20° *Considerando* della Direttiva indica diverse categorie di possibili provvedimenti, come la sistemazione dei locali e delle attrezzature, l'adattamento dei ritmi di lavoro, la fornitura di mezzi di lavoro idonei, la ripartizione dei compiti e l'inquadramento dei lavoratori.

L'indicazione non è tassativa poiché si tratta di misure che devono essere valutate caso per caso in relazione alla situazione specifica di ciascun lavoratore e in relazione al contesto organizzativo. Peraltro, non ogni misura che consenta al lavoratore di mantenere l'occupazione è dovuta dal datore di lavoro: un primo limite è costituito proprio dalla ragionevolezza delle misure stesse, individuata per espressa disposizione della direttiva e analoga previsione della Convenzione Onu, nella sproporzione tra i benefici attesi e l'onere sostenuto dal datore di lavoro. L'articolo 5 precisa inoltre che non si può ravvisare sproporzione laddove l'onere sia compensato da misure poste in essere dagli Stati nell'ambito delle loro politiche a favore dei disabili. La proporzionalità, chiarisce inoltre il 21° *Considerando* della Direttiva, deve essere valutata tenendo conto, oltre che dei costi finanziari, altresì delle dimensioni e delle risorse dell'impresa e delle possibilità di questa di ottenere appositi finanziamenti⁴³. Una valutazione di questo tipo è stata effettuata ad esempio dal Tribunale di Ivrea⁴⁴ che ha ritenuto non sproporzionato il costo di una pedana elevatrice che avrebbe consentito di ridurre lo sforzo fisico della persona licenziata in quanto inferiore all'offerta conciliativa fatta dal datore di lavoro.

Un ulteriore limite è costituito dalla distinzione netta che la Corte di giustizia introduce tra le limitazioni delle possibilità di lavorare dovute alla disa-

bilità da altre condizioni della persona, come il fatto che questa non sia «competente, capace o disponibile a svolgere le mansioni essenziali del suo posto di lavoro»⁴⁵. Si tratta, a mio modo di vedere, di un limite che può essere interpretato in connessione con il principio già stabilito in precedenza nell'ordinamento nazionale per cui è consentita la risoluzione del rapporto quando sia accertata la definitiva impossibilità di inserire il disabile all'interno dell'azienda. Un accertamento che tuttavia ora presuppone che si sia preventivamente verificata non solo la possibilità di reperire altre mansioni per il lavoratore, ma anche che siano state vagliate tutte le altre soluzioni ragionevoli adottabili nel caso concreto. Il limite in questo modo pare parimenti strettamente connesso al divieto di oneri assistenziali in capo alle imprese, che giustifica il rifiuto del mantenimento in servizio di una persona che non è in grado di lavorare. È da osservare sul punto, come si debba tenere logicamente distinta la soluzione ragionevole dall'onere assistenziale: la prima, anche laddove abbia un costo, peraltro come si è visto proporzionato, mira infatti a prevenire il secondo, rendendo la prestazione di lavoro possibile ed escludendo così proprio che la conservazione del posto di lavoro si traduca in costo passivo per l'impresa.

Uno stretto collegamento sussiste in particolare con la normativa in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, che annovera tra i suoi principi generali quello di adattare il lavoro all'uomo, disposizione che se non vuole essere intesa come mera affermazione di principio esige che sia interpretata in senso specifico, riferita cioè alle condizioni dei singoli lavoratori⁴⁶. In questo senso dispone del resto anche la previsione dell'obbligo del datore di lavoro di tenere conto nell'affidamento dei compiti ai lavoratori «delle capacità e delle condizioni degli stessi». Tra le soluzioni ragionevoli si possono quindi annoverare, oltre alle misure di prevenzione che vengano individuate sulla base di una valutazione dettagliata dei rischi, anche tutte le prescrizioni che abbia fornito il medico competente in sede di visita medica, soprattutto laddove il giudizio espresso (e salva ovviamente

42. V. Cass. 24 maggio 2005, n. 10194, che ritiene giustificati, soltanto a favore delle categorie protette, microinterventi consistenti nella ricomposizione delle funzioni sottratte ad altri lavoratori, ma sempre nell'ambito di mansioni già esistenti.

43. Fa riferimento altresì allo «stato di salute» dell'impresa, ovvero alla necessità di tenere conto di eventuali situazioni di crisi economica, M. Silvestri, *op. loc. cit.*

44. T. Ivrea, 24 febbraio 2016, *Riv. Giur. Lav.*, 2016, II, 366.

45. Cgue, 11 luglio 2006, C-13/05, *Chacon Navas*.

46. Nel senso che la valutazione dei rischi deve essere individualizzata, cioè tenere conto delle specifiche condizioni del singolo Cgue 19 ottobre 2017, *Ramos*, C-531/15, riferita peraltro a un caso di lavoratrice in stato di gravidanza. Sull'applicazione individualizzata del principio di adattamento del lavoro all'uomo, relativamente ai casi di malattie croniche v. S. Varva, *Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi*, *Riv. It. Dir. Lav.*, 2018, I, p. 109.

la sua sindacabilità) sia proprio quello di «idoneo con prescrizioni». Per i lavoratori assunti a norma della legge n. 68/1999, stante la speciale procedura relativa al caso di aggravamento delle loro condizioni di salute, si potrà invece fare riferimento alle indicazioni fornite dalla Commissione medica competente.

Ulteriori indicazioni potranno essere tratte dalle linee guida previste dall'art. 1, comma 1, lett. d), d.lgs n. 151/2015, al momento in cui si scrive non ancora predisposte, che dovranno definire gli adattamenti da attuare nell'ambito del collocamento obbligatorio dei disabili, ma che paiono poter costituire un punto di riferimento più generale per tutte le situazioni di riduzione della capacità di lavoro.

Tra le misure di sistemazione dei luoghi di lavoro e di adattamento delle attrezzature sono stati ad esempio individuati, oltre allo spolveramento dei locali indicato dai giudici di merito nel caso che qui si commenta, la fornitura di una pedana elevatrice necessaria per ridurre i movimenti della colonna vertebrale di una lavoratrice o di altri mezzi che riducano l'intensità degli sforzi fisici richiesti⁴⁷.

Non pare dubbio, alla luce del 20° *Considerando* della Direttiva, che la riorganizzazione dei compiti tra i lavoratori e il loro eventuale spostamento ad altre mansioni o reparti, come affermato nella sentenza che si commenta, rientrano tra le soluzioni ragionevoli⁴⁸. Già in precedenza del resto la Cassazione aveva ritenuto non censurabile la decisione del giudice di merito che aveva riconosciuto l'obbligo per il datore di lavoro di effettuare la verifica dell'impiegabilità del lavoratore, «qualifica per qualifica», individuando i livelli di fabbisogno per ciascuna di esse e di procedere agli interventi di riqualificazione che fossero necessari per consentire ai lavoratori inidonei di lavorare⁴⁹.

Un discorso particolare merita però la quesizione dell'eventuale necessità di trasferire altri lavoratori, che non era in questione nel caso che si commenta ma che richiede comunque qualche riflessione. Qui il tema è più delicato perché il bilanciamento che deve essere realizzato non avviene più solo tra il diritto al lavoro del disabile e la libertà di autodeterminare dimensioni e organizzazione dell'impresa del datore di lavoro entrando in gioco anche il diritto al lavoro e le legittime aspettative dei compagni di lavoro. È

questa la ragione per cui, pur ammettendosi alcune forme di redistribuzione dei compiti tra i lavoratori, la giurisprudenza era ferma nell'escludere che il datore di lavoro per preservare l'occupazione del lavoratore divenuto inidoneo alla mansione dovesse o potesse adottare provvedimenti di trasferimento dei colleghi. Nessuna indicazione sovviene in proposito dal testo della direttiva 2000/78/Ce e dalla giurisprudenza europea; tuttavia poiché la Convenzione Onu considera gli accomodamenti ragionevoli un obbligo generale, e poiché la legge è recentemente intervenuta riconoscendo, con una misura per altri versi discutibile, che i lavoratori possano cedere i propri diritti alle ferie a favore di colleghi che debbano assistere figli minori che per le particolari condizioni di salute necessitino di cure costanti (art. 24, d.lgs n. 151/15) si deve a mio avviso ritenere che anche il trasferimento dei colleghi di lavoro sia ora annoverabile tra le soluzioni ragionevoli, ove, chiaramente, esso non si traduca in un sacrificio sproporzionato per il lavoratore che lo subisce, situazione che andrebbe verificata caso per caso.

Un ruolo fondamentale sembra assumere inoltre l'adattamento dei ritmi e dei tempi di lavoro⁵⁰. La Corte di giustizia ha considerato ad esempio una soluzione ragionevole la concessione del *part-time*, ma pare evidente che anche una diversa distribuzione della collocazione temporale della prestazione potrebbe essere importante, soprattutto ove ci si trovi a fronte della necessità di conciliare il lavoro con la sottoposizione del lavoratore a terapie mediche. Peraltro la Corte di cassazione si è recentemente pronunciata nel senso dell'illegittimità del licenziamento del lavoratore non più idoneo per motivi di salute a tutte le mansioni cui era precedentemente addetto che aveva rifiutato il passaggio al tempo ridotto. Nel caso di specie però il datore di lavoro non aveva provato l'impossibilità di reperire per il lavoratore altre mansioni che avrebbero consentito la continuazione del rapporto a tempo pieno⁵¹. La questione evoca il tema della eventuale scelta tra più possibili soluzioni ragionevoli che, in assenza di criteri predefinitivi, non può che essere basata sul criterio del migliore temperamento e bilanciamento degli interessi di entrambe le parti, dovendosi invece escludere che la stessa sia rimessa alla mera scelta di una soltanto di esse.

47. T. Ivrea, 24 febbraio 2016 *cit.*

48. T. Pisa, 16 aprile 2015, *cit.* Ammette inoltre la sussistenza di un obbligo di ricomposizione delle mansioni, ma solo a favore delle categorie protette ex l. n. 68/99, Cass. 24 maggio 2005, n. 10914, *Dir. Rel. Ind.*, 2007, 1, p. 199.

49. Cass. 9 luglio 2015, n. 14348.

50. Sulla riduzione dei ritmi di lavoro v. già T. Milano, 26 ottobre 1999, *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2000, p. 219, che ha ritenuto un onere non eccessivo e proporzionato il sopraggiunto minore rendimento per riduzione delle capacità fisiche di una lavoratrice impiegata da oltre 20 anni.

51. Cass. 12 gennaio 2017, n. 618.

L'obbligo sotto questo profilo risulta considerevolmente più ampio rispetto alle previsioni legislative relative alle possibilità di riduzione d'orario dei lavoratori con patologie oncologiche o cronico-degenerative ingravescenti⁵². Ci si chiede se l'adozione degli adattamenti implichi anche lo spostamento di turni e orari degli altri lavoratori. Come per il caso del trasferimento di questi ultimi ad altra unità produttiva la risposta deve a mio avviso essere positiva, anche in forza di una interpretazione ampia del riferimento contenuto nel 20° *Considerando* della Direttiva alla ripartizione dei compiti, quanto meno tutti i casi in cui ciò non si traduca in un aggravio sproporzionato per i colleghi di lavoro coinvolti.

Un profilo particolare attiene all'adattamento del periodo di comportamento, sul quale si è espressa sia la Corte di giustizia, sia la giurisprudenza di merito nazionale sia. La Corte di giustizia ha osservato in proposito che poiché il lavoratore disabile è maggiormente esposto al rischio di assenze dal lavoro dovute a malattie collegate alla sua disabilità, egli ha più probabilità rispetto agli altri lavoratori di superare il periodo di comportamento. Tale condizione costituisce per il disabile una situazione meno favorevole fondata su un criterio apparentemente neutro che potrebbe essere considerata una discriminazione indiretta, ciò però soltanto a meno che il periodo di comportamento risponda a una finalità legittima e sia adeguato e proporzionato rispetto a tale finalità. Tra le finalità legittime la Corte di giustizia ha espressamente incluso la lotta all'assenteismo, ma si potrebbe fare riferimento anche al divieto di imporre oneri assistenziali alle imprese. La valutazione dell'adeguatezza e proporzionalità del requisito è stata rimessa al giudice nazionale. Poiché, come osservato sopra, le soluzioni ragionevoli sono misure che vanno individualizzate, si deve a mio avviso ritenere che una siffatta valutazione debba essere effettuata caso per caso. Per comprendere meglio in che modo possa operare il bilanciamento tra i diversi interessi contrapposti, occorre preliminarmente affrontare un'ulteriore questione: ci si deve chiedere infatti se, a prescindere da ogni accertamento circa la condizione pregressa del lavoratore, il superamento del periodo di comportamento non sia già di per se sintomo rivelatore della sussistenza di una patologia duratura (con tutte le incertezze che connotano detta caratteristica) tale da giustificare l'imposizione di soluzioni ragionevoli. È pur vero che la

Corte di giustizia nel caso *Chacon Navas* aveva escluso l'assimilazione tra le fattispecie disabilità e malattia, affermando chiaramente che sia da escludere che i lavoratori siano tutelati dal divieto di discriminazione per *handicap* non appena si manifesti una qualsiasi malattia⁵³, ma tale affermazione risale al periodo antecedente alla ratifica della Convenzione Onu, che come si è osservato sopra ha fornito una nozione più ampia di disabilità ed è del resto almeno parzialmente smentita dalla giurisprudenza successiva, che ha appunto ritenuto le persone affette da malattie durature protette dal divieto di discriminazioni per disabilità. Ciò non significa beninteso considerare automaticamente il periodo di comportamento illegittimo perché discriminatorio, quanto accertare se si sia in presenza di una patologia qualificabile come disabilità secondo la nozione ampia derivante dalla Convenzione Onu e, in caso affermativo, verificare in primo luogo se le eccessive assenze per malattia non siano imputabili al precedente rifiuto del datore di lavoro di adottare soluzioni ragionevoli⁵⁴ e, in secondo luogo se al momento del superamento del periodo di comportamento possano ancora essere adottate soluzioni ragionevoli, che potrebbero essere sia un allungamento del periodo di conservazione del posto, sia altre misure come ad es. una riduzione del tempo di lavoro o particolari adattamenti dell'ambiente di lavoro, che consentano al lavoratore di riprendere la propria attività⁵⁵.

L'adattamento del periodo di comportamento è stato riconosciuto anche dalla giurisprudenza di merito nazionale a favore dei lavoratori assunti *ex lege* n. 68/99. Tale giurisprudenza ha ricavato tale regola da dall'articolo 3 della Costituzione, ritenendo in contrasto con il principio generale di eguaglianza l'applicazione ai disabili del medesimo trattamento riservato ai lavoratori normodotati⁵⁶.

6. Il problema dell'applicabilità dell'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli a situazioni antecedenti alla sua trasposizione nell'ordinamento interno

Come si è già accennato il caso deciso dalla Cassazione riguarda un licenziamento risalente al 2007,

52. Su cui v. S.Varva, *op. loc. cit.*

53. Cgue, 11 luglio 2006, C-13/05, *Chacon Navas*.

54. In questo senso v. Cgue, 11 aprile 2013, *HK Danmark*, C335/11 e C337/11.

55. Cgue, 18 gennaio 2018, C-270/16, *Ruiz Conejero*.

56. T. Milano, 28 ottobre 2016, *Riv. Giur. Lav.*, 2017, II, 475.

antecedente, quindi, al recepimento da parte dell'ordinamento italiano dell'obbligo di adottare le soluzioni ragionevoli. Ciò nondimeno la Corte ritiene di attribuire comunque rilevanza al disposto di cui all'articolo 5 della direttiva 2000/78/Ce, sulla base dell'obbligo, più volte statuito dalla Corte di giustizia di interpretare l'ordinamento nazionale in modo conforme agli obiettivi di una Direttiva anche nella fase antecedente al suo concreto recepimento e attuazione nazionali. I precedenti in questo senso sono ormai numerosi. Da ultimo, la Corte ha ribadito che spetta ai giudici nazionali, tenendo conto delle norme di diritto interno e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, decidere se e in quale misura una disposizione nazionale possa essere interpretata conformemente alla Direttiva 2000/78, senza procedere ad un'interpretazione *contra legem*, precisando altresì che «l'esigenza di un'interpretazione conforme include l'obbligo, per i giudici nazionali, di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una Direttiva»⁵⁷.

Vale la pena sottolineare come la Corte di giustizia sia tornata di recente a ribadire l'efficacia diretta del principio generale di parità di trattamento quale sancito dall'art. 21 della Carta dei diritti Ue affermando che esso «è di per sé sufficiente a conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale nell'ambito di una controversia che li vede opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione» e che il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva esige che il giudice assicuri «la tutela giuridica spettante ai singoli in forza degli articoli 21 e 47 della Carta e a garantire la piena efficacia di tali articoli»⁵⁸. Certo il caso che qui si discute è antecedente anche all'attribuzione con il Trattato di Lisbona della piena efficacia giuridica propria del diritto primario Ue alla Carta, e purtuttavia, il principio fondamentale risultava all'epoca dei fatti già ampiamente riconosciuto dall'ordinamento europeo. Senza dover rievocare la risalente polemica relativa all'applicabilità di tale principio al di fuori delle condizioni stabilite dalle Direttive, è sufficiente qui rilevare che l'efficacia diretta orizzontale è stata da tempo riconosciuta dall'ordinamento sicuramente a partire quanto meno dalla data di scadenza del

termine di attuazione della Direttiva⁵⁹ nel nostro caso comunque antecedente al licenziamento del lavoratore. La Corte di cassazione dunque non fa che dare attuazione sotto questo profilo a quanto affermato dai giudici europei, garantendo un'interpretazione del diritto interno conforme a quello sovranazionale. I giudici precisano sul punto che la decisione si basa sulla mera interpretazione conforme delle norme di diritto interno, facendo in particolare riferimento al bilanciamento tra i valori dell'ordinamento di cui all'articolo 41 della Costituzione da un lato e agli articoli 4, 35 e 36 della Costituzione dall'altro. Non erano mancati in precedenza casi che avevano ricostruito l'obbligo di adattamenti ragionevoli sulla base dell'articolo 3 della Costituzione declinato come vincolo di trattare in modo differenziato situazioni che eguali non sono⁶⁰.

La ricognizione del quadro normativo effettuata al § 2 peraltro consente di aggiungere qui che alla medesima conclusione della necessità di adottare quei ragionevoli mutamenti organizzativi necessari a preservare il posto di lavoro anche precedentemente alle modifiche legislative di cui al d.lgs n. 216/2003 si poteva giungere anche per altre vie e sulla base di diverse argomentazioni. Nel caso di specie in particolare, considerata la stretta relazione sussistente tra la patologia del lavoratore e la sua esposizione alle polveri di cemento presenti sul luogo di lavoro, si sarebbe potuta riconoscere la connessione dell'inidoneità alle condizioni dell'ambiente di lavoro e applicare direttamente il principio di cui alla legge n. 68/1999, che prescrive per questa situazione la conservazione del posto salvo il caso di totale inidoneità al lavoro. Si è altresì osservato in proposito come anche le disposizioni di cui all'articolo 42, d.lgs n. 81/2008 «sarebbero dovute essere interpretate e applicate alla luce dell'articolo 5 della Direttiva», si aggiunge qui che, anche a prescindere da tale vincolo di interpretazione conforme, l'obbligo generale di adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica del lavoratore letto alla luce del principio di adeguamento del lavoro all'uomo, unito al principio che esige di preservare l'interesse della controparte all'esecuzione del contratto sarebbe di per sé sufficiente a ritenere che il contenuto del contratto di lavoro sia integrato dell'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli.

57. Cgue, 17 aprile 2018, C-414716, Egenberger.

58. Cgue, 17 aprile 2018, C-414716, Egenberger.

59. Cgue, 10 maggio 2011, C.147/08, Romer; Cgue 19 gennaio 2010, C-555/07, Küçükdeveci.

60. V. in questo senso Cass. 9 luglio 2015, n. 14348 e T. Milano 28 ottobre 2016, cit.

Introduzione

La fine era nota: storia di una riforma minima

di *Riccardo De Vito*

I decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018 condensano la riforma penitenziaria. Il legislatore delegato ha svilito il contenuto di ampio respiro della legge delega e dei primi schemi elaborati dalla Commissione Giostra. A fronte di poche disposizioni sulla vita intramuraria, la riforma tace sulle misure alternative. È un silenzio imposto da parole d'ordine delle politiche penali repressive, a partire da una malintesa "certezza della pena".

1. Un destino annunciato

Questo obiettivo avremmo voluto dedicarlo a una riforma penitenziaria.

Il complesso disposto della legge delega 103/2017 – a sua volta scaturito dalla più ampia esperienza degli Stati generali dell'esecuzione penale –, al contrario, è stato svilito dai decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018, pubblicati in Gazzetta Ufficiale il 26 ottobre ed entrati in vigore il 10 novembre 2018 (a questi si accompagna il decreto n. 121, interamente dedicato all'esecuzione della pena nei confronti dei minori).

I due decreti recano l'insegna *riforma* nel titolo, ma di questa non hanno la sostanza e il respiro. Al più, come ha scritto Marcello Bortolato nel suo commento analitico – che proponiamo come brano di apertura –, si tratta di una riforma a metà, con qualche luce e con molte ombre e carenze.

Gli spiragli positivi che magistratura, avvocatura e operatori del penitenziario dovranno valorizzare sono legati ai pochi lasciti del lavoro della Commissione Giostra e riguardano una migliore organizzazione dei presidi di tutela della salute dei detenuti (in termini di responsabilizzazione del servizio sanitario nazionale, di tempestività delle cure e di continuità rispetto ai trattamenti ricevuti all'esterno), una normativa antidiscriminatoria più cogente, l'irrobustimento del principio di prossimità geografica della pena al luogo nel quale si svolge la vita relazionale e affettiva del condannato, la ridefinizione del trattamento in termini di partecipazione attiva e responsabilizzante

del detenuto. Compare poi tutta una serie di analitiche disposizioni che riguardano la vita detentiva e che, salvo il non trascurabile rilievo che alcune di esse entreranno in vigore nel 2021, appaiono idonee a favorire una miglior qualità della vita dei ristretti.

Sono proprio le omissioni, però, a stravolgere il senso dell'originario impianto legislativo e a delineare la curvatura ideologica regressiva di questa novella.

Non vi è dubbio che i decreti rispondano agli obiettivi dello schieramento politico che attualmente dirige il Paese e al tenore del *Contratto per il governo del cambiamento*, nel quale si legge, al paragrafo 12, che «per garantire il principio della certezza della pena è essenziale riformare i provvedimenti emanati nel corso della legislatura precedente tesi unicamente a conseguire effetti deflattivi in termini processuali e carcerari, a totale discapito della sicurezza della collettività».

Che la fine fosse nota, per ricalcare il titolo del romanzo di Holiday Hall, tuttavia, era chiaro a tutti fin dal momento in cui il più esteso progetto di aggiornamento dell'Ordinamento penitenziario – dopo la legge Gozzini del 1986 – fu colpevolmente abbandonato dalla stessa maggioranza politica che lo aveva coltivato per motivi di (errati) calcoli elettorali. In prossimità dell'appuntamento elettorale del 4 marzo 2018, infatti, il Consiglio dei ministri presieduto dall'onorevole Gentiloni (era il 22 febbraio) congelò lo schema di decreto che ridisegnava l'Ordinamento penitenziario.

Si trattava di un testo già depotenziato da alcune rivisitazioni al ribasso e dall'estromissione di ogni

profilo inerente alla tutela dell'affettività dei detenuti, ma da quel momento in poi il processo di attuazione della legge delega, come naturale e fisiologico, si è dovuto confrontare con l'ideologia penale della nuova maggioranza. È iniziata, così, un'ulteriore storia di sottrazioni, amputazioni e rimescolamenti, fino ad arrivare ai testi dei decreti sopra citati.

Sia chiaro: il giudizio sulla stessa legge 103/2017 non può non essere influenzato in negativo dalla rinuncia di quest'ultima ad intervenire, se non in maniera molto limitata e parziale, sull'ergastolo ostativo. Allo stesso modo, nella valutazione complessiva, pesa l'abdicazione totale a ricomprendere i detenuti sottoposti al regime differenziato previsto dall'art. 41-bis nella riforma delle condizioni dell'esecuzione penale intramuraria.

Nonostante questi aspetti, la matrice culturale che animava il tessuto normativo della delega e dei primi schemi di decreto avrebbe potuto imprimere un'inversione di rotta a una stagione di interventi sulla penalità penitenziaria caratterizzati da scelte puntiformi ed estemporanee, tutte nella scia dell'alternativa secca tra *tolleranza zero* e deflazione del sovraffollamento. Avremmo avuto, come usa dire in economia, una riforma anticiclica.

Quello che ora rimane sul tappeto, invece, è davvero poco.

Per l'ennesima volta hanno vinto le parole d'ordine delle politiche penali repressive. Arrivano direttamente – anche se in ritardo, come si avrà modo di dire – dagli Stati Uniti d'America: *Tough on crime and its causes, Prison works*. Il carcere funziona.

Alle nostre latitudini abbiamo un altro ritornello, frutto di un fraintendimento rimosso anche da alcuni settori della magistratura: certezza della pena. Sono nette le parole di Glauco Giostra, presidente della Commissione per la riforma penitenziaria nel suo complesso, nel vivace dialogo con Fabio Gianfilippi, magistrato di sorveglianza: «La parte qualificante della riforma è stata ufficialmente sacrificata sull'altare della *certezza della pena*»¹.

Da qui occorre partire per capire la misura del fallimento.

2. Pena uguale carcere

Il vero punto di forza della prospettiva di cambiamento delineata dalla legge 103/2017, recepita dagli schemi elaborati dalla Commissione Giostra, era strettamente connesso ai principi e criteri direttivi volti a rimodulare le modalità e i presupposti di

accesso alle misure alternative, al fine di facilitare il ricorso alle stesse ed eliminare – con le eccezioni della criminalità organizzata, del terrorismo e dei casi di eccezionale gravità e pericolosità – quegli automatismi che impediscono o ritardano l'individualizzazione del trattamento, la valutazione del concreto recupero sociale del condannato da parte di un giudice e, all'esito, l'accesso a percorsi di effettivo reinserimento sociale extramurari.

Non è possibile (né utile) affrontare in questa sede il tema della mancanza di coraggio dimostrata dal legislatore delegante nel farsi carico solo parzialmente del problema degli automatismi e nel lasciare senza risposta la questione gravissima dell'ergastolo ostativo (più in generale delle pene ostative). Altre e più approfondite riflessioni dovranno essere svolte su questo tema e la frase non vuole essere di circostanza per rinviare un dibattito che, ormai, è ineludibile, come testimoniato dal fatto che la Corte europea dei diritti dell'uomo dovrà pronunciarsi per la prima volta sulla compatibilità convenzionale della previsione italiana in punto di ergastolo senza *right to hope* (caso *Viola c. Italia*).

Quel che preoccupa è che gli attuali decreti legislativi, pur nella certezza di non dover intaccare le presunzioni di pericolosità in materia di mafia e terrorismo, hanno spazzato via ogni aspetto riguardante il potenziamento delle misure alternative e hanno riproposto la più pericolosa delle equazioni: pena uguale carcere.

Il vento che è spirato è quello della certezza della pena, intesa nel suo aspetto deteriore di inflessibilità della stessa e di inalterabilità della sanzione irrogata in sentenza, da espiare in carcere dal primo all'ultimo giorno. Una *formula ultimativa* – come la definisce Fabio Gianfilippi – che non lascia spazio a riflessioni sul contenuto costituzionale delle pene.

Sorprende che questa formula riprenda vigore nel dibattito pubblico italiano (anche in quello degli *specialisti*) nello stesso momento in cui la sua efficacia viene messa in crisi, almeno sotto il profilo dei rapporti costi/benefici, persino negli Stati Uniti, Paese apripista delle politiche basate sulla dottrina *prison works*. Uno studio recente della *Rand Corporation* (di certo non un'associazione con finalità di tutela dei diritti dei detenuti) ha calcolato che investire centocinquantomila dollari in programmi di lavoro e misure alternative per cento ipotetici detenuti comporta un risparmio di un milione di dollari in tre anni sui costi legati alla recidiva e alla re-incarcerazione. Sull'onda di queste analisi – nonché di ulteriori valutazioni legate all'effetto criminogeno della penalizzazione dei

1. F. Gianfilippi - G. Giostra, *Quel che poteva essere (e la necessità di perseverare)*, in questo numero di questa *Rivista trimestrale*, pp. 129-132.

reati di droga non violenti – il Presidente Trump ha più volte manifestato l'intenzione di approvare una mini-riforma penitenziaria che si ponga l'obiettivo di aumentare le alternative al carcere².

In Italia, al contrario, l'idea vincente è ancora quella che considera pena autentica solo quella espiata in carcere e reputa la misura alternativa, il famoso *beneficio*, un premio da elargire a una ristretta schiera di eletti.

Si tratta, tuttavia, di un'idea contraria alla Costituzione, come ripeteva Alessandro Margara, lungimirante anche nel profetizzare che *repetita non iuvant*³. La riforma del 1975 nasceva dal rifiuto del modello di esecuzione penale rigido e quel rifiuto era, per così dire, costituzionalmente obbligato, in quanto scaturiva dalle disposizioni dell'art. 27, comma terzo, della Carta.

È da tale precetto, come ha chiarito la celebre sentenza 204/1974 della Corte costituzionale, che «sorge il diritto per il condannato a che, verificatesi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto al suo fine rieducativo» e che nasce, di pari passo, la necessità che tale diritto trovi «una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale».

Pena flessibile e decisione discrezionale della magistratura di sorveglianza, di conseguenza, sono le due facce di un'unica medaglia: quella del finalismo rieducativo della pena. L'originaria impostazione della riforma, pur con i limiti sopra evidenziati, avrebbe dovuto incidere sull'ampliamento di questi due lati simmetrici dell'esecuzione, ridando linfa a un sistema penale sfigurato da una serie di interventi normativi introduttivi di automatismi, preclusioni assolute e sbarramenti alle misure alternative. Si tratta di novelle che, troppo spesso senza una ragione criminologica, hanno minato man mano la parità dei condannati nell'accesso alle misure alternative, hanno impedito l'individualizzazione del trattamento e hanno umiliato la discrezionalità della magistratura.

Automatismi e preclusione di legge privano il giudice della possibilità di valutare il merito delle istanze e il contenuto dei percorsi di reinserimento; di pronunciare, anche, un "no" in grado di orientare la condotta e la progettualità dei condannati.

I decreti legislativi che ci troviamo a commentare non si discostano da quest'ottica riduzionista, nono-

stante la Corte costituzionale – con la pronuncia 149 del 21 giugno 2018, emessa mentre il Parlamento si apprestava a disarticolare l'impianto riformatore – abbia anche di recente ribadito il volto costituzionale della pena: «la particolare gravità del reato commesso» ovvero «l'esigenza di lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti delle generalità dei consociati [...] nemmeno possono, nella fase di esecuzione della pena, operare in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima, da intendersi come fondamentale orientamento di essa all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società (sentenza 450 del 1998), e da declinarsi nella fase esecutiva come necessità di costante valorizzazione, da parte del legislatore prima e del giudice poi, dei progressi compiuti dal singolo condannato durante l'intero arco dell'espiazione della pena».

Quello che occorre chiedersi, comunque, è perché l'equazione pena uguale carcere, oltre ad essere incostituzionale, neppure funzioni dal punto di vista della prevenzione del crimine.

La risposta più chiara l'ha fornita Andrea Pugiotto, citando Gustav Rabruch: la ricetta di rendere sociale il soggetto antisociale inserendolo in contesti asociali è efficace quanto quella di insegnare a nuotare fuori dall'acqua⁴. Il carcere, da solo, non è luogo adatto a munire il condannato di quel patrimonio di risorse personali e sociali che soltanto in ambiente possono essere utilmente acquisite. Confinare tutta l'esecuzione all'interno della galera, anche nei casi di gravità non eccezionale, significa rinunciare a serie prospettive di reinserimento e, dunque, a una positiva trasformazione della società nel suo complesso.

Queste conclusioni, peraltro, non si muovono in un vuoto di esperienze e non possono essere decontestualizzate. Nascono anche dal confronto con il carcere come lo conosciamo. In altri termini, bisogna fare i conti con *questa galera*.

3. Una questione di numeri...

La perdurante rinuncia a una seria politica del carcere, nel nostro Paese, è testimoniata anche dai numeri.

2. Una panoramica approfondita e suggestiva su queste tematiche in L. Marini, *Carcere, droga e intervento penale in Usa. Un dibattito aperto*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 3/2015, www.questionegiustizia.it/rivista/2015/3/carcere_droga-e-intervento-penale-in-usa-un-dibattito-aperto_271.php.

3. S. Margara, *Quale giustizia? Repetita non iuvant: ancora sulla pena e sul carcere*, in questa *Rivista trimestrale* (edizioni Franco Angeli), Milano, n. 5/2002 e ancora su questa *Rivista trimestrale*, n.2/2015, [www.questionegiustizia.it/rivista/2015/2/quale-giustizia_repetita-non-iuvant_ancora-sulla-pena-e-sul-carcere_243.php](http://www.questionegiustizia.it/rivista/2015/2/quale-giustizia-repetita-non-iuvant_ancora-sulla-pena-e-sul-carcere_243.php).

4. A. Pugiotto, *Preferirei di no. Il piano pericolosamente inclinato della giustizia riparativa*, in F. Corleone - A. Pugiotto, *Volte e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Ediesse, Roma, 2013, p. 257.

Non si intende riproporre la ormai consueta rilevazione sull'efficacia delle misure alternative rispetto al carcere in termini di abbattimento del tasso di recidiva.

Appare più appropriato porre l'attenzione su altri dati, di per sé concludenti e che scaturiscono dall'indagine sulla realtà della pena penitenziaria. Per esplorare la concretezza del penitenziario si possono utilizzare in modo proficuo le preziose e aggiornate informazioni del Quattordicesimo rapporto sulle condizioni di detenzione, curato dall'associazione Antigone e pubblicato nel 2018⁵.

Un primo esempio può essere tratto dall'analisi delle risorse destinate all'azione rieducativa.

Come è noto, all'interno del carcere l'osservazione della personalità e la formulazione del programma di trattamento individualizzato sono compiti affidati ai funzionari dell'area giuridico-pedagogica, meglio noti come educatori. Occorre vedere da vicino, tuttavia, in quali condizioni sono costretti a lavorare.

Nel 2016 e nel 2017 le piante organiche del personale non in divisa dell'Amministrazione penitenziaria sono state ulteriormente ridotte e allo stato – tolto il personale dislocato presso l'Amministrazione centrale – sono circa 931 gli educatori che si dovrebbero occupare di una popolazione detenuta che, al 31 ottobre 2018, è tornata a registrare 59.803 persone ristrette.

Tradotto in cifre ancora più stringenti questo vuol dire: una media di 62/63 detenuti per educatore e otto giorni lavorativi per *parlare* (semplicemente parlare) con tutti i detenuti, ammettendo un'ora di tempo dedicato al colloquio con ciascun detenuto e il contemporaneo servizio di tutti i funzionari.

Le cose, tuttavia, stanno persino peggio di così: l'organico pieno è un miraggio in quasi tutti gli Istituti e il rapporto effettivo detenuti/educatori si attesta sulla soglia di 100 a 1. La stessa Amministrazione penitenziaria ha messo nero su bianco questi numeri, trasformandoli in qualcosa di auspicabile: un educatore per cento detenuti nelle Case circondariali; uno per cinquanta nelle Case di reclusione, quelle che dovrebbero funzionare a maggiore *intensità trattamentale*.

Le cose non cambiano se guardiamo ad altri indicatori.

Colpisce il fatto che, a fronte della presenza di circa 21.000 detenuti stranieri, il numero dei mediatori culturali sia di appena 66, organico incrementato soltanto grazie all'impegno di quello che Margara definì *il carcere della resistenza*, ovvero volontari o professionisti che lavorano grazie a Convenzioni con Enti pubblici e privati.

Non gode di miglior salute il ruolo dei direttori. A febbraio 2018 – i dati sono tratti sempre dall'accura-

to rapporto di Antigone – i direttori sono 151 a fronte di 189 istituti. Circa ventiquattro direttori sono responsabili di due istituti, alcuni di tre. Difficoltà oggettive che parlano da sole. Parlano, soprattutto, di una delega *di fatto* della direzione degli Istituti ai Comandanti di polizia – che devono svolgere altri e delicati compiti – e questo, laddove i direttori devono dividersi tra più carceri, senza attendere gli effetti di un'accreditata (ma deleteria) prospettiva di riforma che vuole confinare la dirigenza civile in ruoli ad esaurimento per canalizzare la funzioni di direzione degli Istituti all'interno dei ruoli della Polizia penitenziaria.

Questa breve rassegna di cifre ci restituisce un'immagine del penitenziario come istituzione in sofferenza. Una sofferenza che, a dispetto dei proclami, non è alleviata dai decreti in questione, che sui problemi strutturali appena accennati non intervengono. Al contrario, alcune previsioni sembrano aggravare i difetti dell'istituzione, ma qui il ragionamento deve spostarsi dai numeri ai sistemi.

4. ...e di sistemi

Le disposizioni in tema di sorveglianza, lavoro e salute mentale in carcere si rivelano particolarmente utili per capire a quale modello di prigione il legislatore ha fatto riferimento nel portare a termine l'attuazione della delega.

Gli schemi dei primi decreti legislativi, abbandonati dall'attuale maggioranza politica, contenevano una previsione che incideva a fondo sul trattamento penitenziario e stabiliva che «la sorveglianza delle persone detenute avviene nel rispetto dei principi indicati nelle regole del Consiglio d'Europa e con modalità tali da consentire ai detenuti e agli internati di trascorrere parte della giornata fuori dalle aree destinate al pernottamento anche al fine di favorire i rapporti interpersonali e l'osservazione del comportamento e della personalità». Sarebbe stato il nuovo comma 6 dell'art. 1 dell'Ordinamento penitenziario e (art. 1, comma 6, ord. penit.) e avrebbe concretato il parametro della lett. *r* della delega, avente ad oggetto la «previsione di norme volte al rispetto della dignità umana attraverso la responsabilizzazione dei detenuti, la massima conformità della vita penitenziaria a quella esterna, la sorveglianza dinamica».

Non era una previsione nata dal nulla, poiché scaturiva – oltre che dalle Regole penitenziarie europee – da riflessioni approfondite sulla comparazione, in termini di efficacia risocializzante e di prevenzione del rischio di recidiva, tra regimi penitenziari “a

5. *Un anno in carcere. XIV Rapporto sulle condizioni di detenzione*, reperibile su www.antigone.it.

celle aperte” e regimi chiusi. L’indiscutibile vantaggio dell’adozione di sistemi aperti emerge in modo nitido dallo studio – proposto in questo obiettivo – che Daniele Terlizze e Giovanni Mastrobuoni hanno condotto confrontando l’espiazione della pena a Bollate, carcere aperto per eccellenza, con quella effettuata in altri Istituti. Dall’applicazione di un metodo statistico rigoroso, tale da eliminare tutte le possibili fallacie e distorsioni di cui sono accusate le proiezioni in materia di recidiva, emerge un risultato univoco: «la sostituzione di un anno in un carcere “chiuso e duro” con un anno in un carcere “aperto e umano” riduce la recidiva di 6-10 punti percentuali»⁶.

Nonostante queste conclusioni, i decreti legislativi in commento eliminano la previsione della sorveglianza dinamica e del regime aperto, muovendosi così in direzione contraria rispetto all’obiettivo di garantire più sicurezza sociale.

È un’omissione che tratteggia l’ideologia afflittiva che ha animato coloro che hanno tradotto in legge il percorso riformatore e che non offre alla prigione neppure la possibilità di munirsi di regimi e moduli organizzativi efficaci anche in caso di carenze di organico.

Altro intervento sintomatico dell’insufficienza della riforma è quello che attiene alle disposizioni attinenti al lavoro.

Non vi è dubbio che l’eliminazione della qualifica di obbligatorietà del lavoro penitenziario cancella gli aspetti di odiosa afflittività da sempre collegati al lavoro in carcere (salva la verifica della compatibilità con le disposizioni del codice penale rimaste intatte sul punto, come ben messo in rilievo dal commento di Marcello Bortolato).

Deve essere evidenziato, tuttavia, che l’approdo di questa riforma scommette in gran parte sul lavoro di pubblica utilità, al quale è dedicato il nuovo art. 20-ter. Si tratta del nuovo articolo che implementa le attività “a titolo volontario e gratuito” svolte in favore di “Amministrazioni dello Stato, Regioni, Province, Comuni” ed altri Enti di assistenza sociale e volontariato, ovvero in favore della stessa Amministrazione penitenziaria.

Ora, sebbene ogni esperienza lavorativa e dinamica sia preferibile all’inerzia nelle camere detentive, deve essere sottolineato che l’implementazione degli spazi del lavoro gratuito e volontario appare in conflitto con l’impostazione sottesa alla riforma del 1975, che intravedeva nel lavoro penitenziario lo strumento principale di reinserimento e riscatto so-

ciale. Appare fin troppo evidente, anche alla luce del complessivo disegno costituzionale, che tale compito può essere assolto soltanto da un lavoro remunerato, contrattualizzato e tale da favorire il più possibile la continuità del rapporto o la spendita delle abilità e delle competenze dopo la fuoriuscita dal circuito detentivo.

Il risalto al lavoro di pubblica utilità – in questo caso ascrivibile anche all’impostazione originaria della riforma – sembra il tributo a una retorica del lavoro gratuito del detenuto come passaporto per ritrovare riconoscenza sociale e liberarsi dallo stigma della colpevolezza.

Insomma, siamo ben lungi dal colmare quello scarto tra *lavorante* e *lavoratore* che, a livello sostanziale e terminologico, segna la distanza enorme tra lavoro ristretto e lavoro libero⁷.

Dai decreti, dunque, esce il quadro di un sistema penitenziario che continua a mantenersi chiuso e ripiegato su stesso.

Esemplare di questa introflessione è l’amputazione – ben raccontata in questo approfondimento da Marco Pelissero, presidente della Commissione dedicata a questa tematica – subita dal processo riformatore in materia di tutela della salute mentale.

La deformazione delle proposte originarie è passata attraverso l’esclusione della possibilità di disporre il rinvio facoltativo della pena nei confronti di persone affette da gravi infermità psichiche, la mancata recezione di misure alternative terapeutiche per i sofferenti psichici, sul modello di quelle previste per tossicodipendente e alcol dipendenti (sarebbe stato il nuovo art. 47-septies), l’obliterazione dell’innovazione riguardante la costituzione di Sezioni a prevalente o esclusiva gestione sanitaria per i detenuti con seminfermità mentale o infermità sopravvenuta. E così – in un carcere devastato dal problema del disagio psichico, come dimostrano i numeri dei suicidi e i recenti fatti di cronaca – si è persa l’occasione di superare gli *istituti per infermi e minorati* (art. 65 ord. penit.). Appare significativo denunciarlo in questo numero della *Rivista*, che contiene un obiettivo interamente dedicato al problema del rapporto tra disabilità e diritto.

In conclusione, gli esiti della riforma potrebbero essere massimati così: tutto dentro e niente (o poco) fuori.

Si tratta di un passo indietro che segna un fallimento soprattutto sul terreno del discorso pubblico e della cultura giuridica.

6. D. Terlizze, *Persone dietro i numeri. Un’analisi del rapporto tra sistemi penitenziari e recidiva*, in questo numero di questa *Rivista trimestrale*, pp. 136-140.

7. M. Miravalle, A. Scandurra, *Il carcere che non cambia. Tendenze e numeri del sistema penitenziario italiano alla vigilia di un’importante stagione, mancata, di riforma*, in *Un anno in carcere. XIV Rapporto sulle condizioni di detenzione*, in www.antigone.it.

5. Cultura giuridica e giurisdizione

In fondo, il risultato primario che gli Stati generali dell'esecuzione penale si erano proposti era quello dichiarato dal ministro Orlando a Roma, il 18 maggio 2015, in occasione della presentazione: «gli Stati generali devono diventare l'occasione per mettere al centro del dibattito pubblico il tema (dell'esecuzione penale, *n.d.r.*) e le sue implicazioni, sia sul piano della sicurezza collettiva sia su quello delle possibilità di chi ha sbagliato di reinserirsi nel contesto sociale, senza commettere nuovi reati».

Il dibattito pubblico, come inevitabile, refluisce sulla cultura giuridica e, a cascata, sulla giurisdizione, quanto meno caricandola di responsabilità.

L'ultimo articolo di questo approfondimento è curato da Francesca Vianello e, prendendo le mosse dall'analisi dei processi decisionali in tema di misure alternative, attiene proprio al rapporto tra cultura giuridica ed esecuzione della pena.

Non si tratta di un ragionamento strettamente inerente alla riforma dell'Ordinamento penitenziario, ma tocca il cuore dei problemi che scivolano sotto i testi di legge: chi sono i destinatari delle misure alternative? Chi esce dal carcere per finire la pena fuori? Come e perché vengono concessi quelli che, nel linguaggio comune, vengono ancora definiti premi?

Abbiamo scelto il punto di vista di una sociologa del diritto convinta del fatto che, come è tradizione di questa *Rivista*, la *giustizia* sia una *questione* che va discussa, indagata e di continuo rimeditata nell'interlocuzione permanente con il punto di vista esterno.

L'analisi delle decisioni dei magistrati contenuta nel saggio passa da una condivisibile (anche se non da tutti condivisa) ipotesi di lavoro, che sembrerebbe trovare conferma nella lettura delle ordinanze. L'idea di fondo è che l'agire degli operatori del diritto sia guidato, oltre che dalla coscienza giuridica formale, anche da un'*ideologia normativa* che si costruisce e ricostruisce continuamente anche sulla base dell'influenza, più o meno consapevole, di riferimenti di senso comune, *ragioni mondane*, narrazioni dei media.

Il ragionamento vale a tutte le latitudini giudiziarie: basti pensare, ad esempio, alla complessa tematica dei *delitti di soccorso o di solidarietà*, dove è quasi inevitabile che i provvedimenti giudiziari muovano da scelte di valore – non da scelte di diritto libero,

sia chiaro – che a posteriori trovano giustificazione e copertura nella legge.

Di sicuro, comunque, la giurisdizione della sorveglianza è destinata continuamente a confrontarsi con il clima esterno. Di volta in volta, pertanto, ogni decisione potrà *apparire* adagiata sull'opinione corrente o severamente in contrasto con essa; potrà *favorire* un meccanismo di selezione basato sul possesso di risorse economiche significative o rivelarsi antagonista a tale meccanismo; *premierà* chi ha già conseguito la risocializzazione o utilizzerà la misura come strumento rieducativo.

Quel che qui preme sottolineare, comunque, è che l'approdo riduzionista delle riforme – il *tutto dentro e niente fuori* di cui si è detto – contribuirà a definire quel clima esterno, a produrre nuove *ragioni mondane* e a costruire un senso della pena destinato a influenzare (il termine è utilizzato in senso descrittivo) le scelte giurisdizionali non solo sul piano del dialogo normativo, ma anche su quello del dialogo culturale.

Occorrerà verificare, in questo inevitabile confronto, quale posto in concreto verrà assegnato alla narrazione e al senso della pena stabilito dall'art. 27 della Costituzione.

6. Postilla: Stefano e il carcere trasparente

All'esito di queste veloci riflessioni, una conclusione pare doveroso dedicarla a un passaggio specifico della riforma.

L'art. 11 dell'Ordinamento penitenziario, nell'impostazione dei primi schemi di decreto, conteneva un passaggio decisivo: il dovere per il medico, durante la visita di primo ingresso, di annotare nella cartella clinica, *anche mediante documentazione fotografica*, ogni informazione relativa a segni o indicazioni che facciano apparire che la persona possa aver subito violenze o maltrattamenti, con obbligo di darne comunicazione al magistrato di sorveglianza e al direttore dell'istituto.

Nel testo dell'ultimo decreto, tuttavia, scompare ogni riferimento alla documentazione fotografica.

Non è un dettaglio: è il sigillo su un carcere meno trasparente. Si tratta, infine, di un'occasione persa per chiedere scusa in modo politico e progettuale a Stefano Cucchi. Scegliamo il suo nome, in questo momento, per rappresentare tutte le vittime di tortura.

Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018

di *Marcello Bortolato*

Un'analisi approfondita dei decreti legislativi che hanno coagulato il vasto programma di riforma dell'Ordinamento penitenziario avviato dall'esperienza degli Stati generali dell'esecuzione penale. Punti di forza (pochi) e punti di debolezza (tanti) di un testo legislativo con cui gli interpreti (magistrati, avvocati, operatori del penitenziario) dovranno confrontarsi.

Con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, il 26 ottobre 2018, dei tre decreti legislativi datati 2 ottobre 2018, n. 121, 123 e 124, il Governo attualmente in carica ha posto la parola fine al vasto programma di riforma dell'Ordinamento penitenziario avviato dalla felice esperienza degli *Stati generali dell'esecuzione penale* voluta dall'ex ministro Andrea Orlando.

Si trattava del più ampio ed organico progetto di riforma in materia, dall'entrata in vigore, ormai nel lontano 1975, della Legge 26 luglio 1975 n. 354, la storica riforma delle carceri, quella che voleva fare del "buon detenuto" un "buon cittadino".

La Legge delega 23 giugno 2017 n. 103, pur nella sua genericità (il più grave difetto che le veniva riconosciuto, unitamente al fatto di non aver voluto affrontare il nodo cruciale dell'ergastolo cd "ostativo") aveva il merito di inaugurare un diverso approccio all'esecuzione della pena, caratterizzato dal rifiuto di considerare il periodo della detenzione unicamente come una parentesi afflittiva: un'esecuzione penale orientata al rispetto della dignità umana, informata ai valori costituzionali e in linea con le risoluzioni internazionali.

Di quella grande "consultazione sociale", che ha coinvolto oltre 200 esperti di carcere e di esecuzione penale, l'attuazione della legge delega costituiva la logica conclusione e un'occasione unica per contrastare la manipolazione delle paure e la creazione artificiosa di fobie di insicurezza, tornate oggi molto in voga.

La riforma che molti attendevano, prima di tutto i detenuti, tentava di realizzare, certamente in maniera imperfetta ed incompiuta, i due principi del finalismo

rieducativo e dell'umanizzazione delle pena, così ben scolpiti nell'articolo 27 Cost. tanto che in un'unica disposizione vengono racchiuse le due principali anime della nostra Carta: l'istanza personalistica (principio di umanità) e quella solidaristica (principio rieducativo).

A tre anni e mezzo dall'inizio di quell'esperienza (gli Stati generali erano stati inaugurati il 19 maggio 2015 nel carcere di Bollate, luogo divenuto di per sé simbolo di una rieducazione sempre "possibile") mai come oggi la verità è espressa dal celebre verso oraziano: *parturient montes, nascetur ridiculus mus* (*le montagne avranno le doglie del parto, nascerà un ridicolo topo*). L'evento è stato di gran lunga inferiore alle attese: lo Stato non ha saputo mantenere la sua promessa.

Molte e di molti sono le responsabilità ma è forse inutile oggi indagarle e non resta che procedere all'esame delle norme che saranno legge dal 10 novembre, giorno della loro effettiva entrata in vigore alla scadenza della *vacatio legis*.

V'è da dire subito che pur nel rimpianto per le amputazioni del testo del Governo Gentiloni, adottato proprio allo scadere della precedente legislatura (il primo schema di decreto legislativo, che già vedeva rimossa la parte relativa alla dimensione "affettiva" – sebbene questa fosse oggetto di un espresso criterio di delega, la lettera *n* dell'articolo 85 della legge 103/2017 – porta la data del 22 dicembre 2017 ed un'ulteriore versione revisionata del testo, che accoglieva alcuni rilievi delle Commissioni parlamentari e della Conferenza unificata, veniva trasmessa dall'Uffi-

cio legislativo del Ministero della giustizia al Consiglio dei ministri in data 15 marzo 2018), i nuovi decreti nelle parti mantenute contengono delle significative novità, anche importanti, che si andrà ad illustrare. Molte di esse inoltre discendono proprio dall'esperienza degli Stati generali e sono la realizzazione di proposte nascenti dai Tavoli tematici, in particolare da quello su «Vita detentiva e responsabilizzazione». Altre innovazioni sono frutto dei lavori delle tre Commissioni istituite presso il Ministero nel luglio 2017, i cui lavori si sono conclusi nel marzo 2018, sulla riforma dell'Ordinamento penitenziario nel suo complesso (Commissione Giostra), sulla sanità penitenziaria, misure di sicurezza e pene accessorie (Commissione Pelissero) e sull'ordinamento penitenziario per i soggetti minorenni e giustizia riparativa (Commissione Cascini), e nel commento ai singoli articoli novellati si trarrà espressamente spunto, nell'illustrarne la *ratio* e le finalità, dalla stessa relazione elaborata dalla Commissione di studio che accompagnava quel complesso ed articolato progetto di riforma.

V'è da dire peraltro che la rimozione integrale della parte relativa alle misure alternative ed ai requisiti per l'accesso alle stesse (con l'eliminazione delle preclusioni e degli automatismi), ivi compresa la nuova disciplina della liberazione condizionale, resta la ferita più grave che, per giunta, rende molte delle novità introdotte comunque "monche" o di difficile attuazione in concreto.

Gravissima inoltre la mancanza di quelle parti della riforma che affrontavano il tema dell'infermità psichica: l'estensione prima di tutto dell'istituto del differimento della pena *ex* articolo 147 cp anche alla salute «psichica» e non solo «fisica»; la previsione di apposite «sezioni per detenuti con infermità» a prevalente (o esclusiva) gestione sanitaria; la previsione di una nuova misura terapeutica per l'affidamento in prova dei condannati affetti da infermità psichica (articolo 47 *septies* previsto dal decreto del 22.12.2017).

Dal mondo della sorveglianza il rammarico più grande di questa riforma mancata è che se fosse stata attuata anche la parte relativa alle misure alternative, il lavoro del magistrato di sorveglianza avrebbe riacquisito una dignità che in parte ha nel tempo perduto (dai tempi della riemersione di un esplicito discorso securitario che ha anche prodotto un sostanziale disinteresse del mondo politico e dell'opinione pubblica per il carcere), riappropriandosi, attraverso la sostanziale abrogazione di buona parte del sistema delle preclusioni e degli automatismi, della discrezionalità propria nella valutazione dei percorsi individuali di recupero. Perché nessuno possa essere indifferente all'evoluzione personale del condannato, perché la declinazione della pena che si vuole "certa" sia solo quella tra la pena "giusta" applicata dal giudice della cognizione e quella "necessaria" affidata

alla magistratura di sorveglianza, perché si potessero realizzare entrambi questi obiettivi, l'attuazione della riforma doveva essere completa.

Vediamo dunque le principali novità introdotte.

I decreti sono tre ma in questa sede ci occuperemo solo dei due decreti riguardanti l'esecuzione penale degli adulti.

La riforma ha infatti interessato, per la prima volta dal 1975, l'Ordinamento penitenziario dei soggetti minorenni che la legge penitenziaria di allora aveva espressamente rimesso (articolo 79 ord. pen.) ad altro successivo intervento normativo mai attuato: il decreto legislativo n. 121 ne fornisce oggi la prima disciplina organica.

I rimanenti decreti nn. 123 e 124 attengono viceversa al campo dell'esecuzione penale degli adulti.

L'*iter* legislativo è stato molto complesso ed è impossibile in questa sede riassumerlo ma v'è subito da dire che la delega è stata di fatto esercitata dopo la sua scadenza, fissata – a un anno dall'entrata in vigore della legge 103/2017 – il 4 agosto 2018. I primi decreti attuativi, adottati dal Governo precedente, sono infatti stati presentati alle Camere per i prescritti pareri tutti in tempo utile (entro cioè l'anno) ma, dopo l'insediamento del nuovo Parlamento, il Governo neocostituito ha presentato dei testi che riteneva essere, nelle opzioni di fondo, radicalmente diversi da quelli precedenti e che pertanto sono stati nuovamente sottoposti all'esame della Commissioni permanenti di Camera e Senato, riavviando l'*iter* legislativo con conseguente superamento dell'assetto complessivo della riforma reso oggetto dei pareri precedenti. Il Governo ha inteso dunque elaborare un nuovo testo del decreto legislativo avviando un nuovo procedimento di esercizio della delega, con conseguente attivazione, per la prima volta, della proroga di sessanta giorni previsto dall'articolo 1, comma 83, della legge delega. Resi nuovamente i pareri (tutti contrari) la deliberazione definitiva da parte del Consiglio dei ministri è intervenuta il 27 settembre 2018, ben oltre la scadenza della delega ma entro i 60 gg. di "proroga". Tutto ciò suscita non poche perplessità sulla regolarità della sua attuazione posto che comunque, per le parti mantenute, il testo dei decreti non è radicalmente difforme da quello originario presentato dal precedente Governo in due momenti successivi (dicembre 2017 e marzo 2018) ed anzi, per molti articoli, meramente riproduttivo.

Ciò detto, ed esaminando partitamente alcune delle più importanti novità (per mancanza di spazio non è possibile esaminare tutte le modifiche introdotte dai decreti), si nota che l'intera materia dell'esecuzione penale nei confronti dei condannati adulti è stata suddivisa in due parti: da un lato (decreto 123) l'attuazione dei criteri di delega riguardanti la semplificazione delle procedure e l'utilizzo dei collegamenti

audiovisivi a fini processuali (lettere *a* e *i*, articolo 85 della legge delega), la medicina penitenziaria (lett. *l*), l'osservazione scientifica della personalità e il coinvolgimento della polizia penitenziaria nel sistema di controlli (lett. *d*), la vita penitenziaria e il trattamento (lett. *r*), le donne detenute (lett. *t*) e gli stranieri (lett. *o*). Dall'altro lato (decreto 124) ancora il trattamento penitenziario (modifiche agli articoli 5, 6 e 8 Ordine penitenziario sui locali di soggiorno e sui servizi igienici, in gran parte con differimento della loro entrata in vigore al 31 dicembre 2021) e il lavoro penitenziario (in attuazione del criterio *g*).

Il decreto legislativo n. 123/2018

1) La semplificazione delle procedure e l'utilizzo dei collegamenti audiovisivi a fini processuali

La novità più significativa del rinnovato comma 1 dell'articolo 678 cpp riguarda la rimozione, dalle competenze del magistrato di sorveglianza, della materia attinente i ricoveri previsti dall'articolo 148 cp, che sembra essere in totale conformità con la più recente giurisprudenza di legittimità che ritiene l'articolo 148 cp implicitamente abrogato (Cass., Sez. I, ord. 23.11.17, *Montenero*). Non sappiamo se l'omissione dell'articolo 148 cp nel testo del primo comma dell'articolo 678 cpp sia frutto di una scelta consapevole ovvero di una svista (posto che la versione del decreto del precedente Governo, non più riprodotta, conteneva l'abrogazione esplicita dell'articolo 148 coerentemente con la modifica dell'articolo 147 cp sul differimento della pena anche per infermità di natura psichica e con l'istituzione delle 'sezioni per detenuti con infermità *ex* articolo 65, Ordine penitenziario, che portava con sé naturalmente la modifica dell'articolo 678, comma 1, cpp.) ma sta di fatto che oggi non esiste più "il rito" per il procedimento riguardante il ricovero dei detenuti affetti da infermità psichica sopravvenuta (pur permanendo la sua previsione tra le attribuzioni del magistrato di sorveglianza ai sensi del comma 8 dell'articolo 69, Ordine penitenziario, non toccato dagli interventi legislativi). Si deve ipotizzare dunque che tali soggetti possano essere allocati nelle "articolazioni per la salute mentale" presenti negli Istituti penitenziari con provvedimento (ordinanza?) del magistrato di sorveglianza resa tuttavia non nel contraddittorio secondo il rito ordinario. Quel che è certo è che essi non potranno essere ricoverati – in mancanza di una formale procedura giurisdizionalizzata, non più prevista – nelle Rems (che è misura detentiva *tout court* riservata alla misura di sicurezza).

Altra significativa novità riguarda il comma 1 *bis* dell'articolo 678 cpp.

Si tratta del comma, in cui – per soddisfare esigenze di economia processuale – a partire dal dl 21 dicembre 2013, n. 146 conv. in l. 21 febbraio 2014, n. 10 – sono state indicate talune materie rispetto alle quali la procedura da seguire è quella semplificata, risultante dal 4° comma dell'articolo 667 cpp. Mantenendosi su quella falsariga, il decreto amplia il perimetro applicativo del rito semplificato con l'inserimento della dichiarazione di estinzione del reato conseguente alla liberazione condizionale. Si tratta, infatti, di una fattispecie omogenea a quella – già contemplata – in cui lo stesso organo collegiale valuta l'esito dell'affidamento in prova al servizio sociale. È stata inoltre aggiunta l'ipotesi in cui il Tribunale di sorveglianza si pronunci sul differimento dell'esecuzione della pena nei casi previsti dal comma 1, numeri 1 e 2, dell'articolo 146 cp nei quali il provvedimento è, per così dire, obbligato, qualora sussistano i presupposti normativi della «donna incinta» e della «madre di prole di età inferiore ad un anno», presupposti verificabili per il semplice tramite della documentazione medica e, rispettivamente, di quella anagrafica.

Ma la novità più significativa riguarda il nuovo comma 1 *ter*.

La modifica affronta la questione relativa al ridimensionamento dell'ambito di operatività del procedimento di sorveglianza laddove si discuta della concessione di una misura alternativa. Qualora la pena ancora da scontare per i soggetti cd "liberi sospesi" (articolo 656, comma 5, cpp) non sia superiore a diciotto mesi, pur rimanendo nell'ambito delle attribuzioni funzionali del Tribunale di sorveglianza, è stata attribuita al magistrato "relatore" (designato secondo le procedure tabellari) il potere di decidere in via provvisoria sulle istanze inviate al Tribunale di misura alternativa, con ordinanza emessa "senza formalità" entro un termine assegnato dal Presidente. Se l'ordinanza viene emessa, la sua esecutività resta sospesa per il termine di 10 giorni entro i quali gli interessati (condannato, suo difensore o pubblico ministero, da individuarsi nel procuratore generale *ex* articolo 678, co. 3, cpp) possono fare opposizione, nel qual caso si procede, previa fissazione dell'udienza, col rito ordinario. Analogamente si procede con il rito ordinario se il magistrato designato non emette l'ordinanza (necessariamente concessiva). In caso di emissione dell'ordinanza e dunque di concessione della misura richiesta, decorso il termine per l'opposizione, il Tribunale si riunisce in Camera di consiglio e "senza formalità" (da intendersi senza la presenza delle parti e, presumibilmente, con decreto non motivato ai sensi dell'articolo 125, co. 3, cpp) procede alla conferma del provvedimento provvisorio. Se il Tribunale decide di non confermare l'ordinanza del magistrato, non emette alcun provvedimento motivato ma si limita a fissare l'u-

dienza (partecipata) affinché si proceda con il rito ordinario.

Il paradigma di riferimento è sempre di natura *bi-fasica*, ma con alcune differenze rispetto alla soluzione basata sull'estensione del modulo *ex* articolo 667, comma 4, cpp: la scansione in fasi avviene sul piano dei rapporti tra il magistrato designato e l'organo collegiale nel suo complesso e, in assenza di contraddittorio, può essere adottata solo una decisione favorevole all'interessato (nel caso di non accoglimento dell'istanza il magistrato relatore non deve adottare alcun provvedimento formalmente reiettivo). Il Tribunale di sorveglianza resta in ogni caso l'organo giudiziario titolare del potere di conoscere delle domande di concessione delle misure alternative, ed in via esclusiva di rigettarle. Per esigenze di accelerazione e semplificazione, si è riconosciuto in capo ad un componente del Collegio giudicante il potere di accogliere, con ordinanza provvisoria, la domanda, salva la ratifica del Collegio e, in ogni caso, la decisione dello stesso in esito all'opposizione.

Ciò detto, va subito osservato che tale semplificazione (esigenza imposta dalla legge delega) avrebbe avuto un senso nel caso in cui, come in origine previsto dallo schema di decreto emesso dal precedente Governo e tanto più dalle proposte della *Commissione Giostra*, si fosse determinato un aumento delle richieste meritevoli di essere deliberate nel merito (venuto meno l'ostacolo rappresentato dai meccanismi preclusivi in ragione del titolo di reato ovvero della qualifica soggettiva del condannato, come ulteriormente richiesto dalla delega). Detta valutazione prognostica giustificava la previsione di una procedura semplificata per la concessione delle misure alternative, in un'ottica compensativa che era volta a bilanciare l'aumento del carico di lavoro dovuto ad un'ampia contrazione del regime di preclusioni. In luogo oggi, nel testo approvato, di una rinuncia – sia pure in prima battuta – alle garanzie della procedura giurisdizionalizzata nel settore della concessione delle misure alternative, sarebbe stato meglio estendere la procedura dell'articolo 667, comma 4, cpp pur con il rischio – in aperto conflitto con la *ratio* della semplificazione – di dover prevedere, nell'eventuale opposizione, che il Tribunale fosse composto da magistrati diversi da quelli che si erano pronunciati *de plano* in prima battuta.

Altre modifiche di rilievo attengono al potere del Tribunale, nell'ambito del procedimento di revoca delle misure alternative, di decidere anche in ordine all'eventuale sostituzione della misura con un'altra di diversa natura (articolo 51 *ter* novellato) o il potere dello stesso magistrato di sorveglianza di eseguire (e non solo adottare) il provvedimento di cessazione della misura alternativa divenuta non più ammissibile, con il conseguente accompagnamento in Istituto

direttamente disposto dal giudice (articolo 51 *bis* novellato).

Si segnala ancora l'obbligo di trasmettere all'Amministrazione interessata il reclamo *ex* articolo 35 *bis*, Ordinamento penitenziario, e la facoltà di quest'ultima di comparire con un proprio dipendente, sembra intendersi dunque senza la necessità di una formale delega e senza la necessità di farsi assistere dalla "difesa tecnica", alleggerendo il gravoso contenzioso dell'Avvocatura dello Stato; non è stata riprodotta l'abolizione del secondo grado di merito nel rimedio giurisdizionale (reclamo al Tribunale di sorveglianza *ex* articolo 35 *bis*, comma 4, Ordinamento penitenziario) prevista dal decreto del 22.12.2017 nell'ottica di una semplificazione dei riti della sorveglianza.

La modifica dell'articolo 57 Ordinamento penitenziario è funzionale a favorire l'accesso alle misure: per i condannati che possono accedere alle misure alternative dallo stato di detenzione, la previsione consente l'avvio della procedura in tutti i casi in cui il detenuto non sia dotato degli strumenti culturali e giuridici per tutelare personalmente i propri interessi (si pensi, ad esempio, ai detenuti stranieri). L'istanza può essere presentata anche dal difensore del condannato o dell'internato, sebbene fosse già evincibile dal sistema. Pur restando impregiudicata la facoltà di iniziativa, quale forma di ricompensa, rimessa al Consiglio di disciplina dall'articolo 76, comma 2, lettere b) e c) del Regolamento di esecuzione, è oggi prevista la proposta anche del Gruppo di osservazione e trattamento, destinata ad esplicitarsi fisiologicamente anche nell'ammissione ai permessi premio e "di necessità": essa ha il pregio di velocizzare la concessione di permessi legati ad eventi familiari, la cui notizia spesso proviene dai prossimi congiunti di detenuti ed internati, fino ad oggi però sforniti del potere di iniziativa.

Sulle pene accessorie (il nuovo articolo 51 *quater*) è prevista la loro esecuzione anche in pendenza di una misura alternativa, e non solo all'esito della stessa, salvo che il giudice ne disponga la sospensione per prevalenti esigenze di reinserimento. In caso di revoca della misura il Tribunale dovrà poi decidere anche sulle pene accessorie, se in corso di esecuzione, ed eventualmente computarne il periodo già espiato. La norma è volta ad incidere su quella prassi secondo la quale l'organo dell'esecuzione dispone il differimento delle pene accessorie al termine dell'espiazione della misura alternativa, così da rendere più agevole la predisposizione del programma connesso alla misura, conformemente a quell'orientamento giurisprudenziale di legittimità secondo cui l'esecuzione delle pene accessorie deve essere posticipata all'esito dell'espiazione delle misure.

Il novellato articolo 58, Ordinamento penitenziario, prevede l'attività di controllo sulle misure al-

ternative affidata, su richiesta dell'Uepe, alla Polizia penitenziaria che dovrà seguirne le indicazioni previo coordinamento con le Forze dell'ordine, ma i controlli potranno riguardare solo alcuni limitati settori della vita del condannato (dimora, libertà di locomozione, divieti di frequentare luoghi o persone, detenzione di armi) e sempre con modalità non "invasive". L'attuazione del criterio direttivo è volto a realizzare congiuntamente diversi obiettivi: superare il disagio degli assistenti sociali nell'espletamento dei compiti di controllo che la legge assegna loro, avvertiti come del tutto estranei alle competenze e alla vocazione di queste figure professionali; soddisfare l'insopprimibile esigenza – insita nella natura penale delle misure – di vigilare sul rispetto delle prescrizioni che contengono restrizioni della libertà legate a parametri spazio-temporali e necessitano perciò di qualche verifica per non degradare a precetti astratti; valorizzare il ruolo della Polizia penitenziaria arricchendo lo spettro delle sue competenze; alleggerire i compiti della Polizia di sicurezza che non sempre assicura controlli effettivi sui condannati in esecuzione penale esterna. Il coinvolgimento della Polizia penitenziaria nel controllo delle misure alternative (imposto dal criterio *d* della legge delega) rischia tuttavia di coinvolgere le misure alternative nell'ascesa della sicurezza sociale a valore assoluto: un modello caratterizzato soltanto da obblighi ed imposizioni rischia di incrementare infatti la componente del controllo, declassando la logica dell'inclusione e della risocializzazione. Nei confronti dei soggetti collocati nell'area penale esterna si deve esprimere qualche perplessità circa l'obiettivo di realizzare un sistema che mira alla dilatazione di un controllo sociale invasivo e incapacitante sia con il carcere che senza il carcere.

Anche in questo caso, nell'ottica di un aumento delle possibilità di accesso alle misure alternative (auspicato e reso possibile dall'originario impianto della riforma) avrebbe avuto un senso favorire il coinvolgimento della Polizia penitenziaria, incidendo in particolare sul settore ove le statistiche rivelano una minore percentuale di concessione, quello delle richieste provenienti dalla popolazione detenuta, posto che la magistratura spesso si trova a dover scegliere fra lo stato di reclusione totale e spazi di libertà talora avvertiti come eccessivi, anche per la consapevolezza di un non sempre efficace sistema di controlli. Ci si augura che l'incremento della vigilanza esterna possa effettivamente essere adeguatamente temperato con l'esigenza di non ostacolare, con pratiche stigmatizzanti, un efficace reinserimento sociale del condannato, senza interferire – come previsto dal testo novellato – con le attività risocializzative e in particolare con lo svolgimento del lavoro.

Quanto all'utilizzo dei collegamenti audiovisivi a fini processuali il decreto contiene rilevanti novi-

tà, che vanno tuttavia coordinate da un lato con le modifiche introdotte già con gli articoli 77, 78 e 81 della legge delega e, dall'altro, con il dl 25.07.2018 convertito in l. 21.09.2018 n. 108 (decreto cd *milleproroghe*) che ha posticipato l'entrata in vigore delle nuove disposizioni in materia di videoconferenze al 15 febbraio 2019, fatta salva l'eccezione di cui al comma 81, dell'articolo 1, della legge delega n. 103/2017 (detenuti riconosciuti come capi e promotori delle associazioni a delinquere *ex* articolo 416 *bis* cp e 270 *bis* cp e 74 dPR n. 309/1990).

Riservando ad altra sede l'approfondita analisi della non facile questione, qui ci si limita ad osservare che il nuovo comma 3.2 dell'articolo 678 cpp prevede in via "ordinaria" la partecipazione a distanza del detenuto alle udienze di sorveglianza in tre casi: 1) se l'interessato ne fa richiesta; 2) se egli è detenuto in un luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice; 3) se ricorrono i casi previsti dall'articolo 45 *bis*, disp. att. Cpp, (la cui attuazione è tuttavia differita, come detto, al 15.02.2019). In tutti i casi il giudice può tuttavia disporre la traduzione ove lo ritenga opportuno. Dal complesso di queste disposizioni si ricava l'abrogazione implicita del sistema delle rogatorie cd "interne" (tra Tribunali ed Uffici di sorveglianza) *ex* articolo 666, comma 4, cpp (laddove la rogatoria si risolve, per forza di cose, in un adempimento che non può andare al di là di un'audizione dal sapore "burocratico") e la facoltà di disporre sempre la traduzione (anche di detenuti posti al di fuori della circoscrizione) se ritenuto opportuno (salvo, è da intendersi, prevalenti ragioni di sicurezza e di ordine pubblico di cui all'articolo 146 *bis*, disp. att.). Resta da capire se nei casi "obbligatorie" previsti dall'articolo 146 *bis* cit. (in base al titolo di reato in espiazione) sia comunque consentito disporre la traduzione quando "opportuno" ovvero non vi sia alcuna possibilità di deroga della partecipazione a distanza.

2) Modifiche in tema di assistenza sanitaria

L'articolo 11, Ordinamento penitenziario, è stato profondamente modificato per adeguare le disposizioni dell'Ordinamento penitenziario al riordino della medicina penitenziaria disposto dal d.lgs 22 giugno 1999 n. 230. Nell'impossibilità, per ragioni di spazio, di esaminare analiticamente la complessa modifica si evidenziano solo alcune significative novità.

La prima consiste nel diverso riparto di competenze a disporre il ricovero nelle strutture sanitarie esterne dei detenuti: essa razionalizza la complessiva disciplina della competenza per il rilascio delle autorizzazioni la cui attuale regolamentazione, ripartita tra le disposizioni di matrice penitenziaria e quelle del codice di procedura penale (articolo 240 norme

coord. cpp), ha originato dubbi interpretativi, non di rado causa di disservizi e ritardi applicativi. Dal punto di vista sistematico, si valorizza il principio per cui la competenza, ai fini dell'intervento nei confronti dei soggetti detenuti, si distribuisce con riferimento alla loro posizione giuridica, con attivazione del giudice precedente nei confronti degli imputati e – una volta concluso il processo – del magistrato di sorveglianza. Rispetto all'originaria previsione del decreto del dicembre 2017 è stata eliminata la facoltà per il magistrato di sorveglianza di delegare il direttore dell'Istituto, in un'ottica di semplificazione e sgravio di competenze degli Uffici di sorveglianza per procedure molto spesso prive di reale contenuto decisorio (analogamente il controllo della corrispondenza di cui all'articolo 18 *ter* Ordinamento penitenziario è stato più razionalmente ripartito tra giudice che procede, per gli imputati, e magistrato di sorveglianza, per i condannati).

Per il resto la norma, pur con alcune singolari variazioni (in senso nettamente regressivo), riproduce il testo del decreto originario del 22.12.2017 e dello "schema" trasmesso il 15.03.2018 (che accoglieva alcuni rilievi mossi dalle Commissioni parlamentari e dalla Conferenza unificata), confermando in particolare l'operatività del Servizio sanitario nazionale negli Istituti penitenziari e ampliando le garanzie dei reclusi attraverso la modifica della disciplina della visita medica generale all'ingresso in Istituto (il medico deve, in particolare, annotare nella cartella clinica tutte le informazioni riguardo a eventuali maltrattamenti o a violenze subite ma, contrariamente a quanto previsto dall'originario testo, non più "anche mediante documentazione fotografica", singolare rimozione pur dopo le deflagranti polemiche in relazione al noto "caso Cucchi"); estende la gamma dei trattamenti sanitari che i reclusi possono richiedere in carcere a proprie spese, in particolare includendo gli interventi chirurgici nei reparti clinici interni al Carcere, previ accordi con la Asl competente; prevede controlli sanitari in Carcere con periodici (non più "frequenti") riscontri; prevede che il medico garantisca quotidianamente la visita del recluso ammalato ma solo «quando risulta necessaria in base a criteri di appropriatezza clinica»(!); assicura la continuità del piano terapeutico in caso di trasferimento di Istituto.

3) Modifiche in tema di vita penitenziaria

Significative le modifiche agli artt. 1, 9, 10, 13, 14, 15, 18, 19, 27, 31, 33, 36, 40, 42, 43, 45 e 80 Ordinamento penitenziario

Si segnalano qui le più rilevanti.

La novella dell'articolo 1 della legge penitenziaria (da sempre la "Carta fondamentale" dell'Ordinamen-

to) tende a riportare al centro della definizione normativa di «trattamento e rieducazione» le indicazioni costituzionali sulla legalità e sulla finalizzazione della pena, quali consegnate dal terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione. Tuttavia nella nuova formulazione mancano, sia rispetto al testo originario del decreto della precedente legislatura sia rispetto alle proposte della *Commissione Giostra*, alcuni tra i più importanti riferimenti: primo fra tutti quello ai principi fondamentali delle Regole penitenziarie europee (Raccomandazione R (2006)2 del Consiglio di Europa) ed alla "sorveglianza dinamica", pur oggetto specificamente di un criterio di delega (lett. r) e, secondariamente, al principio (contenuto nella proposta della Commissione) che la mancanza di risorse non può mai giustificare la compressione di tali diritti (Parte I, par. 4, Reg. pen. eur.) e, infine, al principio (par. 5, Reg. pen. eur.) della "massima conformità" della vita penitenziaria a quella "esterna" (pure imposto dalla delega).

Ciononostante, l'articolo 1 mantiene l'intento di tracciare gli indirizzi di una politica penitenziaria fondata sulla figura del detenuto come persona, posta al centro dell'esecuzione e titolare di tutti quei diritti il cui esercizio non sia strettamente incompatibile con la restrizione della libertà personale.

Quale corollario a questa affermazione è più che opportuno il richiamo esplicito al principio affermato nell'articolo 13, comma 4, della Costituzione sul divieto di ogni violenza fisica e morale sulle persone ristrette.

Importanti affermazioni sono contenute circa il divieto di discriminazione (in ragione del sesso, dell'identità di genere e dell'orientamento sessuale, non previsti dal vigente testo dell'articolo 1) mentre è stato omesso il riferimento alla "priorità" dell'accesso alle misure alternative quale obiettivo del reinserimento, conformemente, par di capire, ad un'ideologia – del resto pacificamente espressa da alcuni autorevoli rappresentanti della maggioranza di Governo – orientata maggiormente verso le misure rieducative "intramurarie" (lavoro, istruzione) laddove la legge delega era viceversa volta ad orientare il trattamento verso l'esterno.

Molto positivo d'altro canto il richiamo ai concetti di "responsabilità", "autonomia", "socializzazione" e "integrazione" con cui si è voluto – riprendendo un'indicazione emersa dai lavori conclusivi del Tavolo II degli Stati generali – caratterizzare il trattamento verso modelli di partecipazione attiva e "responsabilizzante" del detenuto a tutte quelle attività che favoriscono il suo processo di reintegrazione, da un lato, tramite l'abbandono definitivo dei processi di "infantilizzazione" (che purtroppo ancora caratterizzano l'approccio trattamentale in ambito intramurario) e, dall'altro, mediante forme di integrazione tra

ristretti (e tra gruppi) e forme di socializzazione (non imposta ma proposta) che possano favorirne il reinserimento. Alla stregua di tali caratteri assegnati al trattamento intramurario il detenuto dovrebbe essere invitato, anche attraverso una plurale e variegata offerta trattamentale, a condividere con gli altri gli spazi di socialità, le attività comuni, lo studio, il lavoro ed anche lo svago, e deve poter organizzare la propria vita quotidiana in istituto con il massimo di autonomia consentita dal mantenimento della sicurezza.

Novità importanti anche in tema di alimentazione (si riconosce la possibilità di un'alimentazione rispettosa del credo religioso, norma già contenuta nel regolamento del 2000 ma oggi elevata a dignità di legge, seppure attenuata nella sua imperatività dalla formula "ove possibile"); in tema di permanenza all'aperto: le ore d'aria sono state portate obbligatoriamente da 2 a 4 salvo "giustificati" motivi contrari ("eccezionali" nell'originaria formulazione del decreto del dicembre 2017) con obbligo di comunicazione al magistrato di sorveglianza; in tema di assegnazioni: viene affermato un vero e proprio diritto del detenuto di essere assegnato ad un Istituto prossimo alla residenza della famiglia al fine di assicurare l'effettivo esercizio dell'affettività (criterio di cui alla lettera *n*) della delega, ovvero ad un Istituto prossimo a quello che per il detenuto rappresenta il principale centro di riferimento (la precedente residenza, il luogo in cui aveva instaurato rapporti amicali o aveva ricevuto assistenza economica o sociale), fatta salva l'esistenza di specifici e dimostrati motivi contrari (che per lo più potranno consistere nel mantenimento o nella ripresa di rapporti con la criminalità comune o organizzata, nella natura del reato commesso ovvero nelle esigenze logistiche degli Istituti); particolarmente importante l'inserimento nel V comma dell'articolo 14 di una norma volta al superamento delle cd "sezioni protette": la disposizione mira, insieme alla modifica inserita nell'articolo 1 in materia di non discriminazione per identità di genere ed orientamento sessuale, a rendere effettive le misure di tutela nei confronti di chi, a causa delle predette condizioni, possa temere di subire sopraffazioni o aggressioni da parte della restante popolazione detenuta, prevedendo che l'inserimento in sezioni separate avvenga presso reparti adibiti alle sole categorie omogenee, opportunamente distribuite su tutto il territorio nazionale, in modo da evitare una promiscuità all'interno delle cd sezioni protette foriera di nuove possibili discriminazioni ed in modo da garantire, anche per dimensioni, uguali opportunità nel trattamento; inoltre l'inserimento nei predetti raggruppamenti "omogenei" dovrebbe avvenire soltanto con il consenso dell'interessato che, in tal modo, può essere chiamato a rinunciare alla maggiore prossimità al luogo dove si concentrano i propri affetti familiari.

L'articolo 13 ha pure subito rilevanti modifiche.

Si segnala in particolare l'ablazione di ogni riferimento alla connotazione stigmatizzante relativa al "disadattamento sociale" stabilendosi che l'osservazione scientifica della personalità, alla stregua delle più attuali conoscenze criminologiche e scientifiche, è tesa esclusivamente alla rilevazione delle cause che hanno condotto la persona a commettere il reato ivi comprese, se esistenti, le "carenze psicofisiche". In tal modo non viene ignorata, secondo un approccio più "moderno", una realtà che presenta molteplici forme criminali (*white collar crimes*, tossicodipendenti, criminalità politica) e che deve essere valutata al fine di proporre un programma di reinserimento volto al superamento degli eventuali ostacoli che si frappongono al recupero sociale. Il reato non è sempre l'effetto di disadattamento sociale od opera di carenze fisiche o psichiche della persona e il delinquente non è sempre un "marginale" o "disadattato" secondo il canone, che ispirava il modello penitenziario del 1975, della deprivazione sociale quale principale causa del reato. Con la novella dell'articolo 13 si abbandona definitivamente l'approccio deterministico che caratterizzava il modello di delinquente della legge del 1975 e che, tra l'altro, si affida ad un'ingenua fiducia nelle capacità della scienza e della criminologia. Di particolare importanza riteniamo sia la trasposizione (con modifiche ed adattamenti) di quanto già contenuto nell'articolo 27 del Regolamento e cioè il riferimento esplicito alla «riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione». Vi è l'aggiunta di un richiamo espresso alla vittima (non esistente nella formulazione dell'articolo 27 cit.) e ciò rappresenta il frutto della maturata sensibilità anche in materia di tutela dei diritti delle vittime, di acquisizione dei principi della giustizia riparativa e della moderna vittimologia e trova riconoscimento e collocazione a livello di normativa primaria proprio in attuazione del criterio di delega sub *f* limitato all'ambito intramurario («previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative»). In tale prospettiva, si prescrive all'amministrazione di offrire al ristretto la possibilità di una riflessione approfondita in merito alle condotte antiggiuridiche realizzate ed alle conseguenze negative anche per la vittima, con l'obiettivo di integrare lo sviluppo del trattamento individualizzato con eventuali azioni di riparazione.

Va notato infine l'obbligo (oggi inserito nella legge e non più nel regolamento) di effettuare la prima formulazione del programma di trattamento nel termine di mesi 6 (nel regolamento del 2000 era previsto un termine di mesi 9).

In tema di colloqui, definitivamente accantonata (già nello schema di decreto del precedente Governo) ogni proposta di introdurre nel nostro Ordinamento l'istituto dei colloqui cd "intimi" (sottratti al controllo visivo), si è inteso affermare prima di tutto a tutela del diritto di difesa, la facoltà del condannato di effettuare colloqui con il proprio difensore senza limiti fin dall'inizio dell'esecuzione della pena o della custodia cautelare, in quest'ultimo caso fatte salve le limitazioni stabilite dall'articolo 104 cpp. Per quanto riguarda i condannati la novella ha inteso esplicitare tale diritto, pur essendo la questione già risolta con la sentenza "additiva" della Corte costituzionale n. 212 del 9 aprile 1997. Analoga facoltà, senza le limitazioni di cui all'articolo 104 cpp, che riguardano esclusivamente i rapporti con l'Ufficio difensivo, è stata concessa in relazione al diritto di conferire con i Garanti dei diritti dei detenuti, comunque denominati (e dunque a tutti i livelli: nazionale, regionale e comunale), in vista della complessiva tutela dei diritti primari della persona detenuta che non può subire alcuna limitazione di natura temporale. La norma dovrebbe necessariamente essere accompagnata, al fine di consentire l'effettivo esercizio del diritto all'affettività, dalla modifica dell'articolo 37 del Regolamento stabilendo che detti colloqui (con il difensore e con i Garanti) non incidano in alcun modo sul numero degli stessi e delle telefonate con i propri familiari.

Nel secondo comma dell'articolo 18 viene poi inserita una disposizione volta a favorire un più pieno esercizio del diritto all'affettività con l'esplicito richiamo alla "dimensione riservata" del colloquio, da intendersi come obbligo per l'Amministrazione di articolare i locali destinati ai colloqui in modo tale da limitarne il carattere rumoroso e l'eccessiva visibilità fra i diversi gruppi familiari ed avendo cura di prescegliere spazi il più possibile prossimi agli ingressi per evitare ai visitatori, specialmente minori, un penoso ed inutile attraversamento interno della struttura penitenziaria. La norma va salutata con estremo favore in quanto apre in qualche modo ad una maggiore considerazione dell'esercizio, tutto "privato", del diritto all'affettività in ambito carcerario ed apre scenari imprevedibili implicando una possibile sottrazione, seppur limitata, al controllo permanentemente visivo dei colloqui familiari.

Infine anche qui un opportuno nuovo riparto di competenza prevede l'abrogazione della competenza del magistrato di sorveglianza per l'autorizzazione ai colloqui telefonici per gli imputati dopo la sentenza di I grado (attribuita *in toto* al giudice che procede).

Novità anche in tema di parità di trattamento per donne e stranieri (artt. 19, 27, 31 e 80, comma 4, Ordinamento penitenziario).

L'articolo 33 sulla disciplina dell'isolamento prevede che siano assicurate le "normali condizioni di

vita", ad eccezione di quelle assolutamente incompatibili con le ragioni (sanitarie, disciplinari o cautelari) che lo hanno determinato. Si deve precisare che, a norma del comma 6 dell'articolo 73 del Regolamento, è comunque rimesso all'Autorità giudiziaria procedente, nel caso di isolamento giudiziario, il potere-dovere di stabilire le limitazioni indispensabili a garantire lo scopo per il quale l'isolamento è stato disposto. Deve inoltre essere sempre garantito al detenuto – fatte salve le eventuali limitazioni disposte dall'Autorità giudiziaria, in caso di isolamento giudiziario, ai sensi dell'articolo 18 – il diritto di effettuare i colloqui con le persone autorizzate all'ingresso.

L'articolo 40, in ottemperanza al criterio *m* della legge delega prevede la sostituzione della figura professionale del sanitario, estromessa dal consiglio di disciplina, con una figura esterna all'organizzazione dell'Istituto penitenziario (il professionista *ex* articolo 80 Ordinamento penitenziario) nel presumibile duplice intento di accrescere il tasso di imparzialità dell'organo disciplinare e di contribuire a ridurre la tendenziale separatezza del carcere dalla società esterna. Non poche saranno le implicazioni pratiche di questa modifica, augurandosi che il maggior impegno richiesto ai professionisti *ex* articolo 80 Ordinamento penitenziario non sottragga costoro alle funzioni proprie di osservazione della personalità.

Significativamente rilevante infine la disposizione dell'articolo 42 che supera l'attuale struttura normativa che contempla un mero "favore" di destinazione negli Istituti prossimi alla famiglia. Com'è noto, i trasferimenti in luoghi lontani costituiscono spesso uno dei principali elementi di ostacolo ai contatti con la famiglia e, dunque, all'esercizio del diritto all'affettività. Spesso i trasferimenti interrompono percorsi intrapresi e sono anche una delle cause ricorrenti dei tentativi di suicidio. Viene dunque espressamente riconosciuto il "diritto" (tutelabile in via giurisdizionale *ex* articolo 35 *bis* Ordinamento penitenziario) del detenuto ad essere assegnato ad un Istituto più prossimo alla residenza della sua famiglia o al proprio Centro di riferimento sociale, salve le controindicazioni che dovranno essere specificamente motivate dall'Amministrazione. Il "centro di riferimento sociale" – come già detto più sopra – dovrebbe individuare per il detenuto il luogo (la precedente residenza, la località in cui aveva instaurato consistenti rapporti amicali o aveva ricevuto assistenza economica o sociale) in cui egli aveva i principali legami affettivi e/o assistenziali. La fissazione di un termine entro cui l'Amministrazione deve fornire una motivata risposta in caso di istanza di trasferimento per motivi familiari, di formazione, di studio, di lavoro o di salute intende conferire effettività al potere di richiesta del detenuto.

L'articolo 45 Ordinamento penitenziario introduce importanti disposizioni in tema di residenza ana-

grafica del detenuto: esse non interferiscono con le norme sull'assistenza sociale territoriale ai detenuti e alle loro famiglie (cui già si riferisce, in particolare, l'articolo 3 della legge n. 328 del 2000), ma intervengono per garantire una più sicura attuazione degli adempimenti anagrafici all'interno degli Istituti penitenziari, dato che il presupposto necessario di tutte le prestazioni sociali a competenza territoriale – e di alcune importanti prestazioni socio-sanitarie erogabili alle persone detenute – è costituito dal requisito di residenza dichiarata. La norma stabilisce anche un'opportuna 'opzione di residenza' per i condannati.

Circa le gravi omissioni del decreto, va qui ricordata la norma dell'articolo 34 Ordine penitenziario sulle perquisizioni che nel decreto del precedente Governo, in attuazione del criterio delle deleghe sul rispetto della dignità (lett *r*), prevedeva il divieto assoluto – salvo specifici e giustificati motivi – della pratica del “denudamento” ed imponeva la presenza del personale sanitario per le ispezioni delle parti intime.

La perquisizione personale ha infatti un'indubbia rilevanza costituzionale in quanto attiene all'inviolabilità della persona, sotto il particolare punto di vista dell'intangibilità del corpo e della tutela del pudore, e può essere giustificata solo da ragioni comprovate di sicurezza (prevenzione dell'auto o etero-lesionismo) o per prevenire disordini all'interno del carcere, ma non deve mai tendere a provocare, umiliare o “inferiorizzare” il soggetto passivo. Le ispezioni delle cavità corporee, anche per i rischi sanitari e igienici connessi, dovrebbero sempre essere condotte da personale sanitario qualificato, edotto in tema di norme di igiene, salute e sicurezza, ma su questo la novella legislativa tace.

Il Decreto legislativo n. 124/18

1) Modifiche in tema di trattamento penitenziario

Il secondo decreto legislativo incide su alcune norme contenute nel capo II del Titolo I che riguarda le condizioni generali del trattamento con riferimento alle caratteristiche degli edifici penitenziari, ai locali di soggiorno e pernottamento ed all'igiene personale.

Se va salutata con favore la previsione in via obbligatoria di docce “con acqua calda” in tutti gli Istituti (articolo 8, comma 1) va viceversa censurata la previsione di locali comuni solo per lo svolgimento di attività “lavorative e formative” e, solo “ove possibile”, “culturali, sportive e religiose” (articolo 5), un evidente arretramento rispetto alla normativa vigente che non prevede affatto questo limite. Tale insensata limitazione è anch'essa espressione di quella ideolo-

gia culturale di cui si è fatto cenno sopra che vede solo nel lavoro intramurario e nella formazione al lavoro il principale se non esclusivo strumento rieducativo, a scapito della cultura, dell'istruzione, della religione e delle attività ricreative (ivi comprese quelle sportive), per le quali gli spazi comuni si troveranno d'ora in poi negli Istituti solo ove concretamente possibile in relazione alle specifiche condizioni del singolo carcere.

È ben vero infine che la novella prevede per la prima volta l'obbligo di tenere i servizi igienici separati dalla camera di pernottamento e la dotazione di “spazi comuni” nelle aree residenziali per favorire una gestione cooperativa della vita quotidiana “nella sfera domestica” (articoli 6 e 8) ma nel contempo la previsione della loro entrata in vigore fra tre anni rende tali riforme troppo dilatate nel tempo, senza considerare che la gestione “comune” della vita quotidiana in Sezione dovrebbe accompagnarsi ad una previsione esplicita del principio della “sorveglianza dinamica”, viceversa, come ricordato, del tutto omessa nei nuovi decreti.

Infine, il diritto dell'ergastolano a vivere in camera ad un posto (articolo 6, comma 5) viene degradato ad una mera indicazione di preferenza che l'interessato, come già peraltro accade oggi, può liberamente esprimere. Sarebbe stato viceversa razionale adeguare la previsione dell'Ordine penitenziario all'articolo 22 del codice penale, che prevede l'isolamento “notturno” quale modalità esecutiva della pena dell'ergastolo, assicurando nel contempo la tendenziale “umanizzazione” della pena massima, maggiormente corrispondente al principio costituzionale.

2) Nuove disposizioni in tema di lavoro penitenziario

La premessa dell'intervento riformatore è che il lavoro penitenziario, pur essendo uno degli elementi principali del trattamento, soffre di un cronico e gravissimo problema di effettività, determinato principalmente dallo scarso sviluppo del mercato del lavoro penitenziario, sia in termini di numero di posti lavorativi che di qualità dell'offerta.

Senza entrare troppo nel dettaglio della nuova disciplina, tributaria di alcune riflessioni svolte in seno al Tavolo VIII (Lavoro e formazione) degli Stati generali dell'esecuzione penale e di altre sviluppate dal Gruppo di lavoro istituito nel 2015 presso il Dap, giova sottolineare in primo luogo l'eliminazione della previsione del lavoro come “obbligo”, posto che essa stride sia con la “non afflittività” del lavoro penitenziario, sia – più in generale – con il principio del libero consenso al trattamento, principio che si fonda, tra l'altro, sull'ovvia considerazione che le *chances* di successo del percorso di reinserimento, quali che siano gli strumenti,

dipendono dall'adesione del condannato alle offerte trattamentali. Peraltro va notato che, contrariamente a quanto proposto dalla Commissione di studio per la riforma, non vi è stata l'analoga abrogazione dell'obbligatorietà del lavoro negli articoli del codice penale che la prevedono (artt. 22, 23 e 25) come coesistente all'esecuzione delle pene detentive dell'ergastolo, della reclusione e dell'arresto, di talché la modifica attuale sembrerebbe del tutto inutile.

Le più significative novità riguardano la disciplina della Commissione prevista dal vigente comma 4 dell'articolo 20, Ordinamento penitenziario, la previsione della produzione di beni da destinare all'"autoconsumo" e la valorizzazione del lavoro di pubblica utilità. Quest'istituto – pur ormai dal 2013 previsto quale modalità di trattamento penitenziario (articolo 21, comma 4 *ter*, Ordinamento penitenziario introdotto dal dl n. 78 del 2013) – ha fatto registrare finora una scarsa attuazione pratica: se infatti il lavoro di pubblica utilità è sempre più presente nel nostro sistema penale (si pensi alle figure connesse alle violazioni del codice stradale; al testo unico sugli stupefacenti, alla messa alla prova degli adulti, alla sospensione condizionale) esso continua ad essere generalmente poco praticato in ambito esecutivo. Va evidenziata l'eliminazione del lavoro a sostegno delle vittime e delle loro famiglie dei reati commessi, eliminazione opportuna, posto che tale attività andrebbe viceversa collocata nel più ampio spazio assegnato alle pratiche di giustizia riparativa.

Infine, fermo restando il divieto di concessione del lavoro all'esterno *ex* articolo 21, Ordinamento penitenziario, per i condannati per i reati di mafia (già vigente), viene oggi previsto l'obbligo per il magistrato di sorveglianza (e stranamente non per l'Autorità giudiziaria con riguardo agli imputati) di tenere "prioritariamente" conto delle esigenze di sicurezza nonché della natura del reato e della pena residua (analogamente a quanto previsto in forma generale dall'articolo 48 del Regolamento) per i soli condannati per i reati previsti dall'articolo 4 *bis* Ordinamento penitenziario

Infine degna di nota è l'estensione (articolo 46, ult. co.) dell'ambito di applicazione dell'assegno di ricollocazione (articolo 23 d.lgs 14 settembre 2015 n. 150) anche ai detenuti e agli internati dopo la dimissione, ossia al momento della scarcerazione in ragione dell'avvenuta espiazione della pena, cioè quando essi versano, di norma, in una condizione di maggiore fragilità ed esposizione. La misura sembra destinata solo ai detenuti ed internati dimessi per espiazione

della pena, con esclusione dei detenuti scarcerati in quanto avviati verso percorsi di espiazioni extra-muraria (misure alternative)

Per concludere – con una nota di inevitabile pessimismo – si può dire che le norme recuperate dal progetto originario della riforma sono poca cosa rispetto a quello che la riforma rappresentava, tanto da poter dire che il sistema che cambia è al momento quello che rimane sostanzialmente uguale a se stesso. Dobbiamo tutti essere consapevoli di quali siano le torsioni culturali e anche istituzionali che questo sostanziale fallimento comporterà.

Alla fine degli anni 70 e nel decennio successivo (gli anni della Gozzini) la legittimazione dell'istituzione carceraria era stata incanalata dal riformismo penitenziario in un consenso al modello rieducativo; negli anni '90 e nei primi anni 2000 quella legittimazione poggiava invece su una situazione di crisi del modello rieducativo e sulla riemersione di un esplicito discorso securitario: le carceri erano "hotel a 5 stelle", da esse i condannati uscivano con grande facilità per via della non garantita "certezza della pena", i pochi casi di evasione e di mancato rientro dai permessi erano volutamente enfatizzati e i magistrati di sorveglianza continuamente posti sotto accusa.

È un ritornello che sentiamo ripetere anche oggi, pur dopo la stagione degli Stati generali.

Ciò produce un progressivo scollamento tra la rappresentazione ufficiale del Carcere e la realtà di esso: il Carcere rischia di tornare a chiudersi in se stesso, questo è il pericolo più grande. Si preannunciano derive platealmente repressive: il Daspo, nuovi "pacchetti sicurezza", un aumento delle pene, strumenti di "tortura" nelle carceri come il "Taser" (strumento impensabile nelle prigioni per vari motivi, prima di tutto per il pericolo che il detenuto – come ogni altro tipo di arma, vietata in carcere – possa indebitamente appropriarsene): scure nubi si addensano nel cielo del diritto.

Il carcere dovrebbe invece servire a farci cambiare idea sul condannato e quindi a produrre scenari diversi, esperienze di rottura rispetto alle precedenti scelte criminali, allo scopo di interrompere la reiterazione di quelle scelte.

Il Carcere dovrebbe essere un luogo di mediazione e di pacificazione affinché si possa uscire dalla logica secondo cui al negativo si risponde solo schiacciando e vincendo perché questa, in fondo, è l'idea giustificativa della guerra.

Quel che poteva essere (e la necessità di perseverare)

di *Glauco Giostra e Fabio Gianfilippi*

Sette domande di un magistrato di sorveglianza, Fabio Gianfilippi, a Glauco Giostra, presidente della Commissione per la riforma dell'Ordinamento penitenziario nel suo complesso nominata con decreto ministeriale 19 luglio 2017.

Un dialogo per capire da dove e come, dopo la disillusione, è possibile ripartire, anche controvento.

Gianfilippi: *Il sovraffollamento, i deficit di risorse umane e materiali, le molteplici marginalità sociali presenti nelle strutture penitenziarie fanno del carcere un luogo di speciale sofferenza. Le note condanne in sede europea in questo senso hanno solo evidenziato quanto chi frequenta gli Istituti penitenziari già segnalava da tempo. Anche il legislatore si è mosso negli scorsi anni a più riprese con interventi però sempre settoriali, e caratterizzati soprattutto da un intento deflattivo, che sono stati facilmente bollati come “svuotacarceri”. Il progetto immaginato dalla Commissione per la riforma dell'Ordinamento penitenziario nel suo complesso, invece, si distingueva nettamente, secondo me, da questo modo di procedere. Tuttavia ha ricevuto le stesse critiche, tanto che i decreti legislativi 121, 123 e 124 del 2 ottobre 2018 esercitano soltanto in modo limitato la delega consegnata al Governo con la legge 103/2017 e lasciano cadere tutto il resto.*

Giostra: A parte che bollare con il rozzo neologismo “svuotacarceri” la novellistica successiva alla sentenza Torreggiani è quanto meno approssimativo e ingeneroso: basti pensare che con quei provvedimenti sono state introdotte norme fondamentali per la tutela dei diritti dei detenuti, quali il reclamo giurisdizionale di cui all'art.35-bis e il rimedio risarcitorio di cui all'art.35-ter. Rivolgere, poi, la stessa accusa alla riforma penitenziaria voluta dalla Delega è una imbarazzante insulsaggine: chi l'ha qualificata uno “svuotacarceri”, nella migliore delle ipotesi non l'ha

letta. Ed a questa, pur non edificante spiegazione, è bene fermarsi, perché le altre due – l'ha letta e non l'ha capita; l'ha capita, ma ha voluto mistificarne il segno – anziché deprimenti come la prima, sarebbero inquietanti. Sempreché alle parole – pur di pessimo gusto come questa – si voglia dare un senso. Se, come credo, per “svuotacarceri” si vuole intendere un provvedimento di automatica fuoriuscita dai penitenziari di numerosi detenuti in base a meri parametri sanzionatori, mi piacerebbe che si indicasse una sola disposizione del progetto di riforma cui possa essere ascritto un intento “svuotacarceri”. Al contrario, il progetto di riforma mirava ad abrogare l'unica normativa che poteva rientrare in questa accezione: la legge 199 del 2000. Se poi al termine si vuole dare, invece, il significato di graduale sottrazione al rigido regime detentivo del soggetto che ha manifestato oggettivi e rassicuranti progressi nel programma di ri-socializzazione, allora sarà bene ricordare che questa “cosa” la Costituzione la chiama “rieducazione”.

Gianfilippi: *Tra gli addetti ai lavori, e tra gli stessi detenuti, l'aspettativa circa il successo del percorso integrale di riforma era indubbiamente molto alta. Anche per questo è accaduto spesso, negli ultimi mesi, che alla proposta della Commissione e agli schemi di decreto legislativo che ne sono derivati, accogliendone parzialmente i lavori, siano stati a torto collegati, da parti contrapposte, tanto presagi di pericolo per la sicurezza collettiva quanto capacità di palingenesi di ogni stortura del sistema.*

Giostra: Dei pericoli per la sicurezza derivanti dall'approvazione della riforma mi consenta di non parlare: tutte le esperienze nazionali e internazionali dimostrano che l'apertura dell'esecuzione della pena alla possibilità di un graduale e responsabilizzante reinserimento sociale riduce sensibilmente il tasso di recidiva. Per negarlo si contesta la validità di statistiche e testimonianze: chi muove tali apodittiche obiezioni avrebbe l'onere di produrre almeno un'indagine o una esperienza che le suffraghi. Con l'inevitabile approssimazione di una sintesi estrema potremmo dire che la riforma, se approvata nel suo articolato complessivo, avrebbe davvero costituito una palingenesi normativa dell'attuale assetto legislativo. Affinché ne seguisse una anche della realtà penitenziaria, però, sarebbe stato necessario, tra l'altro, provvedere alla professionalizzazione della Polizia penitenziaria, al significativo incremento organico degli psicologi, degli educatori, degli operatori sociali e dei mediatori culturali all'interno del carcere, al potenziamento degli Uepe e delle loro prerogative per accompagnare il condannato nella delicatissima fase della "convalescenza sociale" una volta progressivamente riammesso alla libertà, alla rimodulazione delle strutture penitenziarie. La riforma, per così dire, avrebbe costituito il *software* cui bisognava far seguire gli interventi sull'*hardware* per fare in modo che l'articolo 27, comma 3, Costituzione trovasse finalmente reale attuazione.

Gianfilippi: *Ora che il percorso della riforma si è definitivamente arrestato ai contenuti dei decreti legislativi del 2 ottobre 2018, non sembra inutile guardare indietro a ciò che la legge delega chiedeva e a quel che la Commissione di riforma proponeva per il suo pieno esercizio, proprio perché le molteplici urgenze del mondo penitenziario attendono ancora risposte che, al di là del serio esame che occorre fare sulle novità normative che comunque sono intervenute, non saranno soddisfatte. Dovendo comprimere la risposta in poche battute, non è facile tracciare almeno le linee di fondo della riforma.*

Giostra: Non è certo possibile, neppure volendole "liefilizzare", illustrare le connotazioni principali della riforma. In poche battute possiamo soltanto dire che la sua bussola era già nella relazione accompagnatoria della legge delega: «restituire effettività alla funzione rieducativa della pena». Questo significava che punto ideale di fuga di tutte le norme elaborate è stato quello di fare del condannato, non già un buon detenuto, ma un buon cittadino, responsabilizzandolo e dandogli la possibilità di esprimere le sue potenzialità di riscatto. Questo significava che lo Stato può naturalmente privare il cittadino che ha

commesso gravi reati della libertà personale, ma mai della dignità e della speranza. In tale cornice si inscriveva il progetto di riforma varato dalla Commissione da me presieduta, pur con gli inevitabili errori dovuti al ristrettissimo tempo a disposizione per la sua elaborazione, alla complessità della materia e ai limiti del sottoscritto.

Gianfilippi: *Mi occupo da molti anni di sorveglianza ed esecuzione penale e, periodicamente, ho sentito parlare del rischio dello sgretolarsi della "certezza della pena", formula ultimativa che sembra non richiedere spiegazioni e di fatto chiude ad ogni riflessione sui contenuti costituzionali delle pene (da ultimo, sentenza Corte costituzionale n. 149/2018). Questo ostacolo di principio è stato opposto ora anche alla integrale approvazione della riforma che, appunto, si afferma avrebbe recato un vulnus al principio della certezza della pena. Una tale obiezione aveva un suo fondamento?*

Giostra: In effetti, la parte qualificante della riforma è stata ufficialmente sacrificata sull'altare della "certezza della pena". Una giuridicologgia strettamente imparentata, almeno quanto al messaggio che è chiamata a veicolare, all'altra dello "svuotacarceri", di cui abbiamo appena parlato: «attenzione – diceva questo mistificante neologismo – vogliono sversare nella collettività il liquame sociale che eravamo riusciti a rinchiudere tra quelle solide mura»; «attenzione – ribadiva con maggiore *aplomb* il sedicente principio di certezza della pena – se la pena non viene eseguita sino all'ultimo giorno tanti delinquenti vengono immessi nuovamente, impuniti, nelle vene della società sana». Ma, a parte che questa è evenienza inevitabile prima o poi, a meno di non voler punire ogni reato con l'ergastolo. A parte che realizzare la funzione rieducativa della pena non significa che questa non debba conservare anche una funzione retributiva: per i reati più gravi non saranno comunque evitabili lunghi periodi di detenzione, quand'anche il condannato sin dall'inizio s'adoperi in un serio e fattivo percorso di riabilitazione. A parte che il soggetto insensibile ad ogni prospettiva di riabilitazione sociale esprirebbe la pena detentiva per intero. Modulare l'esecuzione penale sul percorso riabilitativo del condannato non vuol certo dire, come si ripete con logoro cliché, determinare un'incertezza della pena, ma soltanto che questa – in base a determinati presupposti legali e a seguito dell'accertamento giurisdizionale della loro sussistenza – va calibrata in itinere sull'evoluzione psico-comportamentale della persona che la espia. Diciamo forse che la pena non è certa per il fatto che il giudice di cognizione possa infliggere al rapinatore una pena da quattro a dieci anni

di reclusione? Se a nessuno è mai venuto in mente di sostenerlo è perché tutti comprendono che la discrezionalità concessa al giudice serve per meglio commisurare la pena alla gravità del fatto in concreto. Perché, allora, quando le modalità di esecuzione e talvolta la durata della pena sono calibrate dal giudice sulla base dell'evoluzione comportamentale del soggetto, si parla di incertezza della pena? Come non si pretende che tutti i rapinatori siano puniti con x anni a prescindere dal fatto di cui si sono resi protagonisti, non si dovrebbe pretendere che tutti i condannati a x anni scontino la stessa pena a prescindere dal loro comportamento nel corso dell'espiazione. Tener conto dell'avvenuta, profonda rielaborazione del male commesso e del conseguente impegno per un operativo riscatto non significa rendere incerta la pena, ma individualizzarne i contenuti per il recupero sociale del condannato, come la nostra Costituzione prescrive. I replicanti della "pena certa" dovrebbero almeno avere l'avvertenza di precisare che ciò che invocano è in realtà la pena fissa, immutabile: cioè qualcosa di costituzionalmente e convenzionalmente inammissibile.

Gianfilippi: *L'equazione per la quale la pena, vera ed efficace, è solo quella del carcere sembra difficile da scardinare, anche tra chi dovrebbe conoscere bene il significato dell'articolo 27 della Costituzione, a partire da quel plurale «le pene non possono consistere...» che già si apre a qualcosa che carcere non sia. Sembra servire a poco la constatazione circa l'elevatissimo tasso di recidiva nel reato di chi trascorra tutta la sua pena all'interno degli Istituti penitenziari senza accedere a misure alternative alla detenzione. Con quale percorso si può provare, nuovamente, a spiegare che meno carcere può significare, a determinate condizioni, più sicurezza?*

Giostra: Un tale percorso, sempre molto difficile, è tanto più impervio nell'attuale stagione politica che ha nell'ansia collettiva la più redditizia e irrinunciabile fonte di procacciamento di consensi. Di certo molto dipenderà dai mezzi di informazione; dalla loro capacità di abbandonare l'attuale tendenza a relegare la realtà penitenziaria in un cono d'ombra mediatico per scaraventarla sotto la luce dei riflettori soltanto in presenza di episodi violenti, evasioni, mancati rientri. Ed anche in tali casi sarebbe molto importante che i giornalisti avessero la competenza e l'onestà professionale di inquadrare l'episodio nei suoi reali termini, anche statistici.

Gianfilippi: *La magistratura di sorveglianza è stata chiamata nel corso degli ultimi anni a compiti*

sempre più gravosi, con significativi incrementi di competenze soprattutto sotto il versante della tutela giurisdizionale dei diritti delle persone detenute. Il progetto di riforma elaborato dalla Commissione Giostra attribuiva un ruolo particolarmente importante alla discrezionalità prudente ed informata della magistratura di sorveglianza. Quando nei commenti avversi alla riforma si dice che si sarebbe trattato di una "svuotacarceri" non si finisce per dimostrare sfiducia nei confronti dell'operato di questo comparto della giurisdizione?

Giostra: Quando il Parlamento ricorre ad automatismi e a presunzioni assolute sia nel processo che nell'esecuzione della pena mostra certamente sfiducia nella magistratura e preferisce sostituire al prudente apprezzamento discrezionale di questa rispetto al singolo caso, una propria scelta per categorie di situazioni o di soggetti, scontando il fatto che vi siano soggetti che restano in carcere indebitamente, in quanto la loro vicenda individuale deroga alla presunzione assoluta stabilita per legge. Il costante insegnamento della Corte costituzionale in tema di obbligatorietà della custodia cautelare in carcere non potrebbe essere più eloquente.

Gianfilippi: Iginio Cappelli, magistrato di sorveglianza degli anni a cavallo della riforma del '75, mai abbastanza rimpianto, scriveva nel suo *Gli avanzi della giustizia*, a proposito dei tempi difficili che seguirono, che: «*puoi aver perso il senso di ogni motivazione interiore, ma finché la speranza o la disperazione di un uomo in carne e ossa ti chiama al tuo mestiere, non ti è permesso di abbandonare*». Il carcere è pieno di umanità dolente che chiede oggi, come ieri, attenzione e ascolto. Nonostante la disillusione del mancato completamento del percorso della riforma, come si può andare avanti? Da dove si ricomincia? Perché guardare avanti, per le ragioni che descriveva Cappelli, è necessario.

Giostra: Possiamo continuare, ciascuno nel proprio ambito, a batterci e ad adoperarci per un'esecuzione penale meno indegna di un uomo; possiamo mantenere con fermezza e coerenza la direzione, ma non dobbiamo neppure coltivare illusioni: la corrente contraria si è fatta impetuosa e la direzione anadroma sempre più faticosa, nonostante la nostra determinazione e la nostra resistenza. L'importante è non smarrire la mèta così da poter applicare la tecnica dei velisti che, quando soffia un vento avverso rispetto al traguardo da raggiungere procedono di bolina, cioè bordeggiano per avvicinarsi zigzagando alla mèta. Io

credo che le pronunce della Corte costituzionale, le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, la giurisprudenza della magistratura di sorveglianza, gli insegnamenti della dottrina, le prese di posizioni del mondo forense sofferanno ancora per sospingere la mai ammainata vela del recupero sociale del condannato e potranno contribuire a rimuovere le più inac-

cettabili espressioni di gratuita disumanità del nostro sistema. Ma l'occasione per una riforma complessiva (Ordinamento penitenziario adulti e minori, giustizia riparativa, misure di sicurezza, sanità penitenziaria), organica e coerente è andata irrimediabilmente perduta. Almeno nel breve e medio periodo, potremmo aggiungere per consolarci.

Salute mentale e carcere: una necessità dimenticata

di Marco Pelissero

La sanità penitenziaria in tema di infermità mentale è l'oggetto di questo brano. Si tratta di un angolo visuale strategico per leggere la cifra complessiva della riforma. Tutto dentro il carcere e niente fuori, potrebbe essere la sintesi. Sulla base questo *leitmotiv* scompaiono percorsi terapeutici alternativi al carcere per i sofferenti psichici, in linea con un impianto legislativo che tace sulle misure alternative.

In data 2 ottobre sono stati pubblicati in Gazzetta Ufficiale i decreti legislativi sulla riforma dell'Ordinamento penitenziario (numeri 121, 123 e 124). In particolare il d.lgs n. 123 contiene alcune disposizioni in tema di sanità penitenziaria presenti nello schema di decreto legislativo approvato dal Governo Gentiloni ad inizio anno, senza che si concludesse l'*iter* di approvazione definitiva a causa del volgere a termine della legislatura e del timore delle forze politiche di Governo dello scarso *appeal* elettorale del tema carcere, fortemente condizionato dai più moderni venti securitari.

Il testo approvato costituisce una versione alquanto falciata del precedente: e nel falciare, ha deformato il senso complessivo delle proposte di revisione dell'Ordinamento penitenziario avanzate dalle Commissioni che avevano lavorato per dare attuazione alla legge delega. Era prevedibile, perché le scelte di politica penitenziaria che sono alla base della riforma sono perfettamente in linea con le preoccupanti indicazioni di politica penitenziaria contenute nel «Contratto per il governo del cambiamento», con il quale è stato siglato il patto di coalizione delle nuove forze politiche di maggioranza e di Governo. Avendo presieduto la Commissione, a suo tempo incaricata dal ministro Orlando di dare attuazione alla riforma della sanità penitenziaria e delle misure di sicurezza personali, mi sento in dover esprimere pubblicamente alcune riflessioni sulla profonda difformità tra le scelte in tema di sanità penitenziaria che stavano alla base della proposta della Commissione e l'esito finale dell'*iter* legislativo.

La sanità penitenziaria costituisce oggi un nervo scoperto del mondo carcerario, come confermano i suicidi, anche recenti, che costituiscono la punta drammatica di un *iceberg*: il carcere deforma sempre, in modo più o meno significativo, i diritti individuali fondamentali, e tra questi il diritto alla salute che dovrebbe avere valore preminente, perché la privazione della libertà personale non può comportare anche privazione del diritto alla salute. In particolare, è la salute mentale a risultare fortemente compromessa dalle condizioni di vita detentiva, specie in contesti – come l'attuale – connotati da sovraffollamento carcerario. Così il carcere diventa collettore, amplificatore e produttore di forme più o meno gravi di disagio psichico.

La Commissione aveva proposto di operare su due fronti: sulla sanità penitenziaria in senso stretto e su percorsi terapeutici alternativi al carcere.

Sul primo versante, la Commissione, in linea con la riforma del 1999 che aveva affidato la gestione della sanità in carcere direttamente al Servizio sanitario nazionale, aveva dato alcune indicazioni: garantire il diritto a prestazioni sanitarie efficaci e tempestive; assicurare interventi di prevenzione, cura e sostegno del disagio psichico e della marginalità sociale; prevedere procedure più snelle per garantire cure e accertamenti sanitari esterni, in caso di impossibilità di prestazioni negli istituti; introdurre il dovere del medico, all'atto della visita di ingresso, di annotare nella cartella clinica del detenuto, anche mediante documentazione fotografica, ogni informazione relativa a segni o indicazioni che facciano apparire che la

persona possa aver subito violenze o maltrattamenti, con obbligo di darne comunicazione al direttore dell'Istituto e al magistrato di sorveglianza; garantire la necessaria continuità terapeutica rispetto a trattamenti in corso all'esterno o all'interno dell'Istituto da cui il detenuto sia stato trasferito; assicurare la prosecuzione del programma di rettificazione di attribuzione di sesso di cui alla legge 164/1982, garantendo il necessario supporto psicologico; prevedere il diritto di effettuare, a proprie spese, trattamenti terapeutici con un sanitario di fiducia. Alcune di queste indicazioni sono state recepite dalla riforma e, se effettivamente attuate (questo sarà il vero banco di prova), contribuiranno a migliorare la sanità all'interno degli Istituti penitenziari. Scompaiono, tuttavia, nel novellato articolo 11 dell'Ordinamento penitenziario alcuni elementi che, ad avviso della Commissione erano importanti: anzitutto, viene meno il richiamo alla necessità che il servizio sanitario nazionale assicuri idonei interventi di prevenzione, cura e sostegno del disagio psichico e della marginalità sociale; la Commissione aveva previsto che fosse garantito un presidio del dipartimento di salute mentale adeguato alle dimensioni e alle esigenze di ogni istituto e nulla di tutto ciò è presente nel nuovo testo approvato, che rappresenta tra l'altro anche una regressione rispetto alla disciplina attuale che richiede che ogni Istituto disponga dell'opera di almeno uno specialista in psichiatria; viene meno il riferimento alla necessità in capo al medico, all'atto della visita di ingresso in Istituto, di documentare, anche mediante documentazione fotografica, ogni informazione relativa a segni che facciano apparire che la persona possa aver subito violenze o maltrattamenti, con obbligo di darne comunicazione al direttore di Istituto ed al magistrato di sorveglianza (pur in presenza di un obbligo di referto, infatti, la previsione della documentazione fotografica appariva quanto mai opportuna).

Non è stata altresì recepita l'indicazione in favore della costituzione di specifiche sezioni per detenuti con infermità psichica ad esclusiva gestione sanitaria alla quale affidare i detenuti con semiinfermità mentale o con infermità psichica sopravvenuta: l'idea di fondo della Commissione era garantire ai detenuti, per i quali non fossero possibili percorsi di cura fuori dal carcere per imprescindibili esigenze di sicurezza, spazi che, pur all'interno del carcere, garantissero la prevalenza del supporto terapeutico su quello meramente custodiale. Oggi quelli che la legge di Ordinamento penitenziario qualifica, con terminologia oramai antiquata, «istituti per infermi e minorati» (conosciute oggi come «Articolazioni per la tutela della salute mentale in carcere»), sono del tutto inadeguati alle esigenze poste dall'urgenza di far fronte alla salute mentale in carcere. Scompaiono, altresì, dal testo approvato in via definitiva i riferimenti al disagio psichico e agli interventi

a supporto della salute mentale che la Commissione aveva suggerito: in particolare la necessità di garantire un presidio del dipartimento di salute mentale adeguato alle dimensioni ed alle esigenze di ciascun Istituto, nonché l'attenzione alle infermità psichiche durante la visita di ingresso in istituto.

Il secondo versante di intervento proposto dalla Commissione prevedeva percorsi terapeutici alternativi al carcere, al fine di garantire cure adeguate, quando non vi si oppongono imprescindibili esigenze di sicurezza collettiva: il rinvio facoltativo della esecuzione della pena anche per i condannati in condizioni di grave infermità psichica (oggi tale rinvio è possibile solo in caso di gravi infermità fisiche); il potenziamento della detenzione domiciliare da eseguire presso specifiche strutture di cura; la previsione di una forma di affidamento in prova a contenuto terapeutico, modellato sulla disciplina vigente dell'affidamento in prova dei condannati tossicodipendenti ed affidato alla gestione dei Servizi sociali e del Servizio sanitario.

A queste proposte di riforma, la Commissione aveva affiancato, in conformità alle indicazioni della legge delega, un'ampia revisione della disciplina che, attraverso un lungo e tormentato percorso, aveva portato al superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e alla istituzione delle Rems (residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza) per gli autori di reati con vizio totale o parziale di mente: il progetto potenziava il profilo terapeutico, senza compromettere le esigenze di sicurezza collettiva. Tuttavia, di questa parte del progetto già il precedente Governo non aveva tenuto conto, alterando il senso complessivo della riforma delle norme che interessano la sanità mentale in ambito penitenziario.

L'idea di fondo che aveva ispirato il lavoro della Commissione era nel segno del potenziamento dei percorsi extracarcerari a contenuto terapeutico, rimessi pur sempre alla valutazione della magistratura di sorveglianza, a cui sarebbe spettato temperare la tutela della salute con le esigenze di sicurezza.

Il decreto legislativo approvato, invece, guarda in modo asfittico alla tutela della salute dei detenuti solo attraverso interventi all'interno del carcere, senza concepire la possibilità di percorsi alternativi al carcere. L'intervento si prospetta del tutto in linea con la scelta di approvare una riforma dell'Ordinamento penitenziario che tace sulle misure alternative alla detenzione, in difformità rispetto a quanto stabilito dalla legge delega e non accogliendo le soluzioni, equilibrate e sempre lasciate al vaglio dell'autorità giudiziaria, proposte dalla Commissione Giostra nella consapevolezza indiscussa che i tassi di recidiva si abbassano quanto più sono garantiti percorsi extracarcerari.

Il Governo ha chiaramente fatto una scelta di depotenziamento della sanità penitenziaria in tema di infermità mentali, concepita solo in termini intracarcerari e senza valorizzare gli interventi di supporto in favore dei detenuti con infermità psichica: non considera che i percorsi terapeutici al di fuori delle mura del carcere non solo garantiscono in modo più efficace ed effettivo il diritto fondamentale alla salute, anche mentale, dei detenuti (e questo già basterebbe a giustificare il loro potenziamento), ma contribuiscono in modo determinante anche alla prevenzione del rischio di recidiva.

Nel frattempo pende innanzi alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale finalizzata ad estendere la misura alternativa della detenzione domiciliare, da eseguire presso idonee strutture terapeutiche e applicabile ai soggetti con grave infermità fisica, anche ai detenuti affetti da una grave infermità psichica. Vedremo come si pronuncerà la Consulta, ma intanto il legislatore ha perso l'occasione per rendere più civile l'esecuzione della pena. Nella stagione in cui la politica invoca costantemente la parola sicurezza, spetta alla magistratura costruire argini a tutela dei diritti fondamentali della persona.

Persone dietro i numeri. Un'analisi del rapporto tra sistemi penitenziari e recidiva

di *Daniele Terlizzese*

Un'analisi statistica di come i modelli penitenziari influiscano sui tassi di recidiva. Per dimostrare, sul piano empirico e non ideologico, che un carcere aperto, responsabilizzante e rispettoso dei diritti dei detenuti abbatta la recidiva e riduce il tasso di criminalità.

In Italia, come in molti altri Paesi, una frazione rilevante degli arrestati in un anno – tra il 40 e il 60 per cento, a seconda del modo di definire il fenomeno – ha alle spalle una precedente condanna: si tratta cioè di detenuti recidivi. Se riuscissimo a ridurre il tasso di recidiva, quindi, avremmo una riduzione del tasso di criminalità, con benefici sociali e meno pressione sulle carceri.

Ma che cosa riduce la recidiva? Condizioni carcerarie dure e punitive, che lascino un segno indelebile nella coscienza del carcerato e scoraggino la ripetizione del crimine, o un carcere che miri a riabilitare il detenuto, responsabilizzandolo e dandogli strumenti per reinserirsi nella convivenza civile? Il confronto tra queste due posizioni alternative è spesso ideologico, condotto in un vuoto empirico; parti politiche diverse sostengono l'una o l'altra, paesi diversi scelgono l'una o l'altra strada, senza preoccuparsi di guardare con serietà e in modo rigoroso ai dati.

La nostra Costituzione dà un'indicazione chiara: vieta condizioni nelle carceri contrarie al senso di umanità e chiede opportunità di rieducazione; privilegia quindi la seconda tra le due alternative. È il riflesso di una scelta ideale, di civiltà giuridica, o ha anche una giustificazione utilitaristica, nel senso che così facendo si ridurrebbe la recidiva?

Questa è la domanda che affrontiamo nella ricerca, condotta con Giovanni Mastrobuoni (università di Essex e Collegio Carlo Alberto) e riassunta in questo articolo.

In modo più specifico, ci chiediamo se condizioni carcerarie che assicurino la dignità del detenuto e offrano occasioni di rieducazione abbiano un effetto causale nel ridurre la recidiva.

Prima di esporre la risposta a questa domanda e di indicare il modo con cui la otteniamo, è opportuna una digressione metodologica che chiarisca quali sono le difficoltà da affrontare per rispondere (e il perché ho messo l'enfasi sull'aggettivo causale).

Si potrebbe pensare che trovare una risposta non sia difficile: basterebbe confrontare la recidiva di detenuti che hanno scontato la propria pena in un carcere che offre condizioni dignitose, responsabilizzanti e rieducative – come il carcere di Bollate, su cui baseremo la nostra analisi – con la recidiva di detenuti che hanno scontato la propria pena in un carcere tradizionale, più duro e punitivo. Questo confronto però non sarebbe in grado di dirci quasi nulla dell'effetto causale sulla recidiva dello scontare la pena a Bollate.

Per capire perché, consideriamo un esempio apparentemente scollegato. Supponiamo di confrontare il tasso di mortalità di due gruppi: coloro che lo scorso anno sono stati ricoverati in ospedale e coloro che non lo sono stati. Osserviamo che la mortalità dei primi è notevolmente superiore. Ne potremmo concludere che è l'ospedale a causare la morte dei pazienti? L'intuizione ci porta ovviamente a negare questa conclusione, ma cerchiamo di capire meglio perché essa sarebbe infondata. Il problema sta nel fatto che la differenza tra il tasso di mortalità di coloro che sono stati in ospedale e quello di coloro che non ci sono stati assomma e confonde due aspetti: la differenza, per coloro che sono andati in ospedale, tra il tasso effettivo di mortalità e quello che avrebbero avuto se non ci fossero andati – questo, e solo questo, è l'effetto causale dell'ospedale, poiché confronta gli stessi soggetti, con e senza il trattamento di cui ci interessa

misurare l'effetto — e la differenza tra la mortalità di coloro che sono andati in ospedale, se non ci fossero andati, e la mortalità di coloro che non ci sono andati — e questa differenza non è in genere zero, perché va in ospedale chi già sta male! Essa riflette il cosiddetto l'effetto *selezione*: andare o meno in ospedale è il risultato di una scelta, e chi la fa è in genere diverso da chi non la fa.

Per verificare che la commistione tra l'effetto causale e quello della selezione può essere realmente fuorviante, supponiamo che il tasso di mortalità di coloro che sono andati in ospedale sia del 20%, e che quello di coloro che non ci sono andati sia del 5%; supponiamo anche che la mortalità dei primi, se non ci fossero andati, sarebbe stata del 40%. Abbiamo quindi che la differenza tra la mortalità dei due gruppi, 20% e 5%, cioè 15%, può essere scomposta nella somma di due differenze: la differenza tra 20% e 40%, che è un numero negativo, -20%, e la differenza tra 40% e 5%, che è un numero positivo, +35% (e infatti, $-20\% + 35\% = +15\%$). La prima differenza, una riduzione di 20 punti percentuali del tasso di mortalità, è l'effetto *causale* dell'essere andati in ospedale: andare in ospedale riduce il tasso di mortalità. La seconda è l'effetto della *selezione*: sceglie di andare in ospedale chi è già malato, ed è quindi naturale che la sua mortalità, se non ci fosse andato, sarebbe stata superiore a quella di chi ha scelto di non andarci perché non è malato. La conclusione che trarremmo dal confronto tra 20% e 5% sarebbe quindi del tutto fuorviante: ci porterebbe a ritenere che l'effetto dell'ospedale è di aumentare il tasso di mortalità di 15 punti percentuali, mentre in realtà è quello di ridurla di 20!

Si noti però che tanto il 20% quanto il 5% sono numeri facilmente osservabili: il primo è la mortalità media di coloro che sono andati in ospedale, il secondo la mortalità media di coloro che non ci sono andati. Il 40%, e cioè la mortalità media di coloro che sono andati in ospedale se non ci fossero andati, non è invece osservabile: poiché quelle persone sono andate in ospedale, non sapremo mai quale sarebbe stata la loro mortalità nel caso che non ci fossero andati. Siamo di fronte a quello che si chiama un *controfattuale*: un'osservazione che potremmo fare solo se potessimo tornare indietro nel tempo e far prendere ai soggetti in questione una decisione diversa.

In modo simile, il confronto della recidiva tra i detenuti di Bollate e gli altri non sarebbe appropriato, perché, come nell'esempio, assomma e confonde tra loro due aspetti: l'effetto causale sulla recidiva dell'andare a Bollate (per coloro che vanno a Bollate, qual è la differenza tra la loro recidiva effettiva e quella che avrebbero avuto se non ci fossero andati) e l'effetto della selezione, derivante dal fatto che i detenuti che vanno a Bollate non sono scelti a caso; sono invece

selezionati attraverso un processo di valutazione abbastanza complesso, che mira a identificare detenuti che con maggiore probabilità risponderebbero positivamente alle sollecitazioni riabilitative che verranno loro offerte. Per questo, la recidiva che i detenuti che vanno a Bollate avrebbero avuto, se non ci fossero andati, non è in genere la stessa (ed è presumibilmente inferiore) di quelli che non sono scelti per andare a Bollate. La difficoltà, come nel caso dell'ospedale, sta nel fatto che entra in gioco un controfattuale: la recidiva che i detenuti "trattati" da Bollate avrebbero avuto se non fossero stati trattati; poiché sono stati trattati, non potremo mai realmente osservare che cosa sarebbe successo se non lo fossero stati.

La soluzione ideale a questo problema sarebbe quella di considerare un gruppo sufficientemente numeroso di detenuti, sceglierne a caso una parte e inviarla a Bollate (e la parte restante lasciarla in un carcere tradizionale) e poi confrontare la recidiva di questi due sottogruppi; il vantaggio di scegliere a caso i detenuti inviati a Bollate sta nel fatto che così facendo tra i due sottogruppi non ci sarebbero differenze sistematiche, cioè differenze derivanti da qualche aspetto specifico che caratterizza l'uno o l'altro gruppo: e poiché differenze non sistematiche in media si compensano (purché il gruppo sia sufficientemente numeroso), il detenuto "medio" nell'uno e nell'altro gruppo sarebbe sostanzialmente lo stesso, salvo che in un caso avrebbe scontato la pena a Bollate e nell'altro l'avrebbe fatto in un carcere tradizionale. Avremo cioè riprodotto la condizione ideale (ma controfattuale) di osservare lo stesso soggetto allo stesso momento in due condizioni diverse.

L'assegnazione casuale del carcere, però, porrebbe problemi di natura giuridica ed etica (sebbene, io credo, non insormontabili; problemi analoghi sono spesso efficacemente risolti in campo medico). Comunque non abbiamo dati che corrispondono a tale situazione, e dobbiamo in alternativa utilizzare tecniche statistiche che ci avvicinino alla condizione ideale di "trattamento casuale".

La soluzione che noi diamo a questo problema si compone di due parti.

Innanzitutto, spostiamo l'attenzione dal confronto tra detenuti che vanno a Bollate e detenuti che non ci vanno al confronto, per i detenuti che vanno a Bollate, tra coloro che, a parità di pena complessiva, ne scontano a Bollate una parte maggiore e coloro che ne scontano una parte minore; stimiamo quindi l'effetto sulla recidiva del rimpiazzare un periodo scontato in un carcere tradizionale con un periodo di uguale durata scontato in un carcere aperto, come il carcere di Bollate. È un po' come se, nello studiare l'efficacia di un farmaco, invece di confrontare il tasso di guarigione dei soggetti a cui il farmaco è stato dato con quello di coloro a cui non è stato dato, confrontassimo il tas-

so di guarigione di soggetti a cui sono state date dosi diverse del farmaco.

Anche la lunghezza del periodo passato a Bollate, però, potrebbe essere il risultato di una scelta, e quindi quel confronto continuerebbe a risentire dell'effetto selezione. In particolare, è verosimile pensare che il processo di selezione possa concludersi più rapidamente, e quindi il trasferimento a Bollate avvenga prima e la pena residua da scontare a Bollate sia più lunga, per detenuti che mostrano con maggiore evidenza segnali di suscettibilità agli interventi riabilitativi; detenuti, cioè, che possiamo *a priori* pensare avrebbero comunque una minore propensione a recidivare. Se così fosse, non sapremmo quanta parte della loro minore recidiva sia l'effetto causale dell'aver scontato una parte maggiore della loro pena a Bollate e quanta parte derivi da loro caratteristiche intrinseche e indipendenti dal "trattamento Bollate".

Fortunatamente però – e questa è la seconda parte, più innovativa, della nostra soluzione – possiamo sfruttare per l'analisi quei detenuti che, inizialmente carcerati in istituzioni tradizionali, tipicamente sovraffollate, sono stati successivamente sfollati a Bollate per ridurre l'affollamento nelle carceri di provenienza, senza passare per il processo di selezione che identifica i detenuti intenzionalmente trasferiti a Bollate; in particolare confrontiamo la recidiva futura di detenuti sfollati a Bollate che scontano la stessa pena totale e che però differiscono per la rapidità con cui è avvenuto il loro sfollamento (quelli sfollati più rapidamente scontano dunque una parte maggiore della loro condanna a Bollate). L'aspetto cruciale per la validità della nostra analisi è che le differenze nella rapidità di sfollamento siano casuali, o più esattamente che non siano correlate con le caratteristiche individuali dei detenuti sfollati (caratteristiche che possono essere a loro volta correlate con la loro "propensione a recidivare" intrinseca). Questa casualità è garantita dalle modalità amministrative con cui avviene lo sfollamento.

Infatti, una volta ricevuta la sentenza, i detenuti ospitati in un carcere sovraffollato entrano, in ordine cronologico, in una lista di potenziali sfollabili, da cui il carcere pesca, seguendone l'ordine¹, ogni volta che riceve dal Provveditorato regionale un'autorizzazione a sfollare un certo numero di detenuti. Le differenze nella rapidità di sfollamento dipendono dunque dalle differenze nella lunghezza della coda d'attesa di de-

tenuti "sfollabili" che diversi detenuti si trovano di fronte quando ricevono la propria sentenza e dalla frequenza con cui il Provveditorato regionale consente ai vari carceri di provenienza di sfollare verso Bollate. Entrambe queste differenze sono evidentemente incorrelate con le caratteristiche individuali dei detenuti sfollati. Ciò che invece potrebbe dipendere da queste caratteristiche è il ritardo con cui ricevono la sentenza (cioè il momento in cui entrano nella lista). Questa però è un'informazione che abbiamo potuto raccogliere e di cui teniamo conto nella stima (la stima cioè confronta la recidiva di detenuti sfollati a parità di ritardo nel ricevere la sentenza).

Prima di esporre i risultati dell'analisi, riassumo brevemente il tipo di dati utilizzati e richiamo alcune caratteristiche del carcere di Bollate.

Per quel che riguarda i dati, abbiamo considerato tutti i detenuti (maschi, italiani, a esclusione di quelli incarcerati per crimini di natura sessuale, i cosiddetti *sex-offenders*) passati per Bollate dal 2001 al 2009; abbiamo ricostruito la loro storia carceraria precedente e l'eventuale nuovo ingresso in carcere nei 3 anni successivi alla scarcerazione da Bollate²; ne conosciamo la lunghezza della pena residua all'arrivo a Bollate e l'effettiva permanenza; abbiamo informazioni sui crimini commessi, su aspetti demografici e socioeconomici.

Abbiamo escluso gli immigrati perché è più difficile misurarne la recidiva, dal momento che una volta scarcerati possono più facilmente far perdere le proprie tracce. Abbiamo escluso le donne perché nel nostro campione sono molto poche, e i *sex-offender* perché le loro condizioni carcerarie sono particolari, e questo li rende più difficilmente confrontabili con gli altri.

Per quel che riguarda Bollate, si tratta del principale esempio italiano di «carcere aperto», una tipologia di carcere soprattutto diffusa in alcuni Paesi nordici. A Bollate le celle sono aperte tutto il giorno, i detenuti possono muoversi liberamente entro le mura del carcere, non c'è sovraffollamento, le giornate sono operose, fatte di lavoro, studio, formazione professionale, attività ricreative e sportive, in occasione delle visite di familiari è garantita l'intimità con il *partner* e i bambini hanno sale per giocare ben attrezzate; i detenuti sono chiamati alla responsabilità e all'autodeterminazione, firmano un "patto di responsabilità" che li impegna a comportamenti non violenti e

1. Ci possono essere delle limitate eccezioni all'ordine cronologico, di cui però teniamo conto. Per i dettagli rinvio al lavoro *Rehabilitation and recidivism: Evidence from an open prison* (G. Mastrobuoni-D. Terlizze, 2014), in questa *Rivista* on line, www.questionegiustizia.it/doc/Rehabilitation_and_Recidivism_Evidence_from_an_Open_Prison_G_Mastrobuoni_D_Terlizze_September_2014.pdf.

2. Questa è la nostra definizione di recidiva; sul piano giuridico avremmo dovuto attendere una nuova sentenza definitiva, piuttosto che il semplice nuovo ingresso in carcere, ma sul piano operativo questo ci avrebbe costretto a tenere una finestra di osservazione dopo la prima scarcerazione troppo lunga.

rispettosi delle regole, possono dire la loro su molti aspetti della vita carceraria; c'è un'attenzione particolare a favorire un progressivo reinserimento nella società, e una frazione non trascurabile dei detenuti è, nel tempo, destinataria di benefici carcerari e fruisce di misure alternative alla detenzione. La sorveglianza è condivisa tra tutti gli operatori (non solo le guardie carcerarie): a fronte di circa 1.200 detenuti, si contano solo circa 450 guardie carcerarie, meno di una guardia per ogni due detenuti, mentre la media nazionale è di due guardie per ogni tre detenuti. Ciò implica che i costi sono molto inferiori: nel 2012, 65 euro al giorno per detenuto, contro una media di circa 115 euro al giorno³.

Confrontando Bollate con San Vittore (da cui provengono molti dei detenuti che finiscono a Bollate) oppure Opera (un altro carcere vicino) abbiamo che il sovraffollamento è mediamente del 30-40% a San Vittore e Opera, è un sotto-affollamento del 20% a Bollate, le lesioni autoinflitte riguardano circa il 10% dei detenuti a San Vittore, sono meno dell'1% a Bollate, lavorano fuori dal carcere o per datori di lavoro diversi dall'Amministrazione carceraria meno dell'1% per cento dei detenuti di San Vittore, poco più del 5% quelli di Opera, quasi il 30% quelli di Bollate.

Si tratta, in buona sostanza, di due modi di vivere il carcere radicalmente diversi. Che cosa implicano per la recidiva?

A seconda del metodo di stima statistico adottato, otteniamo che la sostituzione di un anno in un carcere "chiuso e duro" con un anno in un carcere "aperto e umano" riduce la recidiva di 6-10 punti percentuali (tra il 15 e il 25 per cento della recidiva media dei detenuti sfollati a Bollate); l'effetto è maggiore per detenuti con più bassi livelli di istruzione e per detenuti alla loro prima esperienza carceraria. Ricordo che i detenuti sfollati a Bollate non sono passati per il processo di selezione con cui invece vengono scelti i detenuti "regolari" di Bollate; sono quindi molto più simili al detenuto medio nelle carceri italiane e questo rafforza la cosiddetta "validità esterna" dei nostri risultati.

Nella ricerca ripetiamo l'analisi sui detenuti "regolari" (e cioè selezionati); in questo caso, va riconosciuto, è opinabile che la rapidità con cui avviene la selezione (che a sua volta determina la lunghezza della parte di pena scontata a Bollate) sia incorrelata con le caratteristiche individuali dei detenuti, il che rende i risultati per i detenuti "regolari" più soggetti alla distorsione dovuta alla selezione e suggerisce maggiore cautela nel farvi affidamento. Poiché però la distorsione porta verosimilmente a sovrastimare l'effetto

causale del passare più tempo nel carcere aperto, e poiché la stima numerica che otteniamo per i detenuti selezionati è analoga a quella ottenuta per gli sfollati, possiamo ragionevolmente concludere che l'effetto sui secondi non è inferiore all'effetto sui primi.

Questo è interessante, perché i detenuti sfollati sono meno coinvolti nelle fasi più esplicitamente rivolte alla riabilitazione e al reinserimento offerte da Bollate (per esempio, sono meno frequentemente offerte loro opportunità di lavoro o di formazione); si tratta quindi di detenuti per i quali l'esperienza di Bollate è, fondamentalmente, l'esperienza di un carcere che, pur limitandone la libertà, non li umilia, li responsabilizza, lascia loro spazi di autodeterminazione. I risultati suggeriscono che questo basti per innescare un processo di riabilitazione. Il rispetto della dignità del detenuto finisce dunque per produrre sicurezza.

I dati che abbiamo potuto utilizzare non ci consentono di identificare in modo chiaro il meccanismo o, più verosimilmente, i meccanismi, sottostanti il risultato che troviamo. È importante capirlo, per orientare gli interventi di politica carceraria.

Qualche indicazione sui meccanismi ci viene dalle differenze di risposta al trattamento.

Il fatto che l'effetto sia maggiore per i detenuti con minore istruzione suggerisce che possa essere particolarmente efficace, tra gli aspetti del trattamento Bollate, l'offerta ai detenuti di occasioni di formazione professionale e di lavoro esterno al carcere, che meglio li attrezza a rientrare nella società. La maggiore efficacia sui detenuti alla loro prima esperienza in carcere segnala l'importanza di agire per tempo.

Che l'offerta di opportunità di lavoro riduca la recidiva è una cosa ragionevole e prevedibile. Non sembra però che sia l'unico canale attraverso il quale il trattamento Bollate influenza la recidiva. Come già ricordato, la riduzione della recidiva è almeno altrettanto grande per i detenuti sfollati, a cui però sono con molta minore frequenza offerte occasioni di lavoro.

La riduzione della recidiva misurata dalla nostra analisi suggerisce l'opportunità di estendere le modalità di espiazione della pena incarnate da un carcere come Bollate, sia aumentando le carceri con quelle caratteristiche sia rendendo meno selettivo il processo di ammissione in quelle carceri. C'è però una possibile obiezione a tale estensione: se la riduzione della recidiva derivasse da un meccanismo imitativo, dall'influenza benefica esercitata da compagni di carcere "migliori" (con una minore propensione intrinseca a recidivare), riducendo la selettività del proces-

3. Il dato nazionale è una stima che corregge, sia pure grossolanamente, per i costi attribuibili all'amministrazione centrale, in modo da aumentare la confrontabilità del dato di Bollate, che esclude tali costi.

so di ammissione e comunque estendendo la quota di popolazione carceraria ammessa a quelle condizioni, potrebbe indebolirsi l'effetto positivo dei migliori (il cosiddetto *peer effect*).

Per capire se questo meccanismo è all'opera possiamo verificare se la recidiva degli sfollati è influenzata dalla presenza di altri sfollati nel periodo in cui si trovano a Bollate. Poiché gli sfollati non sono selezionati, possiamo usare la loro presenza a Bollate come misura della "qualità" dei *peers*: se il meccanismo sottostante la riduzione della recidiva fosse quello di *peer effect*, confrontando due detenuti che hanno passato lo stesso tempo a Bollate ma interagendo (nel carcere, nella sezione, nella cella) con un maggiore o minore

numero di sfollati, rispettivamente, la riduzione della recidiva dovrebbe essere minore per il primo. Troviamo però che l'effetto sulla recidiva non è influenzato dalla maggiore o minore presenza di sfollati.

In conclusione: non è vero che, nel ridurre la recidiva, niente funzioni. Un'analisi rigorosa dell'esperienza di Bollate conferma che si può fare. Il meccanismo è ancora da chiarire: il lavoro all'esterno certamente facilita il reingresso nella società; ma il lavoro non si crea per legge. È interessante osservare che anche solo condizioni dignitose, in un contesto responsabilizzante e operoso, sembrano efficaci. E queste condizioni sono certamente realizzabili dalla politica carceraria.

Cultura giuridica ed esecuzione della pena: processi decisionali in tema di misure alternative alla detenzione ¹

di *Francesca Vianello*

I meccanismi decisionali nella concessione delle misure alternative visti attraverso il punto di vista della sociologia del diritto. L'obiettivo è l'analisi della cultura giuridica (coscienza giuridica formale, ma anche ideologia normativa) che regola l'esecuzione della pena e la discrezionalità della magistratura di sorveglianza. Emerge un preoccupante svuotamento del significato delle misure alternative, ridotte da risorsa trattamentale a premio.

Cultura giuridica ed esecuzione della pena

In introduzione vorrei spiegare qual è il genere di contributo che la sottoscritta, che evidentemente non è una professionista del diritto, un'operatrice giuridica – non sono un avvocato, non sono un magistrato, non sono un operatore del sistema penale – può offrire al tema oggetto di discussione: i meccanismi decisionali nella concessione (o meno) delle misure alternative. Come studiosi e sociologi del diritto affrontiamo lo studio del diritto non tanto nella sua forma scritta, nella sua definizione normativa, quanto come pratica sociale – la dicitura che ricorre negli studi di sociologia del diritto è “il diritto come cultura giuridica”. Cosa vuol dire studiare il diritto come pratica sociale? Significa studiare il diritto come quell'insieme di operazioni concettuali che gli attori del diritto – quindi gli operatori, i magistrati, gli avvocati – praticano concretamente nel momento in cui devono prendere una decisione: nel momento in cui devono tradurre la legge, generale ed astratta, in uno strumento utilizzabile in un caso – al contrario – specifico e concreto. L'idea sottesa alle nostre ricerche è

che, accanto a quella che conosciamo come coscienza giuridica formale (la normativa scritta, appunto, ma anche la teoria del diritto attorno a quelle che sono le predisposizioni normative), in realtà esista anche una “ideologia normativa”², un'ideologia che guida l'agire degli operatori del diritto, che ne influenza i processi interpretativi e decisionali, in quel momento cruciale in cui devono attuare questo passaggio, questa sorta di “traduzione”: trasformare la norma in qualcosa di concreto, che guidi effettivamente l'agire degli individui. Questa ideologia normativa crea a sua volta, potremmo dire così, uno “stile di pensiero” condiviso, ovvero il tipo di pensiero che gli operatori danno per scontato, quella che i sociologi chiamano la “ragione mondana”, ovvero «le pratiche di ragionamento attraverso le quali gli attori mondani riescono a ricomporre la loro credenza nella realtà sociale in presenza di definizioni contraddittorie»³.

In una prospettiva di questo tipo, che riguarda tutti gli operatori del diritto, il tema che riguarda il perché si decide, come si decide, su che criteri si decide, ovvero il tema della decisione giudiziaria, assume evidentemente un ruolo fondamentale – proprio in questa traduzione della previsione normativa nel co-

1. Relazione alla Summer School di Alta formazione sulla privazione della libertà e sui diritti fondamentali, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino e Associazione Antigone, Saluzzo 26.09.2018.

2. E. Santoro, *Diritto come questione sociale: la prospettiva della sociologia del diritto*. In E. Santoro (a cura di) *Diritto come questione sociale*, Giappichelli, Torino, 2010, IX-XVI.

3. M. Pollner, *La ragione mondana. La realtà nella vita quotidiana e nel discorso sociologico*, Il Mulino, Bologna, 1995.

siddetto “diritto vivente”⁴. Potremmo affermare che il modo in cui il magistrato argomenta si presenta come un discorso che, messo per iscritto nelle ordinanze, composto nei testi di spiegazione delle leggi, riportato nelle discussioni informali che riguardano un caso concreto, si presenta come un discorso che pretende di “persuadere un uditorio”⁵, che vuole convincere.

Il nostro intento è provare ad analizzare questo discorso: attraverso l'analisi delle ordinanze, le interviste ai magistrati e agli operatori giuridici, le osservazioni delle udienze - o, nel nostro caso, parlando di meccanismi di accesso alle misure alternative - l'osservazione partecipante delle riunioni dei Gruppi di osservazione e di trattamento (Got) in cui si definiscono le cosiddette sintesi sullo stato del trattamento che poi vengono inviate alla sorveglianza. L'analisi di questo “discorso” è molto interessante principalmente per due ordini di motivi: da una parte esso ci può illuminare su quelli che sono i valori e le consuetudini proprie, condivise, tipiche dell'ambiente in cui questi operatori si muovono, e quindi anche dare un'idea di quali sono i limiti di interpretabilità di una norma, cioè fino a che punto si può rendere flessibile l'interpretazione di una norma in una direzione o in un'altra (possiamo chiamare questa “cultura giuridica interna”); dall'altra l'analisi delle ordinanze e dei testi di legge e delle pratiche della loro interpretazione può dirci anche molto su quelle che sono le influenze che gli esterni, i cosiddetti “profani del diritto” (i media per esempio, la carta stampata, ma anche i professionisti di altre discipline quali gli psicologi, i pedagogisti, gli operatori del sociale) più o meno direttamente esercitano sulla decisione giudiziaria, giustificandone o criticandone le argomentazioni, orientandone le interpretazioni, offrendo – potremmo dire - riconoscimento pubblico al discorso esperto (la cosiddetta “cultura giuridica esterna”). A volte queste influenze esterne sono previste dalla legge stessa, come nel caso degli esperti *ex art. 80* o del giudice onorario nel minorile.

L'insieme di queste brevi osservazioni può ovviamente essere riportato al tema in discussione: «i

processi decisionali in tema di misure alternative». Il nostro obiettivo diventa allora l'analisi della cultura giuridica che regola l'esecuzione della pena. In Italia sono pochissime le ricerche scientifiche sui processi decisionali che investono l'esecuzione della sanzione penale. Si tratta di un ambito poco investigato dalla stessa sociologia del diritto: sia in generale, nella sua forma di diritto penitenziario (con le significative eccezioni delle interessanti ricerche del collega Sarzotti⁶, sia più specificatamente come pratica del giudizio relativo all'esecuzione della pena.

È un peccato perché – dal punto di vista “socio giuridico” – questi due ambiti sono davvero molto interessanti: il primo, quello del diritto penitenziario, perché illumina il fatto che anche in un ambiente apparentemente saturo di normatività qual è il carcere (leggi, regolamenti di esecuzione, circolari), in realtà le decisioni vengono assunte in maniera piuttosto indipendente dalle previsioni normative. Come la sociologia carceraria insegna, sono altri i meccanismi che regolano il funzionamento di un carcere⁷: non è certo la circolare di turno, magari arrivata dall'Amministrazione centrale senza alcuno specifico adattamento alla realtà locale, non è certo la previsione contenuta nell'Ordinamento penitenziario: la normativa viene, al limite, utilizzata a posteriori per legittimare decisioni che in realtà sono assunte sul campo per - a seconda dei casi - ridurre i rischi, garantire la sicurezza, mantenere l'ordine, legittimarsi verso l'esterno (che sia chiaro, questo accade in ogni istituzione sociale, ma nel penitenziario l'ambivalenza è particolarmente evidente perché esso si presenta come il regno della legge e dell'ordine⁸.

Il secondo ambito, quello dell'esecuzione della pena di cui discutiamo, è interessante perché illumina, anche in questo caso, i limiti della legge: ovvero i limiti del riferimento normativo in quella che è stata definita l'attività di “resocontabilità”⁹ delle scelte operate dagli operatori del diritto positivo. Che cosa si intende per resocontabilità? Il concetto fa riferimento appunto a quella necessità di convincere, di persua-

4. E. Ehrlich - H. Felsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.

5. C. Perelman, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1958.

6. C. Sarzotti, *Codice paterno e codice materno nella cultura giuridica degli operatori penitenziari*, in A. R. Favretto - C. Sarzotti (a cura di), *Le carceri dell'AIDS. Indagine su tre realtà italiane*, L'Harmattan Italia, Torino, 1999, pp. 9-84. C. Sarzotti, *Carcere e cultura giuridica: l'ambivalenza dell'istituzione totale*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, VII, 1-2: pp. 77-126. C. Sarzotti, *Il campo giuridico del penitenziario: appunti per una ricostruzione*, in E. Santoro (a cura di), *Diritto come questione sociale*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 181-238.

7. A. Sbraccia - F. Vianello (a cura di), *La ricerca qualitativa in carcere in Italia*, numero monografico di *Etnografia e ricerca qualitativa*, 2/2016.

8. F. Vianello, *Nella colonia penale. Un approccio sociologico al diritto nel penitenziario*, in M. Ghezzi - G. Mosconi - C. Pennisi - F. Prina - M. Reiteri (a cura di), *Processo penale, cultura giuridica e ricerca empirica*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, pp. 139-155.

9. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965; Sarzotti, 2010, *cit.*

dere della bontà del proprio giudizio, di aver utilizzato bene lo spazio di discrezionalità concesso, di “aver fatto la cosa giusta”. Le nostre ricerche ci dicono che quando il magistrato deve applicare la normativa ad un soggetto specifico, ad un contesto specifico, i riferimenti che utilizza in questo tentativo di “convincere” sono spesso riferimenti di senso comune, appartengono alla “ragione mondana”, sottendono discorsi dei profani, strizzano l’occhio a concetti e narrazioni del tutto estranei al diritto. In questo l’operatore giuridico è spinto dalla necessità di giustificazione che lo investe nel momento in cui deve tradurre la previsione normativa relativa all’azione posta in essere ed emettere un provvedimento concreto o – come nel nostro caso – nel momento in cui deve “premiare” concedendo l’accesso ai cosiddetti benefici penitenziari o magari rimettendo un individuo in libertà. In altre parole, l’operatore dovrà giustificare le ragioni che stanno alla base della sua decisione affinché essa venga riconosciuta come legittima. Come ha deciso che un determinato soggetto può avere accesso ad una misura alternativa? Perché ha negato, ad un altro che (come si dice in gergo) era “nei termini”, ovvero nella condizione formale di potervi accedere, questa possibilità? Esiste una norma, esistono dei soggetti in carne ed ossa, esistono delle situazioni sociali in cui evidentemente questi soggetti sono collocati.

Esiste lo spazio di discrezionalità – o di valutazione – del magistrato che è ciò di cui stiamo discutendo: lo spazio riconosciuto alla magistratura di sorveglianza, con specifico riferimento all’ambito della concessione delle misure alternative alla detenzione. Anche in questo caso ci confrontiamo con una carenza generale di ricerca empirica qualitativa sulle pratiche giudiziarie¹⁰: bisognerebbe recarsi nei tribunali, bisognerebbe assistere alle discussioni dei casi, bisognerebbe leggere ed analizzare i faldoni enormi che descrivono casi e dibattimenti. Ma direi che nel caso della magistratura di sorveglianza, siamo di fronte ad una particolare marginalizzazione: questa specifica branca del giudiziario si è sempre trovata in posizione del tutto defilata rispetto ai riflettori che spesso invece hanno investito – almeno negli ultimi anni – il resto della categoria giurisdizionale¹¹.

Qualcosa però recentemente è cambiato, e non è un caso se l’attenzione si è concentrata maggiormente sui meccanismi decisionali che la riguardano. Sicura-

mente quest’attenzione è dovuta al *focus* istituzionale e mediatico che negli anni più recenti ha investito il carcere italiano. In un contesto di eccezionale sovrappollamento degli Istituti penitenziari (quello che come è noto ha regalato all’Italia la condanna della Corte europea dei diritti dell’uomo) i poco più di 200 magistrati di sorveglianza attivi nell’anno 2017 sul territorio italiano (per i dati cfr. B. Perego¹²) sono diventati gli attori centrali dei provvedimenti legislativi emergenziali pensati per contenere il fenomeno, attraverso il ricorso, in funzione deflattiva, alle misure alternative al carcere (affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, semilibertà e, più in generale, le varie tipologie di esecuzione alternativa della condanna che negli ultimi anni sono andate affermandosi).

Processi decisionali in tema di misure alternative alla detenzione

Quello di cui intendiamo discutere sulla base delle ricerche che come sociologi del diritto stiamo conducendo sono le argomentazioni che il giudice della pena, ovvero il magistrato di sorveglianza, utilizza per legittimare le proprie decisioni in merito alla concessione o meno delle misure alternative ai condannati alla pena detentiva. Che metodo utilizziamo per questa analisi? Procediamo con un’analisi documentale delle ordinanze della magistratura di sorveglianza che giustificano la decisione di concedere o rifiutare l’accesso ai benefici e ci accorgiamo che queste ordinanze spesso restituiscono delle motivazioni (che poi vengono confermate dalle interviste rivolte a magistrati ed avvocati) che, ad un occhio esterno al diritto, risultano particolarmente problematiche. Perché?

A fini espositivi provo a proporre una lettura schematica del processo in questione: siamo di fronte a quel momento in cui ci si chiede se questa persona – che dal punto di vista normativo è “nei termini”, può avere accesso ai benefici – ma questa persona concreta, specifica, con questa particolare situazione, può effettivamente avere accesso alle misure alternative; perché va ricordato che non c’è un automatismo, è il magistrato che deve decidere se – come si dice con un linguaggio piuttosto moraleggiante – “se le merita”.

10. F. Quassoli, *Il sapere dei magistrati: un approccio etnografico allo studio delle pratiche giudiziarie* in A. Dal Lago - R. De Biasi, *Un certo sguardo. Introduzione all’etnografia sociale*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 196-217.

11. L. Scomparin, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l’identità perduta della magistratura di sorveglianza?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/2012, pp. 1402-1424.

12. B. Perego, *Magistratura di sorveglianza, questa sconosciuta. I giudici della pena tra oblio e tutela dei diritti*, in Associazione Antigone, *Torna il carcere. XIII rapporto sulle condizioni di detenzione*, 2017, in www.antigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione.

Ebbene, le motivazioni addotte a giustificare la decisione appaiono, ad un occhio esterno, problematiche per due ordini di motivi, molto diversi tra loro, a cui si aggiunge un terzo elemento trasversale.

Il primo aspetto problematico riguarda il fatto che la prima tipologia di motivazioni presenti nelle ordinanze a giustificazione delle decisioni assunte in merito alla concessione o al diniego dei benefici appare riconducibile molto spesso ad una dimensione introspettiva, una dimensione molto difficile da indagare. Faccio riferimento a valutazioni che riguardano l'effettività del pentimento, la revisione critica del comportamento delinquenziale (o come si dice "della condotta antiggiuridica"), la volontà *reale* di adoperarsi a favore della vittima, il bisogno di cercare il perdono (sto parafrasando affermazioni che abbiamo rinvenuto nelle ordinanze che motivano le decisioni della sorveglianza)... tutti elementi che rimandano ad una dimensione psicologica profonda, che pretendono di indagare l'anima del condannato.

Il secondo aspetto problematico rinvia alla seconda tipologia di elementi di valutazione che tende a riguardare invece situazioni di mero fatto: la prospettiva di avere un lavoro una volta uscito, l'effettiva esistenza di un sostegno esterno, la disponibilità di un alloggio... elementi – questo mi sembra particolarmente interessante dal punto di vista della retorica che circonda la concessione della misura alternativa – che sono solitamente preesistenti al reato e indipendenti da esso, ma soprattutto del tutto indipendenti dalla presunta efficacia rieducativa della pena.

Riprendiamo questi due ordini di elementi di valutazione: da una parte introspettivi, psicologici; dall'altra parte meramente fattuali.

Il primo tipo di elementi di valutazione è problematico prima di tutto perché sembra avere particolari assonanze con il principio della redenzione, quindi richiama drammaticamente quell'idea di "carcere morale" di ispirazione cattolica e di rieducazione come "trasformazione dell'anima travolta" che la riforma del '75 aveva inteso chiaramente superare, insistendo e costruendosi invece attorno ad un'idea di rieducazione come reinserimento sociale. In secondo luogo è problematico per la concettualizzazione e la narrazione che utilizza: il perdono, il pentimento, la revisione critica... l'interrogativo che sorge spontaneo leggendo i contenuti delle ordinanze è: ma che competenze può avere il professionista del diritto per indagare questo tipo di motivazione? È possibile ribattere che il magistrato deve assumere la presenza di questi elementi

attraverso il ricorso alla competenza di altri operatori, quelli previsti per esempio dall'articolo 80, comma 4, della legge n. 354/1975: professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria, criminologia clinica...; quelli che partecipano alle sedute di osservazione e trattamento. Ma chi sono normalmente questi operatori? Sono lo psicologo che in un anno è riuscito a vedere il tal soggetto forse due volte, sono l'educatore – che oggi si chiama funzionario giuridico-pedagogico – che magari è laureato in scienze politiche, sono i volontari che più o meno estemporaneamente visitano il carcere, potrebbe essere il maestro di teatro o l'insegnante di turno, sono il poliziotto che dice se il tal detenuto si sta comportando in maniera adeguata (ma adeguata a cosa? Adeguata alle regole della disciplina, alle regole della cultura carceraria) (sul tema cfr. F. Vianello¹³). Insomma sono tutti operatori a cui vengono richiesti giudizi su elementi di natura molto introspettiva, profonda, senza avere, alternativamente, alcuna competenza in materia o alcuna possibilità di svolgere un'indagine accurata.

Il secondo tipo di motivazioni, invece, legate ad elementi puramente fattuali, è problematico perché si tratta della considerazione di elementi che sono molto spesso preesistenti al reato: l'estrazione sociale, la condizione sociale del soggetto, la composizione della sua famiglia, le risorse che ha a disposizione normalmente preesistono alla commissione del reato e sono del tutto indipendenti dal reato stesso, ma soprattutto sono indipendenti dall'esito di qualsivoglia trattamento rieducativo e risocializzante. Dove finisce in questo caso la pena rieducativa? Questo tipo di valutazioni chi finisce per premiare? La risposta è nota – e lo è da molto tempo¹⁴ – coloro che hanno a disposizione delle risorse significative e quindi, tendenzialmente: niente misure alternative agli indigenti, niente misure alternative agli immigrati, niente misure alternative a chi non ha o non può dimostrare quella risorsa personale che mette insieme tutti questi elementi (di mero fatto e in particolare di disponibilità socio-economica) e che si chiama in due parole "affidabilità sociale".

Due tipologie diverse di valutazioni quindi (introspettive e materiali) che sono per motivi diversi molto problematiche ma che finiscono per tradurre la discrezionalità normativa in ragionevolezza mondana. In fondo come si può rimproverare il magistrato che non concede la misura alternativa all'indigente, a chi non ha di che mantenersi, a chi non ha la prospettiva realistica di un lavoro all'esterno? Chi può condanna-

13. F. Vianello, *Norme, codici e condotte: la cultura del penitenziario. Gli attori sociali di fronte alla criticità dell'ambiente carcerario*, in *Sociologia del diritto*, 3/2018.

14. G. Mosconi - M. Pavarini, *Discrezionalità e sentencing penitenziario, la flessibilità della pena in fase esecutiva nell'attività dei tribunali di sorveglianza (1987-1990)* in *Dei delitti e delle pene*, 3/1993, pp. 149-189.

re il magistrato che non concede la misura alternativa alla madre senza fissa dimora? O al minore straniero non accompagnato, o a quello a cui è stata riconosciuta una (cosiddetta) “famiglia disfunzionale”?

Ma veniamo infine al terzo elemento di problematicità, più generale se vogliamo e per questo credo meritevole di una particolare attenzione.

A risultare davvero problematico, rispetto a questo tipo di motivazioni, è il loro rapporto con quella che dovrebbe essere la ragione stessa delle misure alternative, che senz'altro la legge interpreta, come noto, in un'ottica premiale, ma che sono normativamente previste anche come strumenti in se stessi pedagogici e trattamentali, utili a configurare *la prospettiva* di un reinserimento sociale compiuto e duraturo. Il fatto che si ritenga opportuno concedere la misura alternativa solo a chi consideriamo abbia praticamente già espiato la sua pena, a chi consideriamo sia già stato rieducato, è una distorsione del senso, della natura, della misura alternativa che invece la legge definisce a tutti gli effetti come *una pena* o la continuazione di una pena e – proprio in quanto tale – come uno strumento *in se stesso* rieducativo e risocializzante. È vero che si prevede una premialità insita nel percorso, ma questa premialità non può spingersi fino a far dimenticare quella che è l'essenza della misura stessa: uno strumento di per sé trattamentale che accompagna verso l'esterno qualcuno che *non* ha ancora concluso la sua pena, *né* raggiunto ancora una completa rieducazione, in un percorso di accompagnamento verso la libertà che non può richiedere un percorso di rieducazione già compiuto, ma solo una progressione nella consapevolezza e nella responsabilizzazione. Potremmo spingerci fino a dire che se quel percorso fosse già compiuto la pena (detentiva o alternativa che sia) non avrebbe più ragione d'essere.

Mi permetto di concludere affermando che lo stesso livello di attenzione dovremmo riservarlo all'utilizzo di costrutti quali la “revisione critica delle condotte antiguuridiche” o “l'adoperarsi a favore della vittima di reato”, che sempre di più si presentano e sembra-

no avere peso nelle decisioni giudiziali che motivano l'accesso o il diniego alla misura alternativa. Sono concetti che affasciano, che tendono a sedurre, ma bisogna prestare molta attenzione. A fronte dell'impraticabilità di un reale trattamento penitenziario, questo tipo di costrutti, veicoli di una grande retorica introspettiva, vengono in realtà poi appiattiti sulla considerazione dell'esternazione di comportamenti concreti, quali l'avvicinare la vittima, l'offrire un risarcimento, lo scrivere una lettera... Essi rischiano così di fungere da copertura rispetto alla sostanziale inesistenza del trattamento penitenziario (per mancanza di risorse umane e materiali, per le condizioni del sovraffollamento carcerario, per l'estemporaneità del sostegno psicologico e delle attività messe a disposizione dei detenuti... per quella che è la situazione generalizzata del nostro carcere).

Ma soprattutto, anche in questo caso, invece di presentarsi come elementi di una valutazione *in progress* importata dai documenti di sintesi degli operatori o come evoluzioni da perseguire nell'accompagnamento verso e durante l'esecuzione penale esterna, questi costrutti tendono a presentarsi come elementi di cui il detenuto deve dare prova al magistrato di sorveglianza per poter *sperare* di accedere all'esecuzione penale esterna. Essi si trasformano così da strumenti pedagogici e trattamentali in requisiti – peraltro spesso non normativamente previsti – per l'accesso alle misure alternative alla detenzione.

Nel contesto di un sostanziale vuoto trattamentale, e nello svuotamento del significato della misura alternativa come mero “premio” invece che come risorsa trattamentale, la decisione del giudice circa l'accesso di un soggetto all'esecuzione penale esterna non può che basarsi su considerazioni altre, del tutto indipendenti dal percorso trattamentale intramurario che dovrebbe esserci ma non c'è, quali la tipologia del reato, l'ampiezza del beneficio richiesto, l'estrazione sociale del condannato e il contesto in cui è maturato il reato o in cui il soggetto deve rientrare. Ed è questo – al di là di ogni retorica – quello che effettivamente spesso sembra accadere.

Gli autori

Vincenzo Amato, presidente del Tribunale di Nuoro

Olivia Bonardi, associata di diritto del lavoro, Università di Milano

Marcello Bortolato, presidente del Tribunale di sorveglianza di Firenze, già componente della Commissione di riforma dell'Ordinamento penitenziario

Chiara Braga, deputata, componente dell'VIII Commissione, Ambiente, territorio e lavori pubblici della Camera dei deputati

Stefano Celentano, giudice del Tribunale di Napoli

Paolo Cendon, già ordinario di diritto privato, Università di Trieste

Riccardo De Vito, magistrato, Tribunale di sorveglianza di Sassari

Fabio Gianfilippi, magistrato, Ufficio di sorveglianza di Spoleto

Glauco Giostra, ordinario di procedura penale, La Sapienza, Università di Roma; presidente della Commissione per la riforma dell'Ordinamento penitenziario nel suo complesso nominata con dm 19 luglio 2017

Paolo Heritier, ordinario di filosofia del diritto, Università del Piemonte orientale

Giorgio Latti, giudice del Tribunale di Cagliari, presidente della Consulta per la disabilità della provincia di Cagliari

Benedetta Marziale, coordinatrice dello Sportello di informazione e consulenza sulla sordità dell'Istituto statale per sordi di Roma

Marco Pelissero, ordinario di diritto penale, Università di Torino, presidente della Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie

Maurizio Riverditi, associato di diritto penale, Università di Torino

Renato Rordorf, già presidente aggiunto della Corte di cassazione, direttore di *Questione Giustizia*

Rita Rossi, avvocato del Foro di Bologna

Rita Sanlorenzo, sostituto procuratore generale della Repubblica presso la Corte di cassazione

Daniele Terlizese, direttore dell'Istituto Einaudi per l'Economia e la Finanza

Giuseppe Tucci, (Rossano Calabro (CS) 20.7.1940 – †Bari 8.9.2018), già ordinario di diritto privato, Università di Bari

Giovanni Tulumello, magistrato, Tribunale amministrativo regionale della Sicilia

Francesca Vianello, ricercatrice di sociologia del diritto, della devianza e del mutamento sociale, Università di Padova