

Gruppo di Pisa
La dis-eguaglianza nello stato costituzionale
Campobasso, 19 e 20 giugno 2015

Dis-eguaglianza e disabilità
di Anna Lorenzetti
(Università di Bergamo - anna.lorenzetti@unibg.it)

Sommario: 1. La questione definitoria – 2. Il riconoscimento della disabilità come dis-eguaglianza nel quadro costituzionale: brevi cenni – 3. Le modalità di rimozione della dis-eguaglianza: il diritto diseguale – 3.1. I limiti al potere/dovere di rimozione delle dis-eguaglianze in ragione della disabilità – 3.2. Gli effetti diretti e indiretti della rimozione delle dis-eguaglianze – 3.2.1. La disabilità e la potenziale contrapposizione fra individuo e collettività – 3.2.2. La disabilità come debolezza e come fragilità: la visione paternalistica – 4. La tollerabilità della dis-eguaglianza in ragione della disabilità e i suoi parametri – 5. La disabilità come chiave di lettura dell'uguaglianza – 5.1. Disabilità e divieto di discriminazione – 5.2. Disabilità e garanzia di parità – 5.3. Disabilità e diritto alla differenza – 5.4. La disabilità come pari dignità: la svolta universalistica e dignitaria del contrasto alle discriminazioni – 5.5. La disabilità in chiave antisubordinazione: il superamento dei paradigmi dell'uguaglianza in chiave di effettività delle tutele

1. La questione definitoria

Differentemente da quanto accade a livello sovranazionale¹, l'ordinamento italiano non conosce una definizione giuridica di disabilità sebbene siano presenti una serie di riferimenti normativi che la presuppongono².

La dottrina che si è occupata del tema ne ha rilevato una evoluzione significativa che da una concezione medica – per cui la disabilità rappresenta un problema individuale della persona che manifesta una menomazione, una disabilità, un handicap³ – si è più recentemente proiettata verso una dimensione sociale. Più tipicamente propria del livello sovranazionale⁴, che la intende quale

¹ V. la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata dall'Italia con l. 18/2009, che si riferisce alle persone con disabilità come “coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali 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” (art. 1, par. 2). Vi sono poi una serie di documenti programmatici, Raccomandazioni e Risoluzioni, del Consiglio d'Europa, per il cui dettaglio si rinvia a www.coe.int/T/E/Social_Cohesion. Sul punto, v. recentemente, G. ARCONZO, *La pratica della contenzione a confronto con i diritti delle persone con disabilità sanciti nella Convenzione ONU*, in S. ROSSI (a cura di), *Il nodo della contenzione*, Merano, Alphabeta Verlag, 2015, 329-343.

² Per limitarsi al principale testo di riferimento, v. “Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate” (l. n. 104 del 1992) che definisce la persona handicappata come “colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione” (art. 3); “Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni” (l. n. 67 del 2006); D. lgs. 216 del 2003 (di recepimento della Direttiva 2000/78).

³ Così, la classificazione dell'ICIDH (acronimo che sta per *International Classification Of Impairments, Disabilities And Handicaps*, ossia uno dei documenti di classificazione delle malattie redatti dall'Organizzazione mondiale della sanità).

⁴ Secondo la classificazione ICF (sigla che sta per *International Classification of Functioning, Disability and Health*), approvato nel 2001 dall'Organizzazione mondiale della sanità. M. OLIVER, *The politics of disablement*, Basingstoke Macmillans, London, 1990. V. la nozione emergente a livello euro-unitario, come restituita dalla Corte di Giustizia (es. nei casi *Chacón Navas*, 11.7.2006, C-13/05; *FOA c. Kommunernes Landsforening*, 18.12.2014, causa C- 354/13).

conseguenza di fattori sociali⁵ cui concorrono i comportamenti degli individui e le scelte dei decisori pubblici⁶, la concezione sociale di disabilità intende la persona disabile così come collocata nel contesto di riferimento.

A questa evoluzione del concetto di disabilità ha corrisposto un ripensamento, per via giurisprudenziale, dei suoi limiti, e l'inclusione in essa non solo di questioni di carattere fisico⁷ e mentale⁸, che prescindono dalla gravità⁹, dalla possibilità di cura¹⁰, dalla durata¹¹ e dalle cause (ad esempio, rispetto al suo carattere sopraggiunto a seguito di eventi esterni¹² o dell'evoluzione "naturale", ossia fisiologica, umana¹³ o ancora dell'essere riconducibile alla responsabilità della persona stessa¹⁴). Nell'applicazione giurisprudenziale, la disabilità ha anche abbracciato una serie di condizioni potenzialmente affini e riconducibili, a livello intuitivo, in un alveo di prossimità, come ad esempio, il caso di malattia¹⁵ (e in particolare di patologie quali il diabete¹⁶, la condizione di portatori

⁵ La stessa nozione di handicap nel senso medico-scientifico, infatti, costituisce un concetto in continua evoluzione e ha carattere relativo, in quanto vi sono menomazioni fisiche o psichiche configurano un handicap in alcuni contesti sociali ma non in altri.

⁶ C. BARNES, *Understanding the Social Model of Disability*, in *Disability Press*, University of Leeds, www.leeds.ac.uk, E. COLOMBETTI, *La dipendenza condivisa*, in *I Disability Studies: Aspetti etico-antropologici*, in *Medic.*, 2013, 21(2), 26, che sottolinea come le limitazioni nei diversi campi di attività sarebbero dunque il risultato del manchevole atteggiamento sociale riguardo ai bisogni e alle capacità delle persone con disabilità; lo svantaggio percepito dalla persona con disabilità deriverebbe da un fallimento da parte del contesto sociale nel rispondere ai suoi bisogni ed aspirazioni, o da pregiudizi specifici di alcune tradizioni culturali che portano all'esclusione e all'emarginazione. Secondo questa prospettiva, chi deve essere aiutato a cambiare non è l'individuo, ma l'ambiente, posto che le persone con disabilità costituirebbero un gruppo minoritario ed oppresso. È da segnalare però che lo stesso modello sociale è stato oggetto di critiche. V. M. OLIVER, *Defining Impairment and Disability: issues at stake*, in C. BARNES, G. MERCER (eds), *Exploring the Divide*, Leeds, Disability Press, 1996, 49; T. SHAKESPEARE, *Critiquing the Social Model*, in *Disability Rights and Wrongs*, Abingdon, Routledge, 2006, 29-53, in particolare 33 ss.

⁷ Rispetto alla disabilità in ragione della cecità, v. Corte cost. 88/93; fanno riferimento a invalidi civili, ciechi civili e sordomuti Corte cost. 106/92; 3/92; 467/2002.

⁸ Sul versante interno, si veda il *Country Report* sulla salute mentale per l'Italia, realizzato nel 2009, nell'ambito di un progetto dell'Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione europea (FRA) da E. LAMARQUE, M. MASSA, che riportano una significativa giurisprudenza. Copiosa la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani sul punto. *Inter alia*, v. *Claes c. Belgio*, n. 43418/09 (10/01/2013); *Placi c. Italia*, 48754/11 (21/01/2014); *De Donder et De Clippel c. Belgio*, n. 8595/06 (06/12/2011); *V. D. c. Croazia*, n. 15526/10 (08/11/2011); *Cocaign c. Francia*, n. 32010/07 (03/11/2011); *Jasinskis c. Lettonia*, n. 45744/08 (21/12/2010). V. anche *Horváth e Kiss v. Hungary*, n. 11146/11, 29/04/2013; *Koua Poirrez v. France*, n. 40892/98, 30.9.2003; *Zehnalová and Zehnal v. the Czech Republic*, n. 38621/97, ECHR 2002, *V and Sentges v. the Netherlands*, n. 27677/02, 8.7.2003.

⁹ In numerose pronunce, si è infatti trattato di come impatta l'aggravarsi della disabilità che, ad esempio, rende inabile allo svolgimento di una determinata professione, sulla tutela giuridica della persona.

¹⁰ A livello euro-unitario, v. *HK Danmark*, 11.4.2013, C-335/11 e C-337/11.

¹¹ Questa è, ad esempio, la consolidata posizione della Corte di giustizia: *Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern* C-356/12, 22.5.2014, C-356/12 (pt. 38); *Chacón Navas*, 11.7.2006, C-13/05 (pt. 45).

¹² Così il caso di una disabilità sopraggiunta a seguito di incidente stradale è stata inclusa nell'ambito di tutele della direttiva 78 del 2000, v. la posizione della Corte di Giustizia in *HK Danmark*, 11.4.2013, C-335/11 e C-337/11.

¹³ Ad esempio, nel caso in cui sia un'età molto avanzata a determinare forme di disabilità.

¹⁴ F. CANNATA, *Nuovi sviluppi del diritto antidiscriminatorio europeo dopo il riconoscimento "condizionato" dell'obesità come disabilità da parte dei giudici del Lussemburgo*, in www.rivistaaic.it, 2, 2015, 7

¹⁵ In senso di rifiuto ad estendere le tutele a vantaggio della disabilità verso la malattia, *Chacón Navas*, 11.7.2006, C-13/05; *HK Danmark*, 11.4.2013, C-335/11 e C-337/11.

¹⁶ Sul punto si è espressa la Corte europea dei diritti umani, nel caso ECtHR, *Glor v. Switzerland* (No. 13444/04), 30.4.2009.

di HIV¹⁷, l'Alzheimer¹⁸) o di limite fisico¹⁹. Soprattutto la giurisprudenza straniera e sovranazionale si è interrogata sulla possibilità di utilizzare le tutele previste a favore della disabilità anche verso condizioni particolari come la malattia derivante dalla sterilità²⁰, il transessualismo²¹, l'obesità²², una età molto avanzata²³. Sul piano interno, al contrario, più debole attenzione è stata dedicata all'estensione interpretativa della nozione di disabilità, probabilmente in ragione della chiara e indiscussa fissazione di parametri, fisici e mentali che, nei vari ambiti in cui è intervenuta normazione, individuano una persona come disabile.

2. Il riconoscimento della disabilità come dis-eguaglianza nel quadro costituzionale: brevi cenni

La disabilità può rappresentare una forma di dis-eguaglianza (di fatto) che emerge nell'ordinamento costituzionale sotto almeno due forme.

Da un lato, l'ordinamento costituzionale ne prende esplicitamente atto attraverso lo specifico riconoscimento dell'art. 38 Cost. che si riferisce alla nozione di inabili al lavoro (art. 38, co. 1) cui, in caso di mancanza dei mezzi di sussistenza, è riconosciuta l'assistenza sociale; nella medesima disposizione sono presenti le nozioni di malattia e invalidità (art. 38, co. 2), richiamata nei termini dei rischi da cui il lavoratore deve essere tutelato mediante una assicurazione sociale, ma anche di inabilità e minorità (art. 38, co. 3), come condizioni che danno diritto all'istruzione e alla formazione professionale.

¹⁷ Sempre la corte di Strasburgo ha ritenuto, nel Caso *Kiyutin v. Russia*, (Application no. 2700/10), 15/09/2011, che una persona affetta da HIV dovrebbe essere tutelata in quanto disabile, sotto la protezione offerta dall'art. 14 CEDU, in particolare nella locuzione "altri status".

¹⁸ Sul piano interno, è consolidato l'indirizzo giurisprudenziale creatosi da oltre un ventennio a questa parte, in tema di disabili psichici o, più genericamente, relativamente ad ospiti con problemi psichiatrici delle RSA che vi considera rientranti i pazienti malati di Alzheimer. Fluviale la giurisprudenza, richiamata da A. CANDIDO, M. GIONCADA, P.A. MIRRI, F. TREBESCHI, *Prestazioni sociali e sociosanitarie: il nuovo ISEE. Regolamenti, riparto degli oneri, contenzioso*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2015, in corso di pubblicazione. Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 22.03.2012, Sent. n. 4558; T.A.R. Piemonte, sez. II, 31.01.2014, Sent. n. 199; Trib. Cremona, sez. I, 19.09.2013, Sent. n. 506.

¹⁹ V. il caso *Glatzel*, cit., circa il livello minimo di vista che può essere previsto per l'ottenimento della patente di guida di veicoli leggeri (direttiva 2006/126/CE).

²⁰ In senso negativo, circa l'impossibilità a procreare come forma di disabilità, v. Caso *Z.*, 18.3.2014, C-363/12.

²¹ L'avvicinamento della condizione *transgender* a quella di disabile proviene dal contesto nord americano in cui, in chiave di un rafforzamento delle tutele, si è tentato di percorrere questa strada. Tuttavia, sono state piuttosto contrarie le posizioni dell'associazionismo, alla luce della stigmatizzazione che l'essere assimilati alla condizione di disabile avrebbe comportato. V. in senso contrario, *Myers c. Cuyahoga County*, 192 Fed. Appx. 510, 2006, WL 1479081 (6th Cir. 2006). In senso affermativo, v. *Doe v. Bell*, 194 Misc.2d 774, 754 N.Y.S.2d 846 (N.Y. Sup. Ct. N.Y. County 2003), and N.Y. Executive Law § 296 sub. 18(2). V. J.L. LEVI, B.H. KLEIN, *Pursuing Protection for Transgender People through Disability Laws*, in P. CURRAH, R.M. JUANG, S.P. MINTER (eds.), *Transgender rights*, Minnesota University Press, 2006, 74-92.

²² Sul piano euro-unitario, v. *FOA c. Kommunernes Landsforening*, cit., sia pure limitatamente al caso in cui la condizione fisica sia ad un livello tale da ostacolare la piena partecipazione alla vita professionale o un livello paritario con gli altri lavoratori. F. CANNATA, cit.

²³ È da rilevare una tendenza sempre più accentuata, ma senza alcuna problematizzazione, ad incorporare l'età avanzata come condizione coincidente con una disabilità, sebbene siano codificati come autonomi *ground* (fattori di discriminazione) dalle Direttiva 2000/78..

In maniera implicita, la disabilità viene evocata nell'ambito di quelle "condizioni personali" che, ex art. 3 Cost., non possono costituire la base per un diverso trattamento di fronte alla legge²⁴ e nei termini di possibile ostacolo alla piena realizzazione della persona, che è compito della Repubblica rimuovere (ex art. 3, co. 2).

3. Le modalità di rimozione della dis-eguaglianza: il diritto diseguale

Alla presa d'atto della disabilità quale condizione personale che genera una diseguaglianza di fatto, seguono una serie di dispositivi che vanno al di là del mero riconoscimento della fragilità o vulnerabilità, ma si pongono quali strumenti rimediali finalizzati a ripristinare una parità di *chance* o di opportunità, anche per le persone disabili²⁵.

In attuazione del dovere della Repubblica di rimuovere gli ostacoli al pieno spiegamento del principio di uguaglianza, sono state introdotte varie forme di azioni positive o trattamenti preferenziali che riguardano principalmente l'area del lavoro – rispetto, ad esempio, alle assunzioni obbligatorie²⁶, alle agevolazioni per alcuni tipi di cooperative che assumono lavoratori disabili²⁷, alla possibilità di un trattamento differenziato²⁸ o di un accomodamento ragionevole²⁹ – e dell'istruzione³⁰ – come nel

²⁴ Per un quadro complessivo, C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011.

²⁵ Oltre alla già citata L. 104/92 (in cui sono previste anche disposizioni in materia di barriere architettoniche e sensoriali, che si aggiungono alla già copiosa normativa di settore), v. art. 27, L. 118/71, art. 32, L. 41/86, L. 13/89, D.M. 236/89, D.P.R. 503/96; D. Lgs. 216/2003; L. 67/2006. Per ragioni di economia del lavoro, non è possibile richiamare la rilevante normativa regionale, per la quale si rinvia a L.R. SCIUMBATA, *L'handicap nella legislazione regionale*, Roma, 2009; G. CUZZOLA, *Le politiche regionali sulla disabilità*, in E. VIVALDI (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà. Il "dopo di noi" tra regole e buone prassi*, Bologna, 2012.

²⁶ Così, l. 482/1968 e successivamente, l. 68/1999. In proposito, v. anche altre disposizioni come ad es. nella disciplina dei contratti di inserimento per alcune categorie di lavoratori svantaggiati, con contratti a termine basati su un progetto individuale; tra queste sono inclusi anche i lavoratori con disabilità, per i quali la durata (di norma compresa fra i 9 e i 18 mesi) è estesa (fino a 36 mesi). Così, v. d. lgs. 276/2003, artt. 54 ss. (in particolare, art. 57, co. 1).

²⁷ V. la L. 381/1991 che prevede che i lavoratori "svantaggiati" siano almeno il 30% del totale dei dipendenti, con considerevoli benefici, assicurativi, previdenziali e fiscali (art. 4, co. 2). La definizione di persone svantaggiate è fornita dalla legge stessa e include anche le persone disabili (vengono espressamente citati gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, così art. 4, co. 1).

²⁸ D. lgs. 81/2008, circa l'adeguamento delle mansioni alla disabilità della persona; l. 104/1992 che genericamente si riferisce all'inserimento lavorativo.

²⁹ Questa espressione, coniata nell'ambito della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità (art. 2, co. 4), si riferisce a quelle modifiche e adattamenti necessari e appropriati per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali su base di uguaglianza con gli altri; è però precisato come non debbano imporre un onere sproporzionato o eccessivo, mentre è richiesta la loro necessità. Peraltro, come è noto, la mancata imposizione a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, è stata una delle cause della procedura di infrazione contro l'Italia (*Commissione contro Italia*, 4.7.2013, C-312/11.) per cattiva trasposizione della Direttiva 2000/78. Ne è seguita la modifica all'atto di recepimento della Dir. 2000/78 (D. lgs. 216/2003, art. 3, che ha aggiunto il co. 3-bis). Sulla complessità di questo requisito, si veda il contributo (dal titolo già evocativo del pensiero dell'autrice): L. WADDINGTON, *When it is reasonable for europeans to be confused: Understanding when a disability accomodation is "reasonable" form a comparative perspective*, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2008, 29, 317-340; Per una analisi nella prospettiva comparata, v. P. BIANCHI, *La tutela delle persone con disabilità nella prospettiva comparata*, in C. COLAPIETRO, A. SALVIA (a cura di), *Assistenza inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, 2013, 367 ss.

³⁰ D. lgs. 297/1994, artt. 312 ss. Sul tema, v. S. TROILO, *Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello stato sociale*, Milano, Giuffrè, 2012.

caso del diritto all'assistenza scolastica dello studente disabile³¹, del riconoscimento di un tempo maggiore per conseguire il titolo di studio obbligatorio³², di un numero massimo di studenti inferiore quando in una classe vi siano alunni con disabilità³³, di previsioni *ad hoc* per esami e test di verifica³⁴. Sul punto, una vivace giurisprudenza ha confermato la legittimità di una serie di provvidenze, agevolazioni, trattamenti agevolati, previsti dalla normativa di settore, in ambito scolastico e di istruzione³⁵, ma anche lavorativo³⁶ o economico³⁷, in quanto finalizzati all'integrazione sociale e allo sviluppo della persona portatrice di disabilità.

Nel prendere atto della differente situazione di partenza e dello svantaggio di fatto in cui versa la persona disabile, questi strumenti hanno il comune denominatore di agevolare, per il disabile, i percorsi previsti per le persone normodotate introducendo un trattamento agevolato, così da ristabilire una parità nelle opportunità.

L'individuazione degli strumenti attraverso cui superare la disegualianza presuppone il previo riconoscimento dell'obiettivo che ci si pone di raggiungere che, a sua volta, può essere messo in relazione con il significato che alla disabilità si assegna.

Se, infatti, della disabilità si assume una concezione medica, il percorso proposto per il superamento della disegualianza graviterà comunque nell'ambito della cura e dell'assistenza, dunque nel supporto alla persona che si ritiene bisognosa, non invece in interventi di inclusione e di rimozione

³¹ Ad es. sugli insegnanti di sostegno, v. D. lgs. 297/1994, art. 315, co. 2, 4, 5, art. 316, art. 319, il cui numero è determinato per legge, salvo specifici casi e progetti per studenti con disabilità (l. 449/1997, art. 40, co. 1 e 3; l. 289/2002, art. 35, co. 7; D.p.c.m. 185/2006, art. 4; l. 244/2007, art. 2, co. 413-414).

³² D. lgs. 297/1994, art. 182, co. 2, e art. 316, co. 1, lett. c).

³³ D.p.r. 81/2009, art. 5, co. 2.

³⁴ Ad esempio, rispetto all'istruzione obbligatoria, le verifiche devono tenere conto del livello degli studenti con disabilità, valutando il differenziale fra il livello iniziale e quello conseguito, *rispetto alle proprie capacità*; nella scuola superiore, il tempo assegnato per esami e verifiche può essere maggiore e i test *standard* possono essere sostituiti con altri di *valore equivalente*. Così, d. lgs. 297/1994, art. 318.

³⁵ Corte cost. 215/1987; Corte cost. 80/2010. G. ARCONZO, *La normativa a tutela delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M. D'AMICO, G. ARCONZO, *Università e persone con disabilità. Percorsi di ricerca applicati all'inclusione a vent'anni dalla legge n. 104 del 1992*, Milano, Giuffrè, 2013. La mancata assegnazione di insegnanti di sostegno è stata riconosciuta come una discriminazione indiretta in quanto gli alunni con disabilità sarebbero in condizione di svantaggio rispetto agli altri. Vedi anche la solida posizione della giurisprudenza di merito, che è giunta ad affermare il carattere discriminatorio, nella forma indiretta, della mancata assegnazione degli insegnanti di sostegno: Trib. Milano, ord., 10.1.2011, *FPS*, 2011, 2, 153; Trib. La Spezia, 28.3.2011; Trib. Messina, 29.12.2011 è particolarmente interessante perché stigmatizza l'effetto discriminatorio di natura indiretta identificato nello svantaggio in cui si trova la persona disabile, anche a fronte di un atto non palesemente riferito alla disabilità o in sé neutro, apparentemente giustificato, ma in realtà avente un effetto discriminatorio. Si prescinde così dalla valutazione dell'intenzione specifica di discriminare. V. però Trib. Udine, ord., 13.1.2012, *DeJure*, 2012 e la conferma della legittimità della preclusione ai portatori di handicap dell'assolvimento dell'obbligo scolastico oltre il diciottesimo anno di età; così, Corte cost. 226/2001.

³⁶ Circa i diritti di cura (attivi e passivi), come si ricorda, i permessi sono stati progressivamente estesi al fratello (Corte cost. 233/2005), al coniuge (Corte cost. 158/2007), al figlio (Corte cost. 19/2009), al nipote (Corte cost. 203/2013), di persona disabile. Sulla base della *ratio* della norma, ossia favorire l'assistenza al disabile grave in ambito familiare e assicurare continuità nella cura e nell'assistenza, l'elenco non è stato inteso in termini tassativi. Più cauto l'atteggiamento, rispetto all'assegnazione della sede di lavoro più prossima al familiare convivente di persona disabile (Corte cost. 325/96, Corte cost. 246/97).

³⁷ *Odar (Johann Odar contro Baxter Deutschland GmbH)*, 6.12.2012, C-152/11.

degli ostacoli di natura sociale che la rendano autonoma nonostante la sua disabilità³⁸. D'altro canto, la lettura della disabilità come questione medica, si traduce nell'intenderla come problema individuale, con una inevitabile ritrazione del potenziale coinvolgimento della collettività, come pure sarebbe costituzionalmente ammesso, se non altro attraverso il dovere di solidarietà sociale³⁹.

Se invece della disabilità si considera non tanto l'impatto quale problema medico individuale, ma piuttosto una lettura di matrice sociale, l'impianto rimediale dovrà prevalentemente consistere in strumenti che promuovano l'inclusione e l'integrazione della persona disabile e della sua disabilità nell'ambito del contesto sociale e della collettività che la accoglie.

Un ulteriore punto di riflessione è se un trattamento agevolato sia sempre ammesso quando sia nell'interesse del disabile o se al contrario non celi il rischio di veicolare un approccio "vittimizzante", paternalista e stereotipato della persona disabile e della disabilità di per sé, come condizione che rende una persona debole, fragile e dunque marginale.

Anche l'individuazione dei soggetti su cui incombe il dovere di rimozione della disegualianza che la disabilità genera sembra mobile seguendo la scia della nozione di disabilità che si condivide. Infatti, saranno soprattutto operatori socio-sanitari, ma anche decisori pubblici⁴⁰, a doversi occupare della rimozione dello svantaggio di ordine medico, mentre se si intenda la disabilità come questione sociale, i soggetti cui è richiesto di partecipare al processo di inclusione comprenderanno anche la collettività e i terzi che con la persona disabile vengano a contatto.

3.1. I limiti al potere/dovere di rimozione delle dis-eguaglianze in ragione della disabilità

Il potere/dovere di rimuovere le disegualianze cagionate dalla disabilità incontra una serie di potenziali limiti principalmente riconducibili al riconoscimento e alla tutela dei diritti e degli interessi che possono contrapporsi alle istanze di tutela della disabilità.

Si pensi alle esigenze che possono essere fatte valere da terzi come, ad esempio, l'amministrazione scolastica cui è richiesto di attivare misure preferenziali così da consentire allo studente disabile di esercitare il proprio diritto allo studio⁴¹ o la partecipazione alle attività scolastiche extra didattiche⁴²;

³⁸ C. BARNES, G. MERCER, *Exploring the Divide: Illness and Disability*, Disability Press, Leeds, 11 ss., 199; L. VIOLINI, *Il diritto all'assistenza delle persone con disabilità*, in C. COLAPIETRO, A. SALVIA (a cura di), cit.

³⁹ F. PIZZOLATO, *Dal personalismo alla fraternità: fondamenti e condizioni per una solidarietà pubblica*, in A. MARZANATI, A. MATTIONI (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, Città Nuova, 2007, 45-60; Id., *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di una ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, Città Nuova, 2012; A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, Giuffrè, 2012; F. PIZZOLATO, *A proposito di fraternità cristiana e fraternità giuridica*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Milano, Vitaepensiero, 2011, 541-555. Va tuttavia scongiurato il rischio di scivolare nel paternalismo.

⁴⁰ E. VIVALDI (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà*, cit.

⁴¹ V. Corte cost. 372/2002; la giurisprudenza amministrativa sul diritto all'assistenza scolastica del disabile è stata granitica nel condannare l'amministrazione scolastica – TAR Sicilia, Catania, II, 3097 22.12.2011; TAR Sicilia, Catania, II, 2133 del 31.08.2011, nn. 2790 e 2791 del 25.11.2011 e nn. 2907, 2909 e 2910 del 7.12.2011; T.A.R. Sicilia, Palermo, 360 del 24.2.2011 e n. 2222 del 25.11.2011; T.A.R. Sicilia, Palermo, I, 23.11.2010, n. 14112; T.A.R. Lazio, III bis, 23.12.2011, n. 10150 – e rifiutare la configurazione di limiti di natura organizzativa; così, *inter alia*, TAR Campania, sez. VIII, n. 467,

o si pensi ancora al datore di lavoro, in capo a cui incombe l'onere di rimuovere le diseguaglianze trovando un accomodamento ragionevole che permetta l'esecuzione della prestazione lavorativa nonostante la disabilità⁴³. Nel considerare che spesso le misure preferenziali si traducono in un onere per chi eroga il servizio o per il datore di lavoro e, se privato, in una limitazione della libertà di impresa⁴⁴, va considerato il peso che le esigenze contrapposte potrebbero assumere in sede di bilanciamento rispetto alla tutela della disabilità⁴⁵.

3.2. Gli effetti della rimozione delle diseguaglianze

3.2.1. La disabilità e la potenziale contrapposizione fra individuo e collettività

L'obiettivo di una piena rimozione della diseguaglianza di fatto che la disabilità genera può dare luogo ad potenziale conflitto con le istanze della collettività.

Spesso infatti sono gli interessi della collettività, qualificata o meno⁴⁶, a dover essere valutati nell'assegnare uno spazio alle pretese avanzate dalla persona disabile. Tendenzialmente, può riconoscersi una prevalenza di queste ultime quando non emergano in modo immediato interessi qualificati: si pensi, ad esempio, alla vicenda che ha visto prevalere il diritto allo studio (dello studente disabile) sulle supposte (astratte) esigenze della comunità scolastica⁴⁷.

28.1.2009, nonché TAR Campania, sez. IV, sent. n. 5583, 25.11.2011; TAR Campania - Napoli, sez. IV, sent. n. 6901, 16.12.2011; TAR Toscana, sez. I, 13.1.2014, 54. Si veda però in senso opposto e relativamente all'ambito lavorativo, Cass. civ., 2.11.2006, n. 23526, sez. lav.

⁴² Nel caso di una alunna con disabilità, impossibilitata ad utilizzare il medesimo autobus dei compagni per recarsi ad una visita da cui veniva esclusa, il Tribunale ha riconosciuto la discriminazione ritenendo che «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». Trib. Torino, sez. IX, ord., 5.11.2011. V. anche Trib. Taranto, sez. dist. Di Martina Franca, 4.6.2009, n. 290, GI, 2010, I, 98 che ha riconosciuto una discriminazione occorsa in occasione degli esami di abilitazione alla professione forense.

⁴³ Si veda la nota 29 del presente lavoro. Circa la tipologia del lavoro esigibile dalla persona disabile (quando richieda la "creazione" *ad hoc* di mansioni compatibili con la propria condizione), v. Cass. civ. 24.5.2005, n. 10914, sez. lavoro.

⁴⁴ La libertà di impresa è da intendersi anche sotto forma di libertà del datore di disporre liberamente del tempo di lavoratrici e lavoratori: circa le tutele del familiare della persona disabile, v. Corte cost. 203/2013. Chiede che il datore di lavoro che intenda negare i permessi di cura per un familiare disabile provi specifiche esigenze effettive, urgenti ed insuscettibili di essere diversamente soddisfatte: Cass. civ., 7.6.2012, n. 9201, sez. lav. Di libertà di impresa si parla anche rispetto alla valutazione della tipologia di lavoro necessaria all'azienda e delle mansioni necessarie (sulla scia di numerosi precedenti *ivi* richiamati, Cass. civ., 24.5.2005, n. 10914, sez. lav. che ha riconosciuto come il dovere del datore di lavoro non si estenderebbe fino al punto di dover creare nuovi ruoli per poter collocare il lavoratore disabile).

⁴⁵ Ad esempio, viene operata una valutazione circa l'eccessiva onerosità e sproporzione delle misure preferenziali che al datore di lavoro è chiesto di attivare: compie un'operazione di bilanciamento fra la tutela del bambino disabile, messa a repentaglio dal diniego dei permessi al genitore, e interessi del datore di lavoro e dell'ente previdenziale, Cass. civ., 25.2.2010, n. 4623, sez. lav. Trib. Bologna, 18.6.2013. A livello sovranazionale, v. *HK Danmark*, C-335/11 e C-337/11, che pone espressamente il limite di un onere sproporzionato ed eccessivo ai fini della predisposizione di un accomodamento ragionevole; *Commissione europea contro Repubblica italiana*, C-312/11, cit., pt. 61.

⁴⁶ Sono da distinguere i casi in cui vi siano esigenze di tutela dei lavoratori non disabili (Cass. civ., 10.4.2014, n. 8450, sez. lav.), da quelli in cui le esigenze della collettività sono soltanto evocate ma non dimostrate.

⁴⁷ Corte cost. 215/87, pt. 7 *cid.* circa il diritto alla socializzazione ed effettiva partecipazione dei disabili alla vita sociale. È stato così superato un precedente orientamento restrittivo. Cass. pen., sez. VI, 30.3.1981, n. 478, in *Giur. it.*, 1982, II, 106 ss., su v., criticamente, E. FASSONE, *Cassazione e handicappati: logica giuridica o scelte emotive?*, *ivi*, 105 ss. Per la Corte di Cassazione, il buon andamento dei pubblici uffici e l'«interesse preminente degli alunni normali» inseriti nella comunità

Si pone quale potenziale limite alle istanze individuali anche la valutazione dei costi che alla collettività è chiesto di sostenere per soddisfare i bisogni della persona disabile, aspetto che si colloca sullo sfondo della più generale questione del “costo” dei diritti sociali, rispetto a cui la giurisprudenza ha riconosciuto prevalenti le esigenze individuali⁴⁸, salvo il rispetto del criterio di ragionevolezza⁴⁹.

Anche valutazioni a carattere generale, come criteri organizzativi ed efficienza dell'amministrazione potrebbero essere evocati quali potenziali limiti all'attivazione di strumenti di rimozione della disuguaglianza⁵⁰, tema su cui si registra un atteggiamento assai cauto della giurisprudenza che, di volta in volta, ha verificato la fondatezza della pretesa nel contesto della vicenda concreta⁵¹.

3.2.2. La disabilità come debolezza e come fragilità: la visione paternalistica

L'attivazione di misure preferenziali sottintende spesso una retorica della cura e una visione paternalistica della disabilità intesa come patologia da curare. Simili strumenti di diritto diseguale, infatti, sono funzionali all'aiuto e al supporto alla persona afflitta dalla disabilità così che possa diventare il più uguale possibile alle altre persone (o comunque da esse meno diversa). Un simile approccio tuttavia palesa una zona d'ombra nella misura in cui in qualche modo rinforza una distanza fra chi vive una situazione di disabilità e le altre persone⁵².

scolastica ammettono la configurazione di un generale potere dell'amministrazione scolastica di valutare le situazioni ostative all'inserimento, anche in relazione all'art. 97 Cost, sulla questione dell'integrazione scolastica dei disabili.

⁴⁸ Corte cost. 80/2010. V. però Corte cost. 226/2001 che fa rientrare considerazioni di ordine finanziario nella discrezionalità del legislatore. In senso decisamente restrittivo, si è collocata la giurisprudenza amministrativa. Cons. Stato, sez. VI, 20.1.2009, n. 3104, antecedente alla sentenza della Corte costituzionale (in www.giustiziaamministrativa.it); TA.R. Puglia - Bari, sez. I, sent. 25.6.2009, in www.personaedanno.it, 2009; T.A.R. Puglia - Bari, sez. II, sent. 12.2.2010, n. 480, in *Banca dati Leggi d'Italia*, 2010; T.A.R. Lombardia-Brescia, sez. II, sent. 4.2.2010, n. 581, *ivi*, 2010; TAR Sicilia - Palermo, sez. I, sent. n. 14112, 23.11.2010. Trib. Milano, 10.1.2011, in *Giur. merito*, 2011, 1528 che ha ritenuto discriminatorio ridurre le ore solo per disabili, mentre non lo sarebbe stato se fossero state ridotte tutte le ore proporzionalmente, per esigenze di bilancio (S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti?*, cit., 267). Mostra una certa sensibilità nel considerare l'impatto finanziario della misura richiesta all'impresa *HK Danmark*, C-335/11 e C-337/11. Quanto alla giurisprudenza amministrativa, *ex multis*, v. sent. n. 90 del 2009 del TAR Friuli Venezia Giulia (annullata da Cons. Stato, sent. n. 2231/2010).

⁴⁹ Sia pure brevemente, si ricordi che la dottrina si è confrontata sul punto, confrontandosi sostanzialmente su due posizioni, l'una che riconosce come i diritti siano finanziariamente condizionati e condizionabili (V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Giappichelli, Torino, 2008; P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1993, XI; R. FERRARA, *Diritto alla salute e prestazioni finanziarie tra bilanciamento e gradualità*, in *Le Regioni*, 1991, 1513 ss.), l'altra che invece ha ribadito la necessità di garantire il nucleo essenziale dei diritti sociali quali diritti fondamentali (B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, 96).

⁵⁰ V. corte cost. 372/02. In senso restrittivo in nome di ragioni organizzative e finanziarie, v. TAR Friuli Venezia Giulia 90/2009, annullata da Cons. Stato, sent. n. 2231/2010.

⁵¹ Costante è il rifiuto dell'applicazione automatica della regola astrattamente fissata, imponendosi una verifica alla luce del caso concretamente oggetto del giudizio. *Ex multis*, TAR Campania-Napoli, sez. IV, 6.4.2011, n. 1955; Cons. Stato, sez. VI, 21.4.2010, n. 2231, in *Giur. cost.*, 2010, 1827 ss.

⁵² Rappresenta una cartina di tornasole delle modalità di intendere la questione l'analisi del linguaggio utilizzato. Ad esempio, sulla base dei periodi storici e delle “mode” del momento, alle parole “invalido” e “inabile”, sono state sostituite prima il termine “handicappato” e più di recente “disabile” o “diversamente abile”. In questo, appare certa

La ragione per cui la persona disabile viene considerata tale è da ricondurre al confronto rispetto ad una persona normodotata non portatrice di disabilità. Tuttavia, non viene mai considerato che la stessa operazione di porre a confronto una persona disabile rispetto a persone “normodotate” sottintende assumere queste ultime quale parametro *standard* di riferimento, evidenziando la distanza che intercorre fra le due situazioni e implicitamente marcando con un segno di disvalore, di inferiorità ciò che viene considerato “altro”, “diverso” (cioè la persona disabile)⁵³.

Nondimeno, posto che la fissazione del parametro di normalità si ritiene, in genere, rapportata alla prevalenza statistica, questa lettura appare in contraddizione con la visione della disabilità oggi condivisa, che la considera non più come carattere proprio di una minoranza di persone, ma quale condizione umana trasversale che, se non altro per ragioni di età o di fisiologico deperimento della persona⁵⁴, prima o poi interessa tutti⁵⁵.

In aggiunta, neppure viene invece percepito il carattere subiettivo della “normalità”, posto che una condizione è spesso normale per chi la sta vivendo⁵⁶. Né viene indagato l’effetto del possibile spostamento del *focus* sulla dimensione sociale piuttosto che su quella medica, potendosi ritenere la società come “disabilizzante” per persone non normodotate⁵⁷ e non le persone disabili come tali rispetto ad una società conformata su corpi e menti normodotati.

Questa prospettiva pone in evidenza il rapporto circolare e la reciproca influenza fra il mezzo individuato per superare le diseguaglianze e gli effetti che si producono.

l’influenza esercitata dai *Disability Studies* e dal filone di studi che ha decostruito la nozione di disabilità come fissa, immutabile e medicalmente caratterizzata, riportando al centro dell’attenzione il peso e l’impatto del contesto sociale di riferimento nel qualificare una persona come disabile. Alcuni autori hanno però sottolineato il rischio di sfociare nell’ipocrisia: G. ARCONZO, *Il Diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità, La normativa a tutela delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e territorio. Il valore delle autonomie nell’ordinamento repubblicano*, Torino, Giappichelli, 2015, 269.

⁵³ Questa riflessione potrebbe essere validamente condotta per ogni condizione di minorità. Infatti, spesso la tutela di condizioni di fragilità passa attraverso il rimarcare nei fatti la loro distanza dallo *standard*, dalla “normalità”, il cui effetto appare tuttavia stigmatizzante. Sulla disabilità, v. F. BOMPRESZI, *Parlare civile: comunicare senza discriminare*, Milano-Torino, Mondadori, 2013, 14. Già gli studi femministi avevano contestato l’idea per cui il parametro dell’uguaglianza dovesse necessariamente avere riguardo ad un individuo maschile, ritenuto il parametro della normalità. V. C. MACKINNON, *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987. Così, anche rispetto alle più recenti questioni che riguardano le persone omosessuali, la cui sessualità è considerata “altro” rispetto a quella ritenuta “normale” in quanto statisticamente prevalente, cioè quella eterosessuale.

⁵⁴ E. COLOMBETTI, cit., 27, riflette sul fatto che la disabilità non costituisce una categoria sociale, una caratteristica di alcuni particolari individui riconoscibili, pertanto, come un gruppo, ma una delle possibilità della condizione umana. È da segnalare che anche le tutele previste a difesa dalle discriminazioni sulla base del sesso fanno proprie gli strumenti normativi plasmati a difesa delle minoranze, sia pure le donne rappresentino, statisticamente, almeno il 50% della popolazione complessiva.

⁵⁵ Si tratta di una precisazione fatta propria anche dall’OMS. Dà conto della relazione fra disabilità ed età, lo *Studio volto all’identificazione, all’analisi e al trasferimento di buone prassi in materia di non discriminazione nello specifico ambito della disabilità*, disponibile sul sito web dell’UNAR (Ufficio nazionale contro le discriminazioni razziali), che riferisce come tra le persone sopra i 65 anni la quota di popolazione con disabilità è del 18,7%, e raggiunge il 44,5% (35,8% per gli uomini e 48,9% per le donne) tra le persone oltre gli 80 anni.

⁵⁶ A. MARCHIORI, N. COCO, *Il transessuale e la norma*, Roma, Edizioni Kappa, 1992.

⁵⁷ Anche la Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità afferma che è la società a doversi riabilitare offrendo pari opportunità per tutte le persone.

Se infatti la persona disabile è considerata diversa dalla maggioranza e ad essa da ricondurre, ancora una volta lo strumento per superare la diseguaglianza sarà prevalentemente inteso sotto forma di misure specifiche/speciali pensate per “proteggere” le persone disabili⁵⁸, riconoscendole come deboli, svantaggiate o marginalizzate, e ricondurle in condizione di pari opportunità.

Come noto dalle frequenti esperienze di misure preferenziali introdotte con l’obiettivo di colmare uno svantaggio di fatto⁵⁹, si rischia però l’effetto paradossale di porre le premesse per una accresciuta fragilità, sia a livello pratico⁶⁰, sia sul piano simbolico. Le misure preferenziali infatti vengono a perpetrare l’idea per cui la persona che ne beneficia è un soggetto debole, non autonomo e dunque necessariamente dipendente da qualcuno che non è portatore della differenza. Al contempo, ne risulta inevitabilmente rafforzata una visione della persona disabile come “altro” rispetto alle persone normodotate.

Occorre allora interrogarsi se non si prefiguri il rischio quasi di “colonizzare” la persona disabile, di renderla *oggetto* di scelte altrui e non più *soggetto* di diritti, con un inevitabile impatto anche nei termini di riconoscimento pieno dell’autodeterminazione individuale.

Resta invece sullo sfondo la possibilità di un ripensamento complessivo dei paradigmi di riferimento, in chiave di maggiore inclusività, percorso maggiormente indicato a fronte del dato di realtà per cui la disabilità (prima o poi) riguarda tutte le persone o quanto meno una maggioranza netta.

Peraltro, la presa d’atto della disabilità come condizione trasversale all’esistenza umana farebbe apparire contraddittoria la ricostruzione che parte dal riferimento ad una “norma” – intesa come normalità – forse più presunta che reale, e che potrebbe porre in dubbio la visione delle persone disabili come membri di una “minoranza” in nome di cui si “giustifica” peraltro l’applicazione delle regole antidiscriminatorie.

4. La tollerabilità della dis-eguaglianza in ragione della disabilità e i suoi parametri

Il limite oltre il quale diviene un obbligo della Repubblica rimuovere gli ostacoli al pieno spiegamento della propria personalità può essere individuato nella tollerabilità della diseguaglianza che suggerisce un’indagine sui parametri in base ai quali va valutata.

Anche sotto questo profilo, l’approccio varia al variare della nozione di disabilità che si vuole condividere. L’intenderla quale problema medico renderà probabile una eterodeterminazione della

⁵⁸ La sentenza n. 125/75 della Corte Costituzionale affermava, a proposito di un alunno cieco, che, essendo la sua situazione fisica diversa da quella dei vedenti, corrispondeva al principio costituzionale di eguaglianza che egli frequentasse una scuola diversa; cioè quella “speciale”.

⁵⁹ M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Napoli, Jovene, 2008.

⁶⁰ Si pensi alla legislazione di protezione per le donne es. in materia di lavoro notturno che ha rappresentato un sistematico svantaggio per le donne nell’accesso al lavoro.

tollerabilità della disegualianza, sulla base di parametri medici che valutano la persona e la sua condizione, secondo *standard* condivisi a livello scientifico e considerati validi per tutti.

Se invece della disabilità si offrisse una visione maggiormente incentrata sulla prospettiva sociale, la tollerabilità verrebbe parametrata sulla persona e sulla centralità che il progetto personalista le assegna, sfuggendo così alla visione che vede il disabile non *soggetto* di diritti ma *oggetto* di valutazioni di terzi. Questo consentirebbe anche di sottrarsi al rischio di agganciare le valutazioni inerenti la disabilità al merito individuale che, probabilmente, penalizzerebbe la persona in quanto sono gli stessi criteri di valutazione ad essere rapportati a *standard* medi; pensati per persone normodotate, questi potrebbero essere più difficili da conseguire per un disabile, confermando la necessità di problematizzare la riflessione sui parametri da utilizzare, posto che si tratta di un'operazione di per sé certamente non neutra.

5. La disabilità come chiave di lettura dell'uguaglianza

La disabilità rappresenta un osservatorio significativo quanto alle dinamiche che gravitano attorno all'uguaglianza, interessante da analizzare rispetto alla sua dimensione come divieto di discriminazione, quale conseguimento della parità, come espressione di un diritto alla differenza e da ultimo quale tutela della dignità.

5.1. Disabilità e divieto di discriminazione

Una prima direzione nel superamento delle disegualianze in ragione della disabilità può essere individuata nell'attuazione del divieto di discriminazione, che richiede di rendere la condizione personale giuridicamente irrilevante e di trattare ogni persona allo stesso modo.

Questa cecità alle condizioni personali di fatto, tuttavia, è gravida di conseguenze. In primo luogo, rendendo una caratteristica personale irrilevante chiede, ma in qualche modo anche impone, all'individuo di essere "disincarnato", di spogliarsi delle condizioni di cui è portatore. In secondo luogo, colloca le persone portatrici di una condizione di fragilità o minoritaria, in una posizione implicitamente deteriore, alla luce della diversità nei punti di partenza rispetto a chi non ha la medesima caratteristica personale. Nondimeno, quali eccezioni alla parità di trattamento, soltanto marginalmente potranno essere ammessi strumenti volti a riacquistare una parità di possibilità e attivati mezzi di riconoscimento della diversa (e deteriore) situazione nella quale, di fatto, le persone disabili si trovano rispetto alle persone normodotate. Peraltro, vi è anche da considerare che il divieto di discriminazione si attiva in termini biunivoci, per cui, nel richiedere che non vi sia un trattamento discriminatorio in ragione della disabilità, ammette la possibilità che sia la persona non

disabile a chiedere di non essere trattata diversamente (e dunque discriminata) dalla persona disabile, facendo valere il divieto di discriminazione⁶¹.

L'altro aspetto criticamente messo in luce del divieto di discriminazione come garanzia dell'uguaglianza è il dato per cui non si assume l'obiettivo di rimuovere le cause che hanno cagionato la discriminazione, ma soltanto di impedire la discriminazione *ex se* che dunque potrà ripetersi in altro contesto o verso altre persone.

Un ripensamento del paradigma complessivo dell'uguaglianza si rende dunque necessario tenendo però a mente che presupposto implicito del giudizio di discriminazione è la confrontabilità dei termini di paragone e dunque l'individuazione dell'elemento che rende diverse le persone.

Come è noto, questo meccanismo è stato duramente criticato⁶² perché l'azione stessa della messa a confronto non appare neutra, presupponendo un posizionamento implicito che, di fatto, svantaggia le persone portatrici di condizioni recessive, minoritarie o meno rappresentate a livello pubblico, e a tutela della quali l'uguaglianza dovrebbe agire in chiave di superamento della discriminazione.

5.2. Disabilità e garanzia di parità delle opportunità

L'introduzione delle misure preferenziali in grado di ricomporre un quadro di uguaglianza sostanziale e superare le diseguaglianze può essere letta assumendo l'obiettivo della parità nelle opportunità.

Questa ha ammesso una profonda azione dei trattamenti preferenziali finalizzati a raggiungere un'uguaglianza di opportunità che, nella disabilità, ha trovato la condizione per eccellenza in nome della quale può essere ammessa una diversità di trattamento che non si tramuta in una discriminazione ed è anzi ammessa e incentivata dall'ordinamento.

L'obiettivo delle pari opportunità si è così posto come una sorta di "via di fuga" dal rischio di appiattare il superamento delle dis-eguaglianze di fatto in una parità di trattamento astratta, dunque in una uguaglianza soltanto formale, che resta cieca alle differenze personali.

L'elemento di debolezza di questo percorso è però rinvenibile nel rischio di affrontare la disabilità nella esclusiva direzione della cura e dell'assistenza della persona. Infatti, se gli strumenti preferenziali concorrono al raggiungimento di un quadro di parità, allo stesso tempo perpetrano l'idea di una condizione (e di una persona) bisognosa di cura e di assistenza; nella contingenza, le

⁶¹ È significativo notare che la giurisprudenza della Corte di giustizia sulle quote e sulle misure preferenziali sulla base del sesso, è stata animata da (prima) supposte (e poi accertate) violazioni del divieto di discriminazione fatte valere da uomini svantaggiati da trattamenti di vantaggio riservati alle donne. V. Corte di Giustizia, sentenza 17.10.1995, *Kalanke*, C-450/93, in Racc., 1993, p. I-3051, a seguito della quale la Commissione ha approvato una Comunicazione COM(1996)88 sull'interpretazione di questa sentenza; sentenza 11.11.1997, in causa C-409/95, *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalia*, in Racc., 1997, I-6363; sentenza 20.3.2000, *Badeck*, C-158/97, in Racc., 2000, p. I-1875; sentenza *Abrahamsson*, C-407/98, in Racc., 2000, p. I-5539. O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale*, Milano, Giuffrè, 2005.

⁶² S. NICCOLAI, *Differenze come cose e come valutazioni*, in F. CERRONE, M. VOLPI (a cura di), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Napoli, Jovene, 2007; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, Mulino, 2005.

situazioni di diseguaglianza di fatto ne risulteranno attenuate, senza però costruire un percorso di autonomia e inclusione della persona. Neppure verrebbe intaccato l'immaginario simbolico che dietro alle misure preferenziali è celato, posto che l'obiettivo sarebbe sempre e comunque quello di raggiungere il modello assunto a riferimento. Occorre dunque verificare attentamente il peso eventualmente assunto dalle finalità perseguite attraverso le differenze di trattamento, individuando quelle che hanno l'obiettivo o l'effetto di stigmatizzare e discriminare la persona in ragione della sua disabilità e le misure differenziate volte invece ad una sua tutela e protezione in quanto persone deboli, fragili o comunque portatrici di una condizione di minorità.

Come appare intuitivo, la questione coinvolge la dimensione teorica delle azioni positive e delle misure preferenziali⁶³, nell'individuare gli strumenti legittimamente azionabili per colmare le diseguaglianze (di fatto) e per ristabilire la parità di *chance*.

5.3. Disabilità e diritto alla differenza

Se agli strumenti di superamento delle diseguaglianze viene affidato l'obiettivo di riconoscere e tutelare la diversità della condizione di disabile, una serie di limiti messi in luce dall'approccio antidiscriminatorio e dall'uguaglianza intesa come parità sembrano archiviati. Infatti, la persona disabile ne risulterebbe tutelata non *nonostante* questa condizione, ma proprio *in quanto* di essa portatrice. Gli strumenti preferenziali sarebbero applicati non come eccezioni alla regola della parità formale, ma quale "regola" in chiave di maggiore rispetto delle specificità individuali della persona. Alla persona, non sarebbe per ciò chiesto di spogliarsi dalle proprie caratteristiche personali così da poter essere neutralmente valutata.

Tuttavia, anche questo approccio – che si colloca nella dimensione teorica che interpreta la differenza come valore costituzionale⁶⁴ – presenta dei profili da verificare con attenzione, in primo luogo in quanto non sarebbe garantita la rimozione delle cause che collocano una persona in una posizione di diseguaglianza ma soltanto una presa d'atto della condizione personale tutelata in quanto tale. Inoltre, riconoscere la differenza come un diritto implicitamente significa, comunque, stigmatizzare una condizione e sottolinearne la distanza rispetto ad uno *standard* assunto quale

⁶³ O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale*, cit.; M. CAIELLI, *Le azioni positive*, cit.

⁶⁴ I. RUGGIU, *La diversità culturale come bene pubblico tra Europa e Stati costituzionali*, in R. CERCHI, G. LOY (a cura di), *Rom e Sinti in Italia. Tra stereotipi e diritti negati*, Roma, Ediesse, 2009, 97 ss.; ID., *Effettività del diritto e protezione delle minoranze. Per un principio costituzionale della diversità*, in Polemos, I, 2009, 27 ss.; ID., *Diversity as a public good? Cultural identity in Legal Narratives*, in S. NICCOLAI, I. RUGGIU, *Dignity in change Exploring the Constitutional Potential of EU Gender and Antidiscrimination Law*, Firenze, European Press Academic Publishing, 2010, 151-184; ID., *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, FrancoAngeli, 2012; L. FERRAJOLI, *L'uguaglianza e le sue garanzie*, in M. CARTABIA, T. VETTOR (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, Giuffrè, 2009, 25-43.

paradigma di normalità⁶⁵, senza però problematizzare un'operazione che è, di per sé, carica di impliciti⁶⁶.

Se la tutela di una condizione in quanto differente non si traduce necessariamente in una visione paternalistica, presuppone, comunque, una valutazione della differenza e degli elementi sulla base di quali questa viene considerata tale. Implicitamente, ma inesorabilmente, presupporrà l'assunzione di un parametro rispetto a cui la condizione da tutelare sarà confrontata. Questo però sarà non soltanto un termine di raffronto ma diverrà anche un elemento di valutazione, sulla base del quale, però, si rischia di marcare con un segno di disvalore quanti se ne discostino⁶⁷.

5.4. La disabilità come pari dignità: la svolta universalistica e dignitaria del contrasto alle discriminazioni

Un ulteriore obiettivo degli strumenti di rimozione delle diseguaglianze può individuarsi nella garanzia della dignità come sembra suggerito dalle più recenti evoluzioni della prospettiva euro-unitaria del diritto antidiscriminatorio, in chiave di superamento dell'*economic aim* che l'aveva caratterizzato fin dalle origini e al fine di proteggere la persona e i suoi diritti fondamentali⁶⁸.

Secondo quella che è stata definita la svolta universalistica e dignitaria, infatti, rimedi alle discriminazioni in ragione di una condizione non saranno (sol)tanto le aperture di nuovi spazi (diritti e libertà) prima preclusi o garantiti con accessi differenziati sulla base delle diverse condizioni. Piuttosto è stato proposto un approccio inclusivo di *ogni* condizione e dunque rivolto a *ogni* individuo a prescindere dalla caratteristica personale che lo rende potenziale vittima di discriminazione.

Questa lettura è stata orientata da una valorizzazione della dignità della persona a prescindere dalle proprie caratteristiche personali, con il vantaggio di potersi affrancare dal criterio della comparazione tipico del giudizio antidiscriminatorio, da ogni profilo di valorizzazione della differenza in quanto tale, nonché dall'uso degli strumenti preferenziali come mezzo per raggiungere un'uguaglianza di fatto e superare la diversità di trattamento.

Anche questa lettura è stata oggetto di serrate critiche, in quanto rende sostanzialmente indifferenti le condizioni personali che caratterizzano la persona, divenendo cieca alle caratteristiche che

⁶⁵ S. FREDMAN, *Disability Equality: A Challenge to the Existing Anti-discrimination Paradigm*, in A. LAWSON, C. GOODING (eds.), *Disability rights in Europe: From Theory to Practice*, Oxford, Hart, 2005, 201 ss.

⁶⁶ Rispetto alle dinamiche dell'uguaglianza/differenza di genere, la questione è stata ampiamente analizzata da S. FREDMAN, *Women and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997. L'autrice ha messo in luce come storicamente, il diritto alla parità di trattamento era riconosciuto a coloro riconosciuti come uguali, lasciando sguarniti di tutele quanti erano ritenuti diversi per proprie condizioni "naturali" (le persone *black*, le donne, i disabili), senza tuttavia la percezione di come la stessa "naturalità" sia un concetto profondamente condizionato da valutazioni sociali.

⁶⁷ S. NICCOLAI, *Differenze come cose e come valutazioni*, cit.; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, cit.

⁶⁸ Sull'evoluzione del diritto antidiscriminatorio di matrice euro-unitaria, è imprescindibile il riferimento a M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007.

collocano le persone in situazioni di partenza profondamente distanti e soprattutto alle loro cause. Inoltre, va considerato che disconoscerebbe l'obiettivo primordiale della legislazione antidiscriminatoria che intendeva proteggere le persone a rischio di discriminazione in quanto appartenenti a minoranze (numeriche o in termini di potere e rappresentanza), traducendosi in un dichiarato innalzamento complessivo delle tutele. In realtà, come messo in luce dalla dottrina⁶⁹, questa lettura rappresenta un esito che va attentamente valutato nel suo impatto quanto alla tutela della minoranza o comunque delle categorie recessive⁷⁰. Si palesa infatti il rischio che, sotto una pretesa tutela indifferenziata della dignità di *tutti*, vi sia un ritrarsi delle tutele che grazie alla legislazione antidiscriminatoria sono comunque state conquistate e una nuova invisibilità in cui le condizioni minoritarie si ritroverebbero reclusi.

5.5. La disabilità in chiave antisubordinazione: il superamento dei paradigmi dell'uguaglianza in chiave di effettività delle tutele

Le critiche mosse alle impostazioni sopra rapidamente riportate hanno suggerito di percorrere ulteriori vie di analisi della questione posta l'insufficienza nei meccanismi di tutela che ne è emersa. Nella ricerca di una effettività delle tutele, l'analisi volge così verso una regola che intenda gli strumenti di superamento delle disuguaglianze non soltanto come centrati sul divieto di trattare diversamente (e in modo discriminatorio) una persona in ragione della disabilità, ma neppure si accontenta di avere ampio accesso alle misure preferenziali in grado di superare lo svantaggio di fatto che la disabilità provoca in chiave di parità. Neppure il riconoscimento di un diritto alla differenza sembra bastevole in chiave di effettività, alla luce del potenziale simbolico e stigmatizzante, che l'essere classificati come diversi porta con sé. Quanto alla tutela della dignità come strumentale al quadro di uguaglianza, la neutralità dei destinatari delle tutele rischia di risultare impoverita per coloro che sono portatori di una condizione di fragilità.

Si richiede quindi l'approdo verso ulteriori paradigmi di riferimento che, attraverso strumenti di superamento delle disuguaglianze, costruiscano lo sviluppo di un concetto di uguaglianza in grado di superare il dibattito che ha visto l'uguaglianza confrontarsi con la non discriminazione, la parità di opportunità, la differenza e la dignità, facendone sintesi e rispondendo alle debolezze emerse.

⁶⁹ S. NICCOLAI, *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto anti discriminatorio*, in *Diritto e Società*, 2014, 2, 313-354.

⁷⁰ La visione delle tutele come agganciate all'individuazione di un gruppo è, di per sé, un'operazione che richiede di essere problematizzata. Infatti, da un lato, non è sempre possibile riferirsi alle condizioni personali destinatarie delle tutele antidiscriminatorie come ad un "gruppo" omogeneo (sul punto, v. G. ARCONZO, *Il diritto alla vita indipendente*, cit., 269). Ad es. la condizione di disabile coinvolge condizioni talmente diverse, da non potersi unitariamente considerare (si pensi alla disabilità fisica e mentale); si pensi altresì a quelle differenze (genere, condizione sociale, cittadinanza) che si sommano alla disabilità, dando vita a forme profondamente distanti di marginalità. D'altro canto, la stessa assunzione di un gruppo, di una categoria come destinataria delle tutele è da osservare con attenzione in quanto presuppone una automatica identificazione della persona con il gruppo di appartenenza, sebbene ciò possa non essere veritiero. S. FREDMAN, *Disability Equality*, cit., 204.

Con la modifica dei paradigmi di riferimento, implicitamente o esplicitamente assunti per valutare chi deve (o può) essere uguale a chi e sulla base di cosa, risulterebbero modificati gli assetti complessivi e gli spazi, così come i luoghi, diverrebbero maggiormente inclusivi.

In questa logica, sembra convincente richiamare la prospettiva del principio di uguaglianza in chiave antisubordinazione⁷¹ che, coniata rispetto al genere e alle questioni della parità uomo/donna⁷², è stata definita come strumento che «riconosce l'esigenza fondativa e fondante di rimuovere la subordinazione del genere femminile al maschile, leggendo le condizioni di genere come un *assetto di potere*»⁷³. La regola antisubordinazione, da un lato, mette in discussione l'assetto di potere che codifica il maschile come parametro universale sulla base del quale il femminile viene valutato un'eccezione, in quanto da esso diverso; dall'altro, muovendo dall'esigenza di scardinare la subordinazione del genere femminile al maschile, mira ad un processo di complessiva risistemazione dei rapporti fra i generi, in chiave di effettività dell'uguaglianza e di affermazione piena dell'uguaglianza anche nella dimensione sostanziale.

Attraverso il ripensamento complessivo dei rapporti fra i generi, l'uguaglianza ne risulterebbe garantita, senza il preteso appiattimento in una neutralità che la norma antidiscriminatoria impone nel chiedere di trattare uomini e donne allo stesso modo⁷⁴.

La via che il principio antisubordinazione suggerisce quanto al genere si presta ad essere validamente intesa anche rispetto alla disabilità, e al binomio persone disabili/persone non disabili, così come peraltro rispetto ad altre condizioni personali che marcano una differenza fra soggetti portatori di una caratteristica personale che li rende "deboli" o "fragili"⁷⁵ e soggetti non portatori, o secondo altra dizione fra maggioranza e minoranza⁷⁶.

⁷¹ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (cur.), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, Jovene, 2009, 1150; M.A. BARRÈRE UNZUETA, *Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo, Il principio di uguaglianza di donne e uomini come strategia per una rilettura giuridica*, in *Diritti delle donne tra particolarismo e universalismo, Ragion pratica*, n. 23, 2004, p. 364; C.R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni, Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Mulino, Bologna, 2009, p. 215; M. BARBERA, nell'Introduzione del volume da lei curato, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. XXV.

⁷² Non a caso, ma in quanto modello archetipico dell'uguaglianza come ossimoro. C. MACKINNON, *Feminism Unmodified*, cit., 32; M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, 99-100, 2003, 399-422.

⁷³ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna*, cit., 1150. M.A. BARRÈRE UNZUETA, cit., 371.

⁷⁴ B. PEZZINI, *Costruzione del genere e Costituzione*, in ID., *La costruzione del genere. Norme e regole*, Bergamo, Edizione Sestante, 2012, 49 ss.

⁷⁵ Sulla nozione di debolezza come categoria giuridica, v. L. AZZENA, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti "deboli". Spunti per una teoria della "debolezza"*, in C. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2006, 35-86 ss.

⁷⁶ La minoranza è intesa principalmente come minoranza numerica, sebbene possa anche essere interpretata come minoranza nei termini di potere e possibilità. È utile un rapido cenno al fatto, spesso non problematizzato, per cui le tutele del cd. diritto antidiscriminatorio previste a tutela delle minoranze, sono però applicate anche nei confronti delle donne che pure non rappresentano una minoranza numerica della popolazione, ma indicativamente il 50% della popolazione.

Analogo, infatti, è l'obiettivo di scardinare l'assetto di potere che codifica le persone normodotate⁷⁷ come parametro di riferimento e le persone disabili come "altro", dunque con un segno di disvalore. Analogo è altresì il percorso che vuole scardinare la subordinazione fra chi è assunto a modello *standard*, e chi è ad esso paragonato e dunque parametrato, così da superare l'assetto di potere nel quadro di un processo circolare di ri-definizione di tutti i soggetti coinvolti.

Attraverso l'interpretazione in chiave antisubordinatoria, ne risulterebbe modificato non solo lo spazio, come già accade nella prospettiva antidiscriminazione in cui però, pur risultando diversamente abitato, non vi è una ridefinizione del processo di inclusione; una complessiva trasformazione, ridefinizione delle regole, degli spazi e dei luoghi innescherebbe anche una modifica dei pre-assunti, degli impliciti⁷⁸, che causano una impari collocazione delle persone nel quadro giuridico a seconda dei caratteri di cui sono portatrici, aprendo una prospettiva di pieno dispiegamento dell'uguaglianza in chiave sostanziale⁷⁹.

L'ulteriore effetto, non secondario, dell'interpretazione in chiave antisubordinatoria sarebbe il conseguente ripensamento dell'immaginario simbolico che colloca lungo una scala gerarchica valoriale due termini di cui l'uno (la persona disabile) viene parametrato all'altro (la persona non disabile) termine di raffronto, assunto a *standard* di riferimento. Questa visione trasmette, di fatto, una sovraordinazione gerarchica di un corpo (o di una mente) normodotati rispetto ad uno disabile e dunque, implicitamente, propala un meccanismo di normalizzazione di coloro che sono portatori di una diversità, in qualche modo "spinti" ad assimilarsi verso il modello assunto a riferimento.

Seguendo la prospettiva antisubordinazione, il binomio disabilità/non disabilità potrebbe così essere ripensato con effetti significativi anche sul piano simbolico, in quanto ne risulterebbe di riflesso modificato l'immaginario di riferimento che, nel caso specifico, individua nel corpo e nella mente normodotati la perfezione alla quale ambire e in funzione della quale agire.

Simile percorso contribuirebbe anche a riempire di effettività le tutele che l'uguaglianza deve garantire e in nome della quale caratterizza lo stato democratico. Romperebbe altresì la stigmatizzazione che deriva dall'essere parametrato a qualcosa considerato *standard*, che implicitamente presuppone, quale scostamento, un livello di minorità in una supposta scala gerarchica. In qualche modo, dunque, si arresterebbe la deriva dell'assumerlo come metro di valutazione, al contrario identificandolo al solo fine di scardinare le disuguaglianze e rimuovere le subordinazioni che esse ammettono per ripristinare un'uguaglianza sostanziale.

⁷⁷ Analogamente si potrebbe ragionare rispetto alle persone che sono portatrici di una condizione maggioritaria.

⁷⁸ Sul peso che gli "impliciti di genere" possono assumere, si veda il recente volume di D. MORRA, B. PASA, *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Torino, Giappichelli, 2015, in particolare lo scritto di B. PEZZINI, *Implicito ed esplicito nel rapporto circolare tra genere e diritto*, 201-234. Specificamente rispetto alla disabilità, si pensi alla questione del linguaggio che pure ha subito una consistente evoluzione ma che ugualmente viene segnalato come il primo sintomo di un approccio discriminatorio e spesso vittimizzante. G. ARCONZO, *Il diritto alla vita indipendente*, cit., 269.

⁷⁹ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna*, cit., 1150.

In questo senso, non soltanto risulterebbero precluse le discriminazioni in ragione della disabilità; ne emergerebbe il potenziale ruolo di acceleratore del principio di uguaglianza verso un ripensamento, quasi una “sovversione” dell’ordine pre-stabilito⁸⁰, e di cui il diritto rappresenta l’inesorabile riflesso, in chiave di rivisitazione dei rapporti di potere fra gli individui e i gruppi⁸¹ che compongono la collettività.

⁸⁰ S. FREDMAN, *Disability Equality*, cit., 199-218; I. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990; R. COLKER, *Anti-Subordination Above All: A Disability perspective*, in *When is Separate Unequal? A Disability Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 10-38.

⁸¹ Sul tema, F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, Cedam, 2008, riconoscono come la «mera tutela delle minoranze», strumento idoneo a garantire protezione a gruppi identificati sulla base di fattori di differenziazione prestabiliti, costituisce un requisito imprescindibile ma non sufficiente per garantire la convivenza tra i “gruppi” nelle società contemporanee.