



DIRITTO ALLO STUDIO DELLE PERSONE CON DISABILITÀ: DIRITTI UMANI E NORME ANTIDISCRIMINAZIONE

Right to Study of Persons with Disabilities: Human Rights and Anti-Discrimination Law

Angelo D. Marra

Università “Mediterranea” di Reggio Calabria

Università “Magna Graecia” di Catanzaro

avv.angelo.marra@gmail.com

Abstract:

La tutela del diritto allo studio delle persone disabili, a seguito dell'adozione della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ha subito notevoli modifiche ed innovazioni, soprattutto in relazione all'implementazione del principio di non discriminazione nell'ambito degli ordinamenti interni dei singoli Stati.

Lo scritto si propone l'obiettivo di individuare il quadro giuridico di riferimento a livello nazionale ed internazionale del diritto allo studio delle persone con disabilità e di analizzare la recente giurisprudenza nazionale che si è espressa in relazione alla reale attuazione ed azionabilità del diritto in questione. Il Modello sociale della Disabilità è usato come chiave di lettura delle norme.

Parole chiave: Diritti delle Persone Disabili, Educazione, Non Discriminazione, Italia, Giurisprudenza, Diritti umani, CRPD, Modello Sociale della Disabilità.

Abstract

The protection of the right to education of disabled people has been highly strengthened after the adoption of the Convention on the Rights of persons with disabilities. It affected the implementation of the non-discrimination principle in domestic legislation of single States Parties.

This paper describes the national and international legal framework of the right to education of disabled people and analyses domestic cases looking at the implementation and the justiciability of this right. The Social model of Disability is used as logical framework to conduct legal interpretation.

Key words: Disability Rights, Education, Non discrimination, Italy, Case Law, Human Rights, CRPD, Social Model

A margine di Ord. Trib. Messina del 29.12.2011 (Est. Russo)

1 Premessa

Il diritto allo studio delle persone con disabilità è un ambito nel quale la giurisprudenza ha avuto modo di esprimersi più volte, anche con sentenze che hanno segnato l'avanzamento della tutela come vere e proprie pietre miliari¹. Una nuova tendenza emerge rispetto al passato: le situazioni soggettive portate di recente all'attenzione dei giudici vengono, sempre più spesso, risolte ricorrendo al diritto antidiscriminatorio. Mentre in passato si riteneva che queste situazioni ricadessero nella giurisdizione del giudice amministrativo², oggi - proprio grazie alla lettura orientata ai diritti umani ed alla tutela dalle discriminazioni - sono numerosi i casi in cui giudici ordinari, riconosciuta la propria giurisdizione, ordinano di rimuovere gli ostacoli al godimento del diritto allo studio dell'alunno con disabilità.

Espressione della tendenza menzionata è l'ordinanza del tribunale di Messina del 29 dicembre 2011 dalla quale conviene partire per avviare la nostra riflessione. Questi, in breve, i fatti:

I ricorrenti sono i genitori di S. G. affetto da autismo infantile, iscritto nella seconda sezione di una scuola dell'infanzia, ritenuto disabile grave avente necessità di un insegnante di sostegno in rapporto 1:1 per complessive ore 25. Espongono che, nonostante la richiesta del Dirigente scolastico di assegnazione di posti di insegnanti di sostegno in deroga, al minore è stato assegnato solo un insegnante di sostegno in rapporto 1:2 (12 ore) insufficiente per garantire una adeguata scolarizzazione in relazione alla patologia.

I ricorrenti chiedono - con ricorso del 3.1.2011 - il provvedimento di urgenza, affermando che la mancanza di adeguato sostegno integra condotta discriminatoria ai sensi della legge 67/2006. L'Avvocatura lamenta il difetto di giurisdizione.

Il Giudice, rilevato il carattere residuale della tutela ex art. 700 c.p.c. nonché la compatibilità della tutela d'urgenza con la norma del 2006 ed affermata la propria giurisdizione, riconosce il carattere discriminatorio della situazione ed ordina alle amministrazioni convenute di cessare la condotta discriminatoria in danno del minore S. G. e di provvedere entro il termine massimo del 31 gennaio 2011 alla assegnazione di un insegnante di sostegno in rapporto 1:1 (25 ore settimanali) senza diminuire le ore di sostegno già assegnate ad altri alunni disabili nella stessa scuola.

La pronuncia offre la possibilità di affrontare il tema del diritto allo studio delle persone con disabilità collocandolo in un contesto più ampio: quello della garanzia dei diritti umani e del contrasto alle discriminazioni.

2 La disabilità e i diritti umani

Conviene iniziare inquadrando correttamente il fenomeno della disabilità.

1 Si pensi a Corte Cost. n. 215/1987 e, più recentemente, Corte Cost. n. 80/2010.

2 Alcuni TAR continuano, anche oggi, ad affermare la giurisdizione del GA. Tuttavia, il sempre maggiore utilizzo del diritto antidiscriminatorio segna, a mio avviso, un punto di non ritorno rilevabile nella prassi degli operatori: si è compreso, e le pronunce ex l. 67/2006 lo dimostrano, che le questioni legate alla disabilità sono legate al fenomeno della discriminazione. Perciò, vanno affrontati mettendo in luce la disparità di trattamento.

Di questa condizione sono state fornite diverse letture: la visione tradizionale muoveva dall'assunto che le persone con menomazioni, avendo difficoltà nel compiere semplici attività della vita quotidiana, non fossero in grado di adempiere ai normali ruoli sociali, e che pertanto tali soggetti fossero inevitabilmente destinati a essere relegati ai margini della società. Il tipo di svantaggio sociale di consueto associato con la disabilità veniva generalmente qualificato come questione individuale³.

L'autrice inglese Jenny Morris ha individuato, attraverso un'indagine sociologica molto accurata, alcuni assunti sulle persone con disabilità da parte delle persone non disabili⁴.

L'elenco dei pregiudizi è lungo, ma l'immagine che si percepisce è abbastanza chiara: la disabilità è una disgrazia, una tragedia personale che è tanto più sgradevole quanto più allontana la persona dai canoni di 'normalità'. La vita della persona con disabilità, in questa logica, è tutta spesa in un 'ritorno alla normalità' agognata. Dunque, se la disabilità è una divergenza dalla norma derivante dalla menomazione della persona, l'intervento richiesto dal problema necessariamente consiste nella correzione della menomazione individuale ovvero, da un punto di vista giuridico, nell'assistenza⁵.

3 Cfr. Barnes, Colin, Oliver, Michael, Barton, Len. *Disability Studies Today*. Cambridge, UK: Polity Press, 2002; Barnes C., Mercer G., *Doing Disability Research*, Disability Press, Leeds, 1997 ; Oliver M. *The politics of disablement*, Basingstoke Macmillans, London, 1990; Barnes C., Mercer G. *Disability Policy and Practice: Applying the Social Model*, Disability Press, Leeds, 25 ss., 2004; *Diritto e Disability Studies. Materiali per una nuova ricerca multidisciplinare*, Falzea, Reggio Calabria, 2010).

4 Interessante è il contenuto di una intervista che riporta questi stereotipi; l'autrice scrive: «Gli assunti sul nostro conto sono che noi ci sentiamo brutti, inadeguati e ci vergognamo della nostra disabilità. Che le nostre vite sono per noi un peso, a malapena degne di essere vissute. Che noi abbiamo un bisogno disperato di essere 'normali' e 'completi'. Che noi percepiamo noi stessi come disabili nello stesso modo in cui gli altri ci vedono come disabili. Che abbiamo lo stesso atteggiamento delle persone non disabili nei confronti di noi stessi. Che non ci sia nulla di buono nell'esperienza. Che noi soffriamo costantemente, che questa sofferenza è sgradevole, ingiusta, deve spaventarci e la dobbiamo fuggire. Che qualunque scelta noi compiamo, o obiettivo che perseguiamo è posta in essere come 'terapia' con l'unico scopo di farci dimenticare la nostra condizione. Che noi non abbiamo mai avuto un'esperienza veramente significativa nello stesso modo in cui accade alle persone non disabili. (...) Che, in realtà, non potremo mai accettare la nostra condizione: se sembriamo gioiosi e soddisfatti della nostra vita, in realtà stiamo solo facendo buon viso a cattiva sorte. Che abbiamo bisogno di uscire da noi stessi con distrazioni e appagamenti che solo il mondo normale può fornire. Che noi desideriamo emulare e raggiungere il comportamento e l'apparenza normali in tutte le cose. Che le nostre necessità quotidiane o ciò che noi perseguiamo sono 'sfide' attraverso la quale noi possiamo 'provare' di essere capaci. Che noi proviamo risentimento per le persone abili. Che noi riteniamo la nostra condizione una punizione ingiusta»

Possiamo notare come la maggior parte delle affermazioni siano in realtà dei pregiudizi delle persone non disabili che vengono attribuiti al pensiero delle stesse persone disabili. L'elenco continua: «che ogni emozione o occasione di stress che noi viviamo è dovuta alla nostra disabilità e non allo stesso genere di cose che feriscono o causano rabbia alle altre persone. Che la nostra disabilità ci ha provati psicologicamente rendendoci biliosi e nevrotici. È straordinario che noi ridiamo, siamo contenti o dimostriamo piacere per ciò che rende felici le altre persone. E noi siamo pieni di vergogna per le nostre incapacità e 'anormalità', che noi consideriamo abominevoli le nostre sedie a rotelle, le nostre stampelle e gli altri ausili. Che non perderemo mai la speranza di trovare una cura. (...) Che siamo asessuati o, in ogni caso, sessualmente inadeguati. Che non ovuliamo, non abbiamo erezioni, non pratichiamo autoerotismo, non concepriamo e non diamo alla luce dei bambini» V. Morris J. *Pride against prejudice: Personal Politics of Disability*, The Women's Press Ltd., 1991 .

5 Si veda Barnes C., Mercer G. *Exploring the Divide: Illness and Disability*, Disability Press, Leeds, 11 ss., 199

In alternativa, alcuni studiosi inglesi hanno proposto il c.d. “Modello Sociale della Disabilità” che, invece di concentrarsi sul deficit individuale, si avvicina alla disabilità incentrando l’analisi sui processi e sulle forze sociali che fanno sì che le persone affette da menomazioni evidenti diventino disabili⁶.

Il Social Model of Disability messo a punto da Oliver e Barnes⁷ getta luce sugli aspetti anche sociali, economici, politici e culturali della quotidianità della persona disabile, ed ha il merito di illustrare come le barriere ambientali, i comportamenti sociali e anche gli atteggiamenti culturali creino ‘dis-abilità’ per le persone affette da menomazioni⁸.

6 Questa nuova ricostruzione si fonda sulle idee, successivamente rielaborate dall’esperienza accademica, dei membri dell’associazione Union of Physically Impaired Against Segregation (Unione dei disabili fisici contro la segregazione, U.P.I.A.S.) secondo cui: «La disabilità è un qualcosa che viene imposto alle nostre menomazioni dal modo in cui siamo ingiustificatamente isolati ed esclusi dalla piena partecipazione sociale (...); le persone con disabilità sono perciò un gruppo sociale oppresso».

L’attenzione è qui sui processi che fanno sì che le persone affette da menomazioni evidenti vengano emarginate dalla società, relegate a un ruolo subalterno e non autonomo, escluse dal contesto sociale o da certi suoi ambiti, e per via del processo di esclusione dalla società, vengano rese disabili. Diffusamente Cfr. Barnes, Colin, Oliver, Michael, Barton, Len. *Disability Studies Today*. Cambridge, UK: Polity Press, 2002, Oliver M. *The politics of disablement*, Basingstoke Macmillans, London, 1990., Barnes C. *Disabled People in Britain and Discrimination: A Case for Anti-Discrimination Legislation*, Hurst, and Co. in association with the British Council of Organisations of Disabled People, London, 1991).

7 Per il Modello Sociale della Disabilità, il testo base è Oliver M. *The politics of disablement*, Basingstoke Macmillans, London, 1990. Cfr anche Barnes C. *Disabled People in Britain and Discrimination: A Case for Anti-Discrimination Legislation*, Hurst, and Co. in association with the British Council of Organisations of Disabled People, London, 1991 Barnes, Colin. 2003. "What a Difference a Decade Makes: Reflections on doing 'emancipatory' disability research". *Disability & Society*. 18, no. 1: 3-17. *Tutela della persona e Disability Studies*, AA. VV. Reggio Calabria: Falzea editore, 2013.

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

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

Per dirla con le parole di un appartenente al movimento: «Il modello sociale della disabilità ci fornisce le parole per descrivere la nostra disegualianza. Tiene separate le barriere (che rendono disabili) dalle singole incapacità (non essere in grado di camminare, di vedere, o avere difficoltà di apprendimento)» (Morris, J (2000): Conference Speech. In GLAD, Reclaiming the Social Model of Disability Report, London: Greater London Action on Disability, 1 -3. ora in <http://www.leeds.ac.uk/disability-studies/archiveuk/index.html>).

Il nuovo modo di pensare, legato anche all’affermazione dell’identità delle persone con disabilità, mette in luce come le persone disabili non siano colpite da una disgrazia né, tanto meno, in qualche modo “colpevoli” della loro condizione o del fatto di non fare abbastanza per superare i propri limiti. In questo senso, le persone con disabilità sono espressione della diversità propria del genere umano: «i disabili sono i più umani tra gli esseri. La segregazione dei disabili dalla società abile, non è solo un fatto inumano, che deve più al mondo naturale che al mondo sociale, ma altresì lo iato che si crea tra conoscenza specialistica dedicata al “disabilitamento” e conoscenza pubblica rivolta alla “normalità”; è niente di

In sintesi, mentre la prima ricostruzione è incentrata sull'individuo, sulla diagnosi, sulla severità del deficit, finendo per identificare la persona disabile con un malato e per individuare la risposta a tale condizione nella necessità di provvedere al malato mediante cure mediche, il modello sociale mette a fuoco la relazione individuo-ambiente, il contesto in cui la persona è inserita, identifica le barriere sociali ed economiche ed i comportamenti diffusi che portano all'esclusione delle persone disabili⁹ e «poiché il modello sociale della disabilità separa nettamente le barriere che ci rendono disabili dalle singole incapacità, ci consente di concentrarci esattamente su ciò che ci nega i nostri diritti umani e civili e sulle azioni che è necessario intraprendere»¹⁰.

Dunque, la soluzione ai problemi legati alla disabilità passa non da un percorso di risanamento di una 'deviazione dalla norma', ma dalla rimozione di ciò che nega alle persone con menomazioni il pieno godimento delle pari opportunità. Comprendere correttamente il fenomeno della disabilità è essenziale per individuarne più distintamente i contorni¹¹. Mettere in pratica quanto suggerito dal modello sociale significa, anche per l'operatore del diritto, andare alla ricerca delle disuguaglianze e della mancanza di pari opportunità anziché concentrarsi sulla prova di una certa condizione medica. Questo salto culturale è oggi obbligato nel diritto ove si consideri che dal 2009 è efficace anche in Italia la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità delle Nazioni Unite del 2006, stipulata a New York il 13 dicembre 2006. Si darà conto oltre degli effetti del trattato¹², per ora basti anticipare che la Convenzione si apre «riconoscendo che la disabilità è il risultato dell'interazione tra le persone con menomazioni e le barriere, ambientali o derivanti dall'atteggiamento [altrui], che ne impediscono la piena ed effettiva partecipazione in società su basi di eguaglianza con gli altri»¹³ e notando come: «Le persone con disabilità includono quanti hanno minorazioni fisiche, intellettive o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri»¹⁴.

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

Inoltre, l'adozione della Convenzione delle Nazioni Unite ha ricollocato-dal punto di vista sistematico-il fenomeno della disabilità: la disabilità è una questione di diritti umani. Questa forte presa di coscienza è espressa

meno che l'emergenza di una barriera pedagogica profondamente disabilitante nell'evoluzione dell'intelletto umano». (Cosi Finkelstein V. Per emancipare gli studi sulla disabilità, www.personaedanno.it, 7 gennaio 2012)

A ben vedere le persone con disabilità non sono individui sbagliati, difettosi, anormali, né condannati a una "vita altra" e, soprattutto, la disabilità non coincide con la malattia: perciò le persone disabili non sono ammalati da curare. Vedi, ex multis, Swain, French. *Towards an Affirmation Model of Disability*. in *Disability and Society* 15, no. 4 (2000): 569-582. e CHARLTON J.I., *Nothing about us without us. Disability oppression and empowerment*, University of California Press, 1988. v. pure Coleridge, *Disability, Liberation, and Development*. Oxford: Oxfam, 1993.

9 Cfr. Barnes, Colin, Oliver, Michael, Barton, Len. *Disability Studies Today*. Cambridge, UK: Polity Press, 2002; Marra Angelo D., *Disabilità*, in *DPriv*, Sez. Civ., Agg. V, Giuffrè, Milano, 555 ss., 2010 Swain, John. *Disabling Barriers-Enabling Environments*. London: SAGE Publications, 2004.

10 Morris, J (2000): Conference Speech. In GLAD, *Reclaiming the Social Model of Disability Report*, London: Greater London Action on Disability, 1-3. (adesso in <http://www.leeds.ac.uk/disability-studies/archiveuk/index.html>).

11 Marra A. D. *Diritto e disabilità: qual è l'utilità dei Disability Studies per la ricerca giuridica?* in *Rivista Italiana di studi sulla disabilità*, 2011, pp.23-29.

12 In argomento v. Amagliani, R. *Minori e diversamente abili*, in Atti del convegno "L'incidenza del Diritto internazionale sul Diritto civile" della Società Italiana Studiosi di Diritto Civile, Capri, 25 -27 marzo 2010, ESI 2011

13 Del preambolo della Convenzione di New York del 2006 su diritti delle persone con disabilità.

14 Art. 1, 2° co., Convenzione di New York del 2006.

dalle parole della Dichiarazione di Madrid risultante dal Congresso Europeo sulla disabilità del marzo 2002 per cui:

«La disabilità è una questione di diritti umani. Le persone con disabilità sono titolari degli stessi diritti umani degli altri cittadini (...) Per raggiungere questo obiettivo, tutte le comunità devono celebrare la diversità all'interno delle comunità stesse e cercare di assicurare che le persone con disabilità possano godere della totale ampiezza dei diritti umani: civili, politici, sociali, economici e culturali come riconosciuti nelle diverse convenzioni internazionali, nel trattato dell'Unione Europea e nelle diverse costituzioni nazionali»¹⁵.

Dunque, la disabilità è una questione di diritti umani. Non più di assistenza, protezione di soggetti ai margini della comunità: la disabilità è una questione che riguarda i diritti umani, l'esercizio della cittadinanza, la partecipazione e l'inclusione agli eventi della vita della comunità di appartenenza.

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

Avendo adottato questa prospettiva, la Convenzione non solo modifica il modo di comprendere la disabilità ma fornisce anche un catalogo di diritti (minimi) esigibili che possono essere utilmente invocati in tribunale essendo a tutti gli effetti parte del nostro ordinamento. Non si tratta di norme programmatiche ma di norme immediatamente applicabili nel loro contenuto.

Tra i diritti a proposito dei quali la Convenzione detta norme vi è quello all'istruzione delle persone con disabilità. Dunque, ogni ulteriore discorso su questo tema non può prescindere da una lettura del diritto allo studio e delle norme nazionali che ne consentano il godimento condotta alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite.

3 Il diritto allo studio delle persone disabili

Il 1° co. dell'art. 24 della Convenzione delle N.U. sui diritti delle persone con disabilità sancisce che gli Stati Parte riconoscono il diritto per le persone disabili di avere un'istruzione nel rispetto del principio delle pari opportunità, perciò le persone disabili devono avere le medesime chance formative di chi non è disabile. Questo diritto comprende i servizi per l'infanzia, la scuola primaria, quella secondaria di I e II grado, la formazione professionale, l'università (compreso l'accesso alla formazione post-universitaria), la formazione permanente per adulti¹⁶. Aspetto fondamentale è che l'istruzione va impartita evitando le discriminazioni. In particolare vanno evitate le classi differenziate e i sistemi formativi segreganti¹⁷. Infine, va notato che l'azione educativa, oltre ad

15 Il testo in lingua originale è il seguente: " Disability is a human rights issue. Disabled people are entitled to the same human rights as all other citizens (...) In order to achieve this goal, all communities should celebrate the diversity within their communities and seek to ensure that disabled people can enjoy the full range of human rights: civil, political, social, economical and cultural as acknowledged by the different international Conventions, the EU Treaty and in the different national constitutions", Dichiarazione di Madrid, 1.

16 Nell'ultima parte dell'art. 24 della Convenzione si stabilisce che gli Stati parte garantiscono alle persone con disabilità il diritto di accedere all'istruzione secondaria superiore, alla formazione professionale nonché all'istruzione per adulti e all'apprendimento continuo lungo tutto l'arco della vita senza discriminazioni in base al principio di eguaglianza con gli altri. Ivi si ribadisce che, a questo scopo, gli Stati devono garantire la fornitura di un accomodamento ragionevole (sull'Accomodamento Ragionevole V. Art.2 Convenzione New York 2006).

17 Sono contrarie al dettato della Convenzione anche quelle pratiche che, seppur mantenendo lo studente formalmente a contatto con il gruppo classe, lo emarginano di fatto magari privilegiando attività estremamente individualizzate svolte in separata sede.

essere finalizzata all'apprendimento di competenze, ha lo scopo di promuovere il pieno sviluppo del potenziale della persona, valorizzando il senso di dignità e l'autostima nel rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali della persona nella sua diversità¹⁸. Emerge quindi il fine di consentire alle persone con disabilità lo sviluppo della loro personalità e dei talenti specifici, rendendo possibile al soggetto di esprimere la propria creatività e di realizzare le proprie potenzialità sfruttando al massimo le abilità fisiche e mentali.

Significativamente la norma non qualifica queste potenzialità o abilità come potenzialità residue evidenziando come anche la persona con disabilità, in quanto tale, sia portatrice di abilità. Sotto questo profilo la disposizione è innovativa e si ricollega ai principi generali del Trattato del 2006 laddove smette di considerare "abilità da valorizzare" quelle che residuano al soggetto nonostante la menomazione. Il cambio di prospettiva è significativo: fino al 2006, infatti, la prospettiva era sempre stata quella di fare emergere dalla persona le capacità che a questa rimanevano nonostante il deficit; la Convenzione valorizza invece proprio la diversità della persona tutta intera e non sottintende che vi sia un aspetto positivo da contrapporre alla menomazione.

Da ultimo, la lett. c) del 1° co. dell'art. 24 afferma che l'istruzione deve essere finalizzata a mettere le persone con disabilità in condizione di partecipare in maniera effettiva alla società libera.

In virtù del trattato sussiste l'obbligo di assicurare che le persone con disabilità non siano escluse dal sistema educativo generale in ragione della propria disabilità. La disposizione vieta quindi quello che, secondo la normativa italiana, ed in particolare la legge 67 del 2006, è una discriminazione diretta¹⁹.

Gli Stati devono inoltre assicurare che le persone con disabilità possano, come tutti gli altri cittadini del proprio Stato, accedere alla scuola primaria e secondaria nella comunità in cui vivono. Non devono cioè essere obbligate a frequentare istituti separati ghetizzanti e «specifici per il trattamento delle singole patologie». Deve altresì essere garantito che gli studenti disabili possano accedere, al pari di ogni altro, ad una formazione e istruzione di qualità. Nel sancire il diritto ad una istruzione di qualità, si sottolinea che l'istruzione delle persone disabili non è solo finalizzata all'acquisizione di abilità di tipo manuale che permettono un'attività lavorativa essenzialmente di tipo artigianale: la formazione delle persone con disabilità, come quella garantita a tutti, deve favorire la crescita dell'individuo e aprirgli nuove possibilità; in particolare non si deve ritenere che le persone disabili siano destinate a svolgere solamente lavori di scarso impegno intellettuale.

L'adozione di un pensiero orientato al Modello Sociale che è sottesa alla Convenzione implica che alle persone con disabilità, le quali devono poter accedere al sistema scolastico e formativo in condizioni di parità con gli altri, devono essere garantiti i supporti necessari per godere effettivamente del diritto all'istruzione. In particolare, gli Stati devono assicurare che siano garantite misure efficaci di sostegno in ambienti che ottimizzino il progresso scolastico e la socializzazione conformemente all'obiettivo della inclusione piena; gli Stati devono altresì assicurare che le persone con disabilità ricevano il sostegno a loro necessario all'interno del sistema educativo generale: quindi non attraverso percorsi di istruzione speciale che finiscono per essere segreganti.

18 L'art. 24 della Convenzione riprende, in certa misura, affermazioni già contenute in altri documenti internazionali, come per esempio il Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali (reso esecutivo in Italia con L. 25.10.1977, n. 881) e la Convenzione dei Diritti del Fanciullo del 1989 (reso esecutivo con L. 27.5.1991, n. 176).

19 La normativa nazionale dispone che "si ha discriminazione diretta quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga".

L'art. 24 della Convenzione potrebbe determinare, dunque, la valorizzazione (almeno per quel che riguarda il diritto allo studio) di una specie di discriminazione (quella diretta appunto) che ha trovato nella pratica scarsa applicazione essendo maggiori i casi in cui è stata accertata la sussistenza di una discriminazione di tipo indiretto.

Al fine di garantire l'effettivo godimento del diritto allo studio sempre in contesti di apprendimento inclusivi, sussiste l'obbligo di assicurare una misura di sostegno individualizzata, ove necessaria. Il Primo passo è la predisposizione di un setting di apprendimento inclusivo: in questo contesto può inserirsi detta misura la quale altro non è che una specificazione del concetto più generale di accomodamento ragionevole previsto alla lett. c) dello stesso comma e dall'art. 2 della Convenzione delle Nazioni Unite.

Per Accomodamento Ragionevole si intendono le modifiche e gli adattamenti che siano appropriati per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali sulla base dell'eguaglianza con gli altri, che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo, che siano adottati in casi particolari e ove ve ne sia necessità.

4 L'inclusione scolastica in Italia: cenni

L'inclusione scolastica delle persone con disabilità è uno degli ambiti di maggiore attenzione del legislatore nazionale. La legge n. 104 del 1992 (legge quadro sulla disabilità) individua una serie di strumenti al fine di consentire agli alunni con disabilità la frequenza alle scuole ordinarie.

La legge quadro pone al centro la persona, quale protagonista del processo di inclusione: viene infatti in rilievo l'assistenza relativa all'autonomia e alla comunicazione personale degli alunni con disabilità fisica o sensoriale²⁰, ed emerge la caratterizzazione della figura dell'insegnante di sostegno.

La disciplina positiva impone²¹ agli enti locali l'obbligo di provvedere a tutto quanto concerne l'assistenza per l'autonomia e la comunicazione personale ai portatori di handicap fisico o sensoriale e presenta una formulazione elastica, atta a consentire il necessario coordinamento fra strutture locali ai fini dell'efficiente organizzazione dei servizi durante l'orario scolastico.

La legge 104/1992 traccia linee operative con riferimento a diversi ambiti: la ripartizione di competenze fra enti locali e istituzioni scolastiche, l'impostazione e il coordinamento dei piani di lavoro.

Il tutto va svolto sulla base della diagnosi funzionale delle capacità di apprendimento dell'alunno disabile e sulla base del piano educativo individualizzato. Tra le varie figure previste per garantire l'inserimento dell'alunno con disabilità nel contesto scolastico centrale, anche dal punto di vista del contenzioso sviluppatosi, è l'insegnante di sostegno.

5 L'insegnante di sostegno

L'art. 13, 6° co., della legge quadro stabilisce che all'alunno disabile è garantita la presenza di un insegnante di sostegno, in contitolarità con i docenti curricolari. L'insegnante di sostegno è assegnato alla classe dell'alunno disabile dal dirigente dell'istituto. Questi deve inoltrare all'Ufficio Studi e Programmazione competente la documentazione relativa all'alunno disabile depositata ai fini dell'iscrizione, e a questa allegare la richiesta delle ore di sostegno. L'insegnante di sostegno è, talvolta, ausilio indispensabile per permettere l'avvio del processo di inclusione.

20 Cfr. art. 13, 3° co.

21 Sulla scia di quanto era già stato previsto dal D.P.R. 24.7.1977, n. 616 (Attuazione della delega di cui alla L. 22.7.1975, n. 382) e dall'art. 28, L. 30.3.1971, n. 118.

La giurisprudenza – e in questo caso ci si riferisce a quella dei giudici amministrativi – ha enucleato il principio per cui l'attività dell'insegnante di sostegno non può tradursi in un'ottemperanza esclusivamente formale alla normativa. Ha, fra l'altro, affermato che la scelta dell'insegnante di sostegno deve tenere conto di molteplici fattori, in attuazione della norma primaria posta a tutela del minore e avuto riguardo all'obiettivo dell'inclusione del minore, e non può essere inficiata dalla disciplina regolamentare secondaria in materia di assegnazione delle cattedre. Inoltre, il Consiglio di Stato ha riconosciuto un vero e proprio diritto del disabile alla continuità didattica, considerando legittima la richiesta di genitori di soggetto minore affetto da autismo a vedersi riconosciuta una continuità didattica con uno specifico educatore, determinata dall'esigenza di contenere le reiterate regressioni comportamentali del figlio, causate dal continuo cambiamento delle figure professionali incaricate del sostegno didattico, attenendo tale richiesta, nella sostanza, alle concrete modalità di svolgimento degli obblighi di integrazione scolastica previsti dagli artt. 12 e 13, L. n. 104/1992.

5.1 Il numero degli insegnanti di sostegno

Ai sensi dell'art. 40, L. n. 449/1997, ogni 138 alunni delle scuole pubbliche della Provincia di riferimento è previsto un posto nell'organico degli insegnanti di sostegno²². Per casi di particolare gravità, individuati ai sensi dell'art. 3, 3° co., della legge n. 104/1992, è possibile l'assegnazione, per ciascun anno, di ulteriori posti di sostegno in deroga al rapporto sopra indicato. Già questo si pone in contrasto con la Convenzione di New York del 2006 ed è auspicabile che, in ossequio agli obblighi generali nascenti dal Trattato²³, si giunga ad un adeguamento della normativa interna. Il contrasto è sussistente in quanto il supporto adeguato deve essere garantito a ciascun alunno disabile onde consentire a questa persona di godere del proprio diritto allo studio, senza che la condizione di gravità incida sull'an del diritto: il supporto va garantito all'alunno disabile onde consentire la realizzazione del pieno potenziale della persona interessata. Il diritto in questione è pieno ed incondizionato: riguarda tutti i soggetti disabili e non si fa questione di maggiore o minore gravità. Il diritto umano allo studio afferisce a tutti gli alunni e studenti con disabilità: in quanto tali, queste persone hanno diritto a non essere "escluse dal sistema di istruzione generale in ragione della disabilità". Inoltre, i minori con disabilità – e cioè tutti i minori disabili – non devono essere esclusi in ragione della disabilità da un'istruzione primaria gratuita ed obbligatoria o dall'istruzione secondaria.

22 Storicamente si è registrato un livello insufficiente di insegnanti di sostegno, ossia uno iato significativo fra il numero di posti individuati nell'organico ai sensi di legge e il numero di insegnanti di sostegno effettivamente necessari. In risposta a tale carenza sono intervenuti taluni provvedimenti legislativi tesi a riequilibrare il rapporto: in particolare, l'art. 1, 605° co., lett. b), L. n. 296/2006 (legge finanziaria 2007) e l'art. 2, 413° e 414° co., L. n. 244/2007 (legge finanziaria 2008) hanno sostituito il criterio numerico prima posto a base dell'assegnazione degli insegnanti di sostegno, introducendo al suo posto il criterio più elastico delle "effettive esigenze".

Si noti che la circ. n. 58/2008 del Ministero dell'istruzione, con riferimento alle norme di cui all'art. 2, 413° e 414° co., L. n. 244/2007, fa riferimento alla richiesta delle ore di sostegno e delle ore di sostegno aggiuntive risultante dal verbale del Gruppo di Lavoro (GLHO) composto da tutti i docenti, dagli operatori socio-sanitari e dalla famiglia di cui all'art. 5, 2° co., D.P.R. 24.2.1994. È stato ritenuto che il richiamo della circ. 38/2009 al «rapporto medio nazionale non superiore a un insegnante ogni 2 alunni diversamente abili» non debba essere interpretato quale vincolo normativo, ma abbia valenza meramente descrittiva.

23 V. in particolare l'art. 4, comma 1, per cui gli Stati si impegnano (a) Ad adottare tutte le misure appropriate legislative, amministrative e altre misure per realizzare i diritti riconosciuti dalla presente Convenzione; (b) A prendere 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;

5.2 Le assunzioni in deroga al rapporto previsto dalla legge

Come detto, l'art. 40, L. 27.12.1997, n. 449 aveva previsto, in presenza di c.d. "Handicap di particolare gravità", la possibilità di attivazione di posti di sostegno in numero eccedente rispetto al rapporto insegnanti/alunni.

Ai sensi dell'art. 35, 7° co., della legge finanziaria 2003 (L. 27.12.2002, n. 289), l'attivazione di detti posti in deroga «è autorizzata dal dirigente preposto all'ufficio scolastico regionale assicurando comunque le garanzie per gli alunni in situazione di handicap» di cui all'art. 3 della legge quadro.

La possibilità di assunzione degli insegnanti di sostegno in deroga al rapporto docenti ed alunni indicato dall'art. 40, 3° co., L. 27.12.1997, n. 449 era stata abrogata dalla legge finanziaria per il 2008, in particolare, dall'art. 2, 413° e 414° co., L. n. 244/2007, adesso colpiti da declaratoria di incostituzionalità.

6 La sentenza della Corte Costituzionale n. 80 del 2010

La sentenza della Corte costituzionale n. 80/2010²⁴ dichiara l'incostituzionalità dell'art. 2, 413° e 414° co., L. n. 244/2007, (Finanziaria per il 2008) nella parte in cui, rispettivamente, fissano un limite al numero degli insegnanti di sostegno e aboliscono la possibilità di assumere con contratto a tempo determinato i suddetti insegnanti, in deroga al rapporto docenti ed alunni, indicato dall'art. 40, 3° co., L. 27.12.1997, n. 449, in presenza di disabilità particolarmente gravi. La sentenza in parola è degna di nota non soltanto per l'esito della pronuncia, ma anche perché elabora il concetto di diritto insopprimibile ed infrazionabile della persona disabile collegandolo alla Convenzione di New York del 2006²⁵. La Corte evidenzia come la Convenzione specifichi espressamente, all'art. 24, par. 2, lett.c), che detto diritto all'istruzione deve essere garantito anche attraverso la predisposizione di accomodamenti ragionevoli, al fine di andare incontro alle esigenze individuali della persona disabile.

La sentenza, riprendendo precedenti pronunce della stessa Corte costituzionale, precisa la portata della legge quadro, osservando che tale legge è volta a «perseguire un evidente interesse nazionale, stringente ed infrazionabile, quale è quello di garantire in tutto il territorio nazionale un livello uniforme di realizzazione di diritti costituzionali fondamentali dei soggetti portatori di handicap»²⁶. La sentenza n. 80/2010 si sofferma indi sull'art. 12 della legge quadro dando atto che esso attribuisce alla persona disabile – in particolare, al 2° co. – il diritto soggettivo all'educazione ed all'istruzione a partire dalla scuola materna fino all'università. Già detta qualificazione del diritto è degna di nota.

Sul punto la sentenza richiama poi la storica pronuncia della stessa Corte costituzionale n. 215/1987, che aveva già affermato che la partecipazione del soggetto disabile al processo educativo con insegnanti e compagni normodotati costituisce un fattore di socializzazione importante che può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità del soggetto svantaggiato.

24 C. Cost., 26.2.2010, n. 80

25 Con riferimento all'ordinamento interno, la pronuncia in parola richiama dapprima l'art. 38, 3° co., Cost., e successivamente la stessa legge quadro, la quale in attuazione di detto art. 38, 3° co., Cost. sancisce e disciplina il diritto all'istruzione e l'integrazione scolastica dei disabili.

26 C. Cost., 29.10.1992, n. 406

Un passo particolarmente rilevante della sentenza del 2010 è la qualificazione del diritto del disabile all'istruzione come diritto fondamentale della persona. La sentenza passa infatti a descrivere, attraverso la menzione di precedenti pronunce della stessa Corte, le previsioni normative predisposte dall'ordinamento al fine di garantire l'effettivo esercizio di detto diritto fondamentale.

La sentenza n. 215/1987 aveva affermato che «il diritto all'istruzione della persona disabile viene garantito mediante l'adozione di «misure di integrazione e sostegno idonee a garantire ai portatori di handicaps la frequenza degli istituti d'istruzione». Successivamente la sentenza del 2010 ha posto in evidenza, fra tali misure, la previsione del personale docente specializzato deputato a intervenire per fornire specificamente quelle che, nelle parole della sentenza n. 52/2000 della Corte costituzionale stessa, sono state definite quali «ineliminabili (anche sul piano costituzionale) forme di integrazione e di sostegno» a favore degli alunni con disabilità.

Dopo questo inquadramento sistematico del diritto soggettivo del disabile all'educazione e all'istruzione, la sentenza del 2010 esplicita i motivi sulla base dei quali la soppressione delle figure di sostegno aggiuntive in casi di disabilità gravi non è ammissibile nel nostro ordinamento. La Corte chiarisce che la norma dell'art. 40, L. 27.12.1997, n. 449 si iscrive nell'ottica di apprestare un'adeguata tutela dei disabili, in particolare per quelli che si trovano in una condizione di gravità, e che, nello stabilire un limite massimo nella determinazione del numero degli insegnanti di sostegno, e la soppressione della possibilità di incremento del numero degli insegnanti di sostegno in deroga, la legge si pone in contrasto con il quadro normativo internazionale, costituzionale e ordinario, nonché con la consolidata giurisprudenza della Corte a protezione delle persone disabili. È importante notare come la Corte Costituzionale neghi che le norme sottoposte al suo giudizio possano essere considerate espressione della discrezionalità del legislatore in quanto detta discrezionalità non è arbitrio né potere assoluto; essa trova, piuttosto, un naturale limite nel «(...) rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati»²⁷.

La Corte ha rilevato che le norme censurate sostanziano una coartazione dei diritti e delle garanzie indefettibili sanciti dalla Costituzione, in particolare affermando che esse «hanno inciso proprio sull'indicato "nucleo indefettibile di garanzie" che questa Corte ha già individuato quale limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore». Con tale rilievo la Corte censura la scelta operata dal legislatore di eliminare la norma che consentiva l'assunzione di insegnanti di sostegno a tempo determinato e ripristina lo *status quo ante*.

Le norme della Finanziaria per il 2008 sono state dichiarate incostituzionali «nella parte in cui, stabilendo un limite massimo invalicabile relativamente al numero delle ore di insegnamento di sostegno, comportano automaticamente l'impossibilità di avvalersi, in deroga al rapporto tra studenti e docenti stabilito dalla normativa statale, di insegnanti specializzati che assicurino al disabile grave il miglioramento della sua situazione nell'ambito sociale e scolastico».

La pronuncia della Corte, importante per diversi profili, ha tuttavia il limite di fondare il ragionamento sulla distinzione tra forme di *deficit* più gravi e situazioni meno gravi. Il risultato pratico è quello di assicurare la tutela effettiva alle sole condizioni di maggiore gravità. Questa impostazione manca di considerare che il supporto adeguato è funzionale al raggiungimento delle pari opportunità: anche le situazioni meno gravi, in assenza dell'adeguato supporto rischiano di risolversi in una situazione - in concreto - di esclusione e negazione totale della effettività del diritto allo studio.

In sostanza, il passaggio che ancora è necessario esplicitare è il seguente: il godimento dei diritti umani delle persone con disabilità non deve essere condizionato dal grado di gravità del *deficit* della persona in quanto ciò che rende la persona esclusa e perciò disabile è l'assenza di supporto adeguato e non il minore o maggiore

27 Così C. Cost., 22.6.2000, n. 226 e, successivamente, C. Cost., 4.7.2008, n. 251 che rimanda alla prima.

grado di deficit. Dunque, se il fine è la piena partecipazione in una società libera e la garanzia delle pari opportunità onde prevenire la marginalizzazione sociale, è necessario rimuovere le cause della esclusione di quella persona. Ragionando diversamente si finisce per garantire l'esercizio effettivo del diritto allo studio ai disabili in condizioni di particolare gravità e lo si nega *in toto* agli altri soggetti con disabilità che pure avrebbero bisogno di un supporto adeguato. Il diritto soggettivo indefettibile allo studio delle persone con disabilità, per come consacrato nella Convenzione di New York del 2006, non è limitato alle persone in condizioni di particolare gravità. Ogni diversa disposizione normativa, interpretazione, prassi, o regolamentazione di fatti concreti deve essere adeguata alla Convenzione.

7 La legge 67 del 2006

Si è detto in apertura di questo lavoro che il tema del diritto allo studio è stato recentemente rivisitato dalla giurisprudenza utilizzando gli strumenti del diritto antidiscriminatorio e le categorie proprie dei diritti umani; vediamo ora il contenuto della normativa nazionale antidiscriminazione. La L. 1.3.2006 n. 67²⁸ ha introdotto nel nostro Paese un'azione civile generale contro le discriminazioni in danno delle persone con disabilità.

Si tratta di una azione generale in quanto non è esperibile soltanto per condotte riferite ad un particolare campo: non si tratta di discriminazioni ristrette ad un ambito particolare della vita, l'intenzione è quella di offrire una tutela giudiziaria indeterminata, ampia e valida a 360°. Queste norme possono essere invocate tanto per contrastare discriminazioni in ambito scolastico - come nei casi che ci occupano - quanto in altre circostanze: la legge in questione esplicita il diritto della persona con disabilità a non essere discriminata rispetto a chi non è disabile e, a seguito della ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite, è divenuta lo strumento di attuazione a livello nazionale dell' art. 5 della Convenzione secondo cui «(...) 2. Gli Stati Parti devono proibire ogni forma di discriminazione fondata sulla disabilità e garantire alle persone con disabilità uguale ed effettiva protezione legale contro la discriminazione [...]. 3. Al fine di promuovere l'eguaglianza ed eliminare le discriminazioni, gli Stati Parti prenderanno tutti i provvedimenti appropriati, per assicurare che siano forniti accomodamenti ragionevoli».

La L. n. 67/2006 costituisce lo strumento per attuare, mediante la tutela giurisdizionale, l'uguaglianza sostanziale tra le persone con disabilità e chi disabile non è alla luce dell'art. 3 della Costituzione della Repubblica Italiana. Il principio fondamentale su cui si regge la norma in commento è quello della parità di trattamento. Questo principio comporta che non può essere praticata alcuna discriminazione in pregiudizio delle persone con disabilità. Se così è, allora è chiaro che ciò che viene considerato lesivo di questo principio è la disparità di trattamento che determini uno svantaggio per la persona disabile e non anche quella che determini un vantaggio. Inoltre il principio enunciato esplicita in modo chiaro che già la discriminazione di per sé non è compatibile con il nostro ordinamento, quindi non è necessaria, oltre la norma introdotta dal legislatore del 2006, un'ulteriore norma per affermare che vi è un diritto lesa: dal 2006 esiste, per le persone con disabilità, un chiaro diritto di per sé sufficiente a richiedere la tutela in giudizio a non essere discriminate, o, che è lo stesso, a non essere poste in condizione di svantaggio rispetto alle altre persone. L'art. 2, oltre a denunciare il principio di parità di trattamento, individua varie specie di discriminazione in presenza delle quali è possibile adire il giudice. La norma del 2006 individua, allineandosi in questo alle normative comunitarie in materia di contrasto alle discriminazioni, le ipotesi di discriminazione diretta, indiretta e molestie.

28 Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 54 del 6.3.2006

7.1 Un nuovo Procedimento Antidiscriminatorio

Per quel che riguarda i profili procedurali, si segnala la novella introdotta dal decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150. Le nuove disposizioni si applicano ai processi per discriminazione in danno delle persone con disabilità iniziati dopo l'entrata in vigore del provvedimento; restano invece sottoposti alle regole antecedenti i procedimenti già in corso alla data del 6 ottobre 2011²⁹.

L'azione civile contro le discriminazioni può essere fatta valere tanto nei confronti dei privati quanto nei confronti della P.A. Appare pacifico in dottrina che la giurisdizione sia del giudice ordinario, anche se l'atto che si ritiene discriminatorio è posto in essere dalla Pubblica Amministrazione. A questo proposito si vedano anche le pronunce della giurisprudenza di merito³⁰

La nuova disciplina, contenuta nell'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011, è oggi comune a tutti i procedimenti contro la discriminazione: la disciplina processuale accomuna tra loro le ipotesi di discriminazione sul lavoro, quella di genere, le discriminazioni per ragioni legate all'origine etnica e quelle che vedono come soggetto passivo della discriminazione le persone con disabilità. L'intervento del 2011 ha razionalizzato la situazione precedente eliminando le piccole differenze che avevano destato non poche perplessità in dottrina³¹.

Si è avuto modo di riflettere più diffusamente sulla novella in altro lavoro³²; in questa sede basti ricordare che oggi il legislatore afferma chiaramente, all'articolo 28 del d.lgs. n. 150/2011, che le cause per discriminazione devono seguire il rito previsto per il processo sommario di cognizione e, salve le peculiarità indicate dallo stesso articolo 28 ed il fatto che nelle ipotesi di procedimenti antidiscriminatori, pur trovando applicazione in via generale la disciplina dell'articolo 702 *bis*, 702 *ter* e 702 *quater* c.p.c., non si applicano i commi 2° e 3° dell'articolo 702 *ter*.

La disciplina introdotta nel 2011, poiché riconduce espressamente i procedimenti antidiscriminatori nell'alveo del processo sommario di cognizione, rende manifesto che, come già aveva suggerito parte della dottrina per la disciplina previgente³³, il provvedimento che definisce il giudizio antidiscriminatorio ha efficacia di cosa giudicata (art. 702 *quater* c.p.c).

Secondo la disciplina del 2006, nei casi di urgenza era possibile ottenere dal tribunale un decreto *inaudita altera parte*. La decisione in questo caso assumeva la forma del decreto motivato che poteva essere conferma-

29 In dottrina v. Virgadamo P. *La tutela risarcitoria del danno non patrimoniale patito dai disabili: dalle barriere architettoniche alla l. n. 67 del 2006*, in GC, 7-8, 263 ss., 2007; Greco L. *67/2006: tutela inibitoria e risarcitoria per i soggetti disabili vittime di discriminazioni*, in RCP, 1, 243 ss., 2007; MARUFFI R. *Le nuove norme sulla tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di una discriminazione*, in RDP, 123 ss., 2007; Marra A.D. *La tutela contro la discriminazione dei disabili in Italia: legge n. 67 del 2006*, in DF, 37, 4, 2162 ss., 2008)

30 Trib. Milano, ord. 10 gennaio 2011; Trib. Varese, ord. 2 dicembre 2010, n. 5105; Trib. Milano, 21 marzo 2002, FI, 2003, 3180), Trib. Messina, 29 dicembre 2011 e altre su cui v. *infra*.

31 V. Morozzo Della Rocca P. *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del t.u. sull'immigrazione*, in DF, 1, 112 ss., 2002; De Angelis L. *Il danno da discriminazione tra risarcimento e sanzione civile*, in RgLPS, 4, 599 ss., 2009).

32 V. Marra A. D. commento sub art. 3 l. 67 del 2006 in *Codice ipertestuale dei minori e soggetti deboli*, a cura di Basini e Cendon, UTET, 2011.

33 Cfr. Marra A.D. *La tutela contro la discriminazione dei disabili in Italia: legge n. 67 del 2006*, in DF, 37, 4, 2162 ss., 2008 e Marra A. D. *La Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità. Profili di responsabilità civile*, in Cendon P. (a cura di), *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, I, 2, Utet, Torino, 849-877, 2009.

to, revocato oppure modificato dal giudice all'udienza di comparizione delle parti che doveva tenersi entro 15 giorni dall'emissione del decreto. Nella nuova disciplina dettata dall'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011 non vi è più il rinvio al comma 5° dell'art. 44 del d.lgs. n. 286/1998 che recava la disciplina sopra descritta; per i casi di urgenza sembra perciò doversi applicare la disciplina prevista in generale per le situazioni indifferibili dall'art. 700 c.p.c.

Altro profilo che emerge dalla novella è che il Legislatore del 2011 esprime *claris verbis* un concetto che già la dottrina aveva anticipato³⁴ in riferimento alla disciplina originaria del 2006: diviene esplicito che il giudice della discriminazione può ordinare un *facere* anche alla Pubblica Amministrazione. Il concreto atto idoneo a riparare alla discriminazione è rimesso al prudente apprezzamento del giudice: egli dispone ciò che è opportuno, avuto riguardo per il caso concreto. La disposizione in esame menziona «un comportamento, una condotta ovvero un atto discriminatorio»: l'ampia locuzione dimostra la precisa volontà di rimuovere, attraverso il rimedio apprestato, il maggior numero possibile di situazioni discriminatorie, mettendo il giudice in condizione di operare concretamente affinché la 'persona', quale soggetto protagonista della norma di tutela, possa realizzarsi pienamente.

È previsto anche il risarcimento del danno che il legislatore precisa poter essere anche – e diremmo soprattutto – quello non patrimoniale. È questa una delle ipotesi espresse di risarcibilità di danni afferenti alle attività realizzatrici della persona. Il danno qui non copre il solo *pretium doloris* sofferto dalla persona disabile in seguito alla discriminazione: mai come prima in questa ipotesi di danno emergono profili esistenziali. Il danno da discriminazione consiste proprio nel non poter fare come altri fanno, non avere le stesse opportunità, non godere delle stesse prestazioni rispetto a beni e servizi di uso quotidiano. Inoltre, precisa il comma 6° dell'articolo 28:

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

Una particolarità, introdotta dalla novella del 2011, riguarda le ipotesi in cui il potere che il Giudice ha di imporre l'adozione di un piano per rimuovere le discriminazioni da attuarsi nel tempo sia esercitato con riferimento a discriminazioni collettive. Infatti, secondo l'art. 28, 5°, d.lgs. n. 150/2011: «Nei casi di comportamento discriminatorio di carattere collettivo, il piano è adottato sentito l'ente collettivo ricorrente».

Il Giudice è quindi libero nel giudicare l'*an* della discriminazione ma la parte lesa è direttamente coinvolta nella determinazione del *quomodo* rispetto alla necessità di eliminare la discriminazione in maniera efficace. Se ne deduce che l'eliminazione delle discriminazioni accertate non è una sanzione nei confronti del soggetto discriminante: infatti, se così fosse, non si potrebbe chiedere al soggetto discriminato un coinvolgimento nella determinazione del contenuto della sanzione. Invece, proprio perché l'eliminazione delle discriminazioni accertate non ha carattere sanzionatorio, è possibile che l'ordinamento coinvolga i diretti interessati nella individuazione del rimedio più opportuno al caso concreto.

34 In arg. v. Barbera M. (a cura di) *Il nuovo diritto Antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 77 Ss, 2007 Marra A.D. *La tutela contro la discriminazione dei disabili in Italia: legge n. 67 del 2006*, cit., 2008; Silvestri E. *Codice delle pari opportunità e tutela discriminatoria*, in RTDPC, III, 853 ss., 2007 2007

8 Le recenti ordinanze

Si è detto in apertura di una tendenza giurisprudenziale emergente: le controversie in materia di diritto allo studio delle persone con disabilità vengono risolte, sempre più spesso, inquadrando i fenomeni alla luce dei concetti propri del diritto antidiscriminatorio e avvalendosi degli strumenti predisposti dal legislatore proprio per combattere le discriminazioni. È opportuno dar conto di quanto avvenuto in tal senso soffermandosi su provvedimenti di tribunali diversi.

8.1 Il Tribunale di Milano

Il Tribunale di Milano il 10 gennaio 2011 ha riconosciuto che la mancata assegnazione di insegnanti di sostegno - ponendo gli alunni con disabilità in condizione di svantaggio rispetto agli altri - costituisce discriminazione indiretta.

Inoltre, in quest'ordinanza per prima, l'istituto dell'insegnante di sostegno è riletto dal giudice della discriminazione alla luce del concetto di Accomodamento Ragionevole di cui alla Convenzione delle Nazioni Unite del 2006. Secondo questo giudice, l'assegnazione di un monte ore di sostegno adeguato costituisce accomodamento ragionevole necessario al fine di garantire il concreto godimento del diritto allo studio di uno studente con disabilità di modo che la mancata fornitura di questo monte ore costituisce una discriminazione.

È interessante, riteniamo, l'iter argomentativo dell'ordinanza: partendo dalla qualificazione del diritto allo studio come diritto fondamentale operata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 80 del 2010, rilevando che la mancanza di insegnanti di sostegno per un numero di ore adeguato pone oggettivamente in una condizione di svantaggio gli alunni con disabilità rispetto agli altri, il giudice ha disposto il ripristino per i figli dei ricorrenti del numero di ore di sostegno fornito loro nell'anno 2009-2010.

In quest'ordinanza il giudice della discriminazione ha qualificato come discriminatoria, e precisamente indirettamente discriminatoria, una determinazione della pubblica amministrazione; ha quindi ordinato alla stessa autorità di adottare un comportamento idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione assegnando un termine preciso entro il quale adottare i provvedimenti richiesti. La vicenda non si conclude con il primo grado: infatti il collegio, con provvedimento del 19 marzo 2011, rigetta il reclamo proposto nelle more dal Ministero ed assegna ore di sostegno ulteriori rispetto a quelle assegnate in primo grado.

8.2 Il Tribunale di La Spezia

Particolarmente interessante, anche per i profili processuali affrontati, è l'ordinanza del Tribunale di La Spezia del 28 marzo 2011.

Il giudice (civile) della discriminazione, in un caso analogo a quello affrontato dal Tribunale di Milano, attesa la contestazione della propria giurisdizione, allineandosi a "quanto evidenziato dalle più recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità", e cioè che "ai fini del riparto di giurisdizione occorre valutare il *petitum* sostanziale, identificato in funzione della *causa petendi* (vedasi tra tante Cass. SSUU n. 15323 del 25.06.2010)", rileva che "nel caso di specie non si discute della legittimità del provvedimento amministrativo con cui sono state ridotte le ore di insegnamento di sostegno in favore dei figli dei ricorrenti [prospettazione che avrebbe ovviamente fondato la giurisdizione del tribunale amministrativo regionale territorialmente competente], bensì si deduce che tale comportamento avrebbe concretamente determinato una

si deduce che tale comportamento avrebbe concretamente determinato una discriminazione ai danni del ragazzo".

Così ragionando, il giudice ordinario afferma la propria giurisdizione, evidenziando anche come tale conclusione risulti "ulteriormente condivisibile qualora si tenga presente l'indubbia rilevanza costituzionale del diritto all'istruzione". Infine, l'affermazione del giudice circa la propria giurisdizione muove anche dalla considerazione che "il particolare procedimento previsto dall'articolo 3 della legge 67 del 2006³⁵ ha evidente natura speciale e derogatoria" rispetto alla previsione che disciplina il riparto di giurisdizione in materia di pubblici servizi.

Ancora, il provvedimento in questione è interessante perché in esso si afferma che la norma che prevede che per il procedimento antidiscriminatorio la competenza si radica presso il domicilio della persona che assume essere stata discriminata prevale sulla disposizione di cui all'art. 25 c. p. c. .

La questione sostanziale rispetto alla discriminazione lamentata è risolta utilizzando lo stesso impianto argomentativo dei provvedimenti milanesi; si rileva anche che il carattere discriminatorio della riduzione delle ore di sostegno non è escluso da interventi alternativi di sostegno "che altri soggetti istituzionali potrebbero aver attivato al fine di attenuare almeno in parte il disagio".

8.3 Il Tribunale di Messina

L'utilizzo degli strumenti del diritto antidiscriminatorio per garantire il diritto allo studio delle persone con disabilità trova compiuta espressione nell'ordinanza del tribunale di Messina del 29 dicembre 2011 da cui il nostro discorso ha preso avvio. Il provvedimento in questione è, però, pregevole anche per altri profili.

Va notato che il giudice ha correttamente ritenuto non applicabile al caso concreto l'art. 700 c.p.c. rilevando che "parte ricorrente incorre [...]in errore nel ritenere che la norma invocata consenta di chiedere la tutela ex art. 700 c.p.c. La tutela ex art. 700 c.p.c è infatti residuale, mentre nel caso di specie la legge offre uno strumento di tutela tipico". Questo vale per le cause che seguono il rito originariamente previsto dall'art. 3 della legge 67/2006. Non riguarda le cause "nuove", cioè quelle che devono celebrarsi secondo il rito – non più facoltativo ma obbligatorio per i casi di discriminazione - introdotto nel 2011. Infatti, il Giudice precisa: "Non deve [...] applicarsi alla fattispecie l'art. 28 del Dlgs 150/2011 atteso che il presente ricorso è pendente alla data del 3 ottobre 2011 (data del deposito in cancelleria) mentre la normativa sulla semplificazione dei riti si applica a far data dal 6 ottobre 2011. Al procedimento in esame si applica invece il rito previsto dall'art. 44 commi da 1 a 6 ed 8 del Dlgs 286/1998. Ciò premesso nulla osta a riqualificare l'azione posto che la *causa petendi* è stata chiaramente indicata con riferimento alla norma speciale (Cass. civ. sez. II 18.4.2005 n. 8082)". Quindi, come già anticipato³⁶, ed indirettamente confermato dal passo riportato, la disciplina generale dell'art. 700 c.p.c. trova, dal 2011, applicazione anche nei procedimenti antidiscriminatori. Prima della novella, il richiamo al comma 5 dell'art 44 del T. U. Stranieri comportava che si dovesse far riferimento, per i casi di urgenza assoluta, alla disciplina ivi prevista. Venuto meno il richiamo testuale all'art. 44 del TU, poiché l'art. 28 d.lgs 150/2011 nulla dice per i casi di urgenza, trova applicazione la disciplina generale per i casi d'urgenza di cui all'art. 700. Al caso sottoposto al giudice di Messina - *ratione temporis* - non era applicabile l'art. 700 ma il giudice ha rilevato come nulla ostasse alla salvezza del ricorso che era chiaramente qualificabile come ricorso antidiscriminatorio.

35 Ed ora dall'art. 28 del dlgs. 150 del 2011 che, come abbiamo visto, e addirittura più esplicito nell'affermare la possibilità che il giudice ordini un *facere* alla PA.

36 V. paragrafo 7.1.

L'ordinanza messinese è rilevante anche perché in essa si affronta, ancora una volta, il tema della giurisdizione del giudice ordinario nei casi di discriminazione.

Il giudice, pur dando atto della giurisprudenza in materia di riparto di giurisdizione per quanto attiene il servizio pubblico scolastico, osserva che "la giurisdizione sul trattamento discriminatorio a danno dei disabili appartiene invece al giudice ordinario, [...] poiché la posizione del soggetto, potenziale vittima delle discriminazioni, ha consistenza di diritto soggettivo assoluto rispetto a qualsiasi tipo di violazione posta in essere sia da privati che dalla pubblica amministrazione[...]. La legge 67/2006 ha infatti apprestato una tutela ad ampio raggio della persona disabile da qualsiasi comportamento, attivo ovvero omissivo, che, di fatto, lo ponga in una condizione di esclusione ed emarginazione rispetto al contesto in cui agisce". È da rilevare che, oltre a chiarire che il comportamento discriminatorio può avere anche carattere omissivo, quest'ordinanza fa un preciso riferimento all'emarginazione rispetto al contesto che circonda la persona. Proprio l'attenzione al contesto segna l'accoglimento dell'idea che nella disabilità vi sia un problema di relazione uomo-ambiente e non una carenza individuale.

Inoltre, l'ordinanza del dicembre 2011 è pregevole perché non si limita a richiamare la Convenzione delle Nazioni Unite del 2006 ma compie un passo ulteriore: nel fornire la corretta interpretazione e l'inquadramento all'interno del sistema della legge nazionale antidiscriminazione, afferma chiaramente che "Tale strumento normativo, [...], deve essere applicato in coordinamento con i principi costituzionali e con la "Convenzione ONU sui Diritti delle persone con disabilità". Dunque, viene instaurato un rapporto diretto tra legge 67 e Convenzione di modo che la prima non può essere applicata correttamente se non coordinandola con la seconda. Questa affermazione è importante perché descrive - senza lasciarlo sullo sfondo - quale debba essere il corretto rapporto tra le due fonti normative e consente di affermare che la legge 67 può e deve essere lo strumento attraverso cui i diritti sanciti dalla Convenzione del 2006 penetrano nel sistema giuridico nazionale.

Ancora, si precisa che l'effetto discriminatorio può [...] non essere di immediata percezione o perché non vi è un esplicito riferimento alla disabilità, ma l'effetto è quello di porre in svantaggio la persona disabile, oppure perché l'atto è in sé neutro, cioè apparentemente giustificato, ma in realtà avente un effetto discriminatorio". Ciò prescinde dalla intenzione specifica di discriminare perché - in questo l'ordinanza è istruttiva - "ciò che la legge intende non solo vietare ma anche rimuovere, è la posizione di svantaggio sia essa[...] l'effetto di una persecuzione specifica, oppure semplicemente l'effetto di incuria, negligenza, ignoranza". Anche qui, due i punti di maggior rilievo: primo, si fa esplicito riferimento alla intenzione di rimuovere ciò che causa la condizione di svantaggio (quindi, l'emarginazione è combattuta rimuovendo le barriere e non "normalizzando" la persona); secondo, è esplicitato con chiarezza il valore causale che può intercorrere tra incuria, negligenza, ignoranza e discriminazione.

La censura mossa all'Amministrazione in questo caso è proprio riferita all'incuria: infatti il giudice nota che dal comportamento delle istituzioni scolastiche si evince "in modo palese che esso non ha altra ragion d'essere che quella di rappresentare l'incuria verso il diritto del disabile alla istruzione". Il giudice stigmatizza "un comportamento discriminatorio caratterizzato da omissione ed incuria, posto che al minore disabile non viene assicurato il sostegno cui ha diritto".

Opportuna è la precisazione per cui qui non ha rilievo la discrezionalità amministrativa atteso che, come affermato dalla Corte Costituzionale con sentenza n 80/2010, ci troviamo di fronte ad un "nucleo indefettibile di garanzie" che costituisce il limite invalicabile della discrezionalità, tanto del legislatore quanto (a maggior ragione) dell'agire della Pubblica Amministrazione. Invece, la discrezionalità amministrativa propria della Amministrazione scolastica è pienamente riconosciuta dal giudice laddove sussistente. Infatti, nel decidere la questione affermando che all'alunno con disabilità spetta il sostegno in rapporto 1:1, il giudice precisa che "Spetta comunque alla discrezionalità amministrativa verificare come possano essere garantite le 25 ore (tramite l'assunzione in deroga ovvero altri meccanismi) purché si rispetti il limite, che questo giudice deve porre, di non pregiudicare altri".

Si è detto che il provvedimento del Tribunale di Messina appare pregevole per diversi profili; ebbene, in ultimo si vuole segnalare che il giudice della discriminazione, nel valutare complessivamente l'operato dell'Amministrazione, afferma che gli atti ed i comportamenti adottati, apparentemente neutri perché aventi una parvenza di iter amministrativo, sono in realtà discriminatori perché con negligenza non si è provveduto ad offrire un sostegno personalizzato adeguato alle effettive esigenze di inserimento scolastico ed ambientamento.

Preme segnalare che è stato chiaramente espresso che la discriminazione può manifestarsi anche "sotto mentite spoglie", nel senso che può avere una parvenza di iter amministrativo legittimo. L'ordinanza del giudice di Messina ha fatto emergere uno dei profili più caratterizzanti della discriminazione nei confronti delle persone con disabilità e cioè che spesso questa, si presenta come la conseguenza "necessitata" delle rispetto delle procedure. È proprio questa la discriminazione istituzionalizzata che si nasconde dietro una "parvenza" – il termine pare davvero quello giusto – di giustizia. A ben vedere, come finalmente questo provvedimento rende palese, la giustizia di questi comportamenti è solo apparente poiché, in realtà, la mancata rimozione dell'ostacolo che non consente alla persona disabile di partecipare alla vita della comunità in condizioni di non minorità rispetto ai pari, si risolve in una discriminazione da rimuovere immediatamente perché idonea a determinare un pregiudizio di diritti personali fondamentali.

L'ordinanza del 29 dicembre 2011, nel declinare chiaramente ciò che deriva dall'applicazione delle norme di diritto antidiscriminatorio, offre dunque la miglior prova di quanto una rilettura delle norme interne alla luce dei diritti umani, possa rivelarsi efficace per garantire - nel concreto - pari opportunità a tutti. Inoltre, rende esplicita l'importanza di rimuovere gli ostacoli adottando quelli che potremmo definire 'comportamenti di impegno' - per contrapporli a quelli solo formalmente adeguati - contrari all'incuria.

8.4 Il Tribunale di Udine

Merita un cenno il provvedimento del Tribunale di Udine del 13 gennaio 2012: nel caso di specie, il collegio accoglie il reclamo presentato dal Ministero della pubblica istruzione, poiché è emerso che, nei fatti, l'alunno che si assumeva essere stato discriminato è stato comunque seguito individualmente per tutte le 22 ore settimanali previste dal piano, ancorché per un limitato numero di ore da insegnanti diversi e non formalmente nominati quali insegnanti di sostegno.

Il provvedimento del tribunale di Udine presenta altri due profili che in questa sede è opportuno ricordare: primo, vi è un importante riconoscimento giurisprudenziale dell'assolutezza del diritto a non essere discriminati. Infatti, il collegio afferma apertamente che "la Legge 67/2006 prevede un divieto assoluto di condotte discriminatorie in danno di persone disabili". Secondo, il collegio riafferma, come già aveva fatto il giudice di primo grado, la giurisdizione del giudice civile in materia di non discriminazione ed assegnazione di ore di sostegno scolastico.

Il collegio afferma che la valutazione del primo giudice sul punto è stata corretta atteso che, nel ricorso introdotto, i genitori non hanno contestato alla P.A. l'esercizio dei poteri discrezionali che le sono attribuiti in materia bensì di aver posto in essere una condotta discriminatoria nei confronti di una persona disabile, richiamandosi espressamente ai fini della tutela giurisdizionale contro atti discriminatori - a quanto previsto dall'art. 3 co. 1° della legge 67/2006 e dall'art. 44 del decreto legislativo 286/1998.

Quest'ultima norma, in particolare, stabilisce espressamente che la domanda va proposta con ricorso al Tribunale in composizione monocratica. Seppure questa disposizione non sia più richiamata dalla legge 67 del 2006 che ha subito una modifica nel 2011, l'art. 28 del dlgs 150/2011, cui adesso bisogna far riferimento, reca analoga disciplina.

Il collegio fonda la propria decisione su quanto affermato dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza S.U. n. 7186 del 30.3.2011³⁷. Se, come la stessa S.C. ha affermato nella sentenza richiamata dal tribunale di Udine, "è lo stesso testo del D. Lgs. 286/1998, art. 44, con il suo riferimento incondizionato ai comportamenti sia dei privati che della pubblica amministrazione che non consente di escludere l'esperibilità delle azioni ivi previste solo perché la P.A. ha attuato la discriminazione in relazione a prestazioni rispetto a cui il privato non fruisce di una posizione di diritto soggettivo", va notato che la formulazione dell'articolo 28 del delgs. 150/2011 è ugualmente caratterizzata da un riferimento incondizionato tanto ai comportamenti del privato quanto a quelli della Pubblica Amministrazione.

9 Conclusioni

Quali considerazioni possiamo trarre dal percorso sin qui svolto? Un primo punto è che gli strumenti messi a disposizione dal diritto antidiscriminatorio diventano il mezzo concreto per garantire le pari opportunità nelle situazioni quotidiane insieme alla pari dignità e la buona qualità della vita anche alle persone con disabilità.

Emerge chiaramente la esigibilità per queste persone del diritto a non essere discriminate (sancito nel nostro ordinamento dalla legge 67 del 2006 e a livello internazionale dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 2006).

L'occasione per l'analisi è stata offerta dai casi esposti in materia di diritto allo studio. Tuttavia, l'iter argomentativo che emerge dalle pronunce esaminate è replicabile al di fuori dell'ambito specifico. Infatti, partendo dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 2006, è possibile individuare alcuni (altri) diritti fondamentali che possono essere azionati mediante gli istituti antidiscriminatori di diritto interno. Il richiamo alla Convenzione internazionale consente di individuare i diritti fondamentali delle persone con disabilità mentre la legge numero 67 del 2006, esplicitando un diritto soggettivo a non essere discriminati in nessun ambito della vita, consente di azionarli.

L'iter argomentativo utilizzato nelle ordinanze è di estrema rilevanza perché questo stesso iter logico, fondato sulla tutela dei diritti umani che punta a rimuovere le disuguaglianze e garantire le pari opportunità, può essere utilmente utilizzato anche al di fuori dell'ambito scolastico stigmatizzando l'incuria e l'inerzia delle Autorità la cui discrezionalità, come per il diritto all'educazione, è limitata dal nucleo indefettibile di garanzie dei diritti fondamentali (per le persone disabili declinati nella Convenzione del 2006). Tant'è vero che il tribunale di Roma, proprio in applicazione della legge 67 e della Convenzione delle Nazioni Unite del 2006, ha emesso due ordinanze in tema di trasporto pubblico e di accessibilità delle fermate degli autobus³⁸ fondando le decisioni su argomentazioni orientate all'individuazione dei concreti ostacoli alla parità di opportunità.

37 Così motiva il collegio : recentemente la Suprema Corte di Cassazione nella sua Ordinanza S.U. n. 7186 del 30.3.2011 in merito alla rilevanza della disciplina prevista dall'art. 44 del D.Lgs. 286/1998 ha affermato: "in presenza di normative che, ai fine di garantire parità di trattamento, in termini particolarmente incisivi e circostanziati, e correlativamente vietare discriminazioni ingiustificate, con riferimento a fattori meritevoli di particolare considerazione sulla base di indicazioni costituzionali e fonti sovranazionali, articolano in maniera specifica disposizioni di divieto di determinate discriminazioni e contemporaneamente istituiscono strumenti processuali speciali per la loro repressione, affidati al giudice ordinario, deve ritenersi che il legislatore abbia inteso configurare, a tutela del soggetto potenziale vittime delle discriminazioni una specifica posizione di diritto soggettivo, e specificamente un diritto qualificabile come "diritto assoluto" in quanto posto a presidio di una area di libertà e potenzialità del soggetto, rispetto a qualsiasi tipo di violazione della stessa".

38 Così Trib. Roma, ord. 8 marzo 2012, n. 4929: «L'esistenza incontestata di barriere architettoniche, tali da impedire al disabile di salire sul mezzo di trasporto pubblico, costituisce discriminazione indiretta, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 67

In una delle due ordinanze in parola si legge:

«La predisposizione di servizi sostitutivi ed alternativi - a prescindere da ogni valutazione relativa alla loro efficienza - consente invero di escludere l'ipotesi della discriminazione diretta, [...], ma non anche quella della discriminazione indiretta [...] poiché la fruizione del servizio alternativo appositamente predisposto per le persone disabili non eliminerebbe la posizione di svantaggio in cui quelle si trovano a causa dell'impossibilità di accedere al servizio di trasporto pubblico rispetto alle altre persone, poiché non consentirebbe comunque loro di vivere la propria vita, esprimere la personalità e soddisfare i propri bisogni traendo dal servizio la medesima utilità. Non soltanto perché le modalità di esercizio dei servizi alternativi non consentono di rispettare i medesimi tempi, a parità di percorso, del servizio di trasporto ordinario, ma anche perché quelle modalità imporrebbero alla persona disabile una modalità di vita che, separandola dalle altre persone con cui condivide o potrebbe condividere le esperienze normalmente comuni, la escluda dall'ambito di quelle persone»³⁹

Questo passaggio risulta interessante perché emerge una valorizzazione delle esperienze ordinarie non solo come fine ma anche come mezzo per godere del diritto all'inclusione e alla medesima modalità di vita di chi disabile non è. Ciò evidenzia come anche nelle pronunce della giurisprudenza emerga la consapevolezza che la disabilità è il risultato dell'interazione tra la persona e le barriere (siano esse architettoniche, organizzative o di altra natura) che questa incontra. Sono queste ad impedire alle persone con disabilità il godimento dei diritti fondamentali e la piena realizzazione di una vita ordinaria. Anche la giurisprudenza dimostra che bisogna dare "piena ed intera esecuzione" - per citare una formula nota ma mai presa sul serio - alla Convenzione del 2006, senza indugi ulteriori o comportamenti dilatori indici di incuria.

Bibliografia:

- Albrecht, Seelman, Bury. *Handbook of Disability Studies*. Thousand Oaks, Calif.: Sage Publications, 2001.
- Amagliani, R. *Minori e diversamente abili*, ora in *Atti del convegno "L'incidenza del Diritto internazionale sul Diritto civile"* della Società Italiana Studiosi di Diritto Civile, tenutosi a Capri dal 25 al 27 marzo 2010, ESI 2011
- Arnardóttir O.M., Quinn G. *The Un Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston., 2009
- Bagenstos S.R. *The Future of Disability Law*, in *The Yale Law Journal*, 114, 1, 13 ss., 2004
- Barbera M. (a cura di) *Il nuovo diritto Antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 77 Ss, 2007

del 2006: "si ha discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone". L'omissione comunale circa le barriere architettoniche è, dunque, uno di quei comportamenti che pongono il disabile in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone, posizione di svantaggio che il disabile ha il diritto di eliminare chiedendo all'autorità giudiziaria di imporre alla pubblica amministrazione l'adozione di misure necessarie».

Sempre in tema di trasporto, si veda Trib. Torino 5 novembre 2011: «L'azienda di trasporto pubblico di superficie deve adeguare totalmente il parco mezzi alle esigenze delle persone con disabilità per evitare di compiere atti di discriminazione indiretti, previsti dalla legge 67 del 2006. Nelle more che ciò avvenga, deve predisporre adeguato servizio alternativo e reso ben pubblicizzato. La discriminazione subita è indennizzabile attraverso il risarcimento per danno non patrimoniale».

39 Trib. Roma, ord. 24 ottobre 2011

- Barnes C. *Disabled People in Britain and Discrimination: A Case for Anti-Discrimination Legislation*, Hurst, and Co. in association with the British Council of Organisations of Disabled People, London, 1991
- Barnes C., Mercer G. *Exploring the Divide: Illness and Disability*, Disability Press, Leeds, 11 ss., 1996
- Barnes C., Mercer G. *Doing Disability Research*, Disability Press, Leeds, 1997
- Barnes C., Mercer G. *Disability Policy and Practice: Applying the Social Model*, Disability Press, Leeds, 25 ss., 2004
- Bell M. *Anti-Discrimination Law and the European Union*, in *Cambridge Law Journal*, 62, 508, 2003
- Belli R. *La non discriminazione dei disabili e la legge n. 67 del 2006*, Franco Angeli, Milano, 23 ss., 2007
- Chiarella, Cosco, Marra, Saccà *Tutela della persona e Disability Studies*, AA. VV. REGGIO CALABRIA: Falzea editore, 2013
- Cendon P. *Handicap e diritto: legge 5 Febbraio 1992, n. 104, legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*, Giappichelli, Torino, 1997.
- Charlton J.I. *Nothing about us without us. Disability oppression and empowerment*, University of California Press, 1988.
- Clements L., Read J. *Disabled People and European Human Rights: A Review of the Implications of the 1998 Human Rights Act for Disabled Children and Adults in the U.K.*, Bristol, 2003
- Clements L., Read J. *The Dog that Didn't Bark: The Issue of Access to Rights under the European Convention on Human Rights by Disabled People*, in *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice*, Oxford, 2005.
- Coleridge, *Disability, Liberation, and Development*. Oxford: Oxfam, 1993.
- Crapanzano C. *La tutela giudiziaria dei disabili la difesa contro le discriminazioni prevista dalla Legge n. 67/2006*, Halley, 2007
- De Amicis A. *La l. 3 marzo 2009, n. 18 di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: i principi e le procedure*, in *GM*, 2009, 10, 2375, 2009
- De Angelis L. *Il danno da discriminazione tra risarcimento e sanzione civile*, in *RgLPs*, 4, 599 ss., 2009
- De Schutter O. *Reasonable Accommodation and Positive Obligations in the European Convention of Human Rights*, in Lawson A., Goodin C. (a cura di), *Disability rights in Europe from theory to practice*, Hart Publishing, London, 35-65, 2005
- Degener, T. *Disability Discrimination Law: a global comparative approach in Disability rights in Europe from theory to practice* a cura di Anna Lawson e Caroline Gooding Eds. Hart Publishing 2005
- Favilli C. *La non discriminazione nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2008
- Ferrucci F. *La disabilità come relazione sociale*, Rubettino, Soveria Mannelli, 25 ss., 2004
- Finkelstein V. *Per emancipare gli studi sulla disabilità*, www.personaedanno.it (7 gennaio 2012)
- Fredman *Disability equality: a challenge to the existing anti-discrimination paradigm* in *Disability rights in Europe from theory to practice* a cura di A. Lawson e C. Gooding Hart Publishing 2005
- Greco L. *67/2006: tutela inibitoria e risarcitoria per i soggetti disabili vittime di discriminazioni*, in *RCP*, 1, 243 ss., 2007
- Johnstone D. *An Introduction to Disability Studies*, David Fulton, London, 2001
- Jones Et Al *Disability, divers-ability, and legal change*; Boston; Cambridge. 1999
- Kayess R., French P. *French Out of Darkness into Light ? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *Human Rights Law Review*, 8, 1-34, 2008
- Lawson A. *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?*, in *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 34, 2, 563 ss., 2008

- Lawson A. *Disability and Equality Law in Britain : The Role of Reasonable Adjustment*. Oxford; Portland, Or.: Hart Pub., 2008.
- Lawson A., Gooding C. *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice*, Hart, Oxford, 2005
- Maffei, R. *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 62, no. 2: 401. 2008
- Malloy R.P. *Inclusion by Design: Accessible Housing and Mobility Impairment*, in *Hast. Law J. Hastings Law Journal*, 60, 4, 699-748, 2009
- Marra A.D.: *La tutela contro la discriminazione dei disabili in Italia: legge n. 67 del 2006*, in *DF*, 37, 4, 2162 ss., 2008
- Marra A.D.: *La Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità. Profili di responsabilità civile*, in Cendon P. (a cura di), *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, I, 2, Utet, Torino, 849-877, 2009.
- Marra A.D.: *Diritto e Disability Studies. Materiali per una nuova ricerca multidisciplinare*, Falzea, Reggio Calabria, 2010.
- Marra A.D.: *Disabilità*, in *DPriv, Sez. Civ., Agg. V*, Giuffrè, Milano, 555 ss., 2010a
- Marra A.D.: *Città e ambiente per bambini e soggetti deboli*, in Cendon P. (a cura di), *Trattato dei nuovi danni*, V, Cedam, Padova, 497 ss., 2011
- Marra A.D. *Diritto e disabilità: qual è l'utilità dei Disability Studies per la ricerca giuridica?* in *Rivista Italiana di studi sulla disabilità*, 2011, pp.23-29.
- Marra A.D. *Barriere Architettoniche*, in *ED*, IV, Giuffrè, Milano, 191, 2011a.
- Marra A.D. *Norme antisismiche, disabilità e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *L'integrazione scolastica e sociale*, 4, 125 ss., 2012
- Maruffi R. *Le nuove norme sulla tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di una discriminazione*, in *RDP*, 123 ss., 2007
- McColgan A. *Discrimination Law: Text, Cases and Materials*, Stevens & Sons, for the Cambridge University Law Society. 2002
- Medeghini R., Valtellina E. *Quale disabilità ? Culture, modelli e processi di inclusione*, Franco Angeli, Milano, 2010.
- Mégret. *The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?* in *Human Rights Quarterly* 30:494-516. 2008
- Micela V. *Manuale pratico dell'invalidità civile e della disabilità*, Maggioli, Rimini, 123 ss., 2006
- Morris J. *Pride against prejudice: Personal Politics of Disability*, The Women's Press Ltd., 1991
- Morris J. *Care or Empowerment ? A Disability Rights Perspective*, in *Social Policy & Administration*, 31, 1, 54-60, 1997
- Morris, J. *Conference Speech. In GLAD, Reclaiming the Social Model of Disability Report*, London: Greater London Action on Disability, 1 -3. (adesso in <http://www.leeds.ac.uk/disability-studies/archiveuk/index.html>) . 2000.
- Morris, J. *Impairment and Disability: Constructing an Ethics of Care That Promotes Human Rights*, in *Hypathia*, 16, 4, I, 1-16, 2005.
- Morozzo Della Rocca P. *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del t.u. sull'immigrazione*, in *DF*, 1, 112 ss., 2002
- Nussbaum M. *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, a cura di C. Faralli, Bologna, il Mulino, 2007; ed. originale: *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London, 2006

- Oliver M. *The politics of disablement*, Basingstoke Macmillans, London, 1990.
- Oliver M. *Understanding Disability : From Theory to Practice*. New York: St. Martin's Press, 1996.
- Pariotti E. *Disabilità, diritti umani e azioni positive*, in Casadei T. (a cura di), *Lessico delle discriminazioni tra società, diritto e istituzioni*, Diabasis, Reggio Emilia, 159 ss., 2008
- Priestley M. *Disability : A Life Course Approach*. Cambridge, UK; Malden, MA: Polity Blackwell, 2003.
- Quinn G. 2007 *Disability Discrimination Law in the European Union*, in Meenan H. (a cura di), *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge University Press, Cambridge, 231 ss.
- Richard Et Al, *Economic Problems of Disabled People* Policy Studies Institute 1993
- Rubenstein *Discrimination: a guide to the relevant case law*, Butterworths. 2008.
- Russell, *What Disability Civil Rights Cannot Do: employment and political economy in Disability and Society*, 17:117-135. 2002.
- Saccà, B. *Down, ADS, diritto di sposarsi, autodeterminazione terapeutica (comm. a Trib. Varese 6.10.2009)*, www.personaedanno.it 2009
- Schiek, C. *European Union Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*. London; New York: Routledge-Cavendish, 2009.
- Shakespeare T. *Disability Rights and Wrongs*, Routledge, London, 2006
- Silvestri E. *Codice delle pari opportunità e tutela discriminatoria*, in RTDPC, III, 853 ss., 2007
- Swain, F. *Towards an Affirmation Model of Disability*. in *Disability and Society* 15, no. 4 (2000): 569-582.
- Traustadottir R. *The Social Model and Legal Developments*, in ARNARDÓTTIR O.M., QUINN G., *The Un Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston., 2009, pp.3-17.
- Vanhala, *Fighting Discrimination through Litigation in the Uk: The Social Model of Disability and the Eu Anti-Discrimination Directive*. in *Disability & Society* 21, no. 5 : 551-565. 2006.
- Virgadamo P. *La tutela risarcitoria del danno non patrimoniale patito dai disabili: dalle barriere architettoniche alla l. n. 67 del 2006*, in GC, 7-8, 263 ss., 2007
- Waddington L. *Case C303/06, S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*, in *Comm. Market Law Rev.*, 2009, 665 ss., 2009.
- Watermeyer B., Swartz L., Lorenzo T., Schneider M., Priestley M. (a cura di) *Disability and Social Change A South African Agenda*, HSRC Press.
- Wells, *The Impact of the Framework Employment Directive on Uk Disability Discrimination Law in Industrial Law Journal* 32, no. 4 : 253-273. 2003
- Willborn, A. *Nested Model of Disability Discrimination*, www.legalessays.com. 1999.