

**IL DIRITTO ALL'ISTRUZIONE DEI DISABILI
COME PARADIGMA DELLA TUTELA DEI DIRITTI SOCIALI ***

di Cecilia S. Vigilanti **
(7 marzo 2012)

«Il tentatore gli si avvicinò e gli disse: “Se tu sei Figlio di Dio, di’ che queste pietre diventino pane”. Ma egli rispose: “Sta scritto: Non di solo pane vivrà l'uomo”».
(Matteo 4, 3-4)

INDICE-SOMMARIO: 1. *Premessa: i diritti sociali ai tempi della crisi.*- 2. *Il diritto all'istruzione dei disabili: dall'“intenzione” dei costituenti all'“implementazione” della Corte.*- 3. *Il lento sviluppo della legislazione ordinaria: dalla ghettizzazione all'inclusione.*- 4. *Il “parametro” dell'equilibrio finanziario nella giurisprudenza amministrativa: l'insegnamento di sostegno come specificazione del diritto all'istruzione dei disabili.*- 5. *La tutela “multilivello” dei diritti dei disabili: brevi cenni.*- 6. *Conclusioni: la selezione partecipata dei diritti sociali. Un'idea semplice: la sostenibilità come umanità dei diritti sociali.*

1. Premessa: i diritti sociali ai tempi della crisi.

La più recente evoluzione della giurisprudenza amministrativa, e non solo, in materia di diritto all'istruzione dei disabili, affrontando il tema del *quantum* dei servizi di sostegno offerti ai minori svantaggiati, ha messo nuovamente sul tappeto il problema del “costo” dei diritti sociali, un problema che ha di fatto segnato l'intero percorso di riconoscimento e di garanzia di tali diritti, incidendo anzitutto sulla loro classificazione.

I costi che ad essi si associano sono fondamentalmente quelli che l'amministrazione pubblica deve affrontare per la predisposizione delle strutture e degli strumenti necessari a garantire le condizioni indispensabili per il loro godimento¹. Com'è noto, proprio la circostanza per cui la loro attuazione e il loro esercizio dipendono dall'esistenza di alcune “pre-condizioni”, ha fatto sì che si parlasse dei diritti sociali come di *diritti condizionati*², associando a tale dizione, almeno in un primo momento, una valutazione negativa, come a voler rappresentare una sostanziale *minorità* di questi diritti – detti anche *di seconda generazione* – rispetto a quelli politici e civili, ordinariamente qualificati *di prima generazione*, nel sistema generale delle situazioni giuridiche soggettive previste dalla nostra Carta costituzionale³.

* Saggio proposto dal Prof. A. Spadaro.

¹ A tali costi propriamente economici se ne associano di volta in volta altri: costi privati, costi sociali o anche costi indiretti così definiti perché si producono quale effetto imprevisto e indiretto del riconoscimento di un nuovo diritto o di una nuova libertà. Sul punto si veda C. FUSARO, *Premessa*, in S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000, 23; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 31.

² Quanto al carattere condizionato dei diritti sociali significativa, anche se ormai sostanzialmente superata, la posizione manifestata da L. ELIA, in occasione della conferenza stampa sull'attività della Corte Costituzionale nell'anno 1982: «se taluno ha scambiato per diritto costituzionale garantito e di immediata realizzabilità situazioni che dipendono effettivamente da condizioni economiche aleatorie, ciò non può essere addebitato ai costituenti né al carattere promozionale di talune disposizioni della Carta». Ad ogni modo, può subito precisarsi che la natura condizionata dei diritti sociali non comporta che il mancato intervento pubblico metta in discussione l'esistenza dei diritti stessi, giacché tale esistenza è posta, stabilita, prescritta in Costituzione; tutt'al più essa potrà incidere sulle modalità di garanzia.

³ In particolare si è sostenuto in dottrina che il principale elemento di discriminazione tra i diritti di prima generazione e i diritti sociali sarebbe l'irrinunciabilità dei primi rispetto alla struttura della forma di Stato democratica, cui si opporrebbe la rinunciabilità dei secondi, argomentata, inoltre, facendo leva sul fatto che essi non sarebbero rivolti alla soddisfazione di bisogni fondamentali, e resterebbero comunque “diritti costosi”, proprio perché bisognosi di un intervento di *implementazione* da parte dei pubblici poteri. Argomenti in realtà non idonei a tracciare in modo così netto, come pure si vorrebbe, la distinzione tra diritti di prima e seconda generazione, ammesso che tale distinzione regga: per altri si tratterebbe, per esempio, della terza generazione. Sembra, infatti, piuttosto che «*tutti* i diritti fondamentali possono essere considerati come diritti di difesa e/o come diritti a prestazione, e/o come

Si tratta di una concezione mortificante dei diritti sociali, chiaramente contestabile alla luce di una rilettura in senso “olistico” delle norme costituzionali che ad essi rinviano in maniera diretta o indiretta. La co-essenzialità dei diritti sociali rispetto al sistema costituzionale è, infatti, dimostrabile sulla base di una serie di argomenti, che potremmo così sintetizzare: 1) la loro tutela è anzitutto affidata a disposizioni della Carta – anziché unicamente a leggi ordinarie⁴ – che, come la stessa Corte ha avuto modo di precisare, non hanno mero carattere programmatico, ma sono direttamente precettive; 2) essi sono strumentali alla realizzazione del fine ultimo del sistema costituzionale, vale dire alla garanzia del pieno sviluppo della persona umana, come base per la tutela della sua dignità⁵; 3) incidono sulla stessa forma di Stato, connotandolo come *Stato* propriamente *sociale*.

Riconoscere i diritti sociali come diritti inviolabili, rientranti nel nucleo duro della Carta costituzionale ha ovviamente delle conseguenze sul piano della protezione loro accordata, poiché – come autorevole dottrina ha avuto modo di evidenziare⁶ – l’invulnerabilità si traduce in *irriveribilità*, anche da parte del legislatore costituzionale. Una caratteristica, questa, che non ha mai posto particolari problemi con riferimento ai *diritti di prima generazione*, che si atteggiavano tendenzialmente come *libertà negative*, la protezione delle quali passa attraverso un comportamento di *agevolazione passiva* da parte dello Stato, ma che diversamente diventa motivo di controversia rispetto ai diritti sociali che, come abbiamo visto, richiedono, ai fini del loro concreto esercizio, la predisposizione di appositi servizi e strutture da parte dei pubblici poteri (*libertà positive*), di modo che quanto meno in relazione alle loro condizioni di attuazione risentono maggiormente della discrezionalità del legislatore.

Più precisamente la proclamazione della loro invulnerabilità si scontra con le ragioni connesse ad un altro principio cardine dei sistemi costituzionali liberaldemocratici, compreso il nostro, che entra in gioco ogniqualvolta si tratti di fare i conti con le risorse dello Stato, vale a dire il principio dell’*equilibrio finanziario* (formula che invero oggi si tende a declinare in termini più rigidi come “pareggio di bilancio”). E’ in nome di questo principio, infatti, che soprattutto negli ultimi anni – in cui si è iniziato a soffrire delle conseguenze degli abusi del *welfare State*, prospettandosene una possibile implosione per l’incombente crisi finanziaria – il legislatore si è fatto promotore di una serie di interventi normativi “limitativi” dei servizi connessi al godimento di taluni diritti sociali, in ragione di una compressione degli investimenti pubblici corrispondenti⁷.

Ciò non può che sollevare alcuni interrogativi relativi alla forza e alla pervasività di tale limite dell’equilibrio finanziario: esso è idoneo a giustificare una qualsiasi limitazione dei diritti sociali? Possono ipotizzarsi situazioni in cui tale principio si imponga addirittura come prevalente? Il rapporto tra questo principio e i diritti sociali è “alla pari”, dovendosi considerare entrambi valori di pari grado o esiste una gerarchia tra di essi?

diritti di partecipazione, e/o come diritti di percepire un utile sociale»: così, fra i molti, C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, 10 ss. Sui costi dei diritti di libertà cfr., per tutti, S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN (*Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000, 20) i quali, partendo dal presupposto che sono diritti gli interessi per la protezione dei quali l’ordinamento destina apposite risorse, arrivano a sostenere che «un diritto in senso giuridico esiste per davvero solo quando e se ha un costo». Non manca chi ha affermato l’indispensabilità dei diritti sociali, ponendola alla base del sorgere di un vero e proprio «mandato costituzionale di protezione sociale realizzabile attraverso l’esercizio di potestà politiche che implicano a loro volta il dispiegarsi di poteri decisionali». V. B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001, 24 ss.

⁴ A ciò può aggiungersi – quale altro elemento a favore del riconoscimento ai diritti sociali dello *status* di *diritti inviolabili costituzionali* – il fatto che, fermo restando il loro diretto aggancio costituzionale, è rimessa alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la disciplina dei *livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali* ex art. 117, co. 2, lett. m). Inoltre, sempre in merito alla loro invulnerabilità, può sostenersi che «non possono non essere qualificati in termini di diritti inviolabili proprio in quanto espressione di quegli stessi valori costituzionali fondamentali e della forma di stato»: così D. BIFULCO, *L’invulnerabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, 165.

⁵ Sul punto esiste ormai una discreta letteratura. Fra gli altri, v. spec. A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radici “religiose” dello Stato “laico”*, Torino, 2008, 61 (*infra* ulter. bibl.). L’Autore definisce la dignità umana come «l’obiettivo ultimo ed il limite estremo di ogni sistema costituzionale» personalista e liberaldemocratico.

⁶ Cfr. P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 53 ss.

⁷ Sulla crisi del *Welfare*, nell’amplessima letteratura, si segnala la ricca ricerca AA.Vv., *Diritto di Welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, a cura di M. Campedelli, P. Carrozza e L. Pepino, Bologna, 2010.

Si tratta ovviamente di interrogativi di ampia portata, cui è difficile dare risposte secche ed univoche, dovendosi indagare il fondamento reale di tali diritti, il ruolo da questi giocato nel quadro complessivo del disegno costituzionale, per capire se e che tipo di compressioni possono sopportare, posto che una riduzione dei loro spazi di tutela costituisce ormai una realtà ineludibile, date le ristrettezze imposte dalla difficile congiuntura economica.

Le pagine che seguono intendono riproporre questi interrogativi con riferimento ad un particolare ma paradigmatico diritto sociale – il diritto all’istruzione dei disabili – al fine di accertare come in relazione ad esso si sia tentato di ricomporre, a livello legislativo o giurisprudenziale, le naturali tensioni esistenti tra le esigenze connesse alla protezione del diritto e, appunto, il limite dell’equilibrio finanziario.

2. Il diritto all’istruzione dei disabili: dall’“intenzione” dei costituenti all’“implementazione” della Corte.

La disciplina del diritto all’istruzione in generale, e del diritto all’istruzione dei disabili in particolare, può rappresentarsi come una sorta di *puzzle*, composto da tasselli di tanti colori quanti sono i possibili strumenti, e i livelli territoriali, di tutela della situazione giuridico-soggettiva in questione. Tasselli di matrice costituzionale, legislativa o giurisprudenziale, e di derivazione nazionale, comunitaria e internazionale, tanto che è ormai corretto parlare di una vera e propria *tutela multilivello della disabilità*. Tutti questi tasselli dai vari colori è come se componessero una serie di cerchi concentrici al centro della quale, sia pure nel nostro caso sotto il profilo specifico del diritto all’istruzione, si pone il soggetto-persona considerato meritevole di tutela. Non è mai superfluo ricordare che è proprio ad esso che si rivolge il costituente⁸.

Ciò detto, il primo passaggio della riflessione che si intende di seguito sviluppare non può che consistere nello specificare meglio le fattezze di questo soggetto, titolare dei diritti riconosciuti e garantiti dall’ordinamento: chi è, dunque, il disabile,? O meglio, forse, chi è disabile? Si tratta di una domanda che segna la conformazione dei diversi livelli di tutela, dal momento che il modo di considerare il soggetto, l’impostazione prospettica adottata nei suoi confronti, hanno significativamente inciso sull’evoluzione delle soluzioni approntate dal legislatore. Torna utile a tal fine riprendere le categorizzazioni elaborate dalle organizzazioni internazionali di settore, imprescindibile punto di riferimento per le normative nazionali.

La Classificazione internazionale delle menomazioni, delle disabilità e degli *handicap* proposta dall’OMS nel 1980 – c.d. ICIDH – si ispirava ad un *modello consequenziale* di definizione della disabilità che poneva in relazione, come momenti successivi di una stessa *catena causale*, malattia e disabilità

handicap. All’origine della disabilità, da intendersi come qualsiasi perdita o limitazione della capacità di svolgere un’attività in modo normale, si poneva la malattia, che a sua volta era considerata generatrice di *handicap*, ossia di una situazione di svantaggio. Tale classificazione fu oggetto di numerose critiche in quanto tendeva a concentrarsi sul carattere *soggettivo* della disabilità senza tener conto della necessaria *dimensione sociale* della stessa, determinata dalla circostanza per cui se anche è la malattia a limitare le capacità del soggetto, tale limitazione che

⁸ Da sempre si discute della identificazione del referente *soggettivo* della Costituzione. Se già in via generale, in base all’eloquente disposto dell’art. 2 Cost., si è giunti a ritenere che la nostra Carta, forse più di altre, abbia un’impostazione “personalista”, che guarda cioè al soggetto nella sua dimensione relazionale (alla *persona* appunto) piuttosto che all’*individuo*, ciò vale ancor più per le norme che si riferiscono ai diritti sociali, essendo tali diritti sostanzialmente dei mezzi per consentire il pieno sviluppo del soggetto stesso nelle comunità sociali di cui a vario titolo entra a far parte: la famiglia, la scuola, il sindacato, la comunità civile, etc. La *socialità* di questi diritti si esprime, dunque, anzitutto nel loro essere situazioni soggettive che maturano e si impongono nelle formazioni sociali in cui il singolo gradualmente si inserisce per la realizzazione di sé. Il punto, che già vide soprattutto A. Moro artefice in Assemblea costituente, è ben noto anche se oggi – in tempi di forte individualismo competitivo – forse tende ad essere dimenticato e trascurato. Ci sembra colga bene il concetto, fra gli altri, A. SPADARO, *Cellule staminali e fecondazione assistita: dubbi di un giurista*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1/2005, 71 ss.: «una delle più classiche ed elementari caratteristiche di ogni credibile teoria della persona umana [...] è il suo contrapporsi alle concezioni individualistico-atomistiche, proprio in ragione della natura più schietta e profonda della persona, che è e resta essenzialmente un essere sociale e relazionale [...]. Tale approccio è quello più conforme al modello costituzionale per il quale i diritti della persona si realizzano soprattutto nella dimensione sociale/relazionale».

potremmo definire “naturale”, è comunque enfatizzata e trasformata in uno svantaggio, rispetto ai normodotati, dal contesto sociale che non è pensato per il superamento della diversità.

Si arriva così, a distanza di circa 20 anni, ad un nuovo sistema classificatorio (c.d. Classificazione internazionale del funzionamento della disabilità e della salute o ICF, 2001) in base al quale si definisce disabile colui che «sperimenta difficoltà nella vita sociale»⁹, ritenendo che la partecipazione del soggetto alle attività sociali dipenda essenzialmente dall'interazione che si crea tra la sua condizione di salute e le condizioni ambientali (definite genericamente *fattori contestuali*, a ricomprendere condizioni di tipo culturale, sociale e personale).

Questo cambiamento di prospettiva produce delle conseguenze immediate nella determinazione degli obiettivi di azione che il legislatore nazionale, ma non solo, si dà nella predisposizione delle norme a tutela dei disabili, poiché diventa evidente che occorre adottare un approccio di tipo *integrato* che guardi, sì, alla persona e alla specificità della sua menomazione¹⁰, ma anche al contesto sociale in cui essa si inserisce.

Prima di passare all'analisi dei singoli cerchi di cui si compone questo sistema multistrato di protezione dei diritti dei disabili, e in particolare del diritto all'istruzione, può essere utile ricordare i valori-obiettivo che hanno orientato le scelte del nostro legislatore in tale ambito negli ultimi cinquant'anni. Tre sono state in tal senso le tappe fondamentali, per le quali si è passati da: 1) primi interventi, risalenti alla fine degli anni '60, ispirati al fine dell'*inserimento*, da intendersi come attribuzione di uno spazio – spesso “separato” però – al disabile entro le comunità sociali tradizionali; 2) ad una fase intermedia detta dell'*integrazione*, in cui si è puntato a superare tale stato di separazione intervenendo prevalentemente sul soggetto, e solo marginalmente sul contesto sociale o sulle regole cui il contesto risponde; 3) ad un'ultima fase, ancora in corso, la cui parola chiave è quella dell'*inclusione*, da intendersi come diritto di partecipare attivamente alla definizione dell'organizzazione della società, conservando la propria diversità e, dunque, rifuggendo da aridi meccanismi di omologazione; un'inclusione che impone contestualmente l'adattamento del contesto al soggetto – e non solo viceversa – e la valorizzazione delle capacità residue di quest'ultimo.

Procedendo all'esame dei diversi livelli di questa complessa disciplina e volendo per ora limitare il campo al solo diritto interno, il primo cerchio che viene in rilievo, che ricomprende e offre la sua copertura a tutti gli altri, non può che essere quello costituzionale. La cornice costituzionale è in questo ambito rappresentata dagli artt. 34¹¹ e 38, co. 3, Cost., da leggersi e interpretarsi alla luce dei principi fondamentali di cui agli artt. 2 e 3 Cost. della Carta, di cui i precedenti sono solo una specificazione. Il diritto all'istruzione proclamato come diritto di tutti¹²

⁹ Sul punto, fra i tanti, utile è la lettura di A.D. MARRA, *Diritto e disability studies. Materiali per una nuova ricerca interdisciplinare*, Reggio Calabria, 2009, ma soprattutto di C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011, 24 ss., il quale opportunamente sostiene che «la disabilità è l'oggettivazione della menomazione, mentre l'handicap rappresenta la “socializzazione” di una disabilità», volendo intendere che esso altro non è se non «il risultato dell'impatto tra disabilità e società».

¹⁰ L'attenzione alla specificità della situazione del singolo diventa un *dictum* irrinunciabile dopo la sent. n. 215 del 1987 della Corte costituzionale, pronuncia cardine in materia di diritto all'istruzione dei disabili, nella quale si evidenzia come la disabilità non sia da considerarsi quale fenomeno monolitico o “di categoria”, dal momento che essa si manifesta in forme tra loro significativamente diverse, una diversità che impone la differenziazione degli interventi a protezione dei disabili.

¹¹ E' interessante ricordare che in sede di Assemblea Costituente la discussione sull'art. 34 Cost. si concentrò principalmente sui temi cari all'ala democristiana, e quindi sul problema del rapporto tra le scuole pubbliche e le scuole private, lasciando in secondo piano i profili, certo non secondari, attinenti all'estensione del diritto all'istruzione e alle garanzie per il suo effettivo esercizio. Tali profili vennero valorizzati solo in un secondo momento, a seguito dell'entrata in vigore della Carta, quando si iniziò a considerare la forte connessione esistente tra l'art. 3 Cost. e le norme relative ai diritti fondamentali – compreso appunto l'art. 34 – comprendendo la forza eversiva del primo rispetto al vecchio ordinamento. Divergenti furono poi le interpretazioni che si diedero circa la natura del diritto in questione a partire dal dato letterale: se da una parte vi era chi negava la possibilità di classificarlo quale diritto soggettivo, definendolo piuttosto come un diritto al godimento della prestazione amministrativa (del servizio scolastico), dall'altra non mancava chi invece riteneva si trattasse di un vero e proprio diritto individuale all'istruzione. Per una ricostruzione del dibattito svoltosi in Assemblea Costituente e delle diverse interpretazioni del senso della norma in questione si veda S. CASSESE, *Rapporti etico-sociali. Art. 33-34*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1976, 210 ss., nonché A. POGGI, *Art. 34*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 699 ss.

¹² «Il Costituente ha voluto coniugare il diritto allo studio con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost». Così: *Linee guida per l'integrazione scolastica degli alunni con disabilità*, Parte I, Prot. n. 4274, 4 agosto 2009, in www.istruzione.it. A favore di una interpretazione estensiva dell'art. 34 Cost. si consideri, tra le altre, Corte cost., sent. n. 454, 12 dicembre 1994. Non può trascurarsi tuttavia che, in un primo momento, la stessa Corte costituzionale offrì un'interpretazione restrittiva dell'art. 34, co.1, Cost.,

dall'art. 34 Cost., altro non è se non uno strumento di sviluppo della personalità umana che si esplica in una formazione sociale determinata, vale a dire la comunità scolastica¹³. Il medesimo diritto, nonostante la dizione dell'art. 34 Cost. lasci già intendere la più ampia portata soggettiva possibile, è esplicitamente sancito per le persone disabili nell'art. 38 Cost., ad indicare la rilevanza specifica che lo stesso ha per la *socializzazione* di tali soggetti.

Il riferimento agli artt. 2 e 3 Cost. è da intendersi principalmente nel seguente modo: la tutela dei disabili risulta tutta ispirata all'obiettivo, proprio in generale dell'azione della Repubblica ex art. 3 Cost., del pieno sviluppo della persona umana, che trova nella *pari dignità sociale*¹⁴ – di cui all'art. 2 Cost. – il suo necessario presupposto. In questo senso, potrebbe dirsi che la relazione tra l'art. 2 e l'art. 3 Cost. è di tipo biunivoco: l'uguaglianza sostanziale trova il suo fondamento nella pari dignità sociale, ma dall'altra parte il realizzarsi dell'eguaglianza presuppone il riconoscimento della dignità di ciascuno. Questa relazione tra dignità ed uguaglianza si completa, ed è correttamente portata a maturazione però solo laddove si operi nel rispetto di un altro valore cardine che è la solidarietà, l'unico motore che può davvero consentire il superamento e la ricomposizione delle diversità¹⁵.

L'art. 2 Cost., in particolare, richiama alla necessità che siano garantite pari opportunità nel godimento di quel *meta-diritto* che è il diritto di poter fruire di ogni altro diritto e, combinato all'art. 3 Cost., impone di guardare a ciò che rende uguali e unisce, piuttosto che a ciò che differenzia, vale a dire la condizione di umanità che tutti accomuna e che giustifica, appunto, la *pari dignità sociale*. Dall'art. 3, co. 2, Cost. si ricava, inoltre, un'indicazione valida per il riconoscimento e la garanzia di tutti i diritti fondamentali, attinente alla *necessaria* effettività degli stessi¹⁶, che nel caso di specie impone l'impegno dello Stato all'attivazione di un processo di «trasformazione sociale nel senso della (tendenziale) riduzione delle diseguaglianze e dell'integrazione sociale»¹⁷.

Ecco, dunque, che alla luce di quanto appena detto gli artt. 34 e 38 Cost. finiscono col costituire l'applicazione dei principi sopra esaminati (pari dignità sociale e uguaglianza, specie nella sua forma sostanziale) ad una particolare formazione sociale, quale è la comunità scolastica.

Lo studio della effettività di tali norme costituzionali non può che ricomprendere anche l'analisi della pronunce della Corte mediante le quali tali norme hanno preso vita e si sono inverte nell'ordinamento¹⁸.

prevedendo servizi e strutture differenziati in ragione della *diversità* dei soggetti. Cfr. Corte cost., sent. n. 125, 28 maggio 1975.

¹³ «L'area dell'istruzione e della formazione [...] ha a che fare con la crescita civile del cittadino *tout court* mettendolo anche in grado di raggiungere attraverso i mestieri, le arti e le professioni, livelli di autonomia economica e di benessere che costituiscono una parte cospicua di una condizione di vita buona e comunque dignitosa»: così E. BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, in AA.VV., *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte costituzionale*, a cura di P. Bianchi, Pisa, 2006, 226.

¹⁴ Da intendersi secondo la nota definizione di F. MODUGNO (*Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, 20) come «la parità (almeno) potenziale nei diritti». Sulla dimensione sociale, e non solo individuale, del principio di dignità umana nella nostra Costituzione, si veda per tutti P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania, P. Ridola, I, Torino, 2006, 128 ss., ma prim'ancora spec. A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, 23 ss., nonché Id., *Storie costituzionali dei diritti sociali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, vol. II, Napoli, 2008, 689 ss.

¹⁵ C. COLAPIETRO, *op. cit.*, 15 ss.

¹⁶ A proposito dell'effettività della tutela dei diritti costituzionali si veda G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2010, 26, il quale afferma che tale effettività «si misura nello scarto tra dover essere costituzionale e legislazione ordinaria vigente». L'implementazione dei diritti costituzionali assume le forme della *libertà mediante lo Stato*, e quindi passa attraverso prestazioni dei pubblici poteri in essere per riequilibrare le posizioni dei singoli.

¹⁷ Cfr. A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, a cura di A. D'Aloia, Milano, 2003, XIV ss. Quanto al rapporto tra l'art. 3, co. 2, Cost. e il riconoscimento dei diritti sociali si veda B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001, 24 ss.: «l'art. 3 comma II costituisce la base giuridica sulla quale si può innestare qualsiasi diritto sociale. Il bene protetto da questa norma è rappresentato dal pieno sviluppo della personalità individuale, visto non solo nella dimensione soggettiva della proiezione identitaria di ciascuno, ma anche nella dimensione materiale della partecipazione all'articolazione della collettività».

¹⁸ Sulla giurisprudenza della Corte costituzionale come espressiva della c.d. *Costituzione reale-vivente* si veda spec. A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, vol. I, *Fra democrazia relativistica e assolutismo etico*, Milano, 1994, 33 ss.; ma anche dello stesso Autore, *L'idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni "geometriche" dell'"albero" della Costituzione e un'unica, identica "clausola d'Ulisse"*, in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European*

Una posizione centrale occupa all'interno di questo "strato", o livello di tutela, la sentenza n. 215 del 1987¹⁹, vero e proprio punto di partenza da cui hanno preso avvio tutte le successive pronunce in materia oltre che, più in generale, fondamentale punto di riferimento per la ricostruzione della disciplina costituzionale dei diritti sociali.

Nel caso di specie venne contestata, e poi di fatto dichiarata, l'illegittimità costituzionale del co. 3 dell'art. 28 della l. n. 118/1971 nella parte in cui prevedeva che fosse solo "facilitata" e non "assicurata", la frequenza delle scuole medie superiori e dell'università per i portatori di *handicap*, creando una vera e propria lacuna di tutela del diritto all'istruzione per i gradi successivi al completamento della c.d. *scuola dell'obbligo* e incidendo sulla effettività del diritto stesso. Conformemente a quanto statuito dagli artt. 2,3, co. 2, 34 e 38, co. 3, Cost. è, invece, compito dello Stato garantire ai minori svantaggiati la possibilità di permanere nel contesto scolastico anche dopo la conclusione della *scuola dell'obbligo*, essendo l'inserimento scolastico uno dei mezzi atti ad evitare che il soggetto viva «una sicura regressione, in termini di maturazione psico-intellettuale e di socialità». Scrive in merito la Corte che «la partecipazione al processo educativo con insegnanti e compagni normodotati costituisce [...] un rilevante fattore di socializzazione e può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità dello svantaggiato, 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 [...]. La frequenza scolastica è dunque un essenziale fattore di recupero del portatore di *handicap* e di superamento della sua emarginazione, in un complesso intreccio in cui ciascuno di tali elementi interagisce sull'altro e, se ha evoluzione positiva, può operare in funzione sinergica ai fini del complessivo sviluppo della personalità». Tali esigenze di apprendimento e di socializzazione non cessano al completamento del ciclo di studi indicato convenzionalmente come scuola dell'obbligo. Anzi, venendo le stesse soddisfatte attraverso l'attivazione di complessi processi di integrazione, è del tutto controproducente interromperli artificialmente al venir meno dell'obbligo scolastico, impedendo non solo qualsiasi sviluppo successivo della personalità del soggetto, ma esponendolo anche al rischio di una vera e propria regressione²⁰. Nel dichiarare, dunque, l'illegittimità costituzionale della norma impugnata, data la necessità costituzionale che sia assicurato il diritto all'istruzione dei disabili – come diritto di fruire dei servizi che consentono il pieno spiegarsi del diritto all'educazione – nella ricordata sentenza la Corte finisce con l'attribuire all'art. 38, co. 3, valore immediatamente precettivo e cogente e non meramente programmatico, imponendo ai competenti organi scolastici di non frapporre impedimenti al diritto del portatore di *handicap* alla frequentazione della scuola secondaria superiore.

Merita precisare che la centralità e l'importanza della sentenza *de qua* derivano anche dalla sua rilevanza "storica": come si sa, è con questa pronuncia che la Corte costituzionale ha introdotto la

Constitutionalism context, a cura di F.F. Segado, Madrid, 2003, 18.

¹⁹ Il caso che aveva originato la proposizione della q.l.c. in relazione all'art. 28 della l. 30 marzo 1971, n. 118 (Conversione in legge del d.l. 30 gennaio 1971, n. 5 e nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili) da parte del giudice amministrativo (TAR Lazio), era quello di una ragazza affetta da disturbo psichico qualificato come "non grave" che, a causa di tale condizione di svantaggio, avendo difficoltà a seguire le lezioni ordinarie, era stata giudicata alla fine dell'anno "non classificabile" venendole, inoltre, negata la possibilità di re-iscriversi l'anno successivo allo stesso istituto, ciò nonostante fosse emerso dagli accertamenti compiuti che l'inserimento della giovane nella classe avrebbe potuto arrecarle dei benefici non solo sul piano dell'apprendimento, ma anche e soprattutto in termini di ri-socializzazione.

²⁰ Presupposto di questa, come di numerose successive sentenze costituzionali (tra tutte la n. 251/2008) è, ovviamente, il superamento della concezione della totale irrecuperabilità delle persone disabili, in favore di un'impostazione che riconosce un valore terapeutico alla socializzazione, considerata essenziale per la salute degli interessati e, di conseguenza, strumento per la realizzazione anche del diritto di cui all'art. 32 Cost. Di questa nuova concezione si trova traccia, ad es., anche nelle *Linee guida per l'integrazione scolastica degli alunni con disabilità*, predisposte dal M.i.u.r. sotto la direzione dell'allora ministro M.S. Gelmini, la quale parla dell'integrazione scolastica come di un processo *irreversibile*, che incide, cioè, significativamente sulla vita del soggetto e che proprio per questo non può essere costruito su *pratiche disimpegnate* o su procedure verificate solo sotto il profilo della correttezza formale. In tal senso, si veda anche la ricerca *Istruzione e integrazione scolastica delle persone con disabilità* (1999/2000) promossa dal Sistema di Informazione Statistica sulla Disabilità, dalla quale risulta che al fine di conseguire il risultato del pieno sviluppo delle persone disabili, non è sufficiente intervenire solo sul piano giuridico, ma è necessario puntare anche alla formazione, all'istruzione e all'educazione, «per costruire una vera cultura dell'integrazione».

tecnica decisoria delle c.d. *additive di principio*²¹, divenuta poi comune, almeno fino agli anni '90, nella risoluzione delle questioni legate al riconoscimento dei diritti sociali. In chiusura al dispositivo, affermando la piena discrezionalità del legislatore nella predisposizione di una «disciplina idonea a dare organica soluzione a tale rilevante problema umano e sociale», la Consulta lascia intravedere uno degli aspetti cruciali per la definizione della estensione della tutela dei diritti sociali²², vale a dire quello dei loro costi e quindi del rapporto intercorrente tra il loro riconoscimento e le risorse finanziarie disponibili²³. La Corte ha avuto modo di ribadire il valore di tale discrezionalità e il fondamentale equilibrio che deve sussistere tra questa e il ruolo di controllo del giudice costituzionale nella sent. n. 325/1996, ove si legge che «la discrezionalità del Parlamento nell'individuare le diverse misure operative [...] non implica, certo, che non si possa compiere il vaglio di costituzionalità dei meccanismi predisposti dalla legge quadro in esame, al fine di controllare sia la razionalità e congruità delle singole norme denunciate sia la sussistenza di eventuali disparità di trattamento, senza perdere di vista, comunque, l'insieme normativo».

Sempre nel senso di un necessario *self-restraint* della Corte²⁴, una volta che risulti garantito il nucleo indefettibile dei diritti, si pronuncia la sent. n. 226/2000, ove si evidenzia come l'effettività delle misure a sostegno dei portatori di *handicap* in relazione all'art. 38 Cost. dipenda dall'intervento del legislatore e dal modo in cui questi decide di esercitare i suoi «poteri di apprezzamento della qualità, della misura e delle modalità di erogazione delle provvidenze da adottarsi, nonché della loro gradualità, in relazione a tutti gli elementi di natura costituzionale in gioco, compresi quelli finanziari, la cui ponderazione rientra nell'ambito della sua discrezionalità»²⁵. Per cui, anche se la Corte avrebbe a sua disposizione gli strumenti per controllare le scelte compiute dal legislatore, il suo controllo deve arrestarsi dinanzi alle valutazioni propriamente politiche compiute da questo, non potendo a esse sovrapporre la propria decisione «in mancanza di criteri giuridico-costituzionali predeterminati»²⁶.

²¹ Sul punto si veda C. SALAZAR, *op. cit.*, 4, la quale, nel prospettare la possibilità che tal tipo di pronunce siano impiegate per sopperire alle «dimenticanze» del legislatore «nell'attuazione di diritti sociali, quando sia necessario porre un *immediato* rimedio al *vulnus* arrecato alla dignità della persona», mette in guardia rispetto al rischio che la Corte costituzionale e i giudici si trasformino in creatori *ex nihilo* del diritto, laddove l'uso di questa tecnica decisoria non avvenga nel rispetto del principio di ragionevolezza.

²² Interessante la definizione che di essi propone N. BOBBIO (*Sui diritti sociali*, in AA.VV., *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, a cura di G. Neppi Modona, Torino, 1996, 119) che li ricollega a «pretese o esigenze da cui derivano legittime aspettative, che i cittadini hanno, non come individui singoli, ma come individui sociali, che vivono e non possono non vivere, con gli altri individui». Si tratta – come già ricordavamo – di una concezione che pone l'accento sulla circostanza per cui tali diritti sono destinati a trovare attuazione e ad esplicarsi entro le formazioni sociali in cui il soggetto vive; diritti «contestualizzati», quindi, che lo riguardano in quanto parte di una comunità. La «contestualizzazione» dei diritti sociali si esprime anche nel loro essere pensati non in relazione a categorie astratte di soggetti, ma guardando alla specificità di gruppi sociali particolari, concretamente esistenti, che per ragioni differenti, vivono in una condizione di diversità. Cfr. F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti*, Roma-Bari, 1997, 317.

²³ La Corte ha definito i diritti sociali quali «diritti perfetti, esigibili per il solo riconoscimento che hanno in Costituzione, a prescindere dalla esistenza di una legislazione ordinaria». Cfr. C. COLAPIETRO, *op. cit.*, 65.

²⁴ La tendenza al ridimensionamento degli interventi della Corte volti al riconoscimento dei diritti sociali ha caratterizzato la giurisprudenza costituzionale degli anni '90 che, infatti, ha manifestato una certa prudenza nell'impiego delle *additive di principio*, facendo in ogni caso salva la possibilità che il legislatore «per inderogabili esigenze di contenimento della spesa pubblica», riducesse i trattamenti o i benefici attribuiti in via giurisprudenziale. Cfr. C. SALAZAR, *op. cit.*, 90, la quale richiama in merito Corte cost., sent. n. 417, 27 dicembre 1996. A ragione si è osservato come la Corte abbia graduato l'invasività del proprio intervento in relazione al carattere più o meno irragionevole dell'intervento normativo, nel senso che innanzi a discipline segnate dall'irragionevolezza ha ribadito fermamente che la discrezionalità del legislatore è tale da poter coprire il *quomodo*, ma non anche l'*an* della protezione di taluni diritti, quali quelli sociali. Sul punto v. C. PANZERA, *Legislature, giudici e Corte Costituzionale di fronte al diritto alla salute (verso un inedito "circuito" di produzione normativa?)*, in AA.VV., *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte costituzionale*, a cura di P. Bianchi, Pisa, 2006, 131.

²⁵ Sulla incidenza del *fattore finanziario* sulle decisioni della Corte in materia di diritti sociali si veda A. ROVAGNATI, *Sulla natura dei diritti sociali*, Torino 2009, 97; oppure C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova 1996, 369.

²⁶ Orientamento questo confermato anche più di recente dalla sent. n. 251/2008 in cui la Corte non ha mancato, nuovamente di sottolineare che «è sempre possibile il vaglio di costituzionalità dei meccanismi predisposti dal legislatore, al fine del controllo sia della razionalità e della congruità delle singole disposizioni legislative rispetto al fine della tutela dei soggetti deboli, sia della sussistenza di eventuali disparità di trattamento». In questa stessa pronuncia la Corte ha evidenziato il carattere complesso della tematica oggetto del suo intervento, determinato dall'intersecarsi di molteplici valori che «attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale», di modo che le soluzioni da approntare nel caso concreto non possono non tener conto della «interrelazione ed integrazione tra i precetti in cui quei valori trovano espressione e tutela». Sul punto vedi anche, tra le tante, la sent. n. 431/2008: «il legislatore, nell'esercizio dei suoi poteri di apprezzamento della qualità e delle entità delle misure necessarie a

Seguendo questo percorso, difficile ma sostanzialmente coerente, della giurisprudenza costituzionale arriviamo alla sent. n. 80/2010, in materia di assegnazione delle ore di sostegno scolastico, precedente di diretto riferimento per tutta la successiva giurisprudenza amministrativa e di legittimità formatasi sul punto tra il 2010 e il 2011. La pronuncia della Corte costituzionale era stata sollecitata in sede di giudizio di appello proposto dal M.i.u.r. avverso la sentenza del TAR Sicilia con cui era stato disposto, in via cautelare, il ripristino del sostegno per 25 ore settimanali, anziché per 12 ore – come previsto dal provvedimento dell’amministrazione scolastica – in favore di una giovane la cui disabilità poteva classificarsi, in base agli accertamenti compiuti, “grave”. Veniva dunque, sollevata questione di legittimità costituzionale rispetto ai co. 413 e 414 dell’art. 2 della l. n. 244 del 2007, abrogativi dell’art. 40 della l. n. 449/1997, considerati in contrasto con gli artt. 2, 3, 34 e 38 della Carta costituzionale. In particolare, quanto all’art. 3 Cost. si contestava al legislatore il fatto di non aver tenuto adeguatamente conto della natura multiforme del fenomeno “disabilità” e quindi dei diversi livelli di gravità che esso può assumere, essendo impensabile predisporre in questo settore una disciplina di portata generale, dovendosi piuttosto adeguare, di volta in volta, lo *standard* di tutela alla gravità della disabilità. Del resto, la rimozione degli ostacoli che si frappongono al pieno sviluppo della persona umana, sancita come impegno dello Stato all’art.3, co. 2, Cost., impone di andare al di là della semplice applicazione letterale del principio dell’uguaglianza formale dovendosi prevedere interventi differenziati, specie nei casi in cui proprio la mancata considerazione della diversità sia causa di svantaggio per il soggetto.

Il diritto all’istruzione dei disabili è ascritto dalla Corte alla categoria dei diritti fondamentali, la cui implementazione passa attraverso l’attivarsi dello Stato per il loro riconoscimento e la loro garanzia, mediante misure di integrazione e sostegno atte a rendere possibile ai portatori di *handicap* la frequenza di *tutti* gli istituti di istruzione, anche di quelli di scuola secondaria superiore. Tra queste misure, centrale resta, a detta della Corte, l’impiego del personale docente specializzato con quei margini di flessibilità offerti dall’art. 40 della l. n. 449/1997, così come modificato dall’art. 1, co. 605, lett. b), della l. n. 296, 27 dicembre 2006 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge finanziaria 2007), che ha consentito, per la determinazione delle unità di insegnanti di sostegno entro l’organico scolastico, di sostituire al criterio numerico (rapporto insegnanti/alunni) un criterio di tipo qualitativo, fondato sul principio delle «effettive esigenze rilevate», e quindi di provvedere ad assunzioni in deroga al limite quantitativo fissato in via generale qualora la specifica situazione di disabilità del discente richieda interventi di sostegno continuativi e più intensi²⁷.

Questo sistema di determinazione flessibile del numero delle ore di sostegno, e quindi di insegnanti specializzati impiegabili dagli istituti scolastici, è stato abolito, come anticipato, con l’entrata in vigore dei co. 413 e 414 dell’art. 2 della l. 244/2007 che, avendo come obiettivo precipuo il contenimento della spesa pubblica, hanno imposto un limite massimo al numero degli insegnanti, eliminando la richiamata possibilità di assunzioni “in deroga”. Sulla base di quanto prima affermato sulla non omogeneità del gruppo sociale dei “disabili”, la Corte ha ritenuto tali commi in contrasto non solo con gli artt. 2, 3, 34 e 38 Cost., ma anche con la normativa internazionale, comunitaria e nazionale in materia di diritto dei disabili all’istruzione²⁸, facendo anche in tal caso leva su un argomento limitativo delle possibilità di scelta del legislatore: la sua

rendere effettiva la tutela delle persone disabili, alla stregua degli artt. 2, 3 e 32 Cost.» può ben «graduare l’adozione delle stesse in vista dell’attuazione del principio della parità di trattamento».

²⁷ A tal proposito la circolare ministeriale n. 59 del 2010 precisa che la previsione della possibilità di stabilire «ore aggiuntive o posti di sostegno rappresenta un intervento mirato, da esperire quando siano esaurite le possibilità previste dalla normativa vigente».

²⁸ E’, infatti, contestata la violazione dell’art. 10 Cost., quale conseguenza indiretta del mancato rispetto di alcune fonti di diritto internazionale, in realtà non solo consuetudinarie. In particolare, si menzionano: la Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo, adottata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite a Parigi il 10 dicembre 1948; il Protocollo n. 1 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, adottato a Parigi il 20 marzo 1952; la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità adottata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006; e con riferimento all’ordinamento comunitario, la Carta sociale europea, come rivista nel 1996; la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea proclamata dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione a Nizza il 7 dicembre 2000, nonché il Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa firmato a Roma il 29 ottobre 2004 (nonostante le sue infauste sorti).

discrezionalità – che pure nel caso di specie è stata guidata nelle scelte compiute da una valutazioni stringenti quali possono essere quelle connesse agli obblighi di bilancio – non può *in nessun caso* esprimersi in disposizioni atte ad intaccare il c.d. «nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati»²⁹. Insomma, forse potrebbe parlarsi, in questo caso, di una sorta di LEP (Livello Essenziale delle Prestazioni) minimo riservato ai soggetti portatori di *handicap*.

La possibilità di assunzioni a tempo determinato “in deroga” viene così intesa dalla Corte come strumento per dare attuazione al principio di uguaglianza sostanziale, ma soprattutto per rendere effettivo il diritto all’istruzione per i disabili, in assolvimento dell’obbligo di solidarietà imposto dalla Costituzione alla collettività, che trova una sua specificazione nell’art. 38, co. 3, Cost. L’ineffettività del riconoscimento del diritto all’educazione ha degli inevitabili riflessi sullo sviluppo delle capacità del soggetto e, di conseguenza, anche sul suo possibile inserimento lavorativo, sempre oggetto di apposita disciplina costituzionale (art. 38, co. 3, Cost.). Infatti, come si legge nella sentenza *de qua*: «facendo venir meno le condizioni minime per la integrazione scolastica» si pregiudica «anche ogni possibilità di [...] avviamento professionale», e, si potrebbe aggiungere, di coinvolgimento nella vita democratica di un ordinamento come il nostro, che nel lavoro riconosce uno strumento di partecipazione oltre che il fondamento del sistema- Repubblica. Da qui l’incostituzionalità delle disposizioni che escludono le assunzioni del tipo sopraindicato.

Nell’accogliere le censure mosse in relazione all’art. 3 Cost. la Corte, riprendendo alcune affermazioni già contenute nella sent. 215/1987, ribadisce che i disabili non possono considerarsi alla stregua di un “gruppo omogeneo”, di modo che è forse più corretto declinare la parola disabilità *al plurale*, a seconda del carattere più o meno grave che essa assume in concreto. Ciò comporta che i «meccanismi di rimozione degli ostacoli» sociali debbano essere pensati tenendo conto della «tipologia di *handicap* da cui risulti essere affetta in concreto una persona». Tale considerazione non può che valere anche per i meccanismi volti a promuovere un aspetto particolare della personalità del soggetto, vale a dire quello connesso alla sua formazione culturale e al suo inserimento sociale, il cui sviluppo passa dal concepimento di un percorso riabilitativo individualizzato.

La declaratoria di incostituzionalità in esame fortunatamente ha trovato uno specifico seguito nell’art. 9, co. 15, del d.l. n. 78/2010, il quale ha reintrodotto la possibilità di attivare posti di sostegno in deroga al contingente ordinariamente determinato *esclusivamente nelle situazioni di particolare gravità*³⁰.

Giova quindi evidenziare come, dall’analisi della più recente giurisprudenza costituzionale in materia di diritto all’istruzione dei disabili, risulti sostanzialmente superata la vecchia obiezione che veniva mossa al riconoscimento dei diritti sociali come diritti perfetti e assoluti, legata alla circostanza per cui la loro protezione sarebbe stata rimessa esclusivamente alla discrezionalità del legislatore. Appare, infatti, ormai indubbia l’azionabilità di tali diritti nel giudizio costituzionale, quale conseguenza del riconoscimento del carattere precettivo, e non meramente programmatico, delle disposizioni costituzionali che li sanciscono³¹.

3. Il lento sviluppo della legislazione ordinaria: dalla ghettizzazione all’inclusione.

E’ entro questa cornice che si è mosso, e oggi ancora si muove, il nostro legislatore per dare attuazione al contenuto proprio del particolare diritto sociale oggetto della nostra indagine.

La scelta originaria compiuta in questo ambito, risentendo anche di limitate conoscenze scientifiche che facevano pensare fosse impossibile un qualsiasi *recupero* sociale dei soggetti minorati, fu quella di “ghettizzarli”, destinandoli a scuole speciali e classi differenziate, che ne

²⁹ Sul punto si veda anche sentt. n. 251/2008 e n. 226/2000.

³⁰ La stessa Corte costituzionale nella sentenza del 2010 aveva precisato che la tutela apprestata mediante un aumento delle ore di sostegno assegnate «non si estende a tutti i disabili a prescindere dal grado di disabilità, bensì tiene in debita considerazione la specifica tipologia di handicap da cui è affetta la persona *de qua*».

³¹ Sul binomio “titolarità del diritto/azionabilità” dello stesso in giudizio come condizione per l’assolutezza, l’inviolabilità e l’universalità della sua protezione si veda Corte cost., sent. n. 26, 11 febbraio 1999.

impedivano qualsiasi contatto con i coetanei normodotati³². Soluzione questa che, ovviamente, mal si adatta agli obiettivi di *pari dignità sociale*, ma soprattutto, di promozione dello sviluppo della persona, che pure la nostra Carta impone come scopi ultimi dell'intero sistema giuridico. Da qui la necessità di mettere mano ad una riforma degli strumenti pensati per l'implementazione del diritto allo studio dei disabili, riforma che si realizzò attraverso una serie lenta e continua di interventi legislativi, le cui principali tappe possono così ricostruirsi:

- La l. n. 118, 30 marzo 1971 (Conversione in legge del d.l. n. 5, 30 gennaio 1971, e nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili), che cercando di intaccare il precedente sistema, prevede per la prima volta la possibilità, su richiesta delle stesse famiglie, di procedere all'inserimento dei disabili nelle classi comuni, per gli anni della *scuola dell'obbligo*³³. Per rendere effettivo tale diritto all'inserimento si disponeva che agli alunni con disabilità venissero assicurati il trasporto, l'accesso agli edifici scolastici, nonché l'assistenza durante le attività curriculari quanto meno per gli alunni più gravi. Essa, tuttavia, rispondeva ancora ad una logica *paternalistico-caritativa*, o meglio *compensativo-risarcitoria*, finendo con l'identificare la tutela dei disabili principalmente in semplici benefici economici, escludendo la valorizzazione dei residui spazi di autosufficienza del soggetto.
- La l. n. 517, 4 agosto 1977 (Norme sulla valutazione degli alunni e sull'abolizione degli esami di riparazione nonché altre norme di modifica dell'ordinamento scolastico), che compiendo il passo successivo arrivò ad abolire definitivamente le classi differenziali³⁴, introducendo prime forme concrete di sostegno per il godimento del diritto allo studio e per l'integrazione dei portatori di *handicap* nell'ambiente scolastico, quali l'introduzione di forme di limitazioni numeriche nelle classi in cui i portatori di *handicap* erano inseriti, o l'istituzione dei c.d. insegnanti di sostegno.
- L'art. 12 della l. n. 270, 20 maggio 1982, con cui si provvide a fissare le dotazioni organiche del personale docente delle scuole materne, elementari e medie, stabilendo il rapporto insegnanti di sostegno/ portatori di *handicap* secondo il valore di un insegnante ogni quattro alunni³⁵.
- La l. n. 104, 5 febbraio 1992 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone *handicapate*), vero e proprio caposaldo in materia di tutela dei disabili³⁶, che porta a maturazione alcune delle innovazioni, rimaste di fatto sulla carta, già introdotte dalla legge del 1977.

La legge in questione, pur rifacendosi alla prima classificazione delle disabilità proposta dall'OMS (come dimostra l'impostazione consequenziale dell'art. 3 che continua a considerare l'esclusione sociale come effetto della malattia piuttosto che del modo in cui il contesto sociale reagisce alla presenza del soggetto minorato), mira alla piena integrazione

³² Sul punto si vedano le l. n. 1073, 24 luglio 1962 (Provvedimenti per lo sviluppo della scuola nel triennio dal 1962 al 1965) e n. 942, 31 ottobre 1966 (Finanziamento del piano di sviluppo della scuola nel quinquennio dal 1966 al 1970), che prevedevano appositi stanziamenti per il funzionamento di tali strutture speciali; o ancora la l. n. 1859, 31 dicembre 1962, istitutiva della scuola media statale, che contemplava la creazione di classi differenziali per i *disadattati scolastici* (art. 12) e la l. n. 444, 18 marzo 1968, che estendeva una eguale disciplina alle scuole materne statali con riferimento ai bambini, dai tre ai cinque anni, affetti da disturbi dell'intelligenza o del comportamento o da menomazioni fisiche o sensoriali; nonché le circolari n. 4525 del 1962 e n. 93 del 1963.

³³ Art. 28: «l'istruzione dell'obbligo deve avvenire nelle classi normali della scuola pubblica». Resta ferma la possibilità di istituire classi speciali, «quali sezioni staccate della scuola statale per i minorati ricoverati in centri di degenza e di recupero», laddove si accerti la loro impossibilità di frequentare la scuola pubblica (art. 29).

³⁴ In merito si vedano anche le circolari n. 227 del 1975, 228 del 1976 e 216 del 1977.

³⁵ Una disciplina dello stesso tenore non fu, invece, introdotta a livello nazionale per la scuola secondaria superiore, nonostante le enunciazioni di principio contenute nella l. n. 118/1971 (art. 28), anche se sul punto non mancarono importanti interventi dei legislatori regionali (cfr., in particolare, l. r. Veneto n. 46, 8 maggio 1980; l.r. Friuli-Venezia Giulia n. 87, 21 dicembre 1981; l.r. Sicilia n. 68, 18 aprile 1981; l.r. Calabria n. 28, 3 settembre 1984) e circolari ministeriali (cfr. circolari n. 129, 28 aprile 1982 e 163, 16 giugno 1983).

³⁶ Anche la Corte Costituzionale, con la sent. n. 406, 29 ottobre 1992, ha confermato la rilevanza di tale intervento normativo affermando che esso è volto a «perseguire un evidente interesse nazionale, stringente ed infrazionabile, quale è quello di garantire in tutto il territorio nazionale un livello uniforme di realizzazione di diritti costituzionali fondamentali dei soggetti portatori di *handicap*».

sociale dei disabili, da raggiungersi attraverso misure attive di contrasto dell'esclusione e dell'emarginazione, misure che vanno modellate in relazione alla condizione effettiva del soggetto³⁷. In particolare, volendo richiamare le disposizioni-chiave di tale disciplina, con particolare riferimento al diritto all'istruzione, occorre menzionare anzitutto l'art. 1 che nel definire gli obiettivi, esplicita e ribadisce il compito della Repubblica nella garanzia della dignità e dei *diritti di libertà e autonomia* della persona *handicappata*, e l'impegno della stessa per la piena integrazione nella scuola, come nelle altre formazioni sociali. L'art. 8 definisce poi esplicitamente i provvedimenti volti a garantire l'effettività del diritto allo studio come strumenti per la realizzazione dell'inserimento e dell'integrazione sociale. Sono comunque gli artt. 12 e 13 che più precisamente si occupano del diritto allo studio e dell'integrazione scolastica. Il primo conferma la scelta dell'inserimento della persona *handicappata* nelle classi c.d. comuni, non limitandola cioè alla sola *scuola dell'obbligo* ma estendendola ad ogni ordine e grado nonché alle istituzioni universitarie, nella consapevolezza – come ben si evince dal co. 3 dello stesso articolo – che l'integrazione scolastica è veicolo per lo sviluppo delle potenzialità del soggetto disabile e per la sua socializzazione. L'*handicap*, al pari delle difficoltà economiche di un soggetto, non è motivo sufficiente per impedire l'esercizio del diritto all'educazione e all'istruzione: si tratta di un ostacolo la cui rimozione deve essere impegno prioritario dello Stato *ex art. 3, co. 2, Cost.* L'attenzione alla persona disabile e alla sua diversità si concretizza nella predisposizione di un Piano educativo individualizzato (P.E.I.)³⁸ – sempre previsto dall'art. 12, co. 5 – da redigersi ad opera degli operatori delle unità sanitarie locali e «per ciascun grado di scuola, dal personale insegnante specializzato della scuola³⁹, con la partecipazione dell'insegnante operatore psico-pedagogico individuato secondo criteri stabiliti dal Ministro della pubblica istruzione», in collaborazione con i genitori del disabile, tenuto conto della sua diagnosi funzionale, delle sue caratteristiche fisiche, psichiche, sociali e affettive, evidenziando «sia le difficoltà di apprendimento conseguenti alla situazione di *handicap* e le possibilità di recupero, sia le capacità possedute che devono essere sostenute, sollecitate e progressivamente rafforzate e sviluppate nel rispetto delle scelte culturali della persona *handicappata*». Il P.E.I. dovrà essere oggetto di verifiche periodiche, al fine di accertare il modo in cui procede l'inserimento del disabile nella comunità scolastica e il grado di

³⁷ Cfr. art. 3, co. 2, della l. n. 104, 5 febbraio 1992: «la persona *handicappata* ha diritto alle prestazioni stabilite in suo favore in relazione alla natura e alla consistenza della minorazione, alla capacità complessiva individuale residua e alla efficacia delle terapie riabilitative».

³⁸ Per una definizione del contenuto del P.E.I. si veda l'art. 5, co. 1, del d.P.R. 24 febbraio 1994: «il Piano educativo individualizzato (indicato in seguito con il termine P.E.I.), è il documento nel quale vengono descritti gli interventi integrati ed equilibrati tra di loro, predisposti per l'alunno in situazione di handicap, in un determinato periodo di tempo, ai fini della realizzazione del diritto all'educazione e all'istruzione, di cui ai primi quattro commi dell'art. 12 della legge n. 104 del 1992». Alla formulazione del P.E.I. contribuiscono sia il *Profilo Dinamico Funzionale* (PDF) - utile alla definizione del livello di sviluppo che «l'alunno in situazione di handicap può raggiungere in tempi brevi (sei mesi) e in tempi medi (due anni)» - sia la *Diagnosi Funzionale* (DF) - sulla base della quale è redatto il profilo funzionale e che consiste in una descrizione analitica della compromissione funzionale dello stato psicofisico dell'alunno. Parte integrante del P.E.I. è, inoltre, il c.d. *progetto di vita*, vero e proprio atto di programmazione di un percorso di crescita personale dell'alunno volto ad accrescere il suo senso di *autoefficacia* e i suoi sentimenti di autostima. Tale progetto non si limita a coprire il periodo "scolastico" ma mira ad andare oltre e a gettare le basi per il futuro possibile, anche di tipo lavorativo, del minore.

³⁹ Sul ruolo degli insegnanti di sostegno nella predisposizione del P.E.I. e del *Profilo Dinamico Funzionale* si veda anche *Alunni disabili. Organico dei docenti per le attività di sostegno*, in www.istruzione.it/web/istruzione/famiglie/alunni_disabili: «l'alunno con disabilità è assegnato alla classe comune in cui si realizza il processo di integrazione. Pertanto la presa in carico e la responsabilità educativa dell'alunno con disabilità spettano a tutto il Consiglio di Classe, di cui fa parte il docente per le attività di sostegno. Non a caso, il D.P.R. 970/1975 con cui è stata istituita giuridicamente tale figura professionale (poi meglio caratterizzata nella l. n.517/1977) lo definisce un insegnante "specialista", dunque fornito di formazione specifica, che, insieme ai docenti curricolari, sulla base del Piano Educativo Individualizzato, definisce le modalità di integrazione dei singoli alunni con disabilità, partecipandovi attivamente. L'insegnante per le attività di sostegno viene richiesto all'Ufficio Scolastico Regionale dal dirigente scolastico sulla base delle iscrizioni degli alunni con disabilità; la quantificazione delle ore per ogni alunno viene individuata tenendo conto della Diagnosi Funzionale, del Profilo Dinamico Funzionale e del conseguente Piano Educativo Individualizzato, di cui alla Legge 104/92, e dei vincoli di legge vigenti».

realizzazione degli obiettivi prefissati. Il profilo dinamico-funzionale dell'alunno dovrà poi essere aggiornato a conclusione di ogni ciclo di studio.

E' nell'art. 13 che vengono, invece, individuati gli strumenti e i mezzi concreti mediante i quali potrà realizzarsi l'integrazione scolastica, vale a dire, ad. es., la programmazione coordinata dei servizi scolastici con quelli sanitari, socio-assistenziali, culturali, ricreativi, sportivi e con altre attività sul territorio gestite da enti pubblici o privati, o la fornitura di attrezzature tecniche e di sussidi didattici, ma soprattutto le attività di sostegno mediante l'*assegnazione di docenti specializzati*, chiamati a partecipare alla programmazione educativa e didattica all'interno dei consigli di interclasse, dei consigli di classe e dei collegi docenti. In merito, il co. 4 dell'art. 13 stabilisce che «i posti di sostegno per la scuola secondaria di secondo grado sono determinati nell'ambito dell'organico del personale in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge in modo da assicurare un rapporto almeno pari a quello previsto per gli altri gradi di istruzione e comunque entro i limiti delle disponibilità finanziarie all'uopo preordinate dall'articolo 42, comma 6, lettera h)», evidenziando l'imprescindibile e tradizionale nesso esistente tra l'ampiezza della tutela dei diritti sociali e le risorse finanziarie disponibili.

- Sull'organizzazione dell'organico scolastico con particolare riferimento all'assegnazione degli insegnanti di sostegno, è poi intervenuto l'art. 319 del d.lgs. n. 297 del 16 aprile 1994, oggi abrogato, che prevedeva che «per lo svolgimento delle attività di sostegno a favore degli alunni portatori di *handicap* nella scuola materna, elementare e media, le dotazioni organiche dei relativi ruoli provinciali comprendono posti di sostegno da istituire in ragione, di regola, di un posto ogni quattro alunni portatori di *handicap*» (co. 1). Come ricordato, esso ammetteva, tuttavia, al successivo co. 2, la possibilità che venissero autorizzate deroghe a tale rapporto medio «in presenza di *handicap* particolarmente gravi per i quali la diagnosi funzionale richieda interventi maggiormente individualizzati».
- Sullo stesso punto si è nuovamente pronunciato l'art. 40 della l. n. 449 del 27 dicembre 1997 (Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica), nel quale si menziona, tra le misure mirate e graduate in relazione al tipo e alla gravità dell'*handicap*, il ricorso ad una maggiore *flessibilità organizzativa e funzionale delle classi*, prevedendo la possibilità di assumere con contratto a tempo determinato insegnanti di sostegno in deroga al rapporto docenti ed alunni ordinario (fissato nella misura «di un insegnante di sostegno per ogni gruppo di 138 alunni complessivamente frequentanti gli istituti scolastici statali della provincia»), così da poter davvero realizzare un adattamento del livello di assistenza al livello di disabilità.
- La l. n. 9, 20 gennaio 1999 (Disposizioni urgenti per l'elevamento dell'obbligo di istruzione) nel prevedere l'elevamento di due anni dell'obbligo scolastico, estende tali disposizioni anche agli alunni con disabilità.
- Il *Regolamento sull'autonomia scolastica*, approvato dal Consiglio dei Ministri il 25 febbraio 1999, sottolinea la necessità di considerare ciascun individuo nelle sue diversità (comprese quelle legate ad un *handicap*) e di prevedere «interventi di educazione, formazione ed istruzione mirati allo sviluppo della persona umana, adeguati ai diversi contesti, alla domanda delle famiglie e alle caratteristiche specifiche dei soggetti coinvolti» (art. 1, co. 2)⁴⁰.
- La l. n. 68, 12 marzo 1999 (Norme per il diritto al lavoro dei disabili) anticipa in un certo senso quel cambio di prospettiva che si realizzerà in campo internazionale con la classificazione ICF del 2001. Un primo indice di tale cambio di rotta è rappresentato dalla stessa rubrica della legge che fa riferimento non più agli inabili o invalidi o *handicappati*,

⁴⁰ Il Regolamento costituisce lo sviluppo di quanto stabilito nel d.l. n. 112/1998 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della Legge del 15 marzo 1997, n. 59), che fissa i criteri per il decentramento dei «servizi di supporto organizzativo del servizio di istruzione per gli alunni con *handicap* o in situazione di svantaggio», attribuiti ai Comuni per la scuola materna e dell'obbligo, e alle Province per la scuola secondaria superiore.

bensi ai *dis*-abili, ad indicare la possibile presenza di abilità residue nel soggetto, secondo un'impostazione non più *compensativo-risarcitoria*, ma di tipo promozionale .

- Sul rapporto numerico insegnanti di sostegno/alunni disabili, sull'individuazione dei soggetti beneficiari del sostegno, sulla possibilità offerta dall'art. 40 della l. n. 449/1997 è, poi, intervenuta la legge finanziaria per il 2003 (l. n. 289, 27 dicembre 2002) il cui art. 35, co. 7, ha precisato che «ai fini dell'integrazione scolastica dei soggetti portatori di *handicap* si intendono destinatari delle attività di sostegno ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, gli alunni che presentano una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva. L'attivazione di posti di sostegno in deroga al rapporto insegnanti/alunni in presenza di *handicap* particolarmente gravi, di cui all'articolo 40 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, è autorizzata dal dirigente preposto all'Ufficio scolastico regionale assicurando comunque le garanzie per gli alunni in situazione di *handicap* di cui al predetto articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104. All'individuazione dell'alunno come soggetto portatore di *handicap* provvedono le aziende sanitarie locali sulla base di accertamenti collegiali, con modalità e criteri definiti con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri da emanare⁴¹ d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, su proposta dei Ministri dell'istruzione, dell'università e della ricerca e della salute, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge».
- L. l. n. 67, 1 marzo 2006 (Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni), ribadisce la natura di presupposto della parità di trattamento e di opportunità rispetto al pieno godimento dei diritti civili, politici, economici ma soprattutto sociali, e all'art. 2 traccia una rilevante distinzione tra due possibili forme di violazione di tale parità: la *discriminazione diretta* che ricorrerebbe «quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga»; e la *discriminazione indiretta* che si identifica con «una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri» che «mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone». Occupandosi propriamente degli strumenti giudiziari a disposizione delle persone con disabilità tale legge all'art. 3 sancisce la possibilità per il giudice di ordinare la cessazione del comportamento o dell'efficacia dell'atto discriminatorio, nonché qualsiasi altro provvedimento che possa rimuovere gli effetti della discriminazione «compresa l'adozione [...] di un piano di rimozione delle discriminazioni accertate».
- Particolare attenzione, essendo stato al centro dei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale, va all'art. 2, co. 413 e 414, della l. n. 244, 24 dicembre 2007 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge finanziaria 2008)⁴²,

⁴¹ Tale previsione ha trovato attuazione nel d.P.C.M. n. 185, 23 febbraio 2006 il quale prevede una procedura di individuazione e "classificazione" della disabilità che si svolge intorno ad alcuni passaggi fondamentali: 1) accertamenti collegiali disposti dalle Asl, cui segue la redazione di un verbale da cui dovrà risultare la patologia dell'alunno, la gravità della stessa, la possibilità di qualificarla come "disabilità", e la fissazione di un termine per l'aggiornamento dell'accertamento; 2) la predisposizione della *Diagnosi Funzionale* da trasmettersi all'istituto scolastico presso il quale è iscritto il soggetto perché siano assunti i provvedimenti necessari; 3) la redazione del *Profilo Dinamico Funzionale* e del *Piano Educativo Individualizzato* ad opera dei soggetti di cui all'art. 5, co. 2, del d.P.R. 24 febbraio 1994, dal quale dovrà risultare il numero delle ore di sostegno assegnate.

⁴² Art. 2 co. 413: «fermo restando quanto previsto dall'articolo 1, comma 605, lettera b), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, il numero dei posti degli insegnanti di sostegno, a decorrere dall'anno scolastico 2008/2009, non può superare complessivamente il 25 per cento del numero delle sezioni e delle classi previste nell'organico di diritto dell'anno scolastico 2006/2007. Il Ministro della pubblica istruzione, con decreto adottato di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, definisce modalità e criteri per il conseguimento dell'obiettivo di cui al precedente periodo. Tali criteri e modalità devono essere definiti con riferimento alle effettive esigenze rilevate, assicurando lo sviluppo dei processi di integrazione degli alunni diversamente abili anche attraverso opportune compensazioni tra province diverse ed in modo da non superare un rapporto medio nazionale di un insegnante ogni due alunni diversamente abili». 414: «La dotazione organica di diritto relativa ai docenti di sostegno è progressivamente rideterminata, nel triennio 2008-2010, fino al raggiungimento, nell'anno scolastico 2010/2011, di una consistenza organica pari al 70 per cento del numero dei posti di sostegno complessivamente attivati nell'anno scolastico 2006/2007, fermo restando il regime autorizzatorio in materia di assunzioni previsto dall'articolo 39, comma 3-bis, della legge 27 dicembre 1997, n. 449. Conseguentemente, anche al fine

che di fatto abroga l'art. 40 della l. n. 449/1997, facendo venir meno la possibilità di concludere contratti a tempo determinato per l'assunzione degli insegnanti di sostegno in deroga ai limiti ordinari relativi al rispetto del rapporto insegnanti/alunni, possibilità pensata per graduare il numero delle ore di insegnamento di sostegno in relazione ai bisogni reali del disabile.

- A seguito della sent. n. 80/2010 della Corte costituzionale (cfr. *infra*) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei due commi dell'art. 2 della l. 244/2007 ora presi in considerazione, è stato adottato il d.l. n. 78, 31 maggio 2010, convertito con modificazioni dalla l. n. 122, 30 luglio 2010, che, come ricordato, ha reintrodotto la possibilità di assunzioni in deroga di insegnanti di sostegno «da attivarsi esclusivamente nelle situazioni di particolare gravità, di cui all'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104». Nel co. 5 dell'art. 10 si ribadisce, inoltre, che «i soggetti di cui all'articolo 12, comma 5, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, in sede di formulazione del piano educativo individualizzato, elaborano proposte relative all'individuazione delle risorse necessarie, ivi compresa l'indicazione del numero delle ore di sostegno, che devono essere esclusivamente finalizzate all'educazione e all'istruzione, restando a carico degli altri soggetti istituzionali la fornitura delle altre risorse professionali e materiali necessarie per l'integrazione e l'assistenza dell'alunno disabile richieste dal piano educativo individualizzato». A tale decreto ha fatto seguito il d.m. n. 35, 6 luglio 2010, che ha esplicitamente disposto il ripristino dell'art. 40, co.1, della l. n. 449/1997.
- Non ha, infine, determinato particolari innovazioni l'art. 19, co. 11, del d.l. n. 98, 6 luglio 2011, convertito nella l. n. 111, 15 luglio 2011, per cui «l'organico dei posti di sostegno è determinato secondo quanto previsto dai commi 413 e 414 dell'articolo 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, fermo restando che è possibile istituire posti in deroga, allorché si renda necessario per assicurare la piena tutela dell'integrazione scolastica».

4. Il “parametro” dell'equilibrio finanziario nella giurisprudenza amministrativa: l'insegnamento di sostegno come specificazione del diritto all'istruzione dei disabili.

A completamento di questa veloce panoramica del sistema nazionale di tutela del diritto all'istruzione dei disabili non resta che da procedere all'esame degli indirizzi maggioritari della giurisprudenza di merito e di legittimità formati in conseguenza della pronuncia della Corte costituzionale n. 80/2010⁴³. I giudici amministrativi così come la Corte di Cassazione sono

di evitare la formazione di nuovo personale precario, all'articolo 40, comma 1, settimo periodo, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, sono sopresse le parole da: “nonché la possibilità” fino a: “particolarmente gravi”, fermo restando il rispetto dei principi sull'integrazione degli alunni diversamente abili fissati dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104. Sono abrogate tutte le disposizioni vigenti non compatibili con le disposizioni previste dal comma 413 e dal presente comma».

⁴³ Quanto agli orientamenti divergenti precedenti alla pronuncia n. 80/2010 della Corte costituzionale si consideri, per tutte, la sent. n. 90 del 2009 del TAR Friuli Venezia Giulia che ha respinto la richiesta di assegnazione del sostegno in favore di una minore disabile per l'intero orario di frequenza scolastica (33 ore settimanali), sostenendo che la l. n. 104/1992 «non attribuisce il diritto all'insegnante di sostegno nei termini indicati dai ricorrenti perché prevede l'assegnazione dell'insegnante di sostegno alla classe e non al singolo portatore di handicap, nel vincolo delle risorse di organico e finanziarie concretamente disponibili». Tale giudice ha inoltre, sottolineato come l'art. 40 della l. n. 449/2007 attribuisca la facoltà, e non imponga invece l'obbligo, di procedere ad assunzioni in deroga al rapporto medio ordinario insegnanti/alunni, restando nella piena discrezionalità dell'Amministrazione la determinazione del *quantum* del sostegno ed essendo le sue decisioni censurabili solo sotto il profilo della *ragionevolezza*, della *proporzionalità* e della *coerenza logica*. Si tratta per fortuna di pronuncia annullata poi in sede d'appello (Cons. Stato, sent. n. 2231/2010) alla luce delle indicazioni offerte dalla Corte costituzionale con la sentenza soprarichiamata, ma non solo. Il Consiglio di Stato, infatti, ha anzitutto evidenziato come nel caso di specie, essendo stato riconosciuta alla minore, dalla Commissione medica di prima istanza, una invalidità totale già sulla base dell'art. 3, co. 3, della l. n. 104/1992 – che si occupa dei disabili gravi – si sarebbe dovuto assegnare un insegnante in deroga al rapporto medio di 1 (insegnante) : 138 (disabili), dovendosi applicare il diverso rapporto numerico 1:1. A ciò si aggiungono valutazioni che hanno un chiaro antecedente nel disposto della Consulta: si conferma il carattere “pieno” del diritto all'istruzione, che non tollera affievolimenti neanche a fronte di esigenze di bilancio o organiche, non esistendo rispetto a questo un potere amministrativo discrezionale, trattandosi di diritto che trova il suo diretto e cogente riconoscimento negli artt. 2, 3, co. 2, 34, co. 1, e 38, co. 3 e 4, Cost. oltre che nelle norme ordinarie che ne hanno costituito la giusta specificazione (ad es., l. n. 104/92). Tuttavia, ovviamente si precisa la necessità di sfuggire da ogni facile automatismo che potrebbe scattare tra

interventuti nella maggioranza dei casi su un profilo particolare della tutela del diritto all'istruzione dei disabili, vale a dire quello attinente al *numero di ore di sostegno assegnate al singolo* in relazione alla gravità della sua disabilità.

Volendo prendere, anzitutto, in considerazione la giurisprudenza del TAR Sicilia⁴⁴, dal momento che fu proprio l'appello ad una sua pronuncia a sollecitare la decisione della Corte costituzionale n. 80/2010, può subito evidenziarsi come dall'esame delle sue più recenti statuizioni emerga una tendenziale propensione all'accoglimento delle richieste di aumento delle ore di sostegno assegnate ai singoli alunni, in ragione soprattutto della «natura incompressibile – rispetto a contingenti esigenze della finanza pubblica – del diritto fondamentale del soggetto portatore di *handicap* con connotazione di gravità⁴⁵ a fruire di un percorso scolastico effettivo». L'inviolabilità del diritto in questione è tale, secondo questo giudice, da escludere la possibilità di qualificarlo come *diritto finanziariamente condizionato*⁴⁶.

Aspetto non secondario che accomuna il TAR Sicilia al TAR Lazio e al TAR Calabria⁴⁷, è quello che attiene al risarcimento del danno patito dal disabile in virtù del provvedimento dell'autorità scolastica limitativo del numero di ore di sostegno assegnate. Infatti, nonostante sia stato costante l'accoglimento dei ricorsi per ottenere l'aumento delle ore di sostegno e quindi l'annullamento dei provvedimenti restrittivi, il giudice amministrativo ha tuttavia dimostrato un particolare rigore nel riconoscimento del diritto al risarcimento, imponendo oneri della prova piuttosto stringenti, richiedendo in particolare che fosse provata e allegata puntualmente dalla parte ricorrente, l'esistenza e l'ammontare del danno⁴⁸.

Proprio il TAR Calabria, nella pronuncia richiamata in nota, ha sottolineato il carattere dinamico degli interventi a favore dei disabili, che non possono cristallizzarsi in una *formula unica e immutabile*⁴⁹, ma devono essere aggiornati di anno in anno in ragione del diverso avanzamento del processo di integrazione e delle trasformazioni registratesi anche nel contesto ambientale. E' sulla scia di questo tipo di considerazioni che sono state in genere rigettate le richieste di aumento delle ore di sostegno nella parte in cui si chiedeva di applicare lo stesso aumento non solo per l'anno in corso, ma anche per quelli successivi⁵⁰. A conforto di tale ricostruzione viene richiamato l'art. 12 della l. n. 104 del 1992, il quale prevede che le misure pensate per il minore siano oggetto di verifiche periodiche, cui si abbinano regolari aggiornamenti a conclusione di ciascun ciclo scolastico. Il *quantum* della prestazione dei servizi di sostegno non può, dunque, che essere

l'accertamento di una situazione grave e l'assegnazione del sostegno per l'intero monte ore della frequenza scolastica: soluzione irragionevole perché, anche se in un senso diverso, non graduata in relazione alle reali condizioni del soggetto e che potrebbe limitare gli spazi e i tempi di socializzazione di cui questo potrebbe essere nelle condizioni di fruire anche autonomamente, venendo in tal modo meno la natura "individualizzata" dell'intervento.

⁴⁴ Tra le tante si veda TAR Catania Sicilia, sez. II, sentt. n. 2888, 2889, 2892, 2893, 2894, 2896, 2897, 6 dicembre 2011.

⁴⁵ Vale in tal senso precisare ancora una volta che, a seguito della pronuncia della Corte costituzionale, «la limitazione delle ore di sostegno rispetto alla previsione del P.E.I. appare illegittima solo con riferimento alle ipotesi di *handicap* con connotazione di gravità». Sul punto cfr., tra le altre, TAR Sicilia, sentt. n. 2789, 2790, 2791, 25 novembre 2011. Sempre in merito alla rilevanza della condizione di particolare gravità, è da ricordare che già l'art. 3, co. 3, della l. n. 104/92, aveva previsto che «qualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione, la situazione assume connotazione di gravità. Le situazioni riconosciute di gravità determinano priorità nei programmi e negli interventi dei servizi pubblici».

⁴⁶ Cfr. TAR Sicilia - Palermo, sez. I, sent. n. 14112, 23 novembre 2010.

⁴⁷ Cfr. TAR Calabria - Reggio Calabria, sez. I, sent. n. 834, 23 novembre 2011. Nel caso di specie era stato richiesto un risarcimento per il danno esistenziale derivato al soggetto dal ritardo nell'assegnazione del sostegno per l'intero orario di frequenza. Il giudice calabrese, nel contestare la qualificazione del danno come esistenziale data l'inesistenza di questa categoria autonoma (SS.UU., sent. n. 26972, 11 novembre 2008, nonché da SS.UU., sent. n. 18356, 19 agosto 2009), pur riconoscendo in astratto la risarcibilità di tal tipo di danno non patrimoniale, derivato dalla lesione di un diritto inviolabile della persona, quale è il diritto del disabile all'istruzione, ha concluso nel senso della non esigibilità del risarcimento in concreto, non essendo stata sufficientemente provata la gravità della lesione né potendo la stessa considerarsi *in re ipsa*, implicita nella riduzione delle ore di sostegno.

⁴⁸ Di questo avviso, ad. es., TAR Sicilia - Catania, Sez. II, sent. n. 895, 13 aprile 2011.

⁴⁹ Dizione questa in realtà impiegata dal TAR Campania, sez. I, sent. n. 1928, 6 dicembre 2011.

⁵⁰ Orientamento confermato tra gli altri da TAR Campania- Napoli, sez. IV, sent. n. 1955, 6 aprile 2011.

«correlato all'andamento della patologia da cui il minore è affetto, con particolare riguardo alle possibilità di recupero della persona disabile, finalità cui il percorso deve essere diretto»⁵¹.

Particolarmente netta la posizione del TAR Campania che arriva a definire il diritto all'istruzione dei disabili quale *diritto assoluto*⁵², rispetto al cui esercizio cioè non possono opporsi *contingenti misure organizzative del servizio*, compresa la carenza di organico di docenti dotati di adeguate competenze⁵³.

Quanto, infine, alla giurisprudenza del TAR Lazio, essa si è tutta costruita intorno alla pronuncia n. 3287/2010 della sez. III, alla quale si sono uniformate le successive sentenze emesse in materia da questo giudice amministrativo⁵⁴. In essa vengono richiamate le principali fonti interne – da noi già prese in considerazione – attraverso cui si è costruita la disciplina del diritto all'educazione e all'istruzione dei disabili: dall'art. 38, co. 3, Cost. inteso come concretizzazione dei «principi generalissimi che, in relazione ai “diritti inviolabili dell'uomo”, esprime l'art. 2 Cost. e, in relazione alla “pari dignità sociale”, esprime l'art. 3 Cost., quando esige che il principio di eguaglianza sia modulato in funzione anche delle “condizioni personali”», alla sent. n. 215 del 1987 della Corte costituzionale, che a partire dal combinato disposto degli artt. 2, 3, 34 e 38 Cost. enuclea il «dovere dello Stato (art. 38, comma 4, Cost.) di rendere concretamente fruibile il diritto all'istruzione attraverso “misure di integrazione e sostegno idonee a garantire ai portatori di *handicap* la frequenza degli istituti di istruzione”»; dalla l. n. 104/1992 all'art. 40 della l. n. 244/1997, fino alle ultime vicende legate alla legge finanziaria 2007 e alla conseguente declaratoria di incostituzionalità emessa dalla Corte il 26 febbraio 2010. Alla luce di questi riferimenti normativi viene confermata la dimensione del diritto di cui all'art. 38, co. 3, Cost., quale diritto fondamentale, affermandosi che a fronte di questo sorge in capo alla Pubblica Amministrazione il “dovere ineludibile” di rendere concretamente fruibile tale situazione giuridica soggettiva.

A margine di questa rapidissima “carrellata” giurisprudenziale, merita almeno un accenno l'ordinanza emessa dal Tribunale di La Spezia il 24 marzo 2011 – facendo seguito ad una rivoluzionaria pronuncia del Tribunale di Milano –, eccentrica rispetto alle pronunce fin qui prese in considerazione non per le conclusioni cui perviene – che sono di fatto conformi alla giurisprudenza amministrativa formatasi in questi anni – ma per la giurisdizione da cui proviene trattandosi di un giudice ordinario e non amministrativo, diversità questa che si giustifica nel caso di specie in virtù della circostanza per cui i ricorrenti non hanno messo in discussione il provvedimento dell'istituto scolastico con cui sono state ridotte le ore di insegnamento di sostegno (non hanno cioè contestato la legittimità del provvedimento amministrativo), bensì il carattere discriminatorio di tale comportamento, che ha impedito al loro figlio di fruire pienamente del diritto all'istruzione, al pari degli altri compagni normodotati che non stati colpiti da una misura assimilabile. Per il resto l'ordinanza *de qua*, rappresenta anch'essa il seguito perfetto della sent. n. 80/2010 della Corte costituzionale, tanto nell'affermare la necessità di “ritagliare” le misure di integrazione e sostegno sulle specifiche problematiche che il soggetto di volta in volta si trovi a vivere, quanto nel sostenere che ogni altra considerazione sia da considerarsi “superflua” a fronte della rilevanza costituzionale del diritto in discussione.

5. La tutela “multilivello” dei diritti dei disabili: brevi cenni.

⁵¹ Formula questa impiegata dal TAR Campania, sez. I, n. 1928, 6 dicembre 2011, sostenitore di un orientamento conforme a quello del TAR Calabria. Il TAR Lazio, diversamente, si limita a parlare in proposito di un «vero e proprio diritto soggettivo» (TAR Lazio-Latina, sez. I, sent. n. 103, 12 dicembre 2011).

⁵² Cfr. TAR Campania, sez. VIII, n. 467, 28 gennaio 2009, nonché TAR Campania, sez. IV, sent. n. 5583, 25 novembre 2011.

⁵³ Di eguale tenore TAR Campania - Napoli, sez. IV, sent. n. 6901, 16 dicembre 2011.

⁵⁴ Si vedano, ad es., TAR Lazio, sez. III, sentt. n. 10150, 10151 e 10152, 23 dicembre 2011; n. 9954, 9955, 9959, 9960, 20 dicembre 2011; n. 9858, 9860, 9861, 9864, 19 dicembre 2011; n. 9754 e 9783, 15 dicembre 2011; n. 9697, 9698, 9699, 9700, 9705, 13 dicembre 2011; n. 9692, 9693, 9694, 12 dicembre 2011; n. 9546, 5 dicembre 2011.

Guardando alla dimensione sovranazionale della protezione del diritto di cui si discute, è a partire dagli anni '70 del secolo scorso che si iniziano a pensare forme di tutela specifiche per i disabili⁵⁵.

Esse risultano ispirate, almeno in una prima fase, a cui si ascrive l'adozione della *Dichiarazione dei diritti degli handicappati*, approvata dalle Nazioni Unite il 9 dicembre 1975, ad un approccio di *tipo caritativo* o meglio *medico/mutualistico*, per il quale la disabilità viene vista come problema esclusivamente individuale cui far fronte mediante misure compensative di tipo prettamente economico.

Tale modello inizia ad essere messo in discussione a partire dagli anni '90, e in particolare con l'adozione delle c.d. *Norme standard per la realizzazione delle pari opportunità dei disabili* (Assemblea generale ONU, 20 dicembre 1993) che per la prima volta si concentrano sulla dimensione sociale della disabilità, in relazione alla quale l'obiettivo prioritario è non più quello della protezione del soggetto in sé, bensì quello della sua inclusione mediante la garanzia allo stesso di una piena partecipazione alla vita sociale⁵⁶.

Punto di approdo di questo processo di evoluzione della normativa internazionale in materia è la *Convenzione internazionale per la tutela dei diritti delle persone con disabilità* (Assemblea generale delle Nazioni Unite, 13 dicembre 2006)⁵⁷. Entrata in vigore nel 2008, ratificata dal Parlamento italiano con la legge n. 18, 3 marzo 2009, si fonda sull'ormai consolidato principio della universalità dei diritti umani e delle libertà fondamentali, e sviluppa il modello di classificazione delle disabilità proposto dall'OMS nel 2001, invertendo la prospettiva tradizionale: la tutela del disabile passa anzitutto dalla valorizzazione di ciò che lo rende uguale agli altri⁵⁸, e anzi la sua diversità va «rispettata ed accettata come parte della diversità dell'umanità stessa» (art. 3 lett. d)). L'intervento dello Stato e più in generale delle strutture pubbliche che operano al servizio dei soggetti deboli non deve mirare all'adattamento del soggetto al contesto sociale, ma alla modificazione del contesto⁵⁹ mediante l'abbattimento delle barriere in esso presenti che impediscono l'integrazione del disabile e la predisposizione di quelli che l'art. 24, par. 2, lett. c) definisce *accomodamenti ragionevoli*⁶⁰, vale a dire misure pensate per «andare incontro alle

⁵⁵ Riferimenti generici ai minori che vivono situazioni di «svantaggio» (dal punto di vista fisico, mentale o sociale) si ritrovano, in realtà, già nella *Dichiarazione dei Diritti del Bambino* (ONU, 1959) che riconosce a questi il diritto di ricevere trattamenti e cure speciali, commisurati al suo stato, nonché nella *Dichiarazione dei diritti della persona con ritardo mentale* (ONU, 1971) che ribadisce la necessità di assicurare al c.d. *subnormale mentale* la possibilità di beneficiare dei diritti fondamentali al pari degli altri esseri umani, così da consentirgli di sviluppare al massimo le sue abilità.

⁵⁶ L'art. 6 delle *Norme standard per la realizzazione delle pari opportunità dei disabili* stabilisce che «gli Stati dovrebbero riconoscere il principio che l'istruzione primaria, secondaria e terziaria per i bambini, i giovani e gli adulti con disabilità deve essere egualmente accessibile» e avvenire «in ambienti integrati».

⁵⁷ Alla quale ha aderito anche l'Unione europea. La Commissione, infatti, sulla base delle *direttive di negoziato* adottate dal Consiglio il 24 maggio 2004, ha condotto i negoziati relativi alla Convenzione delle Nazioni Unite sulla tutela e promozione dei diritti e della dignità delle persone con disabilità, presentando il 27 febbraio 2007 una proposta di decisione del Consiglio in merito alla firma della Convenzione e del suo Protocollo opzionale. Il Consiglio, con decisione del 27 marzo 2007 (ST07404/07) ha autorizzato la Commissione alla firma della Convenzione, riservandosi però di riesaminare poco dopo il Protocollo addizionale. Il 3 maggio 2008 la Convenzione e il suo Protocollo opzionale sono entrati in vigore. Si veda, sul punto anche la *Proposta di decisione del Consiglio relativa alla conclusione, da parte della Comunità europea, della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, promossa dalla Commissione, COM (2008) 530 definitivo, 2008/0170 (COD), Bruxelles, 29 agosto 2008. M. R. Saulle, promotrice della redazione di una Convenzione in materia di disabilità in seno alle Nazioni Unite e partecipante ai lavori che condussero alla sua adozione, nella premessa che accompagna la traduzione italiana della Convenzione, la definisce come «il punto di arrivo di un percorso, in cui rientra anche la Conferenza di Vienna delle Nazioni Unite sui diritti umani del 25 giugno 1993, volto alla riaffermazione del principio della «universalità, indivisibilità, interdipendenza e interrelazione di tutti i diritti umani».

⁵⁸ Cfr. art. 3, co.1, lett. a): «il rispetto per la dignità intrinseca, l'autonomia individuale – compresa la libertà di compiere le proprie scelte – e l'indipendenza».

⁵⁹ Cfr. *Preambolo, Convenzione internazionale per la tutela dei diritti delle persone con disabilità* (ONU, 2006): «la disabilità è un concetto in evoluzione [...] è il risultato dell'interazione tra persone con minorazioni e barriere attitudinali ed ambientali, che impedisce la loro piena ed efficace partecipazione nella società su una base di parità con gli altri». Uno sviluppo di questa enunciazione lo si ritrova all'art. 1, co. 2, della stessa Convenzione ove nel definire le persone con disabilità si pone l'accento sul fatto che la disabilità stessa deriva dall'interazione tra lo stato di minorazione (fisica, mentale, sensoriale, intellettuale) del soggetto con le varie barriere che possono impedirgli una piena ed effettiva partecipazione.

⁶⁰ Art. 2, *Convenzione internazionale per la tutela dei diritti delle persone con disabilità*: «Accomodamento ragionevole indica le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un carico sproporzionato o eccessivo, ove ve ne sia necessità

esigenze individuali» del disabile. Questo stesso articolo, rubricato “Istruzione”, pone a carico degli Stati il compito di dar vita ad un «sistema educativo (che) preveda la loro integrazione scolastica a tutti i livelli e offra, nel corso dell’intera vita, possibilità di istruzione finalizzate: (a) al pieno sviluppo del potenziale umano, del senso di dignità e dell’autostima ed al rafforzamento del rispetto dei diritti umani, delle libertà fondamentali e della diversità umana; (b) allo sviluppo, da parte delle persone con disabilità, della propria personalità, dei talenti e della creatività, come pure delle proprie abilità fisiche e mentali, fino al loro massimo potenziale; (c) a mettere in grado le persone con disabilità di partecipare effettivamente a una società libera». La dimensione sociale del problema della disabilità è percepita anche in relazione agli effetti positivi “diffusivi” del buon funzionamento dei servizi predisposti per l’integrazione e lo sviluppo dei soggetti deboli, giacché si riconosce che dalla loro emancipazione e dalla promozione delle loro capacità non può che derivare un arricchimento per l’intera collettività (art. 30).

Con riferimento, invece, alla dimensione europea, è evidente che il dover fare i conti con politiche sociali differenti – tante quanti sono gli Stati Membri – ha reso particolarmente travagliato il delinearci dello statuto dei diritti sociali a livello comunitario, fronteggiandosi, talvolta anche aspramente, posizioni diametralmente opposte⁶¹: da una parte gli Stati che disconoscevano il rango propriamente costituzionale-nazionale a tali diritti, dall’altra quanti spingevano per un ampliamento degli spazi di tutela europeo-sovrana nazionale ad essi riservati. Tali difficoltà hanno fatto sì che, almeno inizialmente l’Unione adottasse un atteggiamento prudentiale quanto al riconoscimento di questa categoria di diritti, e si approcciasse ad essi con una moderazione di cui si ritrova certamente traccia nei Trattati.

Prima di prendere in considerazione le singole disposizioni comunitarie che si occupano dei diritti sociali in generale, e dei diritti dei disabili in particolare, può anticiparsi che la strategia dell’Unione in questo settore ha seguito essenzialmente due linee di tendenza: da una parte essa ha preferito lasciare agli Stati la responsabilità delle misure di inclusione sociale dei disabili, limitandosi a fissare i principi generali e gli obiettivi di settore⁶²; dall’altra i propri interventi hanno avuto come scopo precipuo il raggiungimento di una reale parità di opportunità e dell’emancipazione dei soggetti disabili attraverso la valorizzazione delle loro capacità residue. Da non trascurarsi il fatto che la disciplina dei diritti sociali a livello comunitario ha risentito significativamente di alcune caratteristiche strutturali dell’ordinamento della Comunità prima, e dell’Unione dopo, prima fra tutte la vocazione essenzialmente economica di tale organizzazione⁶³ per la quale in un primo momento si era confidato nella capacità dei processi economici di esercitare il c.d. effetto *spill-over* sui diritti sociali, determinando automaticamente il passaggio dalla integrazione economica alla integrazione sociale, circostanza però che di fatto raramente, se non mai, si è verificata. A fronte di tale fallimento si sono modificate le strategie di protezione dei diritti sociali nel senso di un loro rafforzamento autonomo, nella consapevolezza che è anche dal loro riconoscimento che passa la legittimazione dell’Unione come ordinamento.

Tra i numerosi atti intervenuti in materia vale ricordare:

in casi particolari, per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l’esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e libertà fondamentali». Di *accomodamento adeguato*, invece, lo stesso articolo, al co. 3, parla con riferimento alla formazione post-secondaria, all’inserimento lavorativo e alla formazione continua.

⁶¹ Rilevante in questo senso l’*opt-out* esercitato dalla Polonia, dal Regno Unito e dalla Repubblica Ceca rispetto alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (cfr. Protocollo n. 30, allegato al Trattato di Lisbona), che è stato interpretato come indicativo della volontà di sottrarsi ad una applicazione giurisprudenziale dei diritti sociali considerata dannosa per la discrezionalità del legislatore e per i suoi poteri di decisione in materia di bilancio. In linea di massima può comunque dirsi che tutti gli Stati si sono mostrati favorevoli ad una azione comunitaria in materia sociale non troppo “pesante”, non intendendo «rinunciare al governo dei diritti distributivi perché temono di essere costretti a sostenere oneri sociali troppo elevati». Cfr. M. MASSA, *Modelli e strumenti del governo delle politiche sociali a livello nazionale e comunitario*, in AA.VV., *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte costituzionale*, a cura di P. Bianchi, Pisa, 2006, 26.

⁶² Come è stato acutamente osservato da E. ROSSI (in *Diritti sociali e riforme costituzionali*, Padova, 2005, 11) «l’Unione europea si astiene dall’intervenire direttamente, ma offre agli Stati un contributo di conoscenza e di opportunità».

⁶³ Proprio in ragione di tale vocazione è emersa la preoccupazione che a livello comunitario si determinasse il c.d. *social dumping*, vale a dire che si instaurasse un sistema di concorrenza tra gli Stati membri sulla base dei costi dei servizi di protezione sociale, che avrebbe potuto determinare un abbassamento irragionevole della qualità dei servizi stessi.

1. Come norma di portata generale – pur non essendo un atto *comunitario* ma piuttosto *europeo* –, l'art. 14 della *Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (Roma, 4 novembre 1950), rubricato “Divieto di discriminazione”, il quale impone che il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione sia garantito rispetto a qualsiasi forma di discriminazione, quale che sia la condizione o lo *status* su cui essa poggia.
2. L'art. 13 del Trattato che istituisce la Comunità europea, che attribuisce al Consiglio il potere di prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali.
3. La Risoluzione del Consiglio e dei ministri dell'istruzione riuniti in sede di Consiglio, del 31 maggio 1990, sull'integrazione dei bambini e dei giovani minorati nel sistema scolastico normale (90/C 162/02), che prospetta la necessità di far luogo ad azioni di sostegno più dinamiche che garantiscano trattamenti pensati non solo in relazione alle esigenze individuali dei disabili, ma anche di alto livello qualitativo, dal momento che è anche sulla qualità del servizio, oltre che sulla quantità degli interventi “di favore”, che si gioca il rispetto del principio di uguaglianza. L'integrazione scolastica degli alunni disabili dovrebbe divenire, in base al dettato di tale risoluzione, una *scelta prioritaria* per gli Istituti scolastici, anche in considerazione degli effetti positivi che essa può avere più in generale sul percorso di socializzazione del singolo nei diversi ambienti in cui questo si muove o si muoverà (ad. es. la famiglia, il mondo del lavoro, la comunità, etc.). La personalizzazione dei programmi di studio, l'attivazione di reti di collaborazione tra tutti gli istituti e gli organismi che operano nel campo dell'assistenza ai disabili, la formazione degli insegnanti specializzati per il sostegno ai disabili, la sperimentazione di tecniche di insegnamento e di piani di studio nuovi: sono tutte azioni che, ovviamente, impongono anche degli impegni di spesa specifici. Per questo la Risoluzione *de qua* non trascura la necessità che gli Stati membri, insieme con l'Unione, predispongano risorse adeguate, sia dal punto di vista strettamente finanziario sia sottoforma di forniture di materiali, strutture e personale.
Si intravedono, inoltre, già in tale documento forti speranze circa l'implementazione delle nuove tecnologie della comunicazione e dell'informazione, come strumenti per lo sviluppo dei processi comunicativi e delle tecniche del linguaggio.
4. La *Carta Comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori* (Consiglio europeo di Strasburgo, 1989), il cui punto 26 riconosce ad «ogni persona *handicappata*, a prescindere dall'origine, dalla natura dell'*handicap*» il diritto di «beneficiare di concrete misure *aggiuntive* intese a favorire l'inserimento sociale e professionale».
5. La *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (Carta di Nizza), il cui art. 26, rientrando nel titolo III dedicato all'Uguaglianza, si occupa dell'inserimento delle persone con disabilità da promuoversi come obiettivo che va di pari passo con quello dell'autonomia e della partecipazione dei soggetti deboli⁶⁴.
6. La Risoluzione del Consiglio del 5 maggio 2003 sulle pari opportunità per gli alunni e gli studenti disabili nel settore dell'istruzione e della formazione (2003/C 134/04), che invita gli Stati Membri e la Commissione, ciascuno secondo la propria competenza, a dar vita a misure “personalizzate” di sostegno, che tengano conto delle *esigenze specifiche* dei bambini e dei giovani, di modo che l'istruzione e la formazione siano impartite adattandosi a tali esigenze, il tutto non trascurando le potenzialità delle nuove tecnologie, la garanzia dell'eguale accesso alle quali è un indubbio fattore di socializzazione e integrazione.

⁶⁴ La Carta di Nizza, in particolare, è espressiva di un nuovo modo di intendere i processi di integrazione sociale, non più considerati concorrenti o subordinati a quelli di integrazione economica, ma equiparati ad essi. Cfr. S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in AA.Vv., *Riscrivere i diritti in Europa. Introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, 59 ss.: «la Carta [...] sposta l'attenzione dalla sola logica economica a quella dei diritti, e dunque, dalle imprese ai cittadini».

- Necessario, inoltre, in base a tale risoluzione, «aumentare gli sforzi concernenti la formazione iniziale e continua degli insegnanti nel settore delle esigenze specifiche segnatamente per la predisposizione di tecniche e materiali pedagogici appropriati».
7. La Risoluzione del Consiglio del 15 luglio 2003 relativa alla promozione dell'occupazione e dell'integrazione sociale delle persone con disabilità (2003/C 175/01), che invita tutti gli organismi che si occupano di disabilità ad attuare una forma di impegno sinergico, stimolando anche la società civile – proprio in ragione della nuova concezione sociale della disabilità – a continuare ad abbattere gli ostacoli che si frappongono all'inserimento dei disabili nel mondo del lavoro, avendo come primo obiettivo, causalmente connesso a tale fine, quello della loro integrazione e partecipazione al sistema di istruzione e formazione.
 8. La Risoluzione del Consiglio dell'Unione europea e dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio del 17 marzo 2008, sulla situazione delle persone con disabilità nell'Unione europea (2008/C 75/01), nella quale, sulla base dei risultati ottenuti dall'analisi del Piano di azione europeo sulla disabilità per il biennio 2006/2007, si conferma il ruolo centrale dell'integrazione come strumento «per far avanzare le questioni legate alla disabilità» e si richiama la strategia dell'UE in materia di disabilità che prende avvio dal riconoscimento dell'«importanza della parità di accesso all'istruzione globale e di qualità [...] per permettere alle persone con disabilità di partecipare pienamente alla società e di migliorare la loro qualità di vita», nonché dell'«accessibilità degli ambienti, dei trasporti e delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) [...] offrendo ai cittadini una vera autonomia e i mezzi per realizzare una vita indipendente ed attiva a livello sociale ed economico. Tale accessibilità rappresenta una pietra miliare di una società inclusiva basata sulla non discriminazione». Nelle conclusioni di tale Risoluzione, il Consiglio invita la Commissione ad aumentare gli interventi di implementazione degli obiettivi della Convenzione delle Nazioni Unite del 2006, considerata in linea con la strategia europea, nonché a differenziare e moltiplicare gli strumenti antidiscriminatori attivabili.
 9. Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009, in un rapporto di evidente continuità con i precedenti atti comunitari⁶⁵ – come del resto dimostra il rinvio alla Carta sociale europea (1961)⁶⁶ e alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (1989), che si ritrova nel preambolo del TUE, come modificato dal Trattato – ha tratteggiato un'articolata disciplina dei diritti sociali che si costruisce intorno ad una pluralità di disposizioni, tra le quali possiamo ricordare: a) l'art. 3 della nuova versione consolidata del Trattato sull'Unione europea (*ex art. 2 del TUE*), che individua tra gli impegni dell'Unione la lotta all'esclusione sociale e alle discriminazioni; b) l'art. 4 del Trattato sul funzionamento dell'UE, che ascrive alla competenza concorrente la definizione della politica sociale, rimettendo, invece, l'art. 6 TFUE alla competenza di sostegno, coordinamento e completamento la regolamentazione di alcune materie connesse (quali, appunto, l'istruzione, la formazione, la gioventù); c) l'art. 9 e l'art. 10 TFUE che definiscono due criteri-obiettivo che l'Unione si prefigge nella determinazione delle sue politiche ed azioni, vale a dire la considerazione delle «esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana» e la lotta ad ogni tipo di discriminazione, compresa quella

⁶⁵ Molto più innovative in questo settore le scelte compiute dalla Corte di Giustizia, che ha puntato, almeno tendenzialmente, alla estensione degli effetti del diritto comunitario sulle politiche sociali nazionali. Cfr. AA.VV., *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, a cura di G. Bronzini, V. Picone, Taranto, 2007.

⁶⁶ Il richiamo ad essa è ad ogni modo “attenuato” dal fatto che il Trattato non ha previsto un'esplicita adesione alla stessa da parte dell'Unione, nonostante questa costituisca una possibilità di cui si discute da tempo come strada per pervenire definitivamente alla europeizzazione dei diritti sociali. Sul punto, tra tutti, G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in www.forumcostituzionale.it, 2010, 4 ss.; G. GAJA, *L'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa*, in *I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 3/2003, 5 ss.

fondata sulla disabilità; d) l'art. 151 TFUE (ex art. 136 del TCE), che apre il titolo X dedicato alla Politica sociale, il cui co. 1 elenca gli obiettivi sociali dell'Unione e degli Stati Membri, menzionando tra gli altri la lotta all'emarginazione⁶⁷.

6. Conclusioni: la selezione partecipata dei diritti sociali. Un'idea semplice: la sostenibilità come umanità dei diritti sociali.

Nonostante da questa, pur sintetica, analisi dei diversi “tasselli”, interni ed esterni, di cui si compone la tutela multilivello della disabilità sembri venire fuori un *puzzle* dai contorni netti e dall'immagine definita, la materia del *diritto all'istruzione dei disabili* soffre ancora oggi di alcune criticità, comuni in realtà all'intera categoria dei *diritti sociali*.

Si tratta, principalmente, di problemi, già richiamati in premessa, connessi all'*onerosità* di tali diritti – che incide in alcuni casi sulla stessa possibilità del loro riconoscimento – e alla competenza esclusiva, o comunque ultima, del legislatore quanto alla allocazione delle risorse per la loro garanzia, tutte questioni che attengono a (e mettono in gioco la) individuazione dei limiti opponibili alla discrezionalità del potere legislativo, specie in rapporto al controllo di costituzionalità attivabile dalla Consulta.

Quest'ultima, infatti, con riferimento alla materia *de qua*, onde evitare indebite invasioni di campo, si è servita del criterio del “contenuto minimo essenziale”⁶⁸ al fine di coprire gli eventuali vuoti di tutela derivati da inerzia del legislatore. Una formula/criterio che – per quanto sia condivisibile nel suo esprimere genericamente l'idea dell'esistenza di un nocciolo duro del diritto, intangibile, che non sopporta compromessi o alterazioni – rischia di risultare concretamente insufficiente nella misura in cui non è possibile stabilirne la sostanza in via definitiva. Non si ha, infatti, a che fare – questo almeno sembra l'orientamento della Corte – con un *quid* dalla consistenza assoluta, in sé definito, che quindi deve solo essere “riconosciuto”, ma esso ha natura mutevole, modificandosi in ragione delle situazioni concrete⁶⁹ e del venire in rilievo, nelle situazioni concrete, di valori concorrenti. Il rischio paventato, tuttavia, appare inevitabile per la natura stessa dei valori e delle tecniche in gioco. In un sistema costituzionale come il nostro, fondato sulla *polifonia* dei valori costituzionali⁷⁰, non può che procedersi sempre ad un bilanciamento⁷¹ tra le diverse esigenze e tensioni espresse da quei valori.

Nella materia oggetto di questa indagine la considerazione generale testé espressa è complicata dal fatto che si ha a che fare con un *bilanciamento ineguale*⁷², essendo coinvolte

⁶⁷ L'art. 151 TFUE va posto in diretta relazione con il successivo art. 153 TFUE che introduce dei limiti all'azione di sostegno e completamento eventualmente posta in essere dall'Unione a favore degli Stati membri, statuendo che le disposizioni da questa adottate non possono in alcun caso compromettere «la facoltà riconosciuta agli Stati membri di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale, né possono incidere sensibilmente sull'equilibrio finanziario degli stessi o, infine, vietare che uno Stato membro mantenga o stabilisca misure, compatibili con i trattati, che contemplino una protezione più estesa».

⁶⁸ Tra tutte, oltre quelle già richiamate *infra*, si veda Corte cost., sent. n. 27, 26 febbraio 1998, ove si legge che «le valutazioni di merito spettano e sono riservate al legislatore nelle determinazioni volte a predisporre i mezzi necessari a far fronte alle obbligazioni dello Stato nella materia dei c.d. diritti sociali tuttavia compete alla Corte garantire la misura minima essenziale di protezione delle situazioni soggettive che la Costituzione qualifica come diritti, misura minima al di sotto della quale si determinerebbe, con l'elusione dei precetti costituzionali, la violazione di tali diritti».

⁶⁹ Cfr. C. SALAZAR, *op. cit.*, 127 ss.

⁷⁰ Sulla necessità del bilanciamento come tecnica di ricomposizione dei contrasti valoriali nel nostro sistema costituzionale si veda G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 237 ss., il quale – memore della lezione schmittiana – evidenzia come in realtà anche i principi che possono apparire potenzialmente confliggenti non sono mai del tutto incompatibili, essendo sempre possibile una loro concorrenza, «con la conseguenza che l'applicazione di ciascuno deve essere fatta con il minor sacrificio possibile dell'altro».

⁷¹ Sulla tecnica del bilanciamento, fra i molti cfr. A. SPADARO, *Bilanciamento*, in *Enc. Fil. Bompiani*, vol. II, Milano, 2006, 1261 ss., per il quale il bilanciamento è una “tecnica” della ragionevolezza e costituisce «l'attività di “ponderazione” tra due (e talora più) grandezze giuridiche, in tutto o in parte incompatibili, il cui confronto consente poi una scelta di temporanea prevalenza (affievolimento dell'una ed espansione dell'altra), mai di mera cancellazione». Sulla razionalità del modello del bilanciamento (ribadita in risposta alle critiche mosse da J. Habermas a tale modello) si veda anche, fra i molti, cfr. R. ALEXI, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars interpretandi*, 7/2002, 135 ss.

grandezze (o meglio *valori*) dalla portata diversa, o che tali appaiono alla luce delle priorità fissate dal costituente: da una parte si pone, infatti, un diritto fondamentale, quale è quello all'istruzione, dagli importanti riverberi sociali, e dall'altra vengono, invece, in rilievo valutazioni di natura finanziaria compiute alla luce del principio dell'equilibrio finanziario, che qualcuno neanche considera veramente e pienamente qualificabile quale vero e proprio valore costituzionale, almeno di pari rango⁷³.

E' evidente, a parer nostro, che un peso maggiore debba essere riconosciuto al diritto all'istruzione, a meno che non si voglia mettere in discussione lo stesso assetto "personalista" della Carta del 1948. Riconoscere la *persona* come valore prioritario non significa, ovviamente, che gli altri valori si pongano rispetto ad esso in una relazione gerarchica, ma solo che, come è stato giustamente osservato in dottrina, «nessuna altra istanza assiologica» potrà ledere la persona nel suo nucleo costitutivo. In nessun caso, sempre usando le parole di Luciani, il fine – ossia il soddisfacimento dei diritti sociali – potrà essere posto sullo stesso piano del mezzo, ossia l'efficienza economica⁷⁴.

Proprio sviluppando tale argomentazione si arriva ad affermare l'*inviolabilità* dei diritti sociali – volti per loro vocazione a garantire il pieno sviluppo della persona, conseguentemente, almeno stando alla nota e ricordata definizione di Barile, l'*irrivocabilità* degli stessi anche da parte del legislatore costituzionale.

Se queste sono, in un certo senso, affermazioni assiomatiche in materia di diritti sociali, vero è che le stesse sono poi concretamente costrette a scontrarsi con l'insufficienza delle risorse finanziarie e con la drammaticità delle scelte allocative, che inevitabilmente impongono una selezione tra gli obiettivi sociali. Per la verità, la questione appare meno preoccupante con riferimento specifico al *diritto all'istruzione dei disabili*, grazie all'incoercibilità dell'obbligo sancito dalla Corte (sent. n. 80/2010) e dal ricordato connesso seguito legislativo, di cui abbiamo tentato di ricostruire le tappe salienti. Ma in genere il problema della onerosità resta e si riconverte così in quello della determinazione di criteri che guidino la selezione ai fini della assegnazione delle risorse, ponendo i seguenti interrogativi: come individuare il nucleo indefettibile dei diritti sociali e come garantire l'effettiva protezione di questo? Quali sono i diritti sociali "sostenibili", specie in tempi di crisi finanziaria?

Si tratta evidentemente di interrogativi la cui risposta presuppone analisi ben più approfondite di quella che si è qui proposta, ma rispetto ai quali ci sembra che già in questa sede si possa quanto meno tentare di tracciare i contorni di un possibile percorso di risoluzione.

Tenuto conto della particolare congiuntura economico-finanziaria che stiamo vivendo, ritengo che l'unica via percorribile sia quella che ci viene indicata dall'operare combinato di tre principi: il principio di *responsabilità* –presupposto indispensabile per il realizzarsi di una consapevole partecipazione ai processi di decisione pubblica anche in materia di politica sociale–⁷⁵; quello della solidarietà sociale; e, infine, quello della ragionevolezza. Partendo da quest'ultimo, appare sicuramente interessante la prospettiva di quanti ritengono che la *ragionevolezza* in senso giuridico non sia altro che la faccia giuridica della *sostenibilità* in senso economico⁷⁶. Diritti ragionevoli sono i diritti fattibili e azionabili proprio perché sostenibili, e potendo essere conservati nella loro inviolabilità solo i diritti ragionevoli, si potrebbe arrivare a dire che la ragionevolezza e la

⁷² Cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura di R. Romboli, Torino, 1994, 79 ss.; ma v. anche Id., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Relazione al Convegno annuale AIC su *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, Torino, 28 ottobre 2011.

⁷³ Giacché pur incidendo sulla forma di governo, non è comunque determinante rispetto al configurarsi della forma di Stato. Cfr. G. BONGIOVANNI, *Diritti sociali e giurisprudenza della Corte costituzionale: il rapporto Corte/potere legislativo nel mutamento costituzionale*, in AA.VV., *Democrazia, diritti e Costituzione*, a cura di G. Gozzi, Bologna, 1997, 341 ss.

⁷⁴ Cfr. M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1990, 375.

⁷⁵ Sul c.d. *welfare delle responsabilità*, divise tra soggetti pubblici e privati, si veda il *Piano nazionale degli interventi e dei servizi sociali* (d.P.R. 3 maggio 2001), la cui parte prima è dedicata alle radici delle nuove politiche sociali. Nonché sul punto cfr. M. MASSA, *op. cit.*, 22.

⁷⁶ È questo il punto di vista di A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile*, in rivista online dell'AIC, n. 4/2011 (*infra* bibl. pregressa).

sostenibilità sono predicati irrinunciabili dei diritti inviolabili: i diritti inviolabili per poter essere riconosciuti come tali devono essere diritti ragionevoli.

Posto che il concetto di equilibrio finanziario ha una portata più ampia della nozione di “scarsità delle risorse”, perché attiene ad un più complesso bilanciamento tra le decisioni di spesa e le entrate, e che esso esprime un *dover essere* irrinunciabile per la stabilità del sistema statale, è evidente che in tempo di crisi occorra evitare ogni possibile *abuso* dei diritti sociali, e conseguentemente i costi che tali abusi possono determinare. E qui emergono gli altri due principi di *responsabilità* e di *solidarietà* sociale. Responsabilità anzitutto dei cittadini nella formulazione delle domande sociali che pongono ai pubblici poteri, potendo e dovendo operare un’auto-selezione rispetto alle domande che risultino non realmente giustificate, irragionevoli appunto, non rispondendo ad esigenze effettive e indispensabili, almeno in una logica solidaristica che impone di contribuire ad una redistribuzione delle risorse più equa.

Oltre che nella forma dell’*auto-selezione*, i cittadini potrebbero incidere sulla tutela dei diritti sociali anche venendo “coinvolti” nelle procedure pubbliche di determinazione delle priorità di spesa, specie a livello locale, posto che resterebbe salva la competenza esclusiva del legislatore nella determinazione dei L.E.P. [art. 117, co. 2, lett. *m*)]⁷⁷. Le comunità edotte sulla dimensione di alcuni problemi sociali nel loro territorio, valutandone l’impatto sul benessere complessivo e riconoscendone il valore umano, potrebbero anche essere spinte a potenziare i finanziamenti di alcuni servizi a scapito di altri o accettare di essere sottoposte a tassazioni più stringenti pur di garantire una certa soglia qualitativa e quantitativa nella erogazione degli stessi. Resterebbe ovviamente da capire quale sia il livello territoriale in cui potrebbero adottarsi più efficientemente scelte di questo tipo. Da non trascurare, inoltre, la rilevanza che potrebbero avere attività di assistenza gestite dai privati attivando dei virtuosi circuiti sussidiari che consentano loro di operare in condizioni di parità con il soggetto pubblico, integrandolo e colmando le lacune da questo lasciate.

Presupposto, forse ingenuo ma necessario, per il funzionamento di tal tipo di *procedure partecipative* è senza dubbio l’esistenza di una collettività formata alla cosa pubblica, che si faccia carico di questo diritto/dovere civico di partecipazione in maniera responsabile, facendosi guidare nelle proprie valutazioni dall’ideale della solidarietà sociale di cui all’art. 3, co. 2, Cost., escludendo ogni forma di intenti di tipo esclusivamente egoistico/localistico⁷⁸. Condizione, si dirà: utopistica in questo momento storico segnato dalla privatizzazione della cittadinanza e dallo smarrimento dell’idea di *bene comune*, nel duplice senso di una sua esistenza e di una sua reale praticabilità. Ciò non esclude che sia necessario percorrere questa via, che è quella in fondo indicata dai padri costituenti.

Purtroppo, data la *fragilità* dei valori su cui incidono i diritti sociali non può che guardarsi con timore alle ripercussioni che la volontà della maggioranza, frutto di una selezione meramente democratica delle priorità sociali, potrebbe avere sulla protezione di alcuni beni fondamentali, che dovrebbero esser tali a prescindere dal consenso “dei più”, tenuto conto anche della *innaturalità* del principio maggioritario⁷⁹. In questo senso sembra che più cautamente, in tale ambito, si debbano immaginare pratiche partecipative di tipo consultivo o contenere le eventuali procedure propriamente decisionali entro i limiti stringenti posti dalla Carta costituzionale, quanto meno in relazione all’*an* della tutela.

⁷⁷ Sulla natura di tale etichetta non identificabile una vera e propria materia quanto piuttosto un ambito trasversale di intervento si veda Corte cost., sent. n. 282, 26 giugno 2002, nonché, per tutti, A. D’ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, 1063 ss. V. C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali*, in AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, a cura di G. Campanelli, M. Carducci, N. Grasso e V. Tondi della Mura, Torino, 2010, 57 ss.; nonché ID., *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione*, in *Le Regioni*, 4/2010, 941 ss. Sulla possibilità per le Regioni di “aumentare” la portata dei diritti civili e sociali rispetto allo *standard* fissato a livello nazionale si veda E. ROSSI, *op. cit.*, 12. Di diverso avviso P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, in *Regioni*, 2005, 28.

⁷⁸ Si veda in tal senso E. ROSSI, *op. cit.*, 32, il quale evidenzia come la trattazione dei temi connessi ai diritti sociali presupponga «una società attenta e attiva, capace di solidarietà e di volontà di coinvolgersi nella cura degli interessi di tutti».

⁷⁹ Cfr. per tutti E. RUFFINI, *Il principio maggioritario*, Milano, 1976.

Alla responsabilità dei cittadini si aggiunge ovviamente quella dei pubblici poteri, autori delle scelte politiche che stanno dietro la distribuzione delle risorse finanziarie. Tale responsabilità tende ad essere sottovalutata, nascosta dietro il paravento delle scelte di bilancio, spesso presentate come se fossero obbligate, necessitate e per questo assolute. Al contrario si tratta, evidentemente, di decisioni di spesa discrezionali, che esprimono una certa idea e un certo modello di Stato e che risentono, in un vero e proprio rapporto di causa ed effetto, delle opzioni compiute in ambito fiscale. Sono tutte scelte politiche che come tali possono ben essere oggetto da parte dei cittadini di controlli volti a far valere la responsabilità di coloro che le hanno compiute. In questo senso la partecipazione dei cittadini ai processi decisionali che attengono al finanziamento dei servizi sociali potrebbe esprimersi anche nella fase finale di tali processi, in conclusione, quando si tratta appunto di verificare l'esito degli investimenti e la ragionevolezza delle opzioni di spesa compiute alla luce delle indicazioni fornite dai cittadini stessi nelle precedenti fasi consultive. Il diritto, terreno naturale di svolgimento e di sperimentazione dell'azione politica, deve in tal senso salvaguardare la sua natura più profonda che, almeno nel caso del diritto costituzionale, è quella di strumento di limitazione della stessa volontà politica. Non può abdicare dal suo ruolo "normativo", rimettendo ad altri – quali l'economia o presunte esigenze finanziarie – la determinazione dei fini che alla politica spetta determinare e al diritto (costituzionale) delimitare.

In conclusione, uno è forse l'argomento decisivo a favore del riconoscimento della irrinunciabilità dei diritti sociali e quindi della loro *incomprimibilità*: il diritto e i diritti – e ancor meglio il diritto costituzionale e i diritti sociali – sono strumenti per la promozione dell'uomo, per la sua liberazione dai limiti, dai vincoli, che la natura o la socialità gli impongono: o sono questo o *non sono*. Un diritto che smetta di guardare all'uomo, piegandosi a logiche diverse da quelle ispirate alla preminenza della protezione della persona – che rispondono, ad esempio ed esclusivamente, alle (presunte) ragioni dell'economia – non può considerarsi degno di essere dichiarato tale.

Ragionevoli, dunque, potranno considerarsi esclusivamente le scelte allocative che, pur cercando di impedire gli abusi distorti del *welfare state*, siano in grado di tenere lo sguardo fisso sulle *fragilità* e le *debolezze* dell'uomo, al fine di colmarle e di evitare che diventino motivi di discriminazione. Solo queste scelte, infatti, potranno qualificarsi *sostenibili*, di una sostenibilità che non si esprime nei termini "bassi" della semplice possibilità di copertura finanziaria, ma piuttosto in quelli più elevati dell'*umanità*. Questo, del resto, il vero senso del dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 3, co.2, Cost.: farsi prossimo alla debolezza dell'altro, perché questa non lo ostacoli nella compiuta realizzazione di sé come singolo e come parte di un tutto sul quale si riflettono positivamente, in termini di benessere sociale, gli effetti del superamento delle diseguaglianze.

Riconoscere che i diritti hanno un costo, e quindi riconnettere la loro tutela a valutazioni che riguardano la copertura di quel costo, non significa metterne in discussione l'esistenza o la significatività ma anzi forse proprio riconoscere quest'ultima, assumendo che la loro protezione, proprio perché considerata una necessità, debba passare attraverso un sacrificio che inevitabilmente si impone a carico dell'intera collettività e della sua volontà di contribuire. Né tanto meno interrogarsi sul costo dei diritti equivale automaticamente all'interrogarsi sul loro *valore*⁸⁰, si tratta piuttosto di prendere coscienza della vera dimensione entro cui si spiega la loro protezione, che è quella politica: il riconoscimento del *valore* dei diritti si pone, dunque, quale *prius* logico e assiologico che deve guidare la discrezionalità politica, ma al contempo lasciarsi contenere dalla realtà di tale dimensione. Traducendosi la scelta di tutela dei diritti in *investimenti selettivi di risorse pubbliche limitate, fatti in vista di scopi comuni per risolvere problemi collettivi in genere ritenuti impellenti*, è bene che in un ordinamento democratico tale scelta sia fatta con il coinvolgimento di tutti, rintracciando in tale partecipazione un primo atto di responsabilità solidale.

⁸⁰ Cfr. S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *op. cit.*, 29.

** Perfezionanda presso la Scuola Superiore Sant'Anna (Pisa), Corso di Perfezionamento in “Individual Person and legal protections”, curriculum in “Tutela costituzionale della persona e delle formazioni sociali” (c.vigilanti@sssup.it)

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali