

17 MAGGIO 2017

Soggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto

di Felice Blando

Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Palermo

Soggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto^{*}

di Felice Blando

Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Palermo

*... e umilmente domando se la felicità de' popoli
si può dare senza la felicità degli individui.*
Giacomo Leopardi, *Lettera a Pietro Giordani*,
24 luglio 1828.

Sommario: 1. Premessa. – 2. La sentenza n. 275 del 2016 della Corte costituzionale. – 3. Brevi notazioni sui diritti sociali e il limite delle risorse disponibili. Integrazione europea e globalizzazione. – 4. Il passato e il presente della tutela differenziata dei diritti del disabile. Diritto all'istruzione e crisi: qualche conclusione politica. – 5. I soggetti disabili e la progressiva affermazione della giuridicità delle loro pretese.

1. Premessa

La recente sentenza n. 275 del 2016 della Corte costituzionale ha offerto l'occasione per nuovi contributi all'inesauribile discussione su diritti sociali e crisi economica e sul bilanciamento giurisprudenziale tra diritti sociali ed esigenze di bilancio¹.

Fra i molti apporti positivi della sentenza n. 275, figura una ricaduta ad alto tasso di criticità sulla quale il presente saggio intende indagare: quello secondo cui le misure di sostegno finanziario a favore dell'istruzione dei disabili non sono mai condizionate dalle esigenze del bilancio statale e non sono sempre sottoposte al limite della c.d. «riserva del possibile»².

^{*} Articolo sottoposto a referaggio.

¹ La sentenza è commentata favorevolmente da A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in www.forumcostituzionale.it (11.1.2017); E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in www.giurcost.it, n° 1/2017; L. MADAU, *"E' la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione"*. Nota a Corte cost. n. 275/2016, in www.osservatoriocostituzionale.it, n° 1/2017. Per posizioni più caute sull'impatto innovativo della sentenza v. L. ARDIZZONE – R. DI MARIA, *La tutela dei diritti fondamentali ed il "totem" della programmazione: il bilanciamento (possibile) fra equilibrio economico-finanziario e prestazioni sociali (brevi riflessioni a margine di Corte cost., sent. 275/2016)*, in www.dirittiregionali.org, n°2/2017.

² La formula coniata in Germania dalla Corte di Karlsruhe, e da lì esportata anche nella nostra giurisprudenza costituzionale: vedi le ben note sentenze della Corte costituzionale nn. 125 del 1975 e 208 del 1996. Però, attenzione, come si è ben sottolineato, questa riserva non significa che i diritti sociali possano essere considerati «suppliche al sovrano» (M. AINIS, *La piccola eguaglianza*, Einaudi, Torino, 2015, p. 73).

La questione dei diritti dei disabili è, ovviamente, particolarmente «sensibile» a causa delle sue ricadute etico-politiche e per le sue ripercussioni sulla cultura dei diritti fondamentali³ e sul principio di uguaglianza come parità di trattamento tra i cittadini⁴.

Ma prima di esplorare questo terreno, si farà un breve cenno alla questione affrontata in questo caso.

2. La sentenza n. 275 del 2016 della Corte costituzionale

La Corte costituzionale chiude con una dichiarazione di incostituzionalità la vicenda che ha visto ad oggetto l'art. 6, comma 2-*bis*, della legge della Regione Abruzzo 15 dicembre 1978, n. 78⁵, aggiunto dall'art. 88, comma 4, della legge della Regione Abruzzo 26 aprile 2014, n. 15⁶, nella parte in cui prevedeva che, per gli interventi di cui all'art. 5-*bis* della l. n. 78 del 1978 (avente ad oggetto l'erogazione di alcuni servizi per studenti disabili)⁷, la Giunta regionale garantisse un contributo del 50% della spesa

³ Nella società contemporanea, caratterizzata dalla combinazione di universalismo e particolarismo e da comunità immaginarie, più o meno socialmente costruite, il «senso di solidarietà tra le persone con disabilità motorie è un fenomeno radicalmente nuovo»: così L.M. FRIEDMAN, *La società orizzontale* (1999), trad. it. a cura di G. Pino, il Mulino, Bologna, 2002, pp. 341.

⁴ E' vero, come dice Gaetano Silvestri, che l'attribuzione di un privilegio ingiustificato, «motivata dalla «inferiorità» dei soggetti beneficiati rappresenterebbe contraddittoriamente una lesione e non una promozione della loro «pari dignità sociale»». Sulla base di questa preoccupazione, Silvestri cita l'opinione concorrente del giudice J. Thomas della Corte Suprema degli Stati Uniti, nel celebre caso *Adarand* del 1995, che afferma, «*racial paternalism and its unintended consequences can be as poisonous and pernicious as any other form of discrimination. So-called "benign" discrimination teaches many that because of chronic and apparently immutable handicaps, minorities cannot compete with them without their patronizing indulgence*»: G. SILVESTRI, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in *Rass. parl.*, 2008, p. 588.

⁵ Recante «Interventi per l'attuazione del diritto allo studio».

⁶ Recante «Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2004 e pluriennale 2004-2006 della Regione Abruzzo (Legge finanziaria regionale 2004)».

⁷ Art. 5-*bis*, l. n. 78/1978, rubricato «Compiti delle Province»: «1. Le Province esercitano le funzioni indicate dal D.Lgs. n. 111/1998, art. 139, comma 1, lettera c) e della L.R. n. 11/1999, art. 79, comma 2, lettera b), inerenti i servizi di supporto organizzativo del servizio di istruzione per gli alunni con handicap o in situazione di svantaggio. 2. I Servizi di cui al precedente comma sono i seguenti: - trasporto degli studenti in situazione di handicap o di svantaggio che frequentano l'istruzione secondaria superiore; - assistenza scolastica qualificata agli studenti di cui al precedente punto. 3. Entro il 30 giugno di ogni anno, le Province deliberano ed inviano alla Giunta regionale il Piano degli interventi per il diritto allo studio degli studenti in situazione di handicap o di svantaggio che frequentano l'istruzione scolastica superiore, da realizzare nell'anno solare successivo, sulla base delle necessità riscontrate nell'anno scolastico in corso e di quelle dichiarate dal genitore dello studente che si iscrive per la prima volta al grado di istruzione secondaria superiore. 4. Nel piano degli interventi di cui al precedente comma, devono essere chiaramente indicati: - il numero degli studenti che devono usufruire del servizio di trasporto di cui al comma 2; - i chilometri di percorrenza; - il numero degli studenti che devono usufruire del servizio di assistenza scolastica qualificata. 5. Entro il 31 gennaio di ciascun anno, le Province trasmettono alla Giunta regionale una relazione sulle attività svolte nell'anno precedente con allegati: - i prospetti di informazione statistica, per ciascun Istituto Scolastico o di Formazione Professionale, raggruppati per ciascun Comune della Provincia; - un prospetto riassuntivo delle spese sostenute per i servizi di cui al comma 2. 6. Le Province erogano ai Comuni le somme necessarie per i servizi di cui al comma 2 come segue: - per il servizio di trasporto, ai Comuni di residenza degli studenti in situazione di handicap o di svantaggio; - per il servizio di assistenza qualificata, ai Comuni ove ha sede la Scuola o Istituto di istruzione superiore».

necessaria e documentata dalle Province solo «nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa».

Più specificamente, tutto ha inizio quando la Provincia di Pescara chiedeva alla Regione Abruzzo il pagamento del contributo, pari al 50%, delle spese necessarie per l'espletamento del servizio di trasporto disabili per gli anni 2006/2012. Dal canto suo la Regione, in virtù dell'art. 6, comma 2-*bis*, della legge regionale censurata, provvedeva ad erogare finanziamenti per somme inferiori a quelle documentate dalla Provincia, sul rilievo che il proprio obbligo di corrispondere il 50% delle suddette spese trovava un limite nella clausola di salvaguardia che le consentiva di dimensionare la propria quota di copertura.

La Provincia di Pescara agiva in giudizio per vedersi corrispondere il contributo del 50% per il servizio di trasporto erogato per i disabili e il Tar Abruzzo investito della vicenda, a sua volta, proponeva questioni di costituzionalità in riferimento all'art. 10 Cost., in relazione all'art. 24 della *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*⁸, e all'art. 38 Cost., che assicurano un rilievo costituzionale del diritto allo studio delle persone con disabilità tale da garantirsi con certezza, stabilità e obbligatorietà di finanziamento. Superato in tal senso il primo ostacolo a ritenere non manifestamente infondata la questione, il Tar ha poi messo in luce che la dipendenza dell'erogazione del contributo dalle disponibilità finanziarie, man mano determinate dalle leggi di bilancio, avrebbe trasformato l'onere della Regione in una posta aleatoria ed incerta, rimessa al libito delle sue scelte politiche, con il rischio che esse sarebbero diventate arbitrarie, in assenza di limiti predeterminati dalla legge, sacrificando in tal modo il diritto allo studio del disabile nella sua effettività.

La Consulta ha risposto a queste sollecitazioni, stabilendo che le esigenze di bilancio non hanno carattere assoluto e una volta identificato «il nucleo invalicabile di garanzie minime»⁹ per gli interessati, nel momento in cui le si chiede di rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili, è «la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»¹⁰.

⁸ Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva con legge 3 marzo 2009, n. 18.

⁹ Su questo delicatissimo tema si vedano, da angolazioni assai diverse, due scritti significativi: A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà (Scritti in onore di P. Barile)*, Cedam, Padova, 1990, pp. 109 ss. e I. MASSA PINTO, *Il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e la concezione espansiva della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2001, pp. 1102 ss.

¹⁰ La costruzione più rigorosa, in sede dottrinale, del *dictum* espresso dalla Consulta si deve a G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in AA. VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 123, che, come è noto, sostiene che qualora si verta su valori preminenti dello stato sociale, il principio dell'equilibrio di bilancio non può in alcun modo condizionare decisioni di spesa della Corte costituzionale, perché in tal caso non c'è spazio per la tecnica del bilanciamento, rispetto ai veri e propri diritti di prestazione sanciti dalla Costituzione: «rispetto a questi e alla loro misura irrinunciabile, non c'è

Un concetto quest'ultimo non privo di ambiguità e talora anche pericoloso in forza del quale, ad avviso di chi scrive, si può dire tutto e il contrario di tutto¹¹.

Sin qui quelli che ormai rappresentano i punti fermi della sentenza n. 275/2016.

A questo punto, per allargare l'analisi sulle problematiche inerenti la tutela dei soggetti deboli, occorre spingere lo sguardo un po' più in profondità.

3. Brevi notazioni su diritti sociali e il limite delle risorse disponibili. Integrazione europea e globalizzazione

A partire dall'ultimo decennio del XX secolo, l'art. 81 Cost. diventa terreno di scontro tra le esigenze dei diritti di «seconda generazione»¹² di trovare pieno invero e la scarsità delle risorse finanziarie.

I diritti sociali sono l'espressione, sul piano delle situazioni soggettive, del *Welfare State* e non possono perciò rimanere esenti dalla fenomenologia della sua crisi.

«I quattrini o ci sono o non ci sono» - scrive oggi icasticamente Rosario Ferrara - «questa semplice ed elementare constatazione spiega più di intere biblioteche che il pendolarismo «ideologico» della giurisprudenza [...] in materia di diritti sociali, dando conto del passaggio di situazioni soggettive, pur canonizzate e riconosciute dalla costituzione, dal grado «forte» del diritto soggettivo a quello ritenuto (probabilmente a torto) più «tenue» dell'interesse legittimo»¹³.

La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti sociali è stata fortemente condizionata dal contesto politico ed economico: di particolare rilievo sono stati gli sforzi compiuti dalla Corte per superare le difficoltà derivanti da sentenze che comportassero pesanti oneri per il bilancio dello Stato trovando la

politica (e quindi nemmeno dipendenza da *interpositio* di valutazioni discrezionali del legislatore), ma solo giurisdizione in nome della Costituzione».

¹¹ Secondo l'orientamento della Corte, i diritti sociali sarebbero garantiti, per usare una terminologia impiegata nell'analisi economica del diritto, da un «contratto di assicurazione» (cfr. G. NAPOLITANO – M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il mulino, Bologna, 2009, p. 136), e avrebbero la precedenza sull'economia. Quest'orientamento si basa su un postulato non condivisibile, cioè la convinzione che ci siano adeguate risorse finanziarie per soddisfare i bisogni della collettività e che la realizzazione dei diritti sociali sia condizionata dall'agire politico. In altre parole, si assume che i limiti posti dalla scarsità delle risorse possano essere superati con la decisione politica. Più condivisibile è in effetti l'orientamento che invita a coordinare la cultura dei diritti sociali con una cultura dell'economia, che impedisca o ostacoli le illusioni e che dia forza al convincimento, secondo cui «nessuna democrazia ha il potere magico di soddisfare un mondo di aspettative sempre più esorbitanti» (il virgolettato è di M. FLINDERS, *In difesa della politica. Perché credere nella democrazia oggi* (2012), trad. di N. Negro, a cura di G. Baldini, Il mulino, Bologna, 2014, p. 73). Il realismo politico dovrebbe prevalere, insomma, sulle assunzioni di principio.

¹² Sul ruolo da assegnare alla classificazione dei diritti fondamentali in «generazioni» si veda anche A. PIZZORUSSO, *Le «generazioni» dei diritti*, in S. PANIZZA – R. ROMBOLI (a cura di), *L'attuazione della Costituzione. Recenti riforme e ipotesi di revisione*, III ed., Pisa University Press, Pisa, 2006, pp. 419 ss., dove si fa anche notare come la distinzione delle generazioni di diritti abbia rilievo soprattutto «per la storia (e per la cronaca) degli eventi costituzionali dell'epoca contemporanea e di quelli degli ultimi due-tre secoli».

¹³ R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Laterza, Roma-Bari, nuova edizione aggiornata 2014, pp. 63-64.

soluzione del problema mediante un nuovo tipo di pronuncia, definita «additiva di principio»¹⁴, mediante la quale essa non dichiara l'incostituzionalità delle legge impugnata nella parte in cui non dà attuazione al principio costituzionale posto a tutela di un diritto sociale, ma si limita a riaffermare il principio stesso senza specificare le conseguenze concrete della violazione, sul presupposto che ciò spetti al legislatore e che le sentenze di questo tipo determinino per quest'ultimo un vincolo più stretto che non le motivazioni delle sentenze di rigetto o d'inammissibilità¹⁵.

Negli ultimi venti anni si è però determinata una vera e propria trasformazione dei termini del bilanciamento operato dal giudice costituzionale, dal momento che al valore dell'effettivo invero del diritto sociale si è affiancato il valore dell'interesse obiettivo alla protezione delle compatibilità finanziarie¹⁶.

E' verissimo, infatti, che la Corte costituzionale «ha “chiuso” la stagione della ricerca dei possibili “rimedi” alle omissioni incostituzionali del legislatore, almeno quando si tratti di diritti “costosi”»¹⁷.

Questa evoluzione, un po' deludente, dei paradigmi di giudizio della giurisprudenza costituzionale attraverso il sempre più frequente richiamo alla limitatezza delle risorse disponibili, alle compatibilità

¹⁴ Per una ricostruzione della nuova tecnica decisoria dell'additiva di principio, cfr. ad es. C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Cedam, Padova, 1996, pp. 34 ss., il quale individua il primo approccio alla tecnica in esame nella pronuncia n. 215 del 187 in tema di disabilità, sulla quale ci soffermeremo da qui a breve.

¹⁵ Per comprendere davvero il senso delle difficoltà che su questo terreno incontra la giustizia costituzionale v. pure G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 401-402, dove si sottolinea che essa «non è stata pensata e non è nata per operare nel campo dei diritti sociali [...]». La sua matrice è liberale, legata alla difesa contro gli arbitri dell'autorità e dunque attrezzata per impedirli».

¹⁶ La «riscoperta» del dibattito sull'incidenza dei vincoli di bilancio sui diritti sociali in seguito alla legge cost. n. 1/2012 ha prodotto una letteratura sterminata. E' interessante notare come, di fronte all'innovazione costituzionale del pareggio di bilancio, alcuni autori ritengono che il dibattito scientifico sia stato negativamente influenzato «da una sorta di pregiudizio ideologico anti-economicista»: A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 2014, p. 81 e nt. 7, p. 99; R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 402-403 e nt. 129, p. 407, secondo il quale i vincoli quantitativi provocati dal quadro costituzionale rivisto vanno ad incidere su spazi ben più significativi dell'area dei diritti sociali, coinvolgendo «l'ambito più intimo delle funzioni statali» come sicurezza pubblica e giustizia.

¹⁷ Ciò porta con sé una metamorfosi del giudizio di ragionevolezza. Il giudizio di ragionevolezza della Corte è stato frequentemente percepito come strumento atto a trasformare il giudice della legge in giudice dell'opportunità della stessa scelta legislativa. Questo processo trova una sua inversione nella giurisprudenza più recente sui diritti sociali, dove il controllo di ragionevolezza ha finito per limitare e non per ampliare la pervasività del controllo di costituzionalità. Questo ordine di considerazioni è stato sviluppato, in tempi recenti, da C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rass. parl.*, 2013, pp. 785 ss., spec. p. 781, da cui è desunta la citazione riportata nel testo. In questa prospettiva, sembra collocarsi I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in www.costituzionalismo.it, n° 3/2012, la quale afferma che non si può negare una continua preoccupazione da parte della Corte costituzionale «rispetto ai vincoli dell'art. 81 Cost., che nella migliore delle ipotesi ha impedito che si estendessero i diritti sociali a categorie di cittadini che ne avrebbero potuto beneficiare».

economico-finanziarie, ha investito tutti i diritti sociali: vale per il diritto alla salute¹⁸, per quello al lavoro¹⁹, per l'istruzione²⁰, tutti indistintamente colpiti dagli interventi riduttivi della spesa pubblica.

Oltre a ciò, nel contesto economico-giuridico dell'integrazione europea odierna la protezione dei diritti sociali particolarmente costosi si è ridotta²¹, anche se non sono mancate occasioni in cui la Consulta procede in direzione contraria.

Ad esempio, la tanto discussa e criticata sent. n. 70/2015, che ha annullato il meccanismo perequativo in materia di rivalutazione delle pensioni, affermando che la norma impugnata «si limita a richiamare genericamente la contingente situazione finanziaria, senza che emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento»; in questo caso tali diritti sono risultati irragionevolmente sacrificati «nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio»²².

I livelli e le modalità di protezione dei diritti sociali sembrano naufragare anche su un altro scoglio, che, in verità, ha avuto minore spazio in dottrina: si tratta della globalizzazione che, forse mai come in passato, acuisce la tensione tra libertà economiche e diritti fondamentali, in specie i diritti ambientali e sociali, «vittime designate della sovranità dell'economia, della dominazione della finanza mondializzata, della soggezione a una universalità di potenza, dello stesso senso di unità del mondo»²³.

¹⁸ Vedi E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012, p. 99 ss.

¹⁹ Si vedano i contributi nel volume di B. CARUSO – G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Il Mulino, Bologna, 2015, in particolare cfr. i saggi di C. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, pp. 57 ss. e C. SALAZAR, *La Costituzione, i diritti fondamentali, la crisi: «qualcosa di nuovo, anzi d'antico?»*, pp. 95 ss.

²⁰ Si vedano le considerazioni di A. PACE, *Il diritto all'istruzione nel tempo di crisi*, in *Dir. soc.*, n° 1/2013, pp. 31 ss.

²¹ Per una ampia e più generale ricognizione si veda la rielaborazione degli interventi tenuti al convegno, *Crisi economica, istituzioni democratiche e decisioni di bilancio*, svoltosi a Pisa il 3-4 dicembre 2015, consultabili in www.federalismi.it, Focus, Numero speciale 26/2016 N. 0 – 30/12/2016. Per più specifiche considerazioni in tema cfr. A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in www.rivistaaic.it, n° 4/2011; ID., *La crisi, i diritti sociali e le risposte dell'Europa*, in *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, cit., pp. 15 ss. Secondo una recente analisi la crisi economica, nel contesto europeo, «non è la vera causa della contrazione dei diritti sociali. Al più ne è stata una concausa, seppur di rilevante impatto»: A. POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione Europea*, in www.rivistaaic.it, n° 1/2017, pp. 13-14, la quale focalizza l'attenzione sul fondamento neoliberista dell'integrazione europea, che non aveva alla base «la protezione dei diritti sociali ma certamente l'idea di porre fine ad un periodo di guerre e di fratture».

²² La decisione è stata oggetto di innumerevoli commenti e dibattiti. Cfr. ad es., *pro*, F. BILANCIA, *Crisi economica, decisioni finanziarie ed istituzioni democratiche nazionali*, in www.federalismi.it, Focus, Numero speciale 26/2016 N. 0 – 30/12/2016, p. 21; *contra*, A. ANZON DEMMIG, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende dell'equilibrio del principio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 551 ss.

²³ Così, efficacemente, U. ALLEGRETTI, *Diritto e Stato nella mondializzazione*, Città aperta, Troina, 2002, p. 133. Lo stesso ordine di idee in F. RIMOLI, *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, Giappichelli, Torino, 2005, vol. III, pp. 356 ss. Per una valutazione diversa, più aperta alla fiducia verso il processo di globalizzazione, si veda P. CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, in *Dir. e società*, n. I 2013, pp. 1 ss. Ma il problema drammatico che pone la globalizzazione è quello sollevato da Gaetano Silvestri, «come ricomporre, al di là dei confini degli Stati, il sistema dei diritti fondamentali nella sua

L'emersione dei punti critici di fine secolo fin qui tracciati non tocca l'esperienza relativa ai diritti dei disabili all'istruzione, come mostra il fatto che la Corte costituzionale, come del resto i giudici di merito, il Consiglio di Stato e la Corte di cassazione, hanno riconosciuto immediata efficacia agli obblighi nascenti dal riconoscimento di tali diritti.

4. Il passato e il presente della tutela differenziata dei diritti del disabile. Diritto all'istruzione e crisi: qualche conclusione politica

A questo punto, per comprendere il presente, appare necessario proiettarci per un momento nel passato, nei primi anni Settanta del secolo scorso che vedevano una società italiana ed un sistema giuridico molto diversi da quelli attuali.

Il legislatore iniziava a superare l'assenza dalla vita della società civile. L'esempio tipico è dato dallo statuto dei diritti dei lavoratori del 1970, cui era seguita la riforma del processo del lavoro e l'istituzione della competenza funzionale del Pretore²⁴. Oltre che attribuire un ruolo sociale nuovo al sindacato, autonomo da quello dei partiti, precorre la nuova disciplina sulla cassa integrazione, sulla mobilità, sulla tutela delle lavoratrici madri e sulla parità uomo donna, ed afferma la nascita del diritto del lavoro come disciplina autonoma dal diritto civile.

Incominciava a manifestarsi un interesse vero per il processo di decentramento politico-amministrativo, con l'attuazione della Costituzione nella parte relativa alle regioni²⁵. In questo contesto si può inserire anche la legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali²⁶.

Dalla società civile emergeva una grande esigenza di partecipazione nella formazione delle decisioni ad ogni livello, che si sarebbe tradotta, nell'esperienza che a noi interessa, nei decreti di riforma della scuola con i quali sono stati previsti gli organi collegiali partecipati da studenti e genitori (D.p.r. 31 maggio 1974, n. 416).

In base all'art. 1 del decreto predetto²⁷, incominciava a prendere piede la concezione dell'esistenza della comunità scolastica, intesa come un'organizzazione destinata alla convivenza dei docenti e dei discenti, funzionalizzata alla trasmissione della cultura ed alla elaborazione di essa. Qualche anno dopo tale

interezza (diritti civili, politici e sociali)?» (G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 907).

²⁴ Rispettivamente l. 20 maggio 1970, n. 300 e l. 11 agosto 1973, n. 533.

²⁵ Per la verità la c.d. legge Scelba era la l. 10 febbraio 1953, n. 62, ma non fu attuata prima del 1970.

²⁶ L. 6 dicembre 1971, n. 1034.

²⁷ Gli organi scolastici perseguono il «fine di realizzare, nel rispetto degli ordinamenti della scuola, dello stato e delle competenze e delle responsabilità proprie del personale ispettivo, direttivo e docente, la partecipazione nella gestione della scuola dando ad essa il carattere di una comunità che interagisce con la più vasta comunità sociale e civica».

orientamento sarebbe stato confermato dalla Corte costituzionale, che definiva la «comunità scolastica» come una «formazione sociale» tutelata dall'art. 2 della Costituzione²⁸.

Sul piano normativo i passi più importanti per i portatori di handicap mentali e fisici si sono compiuti con la l. 30 marzo 1971, n. 118, che tentò di superare il sistema delle “classi differenziali” per gli studenti invalidi e con la l. 4 agosto 1977, n. 517, che prevede norme dirette a favorire l'integrazione scolastica dei disabili e istituì la figura dell'insegnante di sostegno; nel frattempo vi sono stati altri momenti significativi, quali la chiusura degli ospedali psichiatrici e il superamento delle metodologie segregative per affrontare i disagi mentali²⁹. Serie limitazioni di queste innovazioni tali da renderle, per molti aspetti, imperfette e velleitarie discendevano dalla manchevolezza di molte condizioni pratiche che fossero alla loro altezza. I provvedimenti organizzativi e finanziari per la loro realizzazione sono stati trascurati dal governo e dalla pubblica amministrazione. In tali condizioni sono soggetti a fallimenti preoccupanti la nuova tutela dei disabili a scuola, costretti alle condizioni disagiate e alla permanenza in classi speciali rispetto ai normodotati, e quella dei malati di mente, che necessita di presidi sanitari sul territorio e invece viene spesso abbandonata alle famiglie³⁰.

L'esistenza di un diritto dipende dal modo in cui questo viene inteso e dal modo in cui viene protetto, che ne influenzano l'effettività. Entrambe le circostanze sono state fortemente condizionate dalla cultura della magistratura del tempo, poiché proprio questa consente di apprezzare il sistema dei diritti. Nel 1981 la Cassazione affermava che non esiste il diritto di un soggetto disabile in età scolare dell'obbligo di essere ammesso all'iscrizione all'anno scolastico, essendo legittimo il potere dell'amministrazione di escludere tali soggetti dall'iscrizione «nell'interesse preminente degli alunni normali» a non vedere turbato l'equilibrio della classe dalla presenza di un disabile³¹.

In questo clima, peraltro, emerge l'azione largamente positiva della Corte costituzionale, divenuta sempre più non solo, secondo il suo compito, garante della costituzionalità delle leggi e del rapporto tra poteri dello Stato, ma anche supplente alle inadempienze della politica.

Essa, infatti, ha assunto il ruolo di custode attento dei diritti costituzionali dei disabili, arricchendoli da un'interpretazione evolutiva di singole norme.

²⁸ Corte costituzionale sent. n. 215/1987.

²⁹ L. 13 maggio 1978, n. 180.

³⁰ Si vedano le considerazioni di C. CASTRONOVO, *La legge 180. La Costituzione e il dopo*, in P. CENDON (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1988, pp. 189 ss., che tra l'altro sottolinea che con la l. 180, «Si è realizzata la libertà formale, ma non si sono approntati i mezzi per renderla significativa, sicché si può dire che con riguardo ai malati di mente ha finalmente visto la luce lo Stato di diritto ma lo stato sociale è di là da venire» (pp. 214-215).

³¹ Corte di cassazione, 29 maggio 1981, n. 6496, riportata da C. MORO, *L'eguaglianza sostanziale e il diritto allo studio: una svolta della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1987, parte I, p. 3065.

Con la sentenza n. 215 del 1987, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima una legge nella parte in cui stabiliva di «facilitare» la frequenza dei portatori di *handicap* alle scuole secondarie superiori anziché «assicurarla concretamente ed effettivamente». Con ciò la Corte ha qualificato quello in questione come un diritto ad una prestazione e non una generica possibilità, un diritto che, comunque, ha bisogno dell'*interpositio legislatoris* almeno al fine di individuarne e quantificarne la relativa prestazione. Altra novità di questa decisione consiste nella specifica considerazione degli artt. 2 e 3 comma 2 Cost. e quindi il riferimento al dovere della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di fatto³², oltre beninteso a quello, consueto, agli artt. 34 comma 3 e 38 comma 3 Cost. L'operazione condotta dalla Corte non è soltanto metodologica, se si consideri che i valori della solidarietà (art. 2) e dell'uguaglianza (art. 3) offrono ad essa il destro per il superamento culturale della concezione della «radicale irrecuperabilità» dei disabili, e che, dunque, «l'inserimento e l'integrazione nella scuola ha fondamentale importanza al fine di garantire il recupero di tali soggetti. La partecipazione al processo educativo con insegnanti e compagni normodotati costituisce, infatti, un rilevante fattore di socializzazione e può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità dello svantaggiato»³³.

La Corte ha continuato a mantenersi innovatrice e poco esitante anche nei confronti delle politiche di tagli ininterrotti sulle dotazioni dell'istruzione pubblica che hanno finito per coinvolgere anche le misure di sostegno per i disabili, mediante la fissazione di un limite al numero degli insegnanti di sostegno e l'eliminazione di qualunque flessibilità nella loro assunzione con contratti a tempo determinato. E' stata quindi necessaria una nuova azione della Consulta e la conseguente declaratoria d'incostituzionalità, di cui alla sent. n. 80 del 2010, dell'art. 2 comma 413, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008), nella parte in cui fissa un limite massimo al numero di posti degli insegnanti di sostegno e il comma 414 del medesimo articolo, per consentire nuovamente l'assunzione di insegnanti di sostegno in deroga al normale rapporto docenti/alunni (già contemplata dalla legge 27 dicembre 1997, n. 449).

Merita di essere accennato che la Corte in tale decisione conclude rilevando che i limiti posti dalle norme censurate si pongono in contrasto con il «quadro normativo internazionale, costituzionale e ordinario», nonché, con la «consolidata giurisprudenza di questa Corte a protezione dei disabili».

La prospettiva offerta da queste sentenze viene ribadita dalla decisione da cui ha preso le mosse il nostro lavoro, anche se è interessante rilevare che in quest'ultima occasione la Corte ha dichiarato

³² Cfr. C. MORO, *L'uguaglianza sostanziale e il diritto allo studio*, cit., pp. 3072 ss.

³³ Questo mutato stato di cose porta con sé un diverso modo di concepire i rapporti tra l'istituzione scolastica e gli alunni disabili, del quale anche la sent. n. 52 del 2000 della Consulta ha piena coscienza: «l'istruzione dell'obbligo per i portatori di *handicap* deve ormai avvenire non più con gli strumenti delle classi differenziali, ma nelle classi normali della scuola pubblica, [...] a tal fine, per agevolare l'attuazione del diritto allo studio e la promozione della piena formazione della personalità [...] sono previste forme di integrazione e di sostegno [...] con l'impiego di docenti specializzati».

l'incostituzionalità della legge posta al suo scrutinio facendo applicazione del solo parametro offerto dall'art. 38 comma 3 Cost., non tenendo in alcun conto dell'art 3 comma 2 Cost. né delle fonti sovranazionali, parametri, invece, ampiamente utilizzati dal giudice di rimessione nella relativa ordinanza.

Il che a ben vedere significa riconoscere il diritto all'istruzione del disabile (anzi: ogni aspetto di tale diritto) come un diritto della persona al pari di quello al nome, alla propria immagine, alla dignità e così via, il quale può realizzarsi autonomamente contro la messa in pericolo da parte dei pubblici poteri³⁴.

Similmente la giustizia ordinaria (in misura maggiore quella amministrativa), adottando procedimenti interpretativi più raffinati che in passato, ha elaborato spesso soluzioni di merito avanzate rifacentesi largamente a quelle di matrice costituzionale.

La giurisprudenza riconosce che il diritto all'istruzione e quello all'integrazione scolastica del disabile hanno una «priorità assoluta» rispetto alle esigenze di bilancio o a quelle organizzative dell'amministrazione: così il Tribunale di Milano, applicando la legge sul divieto di discriminazioni (l. 1 marzo 2006, n. 67), ritiene che ridurre le ore di sostegno agli studenti disabili, per motivi di bilancio e senza una motivata finalità pedagogica, integri una discriminazione indiretta verso tali soggetti, ponendoli di fatto in condizioni di diseguaglianza nei confronti degli altri studenti. Per il Tribunale, l'atto discriminatorio non sarebbe stato compiuto ove fossero state ridotte le ore di insegnamento anche nei confronti di tutti gli studenti delle diverse classi³⁵.

La medesima massima viene ripetuta dal giudice amministrativo: «la garanzia dell'effettività della istruzione scolastica ai minori disabili costituisce obbligo primario dello Stato rispetto al quale i noti problemi della finanza pubblica hanno carattere recessivo»³⁶.

Numerose pronunce hanno garantito tutele incisivamente efficaci quali: a) l'obbligo di garantire la continuità e la stabilità dell'intervento individuale di sostegno con un determinato insegnante³⁷; b) il

³⁴ Diritti che una parte della dottrina (cfr., ad esempio, G. SILVESTRI, *La tutela dei diritti fondamentali nel processo civile*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 480), nell'ambito dei diritti sociali, definisce «diritti incondizionati», per i quali non è ammissibile alcuna gradualità di attuazione.

Particolarmente netta la posizione del T.A.R. Campania che arriva a definire il diritto all'istruzione dei disabili quale «diritto assoluto», rispetto al cui esercizio non possono opporsi «contingenti misure organizzative del servizio»: v. T.A.R. Campania, Sez. VIII, 28 gennaio 2009, n. 467 e T.A.R. Campania, Sez. IV, 25 novembre 2011, n. 5583 (le sentenze citate e le altre di seguito riportate senza indicazioni sono tratte da *Banca dati De Jure-Online*, Giuffrè).

³⁵ Ordinanza del 10 gennaio 2011, riportata in S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Dalla separazione all'integrazione scolastica*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 266, nt. 188 e ivi utili riferimenti della giurisprudenza civile e amministrativa in tema.

³⁶ Cfr. C.G.A. Regione Sicilia, S. giurisdizionale, sent. 29 luglio 2016, n. 248; T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. I, 9 ottobre 2015, n. 2519; Cons. St., 2014, n. 5317; T.A.R. Bari, Sez. II, 14 giugno 2013, n. 973.

³⁷ Per il Consiglio di Stato (Sez. VI, sent. 20 gennaio 2009, n. 3104) il frequente cambio dell'insegnante di sostegno e dell'educatore compromette «l'omogeneità e la continuità» dell'intervento individuale in favore del soggetto disabile. Di conseguenza, è stato ritenuto che «l'organizzazione dell'attività di sostegno socio

riconoscimento del sostegno «pieno» a disabili gravi³⁸; c) il diritto ad avere pari opportunità nella fruizione dei servizi scolastici³⁹.

Le decisioni giudiziarie sopra citate sono tanto più importanti in quanto affermano con rigore che gli artt. 34 e 38 Cost. mostrano la loro complessiva finalizzazione, che è appunto quella di non considerare l'attività dei pubblici poteri come facoltativa, bensì come doverosa alla inclusione dei disabili nel mondo della scuola.

Esemplare, in tal senso, è la decisione delle S. U. della Cassazione, per la quale «Nel disegno legislativo [...] la partecipazione al processo educativo che si realizza nella scuola dell'infanzia con insegnanti e compagni normodotati costituisce un rilevante fattore di socializzazione: essa non solo può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità di chi si trova in una situazione di svantaggio, al dispiegarsi cioè di quelle sollecitazioni psicologiche atte a migliorare i processi di apprendimento, di comunicazione e di relazione attraverso la progressiva riduzione dei condizionamenti indotti dalla minorazione, *ma anche può indurre a rispettare ed accettare la diversità come parte della diversità dell'umanità stessa*»⁴⁰.

Tuttavia questa lettura «evoluzionistica» del principio di integrazione scolastica del disabile, per cui esso contemplerebbe la prefigurazione dell'ascesa di fasce di popolazione socialmente emarginate, suscita due ordini di perplessità.

assistenziale da parte degli enti locali (così come l'organizzazione dell'attività di sostegno da parte delle istituzioni scolastiche) non possa, in via di fatto, comprimere o vulnerare quel diritto all'educazione, all'integrazione sociale e alla partecipazione alla vita della comunità riconosciuto alla persona da fonti sovranazionali, dalla Costituzione e dalla legislazione ordinaria. Pertanto le attività integrative di valenza socio educativa [...] devono essere prestate con modalità idonee a realizzare lo sviluppo della personalità dell'alunno e a garantire la presenza stabile di un educatore che segua costantemente l'alunno disabile nel processo di integrazione». V., tra le altre, T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. I, 11 luglio 2013, n. 1491, in riferimento all'obbligo di trasparenza dell'amministrazione scolastica nella definizione dell'iter di assegnazione dell'insegnante di sostegno.

³⁸ V. T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. III, 14 aprile 2015, n. 912: «Il diritto all'istruzione del minore portatore di handicap ha rango di diritto fondamentale, che va rispettato con rigore ed effettività sia in adempimento ad obblighi internazionali [...], sia per il carattere assoluto proprio della tutela prevista dagli artt. 34 e 38, commi 3 e 4, Cost. La violazione della proposta di assegnazione di un docente di supporto secondo il rapporto 1/1 contenuta nel PEI costituisce indice univoco della colpa della p.a., e il pregiudizio conseguente al ritardato riconoscimento della pienezza delle ore di sostegno si traduce nell'impossibilità di godere del supporto necessario a garantire la piena soddisfazione dei bisogni di sviluppo, istruzione e partecipazione del minore, con la conseguenza che la lesione della correlativa situazione soggettiva di vantaggio, di rango costituzionale, dà luogo al diritto al risarcimento del danno esistenziale ex art. 2059 c.c. Infatti, la garanzia dell'effettività della istruzione scolastica ai minori disabili costituisce obbligo primario dello Stato rispetto al quale i noti problemi della finanza pubblica hanno carattere recessivo. Né a diversa conclusione può addivenirsi sulla base della considerazione che l'obbligo prioritario di assistenza nei confronti dei minori graverebbe sui genitori, in quanto a venire in discussione è il servizio scolastico erogato dallo Stato, rispetto al quale non può ipotizzarsi una supplenza da parte della famiglia»; T.A.R. Campania Napoli, Sez. IV, 18 agosto 2015, n. 4264; cfr. anche T.A.R. Sardegna Cagliari, Sez. I, 24 marzo 2011, n. 276, per un caso particolare di inerzia tenuta dalla amministrazione scolastica.

³⁹ T.A.R. Campania Napoli, Sez. VIII, 18 giugno 2015, n. 3261.

⁴⁰ Cass., Sez. Un., 25 novembre 2014, n. 25011 (il corsivo è nostro).

Il primo è che l'intervento salvifico della Corte costituzionale e dei giudici comuni, possa essere considerato come «invasivo» della discrezionalità del legislatore e «caritatevole»⁴¹.

E', comunque, innegabile che la linea di difesa assunta dalla giurisprudenza non è espressione di un'esigenza di eguaglianza, ma di solidarietà, nel senso che lo Stato debba operare come custode di situazioni sociali caratterizzate da emarginazione e precarietà⁴².

Il secondo attiene alla circostanza che in materia di diritto d'istruzione pubblica generale, la giurisprudenza costituzionale adotta principi più stringenti (e limitativi) di quelli evocati a tutela dei disabili.

Credo che abbiamo a disposizione due conferme, non in alternativa, ma in sequenza.

Come ha dimostrato ampiamente Umberto Pototschnig, il diritto all'istruzione presuppone l'apertura della scuola prima dell'ammissione dello studente. Il diritto soggettivo – secondo questa costruzione – sorgerebbe nella seconda fase, e cioè in ordine al singolo provvedimento di ammissione ad una determinata scuola, già concretamente esistente e funzionante; rispetto al “se” e al “quando” il servizio debba essere reso, il privato non avrebbe che un interesse⁴³. Ora, questa impostazione è stata ampiamente enfatizzata dalla Corte costituzionale. Nella sua risalente giurisprudenza nel campo dell'istruzione, certo è che il profilo relativo alle situazioni soggettive appare storicamente e giuridicamente subordinato al momento organizzativo, costituito dal complesso legge di organizzazione-attività amministrativa di istituzione e attivazione di servizio.

Come ha affermato la Corte nella sent. n. 7/1967 nell'interpretazione del concetto di “obbligatorietà e gratuità dell'istruzione inferiore” non rientrano le prestazioni quali la fornitura di libri, materiale di cancelleria e così via; l'anno successivo la Corte ha ribadito che non è inerente al concetto di gratuità la fornitura da parte dello Stato dei mezzi di trasporto ad uso degli scolari (sent. n. 106/1968). Di conseguenza nella sent. n. 125/1975, alla Corte appare ovvio rilevare che l'adempimento degli obblighi sull'istruzione, «come dei principi della scuola aperta a tutti [...] debbono essere adempiuti nel quadro degli obblighi dello Stato secondo una complessa disciplina legislativa e nell'osservanza dei limiti di bilancio».

⁴¹ Perplesità che non viene del tutto eliminata come dimostra la circostanza che in alcune regioni del sud Italia i disabili vengano usati per creare occupazione (così, in senso esplicito, S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2015, p. 135). A parziale rafforzamento di questo aspetto, cfr. S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti?*, cit., p. 254 nt. 54, il quale riporta il dato che solo il T.A.R. Sicilia – Palermo ha riconosciuto, in diverse sentenze, il diritto ad un incremento delle ore di sostegno ad oltre cento bambini di quasi 30 comuni siciliani.

⁴² Il ritorno a questo assunto è caratteristico della teoria generale sui diritti sociali. Cfr. ad es. B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2013, pp. 193 ss. Antonio Baldassarre ritiene che la Costituzione italiana, nell'art. 38, comma 3, abbia ripudiato qualsiasi idea di “carità pubblica” (A. BALDASSARE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Treccani, Roma, 1989, *ad vocem*, p. 20).

⁴³ U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, *ad vocem*, p. 97.

A questa prima conferma ne segue un'altra relativa all'orientamento tenuto dalla Consulta su finanziamenti da parte dello Stato a favore delle scuole private.

Con la decisione n. 454 del 1994, la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1 della l. n. 719/1964, nonché quella conseguente dell'art. 156 comma 1 del D.p.r. 16 aprile n. 297/1994, nella parte in cui non estende l'erogazione gratuita dei libri di testo agli alunni delle scuole elementari private. La garanzia della gratuità dell'istruzione, nell'interpretazione della Corte, protegge anzitutto gli alunni e non le scuole (private).

Se (come mi sembra corretto) si accoglie la tesi che la fornitura gratuita dei libri è destinata agli alunni come tali, lo stesso dovrebbe ritenersi per la gratuità dei mezzi di trasporto e per il materiale di cancelleria che invece la Corte, nelle sentenze sopra riportate, esclude per le scuole pubbliche tra le prestazioni a cui lo Stato è tenuto.

Ciò non vuol dire che, dal punto di vista costituzionale, l'erogazione di contributi a favore delle scuole non statali sia da escludere (in accoglimento delle tesi radicali che sostengono il divieto costituzionale del loro finanziamento)⁴⁴, ma che la Corte avrebbe dovuto mostrare maggiore sensibilità nei confronti della scuola pubblica in coerenza con i valori dell'eguaglianza (art. 3 comma 2 Cost.) e della democrazia (art. 1 comma 1 Cost.)⁴⁵.

A ciò si aggiunga infatti il regresso culturale segnato da politiche che, negli ultimi anni, hanno operato in materia di istruzione tagli drastici, nell'idea che «tutti i capitoli di bilancio abbiano la stessa importanza»: i limiti di simili politiche, però, non finiscono qui, perché «sottrarre oggi preziose risorse finanziarie all'istruzione pubblica significa pregiudicare l'arricchimento culturale e le potenzialità della ricerca scientifica e tecnologica dei prossimi vent'anni»⁴⁶.

Il che implica, a sua volta, che il tema dell'istruzione pubblica è in forte misura connaturato al funzionamento del sistema economico che accompagna lo Stato democratico⁴⁷.

⁴⁴ V. in precedenza la sent. n. 36/1982 in cui la Consulta ha ritenuto esente da vizi di incostituzionalità una legge della Regione Sicilia che esclude dal beneficio del trasporto gratuito gli alunni delle scuole non autorizzate a rilasciare titoli riconosciuti dallo Stato e gli alunni che frequentano scuole, convitti e istituti con tasse annuali di frequenza a proprio carico.

⁴⁵ Per un aspetto particolare sul rapporto tra democrazia e istruzione v. M. C. NUSSBAUM, *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno di cultura umanistica* (2010), trad. it. a cura di R. Falcioni, il Mulino, Bologna, 2011, con una importante *Introduzione* di T. De Mauro.

⁴⁶ Per questa impostazione radicale v. A. PACE, *Il diritto all'istruzione nel tempo di crisi*, cit., p. 33. Sulla dimensione economica del problema vedi i dati riportati da E. A. HANUSHEK e L. WOESSMANN, *The role of cognitive skills in economic development*, in *Journal of economic literature*, n. 46, 3/2008, pp. 607-668.

⁴⁷ Lavoro specializzato presuppone istruzione. Anche di questo i nostri Padri costituenti erano ben consapevoli e così enunciarono: «I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi» (art. 34, comma 3 Cost.). Ma sulla questione v. già E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella costituzione italiana*, Morano Editore, Napoli, 1961, pp. 50 ss.

Il presidio dei regimi democratici, secondo un aspetto colto nitidamente da Giuseppe Guarino nel 1991, sta innanzitutto in un insieme di garanzie che consistono in «condizioni di adeguato benessere e di sufficiente cultura e ancora prima nel sistema delle libertà individuali e nella effettiva pratica della libertà. La libertà stimola le energie, promuove lo sviluppo delle personalità», un assetto coerente di questi fattori genera tendenzialmente una collettività «più ricca di personalità eminenti, più varia, più dinamica»⁴⁸.

Il tema dell'istruzione pubblica, dunque, rimane, e forse oggi in maniera ancora più drammatica perché l'abbassamento degli investimenti nell'istruzione riguarda soprattutto i ceti deboli, non le élites (le quali se vogliono possono scegliersi l'istruzione a 'loro misura')⁴⁹. Riguarda «tutti» (*«la scuola è aperta a tutti»*, dice l'art. 34, comma 1 Cost.) e non i pochi.

5. I soggetti disabili e la progressiva affermazione della giuridicità delle loro pretese

Negli ultimi trent'anni è cambiata la considerazione che il diritto ha della persona disabile.

Accanto alla globalizzazione dei mercati - dove si rischia di trovare «non veri e propri diritti, ma interessi occasionalmente garantiti»⁵⁰ - fa riscontro un'altra nobile forma di globalizzazione, quella della tutela della persona disabile, stando al tenore dei proclami contenuti negli atti normativi internazionali che incominciano a trovare una tutela effettiva. Il processo si svolge sia per via legislativa sia in conseguenza delle applicazioni giurisprudenziali. Quanto all'attività legislativa, l'idea della tutela della persona disabile ha lasciato il suo segno in tutti i paesi occidentali. Può essere ritrovata in molte costituzioni⁵¹ e nella maggior parte dei sistemi giuridici: in leggi che proteggono dalla discriminazione, leggi che garantiscono l'accesso al lavoro, leggi in materia di istruzione. Negli Stati Uniti, con una svolta

⁴⁸ G. GUARINO, *Riflessioni sui regimi democratici*, in *Pol. dir.*, 1991, pp. 46-47.

⁴⁹ E' rivelatrice la riflessione di Ernst Forsthoff che proprio nell'attenzione dello stato di diritto e sociale, quasi esclusivamente verso decisioni tecniche, dunque alla sola composizione e ripartizione di interessi in contrasto, ha visto il pericolo della perdita della forza per assumere decisioni fondamentali: «E' chiaro che l'attività sociale è diretta alla ripartizione. Ma ogni ripartizione è sociale. Essa lo è soltanto quando si toglie al ricco per dare al povero. Spesso il ricco è anche il potente; ciò vale particolarmente per le democrazie parlamentari, orientate verso un sistema di economia di mercato» (cfr. E. FORSTHOFF, *La repubblica federale tedesca come stato di diritto e stato sociale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, pp. 560-561).

⁵⁰ G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello stato-nazione*, cit., p. 912.

⁵¹ V., ad esempio, art. 3, comma 3, frase 3, della Legge Fondamentale tedesca; art. 48, comma 2, Cost. Bulgara; art. 21, comma 2, Cost. greca; Art. 69 cost. Polacca; Art. 71 Cost. Portoghese; art. 46 Cost. romena; art. 49 Cost. spagnola e art. 8, comma 4, Cost. Svizzera. Su questo processo in generale si veda M. OLIVETTI, *Art. 26*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, il Mulino, Bologna, 2001, pp. 202 ss. Nel 1985, nell'ambito dei lavori della Commissione parlamentare per le Riforme istituzionali presieduta dall'On. Bozzi, era stata avanzata la proposta di inserire nella nostra Costituzione l'art. 32 *bis*: «La repubblica tutela i disabili e ne promuove il recupero garantendo loro la partecipazione e l'eguaglianza in ogni settore della vita sociale» (cfr. C. COLAPIETRO, *Diritto dei disabili e costituzione*, con *Appendice* di F. Girelli, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 57, nt. 76, ivi riferimenti essenziali sulla posizione delle persone con disabilità nel quadro costituzionale, spec. nt. 105, p. 67).

epocale, nel 1990 è stata approvata una drastica legge che vieta la discriminazioni sul lavoro delle persone disabili. In alcuni paesi, tra cui Canada, Nuova Zelanda e Australia i disabili hanno vinto importanti battaglie legali. In Australia, in particolare, il parlamento ha emanato un *Disability Discrimination Act* nel 1992; il suo obiettivo era di eliminare la discriminazione sul lavoro, nell'istruzione, negli alloggi, e di «promuovere il riconoscimento e l'accettazione all'interno della comunità del principio per cui le persone disabili hanno gli stessi diritti fondamentali del resto della comunità»⁵².

Quanto all'attività del legislatore italiano⁵³, ricordo la l. 5 febbraio 1992, n. 104, che è sintomatica di un nuovo modo di concepire la persona disabile; legge che, come ha osservato la Consulta, 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 *handicaps*» (sent. n. 406 del 1992). In particolare, l'art. 12, comma 2, della citata legge attribuisce al disabile il diritto soggettivo all'educazione ed all'istruzione a partire dalla scuola materna fino all'università. In sede europea il Titolo III («Eguaglianza») della *Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea* introduce garanzie del tutto peculiari a favore dell'«Inserimento delle persone con disabilità» (art. 26)⁵⁴. A livello internazionale ricordo la già citata *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, un documento dove è dato ampio rilievo ai diritti civili e politici dei disabili, anche attraverso la predisposizione di accomodamenti ragionevoli, al fine di «andare incontro alle esigenze individuali del disabile» (art. 24, par. 2, lett. c), della Convenzione).

Quanto all'attività giurisdizionale il riconoscimento aperto con la sent. n. 215 del 1987 ed ora proseguito con la sent. n. 275 del 2016 della Corte costituzionale, dimostra una rinnovata attenzione per i problemi della persona disabile, senza che questo mutato atteggiamento sia stato direttamente provocato da un intervento legislativo⁵⁵.

⁵² Su questa evoluzione, si veda L. M. FRIEDMAN, *La società orizzontale*, cit., pp. 344-345.

⁵³ Da ultimo v. la l. 22 giugno 2016, n. 122, «Legge sul dopo di noi» (per un primo commento v. G. ARCONZO, *La legge sul «dopo di noi» e il diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità*, in *Quad. cost.*, 2016, pp. 787-789) e le modifiche apportate dal d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151, alla l. n. 68/1999, sull'inserimento lavorativo dei disabili (cfr. C. SPINELLI, *La nuova disciplina dell'inserimento al lavoro delle persone disabili (d.lgs. n. 151/2015) nel quadro della normativa internazionale e dell'Unione europea* e D. GAROFALO, *Le modifiche alla l. n. 68/1999: semplificazioni, correttivi, competenze*, in E. GHERA e D. GAROFALO (a cura di), *Semplificazioni sanzioni ispezioni nel Jobs Act 2. Commento ai d.lgs. 14 settembre 2015, nn. 149 e 151*, Cacucci editore, Bari, 2016, rispettivamente pp. 11-22 e pp. 23-46). L'«abbraccio soffocante» da parte del diritto nella tutela delle categorie svantaggiate tale da portare a «un'invasione che fruga in ogni angolo della loro vita privata ed associata» è evidenziato da M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di L. Elia*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. I, p. 38.

⁵⁴ Cfr. K. STERN, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Riflessioni sulla forza vincolante e l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali codificati nella carta*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2014, p. 1249-1250.

⁵⁵ Ciò conferma il giudizio complessivo espresso nella ricerca condotta da C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, cit., p. 364: «[...] nel nostro Paese una corretta analisi dei diritti sociali può essere condotta soltanto “sul filo della giurisprudenza costituzionale”, che oggi, di fatto, rappresenta “il diritto costituzionale vigente ed effettivo”». E si veda comunque il giudizio diverso, un po' sconsolato, espresso nel volume di C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte*

Nella pratica giurisprudenziale più recente i principi enucleati nelle sentenze della Consulta hanno permesso al giudice ordinario di desumere da esse, attraverso la sua normale opera d'interpretazione, la regola da seguire nel caso concreto, in applicazione diretta della Costituzione.

Il risultato è che in tutto il trentennio esaminato, la Corte costituzionale può sicuramente essere riconosciuta come il custode più vigile e più rigoroso dei soggetti disabili, ponendosi al centro della lotta per il diritto e non tirandosi indietro neanche in questo periodo di disponibilità limitata di risorse.

Ma l'età della «crisi economica» è anche «l'età dei diritti»⁵⁶ e di democrazie che, nelle loro forme migliori, sono più rispettose della *diversità* umana rispetto a democrazie dove i disabili continuano ad essere tra i più emarginati ed isolati tra gli esseri umani⁵⁷.

costituzionale a confronto, Giappichelli, Torino, 2000, p. 92: «non è possibile individuare una direzione univoca nello sviluppo della giurisprudenza globalmente considerata».

⁵⁶ Per mutuare il titolo di un volume fondamentale di N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

⁵⁷ Significativo in merito è il caso del Giappone su cui vedi L.M. FRIEDMAN, *La società orizzontale*, cit., pp. 342.